

Die Covid-19-Judikatur des VfGH und deren Folgewirkungen für die Verwaltungsgerichte

Die Covid19-Pandemie erreicht auch die Verfassungsgerichtsbarkeit. Nachdem Bevölkerung, Politik und Gesetzgebung Österreichs einen Gutteil des Jahres 2020 mit der Gesundheitskrise beschäftigt waren, hatte sich nunmehr das Höchstgericht mit der „ersten Welle“ an COVID-Rechtsetzungsakten auseinanderzusetzen. Der VfGH betonte mit diesen inhaltlichen Entscheidungen die Bedeutung der demokratischen wie rechtsstaatlichen Grundwerte auch und gerade in Krisenzeiten. Es geht um mehr als nur „juristische Spitzfindigkeiten“.¹ Krise rechtfertigt viel, aber eben nicht alles.

Deskriptoren: Aktuelle Betroffenheit, Ausgangsbeschränkung, Betretungsverbot von Betriebsstätten, final judgment, finale Programmierung, Entschädigung, Günstigkeitsprinzip, Mindestabstand, Rechtskraft, Shutdown, Strafausspruch, Strafverfügung, Zulässigkeit eines Individualantrags, Zeitgesetz.

Normen: Art 7 B-VG; Art 139 B-VG; Art 18 B-VG; COVID-19-LockerungV; §§ 1, 2, 3 COVID-MaßnahmenG; COVID-MaßnahmenV-96; COVID-MaßnahmenV-98; Art 7 EMRK; § 32 Abs 1 Z 4 EpidemieG; Art 2 StGG; Art 6 StGG; Art 5 StGG; Art 1 1. ZP-EMRK; § 1 Abs 2 VStG; § 52a VStG.

Von Martina Kofler-Schlögl

1. Vorbemerkungen

Zu Beginn der COVID-19-Gesundheitskrise stand im März des Jahres 2020 der „Shutdown“ oder „the Hammer“, wie es im mittlerweile vertraut gewordenen Fachjargon heißt. Umschrieben werden damit stark einschränkende, zeitlich auf kurze Zeit angelegte Maßnahmen zur Bekämpfung der sich damals im exponentiellen Wachstumsbereich befindlichen Pandemie.² Das gesellschaftliche wie wirtschaftliche

Leben wurde weitestgehend zum Stillstand gebracht, um das unkontrollierte virale Infektionsgeschehen zu unterbrechen. Die gesetzliche Grundlage dafür wurde in einem vielgepriesenen Schulderschluss aller im Nationalrat vertretenen Parteien buchstäblich über Nacht auf den Weg gebracht. Tempo war das Gebot der Stunde. Das gesamte Gesetzgebungsverfahren von der Gesetzesinitiative auf Antrag der Abgeordneten³ am 14. 03. 2020 bis zur Verlautbarung des primär maßgeblichen COVID-19-MaßnahmenG⁴ am 15. 03. 2020 nahm gerade einmal einen Tag in Anspruch. Eine Vielzahl von weiteren Legislativakten und Verordnungen ergänzten den mit dem COVID-19-MaßnahmenG ermöglichten „Hammer“. Insbesondere die COVID-19-MaßnahmenV-96,⁵ die ein Betretungsverbot für Betriebsstätten anordnete, sowie die COVID-19-MaßnahmenV-98,⁶ die allgemeine Ausgangsbeschränkungen verfügte, hatten für das gesellschaftliche Leben massive unmittelbare Auswirkungen.

Wenig überraschend wurde die Rechtmäßigkeit der Verordnungen wie auch des Gesetzes bald in Zweifel gezogen. Der Ruf nach einer raschen verfassungsgerichtlichen Prüfung wurde laut, und der VfGH trat Mitte Juli außerhalb der regulären Sessionen zusammen, um zeitnah die strittigen Fragen rund um die Corona-Normsetzung einer Klärung zuzuführen.⁷ In fünf umfassenden Er-

1 Siehe zur diesbezüglichen Äußerung des Bundeskanzlers in einem ZIB2-Interview <https://www.nachrichten.at/politik/innenpolitik/kurzweist-juristische-spitzfindigkeiten-zurueck;art385,3248696> (abgerufen am 23. 09. 2020).

2 Der „Hammer“ geht dem „Tanz“ voran. Letzteres steht für weniger einschränkende, zeitlich längerfristig angelegte Maßnahmen, mit welchen versucht wird, ein durch den Hammer stark zurückgedrängtes Infektionsgeschehen auf einem niedrigen – außerhalb des exponentiellen Wachstumsbereichs befindlichen – Niveau zu halten, welches vom Gesundheitssystem noch bewältigt werden kann; siehe zur Begrifflichkeit *Tomas Pueyo*, Coronavirus: The Hammer and the Dance – What the Next 18 Months Can Look Like, if Leaders Buy Us Time; <https://medium.com/@tomaspuoyo/coronavirus-the-hammer-and-the-dance-be9337092b56> (abgerufen am 14. 09. 2020); siehe die deutsche Übersetzung auf <https://medium.com/tomas-pueyo/coronavirus-der-hammer-und-der-tanz-abf9015cb2af> (abgerufen am 09. 09. 2020).

3 IA 396/A BlgNR 27. GP.

4 BG BGBl I 2020/12 betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-MaßnahmenG) zuletzt geändert durch BGBl I 2020/104. Soweit in diesem Beitrag das COVID-19-MaßnahmenG angesprochen ist, liegt, sofern nicht anderweitig klargestellt, die Fassung vor BGBl I 2020/104 zugrunde.

5 V des BMSGPK BGBl II 2020/96 betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 idF BGBl II 2020/151.

6 V des BMSGPK BGBl II 2020/98 gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes idF BGBl II 2020/108.

7 Schon zuvor entschied der VfGH über erste Anträge in diesem Zusammenhang, welche aber abgelehnt oder ohne inhaltliche Auseinandersetzung zurückgewiesen wurden; siehe VfGH 08. 06. 2020, V361/2020; 15. 06. 2020, V401/2020; 16. 06. 2020, V432/2020; 14. 07. 2020, G180/2020, V355/2020.

kenntnissen beurteilte der VfGH die Rechtmäßigkeit der Ausgangsbeschränkungen und der Betretungsverbote für Betriebsstätten sowie deren rechtlicher Grundlagen. Das Gesetz wurde im Hinblick auf die geltend gemachten Bedenken für verfassungskonform befunden, Teile der darauf basierenden Verordnungen des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK) wurden für gesetzwidrig erklärt.

Im Folgenden werden die fünf Entscheidung dargestellt und analysiert, um im Anschluss daran die Bedeutung der höchstgerichtlichen Rspr insbesondere für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (erster Instanz) auszuloten.

2. Die Erkenntnisse im Überblick

2.1. Die Anfechtungsgegenstände

Die COVID-19-MaßnahmenV-96 beruhte auf § 1 COVID-19-MaßnahmenG. Diese Bestimmung ermöglichte es dem BMSGPK, das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen zu untersagen.⁸ Die COVID-19-MaßnahmenV-98 fand ihre gesetzliche Grundlage in § 2 COVID-19-MaßnahmenG, welcher den BMSGPK, die Landeshauptmänner und die Bezirksverwaltungsbehörden ermächtigte, innerhalb ihres örtlichen Zuständigkeitsbereiches das Betreten von bestimmten Orten zu untersagen. Beide Verordnungsermächtigungen durften nur ausgeübt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich war. Gem § 1 und § 2 COVID-19-MaßnahmenG konnten jeweils zahlen- oder zeitbezogene Beschränkungen sowie andere Auflagen und Voraussetzungen vorgeben werden, unter denen Betriebsstätten oder bestimmte öffentliche Orte betreten werden durften.

Mit § 1 COVID-19-MaßnahmenV-96 in der angefochtenen Fassung BGBl II 2020/151 wurde das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels, von Dienstleistungsunternehmen sowie von Freizeit- und Sportbetrieben zum Zweck des Erwerbs von Waren, der

Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder der Benützung von Freizeit- und Sporteinrichtungen untersagt. § 2 COVID-19-MaßnahmenV-96 nahm eine Reihe von sogenannten struktur- oder systemrelevanten Bereichen, die insbesondere der Lebensmittel- und Gesundheitsversorgung dienen, vom Verbot aus. Mit BGBl II 2020/151 wurde der Ausnahmekatalog des § 2 COVID-19-MaßnahmenV-96 erweitert, dies unter anderem um Baustoff-, Eisen- und Holzhandel, Bau- und Gartenmärkte⁹ sowie solche Betriebsstätten des Handels, deren Kundenbereich im Inneren 400 m² nicht überschreitet.¹⁰ Zudem wurden bestimmte Voraussetzungen für das Betreten der und den Aufenthalt in freigestellten Betriebsstätten vorgesehen; insbesondere das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes sowie das Einhalten eines Sicherheitsabstandes von einem Meter zu haushaltsfremden Personen sowie eine maximale Kundendichte für die durch diese Verordnungsnovelle vom Verbot ausgenommenen Betriebsstätten mit einem Kundenbereich im Inneren von unter 400 m².¹¹

§ 1 COVID-19-MaßnahmenV-96 in der angefochtenen Fassung BGBl II 2020/98 untersagte pauschal das Betreten öffentlicher Orte. In § 2 wurden in fünf Ziffern Ausnahmen davon formuliert.

Beide Verordnungen wurden vorerst bis zum Ablauf des 22. 03. 2020 befristet erlassen.¹² Der Verlauf der Pandemie machte aber eine (mehrmalige) Verlängerung des Rechtsbedingungsbereichs notwendig, um schließlich mit dem 30. 04. 2020 zu enden.¹³ Beiden Verordnungen wurde zudem durch § 13 Abs 2 COVID-19-LockerungsV¹⁴ formell derogiert.

2.2. Die Zulässigkeit der Individualanträge

Schon die Beurteilung der Zulässigkeit der Anträge durch den VfGH vermochte durchaus zu überraschen. Beide Verordnungen wurden mit Individualantrag gem Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG¹⁵ angefochten. Die COVID-19-MaßnahmenV-96,¹⁶ auf die sich vier der fünf inhaltlichen COVID-19-Entscheidungen des VfGH beziehen,¹⁷ wurde von

8 Mit BGBl II 2020/16 wurde die Verordnungsermächtigung auch auf Arbeitsorte erweitert.

9 § 2 Abs 1 Z 22 COVID-19-MaßnahmenV-96 idF BGBl II 2020/151; diesen wurde durch die Einordnung in Absatz 1 der Charakter von systemrelevanten Betriebsstätten zuerkannt; siehe VfGH 14. 07. 2020, G202/2020, V408/2020 Rz 59.

10 § 2 Abs 4 COVID-19-MaßnahmenV-96 idF BGBl II 2020/151.

11 § 2 Abs 5 und 6 COVID-19-MaßnahmenV-96 idF BGBl II 2020/151.

12 § 4 Abs 3 COVID-19-MaßnahmenV-96 idSF; § 5 COVID-19-MaßnahmenV-98 idSF.

13 § 5 Abs 1 und 4 COVID-19-MaßnahmenV-96 idF BGBl II 2020/162; § 7 Abs 1 COVID-19-MaßnahmenV-98 idF BGBl II 2020/148.

14 § 13 Abs 2 V des BMSGPK BGBl II 2020/197 betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen wurden (COVID-19-LockerungsV).

15 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 (Wv) idF BGBl I 2020/24.

16 Gleichzeitig bekämpft wurde neben der Ordnungsgrundlage in § 1 COVID-19-MaßnahmenG idF BGBl II 2020/16 auch § 4 Abs 2 COVID-19-MaßnahmenG idF BGBl II 2020/16, mit welchem durch den Ausschluss der Anwendbarkeit des EpidemieG (Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186 [Wv] idF BGBl I 2020/103) im Anwendungsbereich der Verordnung eine Entschädigung nach dem EpidemieG ausgeschlossen wurde (VfGH 12. 07. 2020, G202/2020, V408/2020 Rz 2).

17 VfGH 14. 11. 2020, G202/2020, V408/2020; V411/2020; V396/2020, V398/2020; G197/2020, V395/2020.

mehreren betroffenen Handelsunternehmen angefochten, die seit dem 16. 03. 2020 aufgrund des Betretungsverbots für Kunden *de facto* geschlossen zu halten hatten.¹⁸ Die Ausgangsbeschränkungen der COVID-19-MaßnahmenV-98, die Gegenstand der fünften verfassungsgerichtlichen Entscheidung waren, wurden von einer betroffenen Privatperson bekämpft.¹⁹ Als einzige Möglichkeit, die diesbezüglichen Normbedenken an den VfGH heranzutragen, ohne eine Verwaltungsstrafe gem § 3 Abs 2 COVID-19-MaßnahmenG zu provozieren, bot sich ein Individualantrag gem Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG an.

Die angefochtenen Verordnungen waren im Zeitpunkt der Entscheidung des Höchstgerichts aber bereits außer Kraft getreten. In der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rspr wurden Individualanträge diesfalls regelmäßig als unzulässig zurückgewiesen. Eine die Antragslegitimation gem Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG begründende unmittelbare Betroffenheit in der Rechtssphäre besteht demnach insbesondere nur dann, wenn die rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers **aktuell beeinträchtigt** sind,²⁰ was in aller Regel das Inkraftstehen der angefochtenen Norm voraussetzt. Diese für die Zulässigkeit des Antrags maßgebliche aktuelle Betroffenheit hat dabei nicht nur in jenem Zeitpunkt vorzuliegen, zu dem der Antrag eingebracht wird, sondern auch **im Zeitpunkt der verfassungsgerichtlichen Entscheidung**.²¹

Wie immer gilt: Keine Regel ohne Ausnahmen. Der VfGH kann im Rahmen eines konkreten Normprüfungsverfahrens durchaus auch bereits außer Kraft getre-

tene Verordnungen prüfen.²² Art 139 Abs 4 B-VG sieht diese Möglichkeit explizit auch für den Fall vor, dass die Verordnungsprüfung auf einen Individualantrag zurückgeht. In seltenen Fällen sind deshalb formell bereits außer Kraft getretene generelle Norm einer Anfechtung gem Art 139 Abs 1 Z 3 (oder auch Art 140 Abs 1 Z 1 lit c) B-VG zugänglich, sofern sie weiterhin **rechtliche (Nach-)Wirkungen** entfalten,²³ etwa für privatrechtliche Vereinbarungen, insbesondere durch Preisbindungen,²⁴ oder im Wege zeitbezogener (auf ein Kalenderjahr bezogener) Abgeltungsansprüche.²⁵

Im Zeitpunkt der Einbringung sämtlicher Anträge standen die gegenständlichen Verordnungen in Kraft, traten jedoch während des laufenden verfassungsgerichtlichen Prüfungsverfahrens mit Ablauf des 30. 04. 2020 außer Kraft. Nun sind die **Kernwirkungen der Verordnungen** zweifellos mit Beendigung des Rechtsbedingungsbereichs **obsolet**. Zumindes die bekämpften Rechtsvorschriften verbieten es nicht mehr, den öffentlichen Raum oder eine Betriebsstätte zu betreten. Es sind auch keine rechtlichen Nachwirkungen im oben dargelegten Sinne ersichtlich, die ein Rechtsschutzbedürfnis implizieren würden. Dennoch ließ der VfGH die Anträge zu.

Der VfGH geht nun – in wie er betont „**Weiterentwicklung**“²⁶ seiner bisherigen diesbezüglichen Rspr – davon aus, dass in den konkreten Fällen das rechtliche Interesse der Antragstellers, eine verbindliche Entscheidung über die Gesetzmäßigkeit der angefochtenen Bestimmungen zu erwirken, über den sehr kurzen Zeitraum ihres Inkraftstehens hinausgeht. Das der gesetzlichen Grund-

18 Die Antragsteller behaupteten, in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Erwerbsfreiheit gem Art 6 Staatsgrundgesetz v 21. 12. 1867 RGBI 1867/142 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder (StGG), auf Eigentumsfreiheit gem Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK sowie in ihrem Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz gem Art 7 B-VG durch die Verordnung verletzt zu sein.

19 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020; der Antragsteller behauptete in seiner persönlichen Freiheit gem Art 1 Abs 1 PersFrBVG, seiner persönlichen Freizügigkeit gem Art 4, 6 StGG, Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK, in seinem Recht auf Freiheit des Eigentums gem Art 5 StGG, Art 1 1. ZPEMRK und auf Erwerbsfreiheit gem Art 6 StGG verletzt zu sein.

20 Siehe umfassend *Schäffer/Kneibls*, in Kneibls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar (18. Lfg, 2017) Art 140 B-VG Rz 90 Rz 55 ff.

21 Vgl statt vieler VfSlg 14.339/1995; 14.667/1996; 19.541/2011; vgl *Hauer*, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts⁴ (2019) Rz 965, 1095 f; siehe allerdings auch VfSlg 12.227/1989, wo es der VfGH als ausreichend erachtete, dass die bekämpfte Norm im Zeitpunkt der Antragsstellung in Kraft stand; es könne nicht vom zeitlichen Ablauf des Verfahrens vor dem Gerichtshof abhängen, ob der an sich zulässige Gesetzesprüfungsantrag zu einer Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache führt; die Antragsteller hätten sohin ihre Antragslegitimation nicht dadurch verloren, dass die von ihnen angegriffenen Gesetzesbestimmungen während des von ihnen initiierten Gesetzesprüfungsverfahrens außer Kraft traten.

22 Art 139 Abs 4 und Art 140 Abs 4 B-VG.

23 Wäre letzteres nicht möglich, hätte der dritte Anwendungsfall des Art 139 Abs 4 B-VG keinen Anwendungsbereich. Mit anderen Worten könnte der VfGH niemals aussprechen, eine mittels Individualantrags angefochtene Verordnung sei gesetzwidrig gewesen, da entsprechende Anträge in jedem Fall als unzulässig zurückzuweisen wären (vgl *Schäffer/Kneibls* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 140 Rz 56); Sinnloses anzuordnen kann dem Verfassungsgesetzgeber wohl nicht unterstellt werden. Punktuell hat der Verfassungsgerichtshof daher ein Rechtsschutzbedürfnis anerkannt und deshalb dennoch die unmittelbare Betroffenheit eines Rechtsunterworfenen durch eine bereits außer Kraft getretene Verordnung (ein außer Kraft getretene Gesetz) bejaht, die Zulässigkeit des Antrages angenommen und in der Folge ausgesprochen, die Verordnung (das Gesetz) sei gesetzwidrig (verfassungswidrig) gewesen, um dem Rechtsschutzziel des Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG gerecht zu werden (siehe auch die gegenständlichen Entscheidungen VfGH 14. 07. 2020, G202/2020, V408/2020 Rz 70; V396/2020, V398/2020 Rz 31; G197/2020, V395/2020 Rz 40; V363/2020 Rz 24; V411/2020 Rz 36). Tritt eine bereits angefochtene Norm während des anhängigen verfassungsgerichtlichen Verfahrens außer Kraft, ist eine Begründung, weshalb dennoch von einer aktuellen Betroffenheit auszugehen ist, nachzureichen (VfSlg 15.116/1998).

24 VfSlg 10.313/1984; 10.820/1986; 15.888/2000; 17.266/2004; ferner VfSlg 17.094/2003.

25 VfSlg 16.581/2002.

26 Siehe https://www.vfgh.gv.at/medien/Covid_Entscheidungungen_Betretungsverbot.de.php (abgerufen am 28. 09. 2020).

lage, dem COVID-19-MaßnahmenG, zugrundeliegende Motiv liegt in der Seuchenbekämpfung. Dieses erfordert – so kann man den VfGH lesen – schnelles, den jeweiligen zeitlichen wie örtlichen Bedingungen angepasstes Handeln des BMSGPK. Fast schon zwangsweise resultiert aus den sich schnell ändernden Bedingungen und der Pflicht des Ordnungsgebers zur Anpassung der Maßnahmen eine rasche Abfolge von Modifikationen einzelner Ordnungsbestimmungen.²⁷ Der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips gipfelt – so der VfGH – nun aber darin, dass ein System an Rechtsschutzeinrichtungen Gewähr dafür bietet, alle staatlichen Akte auf das Gesetz und letztlich auf die Verfassung zurückzuführen.²⁸ Die Ausführungen des Gerichtshofs scheinen so zu verstehen zu sein, dass auch wenn eine Normprüfung während aufrechter Rechtsbedingungen schon deshalb faktisch ausscheidet, weil es dem Gerichtshof unmöglich ist, innerhalb des kurzen Zeitraums der Gebotswirkung der bekämpften Norm eine Entscheidung zu treffen, und diese kurze Spanne schon dem Gesetz und seinem Zweck immanent ist, dennoch Rechtsschutz gewährt werden muss. Der Individualantrag ist als subsidiäres Rechtsmittel konzipiert und soll eben dort Rechtsschutz bieten, wo er sonst nicht möglich ist,²⁹ somit auch in Fällen wie diesen. Um seine Beurteilung zu untermauern, führt der VfGH beispielhaft die Maßnahmenbeschwerde sowie den Rechtsschutz bei der Untersagung von Versammlungen an. Bei beiden gehört der vermeintlich Rechte verletzende staatliche Akt der Vergangenheit an, und dennoch kann Rechtsschutz gesucht werden.³⁰ Diese Parallele ist freilich nur eine scheinbare. Das Recht, die Untersagung einer Versammlung auch dann zu bekämpfen, wenn der Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung nach dem Termin der geplanten Versammlung liegt, ist unmittelbar im Grundrecht auf Versammlungsfreiheit gem Art 11 EMRK³¹ und Versammlungsg³² angelegt und nach verfassungsgerichtlicher Rspr von dessen Kernbereich umfasst.³³ Die Maßnahmenbeschwerde selbst ist gem Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG ebenfalls unmittelbar in der Verfassung ausdrücklich vorgesehen. Selbes gilt nun unbestritten auch für den Individualantrag. Dieser war aber nach bisheriger Rspr eben gerade nicht darauf ausgelegt, lediglich im Nachhinein Rechtsverletzungen festzustellen. Warum nun im konkreten Zu-

sammenhang anderes gelten und ein Vergleich zur Maßnahmenbeschwerde gerechtfertigt sein soll, erhellen die verfassungsgerichtlichen Ausführungen nicht.

Der VfGH deutet eine „Weiterentwicklung“ an, was nahelegt, er bliebe zumindest dem Grunde nach am Boden seiner bisherigen Rspr. In deren Lichte kann angedacht werden, die Zulässigkeit der Anträge mit dem weiterbestehenden Rechtsfolgenbereich zu begründen. Das Verbot ist zwar außer Kraft, Altfälle sind aber weiterhin zu strafen. Insofern greift dann doch ein weiterer Vergleich mit der Versammlungsfreiheit. In deren Zusammenhang hat der VfGH festgehalten, dass ein Untersagungsbescheid sehr wohl auch nach dem Verstreichen des geplanten Verhandlungstermins in die Rechtssphäre der Bescheidadressaten eingreift, da er doch unter anderem als Grundlage in einem möglichen verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren gemäß § 13 Abs 1 iVm § 19 Versammlungsg Rechtsfolgen entwickelt.³⁴ Die (zumindest theoretische) Gefahr, mit einer Strafe belegt zu werden, bleibt auch im Fall der außer Kraft getretenen Ordnungen aufgrund des COVID-19-MaßnahmenG bestehen. Ein solcher Strafbescheid würde zweifellos in die Rechtssphäre der Betroffenen eingreifen. Der VfGH hält es schon in seiner bisherigen Rspr für unzumutbar, strafbares Handeln setzen zu müssen, um im Rechtsmittelweg gegen einen derart provozierten Strafbescheid Normbedenken an den VfGH herantragen zu können, und lässt diesfalls Individualanträge zu.³⁵ Nun mag der These, es sei einem Rechtssuchenden nicht zumutbar, eine Bestrafung aufgrund von § 3 COVID-MaßnahmenG in Kauf zu nehmen, um sein Rechtsschutzbedürfnis zu befriedigen, freilich entgegnet werden, dass dieser das inkriminierte Verhalten bereits gesetzt hat und so nicht ohne Not zu einem gesetzwidrigen Tun verleitet wird. Er hat bloß abzuwarten. Ergeht kein Strafbescheid, ist auch das Rechtsschutzbedürfnis hinfällig. Wird er bestraft, stehen ihm taugliche Rechtsmittel zur Verfügung. Unklar ist aber, ob dieses Zuwarten auf eine Strafe zumutbar ist. Die Verfolgungsverjährung tritt im Verwaltungsstrafrecht gem § 31 VStG³⁶ ein Jahr, nachdem die strafbare Handlung abgeschlossen wurde, ein. Im schlimmsten Fall müssten diese 365 Tage abgewartet werden, somit bis zum 01. 05. 2021, ehe man sich sicher sein könnte, einer Strafe aufgrund der

27 Siehe VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 25.

28 Siehe VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 27.

29 Siehe *Haller*, Die Verfassungsnovelle 1975 – 2. Teil (1976) 10.

30 Bei der Maßnahmenbeschwerde können je nach vorliegender Konstellation freilich der Akt der Ausübung der behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt und damit auch die dadurch bewirkte Verletzung von Rechten noch andauern.

31 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) BGBl 1958/210 iDF BGBl III 2018/139.

32 Versammlungsgesetz 1953 (Versammlungsg) BGBl 98 (WV) iDF BGBl I 2017/63.

33 VfSlg 20.312/2019; siehe *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte³ (2019) 22/9.

34 VfSlg 20.312/2019.

35 VfSlg 11.454/1984.

36 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) BGBl 52 (Wv) iDF BGBl I 2018/58.

COVID-19-Verordnungen zu entgehen.³⁷ Es ist zumindest nicht abwegig, das möglicherweise einjährige Harren auf einen potentiellen Strafbescheid für unzumutbar zu halten.³⁸

Der VfGH schlägt damit ein neues Kapitel in Sachen Zulässigkeit von Individualanträgen auf. Es bleibt spannend, in welche Richtung er die Weiterentwicklung dieses Themas vorantreiben wird. Wird er nur ein wenig an den Schrauben der Zumutbarkeit drehen oder neue Wege beschreiten und die Voraussetzung der aktuellen Betroffenheit umfassend neu interpretieren?³⁹ Aus rechtsstaatlicher Sicht wäre es jedenfalls begrüßenswert, wenn der Gerichtshof ein Rechtsschutzbedürfnis dann anerkennt, wenn eine generelle Norm sonst seiner Kontrolle überhaupt entzogen wäre.⁴⁰

2.3. Die inhaltliche Begründetheit

2.3.1. Fehlender Entschädigungsanspruch

In der Entscheidung im Verfahren G202/2020 setzt sich der VfGH mit der Rechtmäßigkeit des Entfalls des mit einer Betriebsschließung einhergehenden Entschädigungsanspruchs nach dem EpidemieG auseinander. Gem § 4 Abs 3 COVID-19-MaßnahmenG bleiben zwar die Bestimmungen des EpidemieG unberührt und es können demnach auch Maßnahmen auf das EpidemieG gestützt werden, um die Verbreitung von COVID-19 zu bremsen. Gem Abs 2 par cit kommen aber die die **Schließung von Betriebsstätten** betreffenden Bestimmungen des EpidemieG im Anwendungsbereich einer Verordnung gem § 1 COVID-19-MaßnahmenG, wie eben der COVID-19-MaßnahmenV-96, nicht zur Anwendung. Wird die Betretung von Betrieben aufgrund des COVID-MaßnahmenG geregelt, können diese nicht mehr nach dem EpidemieG geschlossen werden, weshalb auch die Vorschriften über einen Anspruch auf Vergütung eines Verdienstentganges gem § 32 Abs 1 Z 4 EpidemieG außer Betracht zu lassen sind.⁴¹

Der VfGH verneint eine Verletzung des Grundrechts auf Unversehrtheit des Eigentums. Der Eingriff in das Freiheitsrecht ist zum einen durch gewichtige öffentliche Interessen gerechtfertigt, zum anderen wird der Eingriff durch ein umfangreiches Maßnahmen- und Rettungspaket komplettiert, welches die zweifelsohne harten wirtschaftlichen Konsequenzen abzufedern versucht. Es kann auch kein gleichheitswidriges Sonderopfer erkannt werden, da alle Branchen, von den strukturerhaltenden abgesehen, gleichermaßen von den Einschränkungen betroffen sind.⁴² Aufgrund eines Sonderopfers kann deshalb aus der Eigentumsfreiheit und dem Gleichheitssatz kein über die Ausgleichsmaßnahmen hinausgehender Entschädigungsanspruch abgeleitet werden.

Auch darüber hinaus vermag der VfGH in dem durch das COVID-19-Maßnahmenpaket auf den Weg gebrachten Ausgleichssystem keinen Widerspruch zum Gleichheitsgebot des Art 7 B-VG erkennen. Zum einen ist die Entschädigung nach dem EpidemieG eindeutig auf andere Fallkonstellationen ausgelegt, insbesondere auf singuläre und kleinteilige statt großräumige bzw flächendeckende Betriebsschließungen.⁴³ Zum anderen werden die vorgesehenen Ausgleichsleistungen zum Teil zwar in Privatwirtschaftsverwaltung vergeben. Die Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes gewährleistet aber im Einzelfall eine gleichheitskonforme Abwicklung, welche gegebenenfalls auch gerichtlich durchgesetzt werden kann.⁴⁴ Allgemein gesteht der VfGH dem Gesetzgeber in der Bewältigung der Krise und bei der Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der Covid-19-Pandemie einen weitreichenden rechtspolitischen Gestaltungsspielraum zu, dessen Grenzen durch ein separates „Rettungspaket“ nicht überschritten werden.⁴⁵

2.3.2. Privilegierung von Bau- und Gartenmärkten

In der Entscheidung V411/2020⁴⁶ stellt der VfGH die Gesetzwidrigkeit der Wortfolge fest, mit der die Ausnahme vom Betretungsverbot für Betriebsstätten für sonstige Betriebsstätten des Handels auf eine bestimmte Fläche

37 Soweit ersichtlich wies der VfGH einen Individualantrag bisher nur dann zurück, wenn aufgrund eines bereits eingeleiteten Strafverfahrens schon ein gangbarer Umweg existierte, und stellte nicht bloß darauf ab, ob eine strafbare Handlung bereits gesetzt wurde; siehe etwa VfSlg 11.853/1984; 12.379/1990; 17.955/2006; 20.002/2015.

38 Siehe allerdings VfSlg 17.093/2003, wo der VfGH zwar betont, es sei unzumutbar, eine (Schadenersatz-)Klage durch rechtswidriges Verhalten zu provozieren. Dies gelte allerdings nicht, wenn das rechtswidrige Verhalten bereits gesetzt worden sei und der Antragsteller sich daher nicht erst rechtswidrig verhalten müsse, nur um die Frage an den Verfassungsgerichtshof herantragen zu können, ob die angefochtenen Bestimmungen verfassungswidrig seien. Der Verfasserin ist auch durchaus bewusst, dass gerade im gegenständlichen Zusammenhang es äußerst unwahrscheinlich erscheint, dass eine Strafbehörde die Verjährungsfrist von einem Jahr ausreizen würde.

39 Kaum mehr aufrechtzuerhalten sein wird wohl die in VfSlg 16.224/2001 vertretene Rechtsansicht des VfGH. In dieser Ent-

scheidung wies der Gerichtshof einen Individualantrag gegen ein bereits außer Kraft getretenes Platzverbot gem § 36 Abs 3 Sicherheitspolizeigesetz BGBl 1991/566 aufgrund der fehlenden unmittelbaren Wirkungen zurück.

40 Im schlimmsten Fall wäre andernfalls Missbrauch durch eine Aneinanderreihung kurz befristeter Regelungen Tür und Tor geöffnet.

41 VfGH 14. 07. 2020, G202/2020 Rz 94.

42 VfGH 14. 07. 2020, G202/2020 Rz 96.

43 Mit Verweis auf die ErlRV VfGH 14. 07. 2020, G202/2020 Rz 113, 120.

44 VfGH 14. 07. 2020, G202/2020 Rz 117.

45 VfGH 14. 07. 2020, G202/2020 Rz 116.

46 Darauf verweisend 14. 07. 2020 G202/2020, V408/2020; V396/2020, V398/2020; G197/2020, V395/2020.

beschränkt wurde.⁴⁷ § 1 COVID-19-MaßnahmenG als gesetzliche Grundlage der Verordnung wird hingegen für unbedenklich befunden.⁴⁸

Dieser Bestimmung wird von den Antragstellern primär unterstellt, gegen das Determinierungsgebot des Art 18 Abs 2 B-VG zu verstoßen. Danach müssen bereits aus dem Gesetz die wesentlichen Merkmale der beabsichtigten Verordnung zu ersehen sein,⁴⁹ zumal nach der stRspr des VfGH bei eingriffsnahen Gesetzen⁵⁰ ein besonders detaillierter Determinierungsgrad erforderlich ist.⁵¹ Zu diesen wird das COVID-19-MaßnahmenG ohne Zweifel zu rechnen sein. Eine solcherart höhere Regelungsdichte lässt das COVID-19-MaßnahmenG vordergründig vermessen,⁵² gibt der Gesetzestext als vermeintlich einzige Determinanten doch lediglich mit, der Verordnungsgeber habe bei „*Auftreten von COVID-19*“ dann mit Verordnung vorzugehen, „*soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist*“. Die Antragsteller beanstanden dabei insbesondere, dass eine Abwägung mit entgegenstehenden Interessen und insbesondere eine grundrechtlich erforderliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit gesetzlich nicht vorgesehen sei.⁵³ Der VfGH teilt diese Bedenken vor dem Hintergrund der krisenhaften Lage nicht. Sie erfordere ein rasches, situatives Entgegensteuern durch staatliche Maßnahmen ohne dem für das gezielte Krisenmanagement notwendigen wissenschaftlichen Erfahrungsschatz, welcher erst nach und nach gewonnenen werde.⁵⁴ Vielmehr hält der Gerichtshof – wohl im Sinne einer **finalen Programmierung**⁵⁵ – den weitreichenden Einschätzungs- und Prog-

nospiegelraum des BMSGPK für verfassungskonform, sofern die „*wesentlichen Zielsetzungen, die das Verwaltungshandeln leiten sollen*“, hinreichend deutlich sind.⁵⁶ Eine exaktere materiell-rechtliche Determinierung, ein konkreteres Vorzeichnen des Verordnungsinhaltes ist in solchen Konstellationen eben nur schwer möglich.

Diese grundsätzliche Zielsetzung ist – so der VfGH – durch den allgemeinen Regelungszusammenhang, insbesondere mit § 2 COVID-19-MaßnahmenG, ausreichend erkennbar. Durch Betretungsverbote für Betriebsstätten werden persönliche und damit das Infektionsgeschehen befördernde Kontakte von Menschen, wenn diese zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen eine Betriebsstätte aufsuchen, eingedämmt. Entgegen der Bedenken der Antragsteller hat ein Abwägungsprozess von öffentlichen Interessen und grundrechtlich geschützten Einzelinteressen vor dem Hintergrund des aktuellen Infektionsgeschehens jedenfalls stattzufinden. Dies wird wohl auch durch die die Verordnungsermächtigung einschränkende, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung implizierende Voraussetzung „*soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist*“ zum Ausdruck gebracht.⁵⁷ Die Betretungsverbote sind von der Behörde dabei mit Blick auf den Zweck der Maßnahme differenziert nach Art und Ausmaß zu verhängen und auch nur für den notwendigen Zeitraum aufrechtzuerhalten.⁵⁸ Den BMSGPK trifft dabei also eine Beobachtungspflicht, da die auf § 1 COVID-19-MaßnahmenG gründenden Verordnungen zwingend auf einer Prognose über den Pandemieverlauf und einem unsicheren wissenschaftlichen Forschungsstand basieren.⁵⁹

47 Ebenso als gesetzwidrig erkannt wurde (schon alleine aufgrund des untrennbaren Zusammenhanges), jene Wendung, die Veränderungen der Größe des Kundenbereichs nach dem 07. 04. 2020 von der Größenbetrachtung ausnahm.

48 VfGH 14. 09. 2020, V411/2020 Rz 68 ff.

49 Siehe schon VfSlg 176/1923, wonach Durchführungsverordnungen gem Art 18 Abs 2 B-VG nur erlassen werden dürfen, wenn die gesetzliche Verordnungsermächtigung ausreichend bestimmt ist und sich nicht nur auf das „ob“, sondern auch auf das „wie“ bezieht; siehe beispielhaft weiters VfSlg 8280/1978.

50 Dies sind solche, welche „*nicht bloß zufällig und ausnahmsweise, sondern geradezu in der Regel schwerwiegend*“ in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreifen (siehe im konkreten Zusammenhang *Fister*, Grundrechte in der Krise, Anwbl 2020, 406 [408]; allgemein *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln⁵ [2017] Rz 589).

51 Solche erhöhten Determinierungsanforderungen bestehen wohl auch dann, wenn das Gesetz zur Erlassung von Verordnungen ermächtigt, wenngleich naturgemäß nicht derselbe Grad wie für den individuell-konkreten Akt verlangt werden kann, sonst würde sich die Verordnungsermächtigung an sich erübrigen (vgl VfSlg 10.737/1985, wonach die Möglichkeit, in ein Grundrecht einzugreifen, in einer auf Gesetzesstufe stehenden Norm, somit einem Gesetz im formellen Sinn oder einem Staatsvertrag iSd Art 50 B-VG, vorgesehen sein und dieses Gesetz die erforderliche Bestimmtheit aufweisen muss; siehe auch VfSlg 11.455/1987; ausführlich *Mörth*, Das Legalitätsprinzip [2020] 69 ff). Die in den genannten Entscheidungen enthaltenen Ausführungen beziehen sich freilich insbesondere auf einen Eingriff in das Recht auf Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK; der Determinierungsgrad ist aber nicht für alle

Grundrechte gleich anzusetzen (siehe etwa VfSlg 13.785/1994; 15.633/1999, vgl auch *Mörth*, Legalitätsprinzip 216 ff).

52 Siehe das Antragsvorbringen in VfGH 14. 07. 2020, G197/2020, V395/2020 Rz 15.

53 Siehe das Antragsvorbringen in VfGH 14. 07. 2020, G197/2020, V395/2020 Rz 18.

54 VfGH 14. 07. 2020, G197/2020, V395/2020 Rz 71 ff, 78; siehe mit vergleichbarer Argumentation VfGH 12. 10. 2012, V22/12; VfSlg 17.348/2004; *Prankl*, COVID-19: Sind die Ausgangsbeschränkungen gesetzwidrig? ZfG 2020, 58 (63).

55 Siehe dazu ausführlich *Mörth*, Legalitätsprinzip 241 ff mit Nachweisen aus Schrifttum und Rspr.

56 VfGH 14. 09. 2020, V411/2020 Rz 73 ff.

57 Kritisch hinterfragt werden könnte bei anderer Ansicht wohl, ob unmittelbar aus der Verfassung überhaupt grundrechtliche Abwägungspflichten abgeleitet werden dürfen; siehe dazu *Berka/Binder/Kneibls*, Grundrechte² (2019) 136.

58 VfGH 14. 07. 2020, V411/2020 Rz 78 ff.

59 Dem Begriff der Prognose ist immanent, dass eine Vorhersage über eine künftige Entwicklung getroffen wird, welche naturbedingt mit Wahrscheinlichkeiten arbeitet, mit gewissen Unsicherheiten behaftet ist und sich nicht zwingend realisiert. Im Idealfall greifen die Maßnahmen und sind in diesem Umfang nicht mehr nötig. Im schlechteren Fall muss nachjustiert werden. So oder so ist auch die Verordnung entsprechend anzupassen. Andernfalls ist wohl davon auszugehen, dass die Verordnung invalidiert, da sie nicht mehr gem § 1 COVID-19-MaßnahmenG zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist; siehe zur Beobachtungspflicht des Verordnungsgebers und zur Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers *Fister*, Anwbl 2020, 419 f.

Trotz und gerade wegen des verfassungsgerichtlich anerkannten Spielraums⁶⁰ muss die Wahrnehmung des Entscheidungsspielraums im Lichte der gesetzlichen Zielsetzungen nachvollziehbar sein.⁶¹ Der Gerichtshof leitet deshalb aus § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz iVm Art 18 Abs 2 B-VG eine **Verpflichtung** des Verordnungsgebers zur detaillierten **Dokumentation seiner Verordnungsgrundlagen** ab⁶² und betont dabei, dass von derartigen, die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandeln sichernden Anforderungen auch in krisenhaften Situationen nicht abgesehen werden könne.⁶³ Was nicht im Vorhinein inhaltlich determiniert werden kann, soll zumindest im Nachhinein verfassungsgerichtlich im Hinblick auf den gesetzlichen Auftrag überprüft werden können.⁶⁴ Eben dieser Dokumentationspflicht ist der BMSGPK nicht hinlänglich nachgekommen. Der dem VfGH übermittelte Verordnungsakt enthält diesbezüglich keine wesentlichen Ausführungen. Lediglich ein Briefing-Papier einer Pressekonferenz, welches schlagwortartig und ohne nähere Ausführungen den „[w]eitere[n] Fahrplan Corona-Krise“ wiedergibt, war beigelegt und diente – wie im Verordnungsakt ausdrücklich festgehalten wird – als Basis der Verordnung.⁶⁵ In keiner Weise gehen Umstände, mögliche Entwicklungsszenarien oder gar vorgenommene Interessenabwägungen hervor. Schon aufgrund des Verstoßes gegen diese dem § 1 COVID-19-MaßnahmenV-96 **immanente Begründungspflicht** sah der VfGH die Verordnung als gesetzwidrig an. So viel Zeit muss sein, auch und gerade in der Krise. Zudem wurde der gesetzlich eingeräumte Gestaltungsspielraum aus der Perspektive des Höchstgerichts gleichheitswidrig ausgeübt, weil Garten- und Baumärkte **undifferenziert** vom Betretungsverbot ausgenommen wurden, alle übrigen Geschäftslokale des Handels dafür allerdings an eine maximale Fläche und Kundendichte gebunden waren. Selbst wenn die 400 m²-Schwelle an sich aufgrund des größeren Verkehrsaufkommens in derartigen Betriebsstätten zu rechtfertigen sei, bestehe kein sachlicher Grund dafür, diese nicht auch auf insofern vergleichbare Betriebsstätten von Garten- und Baumärkten zur Anwendung zu bringen.⁶⁶ Aus virologischer

Sicht existiert eben kein Unterschied im tatsächlichen Bereich, insbesondere keine größere Ansteckungsgefahr in sonstigen Geschäftslokalen, die eine derartige rechtliche Ungleichbehandlung tragen, zumal die privilegierten Betriebstypen nicht jenen für die Verrichtung des täglichen Lebens relevanten zuzuordnen sind.⁶⁷ Aufgrund dieser unsachlichen Differenzierung verstößt § 2 Abs 4 COVID-MaßnahmenV-96 gegen § 1 COVID-19-MaßnahmenG.

2.3.3. Ausgangsbeschränkungen

Medial am meisten Beachtung fand zweifelsohne die **COVID-19-MaßnahmenV-98**. Abgesehen von der Betroffenheitsdichte – war doch jede im Staatsgebiet befindliche Person angesprochen – und der Eingriffsintensität – noch selten und seit langer Zeit nicht mehr musste die Allgemeinheit derart massive Eingriffe in die Grundrechtssphäre hinnehmen⁶⁸ – war dafür freilich auch die Vielzahl der medialen Auftritte von Mitgliedern der Bundesregierung ursächlich, die ein eher uneinheitliches Bild darüber zeichneten, ob es wohl drei, vier, fünf oder unbegrenzt Gründe dafür gebe, den eigenen Wohnraum zu verlassen.⁶⁹

Auch in diesem Fall erachtet der Gerichtshof in V363/2020 die gesetzliche Grundlage der Verordnung im Hinblick auf Art 18 B-VG für verfassungsrechtlich unbedenklich und erblickt in § 2 COVID-MaßnahmenG keine aus rechtsstaatlicher wie demokratischer Perspektive verpönte formalgesetzliche Delegation; dies – wie in V411/2020 – obschon der offensichtlichen Eingriffsnähe der einschlägigen Regelungen. Vielmehr genügt § 2 COVID-19-MaßnahmenG dem Determinierungsgebot vor dem Hintergrund des Regelungsgegenstandes. Einmal mehr begründet der VfGH seine Bewertung mit der gesundheitlichen Bedrohung, mit der sich der Gesetzgeber im März des Jahres 2020 konfrontiert sah, die flexibles, rasches Handeln erforderte.⁷⁰ Auch in diesem Zusammenhang verweist der VfGH sinngemäß auf das Element der finalen Determinierung, die dem Verordnungsgeber im umfang-

60 Mit der finalen Programmierung wesensmäßig verbunden ist zwar regelmäßig die Legitimation durch Verfahren (vgl dazu *Mörth*, Legalitätsprinzip 242 f). Das Defizit an inhaltlicher Determinierung soll dabei durch strengere Regeln, mit welchem Verfahren das vorgegebene Ziel erreicht werden soll, substituiert werden (siehe auch *Prankl*, ZfG 2020, 63, dessen Ausführungen sich aber auf § 1 COVID-MaßnahmenG beziehen). Auch solche sind dem COVID-19-MaßnahmenG nicht zu entnehmen und waren vor dem Hintergrund des Ziels des COVID-19-MaßnahmenG im Zeitpunkt der Erlassung seiner Stammfassung auch kaum angezeigt.

61 VfGH 14. 07. 2020, V411/2020 Rz 78; vgl auch VfSlg 11.756/1988; 11.757/1988; 11.918/1988; 11.972/1988; 17.161/2006, wo ebenso im Hinblick auf einen grundrechtskonform wahrzunehmenden Spielraum eine Pflicht die entscheidungsrelevanten Umstände detailliert zu ermitteln und aktenkundig zu machen, angekommen wird.

62 VfGH 14. 07. 2020, V411/2020 Rz 78 ff; siehe dazu auch *Prankl*, ZfG 2020, 62.

63 VfGH 14. 07. 2020, V411/2020 Rz 80.

64 VfGH 14. 07. 2020, V411/2020 Rz 74 mit Verweis auf einschlägige Rsp; siehe auch *Rill* in *Kneiß/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäfer-Kommentar* (1. Lfg, 2001) Art 18 B-VG Rz 87.

65 VfGH 14. 07. 2020, V411/2020 Rz 83.

66 VfGH 14. 07. 2020, V411/2020 Rz 91 f.

67 Vgl VfGH 14. 07. 2020, V411/2020 Rz 93.

68 Siehe schon *Fister*, *Anwbl* 2020, 408 f.

69 Zur fehlenden diesbezüglichen Rechtsklarheit zu Recht kritisch *Fister*, *Anwbl* 2020, 410; siehe zur strittigen Z 5 LVwG Wien 05. 06. 2020, VGW-031/047/5718/2020.

70 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 49 ff.

reichen Ausmaß die „*situationsbezogene Konkretisierung des Gesetzes*“ überlässt.⁷¹ Der Zweck der Verordnungsermächtigung ist im systematischen Zusammenhang mit § 1 COVID-19-MaßnahmenG darin zu sehen, persönliche Kontakte dort einzudämmen, wo Menschen abseits von Betriebsstätten typischerweise in größerer Anzahl zusammenkommen, und so das Infektionsgeschehen befördern.⁷² Damit wird für den VfGH ausreichend klar umschrieben, worauf sich die Verordnungsermächtigung des § 2 COVID-19-MaßnahmenG bezieht.⁷³ Gegebenenfalls seien im Hinblick auf die grundrechtlich unerlässliche Verhältnismäßigkeitsprüfung und Gesamtabwägung zeitliche Schranken und Voraussetzungen bzw Auflagen vorzusehen, unter deren Einhaltung bestimmte öffentliche Orte betreten werden dürfen.⁷⁴ Wiederum sei eine Beobachtungs- und Anpassungsverpflichtung der verordnungserlassenden Behörden impliziert;⁷⁵ dh eine Ausgangsbeschränkungsverordnung, die nicht (mehr) erforderlich zur Verhinderung der Verbreitung vom COVID-19 ist, da sich die pandemischen Verhältnisse ändern, ist anzupassen oder invalidiert.⁷⁶ Nicht gedeckt, dies betont der Gerichtshof, ist ein **allgemein gehaltenes Betretungsverbot** des öffentlichen Raums, welches das Gebot impliziert, in der eigenen Wohnung zu verbleiben.⁷⁷

Als gesetzwidrig erachtet der VfGH aber die angefochtene Verordnung, weil das Betretungsverbot öffentlicher Orte eben nicht dem § 2 COVID-Maßnahmengesetz entsprechend auf „*bestimmte*“ Orte beschränkt war, sondern pauschal alle öffentlichen Orte umfasste.⁷⁸ Daran ändern auch die in Z 1 bis 5 angeführten Ausnahmen nichts. Der Ordnungsgeber verkehrte das gesetzlich vorgesehene Regel-Ausnahme-System, welches von der grundsätzlichen Freiheit, den öffentlichen Raum zu betreten, ausgeht und nur „*bestimmte*“ Orte davon ausgenommen wissen will, ins Gegenteil. Ein derart umfassendes Verbot ist vom Gesetz nicht gedeckt. Aus diesem Grund befindet der VfGH einen Gutteil der Verordnung, konkret §§ 1 (Regel), 2 (Ausnahme), 4 (Benützung von Massenbeförderungsmitteln zum Zwecke der in § 2 genannten Gründe) und 6 (Glaubhaftmachung der Gründe

zur Betretung eines öffentlichen Ortes gem § 2) aufgrund ihres untrennbaren Zusammenhangs für gesetzwidrig. In einem *obiter dictum* betonte der VfGH, dass unter Umständen ein totales Ausgangsverbot gerechtfertigt sein könnte, sofern die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt. Ein solches bedürfe aber jedenfalls einer konkreten und entsprechend näher bestimmten gesetzlichen Grundlage.⁷⁹ Tatsächlich enthält die jüngste Änderung des COVID-MaßnahmenG eine „*Shutdown*“-Klausel unter dem Titel „*Ausgangsregel*“. Die Verordnungsermächtigung wird dabei von näheren inhaltlichen Kriterien begleitet, die Ausnahmen klar umschrieben und spezifische Verfahrensvorschriften vorgesehen.⁸⁰

3. Die Folgewirkungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

3.1. Grundlegung

Was aber ist nun mit jenen Sachverhalten, die in der Vergangenheit im Anwendungszeitraum des Rechtsbereichs der Verordnungen verwirklicht wurden? Im Folgenden wird der Fragestellung nachgegangen, ob die COVID-19-Rspr des VfGH auch für diese Fälle relevant ist. Unterschieden werden muss dabei zwischen solchen Fällen, die noch nicht rechtskräftig entschieden sind, und jenen, bei denen Rechtskraft bereits eingetreten ist bzw gegebenenfalls noch ein Rechtszug zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts offensteht. Ein Fokus soll dabei auf die Konsequenzen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz gelegt werden.

3.2. Folgewirkungen für noch nicht rechtskräftig entschiedene Verwaltungsstrafsachen

3.2.1. „Die als gesetzwidrig festgestellten Bestimmungen sind nicht mehr anzuwenden.“

Nach der verfassungsgerichtlichen Feststellung, dass die einschlägigen Ordnungsstellen gesetzwidrig wa-

71 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 51 mit Verweis auf VfSlg 15.765/2000.

72 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020-25 Rz 53.

73 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 54.

74 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 50, 52, 57.

75 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 58.

76 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 51, 58; auch eine Verletzung der Rechte auf Freizügigkeit gem Art 4 Abs 1 StGG und Art 2 4. ZPEMRK, auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK, der Erwerbsfreiheit und der Eigentumsfreiheit ist nicht erkennbar, da diese nicht schrankenlos gewährleistet sind. Dasselbe gilt für den Gleichheitssatz. Mit dem Schutz der Gesundheit, konkret der Verhinderung der Verbreitung von COVID-19, liegt für den VfGH ein legitimes öffentliches Interesse vor und die Verordnungsermächtigung ist – unter Zugrundelegung der implizit ermittelten gesetz-

lichen Vorgaben – ein geeignetes erforderliches und verhältnismäßiges Mittel; siehe VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 59 ff.

77 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 56.

78 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 64ff; darauf am 17. 03. 2020 zuerst hinweisend Stöger, Coronakrise: Karl Stöger im Interview; <https://rewi.uni-graz.at/de/studieren/neuigkeiten/detail/article/coronakrise-karl-stoeger-im-interview-1/> (abgerufen am 18. 09. 2020); ebenso Noll, Corona-Krise: Der Ordnungsstaat, Der Standard v 25. 03. 2020; siehe auch Prankl, ZfG 2020, 61 f; Hierschel/Holzinger/Eibl, Handbuch des Epidemienrechts (2020) 131 f.

79 VfGH 14. 07. 2020, V363/2020 Rz 56.

80 Siehe § 5 iVm § 10 und § 11 COVID-MaßnahmenG idFBGBI 2020/104.

ren, enthalten alle fünf Erkenntnisse des VfGH als zweiten Spruchpunkt die Aussage, die als gesetzwidrig festgestellten Bestimmungen seien nicht mehr anzuwenden. Es ist ein Charakteristikum des österreichischen verfassungsgerichtlichen Normenkontrollsystems, dass die höchstgerichtlichen Erkenntnisse, mit denen generelle Normen für rechtswidrig befunden und aus dem Rechtsbestand ausgeschieden werden, vom Anlassfall abgesehen „lediglich“ *ex-nunc*-Wirkung entfalten.⁸¹ Dies gilt grundsätzlich gem Art 139 Abs 5 B-VG auch für Verordnungen. Die Aufhebung tritt mit dem auf die Kundmachung der Aufhebung folgenden Tag in Kraft. Hinzu kommt, dass im interessierenden Zusammenhang die geprüften Verordnungen bereits mit dem Ablauf des 30. 04. 2020 ohnehin aufgrund positivrechtlicher Anordnung außer Kraft waren. Aus diesem Grund konnte der Gerichtshof die für rechtswidrig befundenen Wendungen der Verordnungen auch nicht mehr kassieren, sondern hatte gem Art 139 Abs 4 B-VG deren Gesetzwidrigkeit festzustellen.

Ausfluss der grundsätzlichen *ex-nunc*-Wirkung der aufhebenden und auch der die Rechtswidrigkeit feststellenden Erkenntnisse des VfGH ist aber auch, dass solche Sachverhalte, die sich bis zum Außerkrafttreten einer geprüften Bestimmung ereignet haben (Altsachverhalte),⁸² weiterhin an der für rechtswidrig befundenen Rechtslage zu messen sind.⁸³ Die verfassungsgerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit ändert insofern über den Anlassfall hinaus nichts am *status quo*.⁸⁴

Diese Grundregel soll aber gem Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG nur gelten, sofern der VfGH in seinem Erkenntnis nichts anderes ausspricht. Von eben dieser Möglichkeit hat der VfGH mit den jeweils zweiten

Spruchpunkten der hier referierten Entscheidungen Gebrauch gemacht.⁸⁵ Auszuloten bleibt nun die genaue Bedeutung dieser Anordnungen. Der VfGH kann nach eigenem Ermessen vom Grundsatz der *ex-nunc*-Wirkung seiner Erkenntnisse abweichen und dies auch auf konkrete Verfahren, Fallgruppen oder bestimmte Zeiträume beziehen.⁸⁶ Im konkreten Fall wurden keine Einschränkungen vorgesehen, sondern pauschal die Weiteranwendung der für gesetzwidrig erkannten Verordnungsteile unterbunden. Der Ausspruch des VfGH impliziert folglich insofern eine „Rückwirkung“, als jedenfalls in noch nicht abgeschlossenen Verfahren nunmehr die bereinigte Rechtslage zur Anwendung kommen soll. Durch eine Anordnung gem Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG wird somit auch der Rechtsfolgenbereich der aufgehobenen Vorschriften beendet.⁸⁷ Dies gilt neben den Verwaltungsbehörden jedenfalls auch für die VwG. Für diese macht es dabei keinen Unterschied, welche Vorgeschichte dem angefochtenen Strafbescheid zugrundeliegt. So kann der Strafbescheid im direkten Weg nach Durchführung eines ordentlichen Verfahrens erlassen worden sein oder aber auf einen Einspruch gegen eine Strafverfügung gem § 49 VStG zurückgehen. Ab 11. 04. 2020 durften Verstöße gegen § 3 Abs 1 und 3 COVID-19-MaßnahmenG iVm einer COVID-19-Maßnahmenverordnung zudem mit Organstrafverfügungen geahndet werden.⁸⁸ Wurde deren Zahlung oder die Entgegennahme des Belegs verweigert, hatte das Organ der öffentlichen Aufsicht Anzeige an die Strafbehörde zu erstatten. Diese hat aufgrund des höchstgerichtlichen Ausspruches gem Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG davon abzusehen, ein ordentliches Strafverfahren einzuleiten bzw ein solches einzustellen.

81 Siehe statt vieler *Fister*, Intertemporales Recht (2019) 290; *Schäffer/Kneibls* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 140 Rz 89.

82 Wann ein Sacherhalt als abgeschlossen gilt, bestimmt sich nach materiellem Recht (*Fister*, Intertemporales Recht 304).

83 Siehe *Fister*, Intertemporales Recht 303 ff, 313.

84 Dies gilt für zeitraumbezogene Rechtsanwendung, wie etwa im Sozialversicherungs- oder Steuerrecht, wie auch für zeitpunktbezogene Rechtsanwendung, wie im (Verwaltungs-)Strafrecht, wo grundsätzlich das im Tatzeitpunkt geltende Recht maßgeblich ist; siehe allerdings zum Günstigkeitsprinzip sogleich Abschnitt 3.2.2.

85 Im Schrifttum wird diese Möglichkeit, die zeitlichen Wirkungen der verfassungsgerichtlichen Entscheidung mit Rückwirkung zu versehen, zuweilen auf konkrete Normprüfungsverfahren begrenzt. Die Anlassfallwirkung würde diesfalls auf andere (gegebenenfalls näher umschriebene und abgegrenzte) in der Vergangenheit liegende Sachverhalte ausgedehnt (*Stanger*, Anlassfallwirkung für Individualantragsteller, ZfV 1990, 282). Wenn Normbedenken hingegen im Wege eines Individualantrages an den VfGH herangetragen würden, wäre eine Feststellung der Gesetzwidrigkeit nach dieser Ansicht somit unzulässig. Ferner wird zuweilen aufgrund der Textierung des Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG, welche explizit auf die vor der „Aufhebung“ verwirklichten Tatbestände abstellt, auch ausgeschlossen, eine Rückwirkung gem Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG könne diesfalls vom VfGH angeordnet werden (*Ringhofer*, ÖVA

1978, 120; *Stanger*, ZfV 1990, 282; dies gerade für derartige Fälle behandelnd *Aichreiter* in Kneibls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar [1. Lfg, 2001] Art 139 B-VG Rz 33; ebenso *Schäffer/Kneibls* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 140 Rz 91). Es kann an dieser Stelle dahin gestellt bleiben, ob der VfGH in solchen Fällen zu Recht oder zu Unrecht von der Möglichkeit Gebrauch machte. Jedenfalls tut er es regelmäßig (siehe mit Judikaturnachweisen *Mayer/Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht² [2015] Art 139 BVG 796) und hat es auch in den hier interessierenden Entscheidungen getan. Zu respektieren ist diese höchstgerichtliche Anordnung in jedem Fall.

86 Siehe etwa VfSlg 14.798/1997; 14.986/1997; 17.974/2006; 19.511/2011. Der Verfassung sind keinerlei nähere Kriterien zu entnehmen, wann das Höchstgericht die zeitlichen Wirkungen seiner Entscheidung vorlagern soll und wann es bei dem Grundsatz des Art 139 Abs 5 B-VG bleiben soll; siehe ausführlich *Rohregger/Schuch*, Die Rechtswirkungen aufhebender Erkenntnisse, *Holoubek/Lang* (Hrsg), Des verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1998) 141 (149 ff).

87 *Fister*, Intertemporales Recht 306; *Haller*, Die Prüfung bereits außer Kraft getretener Gesetze durch den Verfassungsgerichtshof, ÖStZ 1975, 239 (243).

88 V des BMSPK BGBl II 2020/152 über die Einhebung von Geldstrafen mit Organstrafverfügung nach dem Epidemiegesetz 1950 und dem COVID-19-Maßnahmegesetz.

Wird die Anordnung des VfGH nicht wahrgenommen oder aber ergingen die Entscheidungen des VfGH erst, nachdem die Strafbehörde den Bescheid erlassen hatte, ist das VwG im Rechtsmittelverfahren dazu angehalten, nach der bereinigten Rechtslage vorzugehen.⁸⁹

3.2.2. Günstigkeitsprinzip gem § 1 Abs 2 VStG

Im gegebenen Zusammenhang sucht man freilich nach dem „Mehrwert“ der Anordnung des VfGH gem Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt ohnehin gem § 1 Abs 2 VStG das Günstigkeitsprinzip. Zwar kommt dem Grundsatz nach im Strafverfahren jene Rechtslage zur Anwendung, die im Zeitpunkt der Tatbegehung gilt. Sollte nach der Tatbegehung aber eine für den Täter begünstigende Änderung der Rechtslage eintreten, ist diese im Verfahren zu berücksichtigen.⁹⁰ Gem § 38 VwGVG⁹¹ gilt dies jedenfalls auch für das Rechtsmittelverfahren vor den VwG.⁹² Das Günstigkeitsprinzip kommt grundsätzlich auch dann zum Zug, wenn die Strafbarkeit einer Handlung an sich durch eine Aufhebung oder Abänderung der Strafnorm nach dem Zeitpunkt der Begehung zur Gänze wegfällt.⁹³ Vor diesem Hintergrund scheint es fast so, als hätte sich der Ausspruch des VfGH, die für gesetzwidrig befundenen Bestimmungen seien nicht mehr anzuwenden, erübrigt. Schließlich steht schon das VStG dem entgegen, mittlerweile straflos gewordenen Verhalten mit einer Strafe zu belegen, unabhängig davon, ob eine Verwaltungsbehörde oder schon ein VwG mit der Angelegenheit beschäftigt ist.

Drei Problemfelder tun sich jedenfalls auf, welche den VfGH möglicherweise dazu bewegen haben könnten, trotz des vordergründig gleichen Inhalts des § 1 Abs 2 VStG einen Ausspruch gem Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG zu treffen und die weitere Anwendung der für gesetzwidrig befundenen Verordnungsbestimmungen auszuschließen.

Zum ersten ist die Frage weder im Schrifttum noch in der Rspr gelöst, ob das Günstigkeitsprinzip des § 1 Abs 2 VStG auch für den Fall Anwendung finden soll, dass das zum Zeitpunkt der Entscheidung geltende Recht deshalb für den Täter günstiger ist, weil das Tatzeitrecht der verfassungsgerichtlichen Kassation anheimgefallen ist. Die Genese der Bestimmung und Materialien zum Gesetzgebungsprozess helfen nicht, eine Antwort zu finden. ME spricht der Wortlaut nicht dagegen, und der Telos der Vorschrift würde die Maßgeblichkeit des § 1 VStG zumindest dann indizieren, wenn mit der durch das verfassungsgerichtliche Erkenntnis bewirkten Änderung der Rechtslage auch eine andere Bewertung des Unwertgehalts der Tathandlung einhergeht. Die Beurteilung, ob dem so ist, wird regelmäßig mit Unsicherheiten behaftet sein und lädt geradezu zu unterschiedlichen Ergebnissen von Behörden und VwG ein.

Zum zweiten ist nicht geklärt, ob das Günstigkeitsprinzip auch im Verfahren vor dem VwGH Anwendung finden soll. Zwar wird im Schrifttum allgemein angenommen, dieses sei für den VwGH auch dann maßgeblich, wenn die für den Täter günstigere Rechtsänderung nach der Entscheidung des VwG, aber vor jener des VwGH eingetreten sei.⁹⁴ Der VwGH hat aber grundsätzlich das Erkenntnis des VwG nach der Sach- und Rechtslage zum

89 Siehe Abschnitt 3.2.3.

90 Es liegt fast auf der Hand zu fragen, ob der Rechtsunterworfenen nicht ohnehin schon während des aufrechten zeitlichen Rechtsbedingungsbereichs der Verordnungen aufgrund von § 2 und § 3 COVID-19-MaßnahmenG davon ausgehen konnte, in Genuss des Privilegs gem § 1 Abs 2 VStG zu kommen, da sein Verhalten aufgrund der knappen Befristung der Verordnungen schon bald nach Tatbegehung nicht mehr strafbar sein würde. Auch die Strafbestimmung des § 3 COVID-MaßnahmenG, welche als Blankettstrafnorm das in den Verordnungen gem §§ 1 und 2 COVID-19-MaßnahmenG verbotene Verhalten unter Strafe stellt, tritt gem § 4 Abs 1 leg cit mit 31. 12. 2020 außer Kraft (siehe dazu Stückler, Das Günstigkeitsprinzip im VStG – ein Freifahrtsschein für „Corona-Täter“? ZVG 2020, 200 [200 ff]). Diesfalls würde spätestens im Rechtsmittelverfahren das geltende Recht für den Bestraften günstiger sein. Stückler lehnt mit Verweis auf bisherige höchstgerichtliche Rspr die Maßgeblichkeit von § 1 Abs 2 VStG für die hier geschilderte Konstellation ab, da aufgrund der Struktur als Blankettstrafnorm das Unwerturteil des Gesetzgebers sich nicht verändert hätte. Diese Einschätzung sei solange aufrechtzuerhalten, als die Verwaltungsstrafatbestimmung des § 3 COVID-19-MaßnahmenG in Kraft steht, mithin bis zum Ablauf des 31. 12. 2020; vgl ferner Fister, Intertemporales Recht 241.

91 BG BGBl I 2013/33 über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG) idF BGBl I 2018/57.

92 Siehe Muzak, Aktuelle grundrechtliche Fragen des Verwaltungsstrafrechts, ZfV 2014, 513 (514); bis BGBl I 2013/33 war die An-

wendbarkeit des Günstigkeitsprinzips zeitlich mit der Fällung des Bescheides in erster Instanz beschränkt. Rechtsänderungen, die danach erfolgten, waren in einem etwaigen Rechtsmittelverfahren somit unbeachtlich. Mit der Ausweitung des Günstigkeitsprinzips reagierte der Gesetzgeber auf Rechtsprechung des EGMR (17. 09. 2009, Scoppola/Italien, 10249/03) und auch des EuGH (03. 05. 2005, Berlusconi, C-387/02; 04. 06. 2009, Äktagaren, C-142/05.), in der ein von Art 7 EMRK implizit enthaltenes und ein von Art 49 Abs 1 letzter Satz GRC explizit vorgesehenes generelles, dh nicht auf bestimmte Verfahrensstadien begrenztes Rückwirkungsgebot angenommen wurde (RV 2009 BlgNR 24. GP 18; siehe auch Capelare/Schaunig, Das Rückwirkungsgebot begünstigender Strafgesetze – Teil 1, JBl 2019, 82 [89]; Starl, Der Günstigkeitsvergleich im Finanzstrafrecht [2020] 6 f; Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG² [2017] § 1 Rz 9 ff) Vielmehr habe es bis zum „final judgment“ Beachtung zu finden (EGMR 17. 09. 2009, Scoppola/Italien, 10249/03 Rz 109).

93 Grundlegend VwSlg 4275 A/1975; 19.453 A/2016; VwGH 21. 11. 2013, 2012/01/0075; 03. 07. 2014, 2012/17/0039; siehe dazu Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG² § 1 Rz 14; Starl, Günstigkeitsprinzip 12.

94 Fister, Intertemporales Recht 242 f; ders, Verwaltungsgerichtsbarkeit neu – Die Neuerungen im Administrativverfahren, in Baumgartner (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2014 (2014) 11 (21); Capelare/Schaunig, JBl 2019, 89; Wessely in Raschauer/Wessely, VStG² (2016) § 1 Rz 16.

Zeitpunkt dessen eigener Erledigung zu überprüfen.⁹⁵ Genaugenommen also wäre die begünstigende Änderung der Rechtslage vom VwGH dann nicht wahrzunehmen, wenn diese eben erst nach der Entscheidung des VwG erster Instanz eingetreten ist.⁹⁶ Die bisherige Rspr des VwGH lässt dessen Position im Hinblick auf § 1 Abs 2 VStG (noch) nicht erkennen.⁹⁷ Der VwGH wendet bei einem Ausspruch des VfGH gem Art 139 Abs 2 zweiter Satz B-VG in stRspr aber wohl die bereinigte Rechtslage an.⁹⁸

Zum dritten handelt es sich bei den vom VfGH für gesetzwidrig befundenen Verordnungen um sogenannte **Zeitgesetze** (da es sich um Verordnungen handelt, Zeitgesetze im materiellen Sinne). Diese werden von vornherein mit einem zeitlich begrenzten Anwendungsbereich erlassen, und eine Änderung der Rechtslage ist schon in der Wurzel angelegt.⁹⁹ Diesfalls soll § 1 Abs 2 VStG nur Anwendung finden,¹⁰⁰ sofern mit der Rechtsänderung eine Entkriminalisierung der bereits vollendeten strafbaren Tat einhergeht.¹⁰¹ Umgekehrt greift das Günstigkeitsprinzip nach allgemeinen Regeln dann nicht, wenn das strafrechtliche **Unwerturteil** weder gemildert noch beseitigt wird.¹⁰² Auch hier ist wieder offensichtlich, dass die Antwort auf die Frage, ob das Unwerturteil über das zur Zeit seiner Begehung strafbare Verhalten nachträglich milder geworden oder ganz weggefallen ist, durchaus unterschiedlich ausfallen kann, zumal auch unklar ist, auf welcher Abstraktionsebene der Günstigkeitsvergleich angestellt werden muss.¹⁰³

Die hier aufgeworfenen Unsicherheiten in Bezug auf § 1 Abs 2 VStG implizieren einen derartigen Spielraum in der Anwendung, der erwarten lässt, Verwaltungsstrafbehörden bzw VwG würden in dieser Angelegenheit unterschiedlich vorgehen. Freilich könnten deren Entscheidungen wiederum bekämpft und letztlich der VwGH und VfGH mit der Frage befasst werden. Abgesehen davon, dass sich der VfGH einer Flut von Beschwerden gewiss sein könnte, blieb auch noch die Gefahr der uneinheitlichen Beurteilung der beiden Höchstgerichte. Da scheint doch ein Ausspruch gem Art 139 Abs 6 zweiter

Satz B-VG die pragmatische Variante, die eine Anwendung der günstigeren Rechtslage sicherstellt.

3.2.3. Entscheidung der VwG in anhängigen Verwaltungsstrafverfahren

Entsprechend den vorstehenden Überlegungen ist im Gefolge des verfassungsgerichtlichen Ausspruchs der Gesetzwidrigkeit der genannten Verordnungsteile und deren künftiger Unanwendbarkeit sowohl den verwaltungsbehördlichen Verfahren wie auch den Rechtsmittelverfahren vor den VwG die bereinigte Rechtslage zugrunde zu legen. Wurde ein Strafbescheid beim zuständigen VwG bekämpft, hat dieses der **Beschwerde Folge zu geben**, das angefochtene Straferkenntnis **zu beheben** und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG **einzustellen**, da das Verhalten, die dem Bescheidadressaten angelastet wird, keine Verwaltungsübertretung (mehr) darstellt und eine Strafe deshalb nicht (mehr) verhängt werden darf.¹⁰⁴

Wird das VwG mit einer Beschwerde gegen einen bereits in **Rechtskraft** erwachsenen Strafbescheid mit dem Argument angerufen, die Strafbarkeit des bestraften Verhaltens sei nunmehr aufgrund der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der angewendeten materiellen Bestimmungen entfallen, so ist die Beschwerde gem § 28 iVm § 31 VwGVG wegen Verspätung des Rechtsmittels gegen die deshalb rechtskräftige Entscheidung **zurückzuweisen**.¹⁰⁵ Soweit scheint die gesetzlich vorgeschriebene Vorgehensweise der VwG klar. Mit einer **Sonderkonstellation** werden die VwG hinkünftig aber zweifelsohne konfrontiert sein: Der von der Verwaltungsbehörde Bestrafte kann das Straferkenntnis bloß hinsichtlich des Strafausspruchs bei den VwG anfechten oder sich zur Gänze gegen dieses zur Wehr setzen und somit auch den Schuldspruch bekämpfen. Im ersteren Fall erwächst das Straferkenntnis hinsichtlich des Ausspruches über die **Tat- und Schuldfrage** in **Teilrechtskraft** und das VwG hat sich ausschließlich mit der Straffrage auseinanderzusetzen.¹⁰⁶ Eine ver-

95 Hauer, Gerichtsbarkeit⁴ Rz 599 f; VwGH 25. 06. 2019, Ra2019/10/0012.

96 Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG² § 1 Rz 9.

97 Mit einer Analyse bisheriger Rspr Fister, Intertemporales Recht 242 f.

98 Siehe dazu Abschnitt 3.3.2.

99 Zu diesem Begriff VwSlg 4275 A/1957; Fister, Intertemporales Recht 123; vgl zur Befristung der gegenständlichen Verordnungen oben Abschnitt 2.1.

100 Siehe zur Frage der Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips für Verordnungen gem § 1 und § 2 COVID-19-Gesetz ohne verfassungsgerichtlichen Ausspruch der Unanwendbarkeit der für gesetzwidrig befundenen Bestimmungen Stückler, ZVG 2020, 200.

101 Vgl Starl, Günstigkeitsprinzip 12 f.

102 Grundlegend VwSlg 4275 A/1957; VwGH 06. 09. 2012, 2012/09/0105; 04. 10. 2012, 2012/09/0134; 06. 11. 2012, 2012/09/0106; 17. 12. 2013, 2012/09/0092; VfSlg 19.628/2012.

103 Siehe Muzak, ZfV 2014, 514 f mit Judikaturnachweisen, in welchen die unterschiedlichen Möglichkeiten, den Günstigkeitsvergleich gem § 1 Abs 2 VStG auszuüben, zum Ausdruck kommen.

104 Vgl LVwG NÖ 24. 07. 2020, LVwG-S-1176/001-2020; 05. 08. 2020, LVwG-S-1472/001-2020; LVwG Tir 27. 07. 2020, LVwG-2020/22/0963; LVwG Wien 22. 07. 2020 VGW-031/016/8584/2020; 29. 07. 2020, VGW-031/067/8465/2020, die bereits im Gefolge der verfassungsgerichtlichen COVID-19-Judikatur ergingen.

105 Siehe Abschnitt 3.3.1.

106 Siehe VwGH 28. 05. 2019, Ra 2018/05/0266 mit Verweisen auf VwGH 19. 10. 2017, Ra 2017/02/0062 und VwGH 14. 11. 2018, Ra 2016/08/0082.

gleichbare Situation ergibt sich auch in jenen Fällen, in denen Einspruch gegen eine Strafverfügung eingeschränkt auf das Ausmaß der auferlegten Strafe erhoben wird. Diesfalls erwächst die Strafverfügung hinsichtlich des Schuldspruchs in Rechtskraft. Die Behörde hat nach Durchführung eines ordentlichen Verfahrens lediglich über die Strafbemessung neu zu entscheiden und kann gegebenenfalls die Strafhöhe herabsetzen.¹⁰⁷ Ein etwaig dagegen angerufenes Gericht setzt sich somit auch lediglich mit dem Thema des bekämpften Bescheides, sohin mit der Strafbemessung auseinander.

Was ist nun aber mit jenen Fällen, in denen die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen während der Frist ergingen, innerhalb derer gegen den Bescheid über die Strafhöhe Beschwerde an das VwG erhoben werden konnte? In beiden dargestellten Varianten ist den VwG nach herkömmlichem Verständnis eine inhaltliche Überprüfung des Tatvorwurfs verwehrt. Dennoch ist eine Strafbemessung hinsichtlich einer Tat vorzunehmen, deren gesetzliches Verbot nicht mehr aufrecht ist. Aus grundrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, wann von einem „*final judgment*“ iSd Art 7 EMRK, also der Entscheidung, mit der das Gebot der Berücksichtigung milderer Gesetze endet,¹⁰⁸ auszugehen ist. Im Schrifttum gibt es Auseinandersetzungen dahingehend, ob Schuldspruch und Strafausspruch nun derart akzessorisch seien, dass mit der Rechtskraft des ersteren auch die Rechtslage für zweiteres „fixiert“ werde, oder ob aufgrund der untrennbaren Einheit von einem „*final judgment*“ erst gesprochen werden könne, wenn sowohl der Schuldausspruch als auch der Strafausspruch in Rechtskraft erwachsen.¹⁰⁹ Während nach der ersten Auffassung das VwG die Strafbemessung aufgrund der Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung der Verwaltungsbehörde zu treffen bzw auf Basis jener, die der – der Strafhöhe nach bekämpften – Strafverfügung zugrunde lag, hätte es bei zweiterer einen Günstigkeitsvergleich gegebenenfalls entgegen der Teilrechtskraft des Schuldspruches durchzuführen. Eine vermittelnde Position beharrt mE zu Recht darauf, dass auch der Eintritt der Rechtskraft hinsichtlich einzelner Teile einer Entscheidung zu respektieren sei. Der Schuld-

spruch ist demnach dann „final“, wenn er in Rechtskraft erwachsen ist, dasselbe gilt für den Strafausspruch. Für Fallkonstellationen, in denen nur die Strafhöhe bekämpft wird, hat sich der Günstigkeitsvergleich auf die Rechtsfolgende Seite zu beschränken.¹¹⁰ Dies erscheint unter Achtung des Prinzips der Rechtskraft eine angemessene Lösung, wenn die zu beachtende Rechtsänderung die Strafdrohung betrifft. Wie aber ist vorzugehen, wenn das vom rechtskräftigen Schuldspruch beschriebene Verhalten nunmehr straflos ist? Streng formal enthält das von den VwG anzuwendende Verfahrensrecht für diese konkrete Problemstellung keine Lösung.

Die Strafdrohung richtet sich nach § 3 COVID-19-MaßnahmenG, wonach je nach einschlägigem Straftatbestand Geldstrafen von bis zu 3.600 bzw 30.000 Euro zu verhängen sind. Bei der Festlegung der Strafart und -höhe hat sich das VwG gem § 19 VStG vom Unrechtsgehalt der Tat, von der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat leiten zu lassen. Dabei hat es sich am Tatbild, somit konkret an § 1 oder § 2 COVID-19-MaßnahmenG iVm der COVID-19-MaßnahmenV-96 oder der COVID-19-MaßnahmenV-98 zu orientieren. Nur die dieses Tatbild enthaltenden Verordnungen sind (in Teilen) von ihm nicht mehr anzuwenden. Die angemessene Strafe für eine Handlung, für welche die Rechtsordnung keinen Straftatbestand enthält, kann wohl nur keine Strafe sein, weshalb eine solche auch nicht verhängt werden darf.¹¹¹ Das VwG hat das Straferkenntnis der Verwaltungsstrafbehörde, soweit es sich auf den Strafausspruch bezieht, aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren – bei gleichzeitig aufrechtbleibendem Schuldspruch – in diesem Umfang einzustellen.¹¹² Hat das VwG sich hingegen mit einem aufgrund eines Einspruches gegen die Strafhöhe einer Strafverfügung ergangenen Bescheides der Verwaltungsstrafbehörde, mit dem die Strafbemessung neu vorgenommen wurde, auseinanderzusetzen, ist – wie es das LVwG NÖ bereits getan hat – der Beschwerde Folge zu geben sowie der angefochtene Bescheid dahingehend abzuändern, dass die Strafverfügung betreffend ihres

107 Siehe *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁶ (2018) Rz 866; aufgrund des Verbots der *reformatio in peius* gem § 49 Abs 2 VStG darf hingegen keine höhere Strafe verhängt werden.

108 *Walser*, Nachträgliche Berücksichtigung begünstigender Gesetzesänderungen im Berufungsverfahren im Lichte grundrechtlicher Vorgaben, JBl 2017, 62 (64).

109 *Capelare/Schaunig*, JBl 2019, 158; *Walser*, JBl 2017, 62; siehe für das gerichtliche Strafrecht OGH 16. 02. 2016, 11 Os 157/15: Für das Berufungsverfahren gelte, dass der rechtmäßig zustande gekommene und rechtskräftige Schuldspruch trotz eingetretener (sich für den Beschuldigten positiv auswirkender) Gesetzesänderung Grundlage für alle den Strafausspruch betreffenden Er-

messensentscheidungen ist. Eine Mischung von Schuldspruch aus dem alten und Strafausspruch nach neuem Recht sei unzulässig.

110 *Stari*, Günstigkeitsvergleich 9 ff.

111 So schon im Nachhall der COVID-19-Rspr des VfGH LVwG NÖ 24. 07. 2020 LVwG-S-1430/001-2020 mit Verweis auf VwGH 28. 05. 2019, Ra 2018/05/0266, einer Entscheidung, der ein vergleichbarer Fall zugrunde lag, in dem entgegen dem Doppelbestrafungsverbot eine Strafe verhängt wurde und sich die Beschwerde nur gegen die Strafhöhe gerichtet hatte.

112 Vgl VwGH 28. 05. 2019, Ra 2018/05/0266; umgangen wird damit auch das Problem einer zwingenden Mindeststrafe von 7 Euro gem § 13 VStG.

Strafaußspruches aufgehoben und in diesem Umfang die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens verfügt wird.¹¹³

3.3. Folgewirkungen für rechtskräftig entschiedene Verwaltungsstrafsachen

3.3.1. Folgewirkungen für keinem Rechtsmittel (mehr) unterliegende Verwaltungsstrafsachen

Eine Änderung der generell-abstrakten Rechtslage hat grundsätzlich keinen Einfluss auf bereits rechtskräftig entschiedene Fälle, sofern auch kein Höchstgericht mehr angerufen werden kann; dies unabhängig davon, ob die Veränderung vom Gesetzgeber vorgenommen wird oder aber auf eine verfassungsgerichtliche Aufhebung der Rechtsvorschrift zurückgeht.¹¹⁴ Wie bereits dargestellt haben die VwG deshalb Beschwerden gegen in Rechtskraft erwachsene Strafbescheide gem § 28 iVm § 31 VwGVG wegen Verspätung des Rechtsmittels gegen die deshalb rechtskräftige Entscheidung zurückzuweisen.¹¹⁵ Es entspricht der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden¹¹⁶ Forderung nach Rechtssicherheit und damit dem Wesen der Rechtskraft individuell-konkreter Normen, dass deren Bestandskraft losgelöst von ihrer gesetzlichen Grundlage zu bewerten ist.¹¹⁷ So wie ein von Beginn an anhaftender Mangel nach Eintritt der Rechtskraft nichts (mehr) an der grundsätzlichen rechtlichen Existenz eines Bescheides oder einer gerichtlichen Entscheidung ändern kann,¹¹⁸ überdauert auch ein rechtskräftiger individuell-konkreter Akt seine rechtlichen Grundlage, selbst wenn diese zur Gänze wegfällt.¹¹⁹ Abweichungen von diesem Grundsatz sind nur in Ausnahmefällen möglich, wenn dies unter Bedachtnahme auf das rechtsstaatliche Prinzip positivrechtlich vorgesehen ist.¹²⁰

Das VStG kennt mit seinem § 52a eine derartige Form der Rechtskraftdurchbrechung. Demnach können von

Amts wegen der Beschwerde beim VwG nicht mehr unterliegende, somit formell rechtskräftige¹²¹ Bescheide, durch die das Gesetz zum Nachteil des Bestraften offenkundig verletzt worden ist, sowohl von der Behörde als auch in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde aufgehoben oder abgeändert werden. Diese Bestimmung erweist sich im gegenständlichen Zusammenhang als nicht relevant. Sollen hier primär die Bedeutung und die Konsequenzen der verfassungsgerichtlichen COVID-19-Rspr für die VwG in den Fokus gestellt werden, ist Folgendes schon auf den ersten Blick klar ersichtlich: Wird vom Bescheidadressaten gegen einen auf einer gem § 1 oder § 2 COVID-19-MaßnahmenG erlassenen Verordnung iVm § 3 COVID-19-MaßnahmenG beruhenden Bescheid Beschwerde an ein VwG erhoben und bestätigt das Gericht den Bescheid, findet § 52a Abs 1 VStG jedenfalls keine Anwendung.

Zum einen ist es dem VwG selbst nicht gestattet, eine Rechtskraftdurchbrechung in der dargestellten Art vorzunehmen. Zwar sind die Bestimmungen des VStG gem § 38 VwGVG auch in Bescheidbeschwerdeverfahren in Verwaltungsstrafsachen anzuwenden. Explizit **ausgenommen** ist aber der 5. Abschnitt des VStG über die sonstige Abänderung von Bescheiden, der eben auch § 52a VStG enthält.

Zum anderen steht der bescheiderlassenden Behörde wie der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde zwar die grundsätzliche Befugnis zur Rechtskraftdurchbrechung zu. Die **Aufhebung eines Erkenntnisses eines VwG durch eine Verwaltungsbehörde** ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 52a Abs 1 VStG aber ebenso **nicht vorgeesehen**.¹²² Da die verwaltungsgerichtliche Entscheidung in der Sache selbst den Bescheid zur Gänze ersetzt, sodass dieser rechtlich nicht mehr existent ist, und § 52a Abs 1 VStG sich nur auf Bescheide bezieht, ist kein taugliches

113 LVwG NÖ 24. 07. 2020 LVwG-S-1430/001-2020.

114 *Holzinger/Hiesel*, Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts⁴ (2015) Art 139 B-VG Anm 10; *Schäffer/Kneiß* in Rill-Schäffer-Kommentar, Art 140 B-VG Rz 90; *Robregger/Schuch*, Rechtskraftwirkungen 150.

115 Siehe Abschnitt 3.3.1.

116 Siehe *Jablöner*, „Rechtskraft“ – Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts, in Holoubek/Lang (Hrsg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabungsverfahren (2007) 17 (19); *Öhlinger*, „Rechtskraft“ – Die verfassungsrechtliche Dimension – Eine Problemskizze, in Holoubek/Lang (Hrsg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabungsverfahren (2007) 27 (33 ff); siehe auch VwGH 02. 07. 2010, 2010/09/0046; 24. 03 2014, 2013/01/0117; 24. 05. 2016, Ra 2016/03/0050; VwSlg 17.938 A/2010; OGH 16. 12. 1999, 12 Os 130/99; 12 Os 131/99.

117 *Leeb*, Rechtskraft (Verbindlichkeit) von Bewilligungen samt Nebenbestimmungen bei Änderung der Rechtslage, in FS Raschauer (2013)

295 (304 ff); *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 919.

118 *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 671.

119 Siehe ausführlich *Fister*, Intertemporales Recht 127, 168 ff.

120 Siehe *Khakzadeh-Leiler*, Die amtswegige Abänderung und Aufhebung von Bescheiden – neue Rechtsfragen, ZfV 2018, 58 (58).

121 *Köhler* in Raschauer/Wessely (Hrsg), VwGVG § 38 (Stand 31. 3. 2018, rdb.at) Rz 2; *Lewis* in Lewis/Fister/Weilguni, VStG² (2017) § 52a Rz 4; siehe zur formellen Rechtskraft *Hengstschläger/Lieb*, AVG § 68 (Stand 01. 03. 2018, rdb.at) Rz 5.

122 VwGH 30. 08. 2018, Ra 2017/17/0932; siehe auch *Köhler* in Raschauer/Wessely (Hrsg), VwGVG § 38 (Stand 31. 3. 2018, rdb.at) Rz 2; *ders* in Raschauer/Wessely (Hrsg), VStG² (2016) § 52a Rz 1; *Schiffkorn*, „Rechtskraft“ nach dem System der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, ZVG 2014, 628 (637).

Aufhebungs- oder Abänderungsobjekt vorhanden,¹²³ zumal gegenüber einem VwG auch keine sachlich in Betracht kommende Oberbehörde existiert.¹²⁴

Ganz abgesehen davon indiziert der Wortlaut des § 52a VStG, dass dessen Anwendbarkeit wohl einen Fehler im individuellen Vollzugshandeln voraussetzt. Das Gesetz (im materiellen Sinn) muss durch den Bescheid (zum Nachteil des Bestraften offenkundig) verletzt worden sein. Schon augenfällig nicht getragen – zumindest in einem ersten Gedankenschritt – ist demnach, die Wurzel der Rechtswidrigkeit in eben diesem Gesetz zu verorten. Der Bescheid hat seine Rechtsgrundlage im Zeitpunkt seiner Erlassung, sofern nicht zusätzlich ein Vollzugsdefizit vorliegt, gar nicht verletzt, sondern für den individuell-konkreten Fall umgesetzt, was generell-abstrakt in der Verordnung vorgesehen war. Nun mag der Einwand verlocken, der VfGH habe die einschlägigen Teile der Verordnung doch rückwirkend aufgehoben. Insofern sei doch auch bei einer Beurteilung nach § 52a VStG davon auszugehen, der Straftatbestand habe niemals bestanden, der Strafbescheid sei damit sogar gesetzlos und damit zweifellos unter Verletzung der Rechtsordnung ergangen. Würde also die bescheiderlassende Behörde oder deren sachlich in Betracht kommende Oberbehörde nach den verfassungsgerichtlichen COVID-19-Entscheidungen gem § 52a VStG vorgehen wollen, wäre nach dieser Ansicht *ex post* in dem gesetzlos gewordenen Vorgehen ein offenkundiger Vollzugsfehler zu sehen. Bei dieser Auslegung würde aber der Anwendbarkeit von § 52a VStG Tür und Tor geöffnet und es läge im Ermessen der

Verwaltungsbehörde, sämtliche rechtskräftige Strafbescheide, die auf der angefochtenen Verordnung gründen, aufzuheben.

In wenigen – durchaus kritisierten – Entscheidungen¹²⁵ erklärte der VfGH in einer weitestmöglichen Auslegung des Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG auch rechtskräftig gewordene Bescheide für wirkungslos. „[D]iese Bescheide [verlieren] nicht nur ihre Rechtsgrundlage [...], sondern [teilen] selbst das Schicksal der sie tragenden Rechtsvorschrift [...], mit anderen Worten [gelten sie] [...] als aufgehoben“.¹²⁶ In aller Regel ist der VfGH aber nicht bestrebt, in rechtskräftige Entscheidungen einzugreifen, insbesondere wenn der Ausspruch gem Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG dergestalt formuliert wird, wie es in den in diesem Beitrag interessierenden Erkenntnissen der Fall ist. Häufig bedient sich der VfGH im Spruch dieser Worte, um in der Begründung klarzustellen, dass sich deren Wirkung nur auf nicht rechtskräftig entschiedene Fälle bzw solche, die noch der Revision vor dem VfGH zugänglich sind, erstrecken soll.¹²⁷

Mit der gewählten Formulierung ist jedenfalls nicht intendiert, rechtskräftig erledigte Fälle zu berühren und zu öffnen. Soll es doch zur Rechtskraftdurchbrechung durch einen Ausspruch gem Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG kommen, pflegt der VfGH sich diesbezüglich unmissverständlich auszudrücken, umgekehrt hat er mit dem gewählten Wortlaut bisher die Wirkungen auf noch nicht abgeschlossene Fälle beschränken wollen. Es gibt keinen Anlass, im gegebenen Zusammenhang anderes anzunehmen.¹²⁸

123 Siehe insb *Leeb*, Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte unter Berücksichtigung ihrer Kognitionsbefugnis, in Janko/Leeb (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 85 (111 f); bei einer Abweisung der Beschwerde erlässt das VwG ein mit dem angefochtenen Bescheid inhaltlich gleichlautendes Erkenntnis; siehe mwN und Nachweisen aus der Rspr *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 68 Rz 6/2; *Schiffkorn*, ZVG 2014, 637, der zu Recht klarstellt, dass dies nur für den Fall der Sachentscheidung zutrifft, nicht jedoch, wenn eine Beschwerde zurückgewiesen wird, zumal der angefochtene Bescheid sodann in Rechtskraft erwächst; aA *Ranacher*, Amtswegige Aufhebung und Abänderung von Bescheiden neben und nach dem verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, ZfV 2015, 15 (23), welcher „in der Regel von einem Nebeneinander von Bescheid und Erkenntnis in derselben Sache, von einem Fortbestehen des Bescheides trotz reformatorischer Entscheidung des VwG also, ausgeht“

124 *Schiffkorn*, ZVG 2014, 637; siehe ebenso hinsichtlich § 68 Abs 2 und 3 und 4 AVG *Ranacher*, ZfV 2015, 24.

125 VfSlg 14.723/1997; 15.060/1997; siehe dazu mwN *Fister*, Inter-temporales Recht 308 ff.

126 VfSlg 14.723/1997.

127 VfSlg 16.456/2002; 16.768/2002; für Verwaltungsstrafverfahren VfSlg 13.482/1993; dies entspricht auch dem Verständnis des VfGH (siehe Abschnitt 3.3.2.) und des OGH von der Bedeutung der Wendung, die aufgehoben oder als rechtswidrig festgestellten Bestimmungen seien nicht mehr anwendbar; vgl OGH 29. 04. 2003, 10Ob55/03s, 10b135/02p, wo das Höchstgericht

den Erkenntnissen mit einem solchen Ausspruch jedenfalls keine derart weitgehende rückwirkende Kraft beimisst, dass sogar bereits ergangene rechtskräftige Entscheidungen abgeändert werden könnten. Die Anordnung des Verfassungsgerichtshofes über den zeitlichen Geltungsbereich der Aufhebung der gesetzlichen Bestimmung erfasse somit jedenfalls nicht die schon rechtskräftig erledigten Zeiträume. In manchen Entscheidungen sieht der VfGH seine Befugnis gem Art 139 Abs 6 zweiter Satz B-VG sogar eingeschränkt darauf, nur auf „laufende, nicht aber auf bereits von einem Gericht entschiedene Verfahren Einfluß nehmen“ zu dürfen. Die vom Gericht in einem anhängigen Verfahren bereits angewendete Vorschrift dürfe auch durch ein aufhebendes Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes für das abgeschlossene Verfahren nicht mehr wirksam gemacht werden (VfSlg 14.832/1997; 19.610/2011; siehe auch VfSlg 8233/1978).

128 Mit einem derartigen Verständnis ist freilich zwangsläufig das Ergebnis verbunden, dass jene, die die Strafe hingenommen und kein Rechtsmittel ergriffen haben, von § 52a VStG profitieren können. Jene aber, die den Rechtsweg nicht scheuten und deren Strafe vom VwG rechtskräftig bestätigt wurde, ehe die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen getroffen wurden, können nicht in den Genuss amtswegigen Vorgehens nach dieser Bestimmung kommen, sofern sie kein weiteres Rechtsmittel ergriffen haben. Diese Problematik ist dem § 52a VStG freilich dem Grunde nach immanent und sollte vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes gem Art 7 B-VG iVm Art 2 StGG näher beleuchtet werden.

In Ausnahmefällen könnte § 52a VStG dennoch im Hinblick auf die COVID-19-Rspr des VfGH Relevanz erlangen. Wenn ein Bescheid aus einem anderen Grund nach dieser Bestimmung abgeändert werden soll, müsste die Behörde bei der Erlassung des korrigierenden Bescheides nunmehr die bereinigte Rechtslage zugrundelegen, da es ihr durch die Erkenntnisse des VfGH ja verboten ist, die aufgehobenen Bestimmungen der COVID-19-Verordnungen anzuwenden.¹²⁹ Zwingendes Ergebnis wäre deshalb dann doch über einen gedanklichen Zwischenschritt die Aufhebung des Bescheides gem § 52a VStG.¹³⁰

3.3.2. Folgewirkungen für die Höchstgerichte

Formelle Rechtskraft liegt vor, sobald eine Entscheidung keinem ordentlichen Rechtsmittel unterliegt, mithin auch nachdem ein VwG mit der Angelegenheit befasst wurde. Gegen ein Erkenntnis eines VwG steht aber, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, noch der Weg zum VwGH gem Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG offen.¹³¹ Im zulässigen Revisionsverfahren, welches die bereits rechtskräftige Entscheidung eines VwG zum Gegenstand hat, überprüft der VwGH lediglich die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung und legt deshalb jene Sach- und Rechtslage zugrunde, die in dem Zeitpunkt, in dem sie getroffen wurde, herangezogen werden musste.

Für den Fall der verfassungsgerichtlichen Kassation (oder Feststellung der Rechtswidrigkeit einer generellen Norm) unter Beendigung auch des Rechtsfolgenbereichs gem Art 139 Abs 6 (oder Art 140 Abs 7) zweiter Satz B-VG in nicht auf bestimmte Fälle beschränkter Weise brachte der VwGH aber schon in seiner bisherigen Rspr zum Ausdruck, nach der bereinigten Rechtslage vorgehen zu wollen. Der Ausspruch, dass die aufgehobenen Bestimmungen nicht mehr anzuwenden seien, bewirke eine Erstreckung der Anlassfallwirkung (auch) auf sämtliche vom VwGH noch nicht entschiedenen Fälle, sodass die Anwendung der als rechtswidrig aufgehobenen (bzw der für rechtswidrig erklärten) Bestimmungen im Revisionsfall ausgeschlossen sei.¹³² Somit kann der VwGH

in jenen zulässigen Revisionsverfahren, welche gegebenenfalls schon anhängig sind oder noch anhängig sein werden, von seiner kassatorischen Entscheidungsbefugnis Gebrauch machen und das Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufheben¹³³ oder aber gem § 42 Abs 4 VwGG¹³⁴ dahingehend abändern, dass das Strafverfahren eingestellt wird.¹³⁵

Gegen ein Straferkenntnis eines VwG kann zudem Erkenntnisbeschwerde an den VfGH gem Art 144 Abs 1 B-VG erhoben werden. Zwar kann der Gerichtshof ein solches Verfahren nicht (noch einmal) zum Anlass nehmen, die dem zu prüfenden Erkenntnis eines VwG ursprünglich zugrundeliegende, bereits für verfassungswidrig befundene COVID-19-Verordnung zu prüfen,¹³⁶ sehr wohl aber wird er, sofern alle Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, die angefochtene verwaltungsgerichtliche Entscheidung gem Art 144 Abs 1 erste Alternative B-VG aufheben, da auch der VfGH die bereinigte Rechtsgrundlage zugrundelegen hat. Zwei mögliche Konstellationen sind dabei denkbar: Entweder das entscheidende VwG geht grundrechtswidrig vor, indem es eine der für gesetzwidrig befundenen Verordnungen, die nach ausdrücklichem verfassungsgerichtlichen Ausspruch nicht mehr angewendet werden sollen, dennoch seiner Entscheidung zugrundelegt, oder die Erkenntnisse des VfGH ergingen nach dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren aber vor Ablauf der Beschwerdefrist an den VfGH. Auch diesfalls hat der VfGH nach der bereinigten Rechtslage vorzugehen.¹³⁷

3.4. Der „angeschossene Babyelefant“¹³⁸

Die COVID-19-Pandemie machte in Österreich den Babyelefanten als Maßstab für den vorgeschriebenen Sicherheitsabstand berühmt, der zwischen zwei haushaltsfremden Personen einzuhalten ist, um das Infektionsgeschehen möglichst einzubremsen. Seine rechtliche Grundlage fand der Babyelefant zunächst in § 2 COVID-19-MaßnahmenV-98, welcher die Ausnahmen vom allgemeinen Betretungsverbot des § 1 nur unter der Voraussetzung eines Abstandes von mindestens einem Me-

129 So *Denk*, Erste Erkenntnisse des VfGH zur COVID-19-Gesetz- und Verordnungsgebung, in Resch (Hrsg), Corona-Handbuch (Stand 30. 05. 2020, rdb.at).

130 Siehe dazu *Starl*, Günstigkeitsprinzip 9 mit Verweis auf Rspr des EGMR, der es in gewissen Fällen auch nach dem „*final judgment*“ für geboten hält, begünstigende Gesetzesänderungen zu berücksichtigen, wenn nach innerstaatlichem Recht die Möglichkeit besteht, das „*final judgment*“ einer nachträglichen Überprüfung bzw Abänderung zuzuführen und von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht werde.

131 Vgl insb Art 133 Abs 4 B-VG iVm § 25a VwGG.

132 VwGH 30. 08. 2011, 2011/21/0056; 25. 10. 2012, 2011/21/0111; 16. 12. 2015, Ra 2015/21/0132; 01. 03. 2018, Ra 2017/19/0494.

133 Vgl VwGH 28. 05. 2019, Ra2018/05/0266.

134 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG BGBl I 2020/24.

135 Vgl etwa VwGH 10. 08. 2018, RA 2018/09/0083; 02. 05. 2018, Ra2017/02/0252.

136 Siehe zur Immunisierungswirkung eines verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses, mit dem eine generelle Norm aufgehoben oder für rechtswidrig befunden wird, *Schäffer/Kneibls* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 140 B-VG Rz 84.

137 Siehe *Rohregger/Schuch*, Rechtskraftwirkungen 158.

138 *Nusser*, Koste es was es wolle, Kepler Tribune, 3/2020 *Univ.-Prof. Dr. Andreas Janko* zitierend.

ter zuließ.¹³⁹ Die COVID-19-MaßnahmenV-98 trat mit 30. 04. 2020 außer Kraft, und der Babyelefant wurde mit 01. 05. 2020 in die sogenannte COVID-19-LockerungsV (nunmehr COVID-19-Maßnahmenverordnung – COVID-19-MV)¹⁴⁰ umgesiedelt. In dessen § 1 wurde idSF ebenfalls ein allgemeiner Abstand von einem Meter beim Betreten öffentlicher Orte im Freien gegenüber haushaltsfremden Personen vorgeschrieben. Spätestens aber mit der Entscheidung des VfGH V363/2020 vom 14. 07. 2020, mit der die Gesetzwidrigkeit der COVID-19-MaßnahmenV-98 festgestellt wurde, da sich das Betretungsverbot pauschal auf den öffentlichen Raum bezog und nicht auf bestimmte Orte, war klar, dass auch § 1 COVID-19-LockerungsV gesetzwidrig war, da auch solche besonderen Voraussetzungen nur für bestimmte Orte vorgesehen werden durften. Der BMSGPK erkannte dies wohl und hob mit BGBl II 2020/342 § 1 Abs 1 COVID-19-LV auf; eine Änderung, die mit 30. 07. 2020 in Kraft trat. Damit war der Sicherheitsabstand in öffentlichen Orten vorläufig Geschichte. Mit BGBl I 2020/104 wurde das COVID-19-MaßnahmenG freilich dahingehend geändert, dass neben vielen anderen Einschränkungen auch Betretungsverbote für öffentliche Orte in ihrer Gesamtheit (aber auch für bestimmte öffentliche wie bestimmte private Orte mit Ausnahme des privaten Wohnbereichs)¹⁴¹, ein harter Shutdown¹⁴² wie auch pauschal der notwendige Sicherheitsabstand¹⁴³ verordnet werden dürfen. Der Babyelefant ist tot, es lebe der Babyelefant. Was bedeutet das Vorangestellte für die VwG? Die Abstandsvorschrift des § 1 Abs 1 COVID-19-LV idF vor BGBl II 2020/342 ist zwar außer Kraft getreten, damit wurde aber wiederum nur der Rechtsbedingungsbereich beendet. Der Rechtsfolgenbereich bleibt bestehen. Wie den Medien zu entnehmen war, wurden auch durchaus Strafen aufgrund des § 1 COVID-19-LockerungsV vor BGBl II 2020/342 ausgesprochen. Das heißt, die VwG werden sich gegebenenfalls mit Beschwerden gegen Strafbescheide auf dieser rechtlichen Grundlage ausei-

nerzusetzen haben. Zwei Vorgehensweisen sind für die VwG denkbar:

Zum einen muss hinterfragt werden, ob den angefochtenen Strafbescheiden tatsächlich ein gesetzliches Tatbild zugrundliegt. Zwar enthält § 1 COVID-19-LockerungsV idF vor BGBl II 2020/342 unmissverständlich eine Vorschrift, die einen Sicherheitsabstand von einem Meter beim Betreten öffentlicher Orte gegenüber haushaltsfremden Personen vorschreibt. § 3 Abs 3 COVID-19-MaßnahmenG, welcher die Blankettstrafnorm kompletieren soll, erklärt explizit aber nur das Betreten eines öffentlichen Ortes entgegen einer Verordnung gem § 2 leg cit zur **Verwaltungsübertretung**. Das Nichteinhalten eines Abstandes bei an sich erlaubtem Betreten wäre demnach straflos. Insofern wird das VwG der Beschwerde gegen den Strafbescheide Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG einzustellen haben.

Nun kann freilich argumentiert werden, dass im Umkehrschluss das Betreten von öffentlichen Orten dann verboten ist, wenn der Abstand nicht eingehalten wird, und so die Strafbestimmung von § 3 Abs 3 COVID-19-MaßnahmenG sehr wohl Anwendung findet.¹⁴⁴ Legt das angerufene VwG die einschlägigen Bestimmungen dieserart aus, hätte es gem Art 89 Abs 2 iVm Art 135 Abs 4 iVm Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG im Rahmen eines konkreten Normprüfungsverfahrens den VfGH anzurufen, um seine Normbedenken aufgrund des offensichtlichen Widerspruchs der COVID-19-LockerungsV vor BGBl II 2020/342 im Hinblick auf die gesetzlich notwendige örtliche Beschränkung der Abstandsvorschrift gem § 2 letzter Satz COVID-19-MaßnahmenG an den VfGH heranzutragen. Es wäre zu erwarten, dass das Höchstgericht aufgrund eines solchen Antrags feststellen würde, dass § 1 Abs 1 COVID-19-LockerungsV gesetzwidrig war, und wiederum aussprechen würde, die Bestimmung sei nicht mehr anzuwenden.

139 Diese Voraussetzung bestand naturgemäß nicht für Ausnahmen gem § 2 Z 1 und Z 2 COVID-19-MaßnahmenV-98, welche es erlaubten, öffentliche Orte zu betreten, um unmittelbare Gefahr für Leib, Leben und Eigentum abzuwehren oder unterstützungsbedürftigen Personen Betreuung oder Hilfeleistungen zukommen zu lassen.

140 Mit der 11. Novelle durch BGBl II 2020/407 und nach fortlaufenden Verschärfungen der Maßnahmen in den vorangegangenen zehn Novellen wurde die COVID-19-LockerungsV in „V des BMSGPK betreffend Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen werden (COVID-19-Maßnahmenverordnung – COVID-19-MV)“ umbenannt.

141 Siehe § 4 Abs 1 iVm § 1 Abs 3 COVID-MaßnahmenG idF BGBl I 2020/104.

142 § 5 COVID-MaßnahmenG idF BGBl I 2020/104.

143 Siehe § 4 Abs 2 COVID-MaßnahmenG idF BGBl I 2020/104.

144 Dass dies wohl so gesehen wird, zeigt die V des BMSGPK BGBl II 2020/152 über die Einhebung von Geldstrafen mit Organstrafverfügung nach dem Epidemiegesetz 1950 und dem COVID-19-Maßnahmengesetz. Diese Verordnung, welche es ermöglicht, Verwaltungsübertretungen gem § COVID-19-MaßnahmenG per Organstrafverfügung zu ahnden, setzt für Verwaltungsübertretungen gem § 3 Abs 1 und 3 COVID-19-MaßnahmenG, die im Fehlen eines Mund-Nasen-Schutzes bestehen, einen Strafbetrag von 25 Euro fest. Auch das Gebot zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes stellt gleichsam einer Abstandsvorschrift eine Voraussetzung oder Auflage gem § 2 COVID-19-MaßnahmenG dar, unter welcher jene bestimmten Orte betreten werden dürfen. Wird das eine als Verwaltungsübertretung bewertet, muss das für das andere auch gelten.

Schlussbemerkung

Mit seinen Entscheidungen hinsichtlich des COVID-19-Maßnahmenpakets hat der VfGH durchaus Weichen gestellt, die sich auch über die aktuelle Krise hinaus als relevant erweisen können. Hervor sticht dabei sicher die Beurteilung der Zulässigkeit der Individualanträge, die verhindert, dass durch kurze Befristungen Rechtsakte der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogen werden. Auch die vom Gerichtshof ange deutete Korrelation von (angemessenem) Entscheidungsspielraum eines Verordnungsgebers und der damit offenbar zwingend verbundenen gesteigerten Begründungs- und Dokumentationspflicht stößt ins selbe Horn und soll letztlich die verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit sichern. Jedenfalls setzt der VfGH damit ein

rechtstaatliches Mindestmaß fest, dass auch in Ausnahmesituationen nicht unterschritten werden darf. Im Hinblick auf noch nicht rechtskräftig entschiedene Verfahren bestehen zwar offene Fragen rund um das Günstigkeitsprinzip des § 1 Abs 2 VStG, die der VfGH mit dem Ausspruch, die für gesetzwidrig befundenen Bestimmungen seien nicht mehr anzuwenden, fein umschiffen hat. Diese Verfahren sind nach der bereinigten Rechtslage zu Ende zu führen. In rechtskräftig entschiedene Verwaltungsstrafsachen wird nicht eingegriffen.

Korrespondenz:

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Martina Kofler-Schlögl,
martina.kofler-schloegl@jku.at