

VERFASSUNGSGERICHTSHOF
V 617/2020-7, V 618/2020-4
3. Dezember 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des Präsidenten
DDr. Christoph GRABENWARTER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin
Dr. Verena MADNER

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,
Dr. Sieglinde GAHLEITNER,
Dr. Andreas HAUER,
Dr. Christoph HERBST,
Dr. Michael HOLOUBEK,
Dr. Helmut HÖRTENHUBER,
Dr. Claudia KAHR,
Dr. Georg LIENBACHER,
Dr. Michael RAMI,
Dr. Johannes SCHNIZER und
Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes
MMag. Dr. Barbara LEITL-STAUDINGER

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin
Mag. Anna GERSTENDÖRFER
als Schriftführerin,

über die Anträge der ***** , ***** ,
**** ****, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hubert Mayrhofer, Opernring 17,
1010 Wien, und des Rechtsanwaltes Dr. Thomas TRENTINAGLIA, Kirchgasse 5,
6370 Kitzbühel, eine näher bezeichnete Wortfolge in § 4 Abs. 3 Z 1 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19 getroffen werden, BGBl. II 598/2020, als gesetzwidrig aufzuheben, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 139 B-VG zu Recht erkannt:

Die Anträge werden abgewiesen.

Entscheidungsgründe

I. Anträge

1. Mit ihrem auf Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG gestützten, zu V 617/2020 protokollierten Antrag begehrt die antragstellende Gesellschaft, der Verfassungsgerichtshof möge die Wortfolge ", wobei in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln (Gondeln, Kabinen, abdeckbaren Sesseln) und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske zu tragen ist" in § 4 Abs. 3 Z 1 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19 getroffen werden (2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung – 2. COVID-19-NotMV), BGBl. II 598/2020, als gesetzwidrig aufheben, in eventu feststellen, dass die zitierte Wortfolge gesetzwidrig war. 1

2. Mit seinem auf Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG gestützten, zu V 618/2020 protokollierten Antrag begehrt der Antragsteller, der Verfassungsgerichtshof möge die Wortfolge ", wobei in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln (Gondeln, Kabinen, abdeckbaren Sesseln) und in geschlossenen Zugangsbereichen von 2

Seil- und Zahnradbahnen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske zu tragen ist" in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV, BGBl. II 598/2020, in eventuelle die Wortfolge "und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen" in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV, in eventuelle die Wortfolge "Seil- und" in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV als verfassungs- und gesetzwidrig aufheben.

II. Rechtslage

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG), BGBl. I 12/2020, idF BGBl. I 104/2020 lauten bzw. lauteten – auszugsweise – wie folgt:

3

"Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz ermächtigt zur Regelung des Betretens und des Befahrens von Betriebsstätten, Arbeitsorten, bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit, zur Regelung des Benutzens von Verkehrsmitteln sowie zu Ausgangsregelungen als gesundheitspolizeiliche Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.

(2) Als Betreten im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt auch das Verweilen.

[...]

(5) Als Auflagen nach diesem Bundesgesetz kommen insbesondere in Betracht:

1. Abstandsregeln,
2. die Verpflichtung zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung,
3. sonstige Schutzmaßnahmen wie organisatorische oder räumliche Maßnahmen und
4. Präventionskonzepte, das sind programmhafte Darstellungen von – dem jeweiligen Angebot angepassten – Regelungen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.

(6) Voraussetzungen nach diesem Bundesgesetz sind insbesondere bestimmte Arten oder Zwecke der Nutzung von Orten und Verkehrsmitteln.

(7) Die Bewertung der epidemiologischen Situation hat insbesondere anhand folgender Kriterien zu erfolgen:

1. Übertragbarkeit, gemessen an neu aufgetretenen COVID-19-Fällen und Clustern,
2. Clusteranalyse, gemessen an der Anzahl der Fälle mit geklärter Quelle,

3. Ressourcen und Kapazitäten im Gesundheitswesen unter Berücksichtigung der aktuellen Auslastung der vorhandenen Spitalskapazitäten sowie der aktuellen Belegung auf Normal- und Intensivstationen,
4. durchgeführte SARS-CoV-2-Tests samt Positivrate und
5. regionale Besonderheiten wie ein besonderer Zustrom ortsfremder Personen, insbesondere Tourismus- und Pendlerströme.

(8) In einer auf Grundlage dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung können typisierende Abstufungen hinsichtlich der epidemiologischen Situation vorgenommen werden und an unterschiedliche Risikoeinstufungen unterschiedliche Maßnahmen geknüpft werden ('Ampelsystem').

Corona-Kommission

§ 2. (1) Zur Beratung des für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesministers bei der Bewertung der epidemiologischen Situation gemäß § 1 Abs. 7 ist beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ein Beirat (Corona-Kommission) einzurichten.

(2) Die Empfehlungen der Corona-Kommission sind auf der Website des für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesministers zu veröffentlichen. Darüber hinaus sollen auch die wesentlichen Begründungen dafür veröffentlicht werden.

Betreten und Befahren von Betriebsstätten und Arbeitsorten sowie Benutzen von Verkehrsmitteln

§ 3. (1) Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung

1. das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen,
 2. das Betreten und das Befahren von Arbeitsorten oder nur bestimmten Arbeitsorten gemäß § 2 Abs. 3 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes und
 3. das Benutzen von Verkehrsmitteln oder nur bestimmten Verkehrsmitteln
- geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

(2) In einer Verordnung gemäß Abs. 1 kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten und befahren oder Verkehrsmittel benutzt werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren von Betriebsstätten oder Arbeitsorten sowie das Benutzen von Verkehrsmitteln untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

[...]

Zuständigkeiten

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

[...]

Strafbestimmungen

§ 8. [...]

(2) Wer

1. eine Betriebsstätte oder einen Arbeitsort entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt oder ein Verkehrsmittel entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder an ihn gerichteten Auflagen benutzt oder

2. die in einer Verordnung gemäß § 4 genannten Orte entgegen den dort festgelegten Zeiten, Voraussetzungen oder an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen.

[...]

(4) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels oder als gemäß § 4 hinsichtlich bestimmter privater Orte, nicht von Abs. 2 erfasster Verpflichteter nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, der Arbeitsort, das Verkehrsmittel oder der bestimmte private Ort nicht entgegen den in einer Verordnung gemäß §§ 3 und 4 festgelegten Personenzahlen, Zeiten, Voraussetzungen oder Auflagen betreten oder befahren wird, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen, zu bestrafen.

[...]

Anhörung der Corona-Kommission

§ 10. Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister hat – außer bei Gefahr in Verzug – vor Erlassung von Verordnungen nach diesem Bundesgesetz die Corona-Kommission zu hören."

2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19 getroffen werden (2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung – 2. COVID-19-NotMV), BGBl. II 598/2020, (die angefochtene Wortfolge in § 4 ist hervorgehoben) lauteten auszugsweise wie folgt:

4

"Ausgangsregelung

§ 1. (1) Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 und zur Verhinderung eines Zusammenbruchs der medizinischen Versorgung sind das Verlassen des eigenen privaten Wohnbereichs und der Aufenthalt außerhalb des eigenen privaten Wohnbereichs nur zu folgenden Zwecken zulässig:

1. Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum,
2. Betreuung von und Hilfeleistung für unterstützungsbedürftige Personen sowie Ausübung familiärer Rechte und Erfüllung familiärer Pflichten,
3. Deckung der notwendigen Grundbedürfnisse des täglichen Lebens, wie insbesondere
 - a) der Kontakt mit
 - aa) dem nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Lebenspartner,
 - bb) einzelnen engsten Angehörigen (Eltern, Kinder und Geschwister),
 - cc) einzelnen wichtigen Bezugspersonen, mit denen in der Regel mehrmals wöchentlich physischer Kontakt oder nicht physischer Kontakt gepflegt wird,
 - b) die Versorgung mit Grundgütern des täglichen Lebens,
 - c) die Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen oder die Vornahme einer Testung auf SARS-CoV-2 im Rahmen von Screeningprogrammen,
 - d) die Deckung eines Wohnbedürfnisses,
 - e) die Befriedigung religiöser Grundbedürfnisse, wie Friedhofsbesuche und individuelle Besuche von Orten der Religionsausübung, sowie
 - f) die Versorgung von Tieren,
4. berufliche Zwecke und Ausbildungszwecke, sofern dies erforderlich ist,
5. Aufenthalt im Freien alleine, mit Personen aus dem gemeinsamen Haushalt oder Personen gemäß Z 3 lit. a zur körperlichen und psychischen Erholung,
6. zur Wahrnehmung von unaufschiebbaren behördlichen oder gerichtlichen Wegen, einschließlich der Teilnahme an öffentlichen Sitzungen der allgemeinen Vertretungskörper und an mündlichen Verhandlungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden zur Wahrung des Grundsatzes der Öffentlichkeit,
7. zur Teilnahme an gesetzlich vorgesehenen Wahlen und zum Gebrauch von gesetzlich vorgesehenen Instrumenten der direkten Demokratie,
8. zum Zweck des zulässigen Betretens von Kundenbereichen von Betriebsstätten oder des zulässigen Erwerbs vorbestellter Waren gemäß den §§ 5, 7 und 8, bestimmten Orten gemäß den §§ 9, 10 und 11 sowie Einrichtungen gemäß § 15 Abs. 1 Z 1 und 2, und
9. zur Teilnahme an Veranstaltungen gemäß den §§ 12 und 13.

(2) Zum eigenen privaten Wohnbereich zählen auch Wohneinheiten in Beherbergungsbetrieben sowie in Alten-, Pflege- und Behindertenheimen.

- (3) Kontakte im Sinne von Abs. 1 Z 3 lit. a und 5 dürfen nur stattfinden, wenn daran
1. auf der einen Seite Personen aus höchstens einem Haushalt gleichzeitig beteiligt sind und
 2. auf der anderen Seite nur eine Person beteiligt ist.

Öffentliche Orte

§ 2. (1) Beim Betreten öffentlicher Orte im Freien ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.

(2) Beim Betreten öffentlicher Orte in geschlossenen Räumen ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten und eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

Massenbeförderungsmittel

§ 3. In Massenbeförderungsmitteln und den dazugehörigen U-Bahn-Stationen, Bahnsteigen, Haltestellen, Bahnhöfen und Flughäfen zuzüglich deren Verbindungsbauwerke ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten und eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen. Ist auf Grund der Anzahl der Fahrgäste sowie beim Ein- und Aussteigen die Einhaltung des Abstands von mindestens einem Meter nicht möglich, kann davon ausnahmsweise abgewichen werden.

Fahrgemeinschaften, Gelegenheitsverkehr, Seil- und Zahnradbahnen

§ 4. (1) Die gemeinsame Benützung von Kraftfahrzeugen durch Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ist nur zulässig, wenn in jeder Sitzreihe einschließlich dem Lenker nur zwei Personen befördert werden. Gleiches gilt auch für Taxis und taxiähnliche Betriebe sowie an Bord von Luftfahrzeugen, welche nicht als Massenbeförderungsmittel gelten. Zusätzlich ist eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

(2) Bei der Beförderung von Menschen mit Behinderungen, von Schülern und von Kindergartenkindern kann für Taxis, taxiähnliche Betriebe und Schülertransporte im Sinne der §§ 30a ff des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, BGBl. Nr. 376/1967, von Abs. 1 Satz 1 abgewichen werden, wenn dies auf Grund der Anzahl der Fahrgäste erforderlich ist.

(3) Für die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen gilt:

1. § 3 gilt sinngemäß, wobei in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln (Gondeln, Kabinen, abdeckbaren Sesseln) und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske zu tragen ist.

2. In geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln dürfen höchstens so viele Personen gleichzeitig befördert werden, dass die Hälfte der Beförderungskapazität des Fahrbetriebsmittels nicht überschritten wird. Dies gilt nicht, wenn ausschließlich Personen aus demselben Haushalt befördert werden.

(4) Der Betreiber von Seil- und Zahnradbahnen hat basierend auf einer Risikoanalyse ein dem Stand der Wissenschaft entsprechendes COVID-19-Präventionskonzept zur Minimierung des Infektionsrisikos auszuarbeiten und umzusetzen. Das COVID-19-Präventionskonzept hat insbesondere zu enthalten:

1. spezifische Hygienevorgaben,
2. Regelungen zum Verhalten bei Auftreten einer SARS-CoV-2-Infektion,
3. Risikoanalyse,
4. Regelungen betreffend die Nutzung sanitärer Einrichtungen,
5. Regelungen betreffend die Konsumation von Speisen und Getränken,
6. Regelungen zur Steuerung der Kundenströme und Regulierung der Anzahl der Kunden,

7. Entzerrungsmaßnahmen, wie Absperrungen und Bodenmarkierungen,
8. Vorgaben zur Schulung der Mitarbeiter in Bezug auf Hygienemaßnahmen.

Der Betreiber hat die Einhaltung dieser Bestimmungen durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen.

[...]

Kundenbereiche

§ 5. [...]

(6) Das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten ist unter folgenden Voraussetzungen und Auflagen zulässig:

[...]

3. Gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ist ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.

4. Kunden haben eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

5. Der Betreiber hat sicherzustellen, dass er und seine Mitarbeiter bei Kundenkontakt eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung tragen, sofern zwischen den Personen keine sonstige geeignete Schutzvorrichtung zur räumlichen Trennung vorhanden ist, die das gleiche Schutzniveau gewährleistet.

6. 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 den Kundenbereich der Betriebsstätte betreten. Bei Betriebsstätten ohne Personal ist auf geeignete Weise auf diese Voraussetzung hinzuweisen.

[...]

Alten-, Pflege- und Behindertenheime

§ 10. (1) Das Betreten von Alten-, Pflege- und Behindertenheimen ist untersagt.

(2) Abs. 1 gilt nicht für

[...]

3. Besuche im Rahmen der Palliativ- und Hospizbegleitung, Seelsorge sowie zur Begleitung bei kritischen Lebensereignissen,

4. einen Besucher pro Bewohner pro Woche,

[...]

(4) Der Betreiber von Alten- und Pflegeheimen darf Mitarbeiter nur einlassen, wenn diese durchgehend eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung und bei Kontakt mit Bewohnern durchgehend eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höherem Standard entsprechende Maske tragen. Der Betreiber von Alten- und Pflegeheimen darf Mitarbeiter ferner nur einlassen, wenn für diese zweimal pro Woche ein Antigen-Test auf

SARS-CoV-2 oder ein molekularbiologischer Test auf SARS-CoV-2 durchgeführt wird und dessen Ergebnis negativ ist. [...]

(7) Der Betreiber von Alten- und Pflegeheimen darf Besucher und Begleitpersonen nur einlassen, wenn diese ein negatives Ergebnis eines Antigen-Tests auf SARS-CoV-2, dessen Abnahme nicht mehr als 24 Stunden zurückliegen darf, oder eines molekularbiologischen Tests auf SARS-CoV-2, dessen Abnahme nicht mehr als 48 Stunden zurückliegen darf, vorweisen. Zudem darf der Betreiber Besucher und Begleitpersonen nur einlassen, wenn diese während des Besuchs bzw. Aufenthalts durchgehend eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske tragen, sofern zwischen Bewohner und Besucher bzw. Begleitpersonen keine sonstige geeignete Schutzvorrichtung zur räumlichen Trennung vorhanden ist, die das gleiche Schutzniveau gewährleistet. [...]

[...]

Krankenanstalten und Kuranstalten und sonstige Orte, an denen Gesundheitsdienstleistungen erbracht werden

§ 11. (1) Das Betreten von Krankenanstalten und Kuranstalten ist untersagt.

(2) Abs. 1 gilt nicht für

2. Personen, die zur Versorgung der Patienten oder zum Betrieb der Einrichtung erforderlich sind, einschließlich des Personals des Hilfs- und Verwaltungsbereichs,

3. einen Besucher pro Patient pro Woche, sofern der Patient in der Krankenanstalt oder Kuranstalt länger als eine Woche aufgenommen ist,

4. zusätzlich höchstens zwei Personen zur Begleitung oder zum Besuch minderjähriger Patienten pro Tag,

5. zusätzlich höchstens zwei Personen zur Begleitung unterstützungsbedürftiger Patienten pro Tag,

6. höchstens eine Person zur Begleitung bei Untersuchungen während der Schwangerschaft sowie vor und zu einer Entbindung und zum Besuch nach einer Entbindung,

7. Besuche im Rahmen der Palliativ- und Hospizbegleitung, Seelsorge sowie zur Begleitung bei kritischen Lebensereignissen, [...].

(3) Beim Betreten von Krankenanstalten und Kuranstalten und sonstigen Orten, an denen Gesundheitsdienstleistungen erbracht werden, gilt für Besucher und Begleitpersonen § 5 Abs. 6 Z 3 bis 6 sinngemäß und für Gesundheits- und Pflegedienstleistungserbringer und deren Mitarbeiter sowie nicht-medizinische externe Dienstleister jeweils bei Patienten- und Besucherkontakt § 5 Abs. 6 Z 3 bis 6 und § 5 Abs. 7 sinngemäß. Darüber hinaus hat der Betreiber bzw. Dienstleistungserbringer unter Bedachtnahme auf die konkreten Verhältnisse durch geeignete Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko zu minimieren, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist.

[...]"

III. Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Die antragstellende Gesellschaft des zu V 617/2020 protokollierten Antrages führt aus, sie sei ein inländisches Seilbahnunternehmen und organisiere ein näher bezeichnetes Schigebiet im Gemeindegebiet Bad Mitterndorf. Sie betreibe regelmäßig und entsprechend den ihr auferlegten Betriebspflichten konkret genannte Seilbahnen, darunter eine Kabinenbahn und mehrere mit abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln ausgestattete Sesselbahnen. Die Zugangsbereiche zu allen Anlagen seien nicht umbaut, also nicht geschlossen gestaltet.

5

1.1. Nachdem die Betriebsbeschränkung nach § 4 Abs. 3 Z 3 COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (SchuMaV) mit 24. Dezember 2020 außer Kraft getreten sei und die antragstellende Gesellschaft ein COVID-19-Präventionskonzept iSd § 4 Abs. 4 leg. cit. ausgearbeitet habe, habe sie mehrere (näher genannte) Seilbahnen in Betrieb genommen. Da damit zu rechnen gewesen sei, dass nicht alle potentiellen Gäste FFP2-Masken mitführen würden, habe sich die antragstellende Gesellschaft dazu veranlasst gesehen, noch vor der Betriebsöffnung am 24. Dezember 2020 24.000 Stück FFP2-Masken anzuschaffen. Zuvor habe sie bereits Vorsorge durch Anschaffung von Schlauchschalen getroffen, die um den Hals getragen, im Bedarfsfall vor dem Transport im Fahrbetriebsmittel vom Schifahrer mühelos über Mund und Nase gezogen werden könnten, um das Übertragungsrisiko auf praktisch geeignete, aber auch wirksame Weise zu verhindern. Mit Rücksicht auf die nunmehrige Vorschrift zum Tragen einer FFP2-Maske müsse man die Anschaffungskosten für die Schlauchschale großteils als frustriert ansehen. Dies sei nicht nur wirtschaftlich bedauerlich, sondern verletze die antragstellende Gesellschaft auch in ihrer Rechtsposition. Außerdem seien Schlauchschale im konkreten Anwendungsbereich ein leichter anwendbarer und zugleich wirksamerer Schutz vor einer möglichen Ansteckung als FFP2-Masken, weil vor ihrer Anwendung als Mund- und Nasenschutz der Helm nicht abgenommen werden müsse. Zudem seien FFP2-Masken, anders als Schlauchschale, nicht feuchtigkeitsresistent und verlören diese ihre Funktion nach mehreren Auffahrten in offenen Fahrbetriebsmitteln, was gegen ihren Einsatz im Zuge des Schisports spreche. Es könne nämlich nicht unterstellt werden und widerspreche der jahrzehntelangen Erfahrung der antragstellenden Gesellschaft, dass Fahrgäste bei Niederschlag jedenfalls die Abdeckungen der Fahrbetriebsmittel in Anspruch nähmen. Sogar bei Schneefall werde die Abdeckung häufig nicht genutzt. Infolge dieser Situation würden die FFP2-Masken der

6

Feuchtigkeitwirkung regelmäßig massiv ausgesetzt, wodurch sie ihre Schutzfunktion verlören. Die antragstellende Gesellschaft könnte es im Übrigen durch eine Änderung der Benützungsvorschriften steuern, dass während der Geltungsdauer der Verordnung die Witterungsschutzhauben bei der Fahrt nicht heruntergezogen werden dürften. Diese Maßnahme wäre als gelinderes Mittel der Auflage des verpflichtenden Tragens von FFP2-Masken vorzuziehen.

1.2. Der wissenschaftlich fundierten Beschreibung in dem – im Antrag wiedergegebenen und als Beilage vorgelegten – "Epidemiologischen Steckbrief" des Robert-Koch-Instituts zu SARS-CoV-2 und COVID-19 mit Stand 11. Dezember 2020 sei zu entnehmen, dass das Hauptinfektionsrisiko bei Aufenthalt in kleinen geschlossenen Räumen bestehe, wobei das Tragen einer – nicht näher spezifizierten – Maske das Risiko einer Übertragung durch Partikel jeglicher Größe im unmittelbaren Umfeld um eine infizierte Person reduziere. Übertragungen im Außenbereich seien auf Grund der Luftbewegung unwahrscheinlich. Gondeln der Kabinenbahnen wiesen Kippfenster auf und Witterungsschutzhauben der Seilbahnsessel ließen selbst im Falle der Abdeckung Luftzirkulation zu, sodass die Aerosolkonzentration vermindert werde. Die relativ kurze Auffahrt mit den betreffenden kuppelbaren Seilbahnsystemen von durchwegs weniger als 10 Minuten lasse bei der verordneten halben Besetzung der Fahrbetriebsmittel im Zusammenhang mit der Luftzirkulation das Ansteckungsrisiko bei Tragen eines gewöhnlichen Mund- und Nasenschutzes "gegen Null gehen".

7

1.3. Seilbahnunternehmen müssten in den Bereichen, in denen eine FFP2-Maske zu tragen sei, durch Aushänge und Piktogramme auf die bestehende Pflicht hinweisen. Darüber hinaus obliege es Seilbahnunternehmen, Gäste, die gegen diese Verpflichtung verstießen, mit angemessenem Nachdruck auf ihr Fehlverhalten hinzuweisen. Daran müsse bei einer Weigerung des Gastes zum Tragen einer FFP2-Maske der Ausschluss von der Beförderung anknüpfen, weil die antragstellende Gesellschaft sonst Gefahr liefe, eine Verwaltungsübertretung nach § 8 Abs. 4 COVID-19-MG zu begehen.

8

1.4. Zur Zulässigkeit des Antrages bringt die antragstellende Gesellschaft vor, die angefochtene Norm wirke sich auf ihre Rechtssphäre als Seilbahnbetreiberin insofern aus, als eine unsachliche Betriebsbeschränkung verordnet werde, indem ihr

9

Kontrahierungsrecht bzw. ihre Kontrahierungsverpflichtung auf Personen eingeschränkt werde, die FFP2-Masken trügen, wodurch ihre Rechtsposition der Freiheit der Erwerbstätigkeit nach Art. 6 StGG (siehe auch Art. 16 GRC) verletzt werde. Ihre Rechtsposition sei auch insofern tangiert, als der in Art. 2 StGG verankerte Gleichheitssatz verletzt werde. Dass sich die angefochtene Norm unmittelbar auf ihre Rechtssphäre auswirke, ergebe sich darüber hinaus aus der Strafbestimmung des § 8 Abs. 4 COVID-19-MG. Die angefochtene Norm wende sich neben den Kunden an die Seilbahnunternehmen, weil diese unter Strafsanktion unzweifelhaft Hinweis- und Kontrollpflichten und nicht zuletzt die Verpflichtung treffe, Kunden, die keine FFP2-Masken tragen (wollen), von der Beförderung auszuschließen. Die angefochtene Norm sei bestimmt genug, um unmittelbar auf die antragstellende Gesellschaft angewendet zu werden. Es gebe keinen anderen zumutbaren Weg, um die angefochtene Bestimmung in Beschwerde zu ziehen. Unzumutbar wäre es, eine strafbare Handlung zu setzen, um ein verwaltungsbehördliches Verfahren zu provozieren (VfGH 14.7.2020, G 202/2020 ua.; VfSlg. 18.096/2007; *Hiesel* in Müller, Verfahren vor dem VfGH, dem VwGH und dem VwG⁷ [2020] Rz 257). Mit Rücksicht auf die Geltung der angefochtenen Bestimmung bestehe kein Zweifel, dass sich die angefochtene Norm aktuell auf die Rechtsposition der antragstellenden Gesellschaft nachteilig auswirke. Die bekämpfte Bestimmung solle gemäß § 19 Abs. 1 und 2 2. COVID-19-NotMV mit Ablauf des 4. Jänner 2021 außer Kraft treten. Sie entfalte aber auf Sachverhalte, die sich während des Geltungszeitraumes ereignet hätten, auch noch nach ihrer Geltungsdauer Rechtsfortwirkungen. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sei es nicht ausgeschlossen, dass außer Kraft getretene Regelungen die Rechtssphäre des Antragstellers aktuell berührten (VfGH 14.7.2020, G 202/2020 ua.). Der antragstellenden Gesellschaft sei es aktuell verboten, mit ihren mit geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln ausgestatteten Seilbahnen Passagiere zu befördern, die keine FFP2-Masken trügen und dürfe sie mit diesen Passagieren keine Beförderungsverträge abschließen. Dieser Zustand könne nach Außerkrafttreten der Bestimmungen nicht mehr beseitigt werden und wirke insoweit fort. Darüber hinaus müsse die kurze zeitliche Geltungsdauer der angefochtenen 2. COVID-19-NotMV berücksichtigt werden.

1.5. Im Rahmen der Darlegung ihrer Bedenken bringt die antragstellende Gesellschaft vor, gemäß § 2 Seilbahngesetz 2003 seien Seilbahnen Eisenbahnen, deren Fahrbetriebsmittel durch Seile spurgebunden bewegt werden, sowie Schleplifte.

10

Sie unterfielen somit dem Kompetenztatbestand des Verkehrswesens nach Art. 10 Abs. 1 Z 9 B-VG, welches in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache sei. Unter dem Begriff "Massenbeförderungsmittel" und der Überschrift des § 3 subsumiere der zuständige Bundesminister offenbar alle Eisenbahnen, weil er expressis verbis auch die dazugehörigen Einrichtungen wie U-Bahn-Stationen, Bahnsteige, Haltestellen und Bahnhöfe benenne und in den Anwendungsbereich einbeziehe. Die Seilbahnen behandle der Verordnungsgeber jedoch gesondert in § 4 Abs. 3 2. COVID-19-NotMV, was im Ergebnis eine unsachliche Differenzierung darstelle.

1.5.1. Für die Benützung von Massenbeförderungsmitteln stelle der Bundesminister in § 3 2. COVID-19-NotMV zwei Auflagen iSd § 1 Abs. 5 Z 1 und 2 COVID-19-MG auf, und zwar die Abstandsregel sowie die Verpflichtung zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung (im Folgenden auch: Mund-Nasen-Schutzmaske). Für die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen fordere der Bundesminister in § 4 Abs. 3 und 4 2. COVID-19-NotMV zusätzlich zu den genannten Auflagen in § 3 das für Personen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr verpflichtende Tragen von speziellen Schutzmasken der Schutzklasse FFP2 ohne Ausatemventil oder einer einem äquivalenten bzw. höheren Standard entsprechenden Maske in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen, die Beschränkung auf die Hälfte der möglichen Beförderungskapazität eines geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmittels, soweit nicht in einem Haushalt lebende Personen befördert werden, und schließlich ein auf einer Risikoanalyse beruhendes COVID-19-Präventionskonzept, welches der Betreiber der Seil- bzw. Zahnradbahn zu erstellen habe.

11

1.5.2. Es erschließe sich nicht, warum das Anforderungsprofil für die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen im Vergleich zu jenem für die Benützung von Massenbeförderungsmitteln "verschärft" werden habe müssen. In seiner undatierten "Rechtlichen Begründung zur 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung" äußere sich der zuständige Bundesminister nur zur Beschränkung der Beförderungskapazität auf die Hälfte und zum COVID-19-Präventionskonzept. Auf das verpflichtende Tragen von FFP2-Masken werde nicht eingegangen. In diesem Zusammenhang erweise sich der Einleitungssatz der "Rechtlichen Begründung", wonach der Gefahr durch die besonders problematischen epidemiologischen Verhältnisse zu begeg-

12

nen sei, die mit der Benützung von Seil- und Zahnradbahnen typischerweise einhergingen, als nicht evidenzbasiert. Fraglich sei, inwiefern sich im Hinblick auf die mögliche Ansteckung mit COVID-19 die Beförderung in einem Massenverkehrsmittel, einer sonstigen Eisenbahn (U-Bahn) oder einem Luftfahrzeug von der Beförderung in einer Seilbahn unterscheide. Der Bundesminister rufe hier Bilder von Après-Ski in Erinnerung, die mit der Benützung von Seilbahnen in keinem Zusammenhang stünden, zumal die gastgewerbliche Verabreichung von Speisen und Getränken in der Steiermark auch in Form des Take Away in Schigebieten verboten sei. Das verpflichtende Tragen von FFP2-Masken in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln der Seilbahnen sei somit begründungslos angeordnet worden.

1.5.3. Die bekämpfte Verordnung sei im Anfechtungsumfang überschießend, weil das COVID-19-MG als Auflage in § 1 Abs. 5 Z 2 die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Schutzmaske ohne bestimmte Schutzklassen in Betracht ziehe. Wolle man hier dem Ordnungsgeber einen Spielraum nach pflichtgemäßem Ermessen oder einen Einschätzungs- und Prognosespielraum (VfGH 14.7.2020, V 411/2020) im Rahmen des Legalitätsprinzips gemäß Art. 18 B-VG einräumen, müsse er genau begründen, warum er einer bestimmten Sparte von Unternehmen und deren Kunden die Verpflichtung zum Tragen von Schutzmasken einer bestimmten Schutzklasse bzw. die strafrechtlich sanktionierte Obliegenheit, dafür zu sorgen, dass diese Verpflichtung eingehalten werde, auferlegt. Da diese Begründung in einer Dokumentation fehle und es auch sonst keine nachvollziehbaren Erwägungen zur Begründung einer besonderen Verpflichtung zum Tragen von Masken einer höheren Schutzklasse in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen im Vergleich zum sonst vorgeschriebenen Tragen von gewöhnlichen Masken in Massenverkehrsmitteln samt den dazugehörigen Zugangsbereichen gebe, erweise sich die Verordnung im Anfechtungsumfang als gesetzwidrig. Die angefochtene Bestimmung in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV sei daher auch deswegen, weil sie ihrer gesetzlichen Grundlage (§ 3 COVID-19-MG) einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstelle, verfassungs- und gesetzwidrig (VfGH 14.7.2020, V 411/2020).

13

1.5.4. Auch bei Verordnungen dürften keine unsachlichen Differenzierungen erfolgen. Die Normen des § 3 und die angefochtene Bestimmung in § 4 Abs. 3 Z 1

14

2. COVID-19-NotMV seien miteinander vergleichbar. Die Benützung der Anlagen der antragstellenden Gesellschaft sei auch im tatsächlichen Bereich zu jener von Massenbeförderungsmitteln nahezu ident, was die Gefahrensituation im Hinblick auf ein mögliches Infektionsrisiko betreffe. Sowohl bei Massenbeförderungsmitteln als auch bei Seilbahnen gebe es einen Wartebereich, in dem sich die Kunden oft einige Minuten lang befänden, bis sie das Fahrbetriebsmittel betreten. Während bei den Anlagen der antragstellenden Gesellschaft in concreto höchstens mit einer Fahrtzeit von ca. 10 Minuten zu rechnen sei, könne die Fahrt mit einem Massenbeförderungsmittel durchaus länger dauern und erhöhe sich so auch das Infektionsrisiko. Während durch die für Seil- und Zahnradbahnen vorgesehenen Kapazitätsbeschränkungen das Ansteckungsrisiko weiter minimiert werde, fehle eine korrespondierende Regelung bei Massenbeförderungsmitteln. Die antragstellende Gesellschaft werde durch die rechtliche Differenzierung für Seil- und Zahnradbahnen gegenüber Massenbeförderungsmitteln in unsachlicher Weise benachteiligt. Gleiches werde ungleich behandelt. Sachliche Gründe für die Implementierung der weitergehenden Verpflichtung für Seil- und Zahnradbahnen seien nicht ersichtlich.

1.5.5. Der Ordnungsgeber ordne das Tragen einer FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske für Mitarbeiter von Alten- und Pflegeheimen bei Kontakt mit Bewohnern sowie für Besucher- und Begleitpersonen von Alten- und Pflegeheimen an (§ 10 Abs. 4 und 7 2. COVID-19-NotMV), während er es bei Besuchern und Begleitpersonen von Kranken- und Kuranstalten und sonstigen Orten, an denen Gesundheitsdienstleistungen erbracht werden, beim Tragen bloß einer Mund-Nasen-Schutzmaske bewenden lasse (§ 11 Abs. 3 iVm § 5 Abs. 6 Z 4 leg. cit.). Das Ansteckungsrisiko sei in einer Kranken- oder Kuranstalt bei weitem höher einzuschätzen als in einem geschlossenen Zugangsbereich einer Seilbahnanlage oder in einem (geschlossenen) Fahrbetriebsmittel, zumal in solchen Anstalten (chronisch) vorerkrankte Menschen oftmals mit einem beeinträchtigten Immunsystem beherbergt würden. Zusätzliche Risikofaktoren (zB längere Aufenthaltsdauer) müssten ebenfalls berücksichtigt werden. Diese Überlegungen könnten nicht "eins zu eins" auf Seil- und Zahnradbahnen umgelegt werden. Durch die angefochtene Bestimmung behandle der Ordnungsgeber somit Ungleiches in unsachlicher Weise gleich (VfSlg. 12.641/1991).

15

1.5.6. Die Beschränkung des Grundrechts der Erwerbsfreiheit sei nur dann zulässig, wenn sie durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sei. Schon aus dem Sachverhalt gehe hervor, dass die verordnete Bedingung des Tragens einer FFP2-Maske unter den dargelegten Verhältnissen des Seilbahnbetriebes mit geschlossenen oder schließbaren Fahrbetriebsmitteln zur Zielerreichung bei bestimmten Witterungsbedingungen ungeeignet sei (Nässeinwirkungen auf die FFP2-Masken). Die Erforderlichkeit zur Verpflichtung aller über 14-Jährigen, eine FFP2-Maske bei der Benützung von Seil- und Zahnradbahnen zu tragen, entspreche aber jedenfalls zur Erreichung des Zwecks einer geringeren Anzahl an Ansteckungen mit COVID-19 nicht dem gelindesten Mittel. Derselbe Zweck könnte schon durch die Verpflichtung einer herkömmlichen Mund-Nasen-Schutzmaske erreicht werden, wie sie auch in Massenbeförderungsmitteln vorgeschrieben sei.

16

2. Der Antragsteller des zu V 618/2020 protokollierten Antrages bringt eingangs vor, er habe am 5. Juli 2020 einen auf seinen Namen ausgestellten Sportpass einer näher bezeichneten Bergbahn AG käuflich erworben. Mit diesem Sportpass sei er berechtigt, bis zum 4. Juli 2021, sohin auch im zeitlichen Geltungsbereich der angefochtenen Verordnung, das Seilbahn-, Lift- und Pistenangebot der Bergbahn AG uneingeschränkt zu benützen. Am 27. Dezember 2020 habe er zum ersten Mal in der aktuellen Wintersaison diese Leistung in Anspruch genommen. Der Antragsteller beabsichtige auch in den kommenden Tagen und Wochen zumindest ein- bis zweimal pro Woche und jedenfalls auch zumindest einmal bis zum 4. Jänner 2021 im Schigebiet der Bergbahn AG Schifahren zu gehen und dabei das umfangreiche Seilbahn-, Lift- und Pistenangebot zu nutzen. Dabei werde er unter anderem die Gondelbahn "H 1" (ein geschlossenes Fahrbetriebsmittel) und den Sessellift "B" (ein abdeckbares Fahrbetriebsmittel) benützen. Um zur Gondelbahn zu gelangen, müsse er den geschlossenen Zugangsbereich der Talstation betreten, beim Aussteigen die geschlossenen Ausgangsbereiche der Mittel- bzw. Bergstation. Vor den Eingangsbereichen fänden sich deutliche Hinweise, dass eine FFP2-Maske zu tragen sei.

17

2.1. Zu seiner Antragslegitimation führt der Antragsteller zusammengefasst aus, die angefochtenen Teile der 2. COVID-19-NotMV würden ein unmittelbar geltendes, generelles und abstraktes Gebot zum Tragen einer FFP2-Maske enthalten, das

18

an alle Personen gerichtet sei, die sich im Geltungszeitraum der Verordnung in einem geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmittel oder in einem geschlossenen Zugangsbereich einer Seil- oder Zahnradbahn aufhielten. Ein Zuwiderhandeln gegen diese Verordnung sei gemäß § 8 Abs. 2 COVID-19-MG strafbar. Für die Strafbarkeit des Zuwiderhandelns sei daher weder eine gerichtliche Entscheidung noch die Erlassung eines Bescheides Voraussetzung. Die angefochtene Bestimmung sei daher unmittelbar ihm gegenüber wirksam. Der Verfassungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis vom 10. Dezember 2020, V 436/2020, ausgesprochen, dass Schüler (u.a.) durch die Regelungen über die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Schutzmaske im Schulgebäude unmittelbar in ihrer Rechtssphäre betroffen seien. Dasselbe gelte für den Antragsteller in Bezug auf die angefochtene Bestimmung. Auch ihm gegenüber ordne der Ordnungsgeber an, dass er in bestimmten Situationen bei Benützung einer Seilbahn eine – besonders ausgestaltete – Mund-Nasen-Schutzmaske zu tragen habe. Der Verfassungsgerichtshof habe in der zitierten Entscheidung nicht auf ein bestimmtes verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht Bezug genommen. Obwohl im österreichischen Verfassungsrecht eine allgemeine Handlungsfreiheit nicht ausdrücklich verankert sei, sei allgemein anerkannt, dass aus dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes (Art. 2 StGG, Art. 7 Abs. 1 B-VG) ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht abzuleiten sei, dass der Staat nur sachlich begründete Eingriffe in die grundsätzliche Freiheit menschlichen Handelns vorsehen dürfe. Die Anordnung des Tragens einer FFP2-Maske sei jedenfalls ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und als solches ein Eingriff in subjektive Rechte. Ein subjektives Recht, keine FFP2-Maske tragen zu müssen, lasse sich zusätzlich aus Art. 2 und 8 EMRK ableiten, da das Tragen einer solchen Maske das freie Atmen beeinträchtige und zumindest potentiell nicht ausgeschlossen sei, dass es durch das Tragen der Maske zu Atemproblemen oder längerfristig zu psychischen Problemen kommen könne. Der Antragsteller sei durch die angefochtenen Bestimmungen unmittelbar und aktuell betroffen, da er einen Sportpass besitze und auch tatsächlich beabsichtige, während des Gültigkeitszeitraumes der Verordnung geschlossene und abdeckbare Fahrbetriebsmittel und geschlossene Zugangsbereiche von Seilbahnen der Bergbahn AG zu benützen. Der bewusste Verstoß gegen eine strafbewehrte Bestimmung stelle nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes keinen zumutbaren Weg dar, um Bedenken an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen.

2.2. In der Sache macht der Antragsteller eine Verletzung im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG) geltend. 19

2.2.1. Der angefochtene Verordnungsteil nehme folgende Differenzierungen vor: Während in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln von Seil- und Zahnradbahnen gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske zu tragen sei, sei gemäß § 3 leg. cit. in anderen Massenbeförderungsmitteln lediglich eine Mund-Nasen-Schutzmaske zu tragen. Weiters sei beim Betreten öffentlicher Orte in geschlossenen Räumen (§ 2 Abs. 2 leg. cit.) und in U-Bahn-Stationen, Bahnsteigen, Haltestellen, Bahnhöfen und Flughäfen zuzüglich deren Verbindungsbauwerken, die zu Massenbeförderungsmitteln zugehörig seien, lediglich eine Mund-Nasen-Schutzmaske zu tragen. 20

2.2.2. Zur Unterscheidung zwischen FFP2-Masken und dem gewöhnlichen Mund-Nasen-Schutz führt der Antragsteller aus, die FFP2-Maske sei teurer als eine gewöhnliche Mund-Nasen-Schutzmaske und es würde mittlerweile praktisch jeder Erwachsene über zahlreiche gewöhnliche Masken verfügen. Mit Ausnahme von Seil- und Zahnradbahnen benötige man nur beim Besuch in Alten- und Pflegeheimen FFP2-Masken. Daher dürften nur wenige Personen bereits im Besitz von FFP2-Masken sein. Auch in gesundheitlicher Hinsicht würden sich die Masken unterscheiden. Eine FFP2-Maske erschwere das Atmen weit mehr als gewöhnliche Masken. Dies könne Menschen mit Vorerkrankungen gesundheitliche Probleme bereiten. Offenbar gehe auch der Ordnungsgeber davon aus, dass das Tragen einer FFP2-Maske problematischer sei als eine gewöhnliche Mund-Nasen-Schutzmaske, da er sonst nicht vorgesehen hätte, dass Personen unter 14 Jahren vom Tragen einer FFP2-Maske befreit seien. Die Anordnung der Benützung einer FFP2-Maske stelle einen größeren Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar als die Anordnung zum Tragen einer Mund-Nasen-Schutzmaske iSd § 3 2. COVID-19-NotMV. Bei der vom Ordnungsgeber angeordneten Differenzierung hinsichtlich der Masken handle es sich sohin um eine beachtliche Differenzierung, die einer sachlichen Rechtfertigung bedürfe. 21

2.2.3. Zur Unsachlichkeit der Differenzierung "Gondelbahnen u.a." zu anderen Massenbeförderungsmitteln: Es sei weder wissenschaftlich belegt noch erscheine 22

es plausibel, dass in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln von Seilbahnen das Infektionsrisiko höher sei als in Massenbeförderungsmitteln wie U-Bahnen, Zügen, Straßenbahnen oder Bussen. In beiden Arten von Verkehrsmitteln würden sich die darin aufhaltenden Personen für die Dauer der Fahrtzeit auf verhältnismäßig beschränktem Raum gemeinsam aufhalten. Es lägen daher keine "infektiologisch" erheblichen Unterschiede im Tatsächlichen vor, die eine Differenzierung sachlich rechtfertigen würden. Die Anordnung einer FFP2-Maskenpflicht sei daher gleichheits- und somit verfassungswidrig. Demgegenüber seien sogar Umstände erkennbar, die auf ein geringeres Infektionsrisiko in Fahrbetriebsmitteln von Seilbahnen hindeuten würden: Erstens sei es in Gondeln praktisch immer möglich, die Fenster zu öffnen, sodass für eine gute Durchlüftung während der Fahrt gesorgt sei. Eine gute Durchlüftung sei auch in abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln, insbesondere Sesselliften, gewährleistet. Zweitens sei durch die Anordnung in § 4 Abs. 3 Z 2 2. COVID-19-NotMV, wonach höchstens so viele Personen gleichzeitig befördert werden dürfen, dass die Hälfte der Beförderungskapazität des Fahrbetriebsmittels nicht überschritten wird, gewährleistet, dass die darin aufhaltenden Personen einen gewissen Abstand zueinander einhalten. Demgegenüber gelte in Massenbeförderungsmitteln gemäß § 3 leg. cit. keine derartige Beschränkung, sodass auch eine Vollauslastung zulässig sei und in diesem Fall auch vom Gebot der Einhaltung des Mindestabstandes abgewichen werden dürfe. Drittens sei anzunehmen, dass sich Personen in Massenbeförderungsmitteln regelmäßig länger aufhalten als in Fahrbetriebsmitteln von Seilbahnen.

2.2.4. Zur Unsachlichkeit der Differenzierung "Zugangsbereiche zu Seilbahnen" zu "öffentlichen Orten in geschlossenen Räumen": Es gebe keinen ersichtlichen Grund, weshalb in geschlossenen Zugangsbereichen zu Seilbahnen (Berg- und Talstationen) und anderen öffentlichen Orten in geschlossenen Räumen aus "infektiologischer" Sicht eine Differenzierung im Sinne einer Verschärfung der Präventionsmaßnahmen in Zugangsbereichen zu Seilbahnen erforderlich wäre. Es seien sogar Umstände erkennbar, die auf ein geringeres Infektionsrisiko hindeuten würden: Erstens befänden sich die Zugangsbereiche zu Seilbahnen regelmäßig nicht in allseits umschlossenen Räumen. Das Gebäude sei zwangsläufig auf der Seite, wo die Seilbahn die Station verlasse, offen. Eine Luftzirkulation finde daher ähnlich wie im Freien statt. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob die Verordnung überhaupt auf jene Bereiche bzw. Gebäudeteile anwendbar sei, in denen die Gondeln

23

die Station verließen, weil es sich dabei nicht um einen "geschlossenen Zugangsbereich" iSd § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV handeln könnte. Zweitens seien keine Umstände ersichtlich, die die Annahme rechtfertigten, dass sich Personen in Zugangsbereichen von Seilbahnen mit größerer Wahrscheinlichkeit mit COVID-19 anstecken könnten als in sonstigen öffentlichen Orten in geschlossenen Räumen. In beiden Fällen dürften sich mehrere Personen gleichzeitig in den Räumen aufhalten und sei ein Mindestabstand von einem Meter einzuhalten. Zusätzlich habe der Seilbahnbetreiber ein Präventionskonzept zu entwickeln, aus dem hervorgehen müsse, wie die Anzahl der Kunden reguliert werden könne. Für öffentliche Orte in geschlossenen Räumen existiere keine Verpflichtung zur Durchführung einer vergleichbaren Risikoanalyse, obwohl es auch in solchen öffentlichen Orten durchaus zu punktuellen Menschenansammlungen kommen könne, wie zB an Supermarktkassen.

2.2.5. Zur Unsachlichkeit der Differenzierung der "Zugangsbereiche zu Seilbahnen" zu "U-Bahn-Stationen, Bahnsteigen, Haltestellen, Bahnhöfen und Flughäfen": In letztgenannten Bereichen sei gemäß § 3 2. COVID-19-NotMV nur eine einfache Mund-Nasen-Schutzmaske zu tragen, obwohl sich in diesen Gebäuden regelmäßig eine Vielzahl von Personen auf verhältnismäßig kleinem Raum gleichzeitig aufhielten. Sowohl im Seilbahnbereich als auch in U-Bahn-Stationen, Bahnhöfen und Flughäfen könne es zu Wartezeiten kommen. Dass sich bei Zugangsbereichen von Seilbahnen vermehrt Personen über einen längeren Zeitraum aufhalten als in den in § 3 leg. cit. genannten Stationen oder sich die Personen dort näher kommen würden, sei nicht anzunehmen und nicht wissenschaftlich erwiesen. Gerade U-Bahn-Stationen lägen unterirdisch, sodass die Belüftungssituation schlechter sein dürfte. Außerdem befänden sich U-Bahnen in Ballungsräumen, in denen grundsätzlich mit einem erhöhten Personenverkehr zu rechnen sei. Auch bei U-Bahn-Stationen und Bahnhöfen gebe es Engstellen, etwa im Bereich der Rolltreppen und Durchgänge, sodass es dort auch, wohl noch eher als in Seilbahnstationen, zu Gedränge und zur Nichteinhaltung der Abstandsbestimmungen kommen könne.

24

2.2.6. Die Ungleichbehandlung von Seilbahnen gegenüber anderen Massenbeförderungsmitteln könne nicht damit gerechtfertigt werden, dass Personen auf Massenbeförderungsmittel iSd § 3 leg. cit. angewiesen seien, während Seilbahnen regelmäßig zu Freizeit Zwecken benützt würden. Sinn und Zweck der angefochtenen

25

Verordnung sei einzig die Eindämmung der COVID-19-Pandemie. Der Gesetz- sowie der Ordnungsgeber hätten sich unter Beachtung der Grundrechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit an diesem Ziel zu orientieren und das Sachlichkeitsgebot zu beachten. Das Motiv der Benützung eines Verkehrsmittels könne aus "infektiologischer" Sicht keine Rolle spielen, weil das Motiv mit dem zu erreichenden Ziel der Pandemiebekämpfung in keinem erkennbaren Zusammenhang stehe. Wenn es der Ordnungsgeber für ausreichend erachte, in U-Bahn-Stationen, Straßenbahnen udgl. eine einfache Mund-Nasen-Schutzmaske anzuordnen, sei es ihm verwehrt, bei Seilbahnen verschärfte Maßnahmen anzuordnen, nur weil auf diese Art der Beförderung die Personen in der Regel nicht aus beruflichen oder sonstigen Gründen angewiesen seien.

2.3. Der Antragsteller begehrt eventualiter die Aufhebung der Wortfolge "und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen"; dies für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof eine Unterscheidung zwischen dem Stationsgebäude (geschlossenen Zugangsbereich) einer Seil- und Zahnradbahn und in Massenbeförderungsmitteln iSd § 3 2. COVID-19-NotMV zwar sachlich nicht für gerechtfertigt erachte, jedoch eine Unterscheidung zwischen dem Stationsgebäude einer Seil- oder Zahnradbahn einerseits und geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln von Seil- oder Zahnradbahnen andererseits für sachlich geboten bzw. zulässig erachte. Sollte der Verfassungsgerichtshof davon ausgehen, dass sich Massenbeförderungsmittel iSd § 3 2. COVID-19-NotMV von den geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln iSd § 4 Abs. 2 Z 1 leg. cit. derart unterscheiden, dass eine Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt sei, hätte sich der Verfassungsgerichtshof auf Grund des ersten Eventualantrages mit der Frage zu beschäftigen, ob diese Ungleichbehandlung auch für geschlossene Zugangsbereiche von Seil- und Zahnradbahnen gerechtfertigt sei. Dies werde, wie bereits dargelegt, bestritten: Es sei kein objektiver Grund ersichtlich, wie sich der Zugangsbereich einer Seil- oder Zahnradbahn einerseits und der Zugangsbereich von anderen Massenbeförderungsmitteln andererseits im Hinblick auf das Infektionsgeschehen derart unterscheiden, dass eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt erscheine.

26

2.4. Mit dem zweiten Eventualantrag begehrt der Antragsteller die Aufhebung der Wortfolge "Seil- und"; dies für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof die Antragslegitimation für "Zahnradbahnen" verneinen sollte, weil der Antragsteller

27

nicht behauptete, im zeitlichen Geltungsbereich der angefochtenen Verordnung eine Zahnradbahn benützen zu wollen.

3. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (im Folgenden auch: BMSGPK) hat im Verfahren zu V 617/2020 die Verwaltungsakten betreffend das Zustandekommen der angefochtenen Verwaltungsbestimmung vorgelegt und eine Äußerung erstattet, in der er die Abweisung des zu V 617/2020 protokollierten Antrages begehrt. 28

3.1. Zur Zulässigkeit führt der BMSGPK zusammengefasst aus, während die unmittelbare Betroffenheit der antragstellenden Gesellschaft auf Grund des § 8 Abs. 4 COVID-19-MG zu bejahen sei, handle es sich bei der ins Treffen geführten Einschränkung des Kontrahierungsrechtes nicht um einen zur Antragstellung legitimierenden Rechtseingriff. Bei den geltend gemachten vertraglichen Auswirkungen handle es sich bloß um wirtschaftliche Reflexwirkungen, die keine unmittelbare Betroffenheit begründeten. Dies gelte umso mehr für die im Antrag angeführten Kosten für FFP2-Masken und Schlauchschale: Eine Verpflichtung, FFP2-Masken und Schlauchschale für Schifahrer bereitzuhalten, sei in der Verordnung nicht vorgesehen und ergebe sich auch nicht aus der Sorgetragungspflicht des § 8 Abs. 4 COVID-19-MG. 29

3.2. In der Sache tritt der BMSGPK den Bedenken der antragstellenden Gesellschaft wie folgt entgegen: 30

3.2.1. Zum behaupteten Verstoß gegen den Gleichheitssatz bringt der BMSGPK vor, zwischen Massenbeförderungsmitteln gemäß § 4 Abs. 1 und Seil- und Zahnradbahnen gemäß § 4 Abs. 3 2. COVID-19-NotMV beständen im Hinblick auf die Verbreitung von COVID-19 zentrale Unterschiede. Wie auch die Historie der COVID-19-Verordnungen zeige, sei der Ordnungsgeber seit der COVID-19-SchuMaV, BGBl. II 463/2020, vor dem Hintergrund der Verschlechterung des Infektionsgeschehens von besonders problematischen Verhältnissen bei der Benützung von Seil- und Zahnradbahnen ausgegangen. So heiße es bereits im "Sachverhalt" zur COVID-19-SchuMaV: 31

"Für die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen wird auf die Zwecke des § 2 Z 1 bis 4 und den Zweck der Ausübung von Spitzensport beschränkt. Nicht davon erfasst und daher unzulässig ist die Benützung zu Freizeitwecken. Hintergrund sind die besonders problematischen epidemiologischen Verhältnisse, die typischerweise mit der Benützung von Seil- und Zahnradbahnen einhergehen, zumal dabei regelmäßig viele Menschen mit sportbedingt erhöhtem Aerosolausstoß zusammenkommen. Gelindere Maßnahmen wie etwa Kapazitätsbeschränkungen reichen nicht aus, um das Ziel der Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 zu erreichen, zumal etwa Zugangs-/Zahlenbeschränkungen in Gondeln die Menschenansammlung lediglich in den Wartebereich vor der Seil- oder Zahnradbahn verlagern. Insbesondere witterungsbedingt kann es zu großem Andrang und hohen Personendichten kommen. Abstandsgebote lassen sich in Anbetracht der typischerweise gedrängten Ansammlung von Menschen nur schwer effektiv einhalten. Stausituationen bei Zugängen und in Wartebereichen unterliegen auch nicht der Steuerung durch den Betreiber, sodass auch entsprechende Präventionskonzepte kein taugliches bzw. gelinderes Mittel darstellen. Angesichts des Gebots der Reduktion aller nicht erforderlichen sozialen Kontakte ist diese Maßnahme daher gerechtfertigt und verhältnismäßig."

3.2.2. In der Rechtlichen Begründung zur COVID-19-NotMV, BGBl. II 479/2020, werde die Beibehaltung der Benützungsbeschränkung abermals gleichlautend begründet. Aus diesem Grund seien Seil- und Zahnradbahnen einerseits und sonstige Massenbeförderungsmittel andererseits seit Beginn der "Lockdown"-Maßnahmen unterschiedlich behandelt worden. So sei erst mit der 3. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II 566/2020, mit 24. Dezember 2020 die Begrenzung der zulässigen Zwecke der Benützung weggefallen, sodass die Seil- und Zahnradbahnen auch für den breiten Individualsport zugänglich gemacht worden seien. Der BMSGPK sei bei dieser "Öffnung" von Beginn an mit größter Vorsicht vorgegangen. Vor dem Hintergrund der epidemiologischen Lage sei es ihm vertretbar erschienen, die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen unter strengen Voraussetzungen (insbesondere Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Schutzmaske, Kapazitätsbegrenzung) zu erlauben (siehe dazu den Verordnungsakt zur 3. COVID-19-SchuMaV).

3.2.3. Auf Grund der noch nicht hinreichend stabilisierten Infektionslage und einer zu erwartenden Verschlechterung insbesondere auf Grund der zeitverzögerten Effekte der 3. COVID-19-SchuMaV (siehe dazu die fachliche Begründung zu BGBl. II 598/2020) hätten kurz danach wieder verschärfende Maßnahmen ergriffen werden müssen. Dabei hätten die vorangegangenen Erleichterungen (vor deren Inkrafttreten) zum Großteil wieder zurückgenommen werden müssen. Dies habe insbesondere die Museen, Zoos und botanischen Gärten betroffen (siehe die –

32

33

gleichzeitig mit der Erlassung der 2. COVID-19-NotMV – erlassene Änderung der 3. COVID-19-SchuMaV mit BGBl. II 598/2020). Vor diesem Hintergrund sei auf Grund der epidemiologischen Erfordernisse auch eine erneute Beschränkung der Beförderungszwecke für Seil- und Zahnradbahnen im Raum gestanden. Im Gegensatz zu Museen, Zoos und botanischen Gärten seien aber bei der Zugänglichmachung der Schipisten für den Breitensport auch die gesundheitlichen Interessen an der Ermöglichung von Bewegung im Freien und in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die Sportausübung im Freien an sich epidemiologisch nicht problematisch sei, ins Gewicht gefallen. Angesichts der gleichzeitigen Verschärfungen durch die 2. COVID-19-NotMV, mit denen man weitgehend zum Schutzstandard der COVID-19-NotMV, BGBl. II 479/2020, zurückgekehrt sei, habe es sich jedoch als unerlässlich erwiesen, für Seil- und Zahnradbahnen zusätzliche Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Das Abstellen auf einen höheren Schutzstandard bei der Mund-Nasen-Schutzpflicht sei dabei eine naheliegende und medizinisch sinnvolle Maßnahme gewesen: Dass ein höherer Schutzstandard für den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtungen die Übertragungswahrscheinlichkeit reduziere, entspreche dem Stand der Wissenschaft. Die Eignung dieser Maßnahme zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 könne somit nicht in Frage stehen. Aus diesem Grund sei auch in Anbetracht der nunmehr besseren Verfügbarkeit der FFP2-Masken beginnend mit der 3. COVID-19-SchuMaV (siehe dazu die fachlichen Begründungen und Studien zu den verschiedenen Maskenarten) verstärkt auf diese Maßnahme gesetzt worden. Dies habe zunächst nur den Bereich der vulnerablen Personengruppen (Alten-, Pflege- und Behindertenheime sowie Krankenanstalten), in weiterer Folge sonstige als besonders problematisch erachtete Orte (wie eben Seil- und Zahnradbahnen) betroffen. Schließlich sei in Anbetracht der Virusmutationen und deren leichteren Übertragbarkeit die herkömmliche Mund-Nasen-Schutzmaske nahezu gänzlich ersetzt worden.

3.2.4. Wenn die antragstellende Gesellschaft darauf verweise, dass Nässe bzw. eine feuchte Witterung FFP2-Masken nutzlos mache, treffe dies zweifelsohne zu. Der BMSGPK ordne diese Maßnahme jedoch ausschließlich in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln (Gondeln, Kabinen, abdeckbaren Sesseln) und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen an. In geschlossenen Räumen sei aber nicht damit zu rechnen, dass FFP2-Masken der Feuchtigkeit ausgesetzt seien. Bei der im Antrag beschriebenen feuchten Witterung, die FFP2-Masken wirkungslos mache, sei auch bei abdeckbaren Sesselliften in einer

34

Durchschnittsbetrachtung davon auszugehen, dass Abdeckhauben geschlossen werden und damit jene besonders problematischen Verhältnisse in Innenräumen bestehen, die der BMSGPK mit dieser Maßnahme ausgleichen wolle.

3.2.5. Dass in geschlossenen Räumen besonders ungünstige epidemiologische Verhältnisse herrschten, räume die antragstellende Gesellschaft selbst ein. Bei geschlossenen Fahrbetriebsmitteln handle es sich um besonders kleine geschlossene Räume, und der Aerosolausstoß bei der Sportausübung sei höher als im Ruhezustand. In einer Durchschnittsbetrachtung könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese bei schlechter Infektionslage besonders ungünstigen Bedingungen durch ein COVID-19-normiertes und bereits evidenzgeprüftes Belüftungssystem kompensiert werden könnten. Dass Kippfenster und die Tatsache, dass abdeckbare Sessel von unten belüftet werden, eine Infektionsgefahr ausschließen würden, werde bezweifelt. Selbst wenn in gewissen Seilbahnregionen diese Risiken auf Grund des fehlenden Zustroms von Tourismuskästen aus dem Ausland entschärft seien, sei dies nicht in allen Schigebieten der Fall. In diesem Zusammenhang sei insbesondere die zeitliche Lagerung der Anordnung in den Weihnachtsferien zu beachten, während derer mit einem größeren Zustrom zu den Schigebieten gerechnet werden habe müssen. Vor diesem Hintergrund habe der BMSGPK mit der zusätzlichen Schutzvorkehrung von FFP2-Masken zum einen dem Bedürfnis nach – epidemiologisch an sich unproblematischem – Individualsport und zum anderen dem Gesundheitsschutz Rechnung getragen.

35

3.2.6. Zum monierten Fehlen einer entsprechenden Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen: Die der Regelung zugrunde liegenden Wertungen kämen aus der Historie der "Lockdown"-Verordnungen hinreichend deutlich zum Ausdruck: Angesichts der bereits in zahlreichen Vorgängerbestimmungen aufgezeigten Problematik der Benützung von Seil- und Zahnradbahnen habe der BMSGPK eine Referenzierung auf die "besonders problematischen" Umstände für ausreichend erachtet. Mit den verschiedenen Masken-Schutzklassen und deren Wirkung habe sich der BMSGPK in der Vorgängerverordnung (3. COVID-19-SchuMaV) ausführlich auseinandergesetzt, sodass es auch zu dieser Maßnahme hinreichend substantiierte Entscheidungsgrundlagen gebe. In diesem Zusammenhang habe es der BMSGPK – auch angesichts der zeitlichen Dringlichkeit der Regelung – bei der fachlichen Empfehlung (siehe dazu S. 3 der fachlichen Begründung und die rechtliche Begründung zu § 4 im Verordnungsakt der 2. COVID-19-NotMV) bewenden lassen

36

dürfen. Wie die Genese der Verordnung zeige und auch medial verfolgt habe werden können, sei um die Ausgestaltung der letztlich verhängten Maßnahme bis zuletzt gerungen worden, dies nicht zuletzt wegen der zahlreichen gegeneinander abzuwägenden Interessen: So hätten bei der Wahl der in Betracht kommenden Maßnahmen die epidemiologischen Erfordernisse nicht nur gegen die entgegenstehenden wirtschaftlichen Grundrechte der Seilbahnbetreiber, sondern auch gegen entgegengelagerte gesundheitliche und gesellschaftspolitische Interessen (Ermöglichung von Sport im Freien, Berücksichtigung der abnehmenden "Compliance" in der Bevölkerung) abgewogen werden müssen. Dass die bekämpfte Maßnahme erst spät in den Verordnungstext aufgenommen worden sei, sei einer kurzfristigen politischen Einigung unter Beobachtung der epidemiologischen Situation geschuldet gewesen. Dies allein könne aber nicht gegen ihre Rechtfertigung sprechen, zumal gerade diese Maßnahme besonders intensiv abgewogen worden sei. Dass aus diesem zeitlichen Grund keine umfangreiche wissenschaftliche Erörterung der Maßnahme mehr erfolgt sei, schade insofern nicht, als es sich dabei um eine objektiv wissenschaftlich geeignete Maßnahme zur Erhöhung des Schutzniveaus handle und zum anderen auch der Verfassungsgerichtshof die Anforderungen an die Dokumentation von einer zeitlichen Komponente abhängig mache (vgl. VfGH 14.7.2020, V 411/2020). Die Dokumentationspflicht dürfe demgemäß in Fällen zeitlicher Dringlichkeit nicht überspannt werden. Vor diesem Hintergrund fänden sich im Verordnungsakt ausreichende Hinweise auf die Wertungen, die den BMSGPK geleitet hätten. Wenn sowohl die medizinische Eignung der Maßnahme als auch die Problemlage sowie die Tatsache einer generellen Verschärfung der Maßnahmen auf Grund der epidemiologischen Lage außer Frage stehe, müsse dies den Anforderungen des Verfassungsgerichtshofes aber genügen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch der Verordnungsakt die zeitliche Komponente und Dringlichkeit hinter der Entscheidungsfindung offenlege.

3.2.7. Im Gegensatz zu den sonstigen Massenbeförderungsmitteln, die im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung überwiegend zu beruflichen Zwecken oder zur Befriedigung von Grundbedürfnissen des täglichen Lebens genutzt würden, gehe mit der Regulierung von Seil- und Zahnradbahnen zudem nicht nur die bloße Regulierung der Benützung eines Verkehrsmittels einher: Die Beförderung durch Seilbahnen diene – anders als bei "herkömmlichen" Verkehrsmitteln – nicht dem Selbstzweck der Beförderung zur Erreichung eines bestimmten Zieles (an dem man für

37

gewöhnlich längere Zeit verharret), sondern der Zugänglichmachung eines Schigebietes für den Breitensport. Damit gehe eine – im Lichte der Wertungen aller Vorgängerordnungen – Erhöhung "nicht notwendiger" sozialer Kontakte im Freizeitbereich einher, die es angesichts der angespannten epidemiologischen Lage durch besondere Schutzvorkehrungen abzusichern gegolten habe. Der von der antragstellenden Gesellschaft zugrunde gelegte Vergleichsmaßstab greife daher zu kurz. Dass eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Arten von Verkehrsmitteln zulässig sein müsse, ergebe sich im Übrigen auch aus der gesetzlichen Grundlage des § 3 Abs. 1 Z 3 COVID-19-MG selbst, zumal dieser auch zur Regulierung nur "bestimmter Verkehrsmittel" ermächtige. Nach dem gesetzlichen Auftrag könne daher nicht nur die Tatsache der Beförderung von Menschen ausschlaggebend sein. § 3 Abs. 1 Z 3 leg. cit. ermögliche vielmehr sachliche Differenzierungen, wie sie im vorliegenden Fall getroffen worden seien.

3.2.8. Zum behaupteten Verstoß gegen die Erwerbsfreiheit führt der BMSGPK – unter Verweis auf sein Vorbringen zum Gleichheitssatz – aus, der Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit der antragstellenden Gesellschaft sei seines Erachtens gerechtfertigt. Hinsichtlich der Eignung der Maßnahme würde der Hinweis auf die Nutzlosigkeit der FFP2-Maske bei bestimmten feuchten Witterungsverhältnissen abermals nicht verfangen, weil die Benützung der FFP2-Maske auf geschlossene Räume beschränkt sei und sie deshalb keiner Feuchtigkeit ausgesetzt sein sollte. Im Übrigen müsste dieses Argument generell gegen jeden Mund- und Nasenschutz (und daher gleichsam auch gegen herkömmliche Schlauchschale) sprechen. Auch der Hinweis auf die leichtere Anwendbarkeit von Schlauchschalen überzeuge nicht, zumal der BMSGPK bei der Beurteilung von der Schutzwirkung einer richtig gehandhabten Schutzvorrichtung ausgehen dürfe, nicht aber Fehlgebräuche in Rechnung stellen müsse. Zum Hinweis auf die herkömmliche Mund-Nasen-Schutzmaske als gelinderes Mittel: Es entspreche dem Stand der Wissenschaft, dass FFP2-Masken ein höheres Schutzniveau aufwiesen. Die herkömmliche Mund-Nasen-Schutzmaske sei vor dem Hintergrund der besonderen Situation daher nicht als ebenso effektiv eingestuft worden. Auch die Anordnung eines Verbotes der Benützung der Abdeckhauben sei kein geeignetes gelinderes Mittel, zumal ein solches unter Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung kaum durchführbar wäre. Dass es angesichts der epidemiologischen Lage einer Verschärfung im Gegensatz zur 3. COVID-19-SchuMaV bedürftig habe, sei bereits dargelegt worden. Die Verschärfung der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Schutzmaske im

38

Hinblick auf die Schutzklasse stelle vor diesem Hintergrund das gelindeste Mittel zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 dar.

4. Hinsichtlich des zu V 618/2020 protokollierten Antrages hat der BMSGPK keine Äußerung erstattet. 39

IV. Erwägungen

Der Verfassungsgerichtshof hat in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm § 35 Abs. 1 VfGG die zu V 617/2020 und V 618/2020 protokollierten Anträge zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden. 40

1. Zur Zulässigkeit der Anträge

1.1. Gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Gesetzwidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn die Verordnung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. 41

1.1.1. Voraussetzung der Antragslegitimation gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG ist einerseits, dass der Antragsteller behauptet, unmittelbar durch die angefochtene Verordnung – im Hinblick auf deren Gesetzwidrigkeit – in seinen Rechten verletzt worden zu sein, dann aber auch, dass die Verordnung für den Antragsteller tatsächlich, und zwar ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides wirksam geworden ist. Grundlegende Voraussetzung der Antragslegitimation ist also, dass die Verordnung in die Rechtssphäre des Antragstellers nachteilig eingreift und diese – im Falle ihrer Gesetzwidrigkeit – verletzt. 42

1.1.2. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass die Verordnung selbst tatsächlich in die Rechtssphäre des Antragstellers unmittelbar eingreift. Ein derartiger Eingriff ist nur dann anzunehmen, wenn dieser nach Art und Ausmaß durch die Verordnung selbst eindeutig bestimmt ist, wenn er die (rechtlich geschützten) Interessen des Antragstellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt und wenn 43

dem Antragsteller kein anderer zumutbarer Weg zur Abwehr des – behaupteterweise – rechtswidrigen Eingriffes zur Verfügung steht (VfSlg. 13.944/1994, 15.234/1998, 15.947/2000).

1.2. § 4 Abs. 3 2. COVID-19-NotMV legte fest, unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Seil- und Zahnradbahnen benützt werden durften. Unter anderem musste nach Z 1 in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske getragen werden. 44

1.3. Die antragstellende Gesellschaft des zu V 617/2020 protokollierten Antrages ist Seilbahnunternehmerin und hat mit ihrem Vorbringen, sie sei Betreiberin (u.a.) einer Kabinenbahn und zweier mit abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln ausgestatteten Sesselbahnen in einem Schigebiet, hinreichend dargelegt, dass sie von der angefochtenen Maßnahme, für deren Einhaltung sie gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-MG Sorge zu tragen hat, unmittelbar in ihrer Rechtssphäre betroffen ist. 45

1.4. Der Antragsteller des zu V 618/2020 protokollierten Antrages führt zu seiner unmittelbaren und aktuellen Betroffenheit zusammengefasst aus, er besitze einen (in Kopie vorgelegten) Sportpass einer konkret bezeichneten Bergbahn AG, die ihn (auch) im zeitlichen Geltungsbereich der 2. COVID-19-NotMV dazu berechtige, das Lift- und Pistenangebot des betreffenden Schigebietes zu benützen. Er beabsichtige auch tatsächlich, an einem oder mehreren Tagen während des Gültigkeitszeitraumes der angefochtenen Verordnung namentlich genannte geschlossene und abdeckbare Fahrbetriebsmittel sowie geschlossene Zugangsbereiche von Seilbahnen der Bergbahn AG zu benützen. Der Antragsteller hat damit hinreichend dargelegt, dass er von der angefochtenen Maßnahme des § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV im Zeitpunkt der Antragstellung aktuell und unmittelbar betroffen ist. 46

1.5. § 4 Abs. 3 2. COVID-19-NotMV, BGBl. II 598/2020, stand im Zeitpunkt der Antragstellungen (29. Dezember 2020) in Kraft, ist jedoch mit Ablauf des 24. Jänner 2021 außer Kraft getreten (siehe § 19 2. COVID-19-NotMV idF BGBl. II 17/2021). Dies schadet in der vorliegenden Konstellation mit Blick auf die mit VfSlg. 20.399/2020 beginnende Rechtsprechung nicht (vgl. auch 47

VfSlg. 20.397/2020; VfGH 1.10.2020, V 392/2020; 10.3.2021, V 573/2020; 24.6.2021, V 593/2020).

1.6. Im Hinblick auf die Verwaltungsstrafdrohungen in § 8 Abs. 2 COVID-19-MG (betreffend den Antragsteller zu V 618/2020) bzw. § 8 Abs. 4 COVID-19-MG (betreffend die antragstellende Gesellschaft zu V 617/2020) steht den antragstellenden Parteien auch kein anderer zumutbarer Weg offen, die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bestimmung an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen. 48

1.7. Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Gesetzmäßigkeit hin zu prüfenden Verordnungsbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Normenprüfungsverfahren schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Verordnungsteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Verordnungsstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden. 49

1.7.1. Dieser Grundposition folgend hat der Gerichtshof die Rechtsauffassung entwickelt, dass im Normenprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. zB VfSlg. 8155/1977, 12.235/1989, 13.915/1994, 14.131/1995, 14.498/1996, 14.890/1997, 16.212/2001). Der Antragsteller hat all jene Normen anzufechten, welche für die Beurteilung der allfälligen Verfassungswidrigkeit der Rechtslage eine untrennbare Einheit bilden. Es ist dann Sache des Verfassungsgerichtshofes, darüber zu befinden, auf welche Weise eine solche Verfassungswidrigkeit – sollte der Verfassungsgerichtshof die Auffassung des Antragstellers teilen – beseitigt werden kann (VfSlg. 16.756/2002, 19.496/2011, 19.972/2015). 50

1.7.2. Unzulässig ist der Antrag etwa dann, wenn der im Falle der Aufhebung im begehrten Umfang verbleibende Rest einer Verordnungsstelle als sprachlich unverständlicher Torso inhaltsleer und unanwendbar wäre (VfSlg. 16.279/2001, 19.413/2011; VfGH 19.6.2015, G 211/2014; 7.10.2015, G 444/2015; 10.10.2016, 51

G 662/2015), der Umfang der zur Aufhebung beantragten Bestimmungen so abgesteckt ist, dass die angenommene Gesetzeswidrigkeit durch die Aufhebung gar nicht beseitigt würde (vgl. zB VfSlg. 18.891/2009, 19.933/2014), oder durch die Aufhebung bloßer Teile einer Verordnung dieser ein völlig veränderter, dem Verordnungsgeber überhaupt nicht mehr zusinnbarer Inhalt gegeben würde (vgl. VfSlg. 18.839/2009, 19.841/2014, 19.972/2015; VfGH 15.10.2016, G 339/2015).

1.8. Die antragstellenden Parteien hegen Bedenken gegen die angefochtene Wortfolge in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV und monieren eine daraus resultierende Verfassungs- und Gesetzeswidrigkeit. Die behauptete Rechtswidrigkeit liegt ausschließlich in der angefochtenen Wortfolge. Im Falle der Aufhebung dieser Wortfolge würden die für Massenbeförderungsmittel iSd § 3 der Verordnung vorgesehenen Auflagen sinngemäß für die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen gelten. Der Anfechtungsumfang erweist sich daher nicht als zu eng gewählt. 52

1.9. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, sind die (Haupt-)Anträge auf Aufhebung der Wortfolge ", wobei in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln (Gondeln, Kabinen, abdeckbaren Sesseln) und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske zu tragen ist" in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV, BGBl. II 598/2020, daher zulässig. Damit erübrigt sich ein Eingehen auf die im Antrag zu V 618/2020 gestellten Eventualanträge. 53

2. In der Sache

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer Verordnung gemäß Art. 139 B-VG auf die Erörterung der geltend gemachten Bedenken zu beschränken (vgl. VfSlg. 11.580/1987, 14.044/1995, 16.674/2002). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen gesetzeswidrig ist (VfSlg. 15.644/1999, 17.222/2004). 54

- 2.2. Die Anträge sind nicht begründet. 55
- 2.3. Die antragstellenden Parteien machen als Bedenken geltend, die angefochtene Wortfolge in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV verstoße gegen den Gleichheitssatz (Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG). Die antragstellende Gesellschaft zu V 617/2020 bringt zudem vor, die Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV sei vom BMSGPK begründungslos angeordnet worden und daher gesetzwidrig. Die angefochtene Maßnahme verletze sie überdies in ihrem Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung, weil sie zur Zielerreichung ungeeignet sei und nicht das gelindeste Mittel zur Minimierung des Ansteckungsrisikos darstelle. 56
- Zur gesetzmäßigen Dokumentation*
- 2.4. § 4 2. COVID-19-NotMV stütze sich auf § 3 COVID-19-MG (idF BGBl. I 104/2020). § 3 Abs. 1 Z 3 iVm § 7 Abs. 1 COVID-19-MG ermächtigt den BMSGPK beim Auftreten von COVID-19 dazu, durch Verordnung das Benutzen von Verkehrsmitteln oder nur bestimmten Verkehrsmitteln zu regeln, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. Gemäß § 3 Abs. 2 erster Satz COVID-19-MG kann in einer Verordnung gemäß Abs. 1 entsprechend der epidemiologischen Situation (unter anderem) festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Verkehrsmittel benutzt werden dürfen. Gemäß § 3 Abs. 2 zweiter Satz leg. cit. kann (unter anderem) das Benutzen von Verkehrsmitteln untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen. 57
- 2.5. Der Ordnungsgeber muss daher in Ansehung der von ihm zu bewertenden epidemiologischen Situation notwendig prognosehaft beurteilen, inwieweit in Aussicht genommene Regelungen betreffend die Benützung von (bestimmten) Verkehrsmitteln zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geeignete, erforderliche und insgesamt angemessene Maßnahmen darstellen (vgl. zum Betreten von Betriebsstätten iSd § 3 Abs. 1 Z 1 COVID-19-MG bereits VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020). 58
- 2.6. Hinsichtlich der vom Ordnungsgeber zu berücksichtigenden epidemiologischen Situation legt das COVID-19-MG in § 1 Abs. 7 Kriterien fest, anhand derer 59

die Bewertung der epidemiologischen Situation "insbesondere" zu erfolgen hat. Zur Beratung des für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesministers bei der Bewertung der epidemiologischen Situation wurde zudem gemäß § 2 Abs. 1 COVID-19-MG beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ein Beirat (Corona-Kommission) eingerichtet, welcher nach § 10 COVID-19-MG vor Erlassung von Verordnungen nach diesem Gesetz – außer bei Gefahr in Verzug – vom Bundesminister gehört werden muss.

2.7. § 3 COVID-19-MG (idF BGBl. I 104/2020) ermächtigt den Verordnungsgeber insbesondere auf Grund des ihm übertragenen Einschätzungs- und Prognosespielraumes zu weitreichenden Grundrechtseingriffen (vgl. dazu ausführlich VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020). 60

2.8. Aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 18 Abs. 2 B-VG folgt, dass bei einer solchen Verordnungsermächtigung, die weitreichende Grundrechtseingriffe ermöglicht, im Verordnungserlassungsverfahren nachvollziehbar zu machen ist, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verordnungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist (vgl. VfGH 10.3.2021, V 573/2020 mit Verweis auf VfSlg. 20.398/2020, 20.399/2020 mwN; siehe auch VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020; 23.9.2021, V 572/2020). 61

2.9. Als Grundlagen für die Erlassung des angefochtenen § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV finden sich in den vom BMSGPK im Verfahren zu V 617/2020 vorgelegten Verordnungsakten – soweit für die Beurteilung des Verfassungsgerichtshofes relevant – folgende Unterlagen und Angaben: 62

2.9.1. Die im Verordnungsakt zur 2. COVID-19-NotMV, BGBl. II 598/2020, befindliche "Fachliche Begründung" führt zur epidemiologischen Situation zusammengefasst aus, es sei durch die vorangegangenen Maßnahmen zwar gelungen, die Infektionszahlen zu senken, dies allerdings nicht in einem zufriedenstellenden Ausmaß. Bei einem hohen Niveau des pandemischen Grundgeschehens sei zu befürchten, dass diese mit Zeitverzögerung nach den vorherigen Lockerungen wieder ansteigen werden. Dazu komme, dass es zu den Weihnachtsfeiertagen auf Grund von zusätzlichen sozialen Kontakten wieder zu vermehrten Neuinfektionen 63

kommen könne. Überdies habe sich gezeigt, dass es – trotz rückläufiger Infektionszahlen – im Zusammenhang mit der weiterhin hohen Auslastung der Intensivstationen zu keinen substantiellen Erleichterungen gekommen sei. Die medizinischen Versorgungskapazitäten seien nach wie vor sehr unter Druck. Es bedürfe daher insbesondere einer noch drastischeren Reduktion der sozialen Kontakte als bisher. Da die bisher gesetzten gelinderen Maßnahmen nicht ausgereicht hätten, seien die mit dieser Verordnung getroffenen Verschärfungen unbedingt erforderlich, um einen drohenden Zusammenbruch des Gesundheitssystems zu verhindern.

2.9.2. Der Verordnungsakt enthält weitere Unterlagen betreffend die epidemiologische Situation wie zB den täglichen Lagebericht der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES) vom 17. Dezember 2020 und das von mehreren Institutionen (TU Wien, AGES, Complexity Science Hub Vienna und weitere) erstellte tägliche Update "Prognose Fallentwicklung COVID-19/Bettenkapazitäten" vom 18. Dezember 2020. Weiters findet sich darin eine "Rechtliche Begründung" mit Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen. Auch die in § 4 Abs. 3 und 4 vorgesehenen Regelungen für Seil- und Zahnradbahnen und die in diesem Zusammenhang (insbesondere) berücksichtigten Umstände werden darin näher erläutert (siehe dazu auch unter Pkt. IV.2.15.3). Ergänzend wird auf die entsprechenden Ausführungen im Verordnungsakt zur 3. COVID-19-SchuMaV verwiesen.

64

2.10. Der Verordnungsgeber hat im Verordnungsakt dargelegt, dass er die angefochtene Maßnahme im Einklang mit den im COVID-19-MG normierten Verfahrensregelungen erlassen sowie die im Gesetz vorgegebenen Kriterien für die Bewertung der epidemiologischen Situation angewendet hat. Er hat zudem hinreichend dargetan, auf welchen Grundlagen die Entscheidung über die Erlassung der in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV angeordneten Auflagen für die zulässige Benützung von Seil- und Zahnradbahnen getroffen wurde.

65

Zum Gleichheitssatz

2.11. Die antragstellenden Parteien machen einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz geltend und bringen im Wesentlichen vor, es sei unsachlich und gleichheitswidrig, dass in geschlossenen Fahrbetriebsmitteln von Seil- und Zahnradbahnen

66

und deren geschlossenen Zugangsbereichen gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV das Tragen einer FFP2-Maske vorgeschrieben sei, während in Massenbeförderungsmitteln und den dazugehörigen Bereichen (§ 3 leg. cit.) sowie in geschlossenen Räumen von öffentlichen Orten (§ 2 Abs. 2 leg. cit.) das Tragen einer "einfachen" Mund-Nasen-Schutzmaske ausreiche. Das Tragen einer FFP2-Maske sei ansonsten nur in Alten- und Pflegeheimen vorgesehen.

2.12. Der Gleichheitssatz bindet auch den Verordnungsgeber (VfGH 5.6.2014, V 44/2013). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, unsachliche, durch tatsächliche Unterschiede nicht begründbare Differenzierungen und eine unsachliche Gleichbehandlung von Ungleichem sowie sachlich nicht begründbare Regelungen zu schaffen (vgl. zur Differenzierung bei Gesetzen etwa VfSlg. 17.315/2004, 17.500/2005; zum Sachlichkeitsgebot bei Gesetzen vgl. VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001; VfGH 23.2.2021, G 361/2020; zum Sachlichkeitsgebot bei Verordnungen 24.6.2021, V 593/2020; 23.9.2021, V 572/2020).

67

2.13. Der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber in der Frage der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie einen weiten Entscheidungsspielraum eingeräumt hat (vgl. VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020; 23.9.2021, V 572/2020; 23.9.2021, V 5/2021).

68

2.14. § 3 2. COVID-19-NotMV enthält Regelungen für die Benützung von Massenbeförderungsmitteln und die dazu gehörigen Bereiche (U-Bahn-Stationen, Bahnsteige, Haltestellen, Bahnhöfe und Flughäfen zuzüglich deren Verbindungsbauwerke). Demgemäß ist in diesen Verkehrsmitteln und Bereichen – sofern möglich – gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten und eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung (Mund-Nasen-Schutzmaske) zu tragen. Im Hinblick auf Seil- und Zahnradbahnen bestimmt § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV, dass für deren Benützung die Vorgaben des § 3 sinngemäß gelten, wobei in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln (Gondeln, Kabinen, abdeckbaren Sesseln) und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske (im Folgenden auch:

69

FFP2-Maske) zu tragen ist. § 4 Abs. 3 Z 2 und Abs. 4 der Verordnung sehen weitere Schutzmaßnahmen für die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen vor.

2.15. Die angefochtene Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz: 70

2.15.1. Angesichts der im Spätherbst 2020 stark steigenden Zahlen an Neuinfektionen mit COVID-19 erließ der BMSGPK sukzessive verschärfende Maßnahmen nach dem COVID-19-MG. Ab 3. November 2020 wurden unter anderem eine ganztägige Ausgangsbeschränkung sowie weitreichende Betretungsverbote (etwa für Sportstätten, Betriebsstätten der Gastgewerbe oder Beherbergungsbetriebe) angeordnet. Im Zuge dessen wurde auch die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen eingeschränkt. Diese durften nur noch zu sehr begrenzten Zwecken benützt werden (zur Sportausübung durch Spitzensportler sowie zu den Zwecken, die im Wesentlichen den zulässigen Ausgangsgründen nach der jeweiligen Verordnung – mit Ausnahme der Erholung im Freien – entsprachen: Abwendung einer unmittelbaren Gefahr, Deckung notwendiger Grundbedürfnisse etc.). Für deren Benützung galten sinngemäß die für Massenbeförderungsmittel vorgesehenen Maßnahmen (Mindestabstand von mindestens einem Meter zu haushaltsfremden Personen, Tragen einer Mund-Nasen-Schutzmaske). 71

2.15.2. Die 3. COVID-19-SchuMaV – und daran anknüpfend die 2. COVID-19-NotMV – brachten für Seil- und Zahnradbahnen mehrere Neuerungen: Einerseits entfiel die Beschränkung im Hinblick auf die Benützungszwecke, sodass es ab dem 24. Dezember 2020 einem weiten, nicht auf Spitzensportler beschränkten Personenkreis möglich war, Seil- und Zahnradbahnen – (auch) zu Freizeit- und Erholungszwecken – zu benützen. Andererseits wurden aber zusätzliche Schutzmaßnahmen angeordnet (Beschränkung der Personenzahl in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln, Ausarbeitung und Umsetzung eines COVID-19-Präventionskonzepts). Weiters mussten Personen ab 14 Jahren eine FFP2-Maske – allerdings nur in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln und geschlossenen Zugangsbereichen – tragen. 72

2.15.3. Der BMSGPK führt dazu im Verordnungsakt zur 2. COVID-19-NotMV im Wesentlichen aus, mit dem Hinweis auf das geringere Infektionsrisiko im Freien sei die Öffnung der Schigebiete sachlich gerechtfertigt. Eine Ausnahme stelle die 73

Beförderung dar. Dazu sei anzumerken, dass die Personenbeförderung in geschlossenen Verkehrsmitteln in diesem Bereich in der Regel kürzer als 15 Minuten dauere, was in Kombination mit der Kapazitätsbeschränkung und der Verpflichtung zur Ausarbeitung eines COVID-19-Präventionskonzepts das Infektionsrisiko weiter senke. Der Sport selbst werde im Freien ausgeübt, wo ein geringeres Infektionsrisiko bestehe. Als zusätzliche Maßnahme zur Risikoreduktion werde vorgesehen, dass in den Beförderungsmitteln eine FFP2-Maske zu tragen sei. In Zusammenschau aller dieser Maßnahmen könne die Öffnung von Seilbahnen etc. mit 24. Dezember 2020 aus epidemiologischer Sicht als gerechtfertigt angesehen werden.

2.15.4. Die angefochtene Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen, die eine in der Regel kurze Tragedauer betrifft, stellt einen relativ geringen Grundrechtseingriff dar. Sie war Teil eines mehrere Maßnahmen umfassenden Schutzkonzepts, das dazu dienen sollte, das Ansteckungsrisiko mit COVID-19 bei der Personenbeförderung in diesen Verkehrsmitteln zu reduzieren. Wenn der BMSGPK vor dem Hintergrund der in den Verordnungsakten dokumentierten epidemiologischen Situation zugleich mit dem Wegfall der Zweckbindung für die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen – und damit der Öffnung der Schigebiete – die Anordnung dieser Schutzmaßnahmen für erforderlich erachtete, ist dies nicht als unsachlich zu erkennen.

74

2.15.5. Es ist weiters nicht gleichheitswidrig, dass § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV in geschlossenen bzw. abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln und geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen das Tragen einer FFP2-Maske vorsah, während für andere von der Verordnung erfasste Orte wie etwa für Kranken- und Kuranstalten (§ 11) und insbesondere für Massenbeförderungsmittel nach § 3 das Tragen einer "einfachen" Mund-Nasen-Schutzmaske vorgeschrieben war:

75

Dem Ordnungsgeber ist es im Rahmen des ihm gesetzlich übertragenen Entscheidungsspielraumes nicht verwehrt, für unterschiedliche Situationen bzw. Orte differenzierte Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 vorzusehen (vgl. auch § 3 Abs. 1 Z 3 COVID-19-MG, der zur Regelung des

76

Benutzens von Verkehrsmitteln "oder nur bestimmten Verkehrsmitteln" ermächtigt). Darüber hinaus hat der Verfassungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass der Einschätzungs- und Prognosespielraum des Verordnungsgebers insoweit auch eine zeitliche Dimension dahingehend erfasst, dass ein schrittweises, nicht vollständig abschätzbare Auswirkungen beobachtendes und entsprechend wiederum durch neue Maßnahmen reagierendes Vorgehen gesetzlich vorgesehen und auch gefordert ist (VfSlg. 20.399/2020, zu § 1 COVID-19-MG idF BGBl. I 23/2020). Der Verordnungsgeber kann daher auch schrittweise Lockerungen oder Verschärfungen im Lichte der epidemiologischen Entwicklungen vorsehen, wobei diese Entwicklungsschritte auch von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehen und, jedenfalls für entsprechend angemessen kurze Zeitperioden, auch gewisse Ungleichbehandlungen in Kauf nehmen können, um die tatsächliche Entwicklung beobachten zu können (vgl. VfGH 1.10.2020, V 392/2020).

Dem BMSGPK ist daher nicht entgegenzutreten, wenn er in der 2. COVID-19-NotMV zugleich mit der Öffnung von – überwiegend zu Freizeit- und Erholungszwecken genutzten – Seil- und Zahnradbahnen für einen weiten Personenkreis auch das Tragen einer FFP2-Maske anordnete, während im Übrigen für Massenföhrungsmittel wie zB Straßenbahnen oder beim Betreten öffentlicher Orte in geschlossenen Räumen das Tragen einer Mund-Nasen-Schutzmaske vorgeschrieben war. Der Verordnungsgeber hat nachvollziehbar dargelegt, dass die epidemiologischen Verhältnisse im Zusammenhang mit der Benützung von geschlossenen Seil- und Zahnradbahnen insbesondere auf Grund des durch die Sportausübung zu erwartenden erhöhten Aerosolausstoßes der zu befördernden Personen und der beengten räumlichen Gegebenheiten als ungünstig einzustufen sind. Soweit die antragstellenden Parteien die Gleichheitswidrigkeit der angefochtenen Maßnahme (allein) darin sehen, dass das Infektionsrisiko in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln und geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen nicht höher sei als in sonstigen Verkehrsmitteln oder in geschlossenen Räumen von öffentlichen Orten, verkennen sie zudem, dass die Frage der Übertragbarkeit des Virus zwar ein wichtiges, aber nicht das einzige Kriterium für die Entscheidung des Verordnungsgebers bei der Anordnung von Maßnahmen iSd COVID-19-MG darstellt (vgl. VfGH 23.9.2021, V 572/2020).

77

Der BMSGPK hat auch mit dem schrittweisen Vorgehen, die Verpflichtung zum Tragen einer mit einem höheren Schutzstandard versehenen Atemschutzmaske

78

zunächst nur für einzelne Bereiche vorzusehen und diese "Verschärfung" – unter Berücksichtigung des Infektionsgeschehens und aktueller wissenschaftlicher Erkenntnisse – in der Folge auf weitere Bereiche auszudehnen, seinen Entscheidungsspielraum nicht überschritten. Mit Inkrafttreten der 3. COVID-19-NotMV am 25. Jänner 2021 hat der Verordnungsgeber die Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske vor dem Hintergrund der weiteren epidemiologischen Entwicklung im Übrigen auf zahlreiche Bereiche, insbesondere auch auf Massenbeförderungsmittel, ausgeweitet.

2.16. Die angefochtene Wortfolge in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV, BGBl. II 598/2020, ist daher aus den geltend gemachten Gründen nicht als unsachlich zu erkennen. 79

Zur Erwerbsfreiheit

2.17. Die antragstellende Gesellschaft zu V 617/2020 macht schließlich eine Verletzung im Recht auf Erwerbsfreiheit geltend, weil die Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske zur Zielerreichung ungeeignet sei und nicht das gelindeste Mittel darstelle. 80

2.18. Durch die angefochtene Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske iSd § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV, für deren Einhaltung der Seilbahnbetreiber Sorge zu tragen hat (§ 8 Abs. 4 COVID-19-MG), wird in den Schutzbereich der durch Art. 6 StGG gewährleisteten Erwerbsfreiheit der antragstellenden Gesellschaft eingegriffen. 81

2.19. Nach ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG (siehe zB VfSlg. 10.179/1984, 12.921/1991, 15.038/1997, 15.700/1999, 16.120/2001, 16.734/2002, 19.033/2010) ist der Gesetzgeber – und auf Grund des Gesetzes gemäß Art. 18 Abs. 2 B-VG auch der Verordnungsgeber – auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes ermächtigt, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen zu erlassen, sofern diese durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich gerechtfertigt sind (VfSlg. 19.721/2012). 82

- 2.20. Die angefochtene Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV hat ihre gesetzliche Grundlage in § 3 Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 COVID-19-MG. § 1 Abs. 5 Z 3 COVID-19-MG steht der Anordnung zum Tragen einer mit einer spezifischen Schutzklasse ausgestatteten Mund-Nasen-Schutzmaske jedenfalls nicht entgegen. Der mit dieser Maßnahme verfolgte Zweck, die Verbreitung von COVID-19 zu verhindern und damit die Gesundheit der Menschen sowie die Gesundheitsinfrastruktur zu schützen, stellt ein gewichtiges öffentliches Interesse dar. 83
- 2.21. Dem BMSGPK ist nicht entgegenzutreten, wenn er vor dem Hintergrund der dokumentierten epidemiologischen Situation und der in den vorgelegten Verordnungsakten enthaltenen Entscheidungsgrundlagen (siehe insbesondere die im Verordnungsakt zur 3. COVID-19-SchuMaV befindlichen Unterlagen zu den Einsatzbereichen und Schutzwirkungen der verschiedenen Maskenarten) diese – nicht sehr eingriffsintensive – Maßnahme im Zeitpunkt der Verordnungserlassung für geeignet und erforderlich hielt, um die Verbreitung mit COVID-19 zu verhindern. Dem Vorbringen, FFP2-Masken würden bei Nässeeinwirkung ihren Schutz verlieren, ist zu entgegnen, dass sich die angefochtene Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske auf geschlossene bzw. abdeckbare Fahrbetriebsmittel und Bereiche von Seil- und Zahnradbahnen beschränkt. 84
- 2.22. Die angefochtene Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV ist daher nicht wegen Verstoßes gegen Art. 6 StGG verfassungs- und damit gesetzwidrig. 85

V. Ergebnis

1. Die ob der Gesetzmäßigkeit der Wortfolge ", wobei in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln (Gondeln, Kabinen, abdeckbaren Sesseln) und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw. einem höheren Standard entsprechende Maske zu tragen ist" in § 4 Abs. 3 Z 1 2. COVID-19-NotMV, BGBl. II 598/2020, erhobenen Bedenken treffen nicht zu. Die Anträge sind daher abzuweisen. 86

2. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

87

Wien, am 3. Dezember 2021

Der Präsident:

DDr. GRABENWARTER

Schriftführerin:

Mag. GERSTENDÖRFER