OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

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

Geschäftszeichen:
LVwG-780202/4/KLi

Datum:
Linz, 24. November 2021

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 27. Oktober 2021 der mj. I H, geb. xx.xx.2007, vertreten durch den gesetzlichen Vertreter M H MSc MBA, vertreten durch die Anwaltskanzlei A, X, wegen einer Amtshandlung durch ein Organ der Bildungsdirektion für Oberösterreich [Erklärung der Schulleitung, dass die Schule nur unter Einhaltung der Verordnung des Bundesministers für Bildung, Wissenschaft und Forschung zur Bewältigung der COVID-19 Folgen im Schulwesen für das Schuljahr 2021/2022 (COVID-19-Schulverordnung 2021/2022 – C-SchVO 2021/2022) betreten werden darf] den

B E S C H L U S S

I. Die Beschwerde wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2021, beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingelangt am 28. Oktober 2021, erhob die Bf eine Maßnahmenbeschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG iVm §§ 7 ff VwGVG gegen die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch Organe der Schulverwaltung der Schule B, A in Form der Wegweisung aus dem Schulgebäude aufgrund Betretens desselben ohne Vorlage bzw. Verweigerung an der Teilnahme des PCR-Tests, auch „Spültest“ genannt, am 20. September 2021.

Insbesondere brachte die Bf vor, dass sie auf Grund verschiedener Maßnahmen im Zusammenhang mit der Bewältigung der COVID-19-Folgen im Schulwesen, insbesondere durch die Durchführung von Zwangstests (hier vor allem PCR-Tests) körperliche und psychische Beeinträchtigungen erleiden würde.

Die gegenständlichen Gesetze und Verordnungen seien unverhältnismäßig, verfassungswidrig und gesundheitsschädigend. Die Bf werde u.a. in ihren Grundrechten auf Leben und Achtung der Menschenwürde, auf persönliche Freiheit, auf Freiheit des Aufenthaltes, auf Datenschutz und Gleichheit aller Staatsbürger verletzt. Außerdem würde die UN-Konvention über die Rechte der Kinder verletzt. Schließlich liege ein Verstoß gegen das Gebot der Bestimmt von Gesetzen vor.

Dadurch sei der Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vom 20. September 2021 rechtswidrig.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Maßnahmenbeschwerde sowie die damit vorgelegten Beweismittel.

II. Nachfolgender S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1. Die minderjährige (mj.), am xx.xx.2007 geborene, Bf ist schulpflichtig und besucht die Schule der G, A.

II.2. Im aktuellen Schuljahr 2021/2022 besucht die Bf die 4. Klasse der A in L.

Mit Beginn dieses Schuljahres wurde der Bf mitgeteilt, dass an zwei Tagen in der Woche ein verpflichtender Antigen-Test auf SARS-COV-2 und zusätzlich einmal pro Woche ein PCR-Test („Spültest“) durchgeführt werden muss.

II.3. Der gesetzliche Vertreter (Vater) der mj. Bf gab für die Durchführung von PCR-Tests keine Einverständniserklärung ab; für die Durchführung von Antigen-Tests gab er die Einverständniserklärung entgegen seinem eigentlichen Willen mangels anderer Optionen ab.

II.4. Am 20. September 2021 begab sich die mj. Bf mit ihrem gesetzlichen Vertreter (Vater) in die Schule. Der Vater erklärte zunächst der Klassenlehrerin, dass die Bf den PCR-Test nicht mache, da er damit nicht einverstanden sei, weil die Bf gesund sei und keinerlei Krankheitssymptome zeige. Zusätzlich erklärte der Vater, dass es nicht zulässig sei, die Bf dazu zu nötigen, einen Eingriff in ihre körperliche Unversehrtheit tolerieren bzw. durchführen zu müssen, damit diese am Schulunterricht teilnehmen dürfe.

Die Klassenlehrerin teilte dem Vater bzw. der Bf mit, dass sie dann, wenn die Bf den Test nicht mache, diese vom aktiven Unterricht ausschließen müsse.

II.5. In der Folge fand ein Gespräch mit dem Direktor der Schule statt, welcher ebenfalls mitteilte, dass er die Bf in diesem Fall des Schulgebäudes verweisen müsse; wenn sie das Schulgebäude nicht freiwillig verlassen würde, würde er sie „abholen lassen“.

II.6. Die Bf und ihr Vater verließen daraufhin das Schulgebäude.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Beschwerdevorbringen (vgl. VwGH 05.10.2020, Ra 2020/19/0092; 12.11.2014, Ra 2014/20/0069) und wird der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt.

III.2. Inwiefern das von der Bf geschilderte Verhalten der Schulleitung einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt darstellt bzw. ob dieser bejahendenfalls rechtswidrig war, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung, sodass keine weiteren Ermittlungen erforderlich sind.

III.3. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG abgesehen werden, zumal bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass die Beschwerde zurückzuweisen ist. Weitere Sachverhaltsfeststellungen waren nicht erforderlich und die Rechtsfragen sind durch die bisherige, jeweils zitierte höchstgerichtliche Rechtsprechung beantwortet. Bereits die Akten ließen erkennen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Artikel 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der

Menschenrechte und Grundfreiheiten, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen.

IV. Rechtslage:

IV.1. Das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 (WV) idF BGBl. I Nr. 194/1999 (DFB) idF BGBl. I Nr. 2/2021, lautet auszugsweise:

„Artikel 130. (1) Die Verwaltungsgerichte erkennen über Beschwerden
[1. ...];
2. gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit;
[3. ...].“

IV.2. Aus dem Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 109/2021, ist folgende Bestimmung maßgeblich.

„§ 28. [...]
(6) Ist im Verfahren wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG eine Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen, so hat das Verwaltungsgericht die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären und gegebenenfalls aufzuheben. Dauert die für rechtswidrig erklärte Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt noch an, so hat die belangte Behörde unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Zustand herzustellen.
[...]“

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Mit ihrem Vorbringen versucht die Bf eine Angelegenheit des Schulwesens gemäß Art. 14 B-VG darzustellen. Gemäß Art. 113 Abs. 1 B-VG ist die Vollziehung auf dem Gebiet des Schulwesens vom zuständigen Bundesminister und von den dem zuständigen Bundesminister unterstellten Bildungsdirektionen zu besorgen. Die Bildungsdirektionen sind gemäß Art. 113 Abs. 3 B-VG für jedes Land als gemeinsame Behörde des Bundes und des Landes eingerichtet. Es handelt sich somit um keine Angelegenheit, die in unmittelbarer Bundesverwaltung besorgt wird (IA 2254/A BlgNR 25. GP 107; dementsprechend ist das Schulwesen durch das BGBl. I Nr. 138/2017 auch aus der Aufzählung des Art. 102 Abs. 2 B-VG entfallen). Es besteht daher keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG. Ebenso wurde durch kein Bundesgesetz eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes gemäß Art. 131 Abs. 4 Z 2

lit. b oder lit. c B-VG vorgesehen. Somit hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich über die gegenständliche Beschwerde zu erkennen.

V.2. In der Sache selbst behauptet die Bf aber, ihr sei angedroht worden, die Schulleitung würde sie des Schulgebäudes verweisen, wenn sie sich weigere einen PCR-Test durchzuführen bzw. wenn sie aufgrund dieser Weigerung das Schulgebäude nicht verlasse und die Schulleitung würde sie ansonsten „abholen lassen“. Diese Ankündigung kann (auch aus dem Vorbringen der Bf selbst) nur dahingehend verstanden werden, dass die Schulleitung erforderlichenfalls die Exekutive zur Unterstützung beiziehen würde, die aber gegebenenfalls dann erst einen allfälligen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt setzten würde, der dann erst wieder auf seine Rechtswidrigkeit überprüft werden müsste. Insofern unterstellt die Bf im weitesten Sinne eine sicherheitspolizeiliche Maßnahme, für deren Überprüfung ebenfalls das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zuständig ist.

V.3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt ein Akt der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt dann vor, wenn Verwaltungsorgane im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig gegen individuell bestimmte Adressaten einen Befehl erteilen oder Zwang ausüben und damit unmittelbar – das heißt ohne vorangegangenen Bescheid – in subjektive Rechte des Betroffenen eingreifen. Das ist im Allgemeinen dann der Fall, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehls droht. Es muss ein Verhalten vorliegen, das als „Zwangsgewalt“, zumindest aber als – spezifisch verstandene – Ausübung von „Befehlsgewalt“ gedeutet werden kann. Weil das Gesetz auf Befehle, also auf normative Anordnungen abstellt, sind behördliche Einladungen zu einem bestimmten Verhalten auch dann nicht tatbildlich, wenn der Einladung Folge geleistet wird. Die subjektive Annahme einer Gehorsamspflicht ändert noch nichts am Charakter einer Aufforderung zum freiwilligen Mitwirken. Als unverzichtbares Merkmal eines Verwaltungsaktes in der Form eines Befehls gilt, dass dem Befehlsadressaten eine bei Nichtbefolgung unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht wird. Liegt ein ausdrücklicher Befolgungsanspruch nicht vor, so kommt es darauf an, ob bei objektiver Betrachtungsweise aus dem Blickwinkel des Betroffenen bei Beurteilung des behördlichen Vorgehens in seiner Gesamtheit der Eindruck entstehen musste, dass bei Nichtbefolgung der behördlichen Anordnung mit ihrer unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung zu rechnen ist (VwGH 07.09.2020, Ro 2020/01/0010 mwN; 29.11.2018, Ra 2016/06/0124).

V.4. Im vorliegenden Fall wurde vorgebracht, dass die Bf einen negativen PCR-Test auf SARS-CoV-2 vorweisen hätte müssen. Dies sei von der Schulleitung angeordnet, in einer Vorsprache des Vaters der Bf am 20. September 2021 aber verweigert worden.

Wie bereits ausgeführt, liegt ein Verwaltungsakt in der Form eines Befehls nur dann vor, wenn dem Befehlsadressaten bei Nichtbefolgung eine unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht wird (VwGH 07.09.2020, Ro 2020/01/0010 mwN; 29.11.2018, Ra 2016/06/0124). So kann etwa auch die tatsächlich vorgenommene Prüfung der Atemluft auf Alkoholgehalt (durch Verwaltungsorgane selbst) nicht als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt angesehen werden, sofern nicht physischer Zwang ausgeübt oder angedroht wurde (VfSlg 12137/1989).

Das Vorliegen dieser Voraussetzung wurde weder behauptet, noch ist dies in sonstiger Weise erkennbar. Im Übrigen wurde der Bf auch nicht die zwangsweise Durchsetzung des PCR-Tests angekündigt, sondern nur die Durchsetzung des Verlassens des Schulgebäudes, in Wahrnehmung des Hausrechtes.

V.5. Selbst wenn der Eindruck entstanden wäre, dass die Bf ohne Vorlage eines negativen PCR-Tests am 20. September 2021 durch physischen Zwang am Schulbesuch gehindert werde, würde keine gemäß § 130 Abs. 1 Z 2 B-VG bekämpfbare Maßnahme vorliegen zumal sogar die Ankündigung eines Verwaltungsorganes, es würden im Fall einer zu einem späteren Zeitpunkt erfolgenden Vornahme bestimmter Handlungen durch den Betroffenen allenfalls Maßnahmen verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gesetzt werden, keine solche Maßnahme darstellt (VwGH 29.11.2018, Ra 2016/06/0124).

V.6. Zusammenfassend liegt auch unter Zugrundelegung des Vorbringens der Bf kein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor, sondern eine Maßnahme der Vollziehung des Hausrechtes durch die Schulleitung. Insofern war die Beschwerde diesbezüglich als unzulässig zurückzuweisen.

V.7. Die Beschwerde richtet sich in erster Linie vielmehr gegen die Rechtsvorschriften über COVID-19-Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Schulbesuch an sich, was auch aus dem Vorbringen hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bedenken ersichtlich ist.

Eine Maßnahmenbeschwerde stellt aber schon mangels Vorliegens eines Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt kein taugliches Rechtsinstrument dar, um angezweifelte Verordnungen einer Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof zu unterwerfen.

Der österreichischen Rechtsordnung ist ein flächendeckender Rechtsschutz bezogen auf schlicht-hoheitliches Handeln fremd, sondern liegt es nach Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG am einfachen Gesetzgeber, allenfalls besondere Beschwerderechte einzuräumen. Von dieser Möglichkeit hat er in § 88 Abs. 2 (Sicherheitspolizeigesetz) SPG Gebrauch gemacht.

Zumal die gegenständlichen Handlungen aber nicht der Sicherheitspolizei bzw. der Sicherheitsverwaltung, sondern der Wahrnehmung des Hausrechtes durch die Schulleitung, zuzurechnen waren, scheidet auch die Heranziehung der Bestimmungen des SPG als Beschwerdegrundlage aus.

V.8. Im Ergebnis war die Beschwerde daher als unzulässig zurückzuweisen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Insbesondere steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit der oben dargestellten, nicht uneinheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Vorliegen einer Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, zur unverzüglich einsetzenden physischen Sanktion bei Nichtbefolgung eines Befehls sowie zur objektiven Betrachtungsweise aus dem Blickwinkel des Betroffenen (vgl. VwGH 07.09.2020, Ro 2020/01/0010 mwN; 29.11.2018, Ra 2016/06/0124).

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht

mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer