

AUSSENSTELLE MISTELBACH

Geschäftszahl:

LVwG-M-28/001-2021

Mistelbach, am 14. Mai 2021

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich fasst durch Mag. Dr. Goldstein als Einzelrichter über die auf Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG gestützten Beschwerden 1. der mj. A und 2. der mj. B, beide vertreten durch die Kindesmutter Frau C und den Kindesvater Herrn D, alle vertreten durch E, Rechtsanwalt in ***, im Zusammenhang mit Amtshandlungen durch Organe der Bildungsdirektion für Niederösterreich (insb. Verpflichtung zur Durchführung von Antigentests auf SARS-CoV-2, Verpflichtung zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes bzw. einer FFP2 Maske, Verpflichtung zum Abstand halten und zum regelmäßigen Desinfizieren der Hände), den

BESCHLUSS

1. Die Beschwerden werden gemäß § 28 Abs. 6 iVm § 31 VwGGV, soweit sie sich auf den Zeitraum vor dem 1. März 2021 beziehen als verspätet zurückgewiesen und im Übrigen als unzulässig zurückgewiesen.
2. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.
3. Hinsichtlich des Antrages auf Verordnungsprüfung nach Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG bezüglich verschiedener Bestimmungen der COVID-19-Schulverordnung 2020/21 werden die Beschwerdeführerinnen gemäß § 6 Abs. 1 AVG an den Verfassungsgerichtshof verwiesen.

Begründung:

I. Zum Beschwerdevorbringen:

Mit Schriftsatz vom 27. April 2021 erhoben die Erstbeschwerdeführerin und die Zweitbeschwerdeführerin, vertreten durch ihre Eltern, durch ihre ausgewiesene Rechtsvertretung auf Art 130 Abs. 1 Z 2 B-VG gestützten Beschwerden gegen die „unrechtmäßige und verfassungswidrige Betreuung schulpflichtiger Kinder, insbesondere körperliche und physische Misshandlungen aufgrund Corona-Maßnahmen (...)“. Insbesondere wurde vorgebracht, dass die Beschwerdeführerinnen auf Grund verschiedener Maßnahmen im Zusammenhang mit der Bewältigung der COVID-19 Folgen im Schulwesen (Durchführung von „Zwangstests“, Verpflichtungen zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes bzw. einer FFP2 Maske, zum Abstand halten und zum regelmäßigen Desinfizieren der Hände) körperliche und psychische Beschwerden erlitten haben.

Die gegenständliche Verordnung und die auf der Verordnung beruhenden Maßnahmen der Direktoren und Lehrer seien unverhältnismäßig, verfassungswidrig und gesundheitsgefährdend.

Mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 2. Mai 2021 wurden die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu bezeichnen und anzugeben, welches Organ die Maßnahme gesetzt hat.

Mit Schriftsatz vom 10. Mai 2021 wurde daraufhin vorgebracht, dass die Erstbeschwerdeführerin am 30. April 2021 eine schriftliche Prüfung in Deutsch und Sachunterricht in der Schule ablegen musste und diesbezüglich auf Anordnung der Direktorin der Volksschule einen negativen Antigentest auf SARS-CoV-2 vorweisen musste. Eine weitere Konkretisierung der angefochtenen Maßnahmen erfolgte nicht. Vielmehr wurde auf den ursprünglichen Schriftsatz verwiesen und allgemeine Vorbringen wiederholt. Zudem wurde ein „Antrag auf Verordnungsprüfung Nach

Art. 139 Abs. 1 lit. 3 B-VG“ bezüglich verschiedener Bestimmungen der COVID-19-Schulverordnung 2020/21 gestellt.

II. Sachverhalt

Zur Beurteilung, ob im gegenständlichen Fall überhaupt ein Akt der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vorliegen kann, wird im Sinne einer Wahrunterstellung bezüglich der Beschwerdevorbringen (vgl. VwGH 05.10.2020, Ra 2020/19/0092; 12.11.2014, Ra 2014/20/0069) von folgenden Sachverhaltsannahmen ausgegangen:

Die Beschwerdeführerinnen besuchen die Volksschule in ***, ***. Im Zeitraum vom 8. Februar 2021 bis 26. Februar 2021 haben die Beschwerdeführerinnen am Präsenzunterricht teilgenommen. Hierbei haben sie als Voraussetzung dreimal pro Woche Antigentests auf SARS-CoV-2 durchgeführt. Diesbezüglich lag eine Einverständniserklärung der Erziehungsberechtigten vor. Außer am Platz des jeweiligen Kindes musste ein Mund-Nasenschutz bzw. eine FFP2-Maske getragen werden. Ebenso mussten die Kinder regelmäßig ihre Hände desinfizieren und zu anderen Kindern einen bestimmten Abstand einhalten. Seit dem 1. März 2021 dürfen die Beschwerdeführerinnen nicht mehr am Präsenzunterricht teilnehmen, weil sie keine regelmäßigen Antigentests auf SARS-CoV-2 durchführen. Die Erziehungsberechtigten haben ihre diesbezügliche Einverständniserklärung zurückgezogen.

Am 30. April 2021 hat die Erstbeschwerdeführerin eine schriftliche Prüfung in Deutsch und Sachunterricht in der Schule abgelegt. Sie musste diesbezüglich auf Anordnung der Direktorin der Volksschule einen negativen Antigentest auf SARS-CoV-2 vorweisen. Diesen Test hat die Erstbeschwerdeführerin am 29. April 2021 in einer öffentlichen Covid-19 Teststraße durchgeführt bzw. durchführen lassen.

III. Rechtslage:

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 iVm § 131 Abs. 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte der Länder über Beschwerden gegen die Ausübung

unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit, soweit sich aus § 131 Abs. 2 und 3 B-VG nichts anderes ergibt.

Die gegenständliche Beschwerde bezieht sich auf eine Angelegenheit des Schulwesens gemäß Art. 14 B-VG. 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. Von dieser Ermächtigung wurde in § 33 Bildungsdirektionen-Einrichtungsgesetz vielmehr nur hinsichtlich Beschwerden gegen Bescheide der Bildungsdirektion (sohin Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG) Gebrauch gemacht. Zumal auch keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen gemäß Art. 130 Abs. 3 B-VG besteht, hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich über die gegenständliche Beschwerde zu erkennen.

IV. Erwägungen:

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

„Befehls Gewalt“ 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).

Im gegenständlichen Fall wurde vorgebracht, dass die minderjährige Erstbeschwerdeführerin am 30. April 2021 für eine schriftliche Prüfung in Deutsch und Sachunterricht in der Schule einen negativen Antigentest auf SARS-CoV-2 vorweisen musste. Dies sei von der Direktorin der Schule angeordnet worden. Diesbezüglich hat die Erstbeschwerdeführerin am 29. April 2021 einen Antigentest in einer öffentlichen Covid-19 Teststraße durchgeführt. 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 auch nur ansatzweise erkennbar. Ebenso wurde weder behauptet und ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der Eindruck entstanden wäre, dass mit einer unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung zu rechnen sei.

Selbst wenn der Eindruck entstanden wäre, dass die Erstbeschwerdeführerin ohne Vorlage eines negativen Antigentests am 30. April 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).

Zusammenfassend liegt auch unter Zugrundelegung des Vorbringens der Beschwerdeführerin kein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor, sodass die Beschwerde diesbezüglich als unzulässig zurückzuweisen war.

Weitere Maßnahmen wurden trotz Aufforderung durch das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich nicht näher konkretisiert. Vielmehr wurde allgemein vorgebracht, dass sich die Beschwerde gegen die Durchführung von „Zwangstests“, die Verpflichtung zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes bzw. einer FFP2 Maske und weitere Maßnahmen im Zusammenhang der Bewältigung der COVID-19 Folgen im Schulwesen beziehe (z.B. Abstand halten und Händedesinfizieren).

Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen nach ihren eigenen Angaben seit 1. März 2021 nicht mehr am Präsenzunterricht an der Schule teilnehmen. Die gegenständlichen Beschwerden wurden am 27. April 2021 an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich übermittelt, sodass sie hinsichtlich Maßnahmen während des Schulbesuches wegen Verstreichens der sechswöchigen Beschwerdefrist gemäß § 7 Abs. 4 VwGVG jedenfalls verspätet sind und daher auch aus diesem Grund zurückzuweisen sind. Unabhängig davon wurde weder behauptet noch ist ersichtlich, dass den Beschwerdeführerinnen bei Nichtbefolgung eine unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht worden ist oder physischer Zwang angewendet worden ist, sodass kein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vorliegt. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Der fehlende Zwang ist auch insofern ersichtlich, als in der Beschwerde vorgebracht wird, dass seitens der Erziehungsberechtigten für die Zeit des tatsächlichen Schulbesuches eine

Einverständniserklärung für die Durchführung der Antigentests abgegeben worden ist.

Selbst wenn man (im Rahmen einer extensiven Auslegung) annimmt, dass sich die gegenständlichen Beschwerden darauf beziehen, dass die Teilnahme am Präsenzunterricht für die Zeit nach dem 1. März 2021 verweigert worden sei, wurde auch diesbezüglich nicht behauptet, dass es einen Vorfall gegeben hätte, bei dem eine unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht worden ist oder ein diesbezüglicher Eindruck entstanden wäre (vgl. diesbezüglich etwa BVwG 19.05.2020, W203 2230866-1).

Es liegt daher unter Zugrundelegung des Vorbringens der Beschwerdeführerin kein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor.

Die Beschwerden richten sich in erster Linie vielmehr gegen die Rechtsvorschriften über COVID-19 Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Schulbesuch an sich, was auch aus dem Antrag auf Verordnungsprüfung ersichtlich ist. Eine Maßnahmenbeschwerde stellt diesbezüglich (auch) mangels Vorliegens eines Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt schlichtweg das falsche Rechtsinstrument dar. 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 SPG Gebrauch gemacht. Zumal die gegenständlichen Handlungen aber nicht der Sicherheitspolizei bzw. der Sicherheitsverwaltung, sondern der Schulverwaltung zuzurechnen war, scheidet auch die Heranziehung der letztgenannten Bestimmung als Beschwerdegrundlage aus, sodass die Beschwerden als unzulässig zurückzuweisen waren.

Sollte der „Antrag auf Verordnungsprüfung nach Art. 139 Abs. 1 lit. 3 B-VG“ als Anregung an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zur Antragstellung gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 1 B-VG zu verstehen sein, wird folgendes angemerkt:

Ein Antrag auf Verordnungsprüfung bezüglich verschiedener Bestimmungen der COVID-19-Schulverordnung 2020/21 beim Verfassungsgerichtshof durch das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich kommt mangels Präjudizialität der genannten Bestimmungen im gegenständlichen Verfahren, in dem es bereits an einem tauglichen Anfechtungsgegenstand fehlt, nicht in Betracht.

Ungeachtet dessen ist das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zur Behandlung eines Antrages auf Verordnungsprüfung nach Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG nicht zuständig. Ein solcher Antrag ist gemäß § 15 VfGG schriftlich an den Verfassungsgerichtshof zu richten. Die Beschwerdeführerinnen werden daher gemäß § 6 Abs. 1 AVG an den Verfassungsgerichtshof verwiesen.

Aufwandersatz war den Beschwerdeführerinnen insofern nicht zuzusprechen, als sie gemäß § 35 Abs. 3 VwGVG als unterlegene Parteien anzusehen sind.

V. Zur Nichtdurchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung:

Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 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. In der Beschwerde wurden keine Rechts- oder Tatfragen von einer solchen Art aufgeworfen wurden, deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. 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.

VI. Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Vielmehr waren die gegenständlichen Rechtsfragen anhand der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu lösen.