



VOLKSANWALTSCHAFT

An das
Bundesministerium für Soziales, Gesundheit,
Pflege und Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien

Der Vorsitzende

Sachbearbeiter/-in:
Dr. Martin Hiesel

Geschäftszahl:
2021-0.004.762 (VA/6100/V-1)

Datum:
13. Jänner 2021

Betr.: Entwurf einer Novelle des Epidemiegesetzes 1950 und des
COVID-19-Maßnahmengesetzes

Stellungnahme der Volksanwaltschaft
zu GZ 2020-0.857.664

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Volksanwaltschaft bedankt sich für die Übermittlung des im Betreff näher bezeichneten Gesetzesentwurfes und nimmt dazu auch nach Ablauf der Frist nicht zuletzt deshalb noch Stellung, weil in den letzten Tagen mehrere Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen deutlich machten, dass die vom BMSGPK bemessene Zeitspanne dazu eine Äußerung abzugeben nicht ausgereicht hat.

Der Gesetzesentwurf wurde am Donnerstag, dem 31. Dezember 2020 um 17:15 Uhr zur Begutachtung mit Begutachtungsfrist bis Sonntag, dem 3. Jänner 2021, 12:00 Uhr, ausgesandt und umschloss sohin die nicht einmal einen regulären Werktag.

Mit Entschließung des Nationalrates vom 16. Mai 2017 (200/E) wurde eine Grundlage für eine Teilnahmemöglichkeit der Bevölkerung sowie von Institutionen und Einrichtungen am Begutachtungsprozess eines Gesetzesvorhabens geschaffen. Klare Absicht der erweiterten Begutachtung war es, auch all jenen, die nicht direkte Adressatinnen und Adressaten einer Einladung zur Begutachtung sind, eine Chance zu eröffnen, ihre Meinung dazu öffentlich kundzutun bzw. bereits eingelangte Stellungnahmen zu einem Gesetzesentwurf auf der Website des Parlaments zu un-

terstützen. Der Sinn erweiterter Begutachtungen wird auch aus Sicht der Volksanwaltschaft aber konterkariert, wenn das Ende der Begutachtungsfrist für einen hochkomplexen verfassungsrechtlichen Fragen aufwerfenden Gesetzesentwurf so gewählt wird, dass Bürgerinnen und Bürger vom Inhalt knapp vor oder kurz nach Ablauf der Begutachtungsfrist Kenntnis erlangen. Es wird daher ersucht, bei künftigen Gesetzesvorhaben zu berücksichtigen, dass gerade während der Pandemie das Interesse an der konkreten Ausgestaltung von Rechtsvorschriften, welche die Bevölkerung mannigfaltig in ihren Rechten berührt, enorm groß ist. Partizipationsmöglichkeiten an solchen Prozessen sollten deshalb auch faktisch eingeräumt und nicht durch Fristläufe, die nicht einmal einen regulären Werktag enthalten, beschnitten werden.

Im Folgenden nimmt die Volksanwaltschaft pro futuro die Gelegenheit wahr, auf den jeweils problematischsten inhaltlichen und formalen Aspekt des vorliegenden Begutachtungsentwurfes einzugehen.

Zu Art. 1 Z 3 (§ 5a Abs. 7 Epidemiegesetz 1950):

Diese Bestimmung sieht unter anderem vor, dass der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister durch Verordnung nähere Bestimmungen über die Rechtswirkungen der Bestätigung über das Ergebnis der Testung festlegen kann.

Diese Gesetzesvorschrift wäre im Fall der Beschlussfassung durch den Nationalrat nach Auffassung der Volksanwaltschaft **verfassungswidrig** gewesen:

1. Eine Analyse des Gesetzesentwurfes zeigt, dass weder die in Rede stehende noch eine andere Bestimmung des Entwurfes nähere Anhaltspunkte dafür bietet, welche „Rechtswirkungen“ der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister der Bestätigung über das Ergebnis der Testung durch Verordnung beimessen darf. Auch in den Erläuterungen finden sich dazu keinerlei Ausführungen. Das ist umso bemerkenswerter, als es sich bei den wie immer im Detail festzulegenden „Rechtswirkungen“ im gegenständlichen Kontext des „Freitestens“ nur um solche handeln kann, die Personen bei einem negativen Testergebnis unter anderem die Ausübung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte – zu denken ist beispielsweise an das Privat- und Familienleben, die Erwerbsausübungsfreiheit, die Kunstfreiheit und viele mehr – ermöglichen sollen, während bei Nichtvorliegen eines solchen Ergebnisses in Ermangelung der Teilnahme an einem Test – und erst recht bei Vorliegen eines positiven Testergebnisses – diese temporär weiterhin eingeschränkt bzw. untersagt bleiben können.

Dass eine mangelnde Determinierung einer so weit reichenden Verordnungsermächtigung in einem außerordentlich grundrechtssensitiven Bereich in einem Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip der Bundesverfassung steht ist evident.

Der Verfassungsgerichtshof führte in VfSlg. 20.171/2017 zur Frage der hinreichenden Determinierung einer gesetzlichen Verordnungsermächtigung wörtlich folgendes aus:

„Nach der Bundesverfassung (Art. 18 Abs. 2 B-VG) sind Verordnungen nur "auf Grund der Gesetze" zu erlassen. Das heißt, dass eine Verordnung bloß präzisieren darf, was in den wesentlichen Konturen bereits im Gesetz selbst vorgezeichnet wurde. Soll ein Gesetz mit Durchführungsverordnung vollziehbar sein, müssen daraus also alle wesentlichen Merkmale der beabsichtigten Regelung ersehen werden können (Prinzip der Vorausbestimmung des Verordnungsinhaltes durch das Gesetz); eine bloße formalgesetzliche Delegation, die der Verwaltungsbehörde eine den Gesetzgeber supplierende Aufgabe zuweist, stünde mit Art. 18 Abs. 1 (und 2) B-VG in Widerspruch. Die Grenze zwischen einer noch ausreichenden materiellen Bestimmtheit des Gesetzes und einer formalen Delegation ist in einzelnen Fällen nicht immer leicht zu bestimmen. Entscheidungskriterium ist hier stets die Frage, ob die im Verordnungsweg getroffene (Durchführungs-)Regelung auf ihre inhaltliche Gesetzmäßigkeit überprüft werden kann. Dabei sind in Ermittlung des Inhalts des Gesetzes alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmöglichkeiten auszuschöpfen: Nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden immer noch nicht beurteilen lässt, was im konkreten Fall rechtmäßig ist, verletzt die Norm die in Art. 18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse.“

Überträgt man diese Ausführungen auf die gegenständliche Fallkonstellation, so zeigt sich, dass auch nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden nicht feststellbar ist, welche Rechtswirkungen der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister der Bestätigung über das Ergebnis der Testung durch Verordnung beizumessen könnte, weil sich weder dem Gesetzestext, noch der Gesetzssystematik, noch den Erläuterungen dafür irgendwelche Parameter entnehmen lassen.

2. Die verfassungsrechtlichen Probleme der in Aussicht genommenen Gesetzesbestimmung reichen nach Auffassung der Volksanwaltschaft indes noch tiefer und berühren sogar die Wurzeln des rechtsstaatlichen Grundprinzips der Bundesverfassung. Denn durch den vorliegenden Entwurf wird nicht ausgeschlossen, dass die Rechtswirkungen dergestalt beschaffen sind, dass sie in die Rechtssphäre Betroffener in einer sie objektiv beschwerenden Weise eingreifen. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem das Ergebnis der Testung fälschlich „positiv“ ist, obwohl die getestete Person in Wahrheit gar nicht infiziert ist. Die Frage, wie sich die betroffenen Personen gegen die Rechtswirkungen der Bestätigung über das Ergebnis der Testung rechtlich zur Wehr setzen können, lässt sich anhand des Gesetzestextes nicht beantworten.

Damit stellt sich für die Volksanwaltschaft aber die Frage, ob der Gesetzgeber den Verordnungsgeber verfassungskonform überhaupt dazu ermächtigen kann, der Bestätigung über das Ergebnis der Testung Rechtswirkungen beizumessen:

Unbestreitbar ist, dass das verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechtsschutzsystem leerlaufen würde, wenn der einfache Gesetzgeber dazu ermächtigt wäre, für Grundrechtseingriffe Rechtsformen vorzusehen, die rechtlich nicht bekämpfbar wären. Der Verfassungsgerichtshof hat mehrfach ausgesprochen, dass eine gesetzliche Regelung verfassungswidrig ist, die trotz Eingriffs in die Rechtssphäre eines Betroffenen keine Möglichkeit vorsieht, die Rechtmäßigkeit des Eingriffs zu bekämpfen und durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts überprüfen zu lassen (so zB VfSlg. 13.223/1992, 13.699/1994, 17.018/2003, 17.358/2004 uva).

In diesem Zusammenhang ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur (relativen) Geschlossenheit des verfassungsrechtlichen Rechtsquellen-systems zu erwähnen, welches für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit neuer Rechtsquellen jedenfalls voraussetzt, dass diese nicht nur in einem demokratischen Erzeugungszusammenhang stehen, sondern darüber hinaus der „rechtsstaatlich gebotenen Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts nicht entbehren“ (so wörtlich VfSlg. 17.967/2006). Vor dem Hintergrund von Bestrebungen des verstärkten Einsatzes von Ideen des „New Public Managements“ stellte der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 17.172/2004 klar, dass die Bundesverfassung zur Steuerung der Vollziehung der Hoheitsverwaltung Gesetz und Verordnung sowie die Weisung demokratisch legitimierter oberster Organe bereitstellt und zur Sicherstellung der „Rechtsstaatlichkeit der Vollziehung“ ein umfassendes Rechtsschutzinstrumentarium vorgesehen ist, das an diese Rechtsinstitute anknüpft. Mag der Inhalt verschiedener Vorgaben auch unter Verwendung von im Wirtschaftsleben etablierten Techniken erarbeitet werden, so muss die verbindliche Anordnung in der Form eines bundesverfassungsgesetzlich vorgesehenen Gestaltungsmittels getroffen werden.

Ausgehend davon betont der Verfassungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung, dass aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsschutzkonzept ein für den Gesetzgeber bestehender „Rechtstypenzwang“ abzuleiten ist (zB VfSlg 18.905/2009 u. 19.157/2010). Dieser verlangt vom Gesetzgeber, individuelle verwaltungsbehördliche Entscheidungen in der Form eines Bescheides vorzusehen. Auch eine nationale Gesundheitskrise rechtfertigt es nicht, das Rechtsstaatsprinzip als leitenden Grundsatz der Bundesverfassung partiell zu unterlaufen, indem der Bestätigung über das Ergebnis der Testung vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber im Ergebnis gleichsam unbekämpfbare Rechtswirkungen zuerkannt werden.

Der Vorsitzende:

Volksanwalt Mag. Bernhard Achitz