

## BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz der Vizepräsidentin  
Dr. Verena MADNER,

in Anwesenheit 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 MAYRHOFER,

Dr. Michael RAMI,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin

Dr. Karin FELNHOFER-LUKSCH

als Schriftführerin,

in der Beschwerdesache des \*\*\*, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ulrich Gstrein, Dr.-Carl-Pfeiffenberger-Straße 12 /5, 6460 Imst, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 13. September 2021, Z LVwG-2021/26/1597-7, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung beschlossen:

- I. Gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 2 B-VG wird die Gesetzmäßigkeit des Bebauungsplanes und Ergänzenden Bebauungsplanes B22 Dorfstraße/Hintere Gasse – Bauwerk der Gemeinde Kematen in Tirol, beschlossen vom Gemeinderat am 27. November 2020, kundgemacht durch Anschlag an der Amtstafel vom 16. Dezember 2020 bis zum 7. Jänner 2021, soweit er sich auf das Grundstück Nr. .529, KG Kematen, bezieht, von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Verordnungsprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

## **Begründung**

### **I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren**

1. Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der Grundstücke Nr. .512 und 2467, KG Kematen, und Nachbar des zu bebauenden Grundstückes der beteiligten Partei, Nr. .529, KG Kematen, in der Gemeinde Kematen in Tirol. 1
2. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Kematen in Tirol vom 18. Mai 2021 wurde der beteiligten Partei die baubehördliche Bewilligung zum Neubau einer Wohnanlage mit 23 Wohnungen samt Tiefgarage mit 23 Stellplätzen und weiteren Stellplätzen im Freien auf dem Grundstück Nr. .529, KG Kematen, erteilt. 2
3. Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde wies das Landesverwaltungsgericht Tirol mit Erkenntnis vom 13. September 2021 als unbegründet ab. 3
4. Gegen diese Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm behauptet und 4

die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses, in eventu die Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, beantragt wird.

In der Beschwerde wird zur Erlassung des Bebauungsplanes und Ergänzenden Bebauungsplanes B22 Dorfstraße/Hintere Gasse – Bauwerk der Gemeinde Kematen in Tirol vom 27. November 2020, der sich u.a. auf das Baugrundstück Nr. .529, KG Kematen, bezieht, u.a. das Folgende vorgebracht:

5

Der Bebauungsplan und Ergänzende Bebauungsplan B22 Dorfstraße/Hintere Gasse – Bauwerk der Gemeinde Kematen in Tirol sei vom Gemeinderat am 27. November 2020 unter rechtswidrigem Ausschluss der Öffentlichkeit beschlossen worden. Dies stelle einen Verstoß gegen § 36 Abs. 3 TGO sowie Art. 117 Abs. 3 B-VG dar.

6

Dem Sitzungsprotokoll des Gemeinderates sei zu entnehmen, dass zu Beginn der Gemeinderatssitzung am 27. November 2020 die Öffentlichkeit gestützt auf § 36 Abs. 3 TGO für die Dauer der gesamten Sitzung ausgeschlossen worden sei. Begründet sei dies vom Sitzungsleiter mit der COVID-19-Situation worden. Ein derartiger pauschaler Ausschluss der Öffentlichkeit sei jedoch gesetzeswidrig. § 36 Abs. 3 TGO normiere keinen besonderen Grund für den Ausschluss der Öffentlichkeit bei einer pandemischen Situation, sondern bestimme, dass die Öffentlichkeit – mit Ausnahme der Beratung und der Beschlussfassung über den Voranschlag und den Rechnungsabschluss der Gemeinde – ex lege ausgeschlossen sei, soweit auf Grund von behördlichen Maßnahmen die Bewegungsfreiheit und die zwischenmenschlichen Kontakte eingeschränkt seien. Daraus ergebe sich, dass die Öffentlichkeit ausgeschlossen sei, falls eine Verordnung nach dem COVID-19-Maßnahmengesetz die Bewegungsfreiheit derart einschränke, dass der Besuch einer Gemeinderatssitzung nicht mehr möglich sei.

7

Am Tag der Beschlussfassung des Gemeinderates über den Bebauungsplan sei jedoch die Novelle BGBl. II 528/2020 der 1. COVID-19-"Schutzmaßnahmenverordnung" [gemeint: Notmaßnahmenverordnung], BGBl. II 479/2020, in Kraft getreten, mit welcher der Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 1 Z 6 dieser Verordnung (Ausgangsregelung) die Wortfolge "einschließlich der Teilnahme an öffentlichen Sitzungen der allgemeinen Vertretungskörper und an mündlichen Verhandlungen

8

der Gerichte und Verwaltungsbehörden zur Wahrung des Grundsatzes der Öffentlichkeit" angefügt worden sei. Eine Teilnahme an der Gemeinderatssitzung sei daher am Tag dieser Sitzung bereits wieder erlaubt gewesen.

Der Ausschluss der Öffentlichkeit sei demnach ohne gesetzliche Grundlage erfolgt und sei daher gesetz- und verfassungswidrig gewesen (vgl. VfSlg. 20.350/2019). Die Beschlussfassung über den Bebauungsplan würde sohin unter einem groben Verfahrensmangel (vgl. VfSlg. 16.031/2000) leiden, der im Falle einer Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof zur Aufhebung des Bebauungsplanes führen würde. Der Verfassungsgerichtshof gehe nämlich in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich aus dem Öffentlichkeitsgebot des Art. 117 Abs. 4 B-VG ergeben würde, dass dem Geschehen im Gemeinderat eine unmittelbar über die Mitglieder des Gemeinderates hinausgehende, potentiell alle Gemeindebürger betreffende Bedeutung zukomme, weshalb die Erlassung des gegenständlichen Bebauungsplans mit Gesetzwidrigkeit belastet sei (vgl. VfSlg. 12.398/1990).

9

5. Der Bürgermeister der Gemeinde Kematen in Tirol hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der dem (unter Pkt. 4 wiedergegebenen) Vorbringen des Beschwerdeführers wie folgt entgegengetreten wird:

10

Das TROG 2016 regle in den §§ 63 ff. im Detail die Mitwirkungsmöglichkeiten von Gemeindebewohnern bei der Erlassung von Raumordnungsplänen einschließlich Bebauungsplänen. Die Mitwirkungsmöglichkeiten würden sich darauf beschränken, während der Kundmachung des Planes bis einschließlich eine Woche nach Abnahme des Planes von der Gemeindeamtstafel eine schriftliche Äußerung zum jeweiligen Planungsakt zu erstatten. Eine weitergehende Mitwirkungsmöglichkeit im Rahmen der Planerlassung, insbesondere ein (zugleich sanktionsbewehrtes) Recht auf Teilnahme der Gemeindebürger an der Beschlussfassung über den Plan im Rahmen der entsprechenden Sitzung des Gemeinderates, sei nach dem TROG 2016 nicht vorgesehen.

11

Mangels eigener Beschlussfassungsregeln im Zusammenhang mit der Erlassung von raumwirksamen Plänen einschließlich Bebauungsplänen kämen bei der Beschlussfassung die allgemeinen Regeln, wie sie die Tiroler Gemeindeordnung (TGO) für die Erlassung von Verordnungen im eigenen Wirkungsbereich der Ge-

12

meinde vorsehe, zur Anwendung. Dies würde auch für die Öffentlichkeit von Sitzungen des Gemeinderates, in deren Rahmen eine solche Beschlussfassung erfolge, gelten.

Der Beschwerdeführer behaupte, dass der Bebauungsplan vom Gemeinderat der Gemeinde Kematen in Tirol im Rahmen der Gemeinderatssitzung vom 27. November 2020 unter rechtswidrigem Ausschluss der Öffentlichkeit und damit unter Verstoß gegen § 36 Abs. 3 TGO sowie Art. 117 "Abs. 3" B-VG [richtig: Abs. 4] erlassen worden sei. Gestützt werde diese Behauptung auf den Umstand, dass am Tag der Beschlussfassung die Novelle BGBl. II 528/2020 der 1. COVID-19-"Schutzmaßnahmenverordnung" [richtig: Notmaßnahmenverordnung] in Kraft getreten sei, so dass die Teilnahme an öffentlichen Sitzungen der allgemeinen Vertretungskörper auf Grund der Pandemie nicht mehr untersagt gewesen sei.

13

Dass die Teilnahme an öffentlichen Sitzungen der allgemeinen Vertretungskörper auf Grund der Pandemie nicht mehr von Gesetzes wegen untersagt gewesen sei, also kein ausdrückliches gesetzliches Verbot der Teilnahme der Öffentlichkeit mehr bestanden habe, würde jedoch nichts daran ändern, dass die Öffentlichkeit trotz dieses Umstandes nach wie vor unter Anwendung der einschlägigen Bestimmungen der TGO auf Grund eines entsprechenden Beschlusses des Gemeinderates ausgeschlossen werden konnte und auch tatsächlich ausgeschlossen worden sei.

14

Wie dem Verhandlungsprotokoll der Sitzung vom 27. November 2020 zu Tagesordnungspunkt 1 (Eröffnung der Sitzung und Feststellung der Beschlussfähigkeit) zu entnehmen sei, habe der Gemeinderat mit einer Mehrheit von 10 Stimmen zu 3 Stimmen bei 2 Stimmenthaltungen über Antrag des Bürgermeisters den Beschluss gefasst, die Öffentlichkeit gemäß § 36 Abs. 3 TGO von der Gemeinderatssitzung auszuschließen. Dieser Beschluss des Gemeinderates sei sowohl formal als auch inhaltlich durch die TGO gedeckt und insofern nicht zu beanstanden.

15

Gemäß § 36 Abs. 3 TGO würde es dem Gemeinderat bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen freistehen, die Öffentlichkeit von der Teilnahme an Sitzungen des Gemeinderates auszuschließen. Während der Ausschlussgrund der "behördlichen Maßnahmen, die zur Verhinderung der Verbreitung einer der Anzeigepflicht nach

16

dem Epidemiegesetz 1950 unterliegenden Krankheit getroffen werden", unmittelbar von Gesetzes wegen zur Anwendung gelange, stünde es dem Gemeinderat darüber hinaus frei, bei Vorliegen eines Ausnahmefalles "die Öffentlichkeit von einer Sitzung für die Dauer der Beratung und Beschlussfassung über einen Verhandlungsgegenstand auszuschließen".

Ein solcher Ausschluss im Rahmen der allgemeinen Ermächtigung sei unter Hinweis auf die zum Zeitpunkt der Sitzung nach wie vor akut von COVID-19 ausgehende Gefahr erfolgt. Auch wenn der unmittelbar kraft Gesetzes und damit ohne entsprechenden Beschluss des Gemeinderates wirksame Ausschlussgrund der Pandemie mit Inkrafttreten der Novelle BGBl. II 528/2020 weggefallen sei, sei die Möglichkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit im Beschlusswege durch den Gemeinderat selbst weiterhin aufrecht geblieben. Ein solcher Ausschluss könne, wie sich insbesondere aus § 46 TGO ergebe, auch die gesamte Sitzung betreffen. Eine Rechtswidrigkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit könne daher im Hinblick auf die ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung des § 36 Abs. 3 TGO des Gemeinderates nicht erblickt werden.

17

Auch das vom Beschwerdeführer zitierte, in der Beschwerde verkürzt wiedergegebene Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 20.350/2019 spreche nicht gegen diesen Ausschluss der Öffentlichkeit, weil sich der Sachverhalt, über den der Verfassungsgerichtshof seinerzeit zu entscheiden gehabt habe, deutlich von dem hier vorliegenden Sachverhalt unterscheide. Diesem Erkenntnis sei der Sachverhalt zugrunde gelegen, dass die in der betreffenden Gemeinde seinerzeit maßgebliche Tagesordnung, die für diese Gemeinderatssitzung des Gemeinderates vorgesehen war, keinen eigenen Tagesordnungspunkt zur Beschlussfassung über eine Verordnung enthielt, obwohl die ausdrückliche Aufnahme des Verhandlungsgegenstandes in die Tagesordnung gemäß § 35 TGO gesetzlich vorgeschrieben gewesen sei. Unter Hinweis auf sein Erkenntnis VfSlg. 12.398/1990, mit dem der Verfassungsgerichtshof festgestellt habe, "dass es die Erlassung der in Prüfung gezogenen Verordnung mit Gesetzeswidrigkeit belastet, wenn sie unter dem Tagesordnungspunkt 'Allfälliges' beschlossen wurde, ohne dass das Thema vorausgehend in die Tagesordnung aufgenommen worden war", habe der Verfassungsgerichtshof im Verordnungsprüfungsverfahren angenommen, "dies gelte insbesondere auch im Hinblick auf das Öffentlichkeitsgebot des Art. 117 Abs. 4 B-VG, aus welchem sich ergeben würde, dass dem Geschehen im Gemeinderat

18

eine unmittelbar über die Mitglieder des Gemeinderates hinausgehende, potentiell alle Gemeindeglieder betreffende Bedeutung zukomme." Zudem sei der Verfassungsgerichtshof unter Hinweis auf VfSlg. 19.839/2013 von einer grundsätzlichen Bindung an die kundgemachte Tagesordnung ausgegangen. Unter diesen speziellen Voraussetzungen sei der Verfassungsgerichtshof in weiterer Folge davon ausgegangen, "dass sich aus dem Öffentlichkeitsgebot des Art. 117 Abs. 4 B-VG ergebe, dass dem Geschehen im Gemeinderat eine unmittelbar über die Mitglieder des Gemeinderates hinausgehende, potentiell alle Gemeindeglieder betreffende Bedeutung zukomme (vgl. VfSlg. 12.398/1990) und eine grundsätzliche Bindung an die kundgemachte Tagesordnung bestehe (vgl. VfSlg. 19.839/2013). Der Umstand, dass der Inhalt des nichtöffentlichen Teiles der Gemeinderatssitzung den Mitgliedern des Gemeinderates bekannt war, vermöge die Gesetzwidrigkeit, die dadurch begründet wird, dass die Beschlussfassung auf der öffentlich einsehbaren Tagesordnung nicht erkennbar war und sie dennoch (im nichtöffentlichen Teil der Sitzung des Gemeinderates) durchgeführt wurde, im Lichte dieser Rechtsprechung nicht zu vermeiden."

Der Fall, über den der Verfassungsgerichtshof seinerzeit entschieden habe, unterscheide sich jedoch deutlich von dem hier vorliegenden Fall, in dem der Ausschluss der Öffentlichkeit auf einem Beschluss des Gemeinderates beruhe, der formal mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit gefasst worden und inhaltlich durch § 36 TGO gedeckt gewesen sei, wobei die Tagesordnung, über die der Gemeinderat anlässlich dieser Sitzung beraten und beschlossen habe, formal und inhaltlich richtig und vollständig kundgemacht worden sei. Aus diesem Grund sei über keine Gegenstände abgestimmt worden, die nicht auf dieser Tagesordnung genannt worden wären. Dies gelte insbesondere auch für den hier in Rede stehenden Bebauungsplan.

Die vom Beschwerdeführer gerügte Mangelhaftigkeit des Verordnungserlassungsverfahrens liege sohin nicht vor. Der Ausschluss der Öffentlichkeit von der Sitzung des Gemeinderates sei rechtmäßig erfolgt. Eine Verhandlung anderer Gegenstände als der auf der Tagesordnung genannten sei im Rahmen dieser Sitzung nicht erfolgt, sodass dem Grundsatz der Öffentlichkeit mit der ordnungsgemäßen öffentlichen Bekanntmachung derselben im Sinne des Erkenntnisses VfSlg. 20.350/2019 und der darin angeführten Vorjudikatur entsprochen worden sei.

19

20

Hinzu komme, dass sich der Ausschluss der Öffentlichkeit von der Sitzung des Gemeinderates denkunmöglich auf das Ergebnis der Abstimmung im Gemeinderat ausgewirkt haben könne, zumal der Öffentlichkeit selbst bei individueller Betroffenheit kein Recht zur Abstimmung und damit kein Mitspracherecht zukomme.

21

6. Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat die Gerichtsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der es mit näherer Begründung die Abweisung der Beschwerde beantragt.

22

7. Die beteiligte Partei des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol hat eine – soweit hier relevant – mit der Gegenschrift des Bürgermeisters teilweise wortidentische Äußerung erstattet, in der sie den Beschwerdebehauptungen entgentritt.

23

## II. Rechtslage

1. § 36 der Tiroler Gemeindeordnung 2001 – TGO, LGBl. 36/2001 idF LGBl. 109/2020, lautet wie folgt:

24

### "§ 36 Öffentlichkeit

(1) Die Sitzungen des Gemeinderates sind öffentlich, soweit im Abs. 3 nichts anderes bestimmt ist. Jedermann ist nach Maßgabe des vorhandenen Platzes berechtigt, zuzuhören und sich Aufzeichnungen zu machen. Fernseh- und Hörfunkaufnahmen und -übertragungen sowie Film- und Lichtbildaufnahmen sind nur mit Genehmigung des Bürgermeisters zulässig. Die Übertragung der Gemeinderatssitzungen im Internet mit einer Bildfixierung auf den jeweiligen Redner und deren Aufzeichnung durch die Gemeinde sowie die Verwendung eines Tonträgers als Hilfsmittel des Schriftführers für die Erstellung der Niederschrift sind zulässig.

(2) Die Einberufung zu einer Sitzung des Gemeinderates ist gleichzeitig mit der Einladung der Mitglieder des Gemeinderates unter Bekanntgabe des Ortes, des Tages und der Uhrzeit des Sitzungsbeginnes sowie der Tagesordnung nach § 60 Abs. 1 kundzumachen.

(3) Die Öffentlichkeit ist mit Ausnahme der Beratung und Beschlussfassung über den Voranschlag und den Rechnungsabschluss der Gemeinde von einer Sitzung ausgeschlossen, soweit aufgrund von behördlichen Maßnahmen, die zur Verhinderung der Verbreitung einer der Anzeigepflicht nach dem Epidemiegesetz 1950 unterliegenden Krankheit getroffen werden, die Bewegungsfreiheit und die zwi-



schenmenschlichen Kontakte eingeschränkt sind. Darüber hinaus ist in Ausnahmefällen die Öffentlichkeit von einer Sitzung für die Dauer der Beratung und Beschlussfassung über einen Verhandlungsgegenstand auszuschließen, wenn es der Gemeinderat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder beschließt. Bei der Beratung und Beschlussfassung über den Voranschlag und den Rechnungsabschluss der Gemeinde, über die Ausschreibung der Gemeindeabgaben und über die Bezüge der Gemeindefunktionäre darf die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen werden. Beschlüsse des Gemeinderates, die entgegen dieser Bestimmung gefasst werden, sind nichtig."

2. § 46 der Tiroler Gemeindeordnung 2001 – TGO, LGBl. 36/2001 idF LGBl. 82/2019, lautet wie folgt:

25

#### "§ 46

#### Niederschrift über die Sitzungen des Gemeinderates

(1) Über jede Sitzung des Gemeinderates ist eine Niederschrift aufzunehmen. Die Niederschrift hat zu enthalten:

- a) den Tag, den Beginn und das Ende der Sitzung,
- b) die Namen des Vorsitzenden, der übrigen anwesenden und der entschuldigt und unentschuldigt ferngebliebenen Mitglieder des Gemeinderates,
- c) die Tagesordnung und
- d) den wesentlichen Verlauf der Beratungen, insbesondere alle in der Sitzung gestellten Anträge und die darüber gefassten Beschlüsse unter Anführung des Abstimmungsergebnisses.

(2) Mitglieder des Gemeinderates, die einem Beschluss nicht zugestimmt haben, können verlangen, dass dies in der Niederschrift festgehalten wird.

(3) Wurde die Öffentlichkeit von einer Sitzung des Gemeinderates oder von einzelnen Teilen ausgeschlossen, so darf die Niederschrift von den Angaben nach Abs. 1 lit. d nur den Wortlaut der gefassten Beschlüsse enthalten. Das Weitere ist in einer gesonderten Niederschrift festzuhalten.

(4) Die Niederschrift ist vom Vorsitzenden, von zwei weiteren Mitgliedern des Gemeinderates und vom Schriftführer zu unterfertigen und bei den Gemeindeakten zu verwahren. Jeder Gemeinderatspartei ist eine Ausfertigung der Niederschrift zu übermitteln.

(5) Jedermann kann während der Amtsstunden des Gemeindeamtes in die Niederschrift Einsicht nehmen. Die Einsichtnahme in die gesonderte Niederschrift ist auf die Mitglieder des Gemeinderates beschränkt. Die Gemeinde hat die Niederschrift auf der Internetseite der Gemeinde, sofern eine solche vorhanden ist, zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung der gesonderten Niederschrift ist nicht zulässig."

3. § 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 (COVID-19-Notmaßnahmenverordnung – COVID-19-NotMV), BGBl. II 479/2020 idF der – zufolge ihrer Z 21 am 27. November 2020 in Kraft getretenen – 1. COVID-19-NotMV-Novelle, BGBl. II 528/2020, lautet wie folgt:

#### "Ausgangsregelung

§ 1. (1) Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 und zur Verhinderung eines Zusammenbruchs der medizinischen Versorgung ist 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,
    - cc) einzelnen wichtigen Bezugspersonen, mit denen in der Regel mehrmals wöchentlich Kontakt gepflegt wird,
    - b) die Versorgung mit Grundgütern des täglichen Lebens,
    - c) die Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen,
    - 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 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 gemäß den §§ 5, 7 und 8 sowie bestimmten Orten gemäß den §§ 9, 10 und 11, 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.

[...]"

### **III. Bedenken des Verfassungsgerichtshofes**

1. Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Gesetzmäßigkeit des Bebauungsplanes und Ergänzenden Bebauungsplanes B22 Dorfstraße/Hintere Gasse – Bauwerk der Gemeinde Kematen in Tirol vom 27. November 2020, soweit er sich auf das Grundstück Nr. .529, KG Kematen, bezieht, entstanden.

27

2. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist, dass das Landesverwaltungsgericht Tirol bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung die in Prüfung gezogene Verordnung zumindest denkmöglich angewendet hat und dass auch der Verfassungsgerichtshof diese Verordnung bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte.

28

3. Der Verfassungsgerichtshof hegt gegen die hiemit in Prüfung gezogene Verordnung das Bedenken, dass diese unter Verletzung des Öffentlichkeitsgebotes gemäß Art. 117 Abs. 4 B-VG und § 36 Abs. 1 TGO und deshalb nicht rechtmäßig zustande gekommen ist:

29

3.1. Gemäß Art. 117 Abs. 4 B-VG sind die Sitzungen des Gemeinderates öffentlich, es können jedoch Ausnahmen gesetzlich vorgesehen werden. § 36 Abs. 1 TGO verlangt in diesem Sinne, dass die Sitzungen des Gemeinderates öffentlich sind, soweit im Abs. 3 nichts anderes bestimmt ist. Gemäß § 36 Abs. 3 erster Satz TGO ist die Öffentlichkeit von einer Sitzung ausgeschlossen, "soweit aufgrund von behördlichen Maßnahmen, die zur Verhinderung der Verbreitung einer der Anzeigepflicht nach dem Epidemiegesetz 1950 unterliegenden Krankheit getroffen werden, die Bewegungsfreiheit und die zwischenmenschlichen Kontakte eingeschränkt sind". Nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung ist darüber hinaus "in Ausnahmefällen

30

die Öffentlichkeit von einer Sitzung für die Dauer der Beratung und Beschlussfassung über einen Verhandlungsgegenstand auszuschließen, wenn es der Gemeinderat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder beschließt". § 36 Abs. 3 letzter Satz TGO bestimmt, dass Beschlüsse des Gemeinderates, die entgegen dieser Bestimmung gefasst werden, nichtig sind. § 46 Abs. 3 TGO ordnet schließlich an, dass die Niederschrift über eine Sitzung des Gemeinderates von den Angaben nach Abs. 1 lit. d leg. cit. nur den Wortlaut der gefassten Beschlüsse enthalten darf, sofern "die Öffentlichkeit von einer Sitzung des Gemeinderates oder von einzelnen Teilen ausgeschlossen" wurde.

3.2. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ergibt sich aus dem Öffentlichkeitsgebot des Art. 117 Abs. 4 B-VG, dass dem Geschehen im Gemeinderat eine unmittelbar über die Mitglieder des Gemeinderates hinausgehende, potentiell alle Gemeindebürger betreffende Bedeutung zukommt (vgl. VfSlg. 12.398/1990, 20.350/2019). Diese sollen im Regelfall den Beratungen und Beschlussfassungen des Gemeinderates unmittelbar beiwohnen dürfen (idS auch *Müllner*, Art. 117 B-VG, in: Korinek/Holoubek et. al. [Hrsg.], Bundesverfassungsrecht, 15. Lfg. 2019, Rz 44).

31

3.3. Vor diesem Hintergrund geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig von folgender Rechtslage aus:

32

3.3.1. Der Tiroler Landesgesetzgeber dürfte mit § 36 Abs. 3 erster Satz TGO für den Fall von verkehrsbeschränkenden Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Auftreten von nach dem Epidemiegesetz 1950 anzeigepflichtigen Krankheiten, darunter COVID-19, eine spezielle, die Funktionsfähigkeit des Gemeinderates sichernde Maßnahme getroffen haben (vgl. auch RV 128/2020 BgLT [Tir.] 17. GP, 9). Ein Ausschluss der Öffentlichkeit nach dieser Bestimmung dürfte im Lichte des Öffentlichkeitsgebotes des Art. 117 Abs. 4 B-VG, dem der Wortlaut des § 36 Abs. 3 erster Satz TGO ("soweit") Rechnung trägt, auf jene Personen beschränkt sein, die auf Grund einer verkehrsbeschränkenden Maßnahme einer Sitzung des Gemeinderates nicht beiwohnen dürfen (RV 438/2020 BgLT [Tir.] 17. GP, 1).

33

3.3.2. Demgegenüber scheint die allgemeine Bestimmung des § 36 Abs. 3 zweiter Satz TGO, nach der der Gemeinderat "in Ausnahmefällen" mit einer Mehrheit von

34

zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder den Ausschluss der Öffentlichkeit beschließen kann, keine Grundlage für einen weitergehenden, nicht durch eine verkehrsbeschränkende Maßnahme begründeten Ausschluss der Öffentlichkeit aus Anlass des Auftretens einer Krankheit im Sinne des § 36 Abs. 3 erster Satz TGO zu bieten. In einem solchen Fall dürfte vielmehr die spezielle Regelung des § 36 Abs. 3 erster Satz TGO die alleinige Grundlage für einen Ausschluss der Öffentlichkeit bieten.

Dafür dürfte überdies sprechen, dass bereits im Lichte des Öffentlichkeitsgebotes des Art. 117 Abs. 4 B-VG die Annahme einer Ausnahme im Sinne des § 36 Abs. 3 zweiter Satz TGO, die den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigen könnte, ausschließlich wegen des Auftretens einer der Anzeigepflicht nach dem Epidemiegesetz 1950 unterliegenden Krankheit nicht in Betracht kommen dürfte, soweit dieses Auftreten keinen Anlass für verkehrsbeschränkende Maßnahmen, die der Teilnahme der Öffentlichkeit an der Sitzung entgegenstehen, gegeben hat.

35

3.3.3. § 36 Abs. 3 zweiter Satz TGO dürfte es außerdem seinem Wortlaut nach dem Gemeinderat lediglich ermöglichen, die Öffentlichkeit "für die Dauer der Beratung und Beschlussfassung über einen Verhandlungsgegenstand" auszuschließen. Daran dürfte auch die Regelung des § 46 Abs. 3 TGO über die Niederschrift von Sitzungen des Gemeinderates, bei denen die Öffentlichkeit zur Gänze oder zum Teil ausgeschlossen wurde, nichts ändern, weil diese nur an einen Ausschluss der Öffentlichkeit anknüpft, ohne die Voraussetzungen für einen solchen Ausschluss zu regeln.

36

3.4. Verfahrensmängel im Verordnungserlassungsverfahren bewirken nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes dann die Gesetzeswidrigkeit der Verordnung, wenn sie beachtlich sind (vgl. VfSlg. 16.031/2000). In seinem Erkenntnis VfSlg. 12.398/1990 stellte der Verfassungsgerichtshof fest, dass es die Erlassung der in Prüfung gezogenen Verordnung mit Gesetzeswidrigkeit belastet, wenn sie unter dem Tagesordnungspunkt "Allfälliges" beschlossen wurde, ohne dass das Thema vorausgehend in die Tagesordnung aufgenommen worden war. Der Verfassungsgerichtshof nahm an, dies gelte insbesondere auch im Hinblick auf das Öffentlichkeitsgebot des Art. 117 Abs. 4 B-VG, aus welchem sich ergebe, dass dem Geschehen im Gemeinderat eine unmittelbar über die Mitglieder des Gemeinde-

37

rates hinausgehende, potentiell alle Gemeindebürger betreffende Bedeutung zukomme. Nichts anderes dürfte – vor dem Hintergrund des Art. 117 Abs. 4 B-VG – für den Fall gelten, dass der Gemeinderat entgegen § 36 Abs. 3 TGO mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder beschließt, die Öffentlichkeit von der Sitzung des Gemeinderates auszuschließen.

Der Bebauungsplan und Ergänzende Bebauungsplan B22 Dorfstraße/Hintere Gasse – Bauwerk wurde vom Gemeinderat der Gemeinde Kematen in Tirol in dessen Sitzung am 27. November 2020 beschlossen. An diesem Tag galt zwar gemäß § 1 Abs. 1 COVID-19-Notmaßnahmenverordnung eine verkehrsbeschränkende Maßnahme in Gestalt einer Ausgangsregelung, nach der das "Verlassen des eigenen privaten Wohnbereichs und der Aufenthalt außerhalb des eigenen privaten Wohnbereichs" nur zu bestimmten, in dieser Vorschrift genannten Zwecken zulässig war. Ausdrücklich erlaubt war auf Grund Z 6 leg. cit. in der Fassung der am 27. November 2020 in Kraft getretenen Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der die COVID-19-Notmaßnahmenverordnung – COVID-19-NotMV geändert wird (1. COVID-19-NotMV-Novelle), BGBl. II 528/2020, jedoch das Verlassen des privaten Wohnbereiches und der Aufenthalt außerhalb von diesem "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". Eine verkehrsbeschränkende Maßnahme wegen COVID-19, die einen Ausschluss der Öffentlichkeit von der an diesem Tag stattgefundenen Sitzung des Gemeinderates nach § 36 Abs. 3 erster Satz TGO zur Folge gehabt hätte, scheint demnach am 27. November 2020 nicht vorgelegen zu haben.

38

3.5. Da der Gemeinderat dennoch für die gesamte Sitzung am 27. November 2020 den Ausschluss der Öffentlichkeit allein wegen des Auftretens von COVID-19 und damit ohne Vorliegen der Voraussetzungen nach § 36 Abs. 3 zweiter Satz TGO beschlossen haben dürfte, dürfte die in Prüfung gezogene Verordnung aus diesem Grund gesetzwidrig sein.

39

#### **IV. Ergebnis**

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, den Bebauungsplan und Ergänzenden Bebauungsplan B22 Dorfstraße/Hintere Gasse – Bauwerk der Gemeinde Kematen in Tirol, beschlossen vom Gemeinderat am 27. November 2020, kundgemacht durch Anschlag an der Amtstafel vom 16. Dezember 2020 bis zum 7. Jänner 2021, soweit er sich auf das Grundstück Nr. .529, KG Kematen, von Amts wegen auf seine Gesetzmäßigkeit zu prüfen. 40
2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Ordnungsprüfungsverfahren zu klären sein. 41
3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden. 42

Wien, am 5. Dezember 2022

Die Vizepräsidentin:

Dr. MADNER

Schriftführerin:

Dr. FELNHOFER-LUKSCH