

AMT DER KÄRNTNER LANDESREGIERUNG

Abteilung 1 – Landesamtsdirektion

Verfassungsdienst



Betreff:

Kurzbegutachtung Novelle EpiG und COVID-19-MG; Stellungnahme

Datum	3. Jänner 2021
Zahl	01-VD-BG-10921/1-2021
Bei Eingaben Geschäftszahl anführen!	

Auskünfte	Dr. Edmund Primosch
Telefon	050 536 10801
Fax	050 536 10800
E-Mail	Abt1.Verfassung@ktn.gv.at

Seite	1 von 2
-------	---------

**An das
Bundesministerium für Soziales, Gesundheit,
Pflege und Konsumentenschutz
Abteilung VII/A/4**

Per E-Mail: s7@gesundheitsministerium.gv.at

Mit do. Note vom 31. Dezember 2020 (E-Mail eingelangt um 17.16 Uhr), Zl. 2020-0.857.664, wurde das Amt der Kärntner Landesregierung um Stellungnahme zum übermittelten Gesetzesentwurf bis Sonntag, den 3. Jänner 2021, 12.00 Uhr, ersucht. Da die Begutachtungsfrist durchgehend außerhalb der Amtsstunden und mithin außerhalb des regulären Dienstbetriebs des Amtes der Kärntner Landesregierung liegt, wurde sowohl eine amtsinterne Koordination als auch eine Koordination mit den zur Vollziehung berufenen Behörden zur Abgabe einer zusammenfassenden Stellungnahme des Landes verunmöglicht. Selbst wenn es sich um eine sog. „Kurzbegutachtung“ des Bundesministeriums handelt, entsteht der Eindruck, dass die Terminwahl schikanösen Charakter hat. Kritik an der Einräumung einer unangemessenen kurzen Begutachtungsfrist wird auch deshalb geäußert, weil das mit dem Gesetzesentwurf verfolgte Anliegen bereits am 18. Dezember 2020 medial präsentiert wurde, zwischenzeitig jedoch acht Werktage (Samstage nicht mitgezählt) ungenützt verstrichen sind.

Erinnert wird daran, dass der Gesetzesentwurf der Vereinbarung über einen Konsultationsmechanismus, BGBl. I Nr. 35/1999, unterliegt, jedoch ein Ausnahmetatbestand gemäß Art. 6 dieser Vereinbarung nicht erfüllt ist. Festgehalten wird, dass von do. Seite weder der Verpflichtung zur Darstellung der finanziellen Auswirkungen des rechtsetzenden Vorhabens gemäß Art. 1 Abs. 3 der Vereinbarung Rechnung getragen wird noch innerhalb der in Art. 1 Abs. 4 Z 1 der Vereinbarung genannten Frist Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden ist. Die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen wird durch Art. 4 Abs. 2 der Vereinbarung über einen Konsultationsmechanismus sanktioniert, indem die Kostentragungsverpflichtung die rechtsetzende Gebietskörperschaft trifft (vgl. VfSlg. 19.868/2014).

Ungeachtet dieser Umstände gibt der Gesetzesentwurf – vorbehaltlich eines weitergehenden Nachtrags im Gegenstand – Anlass zu folgenden Bemerkungen:

Zu Art. 1 Z 2 (§ 5a Abs. 3 zweiter Satz EpiG):

Offenbar ist der Wortlaut des geltenden § 5a Abs. 3 EpiG vom datenschutzrechtlichen Standpunkt korrekturbedürftig. Dennoch wird kritisch hinterfragt, ob die Teilnahme an den Testungen im Rahmen von Screeningprogrammen tatsächlich aus freien Stücken erfolgen kann, wenn erst von der Teilnahme an der Testung und einem daraus resultierenden negativen Testergebnis der weitere Aktionsradius der betroffenen Personen – so das Betreten von Betriebsstätten und der Besuch von Veranstaltungen – abhängig gemacht wird. Vielmehr entsteht in Zusammenschau mit der Art. 2 des Entwurfs der Eindruck, dass auf das sog. „Freitesten“ um der Bewegungsfreiheit willen hingewirkt und daher eine Situation verdünnter Willensfreiheit geschaffen wird.

Zu Art. 1 Z 3 (§ 5a Abs. 7 EpiG):

Die vorgeschlagene Verordnungsermächtigung erscheint mangels näherer Determinanten als verfassungsrechtlich bedenkliche formalgesetzliche Delegation. Dies deshalb, weil nach dem Art. 18 Abs. 2 B-VG eine Verordnung nur präzisieren darf, was in den wesentlichen Konturen schon im Gesetz vorgezeichnet ist (vgl. VfSlg 14.630/1996, 15.354/1998, 16.893/2003, 18.784/2009, VfGH 2.3.2020, V93/2019).

Bei Regelung der „zur Ausstellung der Bestätigung befugten Stellen“ ist zu bedenken, dass Screeningprogramme entweder bundesweit durch den für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister oder, soweit nur ein Bundesland betroffen ist, durch den zuständigen Landeshauptmann durchgeführt werden, also insoweit „amtlichen“ Charakter haben und im Namen der gesetzlich bestimmten Organe abgewickelt werden. In diesem Zusammenhang wären auch die Bestimmungen über Epidemieärzte (§ 27 EpiG) sowie andere geeignete Personen (§ 27a EpiG) zu berücksichtigen.

Was die „Rechtswirkungen“ der Bestätigung über das Ergebnis der Testung – negatives wie positives gleichermaßen – anbelangt, wäre im Sinne des Legalitätsprinzips jedenfalls zu erwarten, dass das Gesetz selber eine eindeutige Determinierung vornimmt und dies nicht der Konkretisierung der Behörde überlässt. Dies auch vor dem Hintergrund der besonderen Eingriffsintensität der Rechtsfolgen in Zusammenschau mit dem vorgeschlagenen Art. 2.

Zu Art. 1 Z 4 (§ 5c Abs. 2 EpiG):

Die sachliche Rechtfertigung der Privilegierung der „Zusammenkünfte von Organen politischer Parteien“ iZm der Kontaktdatenerhebungspflicht erscheint nicht nur mangels nachvollziehbarer Begründung, sondern auch im Hinblick auf – weiterhin nicht ausgenommene – vergleichbare Sachverhalte fraglich (siehe z.B. Zusammenkünfte statutarisch notwendiger Organe juristischer Personen sowie Zusammenkünfte gemäß dem Arbeitsverfassungsgesetz).

Zu Art. 1 Z 5 (§ 15 Abs. 2 Z 5 EpiG) und Art. 2 Z 2 (§ 1 Abs. 5 Z 5 COVID-19-MG):

Abgesehen davon, dass zum gesamten Themenkomplex ein Koordinationsbedarf mit den Ländern besteht, vermitteln die vorgeschlagenen Bestimmungen betreffend „Nachweis über eine lediglich geringe epidemiologische Gefahr“ als Voraussetzung oder Auflage nach § 15 Abs. 2 EpiG sowie als Auflage gemäß § 1 Abs. 5 COVID-19-MG den Eindruck einer taxativen Regelung über die einzelnen Arten des Nachweises. In diesem Zusammenhang stellt sich aus Sicht des allgemeinen Sachlichkeitsgebotes etwa die Frage, ob mit hinreichendem Impfstatus oder durch Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ebenfalls ein entsprechender Nachweis erbracht werden kann. Überdies fällt auf, dass die geltende 2. COVID-19-NotMV in bestimmten Fällen eines positiven Testergebnisses nach Maßgabe näherer Parameter sehr wohl Ausnahmen für das Einlassen bzw. Betreten bestimmter Orte vorsieht (siehe § 9 Abs. 3, § 10 Abs. 4 und § 11 Abs. 4 der 2. COVID-19-NotMV).

Die vorgeschlagene Auflagenregelung kann zur Folge haben, dass durch Verordnung das Betreten und Befahren von Betriebsstätten und Arbeitsorten, Benutzen von Verkehrsmitteln sowie Betreten und Befahren von bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit verboten ist, wenn das Nachweiserfordernis nicht erfüllt wird (§ 3 Abs. 2 und § 4 Abs. 2 COVID-19-MG). Da Personen, die eine solche Auflage nicht erfüllen, im Ergebnis dazu gezwungen werden können, ihren privaten Wohnbereich nicht zu verlassen, würde das Gesetz eine weitaus schärfere Maßnahme ermöglichen als die in § 5 COVID-19-MG grundlegende Ausgangsregelung, die jedenfalls für bestimmte Zwecke das Verlassen des privaten Wohnbereichs gestattet. Um einen verfassungsrechtlich zulässigen Eingriff insbesondere in Art. 4 Abs. 1 StGG und Art. 2 4. ZPEMRK sicherzustellen, wäre – neben dem Aspekt der Eignung – auch die Verhältnismäßigkeit der möglichen Maßnahmen zu prüfen und in diesem Zusammenhang die Schaffung einer überschießenden Verordnungsermächtigungsnorm hintanzuhalten.

Die in § 1 Abs. 5 Z 5 COVID-19-MG vorgeschlagene Verordnungsermächtigung zu den Anforderungen an die Qualität, die Aktualität und die Form des Nachweises bedürfte näherer gesetzlicher Determinierung.

Unklar ist auch die Berücksichtigung von Testergebnissen und Testbestätigungen aus privat veranlassenen Testungen (z.B. im Wege von Apotheken oder in Form betrieblich organisierter Testungen).

Zu Art. 2 Z 3 (§ 5 Abs. 3 COVID-19-MG):

Die vorgeschlagene Regelung soll – auf das Wesentliche zusammengefasst – dazu ermächtigen, mittels Verordnung „entsprechend der epidemiologischen Situation“ festzulegen, dass Personen, die „ein negatives Testergebnis oder eine in den letzten drei Monaten erfolgte und aktuell abgelaufene Infektion aufweisen“, den privaten Wohnbereich ohne Einschränkung auf bestimmte Zwecke verlassen dürfen.

Dieser Vorschlag würde zu einer im Licht des allgemeinen Sachlichkeitsgebotes inkohärenten Regelung führen, weil er das Regelungskonzept der §§ 3 bis 5 COVID-19-MG verkennt: Generelle Ausgangsbeschränkungen dürfen nach dem geltenden § 5 Abs. 1 COVID-19-MG nur angeordnet werden, „[s]ofern es zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 unerlässlich ist, um einen drohenden Zusammenbruch der medizinischen Versorgung oder ähnlich gelagerte Notsituationen zu verhindern, und Maßnahmen gemäß den §§ 3 und 4 nicht ausreichen.“ Wenn die Ausgangsregelung einer – objektiv gegebenen – allgemeinen Notsituation vorbeugen will, kann es auf die Situation von Personen, „von denen lediglich eine geringe epidemiologische Gefahr der Weiterverbreitung ausgeht“, nicht ankommen, zumal auch diese ihrerseits – umso mehr bei erweitertem Aktionsradius – der Infektionsgefahr unterliegen und durch vermehrte Kontakte potenziell das allgemeine Infektionsgeschehen negativ beeinflussen können. Vor diesem Hintergrund wäre es sachlich nicht rechtfertigbar, jene Personen, auf die die engen Voraussetzungen des vorgeschlagenen § 5 Abs. 3 nicht zutreffen würden (so z.B. Personen, die sich nicht einer Testung unterziehen wollen oder können), durch Einschränkung ihrer Bewegungsfreiheit generell zu benachteiligen (zu den weiteren gravierenden Auswirkungen der Auflagenregelung bei Anwendung des § 3 Abs. 2 und § 4 Abs. 2 COVID-19-MG siehe im Übrigen die obigen Anmerkungen zu Art. 2 Z 2 betreffend § 1 Abs. 5 Z 5 COVID-19-MG).

Die Begünstigung der in § 5 Abs. 3 umschriebenen Personen würde ferner zu einem gewissen Grad ins Leere laufen, weil der Ausgangsregelung nach § 5 Abs. 1 gegenüber Maßnahmen gemäß den §§ 3 und 4 COVID-19-MG ergänzender Charakter zukommt (also weiterhin Regelungen über das Betreten und Befahren von Betriebsstätten und Arbeitsorten, Benutzen von Verkehrsmitteln sowie Betreten und Befahren von bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit bestehen bleiben).

Wie bereits zu Art. 1 Z 5 (§ 15 Abs. 2 Z 5 EpiG) und Art. 2 Z 2 (§ 1 Abs. 5 Z 5 COVID-19-MG) angemerkt, wirft der abschließende Regelung des Nachweiserfordernisses (etwa im Hinblick auf den Impfstatus und das Tragen qualifizierter Masken) Fragen auf, die ebenfalls die sachliche Rechtfertigung des vorgeschlagenen § 5 Abs. 3 in Zweifel ziehen.

In diesem Zusammenhang wird daran erinnert, dass gerade mit der Ausgangsregelung ein sehr hohes Rechtfertigungsniveau zur Legitimation von Eingriffen in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte nach Art. 4 Abs. 1 StGG und Art. 2 4. ZPEMRK korrespondiert.

Schlussbemerkungen:

Eine abschließende Beurteilung der in Aussicht genommenen Maßnahmen wird erst im Zuge der Begutachtung des Verordnungsentwurfs – in Konkretisierung der gesetzlichen Vorschriften – erfolgen können.

Erinnert wird daran, dass dem Land infolge Durchführung von Screeningprogrammen gemäß § 5a EpiG zusätzliche Aufwendungen entstanden sind bzw. entstehen, die bislang nicht im COVID-19-Zweckzuschussgesetz berücksichtigt werden. Eine entsprechende Novellierung wäre zu befürworten.

Eine Ausfertigung dieser Stellungnahme wird unter einem dem Präsidium des Nationalrates elektronisch übermittelt.

Für die Kärntner Landesregierung:
Dr. Primosch

Nachrichtlich an:

1. das Bundeskanzleramt, Sektion V – Verfassungsdienst
2. das Präsidium des Nationalrates
3. alle Ämter der Landesregierungen
4. die Verbindungsstelle der Bundesländer beim Amt der NÖ Landesregierung
5. den Parlamentsklub der Österreichischen Volkspartei
6. die Sozialdemokratische Parlamentsfraktion - Klub der sozialdemokratischen Abgeordneten zum Nationalrat, Bundesrat und Europäischen Parlament
7. den Freiheitlicher Parlamentsklub
8. Grüner Klub im Parlament – Klub der Grünen Abgeordneten zum Nationalrat, Bundesrat und Europäischen Parlament
9. den NEOS Parlamentsklub
10. alle Mitglieder der Kärntner Landesregierung
11. die Abteilungen 1, 2 und 5