



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: + 43 1 711 23-889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

E N T S C H E I D U N G S D A T U M

0 4 . 0 8 . 2 0 2 2

G E S C H Ä F T S Z A H L

W 2 0 8 2 2 4 8 0 7 9 - 1 / 2 E

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

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Dr. Ewald SCHWARZINGER über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Sabine C.M. Deutsch, gegen den Bescheid des Heerespersonalamts vom 05.10.2021, ZI P1149594/29-HPA/2021 (1) zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 2 VwGVG iVm § 25 AZHG als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer (BF) ist Soldat in einer Organisationseinheit des Bundesheeres mit hohem Bereitschaftsgrad für die Entsendung zu Auslandseinsätzen.

Aufgrund freiwilliger Meldung vom 15.01.2020, angenommen am 01.04.2020, war er im Rahmen der Auslandseinsatzbereitschaft bereit, innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren an Auslandseinsätzen in der Dauer von insgesamt sechs Monaten teilzunehmen.

Mit Schreiben der Dienstbehörde des BF (Kommando Streitkräfte) vom 04.10.2021 wurde mitgeteilt, dass der BF mehrmals über den „Impfplan des österreichischen Bundesheeres: Ausgabe 2021/22“ (VBl I Nr 63/2021) und mögliche Folgen der Impfverweigerung informiert und aufgeklärt worden sei, sich jedoch aus persönlichen Gründen nicht impfen lassen würde. Weiters seien für den BF, welcher noch keine COVID-19 Impfung gehabt hätte, vier Impftermine in der XXXX -Kaserne angeboten worden, welche von ihm jedoch nicht angenommen worden seien. Ebenso sei ihm ein Gespräch angeboten worden, um ihn im Detail über die COVID-19 Impfung aufzuklären. Er würde es ablehnen, eine vorgefertigte „Impfverweigerung“ zu unterschreiben.

2. Mit im Spruch genannten Bescheid wurde festgestellt, dass die Auslandseinsatzbereitschaft des BF aufgrund mangelnder Eignung zur Teilnahme an Auslandseinsätzen mit Ablauf des 04.10.2021 vorzeitig ende.

Begründend wurde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Der belangten Behörde sei am 04.10.2021 mitgeteilt worden, dass der BF eine für den Auslandeinsatz erforderliche Impfung, nämlich die Impfung gegen COVID-19, verweigern würde. Mit VBl I Nr 63/2021 sei der „Impfplan des österreichischen Bundesheeres: Ausgabe 2021/22“ bekanntgegeben worden. Darin sei unter Abschnitt B Z 2 lit. d das Impfprogramm für KIOP-KPE Soldaten festgelegt (u.a. auch die Impfung gegen COVID-19 mit dem jeweils verfügbaren Impfstoff nach den aktuellen Empfehlungen des Nationalen Impfgremiums). Die Impfung gegen COVID-19 reduziere die Gefahr einer Ansteckung bzw. im Falle der Ansteckung die Gefahr eines schweren Verlaufes deutlich. Teilweise sei in den Einsatzräumen die Möglichkeit der medizinischen Betreuung insbesondere im Bereich der Intensivmedizin nicht ausreichend sichergestellt, es fehle daher mangels Impfung gegen COVID-19 an der notwendigen Eignung zu militärischen Auslandseinsätzen. Bei Auslandsentsendungen käme einer gesicherten Immunität gegen möglichst viele Infektionskrankheiten große Bedeutung zu. Zur Erfüllung des militärischen Auftrages seien gesunde Soldaten erforderlich, ein ausreichend sicherer Gesundheitsstatus könne nur durch präventive Impfmaßnahmen längerfristig sichergestellt werden.

3. Dagegen erhob der BF durch seine bevollmächtigte Vertreterin rechtzeitig Beschwerde. Begründend wurde darin im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Es seien keine Studien zu mittel- oder längerfristigen Nebenwirkungen vorhanden, die Entgegennahme der Impfung

stelle daher vielmehr eine Teilnahme an einer breit angelegten medizinisch-pharmazeutischen Studie zur Erprobung der Wirkungen und Nebenwirkungen dar. Eine solche Teilnahme lehne der BF ab. Im Übrigen handle es sich bei dem BF um einen Berufsoffizier im Beamtenstatus. Fakt sei, dass er einen Zusatzvertrag durch den er seine erhöhte Einsatzbereitschaft erklärt habe, im April 2020 unterschrieben habe. Er hätte diesen Vertrag daher lange bevor es überhaupt zu dem Erlass und zur Änderung der Impfvoraussetzungen gekommen sei gehabt. Gleichzeitig wurden mehre Seiten umfassende „Expert Statements“ über die Impfstoffe von Pfizer, Astra Zeneca, Moderna und Johnson & Johnson der Beschwerde als „Gutachten“ bezeichnet beigelegt.

4. Mit Schreiben vom 04.11.2021 (hg. eingelangt am 09.11.2021) wurden die Beschwerde und der gegenständliche Verfahrensakt dem BVwG zur Entscheidung vorgelegt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die rechtzeitige und zulässige Beschwerde erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der oa. Verfahrensgang steht fest.

1.2. Impfstoffe unterliegen in Österreich den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes und dürfen – wie alle anderen Medikamente – erst abgegeben oder für die Abgabe im Inland bereitgehalten werden, wenn sie durch das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen (BASG)/AGES Medizinmarktaufsicht zugelassen oder es sich um gemäß der Verordnung (EG) Nr 726/2004, der Verordnung (EG) Nr 726/2004 in Verbindung mit der Verordnung (EG) Nr 1901/2006, oder der Verordnung (EG) Nr 1394/2007 zugelassene Arzneispezialitäten handelt.

Die derzeit durch die Europäische Arzneimittelagentur und dadurch auch in Österreich zugelassenen COVID-19 Impfstoffe sind Comirnaty der Firma BioNTech Manufacturing GmbH (seit 21.12.2020), Spikevax (COVID-19 vaccine Moderna) der Firma Moderna Biotech Spaon, S.L. (seit 06.01.2021), Vaxzevria (COVID-19 vaccine AstraZeneca) der Firma AstraZeneca AB (seit 29.01.2021), COVID-19 vaccina Janssen der Firma Janssen-Cilag International NV (seit 11.03.2021), Nuvaxovid (Protein-Impfstoff, Novavax) der Firma Novavax (seit 20.12.2021) und Valneva (inaktiviertes Virus) der Firma Valneva Austria (seit 24.06.2022).

Gemäß § 1b Abs 2 Impfschadengesetz hat der Bundesminister für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz durch Verordnung jene Impfungen zu bezeichnen, die nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft zur Abwehr einer Gefahr für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung im Interesse der Volksgesundheit

empfohlen sind. Impfungen gegen COVID-19 finden sich in § 1 Z 1 der aufgrund dieser Bestimmung erlassenen Verordnung (Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über empfohlene Impfungen).

Mit BGBl I Nr 4/2022 vom 04.02.2022 wurde das Bundesgesetz über die Pflicht zur Impfung gegen COVID-19 (COVID-19-Impfpflichtgesetz - COVID-19-IG) beschlossen und mit BGBl II Nr 52/2022 vom 07.02.2022 die Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über die Pflicht zur Impfung gegen COVID-19 (COVID-19-Impfpflichtverordnung – COVID-19-IV) erlassen, deren § 1 Abs 2 besagt, dass für die Erfüllung der Impfpflicht anerkannte Impfstoffe gegen COVID-19 zentral zugelassenen Impfstoffen gegen COVID-19 gleichgestellt sind. Diese zur Erfüllung der Impfpflicht anerkannten Impfstoffe sind in Abs 3 leg. cit. wie folgt angeführt: 1. SARS-CoV-2 Vaccine (Vero Cell), Inactivated (InCoV; Covilo) von Sinopharm/BIBP Beijing Bio-Institute of Biological Products, 2. COVID-19 Vaccine (CoronaVac) von Sinovac, 3. BBV152 (COVAXIN) von Bharat Biotech, 4. SARS-CoV-2 rS Protein (COVID-19) recombinant spike protein Nanoparticle Vaccine NVX-CoV2373 (COVOVAX) von Serum Institute of India und 5. ChAdOx1_nCoV-19 Corona Virus Vaccine (Covishield) von Serum Institute of India.

Mit BGBl I Nr 131/2022 vom 28.07.2022 wurden das COVID-19-IG und die COVID-19-IV aufgehoben.

1.3. Seit März 2020 besteht eine weltweite COVID-19 Pandemie, eine Erkrankung an COVID-19 kann zur Notwendigkeit intensivmedizinischer Betreuung führen.

1.4. Durch die im Verfahrensgang angeführte Mitteilung des Kommando Streitkräfte vom 04.10.2021 wurde bekannt, dass der BF nicht bereit ist, sich gegen COVID-19 impfen zu lassen.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zum BF und dessen Auslandeinsatzbereitschaft beruhen auf den Feststellungen des Bescheides, die unbestritten blieben. Die das Verfahren betreffende Feststellungen ergeben sich aus dem unbedenklichen Akteninhalt.

Dass die genannten Impfstoffe derzeit in Österreich zugelassen sind geht aus der durch das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen veröffentlichten Liste der zugelassenen Impfstoffe hervor (sowie auch aus der Website der Europäischen Arzneimittelagentur) und ist daher notorisch. Es handelt sich, entgegen dem Vorbringen des BF, nicht um eine bloß provisorische Zulassung und haben die zugelassenen Impfstoffe das gesetzlich vorgesehene Zulassungsverfahren allesamt durchlaufen.

Sofern hier Impfstoffe angeführt sind, die erst nach Mitteilung vom 04.10.2021 zugelassen wurden, ist darauf hinzuweisen, dass auch zum Zeitpunkt der Meldung bereits ausreichend zugelassene Impfstoffe zur Verfügung standen.

Die nunmehrige Aufhebung des COVID-19-IG und der COVID-19-IV hat keine Auswirkung, darauf, dass das Österreichische Bundesheer – neben andere Impfungen – weiterhin als notwendigen Voraussetzung für eine Auslandseinsatzbereitschaft eine Impfung gegen COVID-19 fordern kann. Der Einsatzort eines Auslandseinsatzes und die dortige Verfügbarkeit und Qualität der medizinischen Versorgung kann eingeschränkt sein. Wenn sich ein Soldat ansteckt und schwere Symptome entwickelt, dann fällt er nicht nur aus, sondern stellt es auch einen erheblichen Aufwand da, ihn im Einsatzraum medizinisch zu versorgen bzw ihn wieder nach Hause zu bringen, um diese Versorgung zu ermöglichen.

Es ist auf die vorgelegten „Expert Statements“ der Experten nicht näher einzugehen, weil die Impfung mit einem zugelassenen und von der Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über empfohlene Impfungen empfohlenen Wirkstoff, solange diese potentiell notwendig sein kann, verlangt werden kann. Nur der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass die vom BF genannten „Experten“ in Österreich nicht als allgemein beeidigte und gerichtlich zertifizierte Sachverständige anerkannt sind (was für die Erstellung eines Gutachtens nicht unbedingt erforderlich ist) und darüber hinaus mangels eines Wohnsitzes in Österreich auch nicht im Sinne des § 288 Abs 1 StGB verantwortlich gemacht werden können. Auch nehmen diese Statements keinen direkten Bezug auf den Gesundheitszustand des BF.

Das Vorliegen der weltweiten COVID-19 Pandemie sowie auch die möglichen schweren Krankheitsverläufe – welche intensivmedizinische Betreuung notwendig machen – ist notorisch.

Die mangelnde Impfbereitschaft des BF ergibt sich eindeutig aus der genannten Mitteilung vom 04.10.2021 sowie aus der Beschwerde des BF.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Mangels entsprechender Sonderregelung liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Gemäß § 24 Abs 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine

weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art 6 Abs 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen.

Gemäß der Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 EMRK kann eine mündliche Verhandlung unter bestimmten Voraussetzungen unterbleiben, etwa wenn der Fall auf der Grundlage der Akten und der schriftlichen Äußerungen der Parteien angemessen entschieden werden kann (EGMR 12.11.2002, 28.394/95, Döry vs. Schweden; 08.02.2005, 55.853/00, Miller vs. Schweden). Ein Bezugspunkt zum Unionsrecht und damit zur GRC ist nicht ersichtlich.

Da sich im vorliegenden Fall der Sachverhalt aus den Akten ergibt und unstrittig ist, kann von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, zumal auch keine Rechtsfrage von besonderer Komplexität vorliegt.

Gemäß § 28 VwGVG hat, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen (Abs 1). Über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn 1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist (Abs 2).

Zu A)

3.2. Der im gegenständlichen Fall maßgebliche § 25 Auslandszulagen- und -hilfeleistungsgesetz – AZHG, BGBl I Nr 66/1999 idgF, lautet wie folgt:

„§ 25. (1) Personen, die für eine Entsendung zu einem Einsatz gemäß § 1 Z 1 lit. a bis c KSE-BVG als Soldaten in Organisationseinheiten des Bundesheeres mit hohem Bereitschaftsgrad für die Entsendung zu Auslandseinsätzen (§ 101a GehG) in Betracht kommen, können durch eine freiwillige schriftliche Meldung ihre Bereitschaft erklären, innerhalb eines Zeitraumes von drei Jahren an Auslandseinsätzen in der Dauer von insgesamt mindestens sechs Monaten teilzunehmen (Auslandseinsatzbereitschaft).

(2) Die freiwillige Meldung darf nicht an Bedingungen und Vorbehalte gebunden werden. Sie bedarf der Annahme. Dabei sind auch die Eignung der Person zur Teilnahme an Auslandseinsätzen und der militärische Bedarf zu prüfen.

(3) Die Auslandseinsatzbereitschaft kann durch freiwillige schriftliche Meldung auf ein weiteres Jahr oder das Vielfache eines Jahres verlängert werden. Abs. 2 ist anzuwenden. Die Meldung der Weiterverpflichtung gilt als angenommen, wenn sie nicht binnen vier Wochen abgelehnt wird.

(4) Die Auslandseinsatzbereitschaft endet vorzeitig, wenn

1. die Teilnahme an einem Auslandseinsatz von der zu entsendenden Person abgelehnt wird oder

2. die mangelnde Eignung zur Teilnahme an Auslandseinsätzen festgestellt wird oder

3. kein militärischer Bedarf an der Aufrechterhaltung der Auslandseinsatzbereitschaft vorliegt.

(5) Das vorzeitige Enden der Auslandseinsatzbereitschaft ist mit Bescheid festzustellen.

(6) Kein militärischer Bedarf gemäß Abs. 4 liegt vor, wenn

1. Organisationseinheiten oder Teile dieser nicht mehr Organisationseinheiten gemäß § 101a Abs. 1 GehG sind, oder

2. innerhalb der Organisationseinheit an bestimmte Funktionen oder Verwendungen kein Bedarf mehr besteht.“

3.3. Im vorliegenden Fall wurde die mangelnde Eignung des BF aufgrund seiner fehlenden Impfbereitschaft festgestellt. Der Behörde kann aus nachfolgenden Gründen nicht entgegengetreten werden:

Eine mangelnde persönliche Eignung zur Teilnahme an Auslandseinsätzen gemäß § 25 Abs 4 Z 2 AZHG darf nur dann angenommen werden, wenn konkrete, im Bescheid gemäß § 25 Abs 5 AZHG 1999 festzustellende Umstände vorliegen, welche die mangelnde Eignung zur Teilnahme an Auslandseinsätzen begründen (VwGH 11.12.2013, 2013/12/0073).

Voraussetzung für die Auslandseinsatzbereitschaft nach § 25 Abs 1 AZHG ist (unter anderem) die Eignung der betreffenden Person zur Teilnahme an Auslandseinsätzen (§ 25 Abs 2). Gemäß § 26 AZHG haben Personen in der Auslandseinsatzbereitschaft über Aufforderung der Behörde einen Nachweis ihrer Eignung zur Teilnahme an Auslandseinsätzen zu erbringen und sich den erforderlichen Untersuchungen zu unterziehen. Nach den Materialien (283 BlgNR XXII. GP, 36f) liege mangelnde Eignung für Auslandseinsätze „*etwa aus gesundheitlichen Gründen, mangelnder Ausbildung oder sonstiger persönlicher Umstände*“ vor, wobei es der Behörde obliege, festzustellen, „*ob die Eignung für Auslandseinsätze – in der gesamten möglichen Bandbreite (z.B. Wüste bis Arktis) – vorhanden ist und die betreffende Person weiterhin in der Auslandseinsatzbereitschaft verbleiben kann*“. Zur Überprüfung, ob die für die Aufrechterhaltung der Auslandseinsatzbereitschaft erforderliche Eignung weiterhin vorliegt, könne die Behörde „*Nachweise hierüber verlangen*“. Daraus wird deutlich, dass die notwendige Eignung auch fehlen kann, wenn der Betreffende den typischen körperlichen Anforderungen, die an den jeweiligen Dienst zu stellen sind, nicht entspricht (VwGH 28.04.2011, 2011/11/0061), wobei aufgrund des breiten Einsatzspektrums besonders hohe Anforderungen zu stellen sind (VwGH 30.04.2014, 2013/12/0123).

Die mangelnde COVID-19 Impfung bzw. Bereitschaft sich einer solchen zu unterziehen sind konkret festgestellte Umstände, die eine mangelnde persönliche Eignung zur Teilnahme an Auslandseinsätzen gemäß § 25 Abs 4 Z 2 darstellen. Aufgrund der herrschenden Pandemie und der in Anbetracht der mangelnden Impfung erheblich erhöhten Gefahr einer COVID-19 Infektion bzw. im Infektionsfall eines schweren Verlaufes der Krankheit, ist dem BF die Erbringung der Leistungen zu denen er sich gemäß § 25 Abs 1 AZHG verpflichtet hat, nicht möglich. Die Gesundheit der verpflichteten Soldaten ist für die Erfüllung des militärischen Auftrags essentiell. Zur Sicherstellung des Gesundheitszustandes gehört in der derzeitigen Situation einer weltweiten Pandemie jedenfalls auch die Prävention einer COVID-19 Infektion, soweit dies möglich und zumutbar ist, und die Vorsorge, schwere Verläufe möglichst hintanzuhalten.

Wie festgestellt, sind derzeit mehrere Impfstoffe zugelassen und wird die Impfung auch im Sinne der Volksgesundheit empfohlen. Dass nunmehr in Österreich das COVID-19-IG und der COVID-19-IV wieder aufgehoben wurde und wieder mehr Eigenverantwortung eingefordert wird, ändert daran nichts, weil es bei Auslandseinsätzen nicht nur um die Gesundheit der einzelnen Soldaten geht, sondern auch um die Auftragserfüllung. Es liegt auf der Hand, dass bei einem Ausfall von mehreren Soldaten durch schwere Symptome nach einer Infektion, diese gefährdet sein kann. Es konnte und kann daher zur Aufrechterhaltung der für die Auslandseinsatzbereitschaft erforderlichen Eignung verlangt werden, sich einer COVID-19 Impfung zu unterziehen.

3.4. Darüber hinaus stellt die Mitteilung vom 04.10.2021 eine nachträgliche Bedingung bzw. einen nachträglichen Vorbehalt gemäß § 25 Abs 2 AZHG dar, sodass die ursprünglich ordnungsgemäße schriftliche Meldung seit diesem Zeitpunkt an einem Mangel leidet und daher ab diesem Zeitpunkt im Sinne des § 25 Abs 2 AZHG ungültig geworden ist.

3.5. Es wurde daher von der Behörde zu Recht festgestellt, dass die Auslandseinsatzbereitschaft des BF mit Ablauf jenes Tages an dem die Nichtbereitschaft zur Impfung bekannt wurde, vorzeitig endete, weshalb spruchgemäß zu entscheiden ist.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, 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 vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu

beurteilen. Da die Rechtslage eindeutig ist, liegen keine Hinweise auf eine Rechtsfrage vor, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Der VfGH hat in seinem Beschluss vom 01.03.2022, E 133/2022-7, die Behandlung einer Beschwerde zu einem vergleichbaren Erkenntnis des BVwG (W116 2247907 vom 01.12.2021) abgelehnt.