

Stellungnahme iRd Kurz-Begutachtung zum Entwurf einer Novelle Epidemiegesetz 1950, Covid-19- Maßnahmengesetz, Tuberkulosegesetz

Transparency International - Austrian Chapter übermittelt diese Stellungnahme zu dem vom Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz erstellten Entwurf für eine Änderung (Neufassung) des COVID-19-Maßnahmengesetzes.

Der Entwurf hat gegenüber dem zur Erstbegutachtung versandten in einer ganzen Reihe von Punkten an Klarheit gewonnen. Eine Reihe von Problemen sind aber dennoch weiterhin offen oder haben sich neu gezeigt. Das betrifft insbesondere die Kaskadenregelung, zu der ein Lösungsversuch weiter unten vorgeschlagen wird, aber auch das Abstellen auf einen Erholungszweck als Zulässigkeitskriterium des Aufenthalts im Freien im Fall einer Ausgangssperre (dazu siehe ebenfalls unten). Weiters fehlen nunmehr die Ausnahmeregelungen bei Betretungsverboten und -beschränkungen. Zu den Strafbestimmungen sollte eine Klarstellung erfolgen. Die Kontrollmöglichkeit an bestimmten privaten Orten sollte präziser geregelt werden. Zu den aufgegriffenen Punkten im Einzelnen:

I. §§ 3 und 4 - Ausnahmeregelungen

Die in einem Vorentwurf noch enthaltene Pflicht ausreichende Ausnahmeregelungen zur Deckung der Grundbedürfnisse etc. nicht nur bei Ausgangssperren, sondern auch Betretungsverboten und -regelungen vorzusehen, ist nunmehr entfallen. Für eine neuerliche Aufnahme wird plädiert.

Vorschlag:

An § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 sollte jeweils der Satz "In jedem Fall müssen die in § 5 Abs. 2 genannten Verrichtungen möglich sein" angefügt werden.

Begründung:

Auch Betretungsverbote und -beschränkungen können weitgehende Einschränkungen beinhalten, die Ausnahmen für die Versorgung der Bevölkerung mit

den Gütern und Dienstleistungen des täglichen Bedarfs und für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung notwendig sind.

Eine solche Ausnahme kann in die Wendung: "soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist" nicht hineingelesen werden. Das allgemeine Verhältnismäßigkeitsgebot scheint angesichts der Einschränkungen der persönlichen Freiheit als Auffanglösung zu allgemein und unbestimmt und auch deshalb nicht geeignet, weil auch legislativ weniger geübte Behörden wie Bezirksverwaltungsbehörden solche Verordnungen erlassen können sollen. Die Vollzugsprobleme im Frühjahr d.J. haben die Notwendigkeit einer klaren Regelung gezeigt.

II. § 5 - Ausgangsregelung / Aufenthalt im Freien

Im Fall einer Ausgangssperre soll der Aufenthalt im Freien u.a. dann zulässig sein, wenn er zu dem Zweck erfolgt, sich psychisch oder körperlich zu erholen. Die sachliche Rechtfertigung einer solchen Zweckbestimmung scheint zweifelhaft. Die vorgeschlagene Bestimmung ist überdies nicht angemessen vollziehbar und würde zu erheblichen Anwendungsproblemen, Rechtsmitteln und den damit verbundenen Akzeptanzproblemen bei der Bevölkerung führen. Umgehungen wären einfach zu finden. Es scheint, als sollten damit eher Zusammenkünfte in privaten Wohnbereichen dadurch verhindert werden, dass man diese zwar nicht, aber den Weg dorthin untersagt.

Vorschlag zu § 5 Abs 2 Z 5:

Die in § 5 Abs 2 Z 5 normierte Ausnahme könnte lauten

"Zwecke gemäß Abs. 1, zu denen ein Verlassen des privaten Wohnbereichs jedenfalls zulässig ist, sind:

...

~~5. Aufenthalt im Freien zur körperlichen und psychischen Erholung,~~

5. Aufenthalt im Freien, sofern dabei ein zu verordnender Mindestabstand zu allen haushaltsfremden Personen eingehalten wird, wobei der Aufenthalt zeitlich sowie örtlich beschränkt werden kann,"

sofern die Einhaltung von Maßnahmen, die gemäß den §§ 3 und 4 getroffen wurden, sichergestellt ist."

Begründung:

Obzwar eine Ausnahmebestimmung für eine generelle Ausgangssperre wie in § 5 Abs 2 Z 5 sowohl im Lichte einer an der persönlichen Freiheit orientierten Rechtssetzung als auch vor dem Hintergrund, eine verfassungskonforme, verhältnismäßige Regelung zu schaffen, sehr zu begrüßen ist, scheint sie verfassungsrechtliche Probleme aufzuwerfen.

Problem hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung: Ein Abstellen auf einen positiv definierten Zweck des Aufenthalts im Freien scheint nicht ausreichend sachlich begründet. Eine Ausgangssperre soll die epidemiologisch gefährliche Begegnung von (haushaltsfremden) Menschen untereinander vermindern oder verhindern. Ein Erholungssuchender ist dabei aber nicht weniger gefährlich als jemand, der den öffentlichen Raum aus einem anderen Grund betritt (Mangel an sachlicher Rechtfertigung).

Problem hinsichtlich der Eignung: § 5 Abs 2 Z 5 dürfte zunächst nicht geeignet sein, die Erwartungen zu erfüllen (Mangel an Eignung). Eine Person, die sich auf den Weg zu einem Freund macht, kann den Weg auch objektiv zur Erholung nutzen. Das gilt für alle anderen Zwecke auch. Man hält sich nicht stets nur zu einem einzigen Zweck an einem Ort auf.

Problem bei der Vollziehung: Die Feststellung, ob eine Person lediglich zur körperlichen oder psychischen Erholung oder aber zB, um einen verlorenen Gegenstand zu suchen, etwas aus dem drei Häuserblocks weiter geparkten Pkw zu holen oder zwecks Erwerb von Getränken an einem Getränkeautomaten usw den öffentlichen Raum betritt, wird die Sicherheitsbehörden vor ähnliche in vielen Fällen unüberwindliche Schwierigkeiten stellen wie schon im Frühjahr 2020. Gerade das "Vertreiben von der Parkbank", die Bestrafung eines Jugendlichen am Linzer Hauptbahnhof (er hat zugegeben, einen Freund in St. Florian besuchen zu wollen) oder die Unklarheiten iZm Zweitwohnsitzen waren die damals ersten Risse in der Akzeptanz von Einschränkungen der persönlichen Freiheit. Im Sinne einer transparenten und für die Betroffenen verständlichen Regelung sollte auf einfach feststellbare, nach außen wahrnehmbare und überprüfbare objektive Kriterien abgestellt werden. Die vorgeschlagene Zweckbestimmung macht hingegen den nach außen nicht in Erscheinung tretenden inneren Willen eines Menschen (will er sich erholen oder etwas Anderes) zum Kriterium der Zulässigkeit und letztlich zum Angelpunkt für eine Strafbarkeit. Dadurch wird die Bestimmung aber auch einfach umgehbar, weil idR die bloße Behauptung, sich zu erholen ausreichen wird, um eine

Übertretung unbeweisbar zu machen. Eine Bestimmung, bei deren Vollzug von vornherein erhebliche Probleme zu erwarten sind gefährdet auch einen bedeutenden Normnebenzweck, nämlich die selbständige Compliance der betroffenen Bürgerinnen und Bürger zu erreichen.

Normzweckanalyse: Das eigentliche Problem dürfte darin gesehen werden, dass Personen andere private Orte aufsuchen und dort mit Freunden, Bekannten, Familienmitgliedern (in größerer Zahl) zusammentreffen und so ein Übertragungsrisiko schaffen. Dieses Problem lässt sich sachlich nicht damit lösen, den Weg dorthin zu verbieten, sondern nur dadurch, dass man die unerwünschte Handlung selbst regelt, also das Betreten anderer privater Orte als der eigenen. Auch epidemiologisch scheint es ungefährlich, wenn eine Person allein den öffentlichen Raum betritt und einen Spaziergang zum Haus eines Freundes unternimmt, solange sie dieses Haus ggf. nicht betritt.

Anstatt der Determinierung der Erlaubnis nach der inneren Vorstellung der Betroffenen scheint der Mindestabstand, ggf. in Verbindung mit einer zeitlichen (z.B. für gerade Hausnummern Vormittag, für ungerade Nachmittag) sowie örtlichen (z.B. nur in der Wohngemeinde) Einschränkung, als objektives Kriterium besser geeignet, eine Übertragung von Covid-19 durch Personen, die sich im Freien aufhalten, im Falle einer akuten und so starken Bedrohungslage, dass sie eine Ausgangssperre rechtfertigt, hintanzuhalten.

Klarstellung bei Maßnahmen gemäß §§ 3, 4

Die vorgeschlagene Änderung im letzten Satz von § 5 Abs 2 dient der Klarstellung, dass nicht abstrakt (und damit unbestimmt) auf die in den §§ 3 und 4 angeführten (möglichen) Maßnahmen, sondern nur auf solche verwiesen wird, die in einer geltenden Verordnung ausdrücklich getroffen wurden.

III. § 7 - Kaskade

Da politisch vorgesehen werden soll, dass auch die Länder (und Bezirke) Verordnungen nach dem Covid-19-Maßnahmengesetz (und dem Epidemiegesetz) erlassen können sollen, ist eine Regelung zu finden, die konkurrierende Zuständigkeiten vermeidet und es den Bürgerinnen und Bürgern nicht schwermacht, die gerade geltende Rechtslage zu erkennen. Der Begutachtungsentwurf - der in diesem Punkt indes bereits in Bewegung scheint - würde jedoch systemisch leicht zu

einander überlagernden Verordnungen und Unklarheiten führen. Dem könnte durch Normierung einer Primärzuständigkeit mit auf zusätzliche Maßnahmen beschränkten Sekundärzuständigkeit begegnet werden. Es wird im Anschluss zu einem ersten Vorschlag außerdem vorgeschlagen, die Verordnungserlassung durch die Bezirkshauptmannschaften zu überdenken (Vereinfachungsvorschlag).

1. Vorschlag zu § 7:

"§ 7. (1) Verordnungen nach diesem Bundesgesetz sind vom für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister zu erlassen.

(2) Der Landeshauptmann kann durch Verordnung nach diesem Bundesgesetz bei Vorliegen der Voraussetzungen zusätzliche Maßnahmen für das Landesgebiet erlassen, sofern in einer Verordnung gemäß Abs. 1 nicht anderes bestimmt ist.

(3) Die Bezirksverwaltungsbehörde kann bei Vorliegen der Voraussetzungen zusätzliche Maßnahmen für den jeweiligen politischen Bezirk erlassen, sofern in einer Verordnung gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 nicht anderes bestimmt ist.

(4) In einer Verordnung gemäß Abs 1 bis 3 kann entsprechend der jeweiligen epidemiologischen Situation regional differenziert werden.

(5) Durch Verordnung gemäß Abs. 1 können Verordnungen gemäß Abs. 2 oder Abs 3 oder Teile solcher Verordnungen aufgehoben werden. Durch Verordnung gemäß Abs. 2 können Verordnungen gemäß Abs. 3 oder Teile davon aufgehoben werden.

(6) Verordnungen nach Abs. 2 haben dabei von den nach Abs. 1 verordneten Maßnahmen ausgehend zusätzliche Maßnahmen vorzuschreiben, dürfen Maßnahmen nach Abs. 1 jedoch nicht abändern. Verordnungen nach Abs. 3 haben dabei Abs. 2 haben dabei von den nach Abs. 1 und Abs. 2 verordneten Maßnahmen ausgehend zusätzliche Maßnahmen vorzuschreiben, dürfen Maßnahmen nach Abs. 1 oder Abs. 2 jedoch nicht abändern.

(7) Verordnungen gemäß Abs. 1 Z 2 und 3 sind vor deren Inkrafttreten dem für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister mitzuteilen."

Begründung:

Grundsätzlich ist nach dem Vorschlag angesichts der von Verwaltungsgrenzen unabhängigen epidemiologischen Gefahr der zuständige BM zuständig - gegebenenfalls regional differenzierte - Verordnungen nach diesem Bundesgesetz zu

erlassen. Damit wird eine klare Zuständigkeit in allen Fällen geschaffen, die auch die vom VfGH formulierten Anforderungen an Zuständigkeitsregelungen erfüllt.

Es können indes Gefahrenlagen bestehen, die lokal oder regional zusätzliche Maßnahmen erforderlich machen. Für solche Fälle soll der Landeshauptmann gegenüber den Verordnungen des BM zusätzliche Maßnahmen für das jeweilige Bundesland und die Bezirksverwaltungsbehörde gegenüber den Verordnungen des BM und des Landeshauptmanns zusätzliche Maßnahmen für den jeweiligen politischen Bezirk erlassen können, wenn die nach diesem Bundesgesetz erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

Eine Verordnung des Landeshauptmanns oder der Bezirksverwaltungsbehörde kann dabei in keinem Fall Maßnahmen abmildern oder beseitigen, die in einer Verordnung des BM festgelegt wurden. Umgekehrt kann zur Erzielung einer einheitlichen Regelung der BM Verordnungen eines Landeshauptmanns oder einer Bezirksverwaltung iR einer Verordnung nach Abs. 1 und ein Landeshauptmann Verordnungen einer Bezirksverwaltungsbehörde iR einer Verordnung nach Abs. 2 gänzlich oder zum Teil aufheben.

Anmerkung:

Die durchaus diffizile Problematik der Kaskade als konkurrierende Zuständigkeiten wird nicht gänzlich und für alle Fälle beseitigt werden können. Allerdings scheint eine verfassungskonforme Lösung dennoch möglich.

Dazu ist zunächst eindeutig festzulegen, welche Behörde für die Erlassung der Verordnung zuständig ist. "Lediglich" als Supplementfunktion kommt den Landeshauptleuten und wiederum nur zusätzlich zu diesen den Bezirksverwaltungsbehörden eine Verordnungskompetenz zu. Verordnungen nach Abs. 2 oder Abs. 3, die Maßnahmen einer Verordnung nach Abs. 1 abmildern, sind demnach nicht vom Gesetz gedeckt.

Das führt uU zur Notwendigkeit der Beurteilung, welche von zwei Maßnahmen "zusätzlich" iSv weitgehender ist (zB MNS in allen Kundenbereichen außer Gastronomie vs MNS in allen Kundenbereichen incl. Gastronomie, außer ein einzelner Kunde). Dem entgegenzuwirken dient Abs 6, der sicherstellen soll, dass die Landeshauptleute und Bezirksverwaltungsbehörden inhaltlich an die (jeweilige) Verordnungslage gemäß Abs. 1 anknüpfen und eigenständige Maßnahmen zu erlassen zu haben.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL - AUSTRIAN CHAPTER

Vorstand: Prof. Eva Geiblinger (Vorsitzende), Mag. Eva Graf, Mag. Georg Krakow,
Prof. DI Mag. Friedrich Rödler, Dr. Angelika Trautmann, Dr. Alexander Picker;
Beiratspräsidentin: Mag. Bettina Knötzl; Ehrenpräsident: Dr. Franz Fiedler

Berggasse 7, 1090 Wien
office@ti-austria.at, T +43 1 960760
ZVR-Zahl:656549523

In diesem Sinne könnte ein Betretungsverbot einer Verordnung gemäß Abs. 1, das von 06.00h bis 18.00h gilt, nicht einfach bis 20.00h ausgedehnt werden, sondern es wäre in einer Verordnung nach Abs. 2 ein Betretungsverbot von 18.00h bis 20.00h zu erlassen. Das soll die jeweils von unterschiedlichen Behörden erlassenen Verordnungen auch klarer voneinander abgrenzen, um etwa nicht Ungewissheit zu schaffen, ob eine "Ausdehnungsverordnung" eines Landeshauptmanns außer Wirksamkeit tritt, wenn die der Ausdehnung zugrundeliegende, in einer Verordnung gemäß Abs. 1 erlassene Maßnahme vom zuständigen BM aufgehoben wird. Sonst könnte unklar sein, ob im jeweiligen Bundesland diesfalls die gesamte Maßnahme [06.00h - 20.00h] oder nur die "Ausdehnung" aufrecht bleibt oder die Maßnahme samt Ausdehnung dahinfällt.

Ansonsten wird Abs. 5 zu nutzen sein, um sinnenleerte "Rest-Zusatzmaßnahmen" aufzuheben, was für die damit befassten Abteilungen durchaus herausfordernd scheint. Eine generell abstrakte materielle Aufhebungsregelung scheint indes nicht ausreichend klar machbar.

Vereinfachungsvorschlag:

Mit Verordnungen nach dem Covid-19-Maßnahmengesetz wird die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger eingeschränkt, weshalb klare und leicht erkennbare Regelungen besonders wichtig sind. Das gilt umso mehr, als die Einschränkungen auch strafbewehrt sind.

Die derzeit vorgesehenen 103 Verordnungsgeber fördern eine übersichtliche Rechtslage nicht, zumal sie geographisch auf drei sich überschneidenden Ebenen wirken (Bund, Land Bezirk). Während Verordnungen des Bundes im BGBl. und Verordnungen des LH im LGBL. kundgemacht werden, besteht ein vergleichbar verbreitetes und zugängliches (z.B.: RIS) Medium für Verordnungen von Bezirksverwaltungsbehörden nicht. Es ist daher gar nicht einfach herauszufinden, ob in einer Gemeinde nun eine, zwei oder gar drei Verordnungen mit Betretungsregelungen und/oder -verboten bestehen. Außerdem besteht bei drei Verordnungsebenen naturgemäß ein höheres Risiko, dass Normenkonflikte auftreten.

Um die Kaskade daher vielleicht doch übersichtlicher zu gestalten, könnte überlegt werden, die Verordnungskompetenz der Bezirkshauptmannschaften zu streichen. Das würde zu nur mehr zwei Ebenen führen, die auch deshalb einfacher zu koordinieren wären, weil es statt 103 verordnungserlassenden "Akteuren" (1 BM, 9 LH und 93 Mag/BH) nur mehr zehn gäbe und deren Verordnungen relativ einfach abrufbar sind.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL - AUSTRIAN CHAPTER

Vorstand: Prof. Eva Geiblinger (Vorsitzende), Mag. Eva Graf, Mag. Georg Krakow,
Prof. DI Mag. Friedrich Rödler, Dr. Angelika Trautmann, Dr. Alexander Picker;
Beiratspräsidentin: Mag. Bettina Knötzl; Ehrenpräsident: Dr. Franz Fiedler

Berggasse 7, 1090 Wien
office@ti-austria.at, T +43 1 960760
ZVR-Zahl:656549523

2. Vorschlag zu § 7 (Vereinfachungsvorschlag)

"§ 7. (1) Verordnungen nach diesem Bundesgesetz sind vom für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister zu erlassen.

(2) Der Landeshauptmann kann durch Verordnung nach diesem Bundesgesetz bei Vorliegen der Voraussetzungen zusätzliche Maßnahmen für das Landesgebiet erlassen, sofern in einer Verordnung gemäß Abs. 1 nicht anderes bestimmt ist.

(3) In einer Verordnung gemäß Abs 1 oder 2 kann entsprechend der jeweiligen epidemiologischen Situation regional differenziert werden.

(4) Durch Verordnung gemäß Abs. 1 können Verordnungen gemäß Abs. 2 oder Teile solcher Verordnungen aufgehoben werden.

(5) Verordnungen nach Abs. 2 haben dabei von den nach Abs. 1 verordneten Maßnahmen ausgehend zusätzliche Maßnahmen vorzuschreiben, dürfen Maßnahmen nach Abs. 1 jedoch nicht abändern."

IV. § 8 - Strafbestimmungen

In den EB klarzustellen wäre, dass das Verhältnis von § 8 Abs 1 (Verstoß gegen Betretungsverbot) zu § 8 Abs 2 (Verstoß gegen Auflagen und Voraussetzungen) darin besteht, dass Abs. 1 nur bei einer Verordnung gemäß § 3 Abs 2 letzter Satz oder § 4 Abs 2 letzter Satz in Betracht kommt. Betritt also z.B. jemand eine Betriebsstätte, deren Betreten nur von 06.00h bis 12.00h zulässig ist (Auflage) außerhalb dieser Zeit, so liegt ein (gelinderer) Verstoß gegen § 8 Abs 2 vor.

Sollte das anders gewollt sein, wäre eine entsprechende Klarstellung in das Gesetz selbst aufzunehmen (Klarheit bei Strafbestimmungen).

V. § 9 - Kontrollen

Der Entwurf sieht vor, dass die Behörde auch an allen privaten Orten mit Ausnahme des privaten Wohnbereichs vor Ort Kontrollen der Einhaltung von Auflagen und Voraussetzungen durchführen kann. Darin liegt eine recht weitgehende Ermächtigung, die bereits auf Bedenken bestimmter zur Verschwiegenheit besonders verpflichteter Berufsgruppen gestoßen ist.



9

Andererseits sieht der Entwurf weder eine Kontrolle der eingriffsintensivsten Maßnahme, der Ausgangssperre, noch eine Kontrolle der Ausnahmebestimmungen vor.

Vorschlag (Einfügungen im Fettdruck):

"§ 9. (1) Die Bezirksverwaltungsbehörde kann die Einhaltung von **Maßnahmen nach den §§ 3 bis 5 einschließlich von** Voraussetzungen und Auflagen – auch durch Überprüfung vor Ort – kontrollieren. ...

(2) Von Kontrollen gemäß Abs. 1 ausgenommen ist der private Wohnbereich. **Bei Kontrollen gemäß Abs. 1 sind gesetzliche berufliche Verschwiegenheitspflichten der Betroffenen jedenfalls zu wahren.**

Krakow

Kontakt für Rückfragen:

Mag. Georg Krakow

Vorstandsmitglied TI-AC

Tel.: +43 (0)1 960 760

E-Mail: office@ti-austria.at

TRANSPARENCY INTERNATIONAL - AUSTRIAN CHAPTER

Vorstand: Prof. Eva Geiblinger (Vorsitzende), Mag. Eva Graf, Mag. Georg Krakow,
Prof. DI Mag. Friedrich Rödler, Dr. Angelika Trautmann, Dr. Alexander Picker;
Beiratspräsidentin: Mag. Bettina Knötzl; Ehrenpräsident: Dr. Franz Fiedler

Berggasse 7, 1090 Wien
office@ti-austria.at, T +43 1 960760
ZVR-Zahl:656549523

9