OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-750902/3/BP/NF

Datum:
Linz, 7. September 2020

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde der M M V T GmbH, vertreten durch O Rechtsanwälte GmbH, x, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 10. Juli 2020, GZ: BHVBSanR-2020-173446/2-mit, betreffend Abweisung eines Antrags auf Vergütung des Verdienstentgangs nach dem Epidemiegesetz

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid vom 10. Juli 2020, GZ: BHVBSanR-2020-173446/2-mit, wies die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck (im Folgenden: belangte Behörde) den Antrag der nunmehrigen Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) auf Vergütung des Verdienstentgangs gemäß § 32 Epidemiegesetz ab.

Begründend führte die belangte Behörde ua. Folgendes aus:
„Für die Behörde steht folgender Sachverhalt fest:

Sie haben mit Schreiben vom 10.06.2020, eingelangt bei der Behörde am 15.06.2020, einen Antrag auf Vergütung gemäß § 32 Epidemiegesetz 1950 eingebracht. Dieser wurde mit der Schließung Ihres Betriebes im Standort x, x, im Zeitraum von 16.03.2020 bis einschließlich 30.04.2020 (aufgrund der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19) begründet.

Für den angegebenen Zeitraum hatte die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck keinerlei Maßnahmen nach den Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950 verfügt.

(...)

Die Auflistung der anspruchsbegründenden Sachverhalte in § 32 Abs. 1 Z 1 bis 7 Epidemiegesetz 1950 ist als taxativ anzusehen und läßt keinen Interpretationsspielraum zu.

Die in der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geregelten Einschränkungen wurden aufgrund des COVID-19 Maßnahmengesetzes, BGBl. I Nr. 12/2020, erlassen. Das Epidemiegesetz 1950 gelangte nicht zur Anwendung und konnten daher die anspruchsbegründenden Sachverhalte des § 32 Abs. 1 Epidemiegesetz 1950 nicht realisiert werden.

Die Verwaltung ist nach dem Rechtsstaatsprinzip (Art 18 B-VG) unzweifelhaft an ordnungsgemäß verlautbarte Gesetze und Verordnungen gebunden. Dieser Sachverhalt ist hinsichtlich der angeführten gesetzlichen Bestimmungen gegeben und wurden diese im Bundesgesetzblatt ordnungsgemäß kundgemacht.

Da der beantragte Vergütungsanspruch somit im Epidemiegesetz keine Deckung findet, ist auch keine inhaltliche Prüfung der Höhe und des umfassten Zeitraums des behaupteten Entschädigungsanspruches geboten.

Der Antrag war daher abzuweisen.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob die Bf mit Schreiben vom 12. August 2020 rechtzeitig Beschwerde.

Begründend führte die Bf ua. Folgendes aus:
1. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Handelsgewerbe im Fachhandel für Elektronikgeräte an ihrer Betriebsstätte in x, x (nachfolgend die „Betriebsstätte"). Auf Grund § 1 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19, BGBl II Nr. 96/2020 (nachfolgend „Covid-19-VO") wurde zunächst ab 16.3.2020 der Zugang zum Kundenbereich der Betriebsstätte behördlich untersagt. Es handelt sich um eine Betriebsstätte mit einer Verkaufsfläche einer Größe von über 400 m2.

Dieses Betretungsverbot wurde - die Betriebsstätte betreffend - aufgrund der der Covid-19-VO nachfolgenden Verordnungen BGBl II Nr. 110/2020, BGBl II Nr. 112/2020, BGBl II Nr. 130/2020, BGBl II Nr, 151/2020 und BGBl II Nr. 162/2020 aufrechterhalten und trat erst mit Ablauf des 30.4.2020 außer Kraft (siehe BGBl II Nr. 151/2020, Z 7).

Diese Maßnahme entspricht inhaltlich einer behördlichen Maßnahme gern. § 20 Epidemiegesetz 1950 (nachfolgend das „EpG"). weshalb die Beschwerdeführerin am 10.6.2020 einen Antrag auf Vergütung des für den im Zeitraum von 16.3.2020 bis 30.4.2020 erlittenen Verdienstentgangs in Höhe von EUR 380.977 gemäß § 32 EpG stellte.

(...)

Die Rechtswidrigkeit des Inhalts ergibt sich aus dem Umstand, dass die getroffene Maßnahme einer Betriebsbeschränkung nach den Bestimmungen des EpG entspricht, weshalb auch die Regelungen zur Vergütung des Verdienstentgangs anzuwenden sind. Ferner erfolgte aufgrund der verhängten Betretungsverbote nach § 1 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gemäß § 2 Z 1 des C0VID-19-MaßnahmenG, StF: BGBl. I! Nr. 98/2020, inhaltlich eine Verkehrsbeschränkung nach § 24 EpG, weshalb auch aus diesem Grund die Vergütung des Verdienstentgangs zu erfolgen hat. Eventualiter müssen die Bestimmungen des EpG analog herangezogen werden, um eine verfassungskonforme Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen zu gewährleisten.

2.1. Vergütung nach § 32 Abs 1Z 4 und 7 EpG

(...)

Im gegenständlichen Verfahren gründet sich der erlittene Verdienstentgang sowohl auf § 32 Abs 1 Z 4 EpG als auch auf § 32 Abs 1 Z 7 EpG. Dazu wird nachstehend Folgendes ausgeführt:

a) Anwendung des § 32 Abs 1Z 4 EpG aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung zu § 20 EpG

Das Betretungsverbot der Betriebsstätte der Beschwerdeführerin wurde durch die Covid-19-VO sowie deren Nachfolgeverordnungen verfügt und entspricht der Beschränkung des Betriebs gern. § 20 Abs 1 und 2 EpG.

(...)

Die Bestimmungen des § 1 Covld-19-MaßnahmenG und des § 20 Abs 1 iVm Abs 2 EpG sind wie nachfolgend dargelegt inhaltlich übereinstimmend:

§ 20 Abs 1 iVm Abs 2 EpG ermöglicht die Schließung oder Beschränkung einer Betriebsstätte im Wesentlichen bei (i) Auftreten einer ansteckenden Krankheit (Auftreten einer Infektion mit SARS-CoV-2)1 und sofern die Aufrechterhaltung des Betriebs die (ü) Arbeitnehmer oder die Öffentlichkeit gefährden würde. Aus dem Wortlaut des § 20 Abs 1 EpG geht daher hervor, dass diese Bestimmung den Schutz der Betriebsangestellten und der Öffentlichkeit bezweckt.

Schutz der Öffentlichkeit. Sowohl das EpG als auch das Covid-19-MaßnahmenG2 dienen dem Schutz der Öffentlichkeit vor ansteckenden Krankheiten, einzig mit jenem Unterschied, dass der Gesetzgeber zum 15.3.2020 die Notwendigkeit sah, über das EpG hinausgehende Maßnahmen zu ermöglichen, welche die Verbreitung von COVID-19 verhindern sollten.

Schutz der Arbeitnehmer. Hat § 20 Abs 1 EpG vor allem den Schutz der Betriebsangestellten vor Augen, so wird dieses Schutzinteresse in § 1 Covid-i9-MaßnahmenG durch die mit Wirkung zum 21.3,2020 ergänzte Aufnahme des Betretungsverbots betreffend die Arbeitsorte iSd § 2 Abs 3 Arbeitnehmerinnenschutzgesetz erfüllt, womit durch die Betretungsverbote ganz klar auch der Schutz der Arbeitnehmer in den Vordergrund rückte.

Einzelne oder generelle Schließung. Betriebsbeschränkungen sind zwar gern. § 20 Abs 2 EpG ausdrücklich nur im Hinblick auf einzelne gewerbsmäßig betriebene Unternehmungen vorgesehen; allein aus verfassungsrechtlichen Erwägungen (insbesondere Verhältnismäßigkeitserwägungen) ist jedoch zu folgern, dass auch bei generellen Anordnungen betreffend mehrere Betriebsstätten eines Gebiets bloße Betriebsbeschränkungen verfügt werden können bzw. sogar müssen, wenn und soweit mit diesen das Auslangen gefunden werden kann. Diese können auch als generelle Anordnung für Betriebsstätten eines bestimmten Gewerbes innerhalb eines bestimmten Gebiets verhängt werden bzw. müssen anstelle einer Betriebsschließung als gelinderes Mittel gegebenenfalls sogar verhängt werden.

Umgekehrt können auch gem. Covid-19-MaßnahmenG Betretungsverbote nur für „bestimmte Betriebsstätten" zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen Betrieben zum Erwerb von Waren vorsehen. In diesem Punkt sind daher beide Rechtsgrundlagen betreffend entweder einzelne, bestimmte oder mehrere Betriebsstätten in genereller Hinsicht von dem Betretungsverbot betroffen.

Kompetenz. Eine weitere Parallele zwischen § 20 EpG und § 1 Covid-19-MaßnahmenG zeigt sich bei der Befassung mit der behördlichen Kompetenz: Sieht § 1 Covid-19-MaßnahmenG (noch) die ausschließliche Kompetenz zur Erlassung einer Verordnung durch den Gesundheitsminister vor, so ist § 20 EpG zwar flexibler da auch Betriebe einzelner politischer Bezirke durch die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde geschlossen werden können, jedoch hat auch hier der Gesundheitsminister als zuständiges Organ - und das bereits vor Inkrafttreten des § 43 Abs 4a EpG, BGBl. I Nr. 43/2020 - die Möglichkeit Verordnungen nach § 20 EpG, welche sich auf das gesamte Bundesgebiet erstrecken, zu erlassen.

Mag der historische Gesetzgeber des EpG zwar - wie richtigerweise vom Verfassungsgerichtshof dargelegt - großflächige Schließungen von Betriebsstätten nicht vor Augen gehabt haben, so trifft dies auf den gegenwärtigen Gesetzgeber nicht mehr zu. Hat dieser doch zuletzt mit der Novellierung des EpG im Rahmen des BGBl. I Nr. 43/2020 die kompetenzrechtliche Grundlage zur Erlassung von Verordnungen durch den Gesundheitsminister klargestellt, da dies als „sinnvoll" erachtet wurde. Daraus geht schlüssig hervor, dass die Notwendigkeit zur Klarstellung bestand auch großflächige Schließungen und Beschränkungen aufgrund einer Verordnung des Gesundheitsminister iSd § 20 EpG zu ermöglichen.

Es kommt daher auch in diesem Sinne zu einer übereinstimmenden Kompetenz des Gesundheitsministers der zur Beschränkung von Betriebsstätten per Verordnung nach dem EpG oder nach dem Covid-19- MaßnahmenG Vorgehen kann.

Das EpG bietet daher im gegenständlichen Fall eine Rechtsgrundlage für den Antrag zur Vergütung des Verdienstentgang, da die Covid-19-VO sowohl auf Grundlage des § 1 Covid-19-MaßnahmenG, als auch auf Grundlage des § 20 EpG erlassen werden konnte. Dies ist relevant, da eine Verordnung gern. Art 18 Abs 2 B-VG keine explizite gesetzliche Grundlage nennen muss. Ebenso wenig schadet es, wenn eine Verordnung eine falsche Grundlage nennt. Die Gesetzmäßigkeit einer Verordnung hängt daher nicht davon ab, „ob sie ihre gesetzliche Grundlage überhaupt und richtig anführt".

Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, wenn die Verordnung, die der gegenständlichen Betriebsbeschränkung zugrunde liegt, das Covid-19-MaßnahmenG zitiert, da mit der gegenständlichen Verordnung die gewerbliche Unternehmung der Beschwerdeführerin iSd § 20 EpG beschränkt wurde.

Dies hat zur Folge, dass ein Anspruch nach § 32 EpG nicht allein deshalb wegfallen kann, well sich das für die Betriebsbeschränkung handelnde Organ (hier der Gesundheitsminister) in der Zitierung der Rechtsgrundlage vergreift oder aus mehreren Optionen nur eine auswählt:

Wenn eine Verordnung gem. Art 18 Abs 2 B-VG keine explizite gesetzliche Grundlage nennen muss und es auch nicht schadet, wenn sie eine falsche nennt, dann kann das Selbstverständnis des Verordnungsgebers hinsichtlich der genauen Zuordnung „seiner" gesetzlichen Deckung auch sonst keine relevanten Rechtsfolgen auslösen.
Dies muss insb dann gelten, wenn der Verordnungsgeber von mehreren zur Auswahl stehenden Grundlagen (nur) eine explizit anführt.

Im gegenständlichen Fall kam es genau dazu, dass der Gesundheitsminister als handelndes Organ mehrere Rechtsgrundlagen (§ 1 Covid-19-MaßnahmenG einerseits und § 20 EpG andererseits) zur Auswahl zur Verfügung standen. Es darf daher keine relevanten Rechtsfolgen - oder wie im gegenständlichen Fall - nachteilige Rechtsfolgen - auslösen, dass der Gesundheitsminister zum Erlass der Covid-19-VO das Covid- 19-MaßnahmenG zitierte. In Folge dessen besteht der Anspruch gern. § 32 Abs 1 Z 4 EpG zu Recht,

b) Anwendung des § 32 Abs 1Z 7 EpG aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung zu § 24 EpG

(...)

Entsprechend dieser Betretungsverbots-VO war es untersagt den öffentlichen Raum zu betreten, es sei denn für ganz bestimmte unter § 2 der Betretungsverbots-VO zitierte Ausnahmen. Es war daher bereits aufgrund dieser Verordnung von 16.3.2020 bis 30.4.2020 nicht möglich, dass Kunden die Betriebsstätte der Beschwerdeführerin betraten. Der Beschwerdeführerin ist daher bereits vor diesem Hintergrund ein Verdienst entgangen, den diese gem. § 32 Abs 1 Z 7 EpG geltend macht.

Die Verkehrsbeschränkungen gem. § 24 EpG umfassen sowohl Sperren als auch Betretungsverbote und Ausgangsbeschränkungen. Die Ermächtigung des § 2 Covid-19-MaßnahmenG, das „Betreten von bestimmten Orten" zu untersagen ging daher in inhaltlicher Hinsicht nicht über § 24 EpG hinaus. Sie verdrängte § 24 EpG aber auch nicht, da gem. § 4 Abs 3 Covid-19-MaßnahmenG diese Bestimmung des EpG unberührt bleibt. Wie in der Literatur bereits festgehalten wird, war daher insoweit das Covid-19-MaßnahmenG in Bezug auf die Verhängung von Betretungsverboten bestimmter Orte bzw. des öffentlichen Raums entbehrlich und die im Verordnungsweg angeordneten Betretungsverbote schon durch § 24 EpG gedeckt.

Wie unter Punkt 11.2.1. lit a ausgeführt, muss eine Verordnung gern. Art 18 Abs 2 B-VG keine explizite gesetzliche Grundlage nennen und es schadet auch nicht, wenn sie eine falsche nennt. Auch hier gilt daher als Folge, dass ein Anspruch nach § 32 EpG nicht allein deshalb wegfallen kann, weil sich die für die Verkehrsbeschränkung verantwortliche Behörde in der Zitierung der Rechtsgrundlage vergriffen oder aus mehreren Optionen nur eine ausgewählt hat. Auf die unter Punkt 11.2.1. lit a ausgeführte Rechtsansicht darf zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden.

Betretungsverbote gem. § 2 C0VID-19-MaßnahmenG stellen daher immer auch Verkehrsbeschränkungen iSd § 24 EpG dar, weshalb den Unternehmen, die dadurch einen Vermögensschaden erlitten haben, ein Entschädigungsanspruch gern. § 32 Abs 1 Z 7 EpG zusteht, unabhängig davon, auf welches Gesetz die jeweilige Verkehrsbeschränkung gestützt worden ist.

Durch das Wegbrechen der Nachfrage seitens der Kunden, denen es untersagt war den öffentlichen Raum und somit auch die Betriebsstätte der Beschwerdeführerin zu betreten, entstand der Beschwerdeführerin ein Vermögensnachteil aufgrund der Behinderung des

Erwerbs der somit ebenso gern. § 32 Abs 1 Z 7 EpG geltend gemacht werden kann, weshalb der Anspruch zu Recht besteht.

c) Fazit: Verordnungserlassung erfolgte auf Grundlage des EpG

Wie den vorausgehenden Ausführungen zu entnehmen ist, erfolgte die Erlassung der Verordnung des Gesundheitsministers zum Betretungsverbot der Betriebsstätte der Beschwerdeführerin inhaltlich auf Grundlage des § 20 Abs 2 EpG und ist die fälschliche Bezeichnung des Covld-19-MaßnahmenG nicht schädlich. § 4 Abs 2 Covid-19-MaßnahmenG steht dem nicht entgegen, da die Verordnung auf Grundlage des EpG erfolgte und § 4 Abs 2 Covid-19-MaßnahmenG somit nicht zur Anwendung gelangt. Dementsprechend steht der Beschwerdeführerin ein Verdienstentgang gern. § 32 Abs 1 Z 4 EpG zu.

Darüber hinaus steht der Beschwerdeführerin ein Verdienstentgang auch gem. § 32 Abs 1 Z 7 EpG zu, da sie überdies in ihrem Erwerb auch dadurch beschränkt wurde, als es potentiellen Kunden verwehrt war den öffentlichen Raum und somit auch die Betriebsstätte der Beschwerdeführerin zu betreten.

(...)

2.2. Anwendung EpG analog
Für den Fall, dass den bisherigen Ausführungen nicht gefolgt wird, sind die Bestimmungen des EpG eventualiter analog heranzuziehen. Dies aus nachfolgenden Gründen:

Wie ausgeführt, wurde die Betriebsstätte der Beschwerdeführerin zwar durch die Covid-19-VO sowie deren Nachfolgeverordnungen verfügt, jedoch entspricht dies der Beschränkung des Betriebs gern. § 20 Abs 1 und 2 EpG. Solche auf § 20 Abs 2 EpG gestützte Betriebsbeschränkungen wurden bereits Mitte März 2020 in Tirol, Vorarlberg, Kärnten und Salzburg durch Verordnungen der Bezirkshauptmannschaften für alle Seilbahn- und Beherbergungsbetriebe (sowie teilweise Gastronomiebetriebe) ausgesprochen. Dabei handelt es sich teilweise um „Schließungen" von Betrieben, dem „Betretungsverbot" bestimmter Unternehmungen (wie Seilbahnanlagen) oder um „Betriebsbeschränkungen" anderer Betriebe (beispielsweise Gastgewerbebetriebe, welche nur an die "Bevölkerung" Speisen verabreichen durften. All diese Betriebe wurden per Verordnung, welche ausdrücklich auf § 20 EpG beruhten, beschränkt und erhalten daher Vergütungen gemäß § 32 EpG. Bei dem gegenständlichen Betretungsverbot der Betriebsstätte der Beschwerdeführerin handelt es sich ebenso um eine Betriebsbeschränkung, mag diese auch als „Betretungsverbot" getarnt sein und dient diese der Verhinderung der weiteren Ausbreitung einer ansteckenden Krankheit.

Sowohl das EpG als auch das Covid-19-MaßnahmenG bezwecken gemäß dem ausdrücklichen Wortlaut und den Erläuterungen (siehe Punkt 11.2.1. lit a) die Verbreitung einer ansteckenden Krankheit zu verhindern. Laut der Intention des Gesetzgebers zum 15.3.2020 waren „die Maßnahmen des Epidemiegesetzes 1950 nicht ausreichend bzw. zu kleinteilig [...], um die weitere Verbreitung von COVID-19 zu verhindern".
Es sollten daher Maßnahmen möglich sein, die über jene des EpG hinausgehen. Dabei übersah der Gesetzgeber jedoch, dass die geschaffenen Maßnahmen ihre Deckung im EpG

gefunden hätten (siehe Punkt 11.2.1. lit a). Der Gesetzgeber übersah ferner, dass in Folge der parallel getroffenen und erlassenen Maßnahmen, der Ausschluss der Entschädigungsmöglichkeiten für Betriebsbeschränkungen nach dem CovId-19-MaßnahmenG, grundrechtswidrige und verfassungsrechtlich bedenkliche Folgen für die Rechtsunterworfenen, sowie die Beschwerdeführerin, nach sich ziehen würde.

(...)

Zwar erkannte der Verfassungsgerichtshof im Rahmen der Verfahren zu G 202/2020-20, V 408/2020-20, dass der Ausschluss der Entschädigungsmöglichkeit (aufgrund § 4 Abs 2 Covid-19-MaßnahmenG) im Lichte der Möglichkeiten finanzielle Unterstützungsleistungen durch die diversen Corona-Hilfsfonds zu erhalten, weder den Gleichheitsgrundsatz noch die Unversehrtheit der Eigentumsfreiheit verletzen würde, jedoch blieben die nachfolgenden verfassungsrechtlichen Bedenken unbeantwortet und unberücksichtigt:

a) Unzulässiger Eingriff in die Erwerbsfreiheit

Es handelt sich bei einer Beschränkung einer Betriebsstätte aufgrund einer Verordnung nach § 1 Covid-19- MaßnahmenG iVm § 4 Abs 2 Covid-19-MaßnahmenG um einen unzulässigen grundrechtswidrigen Eingriff in die Erwerbsfreiheit und zwar aus folgenden Gründen:

Art. 6 StGG garantiert jedem österreichischen Staatsbürger an jedem Orte im Staatsgebiet unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig auszuüben. Schutzbereich dieses Grundrechts ist somit jede Tätigkeit, die auf einen wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist. Von der Erwerbsfreiheit sind somit alle Tätigkeiten erfasst, die auf den Erwerb von Einkommen, die Schaffung und die Erhaltung von Vermögen gerichtet sind, unabhängig davon, ob diese Tätigkeiten selbstständig oder unselbstständig ausgeübt werden. Die Erwerbsfreiheit schützt sämtliche Phasen der Erwerbstätigkeit, insbesondere den Erwerbsantritt und die Erwerbsausübung, aber auch die Erwerbsbeendigung.

Bei Eingriffen in die Erwerbsfreiheit ist üblicherweise zwischen Eingriffen in den Erwerbsantritt und Eingriffen in die Erwerbsausübung zu unterscheiden. Die Rechtsprechung legt an die Antrittsvorschriften auf der einen Seite und die Ausübungsvorschriften auf der anderen Seite jeweils unterschiedliche Maßstäbe in der Beurteilung des Spielraums des Gesetzgebers an.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl VfSIg. 11625, VfSIg 16.024/2000, 16.734/2002) ist hinsichtlich der Zulässigkeit von Eingriffen in das durch Art. 6 StGG verfassungsgesetzlich gewährleistete Grundrecht auf Erwerbstätigkeit insbesondere auf die Art des Eingriffs Bedacht zu nehmen. Handelt es sich um eine objektive Erwerbsantrittsbeschränkung (Schranken, die der Betroffene, der alle subjektiven Voraussetzungen erfüllt, aus eigener Kraft nicht überwinden kann), so wertet der Verfassungsgerichtshof dies in seiner ständigen Rechtsprechung als schwereren Eingriff in die verfassungsgesetzlich gewährleistete Erwerbsfreiheit, als eine subjektive Erwerbsantrittsbeschränkung (Schranken, die der Betroffene aus eigener Kraft überwinden kann). Grundsätzlich steht dem Gesetzgeber ein größerer Gestaltungsspielraum hinsichtlich Regelungen zu, die die Erwerbsausübung beschränken. Nichtsdestotrotz ist

eine objektive Beschränkung der Erwerbsausübung (sprich: eine Beschränkung welche der Betroffene nicht aus eigener Kraft überwinden kann) nur dann angemessen, wenn dafür ein besonders wichtiges öffentliches Interesse spricht und keinerlei Alternativen bestehen, um den angestrebten Zweck in einer gleichsam wirksamen, aber die Grundrechte weniger einschränkenden Weise zu erreichen.

In den vergangenen Jahren wurde jedoch die Differenzierungen der Eingriffsschranken nach Eingriffstypen tendenziell abgebaut.21 § 1 Covid-19-VO, welche auf Basis von § 1 Covid-19-MaßnahmenG das Betreten des Kundenbereichs der Betriebsstätte der Beschwerdeführerin untersagte, ist aber jedenfalls ein objektiver Erwerbseingriff, da die Überwindung der Beschränkung nicht in der Hand der Beschwerdeführerin als Normunterworfene lag und es außerhalb ihrer Einflusssphäre war, dass sie ihren Erwerb nicht ausüben konnte. Da der objektive Erwerbseingriff den schwerwiegendsten Grundrechtseingriff darstellt, ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung der strengste Maßstab anzulegen. Ein derartiger Eingriff muss somit durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sein. Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip liegt der Grundgedanke zugrunde, dass bei mehreren möglichen Maßnahmen immer der schonendste Grundrechtseingriff zu wählen ist, der zur Erreichung des Ziels geeignet ist.

Im verfahrensgegenständlichen Fall wurde jedenfalls nicht der schonendste Eingriff gewählt, da gern. § 1 Covid-19-MaßnahmenG auch die Möglichkeit vorliegt per Verordnung zu regeln, in welcher Zahl und zu welcher Zeit jene Betriebsstätten betreten werden dürfen, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind. Darüber hinaus kann geregelt werden, unter welchen bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten werden dürfen. Von diesen schonenden Möglichkeiten hat der Gesundheitsminister bei Verordnungserlassung nicht Gebrauch gemacht.

Unter Hinzuziehung der in den letzten Jahren weiterentwickelten Verhältnismäßigkeitsprüfung, welche eher „unspezifisch" durchzuführen ist, muss in die Prüfung auch der Umstand einfließen, dass bei einem erfolgten Erwerbseingriff eine Möglichkeit der Entschädigung im Rahmen einer Vergütung des Verdienstentgangs möglich ist. Da in die Verhältnismäßigkeitsprüfung - gerade im Bereich der Beschränkung der Erwerbsfreiheit - verschiedenste Kriterien miteinfließen, würde auch die Möglichkeit eine Entschädigung iSd Vergütung des Verdienstentgangs nach § 32 EpG einen positiven Einfluss auf die Beurteilung, ob eine Maßnahme verhältnismäßig ist, nehmen. Es muss daher insbesondere § 4 Abs 2 Covid- 19-MaßnahmenG verfassungskonform so interpretiert werden, dass eine analoge Heranziehung von § 32 EpG ermöglicht, um den andernfalls bestehenden objektiven Erwerbseingriff auszuschließen.

b) Rechtsfortentwicklung des EpG als zur Verhinderung der Covid-19 Pandemie geeignete Rechtsgrundlage sowie Schaffung von Parallelbestimmungen

Der Verfassungsgerichtshof befasste sich im Juli mit Bedenken der Gleichheitswidrigkeit des § 4 Abs 2 Covid- 19-MaßnahmenG und erkannte, dass dieser Ausschluss von Entschädigungsleistungen nach dem EpG mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar sei. Dies insbesondere da es dem Gesetzgeber innerhalb der Schranken des Gleichheitsgrundsatzes nicht verwehrt sei, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignete Weise zu

verfolgen (vgl VfSlg 16.176/2001; 16.504/2002). Diese Erkenntnis erfolgte im Wesentlichen vor dem Hintergrund der Intention des Gesetzgebers, die Bestimmungen betreffend die Schließung nach § 20 EpG auszuschließen, da diese „zu kleinteilig" waren, um eine weitere Ausbreitung von Covid-19 zu verhindern sowie dem Umstand, dass den durch die Maßnahmen geschädigten Unternehmer ein umfassendes Paket an Corona-Unterstützungsleistungen gegenüberstand.

Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass seit Inkrafttreten des Covid-19-MaßnahmenG (BGBl. I Nr. 16/2020) sowie der Covid-19-MaßnahmenVO zahlreiche umfangreichen Novellierungen des EpG vorgenommen wurden, welche nachfolgend wie folgt zusammengefasst werden können:

BGBl. I Nr. 23/2020. Am 4. April 2020 wurde im EpG, durch die Einführung des § 3a die Bezirksverwaltungsbehörde dazu ermächtigt personenbezogene Daten von Covid-19-Betroffenen an den Bürgermeister der Gemeinde in denen der Betroffene abgesondert wurde weiterzugeben, mit dem Zweck die Versorgung Abgesonderter sicherzustellen (§ 3a EpG). Darüber hinaus wurden weitere Kundmachungsregeln für Verordnungen der Bezirksverwaltungsbehörden eingeführt (§ 6) und die Mitwirkung der Sicherheitsbehörden an der Vollziehung des EpG (§ 28a) geregelt.
Insbesondere wurde in Zuge dieser Novellierung auch ausdrücklich auf die Verordnungskompetenz der Landeshauptleute hingewiesen (§ 43). Durch die Einführung des § 46 wurde die Möglichkeit der Mitwirkung des BMLVT hinsichtlich Militärapotheken geschaffen.

BGBl. I Nr. 43/2020. Zum 14. Mai 2020 wurden im EpG Bestimmungen hinsichtlich Datenverarbeitung und Bestellung von Sachverständigen eingeführt (§ 4, § 5). Zum anderen wurden die gesetzlichen Regelungen für die Durchführung von Screeningprogrammen und zugehörige Erfassungen im Register zur Bekämpfung von Covid-19 im EpG verankert (§ 5a, § 5b). § 15 EpG wurde im Hinblick auf Veranstaltungen, die ein Zusammenströmen größerer Menschenmengen mit sich bringen, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf CoViD-19-Risikogruppen (Abs 4) normiert und ferner wurde durch eine neue Regelung Möglichkeiten für den Landeshauptmann geschaffen, geeignete Personen zur Unterstützung im Kampf gegen SARS-CoV-2 heranzuziehen (§ 27a).

Insbesondere kam es im Rahmen dieser Novellierung auch zu einer - legistischen aber nicht kompetenzrechtlich notwendigen - Klarstellung gern. § 43 Abs 4a EpG, dass der Gesundheitsminister als zuständiges Organ auch Verordnungen nach § 20 EpG erlassen kann, welche sich auf das gesamte Bundesgebiet erstrecken. Ferner wurde die telefonische Bescheiderlassung bei CoViD-19-Infektionen formal geregelt (§ 46).

Nicht zuletzt hat die Novelle den Bundesminister auch mit einer neuen Verordnungsermächtigung im Hinblick auf die Berechnung von Entschädigungen und Vergütungen von Verdienstentgängen ausgestattet (§ 32 Abs 6).

BGBl. I Nr. 62/2020. Mit dem am 7. Juli 2020 ausgegebenen Bundesgesetzblatt wurde abermals eine Novellierung des EpG im Hinblick auf die CoViD-19-Krise durch den Gesetzgeber vorgenommen und die „Sonderbestimmung für die Dauer der Pandemie mit

SARS-CoV-2" gem. § 49 EpG erlassen. Danach begannen die Fristen zur Geltendmachung des durch die Sars-Cov-2-Pandemie hervorgerufenen Entschädigungs- bzw. Vergütungsansprüchen (auch zum 8.7.2020 bereits abgelaufene Fristen) neu zu laufen. Diese Novellierung erschien besonders erstaunlich, da es damit abweichend von § 33 EpG zur Fristverlängerung des Anspruchs „auf Vergütung des Verdienstentganges, aufgrund einer wegen des Auftretens von SARS-CoV-2 ergangenen behördlichen Maßnahme" kam.

Bei Auseinandersetzung mit diesen Novellierungen des EpG und den diesbezüglichen Erläuternden Bemerkungen ist nunmehr nicht mehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber das EpG nach wie vor als „zu kleinteilig" erachtet um dieses zur Bewältigung der Covid-19 Pandemie und Erlassung entsprechender Maßnahmen heranzuziehen, insbesondere im Lichte des § 49 EpG idF BGBl. I Nr. 62/2020, welcher ausdrücklich zur Bewältigung der Covid-Pandemie geschaffen wurde. Darüber hinaus, wird im Rahmen einer systematischen Interpretation aller seit 15.3.2020 erlassenen Verordnungen und dementsprechender Novellierungen deutlich, dass diese teilweise gänzlich auf dem EpG beruhen oder sowohl das EpG als auch das Covid-19-MaßnahmenG als gesetzliche Grundlage heranziehen.
Ferner erließ der Gesundheitsminister zum 21.7.2020 die umfangreiche EpG 1950-Berechnungs- Verordnung zur Berechnung des Verdienstentgangs gern. § 32 Abs 6 EpG30. Diese zielt inhaltlich auf langfristige Erwerbsbehinderungen31 ab, weshalb diese Verordnung keine praktische Anwendung erhält, sofern diese nicht auch auf die Betretungsverbote und dadurch erzielten Betriebsbeschränkungen nach Covid-19-MaßnahmenG im Zuge der Covid-19 Pandemie Anwendung findet.

Diese nach Erlassung des Covid-19-MaßnahmenG erfolgten Novellierungen verdeutlichen, dass der Gesetzgeber zum 15.3.2020 offensichtlich übersah, dass das EpG eine geeignete Rechtsgrundlage zur Bewältigung der Covid-19 Pandemie darstellt. Dies gilt ebenso für die Entschädigungsmöglichkeiten des § 32 EpG, welche nach wie vor aufrecht sind und nun insbesondere durch die EpG 1950-Berechnungs- Verordnung eine detaillierte Ergänzung findet. Es fand daher bereits am 15.3. eine Verdoppelung der Rechtsgrundlagen statt.

Zunächst kommt es durch diese Verdoppelung der Rechtsgrundlagen zur willkürlichen Anwendung durch Erlassung der Verordnung nach dem EpG oder dem Covid-19-MaßnahmenG und ist für den Rechtsunterworfenen die Basis auf welcher Grundlage das handelnde Organ, der Gesundheitsminister, die Entscheidung welche Rechtsgrundlage heranzuziehen ist, undurchsichtig (dazu Näheres unter Punkt III.2.).

Ferner lassen die ergangenen Novellierungen des EpG und der damit einhergehenden Erläuterungen die Schlussfolgerung zu, der Gesetzgeber habe sich am 15.3.2020 bei Erlassung des Covid-19-MaßnahmenG geirrt, wenn er meinte dieses wäre zur Bekämpfung der Covid-19 Pandemie „zu kleinteilig", weshalb auch die Bestimmungen des § 32 EpG in Bezug auf die Betriebsbeschränkungen nicht anwendbar seien sollten.

Vor dem Hintergrund der unsachgemäßen und willkürlichen Vorgehensweise auf Basis zweier paralleler Gesetze sowie der erfolgten Rechtsfortentwicklung ist auch die Ursprungsfassung des Covid-19- MaßnahmenG (insbesondere § 4 Abs 2 Covid-19-MaßnahmenG) sowie § 32 EpG in sachgemäßer Weise entsprechend verfassungskonform so zu interpretieren, sodass der Anspruch zur Vergütung des Verdienstentgangs gern. §

32 Abs 1 EpG im Falle einer Verordnung nach § 1 Covid-19-MaßnahmenG analog heranzuziehen ist.

c) Fazit: Heranziehung der analogen Anwendung des § 32 EpG

Der Ausschluss der Anwendung der Bestimmungen des EpG in Bezug auf Betriebsbeschränkungen gern. § 4 Abs 2 Covid-19-MaßnahmenG führte in Zusammenschau mit der erlassenen Covid-19-VO (sowie deren Nachfolgeverordnungen) zu einem grundrechtswidrigen Eingriff in die Erwerbsfreiheit der Beschwerdeführerin sowie aufgrund der Rechtsfortentwicklung des EpG und des Covid-19-MaßnahmenG, welche sich als potentielle Rechtsgrundlagen parallel gegenüberstehen, zu einer unsachgemäßen Differenzierung und einem rechtsstaatlich bedenklichen Eingriff in das Willkürverbot.

Im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des Grundrechtsschutzes müsste die belangte Behörde darauf bedacht nehmen, dass der Eingriff unter Anwendung der Entschädigung nach § 32 EpG einen milderen und weniger invasiven Grundrechtseingriff darstellt, zumal der Betroffene aus dem EpG einen echten und rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Vergütung des Verdienstentganges ableiten kann und so den Schaden, den er zwangsläufig durch den notwendigen Grundrechtseingriff erleidet gering halten könnte.

Insbesondere auch unter Berücksichtigung des § 4 Abs 3 Covid-19-MaßnahmenG müssen die Bestimmungen des EpG (so auch §§ 32 ff EpG) somit unter analoger Heranziehung zur Anwendung kommen, selbst wenn die Verordnung aufgrund derer das gegenständliche Betretungsverbot verhängt wurde, nicht auf Grundlage des EpG sondern auf Grundlage des Covid-19-MaßnahmenG erfolgte. Dem stehen auch die Erläuterungen des Covid-19-MaßnahmenG nicht entgegen, da diese in puncto Anwendung des EpG gänzlich fehlen. Entsprechend der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ist ferner eine verfassungskonforme Interpretation selbst dann geboten, wenn die Materialien zur Gesetzeswerdung entgegenstehende Aussagen enthalten (vgl. VfSlg. 18910 mwN).

Unter Heranziehung der verfassungskonformen Interpretation muss daher § 32 EpG per Analogie zur Anwendung gelangen, um der Beschwerdeführerin aufgrund des andernfalls erlittenen Eingriffs die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte Abhilfe zu verschaffen.

III. Anregung der Normen- bzw. Verordnungskontrolle durch den Verfassungsgerichtshof

Insbesondere für den Fall, dassden vorangehenden Ausführungen nicht gefolgt wird und eine Entscheidung auf der Covid-19-VO bzw. dem Covid-19-MaßnahmenG getroffen wird, werden die nachfolgenden Bedenken zur Gesetzwidrigkeit der Covid-19-VO sowie der Verfassungswidrigkeit des Covid-19- MaßnahmenG zusammengefasst:

1. Gesetzwidrigkeit von § 1 Covld-19-VO

Entsprechend dem Legalitätsprinzip nach Art 18 Abs 2 B-VG muss jede Durchführungsverordnung ihre Deckung in einer gesetzlichen Grundlage finden. § 1 Covid-19-MaßnahmenG sieht vor, dass beim Auftreten von COVID-19 durch Verordnung des Gesundheitsministers „das Betreten von Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von

Waren und Dienstleistungen sowie Arbeitsorten das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen oder Arbeitsorte im Sinne des § 2 Abs. 3 Arbeitnehmerinnenschutzgesetz untersagen, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. In dieser Verordnung kann geregelt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit jene Betriebsstätten betreten werden dürfen, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind. Darüber hinaus kann geregelt werden, unter welchen bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten werden dürfen."

Zur Beurteilung ob eine Verordnung § 1 Covid-19-MaßnahmenG entspricht, sind daher im Wesentlichen die folgenden Kriterien zu beachten:

- Es muss sich um das „Auftreten von COVID-19" handeln;
- Die Untersagung des Betretens von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen oder Arbeitsorten im Sinne des § 2 Abs. 3 Arbeitnehmerinnenschutzgesetz muss der „zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich" sein.

§ 1 Covid-19-MaßnahmenG trägt ferner dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung in dem in der Verordnung geregelt werden kann,

- „in welcher Zahl und zu welcher Zeit jene Betriebsstätten betreten werden dürfen, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind"; und

- „unter welchen bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten werden dürfen".

Nach Art. 18 Abs. 2 B-VG kann der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber Abwägungs- und Prognosespielräume einräumen und, solange die wesentlichen Zielsetzungen, die das Verwaltungshandeln leiten sollen, der Verordnungsermächtigung in ihrem Gesamtzusammenhang mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sind, wird die situationsbezogene Konkretisierung des Gesetzes dem Verordnungsgeber überlassen (vgl, VfSlg, 15.765/2000). Es kommt auf die zu regelnde Sache und den Regelungszusammenhang an, welche Determinierungsanforderungen die Verfassung an den Gesetzgeber stellt (VfSlg. 19.899/2014 mwN).

Der Verfassungsgerichthof hat generell festgehalten, dass wenn der Gesetzgeber im Hinblick auf bestimmte tatsächliche Entwicklungen dem Verordnungsgeber die Entscheidung überlässt, welche aus einer Reihe möglicher, unterschiedlich weit gehender, aber jeweils Grundrechte auch intensiv einschränkender Maßnahmen er seiner Prognose zufolge und in Abwägung der betroffenen Interessen für erforderlich hält, hat der Verordnungsgeber seine Entscheidung auf dem in der konkreten Situation zeitlich und sachlich möglichen (vgl. VfSlg. 15.765/2000) und zumutbaren Informationsstand über die relevanten Umstände, auf die das Gesetz maßgeblich abstellt, und nach Durchführung der gebotenen Interessenabwägung zu treffen. Dabei muss er diese Umstände ermitteln und dies im Verordnungserlassungsverfahren entsprechend festhalten, um eine Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Verordnung zu gewährleisten (darauf hat der Verfassungsgerichtshof bereits in mehrfachem Zusammenhang abgestellt, vgl. VfSlg.

11.972/1989, 17.161/2004, 20.095/2016). Determiniert das Gesetz die Verordnung inhaltlich nicht so, dass der Verordnungsinhalt im Wesentlichen aus dem Gesetz folgt, sondern öffnet die Spielräume für die Verwaltung so weit, dass ganz unterschiedliche Verordnungsinhalte aus dem Gesetz folgen können, muss der Verordnungsgeber die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände entsprechend ermitteln und dies im Verordnungserlassungsverfahren auch nachvollziehbar festhalten, sodass nachgeprüft werden kann, ob die konkrete Verordnungsregelung dem Gesetz in der konkreten Situation entspricht (das ist der Kern der Judikatur, derzufolge das Gesetz in einem Ausmaß bestimmt sein muss, "daß jeglicher Vollziehungsakt am Gesetz auf seine Rechtmäßigkeit hin gemessen werden kann", siehe zB VfSlg. 12.133/1989). Insofern unterscheiden sich demokratische Gesetzgebung und generell abstrakte Rechtssetzung durch die Verwaltung im Wege von Verordnungen nach Art. 18 Abs. 2 B-VG. Die Determinierungswirkungen und damit die rechtsstaatliche und demokratische Bestimmung des Verordnungsgebers durch Art. 18 Abs. 2 B-VG zielen auf eine entsprechende Bindung bei der konkreten Verordnungserlassung ab.

Der Verfassungsgerichtshof hielt weiters bei der Befassung mit dem Zweck des § 1 Covid-19-MaßnahmenG fest, dass

„der Verordnungsgeber diese Betretungsverbote im Hinblick auf den Zweck der Maßnahme nach Art und Ausmaß differenziert auszugestalten hat, je nachdem, inwieweit eres in einer Gesamtabwägung zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 für erforderlich hält, das Betreten von Betriebsstätten oder nur von bestimmten Betriebsstätten zu untersagen, oder deren Betreten unter bestimmte Voraussetzungen oder Auflagen zu stellen. Damit überträgt der Gesetzgeber dem BMSGPK einen Einschätzungs- und Prognosespielraum, ob und wieweit er zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 auch erhebliche Grundrechtsbeschränkungen für erforderlich hält, womit der Verordnungsgeber seine Entscheidung als Ergebnis einer Abwägung mit den einschlägigen grundrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Unternehmen, ihrer Arbeitnehmer und Kunden zu treffen hat. Der Verordnungsgeber muss also in Ansehung des Standes und der Ausbreitung von COVID-19 notwendig prognosehaft beurteilen, inwieweit in Aussicht genommene Betretungsverbote oder Betretungsbeschränkungen von Betriebsstätten zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geeignete (der Zielerreichung dienliche) erforderliche (gegenläufige Interessen weniger beschränkend und zugleich weniger effektiv nicht mögliche) und insgesamt angemessene (nicht hinnehmbare Grundrechtseinschränkungen ausschließende) Maßnahmen darstellen.

„Angesichts der damit inhaltlich weitreichenden Ermächtigung des Verordnungsgebers verpflichtet § 1 C0VID-19-Maßnahmengesetz vor dem Hintergrund des Art. 18 Abs. 2 B-VG den Verordnungsgeber im einschlägigen Zusammenhang auch, die Wahrnehmung seines Entscheidungsspielraums im Lichte der gesetzlichen Zielsetzungen insoweit nachvollziehbar zu machen, als er im Verordnungserlassungsverfahren festhält, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verordnungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist. Die diesbezüglichen Anforderungen dürfen naturgemäß nicht überspannt werden, sie bestimmen sich maßgeblich danach, was in der konkreten Situation möglich und zumutbar ist. Auch in diesem Zusammenhang kommt dem Zeitfaktor entsprechende Bedeutung zu."

Da der Verordnungsinhalt der Covid-19-VO nicht gänzlich aus dem Gesetz folgt, sondern dem Verordnungsgeber ein Spielraum eröffnet wurde, sodass ganz unterschiedliche Verordnungsinhalte aus dem Covid-19-MaßnahmenG folgen können, musste der Verordnungsgeber die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände entsprechend ermitteln und dies im Verordnungserlassungsverfahren auch nachvollziehbar festhalten, sodass nachgeprüft werden kann, ob die konkrete Verordnungsregelung dem Gesetz in der konkreten Situation entspricht. Dies ist nicht erfolgt.

Im Rahmen der Überprüfung des § 2 Abs 4 Covid-19-VO hat der Verfassungsgerichtshof zum 14.7,2020 festgehalten, dass in dem vom BMSGPK vorgelegten Verwaltungsakt, der der Erlassung der (Stammfassung der) Covid-19-VO, BGBl. II 96/2020 vom 15. März 2020, zugrunde liegt, unter der Rubrik "Sachverhalt" Folgendes ausgeführt wird:

"Die BReg hat auf Grund der aktuellen Situ[at]ion beschlossen, das Betreten von Geschäften ab MO 16.3. (mit Ausnahmen) zu verbieten, und den Betrieb von GastroUnternehmen mit 17.3.2020".

Darüber hinaus - so der VfGH - finden sich in diesem Verwaltungsakt keine weiteren, im Hinblick auf die gesetzliche Grundlage des § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz relevanten Ausführungen oder Unterlagen.

Ferner hält § 1 Covid-19-VO auch der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stand, da der Gesundheitsminister von den schonenderen Maßnahmen gern. § 1 Covid-19-MaßnahmenG nicht Gebrauch genommen hat.

Es ist aus diesem Grund evident, dass der Verordnungsgeber den Informationsstand über die relevanten Umstände, welche die Erlassung der Verordnung erforderlich machten, im Verordnungsakt nicht festgehalten hat, weshalb § 1 der Covid-19-VO (sowie der damit in Zusammenhang stehende § 2 der Covid- 19-VO) den Vorgaben des § 1 Covid-19-MaßnahmenG nicht genügt und im Lichte des Art 18 Abs 2 B-VG gesetzwidrig ist.

2. Verfassungswidrigkeit des Covid-19-MaßnahmenG

§ 1 Covid-19-MaßnahmenG sowie die damit in untrennbarem Zusammenhang stehenden § 3 Abs 1 und 2 sowie § 4 Abs 2 Covid-19-MaßnahmenG in der jeweils geltenden Fassung, verstoßen gegen das verfassungsrechtlich gewährleistete Prinzip der Erwerbsfreiheit und das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und sind wegen Verfassungswidrigkeit aufzuheben:

Es ist eine elementare Bedingung des Rechtsstaats, dass die Verwaltung an das Gesetz gebunden ist und nur aufgrund des Gesetzes handeln darf. Zugleich müssen die Rechtsunterworfenen die Möglichkeit haben, das staatliche Handeln vorherzusehen und ihr Verhalten darauf einzustellen.

Verwaltungsbehörden dürfen daher nur auf Grundlage eines ausreichend bestimmten Gesetzes handeln. Gesetze, welche das Vollzugshandeln ungenügend determinieren, sind verfassungswidrig, da sie die Entscheidungsgewalt an die Verwaltung übertragen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes dürfen nach Art 18Absl B-VGdie Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nicht zu einem Handeln ermächtigt werden, das inhaltlich nicht hinreichend vorausbestimmt ist. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet, daß die an den einzelnen zu richtende konkrete Norm auf Grund der generell-abstrakten Rechtslage vorausberechenbar und überprüfbar ist. Es ist zwar verfassungsrechtlich zulässig, daß der einfache Gesetzgeber von einer bindenden Regelung des Verhaltens der Behörde bei der Erlassung von Bescheiden absieht und die Bestimmung dieses Verhaltens der Behörde überläßt (vgl. Artl30Abs2 B-VG).
Das Wesen einer solchen Ermessensentscheidung besteht darin, daß deren Inhalt nicht (gesetzlich) vorausbestimmt ist, mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zugelassen und alle danach möglichen Entscheidungen gesetzmäßig sind. Es muß aber aus dem Gesetz deutlich zu entnehmen sein, inwieweit der Behörde die Bestimmung dieses Verhaltens selbst überlassen ist und in welchem Sinne sie von dem ihr eingeräumten Ermessen Gebrauch zu machen hat. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, den Sinn von Gesetzen, die zu Ermessensübung ermächtigen, so zum Ausdruck zu bringen, daß dem Verfassungsgerichtshof die Beurteilung der Frage möglich ist, ob im Einzelfall das Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt worden ist.
Gesetze, bei denen ein Urteil darüber nicht möglich ist, sind wegen Widerspruches gegen Artl8 Absl B-VG verfassungswidrig (vgl. E14ff zu Artl8 B-VG, Klecatsky-Morscher, Das österreichische Bundesverfassungsrecht MGA3, Seite 243f; E53ff zu Artl3O B-VG, aaO, Seite 595f).

Eine Regelung, die das Verhalten eines Verordnungsgebers nicht ausreichend determiniert, verstößt gegen das den Gesetzgeber bindende Legalitätsprinzip. Einen solchen Verstoß hat der VfGH unter anderem bei dem RegionalradioG, BgBL. Nr. 506/1993, festgestellt:

Aus dem Gesetz sind weder die Kriterien für die geforderte Abwägungsentscheidung noch Vorgaben für ein bestimmtes Verfahren erkennbar, in dem die Abwägungsentscheidung (..) transparent und nachvollziehbar zu treffen ist.

Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit verlangt weiters, dass Normen verständlich sind. Gesetze und Rechtsvorschriften, die ganz und gar unverständlich sind oder über deren Inhalt sich die Normunterworfenen nur mit unzumutbarem Aufwand entsprechende Kenntnis verschaffen können, verletzen das Rechtsstaatsprinzip und sind daher verfassungswidrig. Vom Bürger kann nach der Judikatur
des Verfassungsgerichtshofes weder ein „archivarischer Fleiß" noch „Lust zum Lösen von Denksportaufgaben" verlangt werden, wenn es darum geht, festzustellen, was geltendes Recht ist.

Aufgrund der nunmehr parallel zueinanderstehenden Rechtsgrundlagen zur Beschränkung von Betrieben zur Vermeidung der Verbreitung von Covid-19 (siehe Punkt 11.2.1. lit a), § i Covid-19-MaßnahmenG einerseits und § 20 EpG andererseits, ergibt sich für das handelnde Organ ein sehr hoher Ermessenspielraum nach welchem Gesetz dieses bei der Beschränkung von Betrieben vorzugehen hat und auf welcher Grundlage daher eine Verordnung zu erlassen ist. Je nachdem welche Rechtsgrundlage herangezogen wird, sind daran unterschiedliche Konsequenzen - finanziell weitreichende - Konsequenzen geknüpft.

Im Bereich des EpG ist es zwar so, dass auch die Bezirksverwaltungsbehörde sowie der Landeshauptmann gemäß § 43 Abs 4 und § 43 Abs 4a EpG als handelnde Organe in Frage kommen, wie unter Punkt 11.2.1. lit a ausgeführt, es ist jedoch in Bezug auf beide Rechtsgrundlagen möglich, dass der Gesundheitsminister als handelndes Organ tätig wird. Sofern die derzeit dem Gesundheitsausschuss vorliegende Novellierung des § 1 Covid-19-MaßnahmenG vom Nationalrat verabschiedet wird, werden die beiden Rechtsgrundlagen weiter angenähert, sodass dann betreffend beider Rechtsmaterien wahlweise, die Bezirksverwaltungsbehörde, der Landeshauptmann oder der Gesundheitsminister als handelnde Organe tätig werden können,41 wodurch für den Normunterworfenen zunehmend unübersichtlicher wird und auch aus seiner Sicht willkürlicher nach welcher Rechtsgrundlage der Verordnungsgeber vorzugehen hat.

Es ist aus Sicht der normunterworfenen Beschwerdeführerin nicht klar nach welchen Kriterien der Gesundheitsminister derzeit die Entscheidung trifft nach § 1 Covid-19-MaßnahmenG oder nach § 20 EpG bei Verordnungserlassung vorzugehen. Diese Kriterien - sofern es diese gibt - sind auch nicht öffentlich kundgemacht worden. Dem Gesundheitsminister-und sofern die Novelle des § 1 Covid-19-MaßnahmenG, 795/A, 27. GP, in Kraft tritt, den Bezirksverwaltungsbehörden sowie den Landeshauptleuten - steht es somit frei die Rechtsgrundlage nach eigenem Gutdünken zu wählen.

Da der Gesundheitsminister nicht darlegt hat, warum er sich bei Vorliegen von ein und demselben Sachverhalt für die jeweilige Rechtsgrundlage bei Erlassung der Verordnung entscheidet und auch nicht die Gründe für und wider diese Entscheidung nachvollziehbar gegenüberstellt und gegeneinander abwägt, liegt ein schwerer Begründungsmangel und somit Willkür vor.42 Einerseits führt dies - wie unter Punkt III.1. ausgeführt - zur Gesetzwidrigkeit der Covid-19-VO, andererseits ist dieses Vorgehen des Gesetzgebers rechtsstaatlich bedenklich, solange die handelnden Organe behördliche Maßnahmen betreffend ein und denselben Sachverhalt aufgrund zweier parallel aber inhaltlich übereinstimmender Rechtsgrundlagen, aber mit jeweils unterschiedlichen Konsequenzen, treffen können.

Selbst wenn interne Erlässe regeln, nach welchen Kriterien der Gesundheitsminister vorzugehen hat, wäre der Prozess für den Rechtsunterworfenen nicht nachvollziehbar und damit nicht mit dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit vereinbar. Der VfGH hat in der Vergangenheit im Zusammenhang mit internen Erlässen, die in Sichtvermerksverfahren ergingen, daraufhingewiesen, dass die Auslegung allfälliger interner Erlässe zu einer Geheimwissenschaft werde, wenn den Betroffenen und der Öffentlichkeit die „Gesamterlaßlage" nicht bekannt ist.

Es ist daher den Rechtsunterworfenen weder möglich, nachzuvollziehen nach welchen Gesichtspunkten der Verordnungsgeber sich für eine Rechtsgrundlage (oder die andere) entschieden hat, noch ist es ihnen möglich das staatliche Handeln (mit den jeweiligen Konsequenzen) vorauszusehen und sich darauf einzustellen.

Je nachdem welche Rechtsgrundlage gewählt wird, sind damit maßgebliche finanzielle Konsequenzen verbunden, haben doch jene Unternehmer, welche bloß aufgrund § 1 Covid-19-MaßnahmenG in ihrem Betrieb beschränkt werden, bloß die Möglichkeit mit Hilfe zeit- und kostenaufwendiger Stellung von Anträgen an diverse Einrichtungen (teilweise im Wege

der Privatwirtschaftsverwaltung) einen geringfügigen finanziellen Ausgleich zu erzielen, der in keinem Verhältnis zur Vergütung eines Verdienstentgangs gern. § 32 Abs 6 EpG steht.

Durch § 1 Covid-MaßnahmenG hat der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen zu weitreichenden Ermessungsspielraum eingeräumt, da dieser eigenständig entscheiden kann ob eine Verordnung nach § 1 Covid-MaßnahmenG oder nach dem EpG erlassen wird. Da es für den Rechtsunterworfenen weder voraussehbar noch nachvollziehbar ist, für welche Rechtsgrundlage der Verordnungsgeber sich entscheidet und da diese für denselben Sachverhalts zur selben Zweckverfolgung unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen, liegt eine Verletzung des Rechtsstaatlichkeitsprinzips vor, weshalb Bedenken bestehen, dass § 1 Covid-19-MaßnahmenG und die damit in untrennbaren Zusammenhang stehenden § 3 Abs 1 und 2 sowie § 4 Abs 2 Covid-19-MaßnahmenG verfassungswidrig sind.

IV. Anträge

Aus all den vorgennannten Gründen stellt die Beschwerdeführerin daher folgende

ANTRÄGE

das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge,

1. gemäß § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen;

2. gemäß § 130 Abs 4 B-VG und § 28 Abs 2 VwGVG in der Sache selbst entscheiden und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass dem Antrag der Beschwerdeführerin vollinhaltlich stattgegeben wird

in eventu

3. gemäß § 28 Abs 3 VwGVG den Bescheid aufheben und die Angelegenheit zur Verfahrensergänzung und neuerlicher Entscheidung an die Behörde zurückverweisen.

V. Weiters ergeht die

Anregung,

das Verwaltungsgericht möge an den Verfassungsgerichtshof
1. gemäß Art 135 Abs 4 iVm Art 89 Abs 2 B-VG und Art 139 Abs 1 B-VG einen Antrag auf Feststellung stellen, dass §§ 1 und 2 der Covid-19-VO, BGBl. II Nr. 96/2020, IdFv BGBl. II Nr. 162/2020 gesetzwidrig waren;

2. gemäß Art 135 Abs 4 iVm Art 89 Abs 2 B-VG und Art 140 Abs 1 B-VG einen Antrag auf Aufhebung der §§ 1,3 Abs 1 und 2 sowie 4 Abs 2 Covid-19-MaßnahmenG, BGBl. II Nr. 12/2020, IdFv BGBl. I Nr. 23/2020 wegen Verfassungswidrigkeit,
richten.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 20. August 2020 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in die Beschwerde und den vorgelegten Verwaltungsakt. Zumal die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und in der Beschwerde auch ausschließlich Rechtsfragen aufgeworfen wurden und dem Entfall der Verhandlung weder Art 6 Abs 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen, konnte – entgegen dem darauf gerichteten Parteienantrag - von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter I.1. dieses Erkenntnisses dargestellten, völlig widerspruchsfreien Sachverhalt aus.

II. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei und unbestritten aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und der Beschwerde.

III.

III.1. Die einschlägigen Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950 idgF. lauten:

„Betriebsbeschränkungen oder Schließung gewerblicher Unternehmen
§ 20 (1) Beim Auftreten von Scharlach, Diphtherie, Abdominaltyphus, Paratyphus, bakterieller Lebensmittelvergiftung, Flecktyphus, Blattern, Asiatischer Cholera, Pest oder Milzbrand kann die Schließung von Betriebsstätten, in denen bestimmte Gewerbe ausgeübt werden, deren Betrieb eine besondere Gefahr für die Ausbreitung dieser Krankheit mit sich bringt, für bestimmt zu bezeichnende Gebiete angeordnet werden, wenn und insoweit nach den im Betriebe bestehenden Verhältnissen die Aufrechterhaltung desselben eine dringende und schwere Gefährdung der Betriebsangestellten selbst sowie der Öffentlichkeit überhaupt durch die Weiterverbreitung der Krankheit begründen würde. (BGBl. Nr. 449/1925, Artikel III Abs. 2, und BGBl. Nr. 151/1947, Artikel II Z 5 lit. h.)
(2) Beim Auftreten einer der im ersten Absatz angeführten Krankheiten kann unter den sonstigen dort bezeichneten Bedingungen der Betrieb einzelner gewerbsmäßig betriebener Unternehmungen mit fester Betriebsstätte beschränkt oder die

Schließung der Betriebsstätte verfügt sowie auch einzelnen Personen, die mit Kranken in Berührung kommen, das Betreten der Betriebsstätten untersagt werden.
(3) Die Schließung einer Betriebsstätte ist jedoch erst dann zu verfügen, wenn ganz außerordentliche Gefahren sie nötig erscheinen lassen.
(4) Inwieweit die in den Abs. 1 bis 3 bezeichneten Vorkehrungen auch beim Auftreten einer anderen anzeigepflichtigen Krankheit getroffen werden können, wird durch Verordnung bestimmt.“

„Vergütung für den Verdienstentgang
§ 32 (1) Natürlichen und juristischen Personen sowie Personengesellschaften des Handelsrechtes ist wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbes entstandenen Vermögensnachteile dann eine Vergütung zu leisten, wenn und soweit

1. sie gemäß §§ 7 oder 17 abgesondert worden sind, oder
2. ihnen die Abgabe von Lebensmitteln gemäß § 11 untersagt worden ist, oder
3. ihnen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäß § 17 untersagt worden ist, oder
4. sie in einem gemäß § 20 im Betrieb beschränkten oder geschlossenen Unternehmen beschäftigt sind, oder
5. sie ein Unternehmen betreiben, das gemäß § 20 in seinem Betrieb beschränkt oder gesperrt worden ist, oder
6. sie in Wohnungen oder Gebäuden wohnen, deren Räumung gemäß § 22 angeordnet worden ist, oder
7. sie in einer Ortschaft wohnen oder berufstätig sind, über welche Verkehrsbeschränkungen gemäß § 24 verhängt worden sind,

und dadurch ein Verdienstentgang eingetreten ist.
(2) Die Vergütung ist für jeden Tag zu leisten, der von der in Abs. 1 genannten behördlichen Verfügung umfaßt ist.
(3) Die Vergütung für Personen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, ist nach dem regelmäßigen Entgelt im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes, BGBl. Nr. 399/1974, zu bemessen. Die Arbeitgeber haben ihnen den gebührenden Vergütungsbetrag an den für die Zahlung des Entgelts im Betrieb üblichen Terminen auszuzahlen. Der Anspruch auf Vergütung gegenüber dem Bund geht mit dem Zeitpunkt der Auszahlung auf den Arbeitgeber über. Der für die Zeit der Erwerbsbehinderung vom Arbeitgeber zu entrichtende Dienstgeberanteil in der gesetzlichen Sozialversicherung und der Zuschlag gemäß § 21 des Bauarbeiterurlaubsgesetzes 1972, BGBl. Nr. 414, ist vom Bund zu ersetzen.
(4) Für selbständig erwerbstätige Personen und Unternehmungen ist die Entschädigung nach dem vergleichbaren fortgeschriebenen wirtschaftlichen Einkommen zu bemessen.
(5) Auf den gebührenden Vergütungsbetrag sind Beträge anzurechnen, die dem Vergütungsberechtigten wegen einer solchen Erwerbsbehinderung nach sonstigen Vorschriften oder Vereinbarungen sowie aus einer anderweitigen während der Zeit der Erwerbsbehinderung aufgenommenen Erwerbstätigkeit zukommen.

(6) Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister kann, wenn und soweit dies zur Gewährleistung einer einheitlichen Verwaltungsführung erforderlich ist, durch Verordnung nähere Vorgaben zur Berechnung der Höhe der Entschädigung oder Vergütung des Verdienstentgangs erlassen."

III.2. Das Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung und Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz), BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 23/2020 regelt ua. Folgendes:

„Betreten von Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen sowie Arbeitsorten
§ 1 Beim Auftreten von COVID-19 kann der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen oder Arbeitsorte im Sinne des § 2 Abs. 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz untersagen, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. In der Verordnung kann geregelt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit jene Betriebsstätten betreten werden dürfen, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind. Darüber hinaus kann geregelt werden, unter welchen bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten werden dürfen."

„Inkrafttreten
§ 4 (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit Ablauf des Tages der Kundmachung in Kraft und mit Ablauf des 31. Dezember 2020 außer Kraft.
(1a) Abs. 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 16/2020 tritt rückwirkend mit 16. März 2020 in Kraft.
(2) Hat der Bundesminister gemäß § 1 eine Verordnung erlassen, gelangen die Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950, betreffend die Schließung von Betriebsstätten im Rahmen des Anwendungsbereichs dieser Verordnung nicht zur Anwendung.
(3) Die Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950 bleiben unberührt.
[...]"

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

IV.1. Wie im Sachverhalt festgestellt, betreibt die Bf einen Fachmarkt für elektronische Geräte. Es ist nun unstrittig, dass von Seiten der belangten Behörde keinerlei Maßnahme nach § 20 Epidemiegesetz gegen die Bf gesetzt wurde. Die sogenannte „Betriebsschließung" erfolgte auf Basis der Verordnung BGBl. II Nr. 96/2020.

IV.2. § 1 der Verordnung BGBl. II Nr. 96/2020 untersagte ab 16. März 2020 das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen sowie von Freizeit- und Sportbetrieben zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder der Benützung von Freizeit- und Sportbetrieben.

Diese Bestimmung trat am 30. April 2020 außer Kraft.

Sodann trat am 1. Mai 2020 die Covid-19-Lockerungsverordnung BGBl II Nr. 197/2020 in Kraft, deren § 2 das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten unter folgenden Voraussetzungen für zulässig erklärt:
1. Gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ist ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.;
2. Kunden haben eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen;
3. der Betreiber hat sicherzustellen, dass er und seine Mitarbeiter bei Kundenkontakt eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung tragen, sofern zwischen den Personen keine sonstige geeignete Schutzvorrichtung zur räumlichen Trennung vorhanden ist, die das gleiche Schutzniveau gewährleistet;
4. der Betreiber hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass sich maximal so viele Kunden gleichzeitig im Kundenbereich aufhalten, dass pro Kunde 10 m2 zur Verfügung stehen; ist der Kundenbereich kleiner als 10 m2, so darf jeweils nur ein Kunde die Betriebsstätte betreten. Bei Betriebsstätten ohne Personal ist auf geeignete Weise auf diese Voraussetzung hinzuweisen;
5. für baulich verbundene Betriebsstätten (z. B. Einkaufszentren, Markthallen) gilt Z 4 mit der Maßgabe, dass die Flächen der Kundenbereiche der Betriebsstätten und des Verbindungsbauwerks zusammenzuzählen sind und dass sich sowohl auf der so ermittelten Fläche als auch im Kundenbereich der jeweiligen Betriebsstätten maximal so viele Kunden gleichzeitig aufhalten dürfen, dass pro Kunde 10 m² der so ermittelten Fläche bzw. des Kundenbereichs der Betriebsstätte zur Verfügung stehen.

IV.3. Die Bf beantragte Vergütung von Verdienstentgängen ab 16. März 2020 bis 30. April 2020 gestützt auf § 32 Epidemiegesetz.

§ 1 Abs. 1 Covid-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020, ermächtigt beim Auftreten von COVID-19 den Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen oder Arbeitsorte im Sinne des § 2 Abs. 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz zu untersagen, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

Sowohl §§ 1 und 3 der Verordnung BGBl. II Nr. 96/2020 als auch die Covid-19-Lockerungsverordnung wurden aufgrund von § 1 Covid-19-Maßnahmengesetz erlassen.

Gemäß § 4 Abs. 3 des Covid-19-Maßnahmengesetzes bleiben die Bestimmungen des Epidemiegesetzes zwar unberührt, jedoch schränkt § 4 Abs 2 des Covid-19-Maßnahmengesetzes dies insofern ein, als darin geregelt wird, dass die Bestimmungen des Epidemiegesetzes betreffend die Schließung von Betriebsstätten im Rahmen des Anwendungsbereichs einer aufgrund von § 1 des Covid-19-Maßnahmengesetzes erlassenen Verordnung nicht zur Anwendung gelangen.

IV.4. Insofern ist ausdrücklich intendiert und normativ festgehalten, dass in einem derartigen Fall keine Betriebsschließung nach § 20 Epidemiegesetz angeordnet werden sollte, weshalb Ansprüche auf Vergütung des Verdienstentgangs nach § 32 Abs. 1 Z 5 Epidemiegesetz per se schon ausgeschlossen sind (vgl. VfGH 14.7.2020, G 202/2020, V 408/2020, RN 94). Der Verfassungsgerichtshof sprach ferner aus, dass eine durch § 1 und § 4 Abs. 2 Covid-19-Maßnahmengesetz iVm § 1 der Verordnung BGBl. II Nr. 96/2020 bewirkte Entschädigungslosigkeit nicht verfassungswidrig ist.

Zu den Ausführungen der Beschwerde sei zunächst angemerkt, dass die betreffend die analoge Anwendung des § 32 Epidemiegesetz wie auch die Überlegungen zur Fortentwicklung des Epidemiegesetzes vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht entsprechend nachvollzogen werden können, als dass sich eine geänderte Beurteilung der durch den Verfassungsgerichtshof dargelegten rechtlichen Situation ergeben würde. Diesbezüglich war auch den Anregungen zur neuerlichen Überprüfung der legistischen sowie verordnungsmäßigen Grundlagen auf deren Verfassungsmäßigkeit nicht zu folgen.

IV.5. Im Einzelnen führte der Verfassungsgerichtshof ua. Nachfolgendes aus:

Die durch § 1 und § 4 Abs. 2 COVID-19-Maßnahmengesetz iVm § 1 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 bewirkte Entschädigungslosigkeit der Eigentumsbeschränkung stellt keinen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht auf Unversehrtheit des Eigentums dar. Der Gesetzgeber hat das Betretungsverbot nicht als isolierte Maßnahme erlassen, sondern dieses in ein umfangreiches Maßnahmen- und Rettungspaket eingebettet, das funktionell darauf abzielt, die wirtschaftlichen Auswirkungen des Betretungsverbotes auf die davon betroffenen Unternehmen bzw. allgemein die Folgen der COVID-19-Pandemie abzufedern.

So hatten bzw. haben betroffene Unternehmen insbesondere die Möglichkeit, Beihilfen bei Kurzarbeit gemäß § 37b AMSG zu erhalten. Als weitere Unterstützungs- und Fördermaßnahme wurden ein Härtefallfonds und ein COVID-19-Krisenbewältigungsfonds eingerichtet sowie ein Fixkostenzuschuss geregelt.

Neben diesen finanziellen Unterstützungsleistungen wurde gemäß § 1155 Abs. 3 ABGB normiert, dass Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben verbrauchen. Außerdem waren alle Handels- und Dienstleistungsunternehmen von diesem Betretungsverbot betroffen. Die behauptete Verfassungswidrigkeit im Lichte des Grundrechtes auf Eigentum gemäß Art. 5 StGG und Art. 1 1. ZPEMRK sowie wegen eines gegen den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art 2 StGG und Art. 7 B-VG verstoßenden „Sonderopfer“ liegt somit nicht vor.

Aus diesen Gründen bestehen auch Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz nicht. § 20 und § 32 Epidemiegesetz berücksichtigen nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes nicht die Notwendigkeit einer großflächigen Schließung aller – oder zumindest einer Vielzahl von – Kundenbereiche(n) von Unternehmen infolge einer Pandemie. Der Gesetzgeber des Epidemiegesetzes 1950 ging vielmehr davon aus, dass – im Rahmen einer lokal begrenzten Epidemie – einzelne Betriebsstätten, von denen eine besondere Gefahr ausgeht (so ausdrücklich § 20 Abs. 1 Epidemiegesetz 1950), geschlossen werden müssen, um ein Übergreifen der Krankheit auf andere Landesteile zu verhindern. Der Nachteil, der diesen (vereinzelten) Betrieben durch eine Betriebsschließung entsteht, soll durch einen Anspruch auf Vergütung des Verdienstentganges gemäß § 32 Epidemiegesetz 1950 ausgeglichen werden.

Eine großflächige Schließung von Betriebsstätten hatte der Gesetzgeber des Epidemiegesetzes 1950 demgegenüber nicht vor Augen (vgl. ErläutRV 22 BlgHH 21. Session, 26 zur – insoweit vergleichbaren – Vorgängerbestimmung des § 20 des Gesetzes vom 14. April 1913 betreffend die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten). Auch dieses Vorbringen vermag daher eine unsachliche Differenzierung nicht aufzuzeigen.

Auch ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz liegt nicht vor. Die behauptete nachträgliche Beeinträchtigung einer vom verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz umfassten Vertrauensposition liegt bereits deshalb nicht vor, weil es sich bei der in § 32 Epidemiegesetz 1950 vorgesehenen Vergütung für den Verdienstentgang um keine rechtliche Anwartschaft (sogenanntes "wohlerworbenes Recht") handelt; einem allfälligen Anspruch auf Vergütung des Verdienstentganges gemäß § 32 Epidemiegesetz 1950 steht keine Beitragszahlung oder sonstige Leistung des Berechtigten gegenüber (vgl. Holoubek, Art 7 B-VG, in: Korinek/Holoubek et al [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 14. Lfg., 2018, Rz 395).

Auch das in § 4 Abs. 1a COVID-19-Maßnahmengesetz vorgesehene rückwirkende Inkrafttreten des § 4 Abs. 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 16/2020 mit 16. März 2020 begegnet aus Sicht des verfassungsrechtlichen

Vertrauensschutzes keinen Bedenken: Der Ausschluss der Anwendbarkeit der Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950 betreffend die Schließung von Betriebsstätten war bereits in der - am 16. März 2020 in Kraft getretenen - Stammfassung des § 4 Abs. 2 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I 12/2020, enthalten. Mit der Novellierung BGBl. I 16/2020 wurde die Bestimmung lediglich insofern präzisiert, als die Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950 betreffend die Schließung von Betriebsstätten "im Rahmen des Anwendungsbereiches dieser Verordnung" nach § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz nicht gelten. Eine rückwirkende Beeinträchtigung einer Vertrauensposition ist darin nicht zu erblicken.

IV.6. Im Ergebnis ist mit Blick auf die klare höchstgerichtliche Judikatur zu konstatieren, dass kein Anspruch der Bf auf Vergütung für den Verdienstentgang gemäß § 32 Epidemiegesetz zu Recht besteht.

Die vorliegende Beschwerde war sohin als unbegründet abzuweisen und spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Zwar liegt – soweit ersichtlich – zur Frage der Vergütung für den Verdienstentgang in Zusammenhang mit COVID-19 noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor, das Fehlen von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vermag allerdings dann eine grundsätzliche Rechtsfrage nicht zu begründen, wenn die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Normen klar und eindeutig ist (vgl. die Judikaturnachweise bei *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte2 E 284 ff zu § 34 VwGG). Im vorliegenden Fall ist die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Normen und aufgrund des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 14.7.2020, Zln. G 202/2020, V 408/2020, klar (gestellt) und eindeutig, sodass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht (mehr) vorliegt (vgl. VwGH 26.04.2017, Ro 2015/10/0052, Rz 11).

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen

bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Pree