Newsletter [Schule&Recht]

2/2015

Österreichische Gesellschaft
für Schule und Recht

Mit freundlicher Unterstützung
BMBF Bundesministerium für Bildung und Frauen

ÖGSR Österreichische Gesellschaft für Schule und Recht

S&R 2/2015

Inhalt

Aus der Redaktion 3
Informationen aus dem ÖGSR-Vorstand 3
Die Mitglieder des ÖGSR-Vorstandes 4
Neue Mitglieder 4
Stellungnahmen 5
S&R WISSENSCHAFT 7
Schulische Hausordnung und Erziehungsmittel, *B. Wieser* 7
Die „Gleichwertigkeit“ des Häuslichen Unterrichts gem § 11 SchPflG, *F. Lehne* 16
Anmerkungen zu BVwG 4.3.2015, W224 2015175-1/2E, *A. Flendrovsky* 22
Der Rechtsweg im Schulrecht nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, *M. Haider* 27
Die Aufstiegsklausel – Anspruch auf eine 2. Chance?, *G. Kudrna* 33
Rezensionen 39
S&R PRAXIS 41
Zur rechtlichen und pädagogischen Qualität der “§ 5 Abs 2- Prüfung“, *P. Vogt* 41
Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts, *M. Weinhandl* 44

Impressum

S&R [Schule&Recht] erscheint halbjährlich als Newsletter oder als Dokumentation des Symposiums.

Offenlegung gemäß § 25 Mediengesetz:
Herausgeberin und Medieninhaberin: Österreichische Gesellschaft für Schule und Recht
Sitz: Wien
Offenlegung der Blattlinie gemäß § 25 Abs. 4 Mediengesetz:
Erklärung über die grundlegende Richtung: Die Publikation dient der Information der Mitglieder der ÖGSR und bietet eine Diskussionsplattform.
Schriftleitung:
Dr. Christoph Hofstätter
Manuskriptbearbeitung und Lektorat:
Dr. Christoph Hofstätter, Mag. Monika Leitner
Produktionsmanagement und Versand:
Dr. Christoph Hofstätter, Mag. Markus Url

Für den Inhalt der Beiträge trägt ausschließlich die jeweilige Autorin bzw. der jeweilige Autor die Verantwortung.
Hergestellt im BMBF

ISSN 1992-5972

Aus der Redaktion

Liebe Mitglieder der Österreichischen Gesellschaft für Schule und Recht, geschätzte Leserinnen und Leser!

Die Arbeit der ÖGSR im Jahr 2015 schließt mit der vorliegenden Ausgabe von S&R [Schule&Recht], in der wir hoffen, Ihnen wieder einige spannende Beiträge präsentieren zu können.

In der Rubrik S&R WISSENSCHAFT findet sich etwa ein ausführlicher Beitrag des Grazer Universitätsprofessors Bernd Wieser, der sich mit Disziplinarmaßnahmen in der Schule beschäftigt. Des Weiteren ist auf zwei Entscheidungsbesprechungen von Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofs zum häuslichen Unterricht bzw des Bundesverwaltungsgerichts zur Verwendung der Gebärdensprache hinzuweisen. Die Autoren sind der Salzburger Universitätsassistent Florian Lehne und Alexander Flendrovsky, verfassungsrechtlicher Mitarbeiter am Verfassungsgerichtshof.

Maximilian Haider vom LSR für Oberösterreich stellt zudem die Kernthesen seiner Diplomarbeit mit dem Thema "Der Rechtsweg im Schulrecht nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012" vor. Der junge Rechtsanwaltsanwärter und langjährige Schülervertreter Georg Kudrna beschäftigt sich schließlich mit der sog "Aufstiegsklausel" ohne zu verhehlen, dass er einer bewusst schülerfreundlichen Sicht anhängt.

Für die Rubrik S&R PRAXIS hat Martina Weinhandl, Richterin am BVwG, wieder eine Rechtsprechungsübersicht über die schulrechtlich relevanten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts unter allfälliger Berücksichtigung weiterer Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und dem Verwaltungsgerichtshof verfasst. Dazu beschäftigt sich Philipp Vogt, Jurist und Lehrer an einer Neuen Mittelschule in Tirol, mit der rechtlichen und pädagogischen Qualität der "§ 5 Abs 2 - Prüfung".

Geschätzte Leserinnen und Leser, Sie sehen also, das österreichische Schulrecht lebt und mit ihm auch S&R [Schule&Recht], das zentrale Publikationsmedium für schulrechtliche Fragestellungen in Österreich. Aus dem beruflichen Hintergrund der Autoren wird außerdem deutlich, dass Schulrecht immer stärker und von unterschiedlichsten Juristenkreisen nachgefragt wird. Den Vorstand der ÖGSR hat das bewogen, sich Gedanken über die bessere Verbreitung und einfachere Zugänglichkeit von S&R [Schule&Recht] für die Zukunft zu machen.

Mit großer Freude dürfen wir nun verkünden, dass ab dem 1.1.2016 ausgewählte Beiträge auch über die Rechtsdatenbanken RDB und RIDA verfügbar sein werden. Die neue Abfragemöglichkeit sorgt dafür, dass jedem zu schulrechtlichen Themen recherchierenden Juristen die Beiträge von S&R [Schule&Recht] angezeigt werden. Nicht nur die Schule geht – frei nach dem Thema des ÖGSR-Symposiums 2015 – in ein digitales Zeitalter; die ÖGSR geht diesen Weg ebenfalls mit.

Schließen darf ich wieder mit einer Einladung, an der nächsten Ausgabe von S&R [Schule&Recht] mitzuwirken. Unsere Zeitschrift lebt von den Beiträgen der österreichischen Schulrechtscommunity, seien Sie ein aktiver Teil davon, senden Sie uns Ihr Manuskript bis zum 31.3.2016 an publikationen@oegsr.at und wirken Sie in der nächsten Ausgabe als AutorIn mit!

Dr. Christoph Hofstätter

Publikationsreferent der ÖGSR

Kontakt: publikationen@oegsr.at

Informationen aus dem ÖGSR-Vorstand

Liebe Mitglieder der Österreichischen Gesellschaft für Schule und Recht!

Das vergangene Jahr 2014 konnte erfreulicherweise positiv abgeschlossen werden.

Am Jahresanfang waren € 12.332,71,- auf dem Konto. Am Jahresende dann € 13.759,04,-.

Der Überhang von € 1426,33,- ist wie in den letzten Jahren neben den Mitgliedsbeiträgen auch wieder auf die großzügige Unterstützung unserer Veranstaltungen durch Gönner und Sponsoren zurückzuführen.

Ich darf daher für alle finanziellen Beiträge herzlich Danke sagen!

Die ÖGSR konnte 2015 damit einige interessante Veranstaltungen organisieren. Neben dem traditionellen Symposium "Das Recht in der digitalen (Schul)Welt" wurde auch wieder eine Fortbildungsveranstaltung "Deutsche Schulrechtsimpulse - österreichische Perspektive " organisiert, die von unseren Mitgliedern auch zahlreich besucht wurden.

Nun ist es aber wieder soweit. Mit dem neuen Arbeitsjahr 2016 wird auch der neue Mitgliedsbeitrag fällig.

Der Mitgliedsbeitrag beträgt € 40,-.

Bitte verwenden Sie für Einzahlungen des Mitgliedsbeitrages 2016 und noch allfällig offener Beiträge den beiliegenden Erlagschein oder bei Nutzung von Telebanking folgenden IBAN bzw. (aus dem Ausland) folgenden BIC:

IBAN: AT38 1200 0513 8085 0601

BIC: BKAUATWW

Die Daten unserer Bankverbindung finden Sie auch auf der Startseite unserer Homepage.

Für 2016 werden mit Ihrem Mitgliedsbeitrag neben unserem Publikationsorgan S&R das Symposium am 27.1.2016 "Der K(r)ampf um das Recht in der Schule" im Stadtschulrat Wien, die Fortbildungsveranstaltung am 16.3.2016 in der Wirtschaftskammer Wien finanziert und eine Studienreise nach München (20.-22.4.2016) vorbereitet.

Alles Liebe und viel Erfolg im Jahr 2016!

Mag. Michael Fresner

Kassier im Vorstand der ÖGSR

Kontakt: kassier@oegsr.at

ÖGSR-Vorstand

Dr. Markus **Juranek**
Präsident.
Dr. Jutta **Zemanek**
Vizepräsidentin.
Mag. Michael **Fresner**
Kassier.
Dr. Mirella **Hirschberger-Olinovec**
Schriftführerin.

Die ÖGSR Landeskoordinator/inn/en

MMag. Gerald **Kögl**
Burgenland.
Dr. Birgit **Leitner**
Kärnten.
Dr. Franz **Wesely**
Niederösterreich.
Mag. Alexander **Mayrhofer**
Oberösterreich.
DDr. Erwin **Konjecic**
Salzburg.
N.N.
Steiermark.
Mag. Julia **Wendt**
Tirol.
Dr. Christine **Gmeiner**
Vorarlberg.
Mag. Lukas **Uhl**
Wien.

Die ÖGSR Bereichsverantwortlichen

MMMag. DDr. Karl Heinz **Auer**
Referent für Forschungsangelegenheiten.
Mag. Helene **Schütz-Fatalin**
Organisationsreferentin.
Mag. Julia **Wendt**
Stv Organisationsreferentin.
Mag. Markus **Url**
Referent für Öffentlichkeitsarbeit.
Dr. Christoph **Hofstätter**
Publikationsreferent.
Mag. Peter **Koren**
Referent für internationale Kontakte.
Mag. Sandra **Steiner**
Bindeglied zu den Landesschulrats-direktor/inn/en.
Dr. Winfried **Schluifer**
Referent für Angelegenheiten der Kirchen- und Religionsgesellschaften.
SC i.R. Dr. Felix **Jonak**
Referent für Gesetzesbegutachtungsverfahren.
Dr. Monika **Schillhammer**
Bildungsreferentin.
Mag. Christoph **Ascher**
Referent für Behörden und internationale Kontakte.
Dr. Johann **Kepplinger**
Weisenrat.

Die ÖGSR Rechnungsprüfer

Mag. Markus **Loibl**
1. Rechnungsprüfer.
MR Mag. Erich **Rochel**
2. Rechnungsprüfer.

Stellvertreterinnen von Mitgliedern des Vorstandes

Mag. Petra **Benesch**
Stellvertreterin des Kassiers.
Dr. Birgit **Leitner**
Stellvertreterin der Schriftführerin.

Neue Mitglieder

MMag. Dr. Michael **Unterwurzacher**
HTL Hallein, 20.1.2015.
DDr. Markus **Gerhold**
Richter am BVwG, 22.4.2015.
Mag. Peter **Haas**
PH Wien, 22.4.2015.
MMag. Gerald **Kögl**
Land Burgenland, 22.4.2015.

Dr. Thomas **Menzel**
BMBF, 22.4.2015.
Mag. Maximilian **Haider**
LSR für Oberösterreich, 22.4.2015.
Mag. Angelika **Güttl-Strahlhofer**,
Moderatorin der OER-Community, 8.10.2015.
Mag. Silvia **Türk**,
LSR für Niederösterreich, 8.10.2015.
SC Ing. Mag. Andreas **Thaller**
BMBF, 11.11.2015.

Stellungnahmen

Im Auftrag der ÖGSR erstellt Felix Jonak die Stellungnahmen im Begutachtungsprozess zu aktuellen Gesetzesänderungsverfahren:

ÜBERSICHT BETREFFEND DIE STELLUNGNAHMEN DER ÖGSR ZU GESETZ- UND VERORDNUNGSENTWÜRFEN

(von Oktober 2014 bis September 2015)

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Hochschulgesetz 2005 geändert wird, 21. Oktober 2014

Die Novellierung ist zu begrüßen, weil sie angesichts der neuen Lehrerinnen- und Lehrerausbildung, BGBl I 2013/124, die Bereiche möglicher Normenkollisionen von Hochschulen und Partnerinstitutionen regelt und in der Kooperationsklausel § 10a festlegt, welche Normen abdingbar und welche unabdingbar sind.

Zu begrüßen ist weiter die Schärfung der Aufgaben der Organe der PH und die klarere Zuordnung strategischer, operativer und exekutiver Elemente. Die Stärkung der Rektorate in der strategischen Steuerungsfunktion und Beratung und Kontrolle als primäre Aufgaben der Hochschulräte helfen ebenso, mögliche Konflikte zu minimieren wie die klare Zuordnung der Betrauung von Institutsleitern durch die Rektorate auf Vorschlag des Rektors. Zur Ermöglichung der nötigen Flexibilität im Falle der Änderung des Organisationsplans muss auch noch die Möglichkeit der Beendigung der Betrauung durch das Rektorat normiert werden, wenn die PH am betreffenden Institut ansonsten nicht mehr ungehindert in der Lage ist, ihre Aufgaben wahrzunehmen.

Die Einführung des Organs des Hochschulkollegiums, in dem die bisherige Studienkommission aufgeht (§ 17), ist zu begrüßen, weil durch die Einbindung von zwei Vertretern der Verwaltung eine breitere Basis hergestellt wird. Im Hinblick auf den wichtigen Aspekt der Kontinuität sind die Vertreter des Lehrpersonals allerdings gemäß § 18 Abs 1 Z 1 (Stammlehrpersonal) zu rekrutieren und nicht auch nach Z 2 leg cit (vorübergehend zur Dienstleistung zugewiesenes Lehrpersonal), wie dies der Entwurf derzeit vorsieht.

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Islamgesetz 1921 geändert wird, 31. Oktober 2014

Die Bemühungen für den Islam statt des Islamgesetzes aus 1912 unter Bedachtnahme auf die für andere gesetzlich anerkannte Religionsgesellschaften bestehenden Gesetze den derzeitigen Erfordernissen entsprechende neue gesetzliche Regelungen zu erlassen, ist zu begrüßen. Aus legistischer Sicht erscheint es jedoch bedenklich, die Neuregelungen als Novelle zum Stammgesetz zu formulieren, obwohl vom bisherigen Gesetz – abgesehen vom Titel – keine Bestimmung in Kraft bleibt; es handelt sich daher theoretisch um das Gesetz aus 1912, obwohl im Vorblatt als Ziel "die Schaffung eines modernen Gesetzes", also eines Gesetzes aus 2014 genannt wird. Dazu kommt, dass gemäß § 1 von einer einzigen anerkannten Religionsgesellschaft für die Anhänger des Islam ausgeht. Es sollte daher ein Gesetz über die Islamischen Religionsgesellschaften 2014 sein. Allerdings wurde diese Methode bereits beim Gesetz betreffend die Regelung der äußeren Rechtsverhältnisse der israelitischen Religionsgesellschaft gewählt.

Zu § 6 wird bemerkt, dass die Darstellung der Lehre in deutscher Sprache wesentlich ist, weil die Behörde und allenfalls die Gerichte die Voraussetzungen der Anerkennung prüfen können müssen, was nur in der Staatssprache rechtlich eindeutig möglich ist. Dies gilt sinngemäß auch für die Lehrbücher, da die Unterrichtsbehörde diese gemäß § 2 Abs. 3 des Religionsunterrichtsgesetzes, BGBl. Nr. 190/1949 idgF zu prüfen hat, dass sie nicht im Widerspruch zur staatsbürgerlichen Erziehung stehen.

Es fällt auf, dass im 3. Abschnitt anders als im Bundesgesetz über die äußeren Rechtsverhältnisse der Evangelischen Kirche (§ 16), auf den im § 7 des Bundesgesetzes über äußere Rechtsverhältnisse der griechisch-orientalischen Kirche in Österreich und im § 2 des Orientalisch-orthodoxen Kirchengesetzes verwiesen wird, und im Gesetz betreffend die äußeren Verhältnisse der israelitischen Religionsgesellschaft, BGBl. I Nr. 48/2012, (§ 9) ausdrückliche Bestimmungen betreffend den Religionsunterricht und die Privatschulen fehlen. Im Sinne der Einheit der Rechtsordnung erscheint es dringend geboten, auch in den gegenständlichen Entwurf

entsprechende Bestimmungen aufzunehmen. Die diesbezüglichen Ausführungen im besonderen Teil der Erläuterungen zu den §§ 1 und 2 im 5. und den folgenden Absätzen erscheinen zutreffend aber nicht ausreichend. Die Bestimmung wie im Bundesgesetz BGBl. I Nr. 48/2012 steckt die Grenzen zwischen innerer Angelegenheit der Religionsgesellschaft und den staatlichen Normen entsprechend ab. Darüber hinaus sollte auch das Recht der Führung von Privatschulen – wie bei den anderen anerkannten Religionsgesellschaften – ausdrücklich erwähnt werden.

Bezüglich der Kostenentwicklung wäre auch für den Fall der Anerkennung anderer Richtungen des Islams auf die Möglichkeit getrennten Religionsunterrichtes hinzuweisen, wobei allerdings genaue Kostenschätzungen derzeit nicht möglich sind.

Stellungnahme zum Entwurf einer Verordnung, mit der die Prüfungsordnung BHS, Bildungsanstalten, die Prüfungsordnung BMHS und die Prüfungsordnung Bildungsanstalten geändert werden, 27. April 2015

Die Österreichische Gesellschaft für Schule und Recht begrüßt den vorliegenden Entwurf zur Bereinigung der Verordnungen über die abschließenden Prüfungen im Bereich der berufsbildenden sowie lehrer- und erzieherbildenden Schulen.

Die Prüfungsordnungen BMHS und Bildungsanstalten beinhalten nach dem Titel auch die Promulgationsklausel. Diese verweist als gesetzliche Grundlage dieser Verordnungen auf das SchUG und das SchUG für Berufstätige (nunmehr SchUG-BKV). Durch die vorgesehene Novelle entfallen in diesen Verordnungen alle Bestimmungen, die sich auf das SchUG gründen. Nachdem die Verordnungstitel geändert werden, wäre es zweckmäßig – wenn auch im Regelfall nicht üblich – in der Promulgationsklausel den Verweis auf das SchUG zu streichen.

Im Artikel 3 (Änderung der Prüfungsordnung Bildungsanstalten) soll § 30 entfallen. Gleichzeitig wäre § 30 im Inhaltsverzeichnis zu streichen.

Daneben wurde eine Reihe von Entwürfen zu Schulgesetzen (u.a. Schulorganisationsgesetz, Schulunterrichtsgesetz, Schulzeitgesetz, Schulpflichtgesetz, Schülerbeihilfengesetz) und Verordnungen (u.a. Prüfungsordnungen, Lehrpläne) und andere der ÖGSR zugeleitete Entwürfe geprüft, wobei vom Standpunkt der von der ÖGSR wahrzunehmenden Anliegen keine Stellungnahme abzugeben war.

der autor:

Dr. Felix Jonak war lange Jahre Sektionschef im Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur und gilt als einer der profundesten Kenner der österreichischen Schulverwaltung. Er ist Ehrenmitglied der ÖGSR und erstellt als Referent für Gesetzesbegutachtungsverfahren im Auftrag der ÖGSR die Stellungnahmen im Begutachtungsprozess zu aktuellen Gesetzesänderungsverfahren.

Kontakt: begutachtungen@oegsr.at

Österreichische

Gesellschaft

für

Schule

und

Recht

www.oegsr.at

S&R WISSENSCHAFT

Schulische Hausordnung und Erziehungsmittel

Von Bernd Wieser

I. Einleitung

A. Der rechtliche Rahmen

Die §§ 43-50 SchUG[1] regeln iS einer Verhaltensordnung bzw "Schulordnung" die Gestaltung des Schullebens. Sie tun dies allerdings in nicht abschließender Weise, sondern werden in kaskadenartiger Form durch weitere Rechtsgrundlagen ergänzt, die im Sinne einer Schulautonomie teilweise auch auf individuellen Regelungsmöglichkeiten der einzelnen Schulen basieren.

Im Einzelnen hat der zuständige Bundesminister gem § 44 Abs 1 SchUG durch Verordnung die näheren Vorschriften über das Verhalten der Schüler in der Schule, bei Schulveranstaltungen und bei schulbezogenen Veranstaltungen, über Maßnahmen zur Sicherheit der Schüler in der Schule, bei Schulveranstaltungen und bei schulbezogenen Veranstaltungen sowie zur Ermöglichung eines ordnungsgemäßen Schulbetriebes unter Bedachtnahme auf das Alter der Schüler, die Schulart sowie die der Schule obliegenden Aufgaben zu erlassen. Auf dieser Grundlage wurde die Verordnung des Bundesministers für Unterricht und Kunst vom 24. Juni 1974 betreffend die Schulordnung (im Folgenden abgekürzt: SchulO), BGBl 1974/373 idF zuletzt BGBl II 2005/181, erlassen.

Das Schulforum bzw der Schulgemeinschaftsausschuss kann gem § 44 Abs 1 SchUG darüber hinaus, soweit es die besonderen Verhältnisse erfordern, eine Hausordnung erlassen; sie ist der zuständigen Schulbehörde zur Kenntnis zu bringen und durch Anschlag in der Schule kundzumachen. In der Hausordnung können je nach der Aufgabe der Schule (Schulart, Schulform), dem Alter der Schüler sowie nach den sonstigen Voraussetzungen am Standort (zB Zusammensetzung der Klasse, schulautonome Profilbildung, Beteiligung an Projekten bzw Schulpartnerschaften, regionale Gegebenheiten) schuleigene Verhaltensvereinbarungen für Schüler, Lehrer und Erziehungsberechtigte als Schulgemeinschaft und Maßnahmen zur Förderung der Schulqualität festgelegt werden, wobei das Einvernehmen aller Schulpartner anzustreben ist.

Ungeachtet des im Gesetz verwendeten trügerischen Begriffs "schuleigene Verhaltensvereinbarungen"[2] handelt es sich bei der Hausordnung (bzw dem entsprechenden Teil der Hausordnung) nicht um einen bürgerlichrechtlichen Vertrag, sondern um eine Verordnung iSd Art 18 Abs 2 B-VG.[3] Die schulische Hausordnung darf derart weder dem SchUG noch der offenkundig übergeordneten SchulO widersprechen.

Eine Verpflichtung zur Erlassung einer Hausordnung lässt sich aus der Bestimmung (arg: "kann") nicht ableiten.[4] Inhalt der Hausordnung können zB der pünktliche Schulbesuch, die Nachholung versäumter Pflichten, der respektvolle Umgang miteinander, das schonende Behandeln schulischer Einrichtungen, die Abfallbeseitigung sowie Verbote wie Gewalt gegen Mitschüler, Rauchen, ungerechtfertigtes Fernbleiben vom Unterricht oder die Verwendung technischer Geräte ("Handy") sein.[5]

B. Problemstellung

Im Rahmen der Mitwirkung der Schule an der Erziehung der Schüler[6] hat gem § 47 Abs 1 Satz 1 SchUG der Lehrer in seiner Unterrichts- und Erziehungsarbeit die der Erziehungssituation angemessenen persönlichkeits- und gemeinschaftsbildenden Erziehungsmittel anzuwenden,

[1] Schulunterrichtsgesetz, BGBl 1986/472 (Wiederverlautbarung) idF zuletzt BGBl I 2015/104.

[2] Vgl dazu RV 582 BlgNR 21. GP 10: "Das Zusammenwirken aller Schulpartner bei der Festlegung dieser schuleigenen Verhaltensvereinbarungen, die – so sie überhaupt festgelegt werden – im Sinne einer Selbstbindung verpflichtenden Charakter haben, soll bewirken, dass sich alle an diese Vereinbarungen auch gebunden fühlen und die gegebenenfalls vereinbarten Konsequenzen akzeptieren."

[3] So auch RV 582 BlgNR 21. GP 10; *Wieser*, Handbuch des österreichischen Schulrechts III: Schulunterrichtsrecht (2015) 163; *S. Hauser*, Schulunterrichtsgesetz. Kommentar (2014) 484; *Perko*, Rechtliche Möglichkeiten von LehrerInnen beim Einschreiten gegen Gewalt an der Schule, S&R 1/2007, 27 (31).

[4] So auch RV 582 BlgNR 21. GP 10; *Wieser*, Handbuch III, 164; *S. Hauser*, Schulunterrichtsgesetz 484.

[5] Vgl RV 582 BlgNR 21. GP 10; siehe ferner *S. Hauser*, Schulunterrichtsgesetz 484.

[6] Die gewählte Formulierung stellt klar, dass die diesbezügliche Hauptverantwortlichkeit bei den Erziehungsberechtigten (Eltern) bleibt; vgl auch RV 345 BlgNR 13. GP 53; *S. Hauser*, Schulunterrichtsgesetz 506; *Perko*, S&R 1/2007, 28.

die insb Anerkennung, Aufforderung oder Zurechtweisung sein können.[7] Körperliche Züchtigung, beleidigende Äußerungen und Kollektivstrafen – das ist die Bestrafung einer Mehrzahl von Schülern, deren Schuld nicht festgestellt wurde – sind gem § 47 Abs 3 SchUG verboten.[8]

In diesem Rahmen sind nach § 8 Abs 1 SchulO[9] konkret folgende Erziehungsmittel anzuwenden: bei positivem Verhalten des Schülers: Ermutigung, Anerkennung, Lob, Dank; bei einem Fehlverhalten des Schülers: Aufforderung, Zurechtweisung, Erteilung von Aufträgen zur nachträglichen Erfüllung versäumter Pflichten, beratendes bzw belehrendes Gespräch mit dem Schüler, beratendes bzw belehrendes Gespräch unter Beiziehung der Erziehungsberechtigten, Verwarnung.

Nach einem obiter dictum des VfGH ist die Aufzählung des § 8 Abs 1 SchulO erschöpfend; die genannte Norm sei eine Bestimmung, "die die anzuwendenden Erziehungsmittel gegenüber dem Gesetz, das solche demonstrativ nennt,[10] in ausschließlicher Weise katalogisiert".[11] Fraglich und in diesem Aufsatz zu untersuchen ist daher, ob in der schulischen Hausordnung (dazu oben A.) weitere Erziehungsmittel vorgesehen werden dürfen; ein solcher Bedarf wird dem Vernehmen nach in der Praxis vielfach angemeldet.[12]

C. Meinungen im Schrifttum und Kritik

Die gegenständliche Frage wird im Schrifttum nicht einheitlich und darüber hinaus auch nicht klar und widerspruchsfrei beantwortet. *Jonak/Kövesi* vertreten – wie der VfGH – die These, dass § 8 SchulO eine erschöpfende Aufzählung der Erziehungsmittel enthalte. "Schulhaft" ("Karzer") sowie "Strafarbeiten" seien weder im SchUG noch in der SchulO vorgesehen und daher unzulässig. Allerdings könnten neben den im SchUG und in der SchulO ausdrücklich vorgesehenen Erziehungsmitteln weitere Erziehungsmittel in der "Verhaltensvereinbarung" (§ 44 Abs 1 vorletzter Satz SchUG) vorgesehen werden; diese dürfe jedoch § 47 Abs 3 und § 49 SchUG[13] nicht widersprechen.[14]

In der wiedergegebenen Stellungnahme ist zunächst der rechtliche Rang der schulischen Hausordnung vulgo "Verhaltensvereinbarung" nicht klar erkenntlich. Zum einen wird der Aufzählung der Erziehungsmittel in § 8 Abs 1 SchulO eine taxative Bedeutung zugemessen, was an sich eine Erweiterung durch eine normenhierarchisch unterhalb der SchulO stehende Regelung ausschlösse. Zum anderen soll gerade eine solche Erweiterung durch die Hausordnung möglich sein, womit also offenkundig die Hausordnung (einer Schule) auf die rechtliche Stufe der (ministeriellen) SchulO gehoben wird. Für diese These spricht auch, dass die in der Hausordnung vorgesehenen Erziehungsmittel nach der wiedergegebenen Ansicht nur nicht gegen näher genannte Bestimmungen des SchUG verstoßen dürfen; von der Unzulässigkeit eines Widerspruchs zu § 8 Abs 1 SchulO ist nicht die Rede.

Sicherlich zutreffend ist ferner die geäußerte Ansicht, dass "Schulhaft" ("Karzer") sowie "Strafarbeiten", da weder im SchUG noch in der SchulO vorgesehen, unzulässig seien. Fraglich ist aber, ob diese Erziehungsmittel in einer Hausordnung festgelegt werden dürfen. Als (einzige) Grenze für eine solche Normierung nennen die Autoren § 47 Abs 3 und § 49 SchUG, somit körperliche Züchtigung, beleidigende Äußerungen und Kollektivstrafen bzw den Ausschluss des Schülers aus der Schule. "Schulhaft" ("Karzer") sowie "Strafarbeiten" fallen nicht darunter. Nimmt man also die Autoren beim Wort bzw denkt man ihre Ausführungen zu Ende, so müsste die Statuierung von "Schulhaft" ("Karzer") sowie "Strafarbeiten" in einer Hausordnung als zulässig erachtet werden, wenngleich der "Gesamteindruck" ihrer Stellungnahme wohl eher dagegen spricht.

Auch *Hauser* – und ähnlich *Perko* – vertritt die Ansicht, dass die Konkretisierung der Erziehungsmittel durch § 8 SchulO in taxativer Weise erfolge. Die Anwendung anderer Erziehungsmittel, zB "Strafarbeiten" (Auswendiglernen eines Gedichts, zusätzliche Schreibübungen, Zusatzaufgaben), fachfremde Tätigkeiten oder freiheitsbeschränkende Maßnahmen (zB Einsperren

[7] Die genannten Maßnahmen können nach § 47 Abs 1 Satz 2 SchUG auch vom Klassenvorstand und vom Schulleiter, in besonderen Fällen auch von der zuständigen Schulbehörde ausgesprochen werden (vgl ferner § 47 Abs 1 Satz 3 SchUG bezüglich der Erzieher und Freizeitpädagogen).

[8] Zur Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes sei auf Folgendes hingewiesen: § 47 Abs 2 SchUG sieht unter näher genannten Voraussetzungen die Versetzung eines Schülers in eine Parallelklasse sowie die Stellung eines Antrages auf Ausschluss des Schülers vor; § 49 SchUG regelt den Ausschluss des Schülers aus der Schule. Diese (im Gesetz abschließend geregelten) Maßnahmen sind nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

[9] Diese Norm berührt nicht die Rechtssphäre eines Lehrers, sondern regelt nur die Ausübung seiner Funktionen (VfSlg 10.571/1985).

[10] Gemeint ist § 47 Abs 1 SchUG.

[11] VfSlg 10.571/1985.

[12] Vgl etwa *Perko*, S&R 1/2007, 31.

[13] § 49 SchUG regelt den Ausschluss eines Schülers aus der Schule; siehe dazu auch schon oben FN 8.

[14] *Jonak/Kövesi*, Das österreichische Schulrecht[13] (2012) 676 FN 4.

in Räumen, Sitzenbleiben während der Pause) sei – auch diesbezüglich parallel zu *Jonak/Kövesi* – nicht zulässig. Anders dann aber die Schlussfolgerung der Autorin: Auch mittels einer Hausordnung iSd (gemeint:) § 44 SchUG könne der Katalog der nach § 8 SchulO zulässigen Erziehungsmittel nicht um repressive Maßnahmen erweitert werden.[15] Wohl dasselbe meint *Perko*, wenn er (wenngleich offen) formuliert, dass die "schuleigenen Verhaltensvereinbarungen" "nicht jedoch zusätzliche Erziehungsmaßnahmen" statuieren können.[16]

Damit bleibt auch bei *Hauser* (und *Perko*) der normenhierarchische Rang der schulischen Hausordnung in Schwebe. Warum nur eine Erweiterung um repressive Erziehungsmaßnahmen, nicht aber um "positive" Maßnahmen ausgeschlossen sei, wird ebenso wenig erläutert wie die Frage, was mit "repressiven" Maßnahmen gemeint ist bzw aus welchen Rechtsvorschriften allfällige diesbezügliche Grenzen abzuleiten sind.[17]

II. Eigene Erwägungen

A. § 47 SchUG und der Kreis der Erziehungsmittel

Der Versuch einer Lösung der gegenständlichen Frage sollte seinen Ausgangspunkt an der historischen Entwicklung der einschlägigen Vorschriften und den damit verbundenen gesetzgeberischen Intentionen nehmen. § 47 Abs 1 Satz 1 SchUG steht noch in seiner Stammfassung BGBl 1974/139[18] in Geltung. Versucht man in den weitwändigen Gesetzesmaterialien Aufschluss zur Wendung "Erziehungsmittel anzuwenden, die insbesondere Anerkennung, Aufforderung oder Zurechtweisung sein können" zu erlangen, so stößt man zunächst auf folgende Passage: "Belohnung und Bestrafung in der Schule können nur durch den Erziehungszweck begründet und gerechtfertigt werden. Sie stellen keinesfalls die ausschließlichen Erziehungsmittel im Rahmen der Schule dar."[19]

Stellt man diese Aussage dem Gesetzestext gegenüber, so fällt auf, dass in diesem weder "Belohnung" noch "Bestrafung" erwähnt wird, obwohl nach der Formulierung der Materialien diese offenkundig eine Art Basis-Erziehungsmittel sein sollen, die um weitere Erziehungsmittel angereichert werden können und sollen. Stattdessen greift § 47 Abs 1 Satz 1 SchUG – insofern auf der Zielrichtung der Materialien liegend – zu einer demonstrativen Aufzählung von (jedenfalls in Betracht kommenden bzw verfügbaren) Erziehungsmitteln und stellt es offenkundig dem Lehrer frei, darüber hinaus noch andere Erziehungsmittel anzuwenden.

In diese Linie – prinzipieller Freiraum des Lehrers – passt dann nahezu auffällig "passgenau" eine weitere Formulierung in den Gesetzesmaterialien: "Ein Katalog der Erziehungsmittel kann gesetzlich nicht normiert werden, weil es sich dabei um ein Gebiet handelt, das den Erkenntnissen der wissenschaftlichen Pädagogik und Psychologie jederzeit entsprechen soll und in dem sich die Erzieherqualitäten eines Lehrers kundtun."[20] Dass dem Lehrer – grundsätzlich nicht durch heteronome Normsetzung beschränkt – die Prärogative bei der Auswahl der Erziehungsmittel zukommen soll, kommt ferner auch im anschließenden Satz in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck. "Für die Auswahl der jeweils in Frage kommenden Erziehungsmittel muß die konkrete Erziehungssituation des einzelnen Schülers und der Klasse, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Alters und des Milieus des Schülers, entscheidend sein."[21]

Wenn man so will, kann man eine weitere Bestätigung des bislang gefundenen Ergebnisses in der Vorschrift des § 47 Abs 3 SchUG – auch diese Vorschrift steht noch in der Stammfassung BGBl 1974/139 in Geltung – sehen. Will der Gesetzgeber durch die bloß demonstrative Aufzählung von Erziehungsmitteln in § 47 Abs 1 SchUG dem Lehrer prinzipiell einen Freiraum bei der Wahl der Erziehungsmittel einräumen, so muss er zugleich gewahr sein, dass dieser Spielraum auch missbraucht werden bzw zum Einsatz von Erziehungsmitteln führen kann, die – da etwa pädagogisch unzweifelhaft überholt bzw abgelehnt – keineswegs mehr geduldet bzw vom gesetzgeberischen Willen umspannt sind. In der genannten Vorschrift des § 47 Abs 3 SchUG ist der Gesetzgeber dieser Gefahr entgegengetreten und hat eine klare Grenze markiert: Körperliche Züchtigung, beleidigende Äußerungen und Kollektivstrafen sind verboten. Alle anderen Maßnahmen, so muss gefolgert werden, lässt das Gesetz aber zu.[22] Betrachtet man lediglich § 47

[15] *S. Hauser*, Schulunterrichtsgesetz 506 (ferner 484 f).

[16] *Perko*, S&R 1/2007, 31.

[17] Versteht man *Perko* hingegen so, dass keine wie auch immer gearteten zusätzlichen Erziehungsmaßnahmen in einer Hausordnung geregelt werden können, dann bietet sich insgesamt ein schlüssigeres Bild; nur ist dies nach dem Gesamtkontext seiner Ausführungen eben nicht anzunehmen.

[18] Erinnert sei (siehe auch schon oben FN 1), dass das SchUG durch BGBl 1986/472 wiederverlautbart worden ist.

[19] RV 345 BlgNR 13. GP 53.

[20] RV 345 BlgNR 13. GP 53.

[21] RV 345 BlgNR 13. GP 53 f.

[22] Aus Gründen der Vereinfachung sei ausgeblendet, dass sich Grenzen auch aus anderen Rechtsvorschriften, so etwa insb aus dem StGB (BGBl 1974/60 idF zuletzt BGBl I 2015/113), ergeben

SchUG unter Ausblendung sonstiger Vorschriften wie etwa der SchulO, müsste man also zu dem Ergebnis kommen, dass "Schulhaft" ("Karzer")[23] sowie "Strafarbeiten" zulässig sind.

B. Inkurs: Die Rechtslage vor § 47 SchUG

Aufschlussreich ist auch ein Vergleich mit der vor der Erlassung des SchUG geltenden Rechtslage, so etwa mit der (durch § 81 Abs 2 lit e SchUG aufgehobenen) Verordnung des Bundesministers für Unterricht betreffend die Festsetzung einer Allgemeinen Schulordnung für die Mittelschulen (im Folgenden: Allgemeine Schulordnung), BGBl 1937/294.[24] Nach deren § 33 zogen Vergehen gegen die Schulordnung sowie "Unfleiß" je nach ihrer Art und nach der Altersstufe des Schülers Ermahnungen oder Strafen nach sich. Bei leichteren Vergehen und bei Unfleiß konnten gem § 34 Allgemeine Schulordnung nach fruchtloser Ermahnung, allenfalls auch ohne diese, folgende Strafen verhängt werden: Verwarnung durch den Fachlehrer (allenfalls mit Eintragung der Strafe in das Klassenbuch); Rüge durch den Klassenvorstand (mit Vermerkung im Klassenbuch); einfache Schulhaft bis zur Höchstdauer von zwei Stunden, verhängt durch den Fachlehrer oder den Klassenvorstand. Bei schwereren oder wiederholten leichteren Vergehen konnten vom Lehrkörper durch Konferenzbeschluss folgende Strafen verhängt werden: Rüge durch den Direktor vor der Klasse; Karzer als Freiheitsbeschränkung bis zur Höchstdauer von 16 Stunden; die Ausschließung des Schülers von der Schule (§ 35 Abs 1 Allgemeine Schulordnung). Die Karzerstrafe konnte über den Schüler gem § 35 Abs 2 Allgemeine Schulordnung nicht öfter als zwei Mal während eines Schuljahres verhängt werden. Die zweite, unter Umständen auch schon die erste Karzerstrafe war mit der Androhung des Ausschlusses verbunden. Bemerkenswert schließlich § 36 Allgemeine Schulordnung: Die Schulhaft und die Rüge durch den Direktor, unter Umständen auch die Karzerstrafe, konnte, falls der Urheber einer Übertretung nicht zu ermitteln war oder falls eine ganze Klasse sich eine Übertretung zuschulden kommen gelassen hatte, auch auf die ganze Klasse ausgedehnt werden.

Im Vergleich zum geltenden Recht fällt ua[25] auf, dass § 47 Abs 3 SchUG zwar etwa expressis verbis beleidigende Äußerungen als Erziehungsmittel ausschließt, nicht aber die (viel gravierendere) Strafe des "Karzers" (in den oben beschriebenen Formen). Die Materialien gehen auf diesen Wertungswiderspruch nicht ein. So kann nur vermutet werden, dass die Gesetzesautoren vor dem gegebenen verfassungsrechtlichen Hintergrund bereits mit der Nichtaufnahme der Schulhaft in den Katalog der Erziehungsmittel (§ 47 Abs 1 SchUG) diese als in Wegfall geraten betrachtet haben. Nach Art 5 Abs 1 EMRK – (schon) im Zeitpunkt der Erlassung des SchUG (1974) im Rang von Bundesverfassungsrecht stehend – darf nämlich einem Menschen die Freiheit nur in den in dieser Bestimmung genannten Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden (ebenso nunmehr Art 2 des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684 idF BGBl I 2008/2). Art 5 Abs 1 EMRK sah und sieht "Schulhaft" bzw "Karzer" nicht als zureichenden Grund bzw als Form einer Freiheitsentziehung vor (ebenso wenig wie Art 2 des genannten Bundesverfassungsgesetzes). Somit war die vor dem Inkrafttreten des SchUG geltende Rechtslage eigentlich verfassungswidrig. Mit der Nichtstatuierung von Schulhaft bzw "Karzer" als Erziehungsmittel (§ 47 Abs 1 SchUG) wurde insofern also die Rechtslage saniert. Zugleich muss § 47 Abs 1 SchUG in verfassungskonformer Weise so ausgelegt werden, dass diesem weder die Ermächtigung des Lehrers, gleichsam aus eigenem Antrieb Schulhaft anzuordnen, innewohnt noch dass eine untergesetzliche Norm – sei es die ministerielle SchulO oder eine schulische Hausordnung – "Karzer" als Erziehungsmittel vorsehen dürfte. MaW und auf den Punkt gebracht: "Karzer" ist als Erziehungsmittel im geltenden Schulrecht absolut ausgeschlossen.[26]

können. Natürlich darf der Lehrer einem Schüler nicht etwa als Strafe für Fehlverhalten dessen Lieblingsgegenstand zerstören und damit eine Sachbeschädigung begehen (§ 125 StGB), auch wenn dies § 47 Abs 3 SchUG nicht expressis verbis ausschließt.

[23] Dazu aber gleich anschließend B.

[24] Bemerkenswert "modern" übrigens § 3 der Kundmachung dieser (inhaltlich alles andere als "modernen") Verordnung: "An allen Stellen der Allgemeinen Schulordnung, an denen von Direktor, Lehrer, Schüler die Rede ist, gilt diese Bezeichnung sinngemäß auch für Direktorin, Lehrerin, Schülerin."

[25] Bemerkenswert ist zudem, dass § 36 Allgemeine Schulordnung – anders als nunmehr § 47 Abs 3 SchUG – die Kollektivstrafe ausdrücklich erlaubte. Ferner ist herauszuheben, dass – anders als nunmehr § 47 Abs 3 SchUG – die Allgemeine Schulordnung körperliche Züchtigungen nicht expressis verbis verbot. Deutet man den Strafenkatalog der §§ 33 ff Allgemeine Schulordnung als abschließende Aufzählung, so war freilich die körperliche Züchtigung nicht genannt und darum unzulässig.

[26] Sehr verkürzt und ohne die hier gezogenen dogmatischen Ableitungen, aber zutreffend formulierten schon *Heller/Zeizinger*, Das Schulunterrichtsgesetz (1974) Anm 13 zu § 47: "Freiheitsbeschränkende Maßnahmen (‚Schulhaft', ‚Karzer') sind mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage ebenfalls verboten."; ebenso nunmehr *Götz/Münster* (Hrsg),

Zweite hier relevante "Hauptrechtsquelle" neben der für "Mittelschulen" geltenden Allgemeinen Schulordnung war vor der Erlassung des SchUG 1974 die Verordnung des Ministeriums für Kultus und Unterricht vom 29. September 1905, RGBl 1905/159, womit eine definitive Schul- und Unterrichtsordnung für allgemeine Volksschulen und für Bürgerschulen erlassen wird (im Folgenden: Schul- und Unterrichtsordnung); sie wurde durch § 81 Abs 2 lit c SchUG aufgehoben.

Die Schul- und Unterrichtsordnung war von einem ganz anderen Geist durchweht als die Allgemeine Schulordnung.[27] Die Lehrer waren hinsichtlich der erziehlichen Aufgabe der Volksschule und der Erreichung einer guten "Schulzucht" berechtigt und verpflichtet, "alle zulässigen und pädagogisch bewährten Mittel in Anwendung zu bringen" (§ 73 Schul- und Unterrichtsordnung). Bei der Wahl der Erziehungsmittel war gem § 81 Abs 1 Schul- und Unterrichtsordnung stets die Eigenart des Kindes zu berücksichtigen. Die Lehrer mussten va bestrebt sein, das Vertrauen der Kinder durch eine ernste, aber liebevolle und gerechte Behandlung zu erlangen (!). Nach § 81 Abs 2 Schul- und Unterrichtsordnung sollten Strafen nur mit ruhiger Überlegung verhängt werden, auch war mit ihnen sparsam und haushälterisch zu verfahren (!); in keinem Falle durften sie das sittliche Gefühl des Kindes oder seine Gesundheit gefährden. Auf ganze Klassen durften gem § 81 Abs 3 Schul- und Unterrichtsordnung die Strafen nicht ausgedehnt werden.

Als zulässige Schulstrafen galten gem § 82 Abs 1 Schul- und Unterrichtsordnung: der Verweis durch den Lehrer, den Klassenlehrer oder den Leiter der Schule; Stehenlassen außerhalb der Bank; Ausschließung von Vergnügungen oder von Schulausflügen; Nachsitzen mit entsprechender Beschäftigung unter Aufsicht des Lehrers; Vorladung vor die Lehrerkonferenz oder vor den Vorsitzenden der Ortsschulbehörde; die Androhung der Ausschließung und endlich die Ausschließung selbst. Alle anderen Strafen, insb die körperliche Züchtigung, waren nach der zitierten Bestimmung unstatthaft (!).

Im Vergleich mit § 47 SchUG zeigen sich Parallelen und Unterschiede. Ähnlich ist die generalklauselartige Anordnung, dass der Lehrer bei der Wahl der Erziehungsmittel sich stets von der individuellen Lage des Kindes ("Eigenart des Kindes"; § 81 Abs 1 Schul- und Unterrichtsordnung) zu leiten lassen hat. Im alten Recht ist dies sogar deutlich "feinfühliger" formuliert ("ernste, aber liebevolle und gerechte Behandlung"; § 81 Abs 1 Schul- und Unterrichtsordnung).

Übereinstimmend ist ferner, dass alle jene Erziehungsmittel, die § 47 Abs 3 SchUG verpönt, auch nach altem Recht ausgeschlossen waren. Bezüglich der Kollektivstrafen war dies in § 81 Abs 3 Schul- und Unterrichtsordnung, betreffend die körperliche Züchtigung in § 82 Abs 1 leg cit expressis verbis normiert. Das Verbot beleidigender Äußerungen kann nach früherem Recht aus der Verbindung von § 82 Abs 1 Schul- und Unterrichtsordnung ("Alle anderen Strafen … sind unstatthaft.") mit § 81 Abs 1 leg cit (Pflicht zu einem "feinfühligen" Eingehen auf die individuelle Situation des Schülers) abgeleitet werden. Die Unzulässigkeit von Schulhaft schließlich – zum geltenden Recht siehe oben – ergab sich früher aus § 82 Abs 1 Schul- und Unterrichtsordnung.

Unterschiedlich ist indes die Abgrenzung der zulässigen Erziehungsmittel. Während § 82 Abs 1 Schul- und Unterrichtsordnung diesbezüglich einen taxativen Katalog enthielt, ist § 47 Abs 1 SchUG "entwicklungsoffen" angelegt. War der Lehrer somit nach altem Recht auf einen fixierten Strafenkatalog festgelegt, aus dem er die der jeweiligen Situation angemessene Strafe auszuwählen hatte, steht er – bei isolierter Betrachtung des § 47 Abs 1 SchUG – vor der Herausforderung, zunächst den Kreis der in Frage kommenden Erziehungsmittel selbst definieren zu können bzw zu müssen. Freilich belehrt ihn ein Blick in § 8 SchulO, dass ihm der Verordnunggeber die Arbeit oder zumindest einen Teil der Arbeit abgenommen hat.

C. § 8 SchulO und der Kreis der Erziehungsmittel

Damit stellt sich in einer weiteren "Runde" die Frage des Verhältnisses zwischen § 47 SchUG und § 8 SchulO. Grundsätzlich sollte es zunächst unstrittig sein bzw wurde es im Schrifttum auch bislang nicht in Frage gestellt, dass die (in § 44 Abs 1 Satz 1 SchUG vorgesehene) ministerielle SchulO den in § 47 Abs 1 SchUG umrissenen Kreis an zulässigen Erziehungsmitteln näher konkretisieren darf. Generell ist hierzu festzuhalten, dass nach Art 18 Abs 2 B-VG jede Verwaltungsbehörde – und zwar auch ohne hierzu ausdrücklich durch Gesetz ermächtigt zu sein[28] – auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbe-

Die österreichischen Schulgesetze (Loseblatt) XI A, Anm 13 zu § 47 SchUG; siehe ferner *Berka*, Die pädagogische Freiheit des Lehrers als Rechtsproblem, JBl 1978, 571 (579 FN 46); *Walter/Mayer*, Grundriß des Besonderen Verwaltungsrechts[2] (1987) 161.

[27] Siehe zum Folgenden auch *Friedrich*, Schulpflicht, Schulbesuch und Schulstrafen (1956) 15 f und 41 f.

[28] Vgl nur statt aller *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[11] (2015) Rz 598 mN von Jud.

reiches Verordnungen erlassen kann. In concreto hat der Gesetzgeber das Verordnungsrecht dahin ausgestaltet, dass er – verfassungsrechtlich zulässigerweise[29] – eine Pflicht zur Erlassung einer Verordnung festgelegt hat. Danach, dh nach § 44 Abs 1 Satz 1 SchUG sind in der SchulO ua die näheren Vorschriften "über das Verhalten der Schüler" sowie "zur Ermöglichung eines ordnungsgemäßen Schulbetriebes auf Grund dieses Abschnittes"[30] zu erlassen. Die Festlegung von Erziehungsmitteln kann ohne größeren Auslegungsaufwand unter diese sehr allgemein gehaltene Umschreibung subsumiert werden. Die bloß demonstrative Aufzählung der Erziehungsmittel in § 47 Abs 1 Satz 1 SchUG steht hierbei prima vista einer Konkretisierung durch untergesetzliches Verordnungsrecht auch nicht entgegen.

Zu hinterfragen ist nunmehr, ob durch § 8 Abs 1 SchulO nicht dennoch die gesetzgeberische Intention konterkariert wird. Zu erinnern ist daran, dass die bloß demonstrative Aufzählung der Erziehungsmittel in § 47 Abs 1 Satz 1 SchUG nach der nachweislichen gesetzgeberischen Intention den Sinn hat, den Lehrer nicht in der Auswahl der Erziehungsmittel zu beschränken.[31] Die sich daraus ergebende entscheidende Fragestellung hat schon 1979 *Zeizinger* wie folgt formuliert: "Was die rechtliche Fragwürdigkeit anlangt, geht es – allgemein gesprochen – darum, ob eine Verordnungsbestimmung, die in Durchführung einer gesetzlichen Bestimmung ergeht, eben diese Gesetzesnorm einschränken darf. Auf unseren Fall umgelegt, stellt sich die Frage der Zulässigkeit der durch § 8 Abs. 1 der Schulordnung in Form der taxativen Aufführung der Erziehungsmittel vorgenommenen Einengung des dieser Verordnungsbestimmung zugrunde liegenden § 47 Abs. 1 SchUG, der sich für eine beispielsweise Aufzählung der Erziehungsmittel entschieden hat."[32] *Berka* bezeichnet demgemäß § 8 SchulO, wenn die dort vorgenommene Aufzählung von Erziehungsmitteln taxativ zu verstehen sein sollte, "wie der Wortlaut nahelegt", als "nicht unbedenklich".[33]

Bevor ein interpretativer Ausweg aus der Situation aufgezeigt wird, soll noch ein letzter Rettungsversuch dahin unternommen werden, dass die entscheidende Passage in den Gesetzesmaterialien noch einmal auf ihren Sinngehalt überprüft wird. Dieser Satz lautet: "Ein Katalog der Erziehungsmittel kann gesetzlich nicht normiert werden, weil es sich dabei um ein Gebiet handelt, das den Erkenntnissen der wissenschaftlichen Pädagogik und Psychologie jederzeit entsprechen soll und in dem sich die Erzieherqualitäten eines Lehrers kundtun."[34] Es könnte nun dieser Satz so verstanden werden, dass zwar nicht der Gesetzgeber einen abschließenden Katalog von Erziehungsmitteln aufstellen könne, wohl aber der Verordnunggeber dies dürfe, weil dieser schneller und flexibler auf die sich wandelnden Erkenntnisse der wissenschaftlichen Pädagogik und Psychologie reagieren könne. Tragfähig erscheint dieser Ansatz jedoch nicht. Die Wendung "gesetzlich nicht normiert werden" meint erkenntlich nicht eine bestimmte Rechtssatzform (nämlich das formelle Gesetz), sondern soll eine (abschließende) Festlegung des Lehrers auf bestimmte Erziehungsmittel durch heteronome Normsetzung welcher Art auch immer ausschließen. Dies wird auch durch den Rekurs auf die "Erzieherqualitäten eines Lehrers" bestätigt; ihm soll es letztendlich obliegen, den für die Lösung einer bestimmten Situation in Frage kommenden Kreis an Erziehungsmitteln zu bestimmen und daraus das nach seiner wohlabgewogenen Einschätzung bestgeeignete auszuwählen.

Führt derart also kein Weg an der bloß eingeschränkten Ermächtigung des Verordnunggebers – er darf dem Lehrer zwar im Gesetz nicht ausdrücklich genannte Erziehungsmittel "anbieten", diesen aber nicht auf einen geschlossenen Kreis von Erziehungsmitteln beschränken – vorbei, so stellt sich die Frage, ob § 8 Abs 1 SchulO auch rechtsdogmatisch dahin verstanden werden könnte. Die Lösung kann in Folgendem gefunden werden: § 8 Abs 1 SchulO muss, auch wenn der einschlägigen Aufzählung nicht das Wörtchen "insbesondere" vorangestellt ist, nicht zwingend als taxative Aufzählung von Erziehungsmitteln verstanden werden. Immerhin spricht § 8 Abs 1 SchulO auch nicht davon, dass im Rahmen des § 47 Abs 1 SchUG "nur", "lediglich" bzw "ausschließlich" folgende Erziehungsmittel anzuwenden sind.[35] Ein solches Verständnis ist Ausdruck einer allgemeinen Interpretationsmaxime: Im Zweifel ist kein Rechtsakt so zu verstehen, dass er im Widerspruch zu den – sei-

[29] Auch dazu *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 596.

[30] Gemeint ist der 9. Abschnitt des SchUG, unter den auch § 47 leg cit fällt.

[31] Siehe eingehend oben A.

[32] *Zeizinger*, Leistungsverweigerung in der Schule. Zugleich ein Beitrag zur Anwendung von Erziehungsmitteln, Der Staatsbürger 1979/9, 33 (34 FN 6); vgl auch *Hengstschläger*, Schulrecht, in *Schambeck* (Hrsg), Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich II (1993) 1045 (1097 FN 307).

[33] *Berka*, JBl 1978, 581 FN 64.

[34] RV 345 BlgNR 13. GP 53.

[35] Zuzugeben ist, dass eine allfällige Formulierung "können … angewendet werden" statt der verwendeten Textierung "sind … anzuwenden" die in Rede stehende Interpretationsvariante noch weiter befördern würde.

ne Erzeugung regelnden oder determinierenden – Rechtsvorschriften steht; erscheint eine Norm in verschiedener Weise auslegbar, so engt sich die Wahl auf jene Auslegung (oder Auslegungsarten) ein, die die Norm als der höherrangigen Norm konform erscheinen lässt (lassen).[36] In gesetzeskonformer Interpretation ist § 8 Abs 1 SchulO daher so zu verstehen, dass er eine lediglich demonstrative Aufzählung von Erziehungsmitteln enthält.

D. Schulische Hausordnung und der Kreis der Erziehungsmittel

Mit dem vorhin gefundenen Ergebnis – bloß beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung der Erziehungsmittel in § 8 Abs 1 SchulO – ist die grundsätzliche Möglichkeit eröffnet, dass auch noch in einer anderen verordnungsförmigen Rechtsquelle, konkret in der schulischen Hausordnung, weitere Erziehungsmittel vorgesehen werden können. Damit stellt sich die Frage, ob die Statuierung von Erziehungsmitteln in einer "schuleigenen Verhaltensvereinbarung" überhaupt von der Ermächtigung des § 44 Abs 1 SchUG umfasst ist.

Untersucht man die Gesetzesmaterialien, kommt man zu einem eindeutigen Ergebnis. § 44 Abs 1 SchUG in seiner heute geltenden Fassung geht im Kern auf die Novelle BGBl I 2001/78 zurück. Im Allgemeinen Teil der Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu dieser Novelle liest man: "Neben den schon in der derzeitigen Schulordnung, BGBl. Nr. 373/1974 in der geltenden Fassung, festgelegten Möglichkeiten der Anwendung positiver und eingreifender Erziehungsmittel (zB Ermutigung, Anerkennung, Aufforderung, Zurechtweisung) soll den schulpartnerschaftlichen Gremien (Schulforum, Schulgemeinschaftsausschuss) in Hinkunft die Möglichkeit (und nicht die Verpflichtung) eingeräumt werden, alters- und situationsadäquate schuleigene Verhaltensvereinbarungen festzulegen."[37] Schon diese Feststellung lässt keinen Zweifel übrig, dass "neben" den in der SchulO festgelegten "positiven" und "eingreifenden" Erziehungsmitteln weitere derartige Erziehungsmittel in einer schuleigenen Verhaltensvereinbarung statuiert werden dürfen. An anderer Stelle der Materialien ist bestätigend davon die Rede, dass die Art der Erlassung der schuleigenen Verhaltensvereinbarung bewirken soll, dass sich alle an diese Vereinbarungen auch gebunden fühlen "und die gegebenenfalls vereinbarten Konsequenzen akzeptieren".[38] Auch aus der Wendung, dass "in erster Linie nicht repressive Erziehungsmaßnahmen" das Wesen der modernen, auf einer Vereinbarungskultur fußenden Schulkultur bestimmten,[39] lässt sich erschließen, dass solche "repressive Erziehungsmaßnahmen" sehr wohl Teil (wenngleich in subsidiärer Funktion) einer schuleigenen Verhaltensvereinbarung sein können. Schließlich ist gem § 49 Abs 1 SchUG (idF der Novelle BGBl I 2001/78) ein Schüler von der Schule auszuschließen, wenn er seine Pflichten in schwer wiegender Weise verletzt und die Anwendung von Erziehungsmitteln gem § 47 leg cit "oder von Maßnahmen gemäß der Hausordnung" erfolglos bleibt.

Zu klären bleibt an dieser Stelle, ob eine schulische Hausordnung bei der Statuierung von Erziehungsmitteln an § 8 Abs 1 SchulO insofern gebunden ist, als sie keine gegen letztgenannte Vorschrift verstoßende Norm enthalten darf.[40] Damit steht das normenhierarchische Verhältnis zwischen SchulO und Hausordnung in Frage. Schon der Umstand, dass erstere durch den zuständigen Bundesminister, letztere durch ein Organ der jeweiligen Schule erlassen wird, indiziert, dass die Hausordnung der SchulO untergeordnet ist; Gegenteiliges – gemeint: Gleichrangigkeit – müsste gesondert erwiesen werden. Die Materialien bestätigen allerdings den Unterordnungscharakter. So kann schon die oben wiedergegebene Wendung, dass "neben" den in der SchulO geregelten Erziehungsmitteln in einer Hausordnung weitere Erziehungsmittel vorgesehen werden dürfen, nur so verstanden werden, dass in letzterer keine "gegen" die SchulO gerichteten Normen aufgenommen werden dürfen. Auf einer eher allgemeineren Ebene kann auch der Gesetzestext selbst in Anschlag gebracht werden: Nach § 44 Abs 1 Satz 1 SchUG hat der zuständige Bundesminister durch Verordnung bestimmte nähere Vorschriften zu erlassen. Nach § 44 Abs 1 Satz 2 SchUG kann das Schulforum bzw der Schulgemeinschaftsausschuss "darüber hinaus" (also gemeint wohl: in Bindung an die, nicht jedoch abweichend von der nach Satz 1 erlassenen Verordnung), soweit es die besonderen Verhältnisse erfordern, eine Hausordnung erlassen.

[36] Luzide *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 135 mN von Jud.

[37] RV 582 BlgNR 21. GP 7.

[38] RV 582 BlgNR 21. GP 10.

[39] RV 582 BlgNR 21. GP 10.

[40] Die Frage ist allerdings wohl weitgehend akademisch. Da § 8 Abs 1 SchulO eine eher lose Aufzählung von Erziehungsmitteln enthält, diese insb auch nicht mit bestimmten Erziehungssituationen konditional verknüpft, ist ein Normenwiderspruch eher schwer vorstellbar. Ein solcher läge etwa dann vor, wenn eine schulische Hausordnung expressis verbis die Anwendung eines der in § 8 Abs 1 SchulO genannten Erziehungsmittel (zB der Verwarnung) ausschließt, was wohl nicht eine sehr realitätsnahe Annahme ist.

Eine Untermauerung kann ferner in jener Passage der Materialien erblickt werden, in der diese auf den Fall von Rechtswidrigkeiten der Hausordnung eingehen. Unter Rechtswidrigkeit wird hierbei nämlich in einem Klammerausdruck "Nichtübereinstimmung mit der bestehenden Rechtsordnung – zB § 5 des Schulorganisationsgesetzes, Leistungsbeurteilungsverordnung ua." verstanden.[41] Die Materialien stellen also auf einen Widerspruch "mit der bestehenden Rechtsordnung", nicht bloß auf "Gesetzwidrigkeit" ab. Mehr noch: Sie nennen als Beispiel die "Leistungsbeurteilungsverordnung", ganz offenkundig gemeint also die einschlägige ministerielle Verordnung aus dem Jahre 1974, BGBl 1974/371. Der Umstand, dass die Materialien die schulische Hausordnung normenhierarchisch ausdrücklich unter einer bestimmten ministeriellen Verordnung ansiedeln, kann durchaus in verallgemeinerbarer Form gelesen und verstanden werden, nämlich so, dass die schulische Hausordnung – zur Erinnerung: eine Verordnung iSd Art 18 Abs 2 B-VG – in der Rechtspyramide unter den Verordnungen des zuständigen Bundesministers insgesamt und damit auch unter der hier interessierenden SchulO steht.

Damit bleibt noch eine letzte, aber entscheidende Frage offen, nämlich wie sich die schulische Hausordnung zur in § 47 Abs 1 Satz 1 SchUG (iVm den Gesetzesmaterialien) grundgelegten Autonomie des Lehrers bei der Auswahl und Anwendung von Erziehungsmitteln verhält. Diesbezüglich dürfte die SchUG-Novelle BGBl I 2001/78 wenn schon keinen Paradigmenwechsel, so doch eine erhebliche Modifikation gegenüber den gesetzgeberischen Vorstellungen des Jahres 1974 gebracht haben, auch wenn das in den Materialien zur genannten Novelle nicht angesprochen bzw thematisiert wird. Die durch § 44 Abs 1 SchUG idF BGBl I 2001/78 geschaffene Möglichkeit der "schulpartnerschaftlichen Gremien", "alters- und situationsadäquate schuleigene Verhaltensvereinbarungen festzulegen"[42], nimmt dem Lehrer doch grundsätzlich einen Teil seiner diesbezüglichen pädagogischen Freiheit aus der Hand. Insofern ist der seinerzeitigen gesetzgeberischen Intention, wonach "(e)in Katalog der Erziehungsmittel … gesetzlich[43] nicht normiert werden (kann), weil es sich dabei um ein Gebiet handelt, das den Erkenntnissen der wissenschaftlichen Pädagogik und Psychologie jederzeit entsprechen soll und in dem sich die Erzieherqualitäten eines Lehrers kundtun"[44], partiell derogiert worden.

Im Einzelnen können die in Rede stehenden "schuleigenen Verhaltensvereinbarungen" allerdings wohl sehr unterschiedlich ausgestaltet werden. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit können grob schematisch folgende Situationen gesondert werden: Die schulische Hausordnung könnte sich etwa darauf beschränken, ähnlich wie § 8 Abs 1 SchulO in einer losen Aufzählung einfach zusätzliche Erziehungsmittel anzuführen. Dies ist – ganz gleich wie im Fall des § 8 Abs 1 SchulO – als reines "Angebot" an den Lehrer zu verstehen, unter diesen Erziehungsmitteln das der jeweiligen Erziehungssituation seiner Meinung nach bestentsprechende auszuwählen und anzuwenden; der Einsatz eines anderen oder zusätzlichen, weder in der SchulO noch in der Hausordnung genannten Erziehungsmittels ist dadurch aber nicht ausgeschlossen.[45]

Die schulische Hausordnung könnte aber auch – sofern sie sich nicht in Widerspruch zur SchulO (bzw zu § 47 Abs 1 SchUG) setzt – den Einsatz eines bestimmten Erziehungsmittels generell ausschließen. Daran ist der Lehrer gebunden; insofern ist seine, wie aufgewiesen, früher bestehende weitgehende pädagogische Freiheit beschnitten. Analoges gilt, wenn die Hausordnung eine Priorisierung der Erziehungsmittel nach dem Muster "Primär soll das Erziehungsmittel A zum Einsatz gebracht werden, nur wenn nach der konkreten Situation mit diesem nicht das Auslangen gefunden werden kann, darf das Erziehungsmittel B angewendet werden." festlegt.[46] Schließlich könnten in einer Hausordnung konditionale Verknüpfungen zwischen Tatbestand und Rechtsfolge statuiert werden, in etwa nach dem Muster "Wenn ein Schüler das Fehlverhalten X setzt, dann ist das Erziehungsmittel A anzuwenden"[47].[48] Auch diesfalls ist die pädagogische Grundentscheidung in der generellen Norm getroffen und reduziert sich die Rolle des

[41] RV 582 BlgNR 21. GP 10.

[42] So nochmals RV 582 BlgNR 21. GP 7.

[43] "Gesetzlich" ist hier im materiellen Sinn zu verstehen; gemeint ist heteronome generelle Rechtsetzung allgemein.

[44] RV 345 BlgNR 13. GP 53.

[45] De facto ist damit kein Unterschied zu jener Situation gegeben, wo überhaupt keine schulische Hausordnung besteht.

[46] Freilich darf eine solche Priorisierung nicht gegen § 8 Abs 2 SchulO verstoßen, wonach Erziehungsmaßnahmen möglichst unmittelbar erfolgen und in einem sinnvollen Bezug zum Verhalten des Schülers stehen sowie dem Schüler einsichtig sein und eine die Erziehung des Schülers fördernde Wirkung haben sollen.

[47] Siehe beispielsweise http://www.hib-liebenau.at/images/stories/service/s_verhaltensvereinbarungen08.pdf.

[48] Auch hier muss darauf hingewiesen werden, dass derartige "Vertatbestandlichungen" nicht gegen höherrangiges Recht, insb § 47 SchUG und § 8 SchulO, verstoßen dürfen.

Lehrers – überspitzt formuliert – auf die Vornahme eines juristischen Subsumtionsvorganges.

III. Ergebnis

Nach § 47 Abs 1 SchUG hat der Lehrer in seiner Unterrichts- und Erziehungsarbeit die der Erziehungssituation angemessenen persönlichkeits- und gemeinschaftsbildenden Erziehungsmittel anzuwenden; (lediglich) demonstrativ genannt werden Anerkennung, Aufforderung und Zurechtweisung. Die durch den Gesetzestext derart indizierte Vermutung, der Lehrer könne darüber hinaus auch andere Erziehungsmittel einsetzen, bestätigt sich nach Analyse der Gesetzesmaterialien; aus diesen ergibt sich zweifelsfrei, dass dem Lehrer die Prärogative bei der Auswahl der Erziehungsmittel zukommen soll. Dies freilich nur innerhalb der gesetzlichen Schranken, die insb durch § 47 Abs 3 SchUG aufgerichtet werden. Danach sind körperliche Züchtigung, beleidigende Äußerungen und Kollektivstrafen verboten. Verfassungsrechtliche Überlegungen vor dem Hintergrund insb des Art 5 EMRK ergeben, dass weiters jedenfalls auch freiheitsbeschränkende Maßnahmen ("Schulhaft", "Karzer") absolut unzulässig sind.

Angesichts der beschriebenen gesetzlichen Vorgaben, die sich grundsätzlich auch auf die untergesetzliche heteronome Normsetzung erstrecken, ist die ministerielle SchulO aus 1974 – die Erlassung dieser Verordnung basiert auf § 44 Abs 1 Satz 1 SchUG – rechtlich neu zu bewerten. Konkret muss die in § 8 Abs 1 SchulO getroffene Konkretisierung der Erziehungsmittel – entgegen der praktisch einhelligen Meinung im Schrifttum und einem obiter dictum in einem Judikat des VfGH – als bloß beispielhafte Aufzählung verstanden werden. Der Lehrer ist daher insofern nicht auf den Kreis der dort genannten Erziehungsmittel beschränkt.

Anders stellt sich jedoch die Situation bezüglich der – als Verordnung iSd Art 18 Abs 2 B-VG zu qualifizierenden und normenhierarchisch unterhalb der SchulO angesiedelten – schulischen Hausordnung ("schuleigenen Verhaltensvereinbarung") dar. Eine solche kann (muss aber nicht) gem § 44 Abs 1 Satz 2 und 3 SchUG vom jeweiligen schulpartnerschaftlichen Gremium (Schulforum, Schulgemeinschaftsausschuss) erlassen werden. Die Hausordnung darf zwar keine dem SchUG oder der SchulO widerstreitenden Vorschriften enthalten. Aus den Gesetzesmaterialien zu § 44 Abs 1 SchUG idF 2001 ergibt sich aber, dass in einer schulischen Hausordnung die Anwendung von Erziehungsmitteln auch über das SchUG und die SchulO hinaus einer näheren rechtlichen Regelung unterzogen werden darf; dies kann bis zu einer konditionalen Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge reichen (in concreto: Das Fehlverhalten X zieht die Anwendung des Erziehungsmittels A nach sich). Macht also eine Schule von der Möglichkeit der Erlassung einer Hausordnung (schuleigenen Verhaltensvereinbarung) Gebrauch, so ist – je nach deren inhaltlicher Gestaltung – auch der pädagogische Freiraum des Lehrers bezüglich des Einsatzes von Erziehungsmitteln insofern beschränkt.

der autor:

Univ.-Prof. DDr. Bernd Wieser ist Universitätsprofessor an der Karl-Franzens-Universität Graz und Leiter des Instituts für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft sowie des Russian East European & Eurasian Studies Zentrum / REEES (Zentrum für osteuropäisches Recht). Neben dem osteuropäischen Recht ist einer seiner Forschungsschwerpunkte das Schulrecht; davon zeugen auch zahlreiche Publikationen wie insb das vierbändige Werk "Handbuch des österreichischen Schulrechts" (siehe Rezensionen). Mitglied der ÖGSR.

bernd.wieser@uni-graz.at

https://russian-east-european-eurasian-studies.uni-graz.at/

Bernd Wieser (Hrsg)
Handbuch der russischen Verfassung
1. Auflage 2014
Verlag Österreich
Umfang: 1311 Seiten
Preis: 299,00 EUR
ISBN: 978-3-7046-6713-7

Die "Gleichwertigkeit" des Häuslichen Unterrichts gem § 11 SchPflG

Kritische Anmerkungen zu VfGH, 10.3.2015, E 1993/2014

Von Florian Lehne

I. Einführung

Der häusliche Unterricht kann in Österreich auf eine lange Geschichte zurückblicken. Ursprünglich eher Kindern aus adeligem Stand vorbehalten, wurde seine grundrechtliche Gewährleistung auch ein Anliegen der liberalen, bürgerlichen Bewegung in der Mitte des 19. Jahrhunderts, was letztlich in dem bis heute in Geltung befindlichen Art 17 Abs 3 StGG seinen Niederschlag fand.[1] Von einer nur ausnehmend geringen Gruppe von Kindern bzw deren Eltern in Anspruch genommen, hat der häusliche Unterricht in der zweiten Republik bisher ein Dasein im Schatten des Schulunterrichts geführt.[2]

Nun scheint es, als würde der "schulfreie" Unterricht eine kleine Renaissance erleben. Die Zahl der Kinder (Schulpflichtigen), die häuslichen Unterricht empfangen, ist zwar immer noch klein aber offenbar im Wachsen begriffen.[3] Die Motivation der Eltern ist dabei unterschiedlich gelagert; eine gewisse Grundskepsis im Hinblick auf "die Schule" scheint jedenfalls mitzuschwingen.[4] Dies zieht nicht nur ein gesteigertes Medieninteresse nach sich;[5] es scheint sich auch in der Judikatur abzubilden. Immerhin sind es nicht weniger als sieben Erkenntnisse betreffend den häuslichen Unterricht, die das mit 1.1.2014 geschaffene Bundesverwaltungsgericht schon erlassen hat. Eine Auswahl dieser Erkenntnisse wurde bereits in der letzten Ausgabe dieser Zeitschrift dokumentiert.[6]

Den Dreh- und Angelpunkt rechtlicher Auseinandersetzungen rund um den häuslichen Unterricht bildet dessen sog Gleichwertigkeit zum Schulunterricht. Sie ist in § 11 Abs 2, 3 und 4 Schulpflichtgesetz (SchPflG)[7] geregelt. Zunächst sieht § 11 Abs 2 SchPflG die Möglichkeit vor, die Schulpflicht durch häuslichen Unterricht zu erfüllen, wobei dieser mit dem Unterricht an allgemein bildenden Pflichtschulen sowie mittleren oder höheren Schulen gleichwertig zu sein hat (§ 11 Abs 2 iVm § 5 SchPflG). Bei der – je nach Schuljahr – maßgeblichen "Maßstabschule" hat es sich in jedem Fall um eine öffentliche oder mit Öffentlichkeitsrecht ausgestattete Schule zu handeln (§ 11 Abs 2 iVm §§ 4, 5 SchPflG).

Wollen Eltern, dass ihr schulpflichtiges Kind häuslichen Unterricht in Anspruch nimmt, haben sie dies gem § 11 Abs 3 SchPflG vor Schulbeginn dem zuständigen Landesschulrat anzuzeigen, der diesen innerhalb einer Einmonatsfrist nur dann untersagen kann, wenn mit "großer Wahrscheinlichkeit" zu erwarten ist, dass die Gleichwertigkeit nach § 11 Abs 2 SchPflG nicht gegeben ist (sog ex-ante Kontrolle). In weiterer Folge regelt § 11 Abs 4 SchPflG den nachträglichen Nachweis der Gleichwertigkeit, indem jährlich vor Schulschluss eine Prüfung an einer der genannten Schulen vorgeschrieben ist (sog ex-post Kontrolle). Wird dieser nicht erbracht, so ist durch den Landeschulrat die Erbringung der Schulpflicht an einer solchen Schule anzuordnen (§ 11 Abs 4 SchPflG).

---

1 Siehe dazu näher *R. Palmstorfer,* Häuslicher Unterricht in Österreich: Das Grundrecht auf "Homeschooling", RdJB 2012, 115 (116 f).

2 Vgl Der Standard, Häuslicher Unterricht ist in Österreich äußerst selten, Onlineausgabe, http://derstandard.at/1319183480065/Anfrage-Haeuslicher-Unterricht-ist-in-Oesterreich-aeusserst-selten (abgerufen am 22.11.2015).

3 Wurden vom Unterrichtsministerium im Schuljahr 2009/10 noch rund 1500 Kinder registriert, so waren es 2014/15 schon rund 2000, die zu Hause unterrichtet wurden (vgl mwN *Palmstorfer*, RdJB 2012, 115 sowie FN 5).

4 In einer 2013 durchgeführten Umfrage "betroffener" Eltern geben diese einerseits kindbezogene Aspekte, wie mangelnde Schulreife oder eine verzögerte Sprachentwicklung, andererseits wert- und kontextbezogene Überlegungen, etwa eine Entsprechung des Unterrichtsumfelds mit ihren weltanschaulichen und religiösen Einstellungen, die Realisierung eines bestimmten pädagogischen Konzepts oder auch die Vermeidung von Lehrpersonen und der Einschulung überhaupt an (*Stanzel-Tischler*, Bifie Report 10/2013. Häuslicher Unterricht in der Schuleingangsphase: https://www.bifie.at/system/files/dl/BIFIE_Report_10_web.pdf. (abgerufen am 21.10.2015)

5 Dies zeigt ua eine – auch für Schuljuristen – empfehlenswerte Folge der ORF Doku-Reihe "Am Schauplatz", die vergangenen Juni ausgestrahlt wurde: https://www.youtube.com/watch?v=hqQrIS7bXMo (abgerufen am 21.10.2015).

6 Siehe *Weinhandl*, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, S&R 1/2015, 51 (56 f).

7 Schulpflichtgesetz 1985 BGBl 76/1985 idF BGBl I 104/2015.

Gegen diese Anordnung, die in Bescheidform zu ergehen hat, kann seit der Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform 2014 Beschwerde an das BVwG erhoben werden, das gem § 28 Abs 2 VwGVG grundsätzlich in der Sache selbst entscheidet; das vorhin bemerkte Ausmaß gegenständlicher Verfahren vor diesem Verwaltungsgericht hängt wohl auch damit zusammen. Auch der Verfassungsgerichtshof wurde zuletzt in einer entsprechenden Auseinandersetzung angerufen und war dabei mit der Verfassungskonformität von § 11 Abs 2 und 4 SchPflG konfrontiert. Das dieses Verfahren beendende Erkenntnis, VfGH 10.3.2015, E 1993/2014, gibt Anlass zu folgenden Bemerkungen.

II. Sachverhalt, Vorverfahren und Beschwerde

Im Anlassfall hatte ein Vater den häuslichen Unterricht seiner Tochter vor Beginn des Schuljahres angezeigt, das von der zuständigen Schulbehörde geforderte "Jahreszeugnis" über eine erfolgreiche "Externistenprüfung" an "einer öffentlichen Schule oder einer auf Dauer mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Schule mit gesetzlich geregelter Schulartbezeichnung" jedoch nicht fristgerecht vorgelegt. Stattdessen wandte der Vater ein, dass er die Bestätigung einer Volksschuloberlehrerin vorlegen werde. Als die Behörde mit Bescheid die Untersagung der Teilnahme am häuslichen Unterricht für das folgende Schuljahr 2014/15 aussprach und gleichzeitig das Nachholen der Schulpflicht für das vergangene Schuljahr 2013/14 an einer der oben genannten Schulen anordnete, erhob der Vater zunächst Beschwerde an das BVwG und wandte sich schließlich nach abschlägigem Erkenntnis mit Beschwerde gem Art 144 B-VG an den VfGH.

Die ebendort erhobene Behauptung, in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt zu sein, begründete der Erstbeschwerdeführer[8] damit, dass § 11 Abs 2 und 4 SchPflG "Überwachungsmaßnahmen" und eine unzulässige Beschränkung von Art 17 Abs 3 StGG darstellen würden. Lediglich auf die Bestimmung des § 11 Abs 4 SchPflG bezogen, behauptete er eine Verletzung der Berufsausbildungsfreiheit nach Art 18 StGG, da diese Bestimmung ein "Recht auf Gleichwertigkeit jeglicher Bildungsart verbürge", sowie eine Verletzung von Elternrechten nach Art 2 1.ZPEMRK und Art 14 Abs 3 GRC, der das "Recht auf freie Wahl zwischen mehreren Bildungsarten" beinhalte.

Zudem führte der Erstbeschwerdeführer ins Treffen, dass die Bestimmung des § 11 Abs 4 SchPflG gleichheitswidrig sei, da umgekehrt schulpflichtige Besucher einer Schule gem § 5 SchPflG, die den zureichenden Unterrichtserfolg nicht mit positivem Zeugnis belegen können, nicht zum Wechsel ihrer Schulart verpflichtet, sondern zur Wiederholung des Schuljahrs innerhalb derselben Schulart berechtigt sind. Schließlich behauptete der Erstbeschwerdeführer noch eine Verletzung des Art 6 ERMK und von Kinderrechten (Art 1 und 4 B-VG Kinderrechte), weil es im gegenständlichen Verfahren nach § 11 Abs 4 SchPflG trotz entsprechenden Antrags nicht zu einer mündlichen Verhandlung bzw zu keiner Beteiligung der Zweitbeschwerdeführerin gekommen war.

III. Erwägungen

Es darf vorweggenommen werden, dass der Gerichtshof in seinen Erwägungen keines der angeführten Bedenken teilte. Die Argumentation ist dabei kurz und – in den meisten Fällen – bündig, etwa, wenn das Höchstgericht auf die mangelnde Anwendbarkeit des 14 GRC (keine Eröffnung des Anwendungsbereichs) oder des Art 6 EMRK betreffend des Verfahrens nach § 11 Abs 4 SchPflG verweist.

Sie ist es auch, wenn der Gerichtshof Art 18 StGG als nicht einschlägig erachtet, weil es sich "bei Erfüllung der Schulpflicht um keine Berufswahl oder Berufsausbildung handelt". Auch dies trifft zu, wobei man noch ausführen hätte können, dass sich die Berufsausbildung und somit Art 18 StGG betreffende Fragen regelmäßig erst nach der Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht stellen und daher im Anlassfall – es geht um ein Kind, das gerade schulpflichtig geworden ist – nicht problematisch sein können. Seine Erwägungen – die diesbezüglich überhaupt unterblieben sind – hätten auch im Hinblick auf Art 2 1.ZPEMRK knapp ausfallen können, weil nach dieser Bestimmung wohl nur ein ausnahmsloses Verbot jeglicher Form häuslichen Unterrichts der vom Erstbeschwerdeführer ins Treffen geführten Pflicht des Staates zur Achtung der Elternrechte widersprechen würde.[9]

A. Allgemeine Schulpflicht

Die eigentliche Kernfrage der Entscheidung, ob die Überprüfung der Gleichwertigkeit nach § 11 Abs 4 SchPflG eine Verletzung des Art 17 Abs 3 StGG darstellen könnte, beantwortete der Gerichtshof mE jedoch zu lapidar. Er führt lediglich ins Treffen, dass sich der Erstbeschwerdeführer "im Ergebnis" gegen das in der österreichischen

[8] Die schulpflichtige Tochter wird im Erkenntnis als Zweitbeschwerdeführerin ausgewiesen.

[9] Siehe mwN *Gutknecht* in *Korinek*/*Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 2 1. ZPEMRK Rz 23; vgl mwN auch *Palmstorfer*, Homeschooling in Austria: A Fundamental Right, International Journal for Education Law and Policy (IJELP) 2013, 41 (45).

Rechtsordnung grundgelegte "System des öffentlichen Pflichtschulwesen" wende, das durch Art 14 Abs 7a B-VG verankert sei, und diesbezüglich vorgebrachten Bedenken "schon alleine deshalb kein Erfolg beschieden sein" kann. Art 14 Abs 7a B-VG lautet wie folgt: *Die Schulpflicht beträgt zumindest neun Jahre und es besteht auch Berufsschulpflicht*.

Daraus lässt sich dem Wortlaut nach zwar eine mindestens neunjährige Schulpflichtdauer, aber keine Verankerung eines öffentlichen (sic!) Pflichtschulsystems und damit ein Außerstreitstellen der Verfassungskonformität des § 11 Abs 2 und 4 SchPflG ableiten. Was einen entsprechenden historischen Willen des Verfassungsgesetzgebers anbelangt, ergibt sich Derartiges auch nicht aus den Materialien dieser erst mit der Schulverfassungsnovelle 2005[10] geschaffenen Bestimmung. Art 14 Abs 7a B-VG ist im Lichte der vorgefundenen einfachgesetzlichen Rechtslage auszulegen.[11] Schon zum damaligen Zeitpunkt traf das SchPflG die Grundsatzentscheidung, dass die Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht in Österreich nur durch den Besuch einer öffentlichen oder mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Schule, oder durch Teilnahme an einem damit gleichwertigen Unterricht zu erfüllen ist.

Diese systematische Weichenstellung – insofern liegt der VfGH richtig – durchzieht damals wie heute den ersten Abschnitt des SchPflG. Sie ist schon aus den Überschriften der jeweiligen Unterabschnitte B. (§§ 4 bis 10 SchPflG) "Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht durch den Besuch einer öffentlichen oder mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Schule" und C. (§§ 11 bis 13 SchPflG) "Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht durch gleichwertigen Unterricht" ablesbar. In Bezug auf den, unter C. geregelten häuslichen Unterricht konkretisiert sich die geforderte Gleichwertigkeit mit dem Unterricht an öffentlichen oder mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Schulen in den eingangs erläuterten Verweisungsketten § 11 Abs 2 iVm §§ 4, 5 SchPflG und – was ihren Nachweis und die Sanktion bei Nichterbringung anbelangt – (§ 11 Abs 4 iVm §§ 4, 5 SchPflG. Damit erhellt sich, was der VfGH gemeint haben könnte, nämlich, dass die Gleichwertigkeit des häuslichen Unterrichts mit dem Unterricht an öffentlichen oder mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Schulen ein immanenter Bestandteil der verfassungsgesetzlichen Schulpflicht nach Art 14 Abs 7a B-VG ist und davon ist tatsächlich auszugehen.

Der Teufel steckt aber bekanntlich im Detail, denn damit ist weder die Verfassungskonformität des § 11 Abs 4 SchPflG im Hinblick auf die Wortfolge "jährlich vor Schulschluss durch eine Prüfung" geklärt und noch diejenige des gesamten letzten Satzes der Bestimmung, der die Sanktion der zwangsweisen Einschulung bei Nichterbringung vorsieht. Es ist damit noch nicht ausgeschlossen, dass es sich zumindest im Hinblick auf diese einfachgesetzlichen Maßnahmen nicht doch um einen unverhältnismäßigen Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht (dazu sogleich III.B.) auf häuslichen Unterricht nach Art 17 Abs 3 StGG handelt. Denn zweifelsohne kann dem Verfassungsgesetzgeber – schon allein wegen der dürftigen Materialienlage[12] – nicht der historische Wille zugesonnen werden mit der Schaffung des Art 14 Abs 7a B-VG die genannten, möglicherweise in einem Spannungsverhältnis zu Art 17 Abs 3 StGG stehenden Detailaspekte der einfachgesetzlichen Bestimmung des § 11 Abs 4 SchPfG verfassungsrechtlich außer Streit zu stellen.

Dies wäre dann der Fall, wenn § 11 Abs 4 SchPflG selbst als Verfassungsbestimmung beschlossen worden wäre; nur dann wäre die Bestimmung tatsächlich gegenüber einer verfassungsrechtlichen Prüfung am Maßstab des in Art 17 Abs 3 StGG verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf häuslichen Unterricht immunisiert. Die Vorfrage, ob Art 17 Abs 3 StGG überhaupt ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht normiert, – auch ihrer Beantwortung weicht der Gerichtshof durch seine apodiktischen Ausführungen aus – wird nach heute überwiegender Ansicht bejaht.[13] Somit führt

[10] BGBl I 2005/31; weder in der RV, im AB, noch in dem vom Unterrichtsausschuss mitbehandelten Antrag 531/A wird die Motivation zur Schaffung von Art 14 Abs 7a B-VG offengelegt. Freilich stand während der Entstehung dieser Novelle die Debatte um die Abschaffung des nach Art 14 Abs 10 B-VGalt vorgesehenen 2/3-Mehrheitserfordernisses für weite Bereiche des einfachgesetzlichen Schulrechts, darunter des Schulpflichtrechts, im Vordergrund, weshalb man davon ausgehen kann, dass jedenfalls die Mindestdauer der Schulpflicht sowie die ausnahmslose Vorschreibung der Berufsschulpflicht gegenüber einer erleichterten Abänderbarkeit verfassungsrechtlich abgesichert werden sollte (vgl dazu *Schnizer*, Schulreform und Verfassung. Zur Interpretation der neuen Bestimmungen des Art 14 B-VG, JRP 2005, 197 [202 ff]).

[11] Siehe *Wieser*, Handbuch des österreichischen Schulrechts I (2010) 33, der anfügt, dass dies gesetzliche Weiterentwicklungen nicht ausschließt; vgl *Weinhandl*, S&R 1/2015, 56 f.

[12] Vgl FN 10.

[13] Siehe *Berka,* Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 690; *Gutknecht* in *Korinek/Holoubek*, Art 2 1. ZPEMRK Rz 23 FN 88; *Juranek,* Schulverfassung und Schulverwaltung in Österreich und Europa I (1999) 167; *Palmstorfer,* RdJB 2012, 121; *Wieser*, Handbuch I 48; wohl auch *Ermacora,* Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963) 489 ff sowie

kein Weg an einer entsprechenden Prüfung der genannten Passagen des § 11 Abs 4 SchPflG am Maßstab des Art 17 Abs 3 StGG vorbei.

B. Das Grundrecht auf häuslichen Unterricht

1. Beschränkbarkeit des häuslichen Unterrichts

Art 17 Abs 3 StGG sieht vor, dass der häusliche Unterricht keinen *solchen* Beschränkungen unterliegt. Das bedeutet nicht, dass der häusliche Unterricht keinen staatlichen Beschränkungen, welcher Art auch immer, unterworfen werden kann.[14] Die Vertreter der gegenteiligen und wohl überwiegenden Meinung, nämlich dass das Grundrecht auf häuslichen Unterricht gar keinen Beschränkungen zu unterwerfen ist, beziehen sich auf das bereits länger zurückliegende Erkenntnis VfSlg 2670/1954.[15]

Dieses sprach zwar von der gesetzlichen Unbeschränkbarkeit des häuslichen Unterrichts, betraf dabei aber nur die Befähigung unterrichtender Personen; im gegenständlichen Fall ging es um die Erteilung von (häuslichem) Musikunterricht, wofür nach Ansicht des VfGH weder Bundes- noch Landesgesetzgeber Regelungen treffen durften.[16] Das ist richtig, denn dass der häusliche Unterricht nach Art 17 Abs 3 StGG keinen *solchen* Beschränkungen unterliegt, ist als Verweis auf den obenstehenden Art 17 Abs 2 StGG zu verstehen, der den Unterricht an Privatschulen ausdrücklich an die Befähigung zu seiner Erteilung und ihren entsprechenden Nachweis knüpft.[17]

Aus dem grammatikalischen Wort- und Satzzusammenhang dieser beiden Absätze des Art 17 StGG ist somit abzuleiten, dass das Grundrecht auf häuslichen Unterricht zwar keinen Beschränkungen betreffend die pädagogische oder didaktische Befähigung der unterrichtenden Personen unterworfen werden darf, Einschränkungen hinsichtlich seiner weiteren Rahmenbedingen aber jedenfalls möglich sein müssen.[18] *Palmstorfer* begründet dies zusätzlich damit, dass mit Art 17 Abs 3 seinerzeit jenen bis 1867 in Geltung stehenden Vorschriften eine Absage erteilt wurde, wonach auch der häusliche Unterricht nur durch nachweislich befähigte Lehrer erteilt werden konnte.[19] Für ihn ist die Verfassungskonformität des § 11 Abs 4 SchPflG unter knappem Verweis auf Art 17 Abs 5 StGG, der dem Staat rücksichtlich des gesamten Unterrichtswesens und Erziehungswesens das Recht der Leitung und Aufsicht einräumt (dazu näher unten), damit unproblematisch.[20]

Aber auch niemand, der an der oben erwähnten gesetzlichen Unbeschränkbarkeit des häuslichen Unterrichts festhält, kommt zum Ergebnis, dass § 11 Abs 4 SchPflG verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen würde. Argumentiert wird teilweise damit, dass die allgemeine Schulpflicht ein Ausfluss des Rechts auf Bildung nach Art 2 1.ZPEMRK ist und dessen Effektivität garantiert.[21] Tatsächlich ist es dem Staat genau aus diesem Grund mit Blick auf Art 2 1.ZPEMRK unbenommen, Schuleintrittsalter und die Dauer der Schulpflicht zu bestimmen.[22]

Das zerstreut jedoch noch nicht alle verfassungsrechtlichen Zweifel an § 11 Abs 4 SchPflG bezogen auf den im Hinblick auf den häuslichen Unterricht günstigeren Art 17 Abs 3 StGG. Konkret beseitigt es noch nicht mögliche Bedenken an der Wortfolge "jährlich durch Prüfung vor Schulschluss" und des letzten Satzes von § 11 Abs 4 SchPflG, der die Sanktion der zwangsweisen Einschulung vorsieht. Zudem ist der mit dieser Meinung verbundene Schluss, dass es sich bei den einfachgesetzlichen Maßnahmen des § 11 SchPflG per se um keine Beschränkungen handelt, zu kurz gegriffen.[23]

Um das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Beschränkung eines Grundrechts feststellen zu können, ist es erforderlich dessen Schutzbereich entsprechend klar abzugrenzen. Das gilt auch, wenn zwar zutreffender Weise davon ausgegangen wird, dass § 11 Abs 4 SchPflG Beschränkungen von Art 17 Abs 3 StGG beinhalten könnte, aber innerhalb dieser Vorschrift nicht entsprechend differenziert wird, welche Maßnahmen

Kröll, Kulturelle Rechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und in Europa VII/1. Grundrechte in Österreich[2] (2014) § 13 Rz 26; aA *Spielbüchler* in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich II (1992), 149 (166 f), der davon ausgeht, dass eine Erfüllung der Schulpflicht durch häuslichen Unterricht nicht verfassungsgesetzlich garantiert ist.

14 Siehe *Ermacora*, Handbuch 494; *Juranek,* Schulverfassung I 66 FN 73.

15 Mit Bezug darauf VwGH 29.1.2009, 2008/10/0332; *Spielbüchler*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Bildungsbereich, EUGRZ 1981, 675 (678); *Wieser,* Handbuch I 48; wohl auch *Berka,* Grundrechte Rz 392 und *Kröll* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* § 13 Rz 31.

16 Vgl VfSlg 2670/1954.

17 Siehe *Palmstorfer,* RdJB 2012, 122.

18 Vgl *Palmstorfer*, RdJB 2012, 121 f; offenbar auch *Kröll* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* § 13 Rz 31.

19 Siehe *ders*, RdJB 2012, 116 und 122.

20 Siehe *Palmstorfer,* RdJB 2012, 121.

21 Vgl *Berka,* Grundrechte Rz 690; *Kröll*, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* § 13 Rz 31.

22 Vgl mwN *Gutknecht* in *Korinek/Holoubek*, Art 2 1. ZPEMRK Rz 22.

23 So aber zB *Trofaier-Leskovar*, Das elterliche Erziehungsrecht und die staatliche Schulhoheit (2012, unveröffentl. Diss.) 129.

nun Beschränkungen darstellen und welche nicht. Wird eine solche festgestellt, müsste sie nämlich nach einem zeitgemäßen Grundrechtsverständnis sodann auch verhältnismäßig sein. Wen die hier dargestellten Begründungslinien zur Verfassungskonformität des § 11 Abs 4 SchPflG somit noch nicht vollends überzeugen, dem seien noch folgenden Überlegungen mit auf den Weg gegeben.

2. Anstaltsfreier Unterricht

Das Grundrecht auf häuslichen Unterricht umfasst nach hA in Abgrenzung zum Schulunterricht die Gewährleistung eines anstaltsfreien Unterrichts.[24] Das hat zur Folge, dass ein Unterricht verfassungsgesetzlich gewährleistet ist, der ua nicht in einem Schulgebäude, in Klassenform und auch nicht – wie bereits ausgeführt – durch eine staatlich befähigte Lehrperson zu vermitteln ist.[25]

Ein auf breiten gesellschaftlichen Kontext gestütztes zeitgemäßes Verständnis des häuslichen Unterrichts wird aber auch heute nicht so weit gehen, dass entsprechend unterrichtete Kinder überhaupt keinem staatlichen Prüfungs- und Notenregime unterworfen werden dürfen. Dies gilt gerade heute, wo Bildung in noch nie da gewesenem Ausmaß zu einer ständig nachgefragten Kategorie, zum *human capital*, geworden ist, dessen Nachweisbarkeit insbesondere am Arbeitsmarkt ein unerlässliches Kriterium darstellt. Dass Prüfungs- und Notenfreiheit nicht durch Art 17 Abs 3 StGG garantiert werden, ergibt sich zudem aus einer systematischen Interpretation im Zusammenhang mit anderen Verfassungsbestimmungen.

Erstens verankert die bereits erwähnte Nachbarbestimmung des Art 17 Abs 5 StGG nach zeitgemäßem Verständnis die Verantwortung des Staates für Erziehung und Bildung, was sich ua auf die Sicherung der Einheit und Qualität der Bildung bezieht.[26] Dieses fundamentale Interesse des Staates gebietet es, dass auch die Bildung häuslich Unterrichteter in einheitlicher Form überprüf- und nachweisbar sein muss.

Zweitens – und dieser Gesichtspunkt ist wohl noch wesentlicher – widerspräche es mit Sicherheit dem vom Erstbeschwerdeführer gegenteilig ins Treffen geführten, in Art 1 B-VG Kinderrechte verankerten Kindeswohl, zukünftigen Erwachsenen eine entsprechend zertifizierte Bildung – im konkreten Fall geht es um die Absolvierung der Pflichtschulbildung – vollkommen vorzuenthalten.

Drittens, kann an dieser Stelle auch das ebenfalls oben erwähnte Recht auf Bildung angeführt werden, weil wohl auch diesem Recht ein Anspruch auf (staatlich) anerkannte Bildung inhärent ist.

Dass also einmal im Jahr eine Externistenprüfung durch eine nachweislich staatlich befähigte Lehrperson abgenommen wird, die die Prüfungsleistung des betroffenen Kindes oder Jugendlichen mittels staatlichen Notensystems, dh anhand des allgemein bekannten Notenrahmens von "Sehr gut" bis "Nicht genügend" zu bewerten hat, fällt noch nicht unter den Tatbestand des Art 17 Abs 3 StGG. Denn dadurch kommt es zu keiner Beschränkung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Anstaltsfreiheit dieser Unterrichtsform; diese kann vielmehr über das gesamte Schuljahr hinweg ununterbrochen aufrechterhalten werden.

Ebenso wenig braucht der Umstand diskutiert zu werden, dass die ex-post Prüfung – ebenfalls einmal im Jahr – in einem Schulgebäude erfolgt. So bleibt noch die Frage, nach der Verfassungskonformität der zwangsweisen Einschulung bestehen. Es ist klar, dass sie eine Sekundarnorm zur Vorschreibung der jährlichen ex-post Prüfung darstellt, die ansonsten sanktionslos und ineffizient bliebe. Wohl kann hier dennoch diskutiert werden, ob es sich nicht doch um eine Beschränkung handelt, da die Anordnung ein vollständiges Aussetzen des häuslichen iSv anstaltsfreien Unterrichts zur Folge hat.

Hier wird es ein Gebot der Verhältnismäßigkeit sein, die zwangsweise Einschulung auf ein entsprechendes zeitliches Mindestmaß zu beschränken, jedenfalls nur solange bis der zurreichende Unterrichtserfolg des Kindes wieder nachgewiesen ist. Nachdem dies im Regelfall nur zu Schulschluss möglich ist, wird die Beschränkung auf ein Schuljahr – wie dies auch im Anlassfall gehandhabt wurde – angemessen sein. Vom Wortlaut des § 11 Abs 4 letzter Satz SchPflG ist eine solche verfassungskonforme Interpretation gedeckt.

C. Gleichheitssatz

Schließlich sollen noch die gleichheitsrechtlichen Erwägungen des Erkenntnisses thematisiert werden. Den entsprechenden Bedenken des Erstbeschwerdeführers widmet sich der VfGH – vergleichsweise – eingehend, indem er zunächst die mangelnde Vergleichbarkeit des häuslichen Unterrichts mit dem Unterricht an freien und an mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Privatschulen aufzeigt, die Binnenstruktur des Art 17 StGG mit Abs 2, 3, und 5 erwähnt und die laufende Überprüfbarkeit der Einhaltung schulrechtlicher Bestimmungen "bei Schulen (einschließlich

[24] Siehe für alle *Ermacora*, Handbuch 494.
[25] Vgl *Juranek,* Schulverfassung I 167.
[26] Siehe für alle *Berka,* Grundrechte Rz 688.

Privatschulen)" mit dem häuslichen Unterricht kontrastiert.

Die Ausführungen hätten sich mit dem Wort "Anstaltsfreiheit" zusammenfassen lassen können. Dieses wesentliche Alleinerkennungsmerkmal des häuslichen Unterrichts (siehe oben) begründet tatsächlich eine mangelnde faktische Vergleichbarkeit mit dem Schulunterricht, sodass die rechtliche Ungleichbehandlung, die vom Erstbeschwerdeführer moniert wurde, gerechtfertigt und – bei verfassungskonformer Interpretation (vgl oben) – verhältnismäßig ist.

IV. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist dem VfGH also zuzustimmen, wenn er zum Ergebnis kommt, dass hinsichtlich des § 11 Abs 2 und 4 SchPflG keine begründeten verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Der Beantwortung einer Reihe wichtiger Fragen, insbesondere des Gehalts von Art 14 Abs 7a B-VG, des Schutzbereiches von Art 17 Abs 3 StGG, wie überhaupt der Frage, ob diese Bestimmung ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht verankert, geht er durch die nicht immer angebrachte Kürze seiner Ausführungen aus dem Weg. Eine Berücksichtigung zumindest einer der soeben dargestellten Interpretationslinien zu Art 14 Abs 7a B-VG und Art 17 StGG, insbesondere dessen Abs 3, wäre der Überzeugungskraft des hier kommentierten verfassungsgerichtlichen Erkenntnis bestimmt nicht abträglich gewesen.

der autor:

MMag. (iur. et phil.) Florian Lehne ist seit Juni 2012 wissenschaftlicher Mitarbeiter (prae doc) am Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Paris Lodron Universität Salzburg; davor Absolvierung der Gerichtspraxis am OLG Wien, des Diplomstudiums Rechtswissenschaften an der Leopold Franzens Universität (LFU) Innsbruck, der Universidad de Salamanca und der Universitat Pompeu Fabra Barcelona und des Diplomstudiums Romanistik (Spanisch) an der Universität Wien und der LFU Innsbruck.

florian.lehne@sbg.ac.at

S&R
[Schule & Recht]

ab
1.1.2016
über

RDB
www.rdb.at

und

RIDA
www.ridaonline.at

abrufbar

sowie
weiterhin
wie
gewohnt
auf

www.oegsr.at

Anmerkungen zu BVwG 4.3.2015, W224 2015175-1/2E

Von Alexander Flendrovsky

I. Einführung

Mit dieser Entscheidung erkannte das BVwG über die Beschwerde einer hörbehinderten Schülerin einer Handelsschule in Kärnten. Deren Anliegen war es, in der österreichischen Gebärdensprache anstelle der deutschen Sprache unterrichtet zu werden, wobei sie sich insbesondere auf Art 8 Abs 3 B-VG stützte. Im Rahmen der Entscheidung setzte sich das BVwG auch mit der Verfassungskonformität des schulischen Provisorialverfahrens nach den §§ 70 f SchUG auseinander. Der VfGH dürfte dieses nicht als problematisch ansehen.

II. Sachverhalt und Entscheidung des BVwG

Vgl dazu bereits die Rechtsprechungsübersicht in diesem Heft. Hier werden lediglich die Ausführungen des BVwG zum Provisorialverfahren noch näher erörtert.

Das BVwG geht zunächst davon aus, dass sich aus den Art 130 Abs 1 Z 1 und 132 Abs 1 Z 1 B-VG eine ausnahmslose Abschaffung des administrativen Instanzenzuges (abgesehen von jenem innerhalb der Gemeinde) ergebe. Allerdings zeigten die Erläuterungen[1] zu diesen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 BGBl I 2012/51 geschaffenen Bestimmungen, dass remonstrative Rechtsmittel – Rechtsmittel, über die dieselbe Behörde entscheidet – weiterhin zulässig seien. Darunter fielen Beschwerdevorentscheidungen, aber auch sog Provisorialentscheidungen, die durch einen Widerspruch der Parteien außer Kraft treten und wodurch das ordentliche Verfahren eingeleitet wird (zB Strafverfügung, Mandatsbescheid).

Das BVwG erachtet auch das Verfahren nach den §§ 70 f SchUG[2] als ein solches verfassungsrechtlich zulässiges Provisorialverfahren. Dazu beruft es sich zunächst auf die ErläutRV[3] zur SchUG-Novelle[4], mit der die beiden Bestimmungen an die neue Verfassungsrechtslage nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 angepasst werden sollten. Dort wird der provisoriale Charakter der in § 70 SchUG geregelten Entscheidungen von Schulleitern, Konferenzen, Prüfungskommissionen und Wahlkommissionen betont; erst der Widerspruch nach dem neu gefassten § 71 leg cit führe zu einem ordentlichen behördlichen Verfahren vor den Schulbehörden des Bundes. Das BVwG sieht es als unproblematisch an, dass über diesen Widerspruch ein anderes Organ, nämlich der übergeordnete Landesschulrat entscheide. Aus den §§ 1 f BSchAufsG ergebe sich, dass Schulen unselbständige Anstalten seien. Daher handle es sich nicht um ein unzulässiges devolutives Rechtsmittel bzw einen verpönten verwaltungsbehördlichen Instanzenzug. Das BVwG verweist insb auf VwGH 26.6.1992, 91/10/0109, in welchem Erkenntnis der VwGH die Entscheidung einer Klassenkonferenz schon nach der damaligen Rechtslage nicht als Bescheid qualifiziert hat.

III. Kritik

A. Provisorialverfahren

Kern der Argumentation des BVwG, beim Widerspruch nach § 71 SchUG handle es sich nicht um ein verfassungsrechtlich unzulässiges devolutives Rechtsmittel, ist die Stellung der Schule als "unselbständige Anstalt" des Bundes. Derartige unselbständige Anstalten sind nachgeordnete Dienststellen ohne eigene Rechtspersönlichkeit.[5] Diese organisationsrechtliche Stellung der Schulen wird in der einschlägigen Literatur tatsächlich immer wieder vertreten.[6]

Die Qualifikation eines staatlichen Organs – um das es sich bei einer von einer Gebietskörperschaft errichteten Schule (also einer öffentlichen Schule iSd Art 14 B-VG wohl unbestritten handelt – als unselbständige Anstalt stellt freilich auf die privatrechtliche Rechtsfähigkeit dieses Organs ab. Genau das ist mit "eigener Rechtspersönlichkeit" gemeint. Deren Fehlen bedeutet bloß, dass die Schule nicht in der Lage ist, über

---

1 ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 14; AB 1771 BlgNR 24. GP 8.

2 Bundesgesetz über die Ordnung von Unterricht und Erziehung in den im Schulorganisationsgesetz geregelten Schulen (Schulunterrichtsgesetz — SchUG) BGBl 1986/472 (Wv) idgF.

3 2212 BlgNR 24. GP.

4 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetz für den Schul- und Kultusbereich BGBl I 2013/75.

5 *Raschauer,* Allgemeines Verwaltungsrecht[4] (2013) Rz 83, wo explizit auch von Gebietskörperschaften betriebene Schulen erwähnt werden.

6 Vgl insb *Jonak/Kövesi,* Das österreichische Schulrecht[13] (2012) Art 14 Abs 6 B-VG Anm 1 (S 41) iVm § 2 Privatschulgesetz Anm 1 (S 1364). Auf diese Ansicht hat sich auch das BVwG gestützt.

eigenes Vermögen zu verfügen bzw im eigenen Namen für Schäden zu haften. Die Frage, ob ein gegen eine "Entscheidung" der Schule erhobener Rechtsbehelf "devolutiv" und somit nicht "remonstrativ" iSd oben zitierten Erläuterungen zu den Art 130 Abs 1 Z 1 und 132 Abs 1 Z 1 B-VG ist, ist damit nicht beantwortet.

Dafür ist vielmehr entscheidend, ob es sich bei der Schule um ein von der Schulbehörde, an die sich der Widerspruch nach § 71 Abs 1 SchUG richtet, zu unterscheidendes staatliches Organ handelt. Verneint man dies, so ist das Rechtsmittel remonstrativ und verfassungsrechtlich unproblematisch. Andernfalls ist das Rechtsmittel devolutiv und es wird dadurch ein Instanzenzug innerhalb der Verwaltung eingerichtet, der seit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 verfassungswidrig ist.

Das in den Erläuterungen angesprochene Außerkrafttreten der Entscheidung durch die Erhebung des Rechtsmittels kann für dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit nicht ausreichen. Ansonsten hätte es der einfache Gesetzgeber in der Hand, devolutive Rechtsbehelfe und damit Instanzenzüge weiterhin vorzusehen, sofern er nur ein "Außerkrafttreten" (nach dem Muster der bisherigen "sukzessiven Kompetenz")[7] anordnet. Dies würde dem klar erkennbaren Ziel des Verfassungsgesetzgebers der der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Rechtsmittelverfahren bei den Verwaltungsgerichten zu konzentrieren und dadurch auch strukturell-organisatorische Einsparungen im Bereich der Verwaltungsbehörden zu erzielen, zuwiderlaufen. Devolutive Rechtsmittel sind also verfassungswidrig, gleichgültig ob die damit bekämpfte Entscheidung mit ihrer Erhebung außer Kraft tritt. Das Außerkrafttreten kann lediglich als zusätzliches verfassungsrechtliches Erfordernis für Rechtsmittel innerhalb der Verwaltung angesehen werden.[8]

Entscheidend ist vielmehr, ob eine positive Rechtsnorm die Dienststelle "Schule"[9] gegenüber dem jeweiligen Landesschulrat in der Weise organisatorisch verselbständigt hat, dass diese behördliche Kompetenzen (und nicht privatrechtliche Dispositionen, auf die es bei der Rechtspersönlichkeit ankommt) im eigenen Namen wahrnehmen kann. Vorauszuschicken ist, dass die Landesschulräte selbst bereits durch die Verfassung, konkret durch Art 81a Abs 2 B-VG als (Schul-)Behörden des Bundes eingerichtet sind. Ihnen iSd Art 20 Abs 1 B-VG[10] als oberste Schulbehörde übergeordnet ist nach Art 81a Abs 1 B-VG der (einfachgesetzlich zu bestimmende) zuständige Bundesminister.[11] Art 81a B-VG ist jedenfalls das verfassungsrechtliche Gebot zu entnehmen, dass die Schulen nur den dort eingerichteten Schulbehörden (also zuständiger BM, derzeit die BMBF, und dem Landesschulrat) iSd Art 20 Abs 1 B-VG nachgeordnet werden dürfen.

Ob es sich nun im soeben beschriebenen Sinn um zwei verschiedene Organe oder Dienststellen handelt, ist eine Frage der sog "äußeren (Behörden-)Organisation". Die Einrichtung eines staatlichen Organs (synonym verwendet mit "Dienststelle" oder "Amt"), das im eigenen Namen in die Rechtssphäre von Rechtsunterworfenen (also "nach außen") eingreifen darf, kann nur entweder durch Gesetz oder auf der Grundlage eines solchen durch Verordnung erfolgen. Dies wird aus Art 83 Abs 2 B-VG (Recht auf den gesetzlichen Richter) abgeleitet. Demgegenüber bedürfen Maßnahmen der "inneren Organisation", dh Maßnahmen ohne Auswirkungen darauf, in wessen Namen ein Eingriff in die Rechtssphäre der Rechtsunterworfenen erfolgt (zB Schaffung von Außenstellen einer Behörde oder Zuständigkeit einer bestimmten Abteilung), keiner gesetzlichen Grundlage, wiewohl sie selbstverständlich auch gesetzlich angeordnet werden können. Ausnahmsweise ist eine gesetzliche Regelung der inneren Organisation auch verfassungsrechtlich geboten wie insb für Bundesministerien durch Art 77 Abs 2 B-VG.[12]

Grundsätzlich ist es die Entscheidung des Organisationsgesetzgebers, welche Organe er in die-

[7] Zur sukzessiven Kompetenz *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Bundesverfassungsrecht[11] (2015) Rz 559/1 mwN. Fraglich ist, was "Außerkrafttreten" konkret bedeutet. Es muss jedenfalls über eine bloße aufschiebende Wirkung hinausgehen, wie sie auch der (nunmehr nur mehr im Gemeinderecht vorgesehenen) Berufung nach den §§ 63 ff AVG zukommt. Dazu *Kolonovits/Muzak/Stöger,* Verwaltungsverfahrensrecht[10] (2014) Rz 543, 748.

[8] Ähnlich *Hofstätter,* Der Widerspruch gemäß § 71 SchUG – Ein Widerspruch zum B-VG im Lichte der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle?, JBl 2015, 484 (491 f).

[9] Vgl zum Begriff der Dienststelle § 278 Abs 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 BGBl 1979/333 idgF.

[10] Zur Bedeutung und zum (sehr umfangreichen) Inhalt des Art 20 Abs 1 B-VG vgl zB *Raschauer* in *Korinek/Holoubek,* Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 20 Abs 1 B-VG (3. Lfg, 2000).

[11] Art 81a Abs 4 B-VG sieht für von den Kollegien der Landesschulräte zu besorgende Angelegenheiten eine – hier nicht weiter relevante – Weisungsfreistellung vor. Dazu *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Bundesverfassungsrecht[11] Rz 701.

[12] Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht[4] Rz 238 f, der allerdings nur den Begriff der inneren Organisation verwendet; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht[3] (1996) 329 ff; VfSlg 3662/1959, 3994/1961, VfGH 30.11.2005, B 1158/03.

sem Sinn außenwirksam (dh durch Gesetz oder darauf gegründete Verordnung) errichtet. Den so geschaffenen Organen – und nur diesen – kann der Materiengesetzgeber hoheitliche Handlungsbefugnisse zuweisen. Der Organisationsgesetzgeber ist dabei aber klarerweise an staatsorganisatorische Vorgaben der Verfassung gebunden. Allgemein finden sich solche etwa in den Regelungen über die mittelbare Bundesverwaltung (Art 102 ff B-VG). Für die Schulverwaltung bestehen besondere verfassungsrechtliche Organisationsvorschriften.

Diese finden sich hinsichtlich der Schulbehörden im bereits erwähnten Art 81a B-VG. Daneben bestimmt aber Art 14 Abs 3 lit b B-VG, dass die äußere Organisation der öffentlichen Pflichtschulen in der Grundsatzgesetzgebung Bundessache, in der Ausführungsgesetzgebung sowie in der Vollziehung jedoch Landessache ist. Diese "äußere Organisation" wird näher definiert als "Aufbau, Organisationsformen, Errichtung, Erhaltung, Auflassung, Sprengel, Klassenschülerzahlen und Unterrichtszeit". Daran anknüpfend sieht Art 14 Abs 6 dritter und vierter Satz B-VG vor, dass gesetzlicher Schulerhalter der Bund ist, soweit die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten der Errichtung, Erhaltung und Auflassung von öffentlichen Schulen Bundessache ist. Ist hingegen die Gesetzgebung oder Ausführungsgesetzgebung und die Vollziehung Landessache, so ist gesetzlicher Schulerhalter das Land oder nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorgaben die Gemeinde oder ein Gemeindeverband.

Dieser Begriff der "äußeren Organisation" fand sich in der "Vorgängerregelung", dem Schulerhaltungs-Kompetenzgesetz[13], noch nicht; er wurde erst durch die Schulverfassungsnovelle 1962[14], mit der eine umfassende Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Schulwesens in das B-VG inkorporiert wurde (Art 14 f B-VG), Teil der Verfassungsrechtsordnung. Man kann wohl davon ausgehen, dass sich der Verfassungsgesetzgeber an der bis dahin erfolgten Prägung dieses Begriffes durch die bereits dargestellte Rechtsprechung des VfGH orientiert hat. Wenn also Art 14 Abs 3 lit b B-VG bestimmt, dass die äußere Organisation der öffentlichen Pflichtschulen, zu der die Verfassung explizit auch die Schulerrichtung und -auflassung zählt, in der Ausführungsgesetzgebung Landessache ist, so bedeutet dies, dass eine solche Schule *in außenwirksamer Form* errichtet bzw aufgelassen werden muss. Das kann wiederum, wie schon dargelegt wurde, nur durch ein (ein Grundsatzgesetz des Bundes näher ausführendes) Landesgesetz oder eine auf einem solchen Gesetz beruhende Verordnung einer Landesbehörde, nicht aber durch einen bloß internen Akt (Erlass oä), geschehen.[15]

Dem einfachen Gesetzgeber bzw der Verwaltung ist es damit verwehrt, Schulen bloß als interne Einheiten des jeweiligen Landesschulrates einzurichten. Dies gilt auch für den Bundesgesetzgeber, wenn dieser auf Grundlage des Art 14 Abs 1 B-VG andere Schulen als öffentliche Pflichtschulen (insb mittlere und höhere Schulen wie die Handelsschule des Ausgangsfalles) errichtet. Es ist kein Grund zu erkennen, warum die vom Verfassungsgesetzgeber vorgenommene Zurechnung der Schulerrichtung zur äußeren Organisation bei diesen Schulen nicht gelten sollte.

Diese Betrachtung zeigt zusammengefasst, dass die organisatorische Stellung der einzelnen öffentlichen Schule verfassungsrechtlich festgelegt ist: Es handelt sich jedenfalls um ein von anderen Organen, insb der zuständigen BM (BMBF), der jeweiligen LReg bzw dem jeweiligen Landesschulrat zu unterscheidendes (weil in außenwirksamer Form zur errichtendes) Organ. Die aus Art 20 Abs 1 B-VG resultierende "Leitungsgewalt" für die Schulen bzw die dort tätigen Organe liegt jedenfalls funktionell (dh insb im Hinblick auf die im SchUG geregelte Unterrichtserteilung und Leistungsbeurteilung in der Schule) nach Art 14 Abs 1 iVm Art 81a B-VG beim Landesschulrat und ihm übergeordnet bei der BMBF, organisatorisch ist sie zwischen Bund (Art 14 Abs 1 B-VG) und Ländern (Art 14 Abs 3 lit b B-VG) geteilt.

Die verfassungsrechtlich vorbestimmte organisatorische Selbständigkeit der öffentlichen Schule bedeutet auch, dass jedes Rechtsmittel von der Schule zum Landesschulrat als "devolutiv" zu qualifizieren ist.[16] Damit steht § 71 SchUG mit

[13] Bundesverfassungsgesetz vom 13. Juli 1955, womit die Zuständigkeit des Bundes und der Länder zur Gesetzgebung und Vollziehung auf dem Gebiete der Errichtung, Erhaltung und Auflassung öffentlicher Schulen, Kindergärten und Horte geregelt wird BGBl 1955/162.

[14] Bundesverfassungsgesetz vom 18. Juli 1962, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929 hinsichtlich des Schulwesens abgeändert wird BGBl 1962/215.

[15] Im Ergebnis ebenso *Wieser,* Handbuch des österreichischen Schulrechts I (2010) 76, 79; *Hofstätter,* Der Erlass im Schulrecht (2013) 162 ff.

[16] Eine andere Frage ist es, ob die Errichtung einer konkreten Schule diesen Anforderungen entspricht. *Hofstätter,* Erlass 159 meint, dass die Errichtung durch Verordnung im Pflichtschulbereich – anders als im Bereich der vom Bund zu errichtenden mittleren und höheren Schulen, für deren Errichtung auch eine gesetzliche Grundlage fehlt (dazu *ders*, Erlass 160 f) – ständige Praxis sei, was mE zu bezweifeln ist. Die verfassungswidrige bloß

Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG nicht im Einklang[17] und ist daher verfassungswidrig.[18]

B. Inhalt des Art 8 Abs 3 B-VG

Das BVwG hat sich in seiner Begründung allein auf den Wortlaut des Art 8 Abs 3 B-VG gestützt und daraus einen Ausgestaltungsvorbehalt abgeleitet. Dementsprechend habe der einfache Gesetzgeber auch in zahlreichen Bereichen Regelungen für den Gebrauch der österreichischen Gebärdensprache getroffen, so etwa auch in § 25 Abs 3 SchOG[19], wo eine Sonderschule für Gehörlose vorgesehen ist.

Eine Auslegung des Art 8 Abs 3 B-VG anhand seiner Entstehungsgeschichte hat das BVwG nicht vorgenommen.[20] Es stützt sich allein auf den zweiten Satz des Absatzes während es dem ersten Satz keine erkennbare normative Bedeutung zuweist. Aus der dort vom Verfassungsgesetzgeber vorgenommenen "Anerkennung" *als Sprache* wird man aber den Schluss zu ziehen haben, dass die österreichische Gebärdensprache, wenn ihr auch nicht die Bedeutung der von Art 8 Abs 1 B-VG zur "Staatssprache" erklärten deutschen Sprache zukommt, doch zumindest einer Fremdsprache gleichwertig ist. Aus Art 8 Abs 3 erster Satz B-VG lässt sich daher wohl zumindest der Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber die Benutzung der Gebärdensprache nicht in geringerem Umfang zulassen darf als die Benutzung von Fremdsprachen (im Allgemeinen; die in Art 8 Abs 1 B-VG besonders erwähnten Minderheitensprachen können nicht als Vergleichsmaßstab herangezogen werden[21]).[22]

C. Gebärdensprache als Unterrichtssprache

Zutreffend erscheint die Ansicht des BVwG, dass § 16 SchUG keine taugliche Anspruchsgrundlage für den Antrag der Beschwerdeführerin darstellen kann, normiert dieser doch kein individuelles Antragsrecht einer Schülerin bzw kein subjektives Recht auf Verwendung einer anderen als der deutschen Sprache als Unterrichtssprache.

D. "Sprachentausch" mit der Gebärdensprache

Wenn nun Art 8 Abs 3 B-VG (insb) ein Gleichbehandlungsgebot der österreichischen Gebärdensprache mit Fremdsprachen innewohnt, so könnte eine verfassungskonforme Auslegung des § 18 Abs 12 SchUG in Erwägung gezogen werden, wonach auch die Gebärdensprache hinsichtlich der Beurteilung an die Stelle von Deutsch und in weiterer Folge Deutsch an die Stelle der ersten lebenden Fremdsprache treten kann.[23]

Das BVwG hat sich mit der Möglichkeit einer solchen Auslegung nicht explizit auseinandergesetzt, sondern den "Sprachentausch" schon mit dem Argument verneint, er setzte die Existenz eines Lehrplanes für die betreffende Sprache (hier die Gebärdensprache) voraus. Dem BVwG ist zugute zu halten, dass es sich hier an der Rsp des VwGH[24] orientiert. Dieses Ergebnis erscheint freilich im Lichte des Art 18 B-VG schon im Hinblick auf Fremdsprachen im Allgemeinen bedenklich. Es bestehen keine gesetzlichen Bestimmungen (Determinanten), für welche lebenden Fremdsprachen Lehrpläne zu erlassen sind. Dies führt dazu, dass es die Verordnungsgeberin der Lehrpläne (BMBF; vgl § 6 SchOG), also ein Verwaltungsorgan, vollkommen in der Hand hat, für welche Fremdsprachen sie Lehrpläne erlässt. Davon hängt es nach der Rechtsansicht des VwGH bzw des BVwG in weiterer Folge ab, mit welchen Sprachen ein Sprachentausch gem § 18 Abs 12 SchUG zulässig ist.

§ 18 Abs 12 SchUG selbst stellt aber nicht auf einen Lehrplan ab. Der VwGH hat die Erforderlichkeit eines solchen vielmehr aus § 18 Abs 1 SchUG abgeleitet. Diese vom Wortlaut her nicht gebotene systematische Auslegung erscheint vor dem Hintergrund des dargestellten rechtsstaatlichen Problems fehlender Determinanten für die Erlassung eines Fremdsprachen-Lehrplanes bedenklich.

innenwirksame Errichtung einer Schule kann aber nicht dazu führen, den Widerspruch in diesem Fall als remonstrativ anzusehen.

17 Die in § 70 SchUG angeführten "Entscheidungen" von Schulorganen können nur als Bescheide zu qualifizieren sein. Dass diese nicht als solche bezeichnet sind, vermag daran nichts zu ändern. Ebenso *Hofstätter*, Erlass 164; *Hofstätter*, JBl 2015, 486 ff; und bereits *Mayer*, Rechtsstaatliche Aspekte des Schulwesen, RdS 1979, 5 (8 f).

18 Zum gleichen Ergebnis gelangt *Hofstätter,* JBl 2015, 490 ff.

19 Schulorganisationsgesetz BGBl 1962/242 idgF.

20 Für eine solche s *Kneihs* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 8 Abs 3 B-VG Rz 1 ff (9. Lfg, 2009).

21 Vgl zum Verhältnis von Gebärdensprache und Minderheitensprachen *Kneihs* in *Korinek/Holoubek* Rz 5.

22 Ähnlich *Kneihs* in *Korinek/Holoubek* Rz 4.

23 *Kneihs* in *Korinek/Holoubek* Rz 14 lehnt die Anwendung von § 16 SchUG hinsichtlich der Gebärdensprache ab, weil die Zulassung einer lebenden Fremdsprache dort "erkennbar in den Kontext der Migration und des Fremdsprachenerwerbs gestellt" sei. Dies vermag freilich am verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichbehandlung der Gebärdensprache mit lebenden Fremdsprachen nichts zu ändern. Sowohl iSd § 16 als auch des § 18 Abs 12 SchUG wäre sie daher unter Zugrundelegung dieses Gebotes seit der Schaffung des Art 8 Abs 3 B-VG als lebende Fremdsprache zu qualifizieren.

24 Konkret VwGH 31.1.1992, 91/10/0160.

Ohne nähere Auseinandersetzung angemerkt sei hier noch, dass die Entscheidung das UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen[25], insb dessen Art 24 Abs 2 lit a, der den Ausschluss von Menschen mit Behinderungen vom allgemeinen Bildungssystem verbietet, in keiner Weise erwähnt. Auch wenn das Übereinkommen unter Erfüllungsvorbehalt ratifiziert wurde, wäre es doch zumindest bei der Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigen gewesen.

E. Beschwerdeablehnung durch den VfGH

Aus der Ablehnung der gegen das Erk des BVwG erhobenen Beschwerde durch den VfGH kann der Schluss gezogen werden, dass dieser – jedenfalls vorläufig – keine Bedenken gegen das schulrechtliche Provisorialverfahren hegte. Freilich bleibt offen, ob die Beschwerdeführerin vor dem VfGH ein entsprechendes Vorbringen erstattet hat. In der Beschwerde an das BVwG hatte sie das jedenfalls nicht getan.

Im Hinblick auf Art 8 Abs 3 B-VG begründet der VfGH die Aussichtslosigkeit der Beschwerde (Art 144 Abs 2 erster Tatbestand B-VG) abgesehen von der üblichen "Ablehnungsformel" mit dem Satz: "Die Gebärdensprache ist als eigenständige Sprache anerkannt und ihre Verwendung ist durch den Gesetzgeber zu regeln." Der Versuch einer kritischen Deutung dieses Satzes kann und soll – auch im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Autors – hier nicht unternommen werden.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde nicht erhoben.

der autor:

Mag. Alexander Flendrovsky, geb. 1975, ist verfassungsrechtlicher Mitarbeiter am Verfassungsgerichtshof, wo er ua mit Fällen aus dem Schulrecht befasst ist. Zuvor war er als Jurist beim Land Vorarlberg, im Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst und beim Verwaltungsgerichtshof tätig. Sein Dissertationsprojekt "Datenschutz im System des österreichischen Bundesverfassungsrechts" steht kurz vor dem Abschluss. Der vorliegende Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

S&R
[Schule & Recht]

ab
1.1.2016
über

RDB
www.rdb.at

und

RIDA
www.ridaonline.at

abrufbar

sowie
weiterhin
wie
gewohnt
auf

www.oegsr.at

[25] BGBl III 2008/155. Vgl zu den Inhalten näher http://www.behindertenrechtskonvention.info/.

Der Rechtsweg im Schulrecht nach der Verwaltungsgerichts-barkeits-Novelle 2012

Von Maximilian Haider

I. Die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012

Durch die Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit und der damit verbundenen Abschaffung des administrativen Instanzenzugs wurde durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 den Anforderungen, die die EMRK sowie das Unionsrecht an den Verwaltungsrechtschutz stellen, Rechnung getragen. Dem Rechtsunterworfenen steht nunmehr die Möglichkeit offen gegen jeden Bescheid einer Verwaltungsbehörde Beschwerde an ein unabhängiges Gericht zu erheben, ohne dass dabei grundsätzlich Kosten anfallen oder eine Anwaltspflicht besteht.

Sämtliche Bereiche der Verwaltung sind von den Auswirkungen dieser Verwaltungsrechtsreform betroffen. So auch das Schulrecht und die auf dessen Grundlage zu treffenden Entscheidungen der zuständigen Verwaltungsorgane. Auf freundliche Einladung der Österreichischen Gesellschaft für Schule und Recht darf daher nachstehend das Werk "Der Rechtsweg im Schulrecht nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012" vorgestellt werden, wobei im Zentrum der Ausführungen der Rechtsschutz im Bereich des Schulwesens sowie das neu geschaffene, und nicht unumstrittene, Provisorialverfahren stehen soll.

Im ersten Kapitel wird ein kurzer Überblick über die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 und deren Grundüberlegung, dass (mit Ausnahme der Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinden) jede Verwaltungsbehörde als erste und letzte Instanz entscheiden soll und somit ein Berufungsverfahren innerhalb der Verwaltung ausgeschlossen ist, gegeben. So wurde gemäß Art 129 B-VG in jedem Land ein "Verwaltungsgericht des Landes" sowie für den Bund ein als "Bundesverwaltungsgericht" zu bezeichnendes Gericht des Bundes und ein als "Bundesfinanzgericht" zu bezeichnendes Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen eingerichtet. In logischer Konsequenz dieses "9+2 Modells" wurden ungefähr 120 weisungsfreie Verwaltungsbehörden, ua die Leistungsfeststellungs- und Disziplinaroberkommissionen für Landeslehrer, aufgelöst und deren Zuständigkeiten auf das jeweilige Verwaltungsgericht übertragen. Mit Einrichtung der Verwaltungsgerichte erster Instanz in den Bundesländern sowie den zwei Verwaltungsgerichten erster Instanz des Bundes, besteht nunmehr ein zweistufiger verwaltungsrechtlicher Schutz jedoch nur mehr ein einstufiges verwaltungsbehördliches Verfahren; der VwGH bleibt als letzte Instanz erhalten.

Durch die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung ist das Bundesverwaltungsgericht für all jene Angelegenheiten, die in die Zuständigkeiten der Schulbehörden fallen, zuständig, für Angelegenheiten der Landesverwaltung und der mittelbaren Bundesverwaltung sind die Landesverwaltungsgerichte zuständig.

II. Die Auswirkungen auf das Schulrecht

Das zweite Kapitel beschäftigt sich nunmehr mit den sich daraus ergebenden Auswirkungen auf das Schulwesen, wobei zuerst ein Überblick über jene Schulbehörden und Schulorgane gegeben wird, die Entscheidungen auf Grundlage der Schulgesetze treffen. Diese sind einerseits der Schulleiter, die Lehrkräfte sowie die Klassen- und Schulforen, die Klassen- und Schulkonferenzen und die Prüfungskommissionen vor Ort an den Schulen und andererseits der Landesschulrat und dessen Kollegium sowie das Bundesministerium.

Um eine Vorstellung davon zu bekommen um welche Entscheidungen es sich nunmehr konkret handelt, werden auch diese näher beleuchtet. Neben der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, dem schlicht hoheitlichen Handeln, der Verfahrensanordnung sowie der Weisung und der Erlassung von Verordnungen und Erlässen sind dies vor allem die Entscheidungen der Schulorgane vor Ort und die bescheidmäßigen Erledigungen der Schulbehörde.

A. Das Provisorialverfahren

Was nunmehr folgt ist der eigentliche Kern der Arbeit, nämlich die konkreten Auswirkungen in den einzelnen Schulgesetzen, allen voran im Schulunterrichtsgesetz (SchUG), wobei vor allem das neu eingeführte Provisorialverfahren näher beleuchtet wird.

Grundüberlegung und Anlass für dieses neu geschaffene Verfahren war die Frage, ob Entscheidungen der schulischen Organe, insbesondere

des Schulleiters und der Klassen- oder Schulkonferenz, als Bescheid zu qualifizieren sind und daher direkt, aufgrund der verfassungsrechtlichen Bestimmungen, mittels Bescheidbeschwerde beim Verwaltungsgericht bekämpfbar sind.

Da gemäß § 70 Abs 1 SchUG bei all jenen Angelegenheiten, zu deren Durchführung andere Organe als die Schulbehörde berufen sind, die Verfahrensbestimmungen des AVG keine Anwendung finden, sondern die Bestimmungen der Abs 2 bis 4 leg cit anzuwenden sind, wird nach herrschender Ansicht vertreten, es handle sich um keinen Bescheid, der eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht im Sinne des Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG zulässt, sondern die zu treffenden Erledigungen stellen Entscheidungen dar, die auch immer als solche zu bezeichnen sind.[1]

Diese Ansicht ist aber durchaus umstritten, da weder im AVG noch im B-VG der Begriff des Bescheids definiert, sondern vielmehr vorausgesetzt wird.[2]

Da auch für die Entscheidungen der Schule im Sinne der §§ 70 Abs 1 und 71 Abs 2 SchUG die Bescheidmerkmale eines AVG-Bescheides (Bezeichnung der Behörde, Datum, Adressat, Spruch, Begründung, Rechtsmittelbelehrung, Unterschrift) vorgesehen sind, könnten diese als Bescheide im materiellen Sinn verstanden werden, womit eine entsprechende Rechtskraft gegenüber jeder anderen Behörde verbunden wäre.[3]

Auch der Minsterialentwurf zum Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetz für den Schul- und Kultusbereich[4] qualifizierte ursprünglich die Entscheidungen anderer schulischer Organe als der Schulbehörde als Bescheid im Sinne des Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG, indem er auch dagegen die unmittelbare Bescheidbeschwerde an das Verwaltungsgericht vorsah und somit eine ersatzlose Streichung der Bestimmungen betreffend der Berufung beinhaltete.

Das im nunmehr gültigen SchUG verankerte "Provisorialverfahren" (§ 71) hingegen qualifiziert die Entscheidungen, die auf Schulebene getroffen werden, nicht als Bescheid und wurde erst aufgrund der Stellungnahmen der Länder und Landesschulräte sowie der Gewerkschaft zum Entwurf in die Regierungsvorlage eingefügt.

Auch der Verfassungsausschuss zur Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform sah in seinem Bericht[5] die Möglichkeit einer Provisorialentscheidung, die erst mit Widerspruch außer Kraft tritt und ein ordentliches Verwaltungsverfahren zulässt, vor, sodass mit dem neu eingefügten § 71 SchUG den Anregungen in den diversen Stellungnahmen entsprechend Rechnung getragen wurde.

Würde man trotz Einführung der Provisorialentscheidung weiterhin der Ansicht folgen, die schulischen Entscheidungen hätten Bescheidcharakter, würde dies zu einer Ungleichbehandlung zwischen jenen Entscheidungen der Schule, die nicht den Bestimmungen des Provisorialverfahrens unterliegen und daher, entsprechend dieser Rechtsmeinung[6], direkt beim Bundesverwaltungsgericht bekämpfbar wären und jenen Entscheidungen die gemäß § 71 Abs 1 und 2 leg cit erst nach erfolgtem Widerspruch und Entscheidung der Schulbehörde bekämpfbar sind, führen.

In einem seiner ersten Erkenntnisse führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass zu prüfen sei, ob die geänderten Verfahrensvorschriften im SchUG dem neu geschaffenen verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen und hat dazu wie folgt erkannt: "*Zwar entscheidet über den Widerspruch im Rahmen des Provisorialverfahrens eine andere, nämlich übergeordnete Stelle. Dies stellt jedoch kein unzulässiges devolutives Rechtsmittel dar, weil die Entscheidung der unselbstständigen Anstalt Schule (vgl. Jonak/Kövesi, Das Österreichische Schulrecht, 13. Auflage, FN 1 [S 41] zu Art. 14 Abs. 6 B-VG i.V.m. FN 1 [S 1364] zu § 2 Privatschulgesetz) lediglich eine provisoriale ist, gegen welche der Rechtsbehelf des Widerspruchs zulässiger Weise geltend gemacht werden kann. Erst auf Grund dieses Widerspruchs wird das behördliche Verfahren (AVG) bei der zuständigen Schulbehörde eingeleitet (vgl. die Erläuterungen zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetz für den Schul- und Kultusbereich BGBl. I Nr. 75/2013 [2212 d. B. XXIV. GP], wonach durch den neuen Begriff "Widerspruch" klar gestellt werden soll, dass es sich bei Entscheidungen von anderen Organen als den Schulbehörden des Bundes [z.B. Schulleiterin oder Schulleiter, Konferenz, Prüfungskommission, Wahlkommission] um provisoriale Entscheidungen handelt, die durch Widerspruch erst zu einem ordentlichen behördlichen Verfahren führen.). Eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann daher auch erst gegen einen im Rahmen dieses behördlichen Verfahrens ergangenen Bescheid erhoben werden. Damit*

---

1 *Hauser*, Schulunterrichtsgesetz. Kommentar (2014) 694; *Rochel/Brezovich,* Schulrecht kurz gefasst[9] (2014) 143; *Wolf/Gartner-Springer/Fankhauser*, Angewandtes Schulrecht (2009) 167.

2 *Hengstschläger/Leeb,* AVG[2] (2014) Rz 1.

3 *Juranek*, Schulverfassung und Schulverwaltung in Österreich und in Europa I (1999) 222.

4 ME Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetz, 473/ME 24. GP.

5 AB 2287 BlgNR 24. GP 8.

6 *Götz/Münster,* Die österreichischen Schulgesetze (44.Lfg, 2015) 146/1 RZ 3c.

ist - im Sinne einer verfassungskonformen Interpretation des § 71 SchUG – kein verfassungsrechtlich verpönter verwaltungsbehördlicher Instanzenzug erkennbar." [7]

Durch § 71 SchUG soll nun klargestellt werden, dass es sich bei den Entscheidungen anderer Organe als der Schulbehörde um kein verwaltungsbehördliches Verfahren handelt, sondern diese lediglich eine provisoriale Entscheidung darstellen, die erst mit dem Widerspruch zu einem ordentlichen Verfahren mit entsprechender Bescheiderlassung und Beschwerdemöglichkeit werden.[8]

Diese provisoriale Entscheidungsmöglichkeit und die damit verbundene Möglichkeit des Widerspruchs ist gemäß § 71 Abs 1 leg cit nur auf Entscheidungen des § 70 Abs 1 leg cit, die von grundlegender Bedeutung für das weitere Fortkommen eines Schülers sind[9], sowie für die in § 71 Abs 2 leg cit taxativ aufgezählten Angelegenheiten zur Überprüfung von schulischen Beurteilungen anwendbar, da der Anspruch auf behördliche Kontrolle keine Erschwerung der Wahrnehmung der pädagogischen Aufgaben der Schule aufgrund eines bürokratischen Mehraufwandes darstellen soll. Bereits in der Regierungsvorlage zum BGBl 1986/211 wurde festgestellt, dass bei anderen schulischen Entscheidungen, wie beispielsweise der Untersagung der Teilnahme an einer schulbezogenen Veranstaltung, mangels Rechtsschutzinteresse und aufgrund der nicht zu erwartenden rechtzeitigen Berufungsentscheidung keine Überbürokratisierung stattfinden soll und daher keine Berufungsmöglichkeit gegeben ist.[10]

Dem Rechtsunterworfenen kommt daher gemäß § 71 Abs 9 leg cit gegen andere als in Abs 1 und 2 leg cit genannte Entscheidungen, die die Schule auf Grundlage des SchUG trifft, weder ein Widerspruch zu, noch kann, mangels Bescheidcharakter, eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Es ist daher auch nicht möglich gegen eine einzelne Note Widerspruch zu erheben, sondern allenfalls gegen die auf Grundlage der Note getroffene Entscheidung des Nichtaufsteigens.[11]

Was nun in der Arbeit folgt ist eine Auflistung all jener Entscheidungen, die von diesem Verfahren betroffen sind, also von der Schule bzw der Prüfungskommission gefällt werden und gegen die die Möglichkeit des Widerspruchs an die Schulbehörde besteht, wobei nunmehr auch in den Fällen des "Überspringen von Schulstufen" gemäß § 26 SchUG eine Widerspruchsmöglichkeit besteht, für welche der Gesetzgeber ursprünglich keine Berufungsmöglichkeit vorsah[12] (diese Regelung tritt gemäß § 82 Abs 5w SchUG jedoch erst mit 1. September 2017 in Kraft).

Das Provisorialverfahren findet neben dem SchUG, dem Schulunterrichtsgesetz für Berufstätige, Kollegs und Vorbereitungslehrgänge (SchUG-BKV) sowie dem Berufsreifeprüfungsgesetz (BRPG) und dem Pflichtschulabschluss-Prüfungs-Gesetz (PflSchAbschl-PrG), jeweils in Anlehnung bzw mit Verweis auf die Ausführungen des SchUG, auch im Schulpflichtgesetz 1985 (SchPflG) Anwendung. Anders als in den § 70 und 71 SchUG zusammengefasst und taxativ aufgezählt, sind diese Angelegenheiten jeweils direkt in den Entscheidungsgrundlagen des SchPflG verankert.

B. Rechtsweg an die Schulbehörde

Im dritten Kapitel der Arbeit stehen die Rechtswege gegen die Rechtsakte der Schulorgane im Vordergrund, wobei hier unterschieden werden muss, an wen das Rechtsmittel zu richten ist und innerhalb welcher Frist.

1. Widerspruch

Der Widerspruch gegen die Entscheidungen der Schule ist neben dem Ansuchen um Übergang der Entscheidungspflicht bei Säumigkeit der Schule auf die Schulbehörde, der Vorstellung gegen die Suspendierung eines Schülers bei Gefahr im Verzug – wobei es sich hierbei um keine Entscheidung der Schule sondern um einen Mandatsbescheid der Schulbehörde selber handelt – und der Aufsichtsbeschwerde an den Landesschulrat zu richten.

Mit Einbringen des Widerspruchs tritt die provisoriale Entscheidung außer Kraft, sodass die Schulbehörde das Verwaltungsverfahren einzuleiten hat und nunmehr bescheidmäßig zu entscheiden ist.

Aufgrund der Bestimmungen der §§ 70 und 71 SchUG ist gegen diese Entscheidungen der Widerspruch innerhalb von fünf Tagen einzubringen, das SchPflG sieht in seinen Bestimmungen jedoch, angelehnt an die vorherige Berufung, eine zweiwöchige Frist sowie eine Begründungspflicht vor.

Da § 71 Abs 9 SchUG einen Widerspruch nur gegen die in § 71 Abs 1 und 2 leg cit genannten Entscheidungen zulässt und dieser auch im Schulpflichtgesetz nur gegen Entscheidungen gemäß § 6 Abs 2c sowie § 7 Abs 5 und 8 SchPflG möglich ist, steht dem Einzelnen gegen andere Entscheidungen, wie beispielsweise gegen eine

7 BVwG 11.8.2015, W227 2009664-1.
8 ErläutRV 2212 BlgNR 24. GP 3.
9 *Rochel/Brezovich,* Schulrecht[9] 144.
10 ErläutRV 367 BlgNR 16. GP.
11 *Rochel/Brezovich,* Schulrecht[9] 145.
12 ErläutRV 2212 BlgNR 24. GP 3.

einzelne negative Note, nur die Aufsichtsbeschwerde, die aufgrund ihrer mangelnden rechtlichen Durchsetzbarkeit jedoch ein sehr schwaches Instrument darstellt, und gegebenenfalls eine Beschwerde bei der Volksanwaltschaft zur Verfügung.

C. Rechtsweg an das Verwaltungsgericht

1. Bescheidbeschwerde

Sie stellt das wichtigste, im Zuge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 geschaffene, Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden dar und ist gegen sämtliche Bescheide, die auf Grundlage der Schulgesetze erlassen werden, zulässig.

Wie in § 7 VwGVG festgelegt, beträgt die Frist zur Beschwerdeerhebung gegen eine Bescheid wegen Rechtswidrigkeit grundsätzlich vier Wochen, jedoch sieht Art 136 Abs 2 B-VG vor, dass durch Bundes- oder Landesgesetz Regelungen über das Verfahren der Verwaltungsgerichte getroffen werden können, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind oder soweit das VwGVG dazu ermächtigt. Daher wurde in § 73 Abs 5 SchUG aufgrund der besonderen Anforderungen des Schulbetriebs[13] die Frist zur Beschwerdeerhebung in den Fällen des § 71 Abs 2 lit c leg cit betreffend der bescheidmäßigen Entscheidung, dass der Schüler zum Aufsteigen nicht berechtigt ist oder die letzte Stufe der besuchten Schulart nicht erfolgreich abgeschlossen hat bzw zum Übertritt in eine dreijährige mittlere oder eine höhere Schule nicht berechtigt ist, auf zwei Wochen und in den Fällen der Entscheidung nach Ablegung von einer oder zwei Wiederholungsprüfungen (jeweils in Verbindung mit § 25 leg cit) auf fünf Tage verkürzt.

2. Maßnahmenbeschwerde

Ebenfalls beschwerdeberechtigt ist gemäß Art 132 Abs 2 B-VG wer durch Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Bisher waren Maßnahmenbeschwerden vor dem UVS bekämpfbar, aufgrund der Kompetenzverteilung des B-VG ist das nunmehr neu geschaffene Landesverwaltungsgericht grundsätzlich nur für solche Beschwerden zuständig, die sich gegen eine Maßnahme richten, die in Vollziehung eines aufgrund der Kompetenzverteilung in die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts fallenden Gesetzes ausgeübt wird.

3. Säumnisbeschwerde

Gemäß Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG erkennen Verwaltungsgerichte über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde wobei gemäß Art 132 Abs 3 leg cit Beschwerde erheben kann, "*wer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt zu sein behauptet".*

Wie durch § 34 VwGVG ermöglicht, hat das SchUG für die Entscheidungen der Schulbehörde von den allgemeinen Bestimmungen abweichende Fristen festgelegt. Über Ansuchen und Widersprüche des Schüler bzw des Aufnahmswerbers oder Prüfungskandidaten hat der Landesschulrat gemäß § 73 Abs 3 SchUG grundsätzlich innerhalb von drei Monaten zu entscheiden.

Über Anträge der Schule auf Suspendierung gemäß § 49 Abs 3 leg cit hat die Schulbehörde gemäß § 73 Abs 3a leg cit innerhalb von nur zwei Tagen zu entscheiden um sicherzustellen, dass bei Gefahr im Verzug unverzüglich die Entscheidung der Schulbehörde erfolgt.[14]

Um ein effizientes Verfahren zu gewährleisten[15] wurde in Abs 4 leg cit die Entscheidungsfrist der Schulbehörde über Widersprüche in den Fällen des § 71 Abs 2 leg cit allgemein auf drei Wochen und im speziellen Fall des § 71 Abs 2 lit c leg cit, dass der Schüler zum Aufsteigen nicht berechtigt ist oder die letzte Stufe der besuchten Schulart nicht erfolgreich abgeschlossen hat bzw zum Übertritt in eine dreijährige mittlere oder eine höhere Schule nicht berechtigt ist, auf zwei Wochen verkürzt.

Im letzten Satz des Abs 4 leg cit wurde ausdrücklich festgehalten, dass der Schüler bis zur Entscheidung des Landesschulrates zum Besuch in der nächsten Schulstufe berechtigt ist, da mit Einbringung des Widerspruchs die negative Entscheidung der Klassenkonferenz über das Aufsteigen zwar außer Kraft tritt, dadurch der Schüler aber aufgrund des "Nicht Genügend" trotzdem nicht zum Aufsteigen berechtigt wäre, da er die Schulstufe nicht positiv im Sinne des § 25 SchUG abgeschlossen hat und somit die Schulstufe wiederholen müsste.

Im Gegensatz zum § 73 Abs 3 und 4 SchUG sieht das SchPflG keine generellen eigenen Entscheidungsfristen für die Schulbehörden vor, sodass sich die Vorschriften für die Entscheidungen des Landesschulrates aufgrund des § 8 VwGVG ergeben und somit grundsätzlich, mit Ausnahmen, innerhalb von sechs Monaten zu entscheiden ist.

4. Weisungsbeschwerde

[13] ErläutRV 2212 BlgNR 24. GP 3.

[14] ErläutRV 582 BlgNR 21. GP 10.

[15] ErläutRV 2212 BlgNR 24. GP 3.

Gemäß Art 81a Abs 4 B-VG ist das Kollegium des Landesschulrates in seinen Angelegenheiten grundsätzlich weisungsfrei, wobei dies nicht für die begründungspflichtige Weisung des Bundesministers, womit wegen Gesetzwidrigkeit die Durchführung eines Beschlusses untersagt oder die Aufhebung einer Verordnung angeordnet wird, gilt.

Gegen eine solche Weisung kann der Landesschulrat mittels Beschluss des Kollegiums aufgrund des Art 130 Abs 1 Z 4 B-VG in Verbindung mit Art 132 Abs 4 leg cit Weisungsbeschwerde im Sinne einer Organbeschwerde an das Verwaltungsgericht erheben, wobei die Vertretung und die Einbringung dem Präsidenten obliegt.[16]

D. Rechtsweg an den VwGH

1. Ordentliche Revision

Jedes Erkenntnis, und nach § 31 VwGVG auch jeder Beschluss in den Angelegenheiten, in denen kein Erkenntnis zu fällen ist, hat gemäß § 30 leg cit eine Belehrung über die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim VfGH und einer ordentlichen und außerordentlichen Revision beim VwGH zu enthalten, wobei § 25a VwGG regelt, inwieweit gegen Erkenntnisse oder Beschlüsse der Verwaltungsgerichte Revision erhoben werden kann.

Die Revision ist gemäß §§ 24 und 25a Abs 5 VwGG beim Verwaltungsgericht einzubringen, wobei die Revisionsfrist gemäß § 26 Abs 1 leg cit sechs Wochen beträgt.

§ 28 leg cit regelt den Inhalt der Revision, der gemäß § 30 leg cit keine aufschiebende Wirkung zukommt, wobei ihr diese bis zur Vorlage durch das Verwaltungsgericht – gemäß § 30a Abs 3 VwGG unverzüglich – und nach Vorlage durch den VwGH unter den Voraussetzungen des § 30 Abs 2 leg cit zuerkannt werden kann.

Der VwGH kann bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen die Revision entweder als unbegründet abweisen, das Verfahren einstellen, das angefochtene Erkenntnis oder den angefochtenen Bescheid aufheben sowie die Revision als unbegründet abweisen bzw das Erkenntnis oder den Beschluss aufheben.

Ist eine Revision zwar nicht zurückzuweisen, wurden aber Vorschriften über die Form und den Inhalt nicht eingehalten, ist sie unter Setzung einer kurzen Frist zur Behebung der Mängel zurückzustellen. § 42 Abs 4 leg cit erlaubt dem VwGH jedoch auch in der Sache selbst zu entscheiden, wenn diese entscheidungsreif ist und dies im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt.

2. Vorlageantrag

§ 30a VwGG sieht für das Verwaltungsgericht im Zuge der Revisionserhebung die Möglichkeit einer Vorentscheidung vor, wobei gemäß Abs 7 leg cit die Bestimmungen der Abs 1 bis 6 leg cit nur dann anzuwenden sind, wenn das Verwaltungsgericht in seinem Erkenntnis oder Beschluss ausgesprochen hat, dass die Revision zulässig ist.

3. Fristsetzungsantrag

Hat der VwGH bisher gemäß Art 132 B-VG über die Säumnisbeschwerde letztendlich im Sinne des § 42 Abs 4 VwGG in der Sache selbst entschieden, erkennt er nunmehr gemäß Art 133 Abs 1 Z 2 B-VG über "*Anträge auf Fristsetzung wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch ein Verwaltungsgericht".*

In § 73 Abs 5 SchUG hat der Gesetzgeber von der Ermächtigung der §§ 38 VwGG und 34 VwGVG Gebrauch gemacht und von den sechs Monaten abweichende Entscheidungsfristen für das Verwaltungsgericht festgelegt.

Gemäß § 73 Abs 5 leg cit hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden auf Grundlage des SchUG grundsätzlich innerhalb von drei Monaten ab Beschwerdevorlage zu entscheiden. In den Fällen des § 71 Abs 2 lit c leg cit betreffend der Entscheidung, dass der Schüler zum Aufsteigen nicht berechtigt ist oder die letzte Stufe der besuchten Schulart nicht erfolgreich abgeschlossen hat bzw zum Übertritt in eine dreijährige mittlere oder eine höhere Schule nicht berechtigt ist, beträgt die Entscheidungsfrist vier Wochen und in den Fällen der Entscheidung nach Ablegung von einer oder zwei Wiederholungsprüfungen drei Wochen.

Aufgrund des letzten Satzes des § 73 Abs 5 leg cit ist der Schüler bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtes zum Unterrichtsbesuch in der nächsten Schulstufe berechtigt.

E. Rechtsweg an den VfGH

1. Erkenntnisbeschwerde

Gemäß Art 144 Abs 1 B-VG erkennt der VfGH über Beschwerden gegen Erkenntnisse und Beschlüsse eines Verwaltungsgerichtes*, "soweit der Beschwerdeführer durch das Erkenntnis in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet."*

[16] *Jonak/Kövesi*, Das Österreichische Schulrecht[13] (2012) 125.

Die Frist zur Erhebung einer solchen Beschwerde beträgt gemäß § 82 Abs 1 VfGG sechs Wochen, wobei ihr gemäß § 85 Abs 1 leg cit keine aufschiebende Wirkung zukommt, der VfGH diese aber unter den Voraussetzungen des Abs 2 leg cit zuerkennen kann.

III. Rechtsfragen

Das vierte Kapitel beleuchtet einige, aus schulrechtlicher Sicht interessante, Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und der Landesverwaltungsgerichte wie die Auslegung der Bestimmung des § 14 Abs 5 Leistungsbeurteilungsverordnung, wonach jene Leistungen mit "Genügend" zu beurteilen sind, *"mit denen der Schüler die nach Maßgabe des Lehrplanes gestellten Anforderungen in der Erfassung und in der Anwendung des Lehrstoffes sowie in der Durchführung der Aufgaben in den wesentlichen Bereichen überwiegend erfüllt"* wobei unterschiedliche Ansichten hinsichtlich der Bestimmung "überwiegend" bestehen. In den Erkenntnissen[17] dazu versteht das Bundesverwaltungsgericht, bezugnehmend auf die Judikatur des VwGH[18], unter "überwiegend" ein Vorliegen von mehr als 50 % der zu vergebenden Punkte und legt diese Ansicht auch auf die Leistungsbeurteilung um.

Eine pauschale Anwendung dieser Regelung wird jedoch von pädagogischer Seite nicht vertreten, da es bei der Leistungsbeurteilung die in Abs 5 leg cit genannten "wesentlichen" Bereiche von den "weniger wesentlichen" zu trennen gilt, wobei ein Schüler bereits positiv zu beurteilen ist, wenn er die wesentlichen Bereiche überwiegend beherrscht, aber negativ zu beurteilen wäre, wenn er zwar weniger wesentliche Bereiche beherrscht, diese aber nicht überwiegen.[19]

Eine weitere interessante Rechtsfrage mit der sich das Bundesverwaltungsgericht bisher zu beschäftigen hatte, ist die Anordnung der Erfüllung der Schulpflicht an einer öffentlichen Schule aufgrund nicht erfolgter Ablegung der erforderlichen Prüfung im Zuge der Abmeldung zum häuslichen Unterricht gemäß § 11 SchPflG, insbesondere auch in Zusammenhang mit dem Familiennetzwerk der Freilerner[20], welche eine derartige Überprüfung ablehnen.

Auch die Landesverwaltungsgerichte hatten bereits schulrechtliche Entscheidungen zu treffen, wobei im konkreten Verfahren betreffend sprengelfremder Schulbesuch gemäß § 47 oö Pflichtschulorganisationsgesetz eine Gemeinde Beschwerde gegen den Bescheid der Bezirksverwaltungsbehörde an das Landesverwaltungsgericht OÖ erhoben hatte. In diesem konkreten Verfahren wurde Ermessen seitens der Behörde ausgeübt, wobei die vorgelegenen Entscheidungsalternativen vom Landesverwaltungsgericht anders bewertet wurden als von der Bezirksverwaltungsbehörde.

IV. Verwaltungspolitische Einschätzung und Zusammenfassung

In den beiden letzten Kapiteln wird versucht eine Einschätzung der weiteren Entwicklung sowie eine kurze Zusammenfassung der Arbeit zu geben, wobei die nächsten Jahre zeigen werden inwieweit der Anspruch des Einzelnen auf ein unabhängiges Gericht wirklich zu einer Verwaltungsvereinfachung führt, die nicht nur die Entlastung der Schulbehörden mit sich bringt, sondern vor allem dem Rechtsunterworfenen einen, den Ansprüchen des Schullalltags entsprechenden, Rechtsschutz gewährleistet.

der autor:

Mag. Maximilian Haider ist seit 2004 Vertragsbediensteter am Landesschulrat für Oberösterreich, studierte Rechtswissenschaften an der Johannes Kepler Universität in Linz und ist seit August 2014 in schul- und dienstrechtlichen Angelegenheiten juristischer Ansprechpartner für die Außenstellen des Landesschulrates.

Bildungsreisen
in
Europa

www.oegsr.at

[17] BVwG 18.9.2014, W227 2010446-1; 25.8.2014, W128 2010227-1.

[18] VwGH 9.7.1991 90/12/0104; 13.3.2002 98/12/0453; 21.2.2005 2004/17/0010; 24.9.2008 2006/15/0001.

[19] *Neuweg,* Schulische Leistungsbeurteilung[5] (2014) 75.

[20] BVwG 2.2.2015, W150 2011412-1; 11.12.2014, W227 2013939-1; 31.10.2014, W224 2013538-1; 13.2.2014, W224 2012713-1; 13.10.2014, W224 2012294-1; 29.8.2014, W128 2010522-1.

Die Aufstiegsklausel – Anspruch auf eine 2. Chance?

Eine kritische Auseinandersetzung mit dem § 25 Abs 2 SchUG

Von Georg Kudrna

I. Einleitung

Alle Jahre wieder ist sie zu Schulschluss Gegenstand zahlreicher, oftmals umstrittener Entscheidungen: die sogenannte Aufstiegsklausel. Nicht selten wird sie als "2. Chance" für einen Schüler gesehen, welcher in einem Fach mit einem "Nicht genügend" zu beurteilen ist, aber dennoch durch sie aufsteigen darf. Die sogenannte "Aufstiegsklausel" berechtigt nämlich Schüler zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe trotz Vorliegen eines "Nicht genügend", solange auch bestimmte weitere Voraussetzungen gegeben sind. Dieser Aufsatz setzt sich mit der teilweise sehr unbestimmten gesetzlichen Regelung und der damit einhergehenden Verwaltungspraxis sowie Rechtsprechung zur Aufstiegsklausel auseinander.

II. Die Aufstiegsklausel gemäß § 25 Abs 2 SchUG

Gemäß § 25 Abs 1 SchUG[1] ist ein Schüler zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe berechtigt, wenn er die Schulstufe erfolgreich abgeschlossen hat. Eine Schulstufe ist erfolgreich abgeschlossen, wenn das Jahreszeugnis in allen Pflichtgegenständen eine Beurteilung aufweist und in keinem Pflichtgegenstand die Note "Nicht genügend" enthält.[2]

Ein Schüler ist gemäß § 25 Abs 2 SchUG aber auch zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe berechtigt, wenn das Jahreszeugnis zwar in einem Pflichtgegenstand die Note "Nicht genügend" enthält, aber

- der Schüler nicht auch schon im Jahreszeugnis des vorhergegangenen Schuljahres in demselben Pflichtgegenstand die Note "Nicht genügend" erhalten hat,
- der betreffende Pflichtgegenstand – ausgenommen an Berufsschulen – in einer höheren Schulstufe lehrplanmäßig vorgesehen ist und
- die Klassenkonferenz feststellt, dass der Schüler auf Grund seiner Leistungen in den übrigen Pflichtgegenständen die Voraussetzungen zur erfolgreichen Teilnahme am Unterricht der nächsthöheren Schulstufe im Hinblick auf die Aufgabe der betreffenden Schulart aufweist.

Die Einführung der Aufstiegsklausel wurde damals damit begründet, "dass es aufgrund der außerordentlichen Breite des Bildungsbereiches (der großen Zahl der Fächer) in den österreichischen Schulen vorkommen kann, dass allgemein zufriedenstellend leistungsfähige Schüler in einem Gegenstand versagen."[3]

Der Gesetzgeber sah ein Aufsteigen gemäß § 25 Abs 1 SchUG als Regelform an, ein Aufsteigen mit Aufstiegsklausel gemäß Abs 2 leg cit, als Ausnahme.[4] Dies solle aber mE nicht bedeuten, dass die Anwendung der Aufstiegsklausel eine Ausnahme sein soll. Der Gesetzgeber war vielmehr berechtigterweise und fundiert auf statistische Auswertungen der Ansicht, dass viele Schüler alljährlich gemäß § 25 Abs 1 SchUG – also ohne "Nicht genügend" – zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe berechtigt seien und dass es im Vergleich dazu weniger Fälle der Aufstiegsklausel gemäß § 25 Abs 2 SchUG geben würde. Aus der Bezeichnung "Ausnahmeregel" sollte keinesfalls geschlossen werden, dass der Gesetzgeber wollte, dass eine Anwendung der Aufstiegsklausel in zurückhaltendem Ausmaß erfolgt.

Nach ständiger Rsp des VwGH gebührt dem Aufsteigen trotz Vorliegen einer auf "Nicht genügend" lautenden Beurteilung in einem Pflichtgegenstand dann - aber auch nur dann - der Vorzug vor dem Wiederholen der Schulstufe, wenn es auf Grund zu erwartender positiver Entwicklung des Leistungsbildes des Schülers in der nächsthöheren Schulstufe gerechtfertigt erscheint, ihm die Absolvierung eines weiteren (zusätzlichen)

[1] Bundesgesetz über die Ordnung von Unterricht und Erziehung in den im Schulorganisationsgesetz geregelten Schulen (Schulunterrichtsgesetz - SchUG) BGBl 1986/472 (Wv) idgF.

[2] Weiters gilt eine Schulstufe auch dann als erfolgreich abgeschlossen, wenn bei Wiederholen von Schulstufen das Jahreszeugnis in höchstens einem Pflichtgegenstand die Note "Nicht genügend" enthält und dieser Pflichtgegenstand vor der Wiederholung der Schulstufe zumindest mit "Befriedigend" beurteilt wurde.

[3] ErläutRV 345 BlgNR 13. GP.

[4] ErläutRV 345 BlgNR 13. GP.

Schuljahres "zu ersparen".[5] Diese einschränkende Ansicht ("nur dann") ist mE aus den in weiterer Folge noch dargelegten Gründen kritisch zu sehen.

§ 25 Abs 2 lit a und b SchUG lassen in der Praxis kaum bis keinen Entscheidungsspielraum, da diese Voraussetzungen entweder eindeutig vorliegen oder eben nicht. Doch gerade § 25 Abs 2 lit c SchUG lässt einen sehr großen Ermessensspielraum und ist daher oftmals Mittelpunkt kritischer Entscheidungen.

III. Leistungsprognose

Es obliegt der jeweils befassten Behörde zu prognostizieren, ob ein bestimmter Schüler auf Grund seiner im gegenwärtigen bzw im eben abgelaufenen Schuljahr in den übrigen Pflichtgegenständen erbrachten Leistungen unter Berücksichtigung der sich aus der Bildungsaufgabe der betreffenden Schulart ergebenden spezifischen Anforderungen am Unterricht der nächsthöheren Schulstufe teilnehmen wird können.[6] Es bedarf somit für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen für die Aufstiegsklausel vorliegen, einer Prognoseentscheidung.

A. Grundlage der Leistungsprognose

Grundlage für diese Leistungsprognose sind die Leistungen (und nicht die Leistungsbeurteilungen[7]) des Schülers in den übrigen Pflichtgegenständen in der vom Schüler gerade absolvierten Schulstufe unter vorausschauender Bedachtnahme auf die spezifischen Aufgaben der betreffenden Schulart.[8]

1. Vorangegangenes Schuljahr oder vorangegangene Schuljahre?

Mangels Normierung einer diesbezüglichen Ausnahmeregelung ist nach der Rsp des VwGH bei Handhabung des Tatbestandes des § 25 Abs 2 lit c SchUG davon auszugehen, dass die "Leistungen in den übrigen Pflichtgegenständen" jene sind, die der Schüler in der von ihm eben absolvierten Schulstufe erbracht hat.[9] Somit dürfen Leistungen des Schülers aus den vorherigen Schuljahren nach Ansicht des VwGH in die Leistungsprognose nicht einfließen. Dies ist mE faktisch beinahe unmöglich. Bei der Beurteilung von allfälligen Leistungsreserven wird natürlich auch automatisch das Gesamtbild des Schülers, das er seit Eintritt in die Schule abgegeben hat – zumindest unterbewusst – eine Rolle spielen. Gerade bei solch unbestimmten Voraussetzungen wie jener der in § 25 Abs 2 lit c SchUG normierten wird man Erfahrungen, welche man als Lehrperson mit dem Schüler gewonnen hat, bei einer Beurteilung des Vorliegens von Leistungsreserven nicht ausblenden können. ME wäre eine grundsätzliche – bewusste – Beachtung von erbrachten Leistungen aus den Vorjahren – entgegen der Rsp des VwGH - auch sinnvoll. Zudem ist eine über das betroffene Schuljahr hinausgehende Betrachtung durch den Wortlaut des § 25 Abs 2 lit c SchUG gedeckt. Anders als bei einer Leistungsbeurteilung, in deren Rahmen die Leistungen eines konkreten Schuljahres beurteilt werden, ist bei der Aufstiegsklausel hingegen ja eben keine Beurteilung einer in einem bestimmten Zeitraum erbrachten Leistung vorzunehmen, sondern eine Prognose für die Zukunft auf einer bestimmten vorhandenen Grundlage anzustellen. Teil dieser Grundlage können – und sollten – mE auch Leistungen aus sämtlichen bisher absolvierten Schuljahren mit entsprechender Gewichtung (vgl unten) sein, da für eine jede Prognose es sinnvoll ist, eine möglichst umfangreiche Entscheidungsgrundlage zu haben.

2. Einzubeziehende Gegenstände

Grundlage der Leistungsprognose sind sämtliche Gegenstände, sohin auch solche, die nicht mehr in der nächsthöheren Schulstufe unterrichtet werden. Nach Ansicht des VwGH spreche einer Einbeziehung dieser Fächer nichts entgegen, da auch deren Beurteilung für eine Einschätzung der Leistungsfähigkeit des Schülers von Bedeutung ist.[10] Auch hier hat mE jedoch sehr wohl eine Gewichtung zu erfolgen. Ein Schüler wird im Regelfall versuchen, in Fächern, welche auch in der/den nächsthöheren Schulstufe/n zu absolvieren ist/sind, größeres Augenmerk zu schenken; zumindest wenn der Schüler zukunftsorientiert denkt und entsprechend agiert. Allen voran geht es ja um die Frage, ob die Voraussetzungen zur erfolgreichen Teilnahme am Unterricht der nächsthöheren Schulstufe im Hinblick auf die Aufgabe der betreffenden Schulart vorliegen. Für eine erfolgreiche Teilnahme am Unterricht der nächsthöheren Schulstufe kann daher die bis dato erbrachte Leistung in einem Fach, welches in der nächsthöheren Schulstufe gar nicht mehr unterrichtet wird, nicht ausschlaggebend sein. Sohin darf den Leistungen, welche in Fächern, die in der nächsthöheren Schulstufe nicht mehr unterrichtet werden, erbracht wurden, mE nur geringes Gewicht für die Leistungsprognose zukommen.

[5] VwSlg 11.935 A/1985; VwGH 15.12.2011, 2009/10/0226 mwN.
[6] VwGH 24.1.1994, 93/10/0224.
[7] Die Leistungsbeurteilung ist jedoch ein Indiz, vgl VwGH 11.11.1985, 85/10/0096; VwSlg 11935 A/1985.
[8] VwSlg 9667 A/1978.
[9] VwGH 21.9.1987, 87/10/0073.
[10] VwGH 24.1.1994, 93/10/0224.

3. Sonstige zu beachtende Umstände

Nicht unumstritten ist auch, welche Umstände bei dieser Prognose Niederschlag finden müssen. Der VwGH hat dabei in seiner Rsp gewisse Anhaltspunkte geschaffen, was alles bei der Beurteilung, ob Leistungsreserven gegeben sind, beachtet werden muss. Diese Aspekte sind mE kritisch zu sehen.

Ausgangspunkt und - unter Beachtung der spezifischen Anforderungen der besuchten Schulart - Grundlage der gemäß § 25 Abs 2 lit c SchUG zu erstellenden Prognose seien nach der Rsp des VwGH ausschließlich die Leistungen des Schülers in den übrigen Pflichtgegenständen, nicht jedoch Umstände, welche diese Leistungen in negativer Weise zu beeinträchtigen geeignet sind (zB mangelnde Prüfungsvorbereitung wegen Krankheit). Auf Umstände, die den Schüler an der Erbringung der erforderlichen Leistungen gehindert haben, komme es daher ebenso wenig an wie auf die Annahme, bei Wegfall dieser Umstände könne eine erfolgreiche Teilnahme am Unterricht der nächsthöheren Schulstufe erwartet werden.[11]

ME ist diese unterschiedliche Behandlung von bestimmten Umständen nicht nachvollziehbar. Vielmehr müssten alle Umstände, insbesondere solche, welche eine rechtliche Regelung bzw Verankerung haben, Beachtung im Rahmen der Prognoseentscheidung finden. Als Beispiel hierfür soll die Planung eines Auslandsaufenthalts dienen. Zahlreiche Schüler absolvieren einen Auslandsaufenthalt und wird dieser auch auf Grund der schulrechtlichen Bestimmungen zweifelsfrei von Gesetzgeber und Verwaltung gefördert.[12] Oftmals bedarf es für einen längeren Auslandsaufenthalt eines Schülers in den Monaten bzw im Jahr davor zahlreicher Vorbereitungen (Sprachkurse, Vorbereitungskurse, uvm), wodurch es auch nicht immer möglich sein wird, sich bestmöglich auf Leistungsüberprüfungen in der Schule vorzubereiten. Dass dadurch das für die Prognose essentielle Leistungspotenzial des Schülers geringer sei, ist sicherlich nicht der Fall. Sohin sind mE auch solche Umstände für die Prognoseentscheidung jedenfalls beachtlich und haben entsprechend in diese einzufließen.

In diesem Zusammenhang ist die Ansicht des VwGH, wonach Mängel im Unterricht außer Betracht zu bleiben haben, kritisch zu sehen.[13] Meiner Meinung nach müssen auch solche Umstände beachtet werden. Wenn es dem Schüler auf Grund von ihm nicht verschuldeten Unterrichtsmängeln nicht möglich war, seine Leistungen zu erbringen, darf dies nicht völlig unbeachtet bleiben. Es wäre vielmehr zu beurteilen, welche Leistungen der Schüler unter normalen Umständen erbracht hätte. Denn wie bereits erwähnt, geht es eben um eine Leistungsprognose und nicht um eine Leistungsbeurteilung.

B. Die Beurteilung der Grundlage

Die "Leistungen in den übrigen Pflichtgegenständen" können nicht mit den in diesen Pflichtgegenständen erzielten Leistungsbeurteilungen gleichgesetzt werden; es kommt auf die Leistungen selbst an. Die Noten sind aber nach der stRsp des VwGH ein Indiz für die tatsächlich erbrachten Leistungen.[14]

1. Die Rolle der Jahresbeurteilungen in den anderen Pflichtgegenständen

Den Noten darf jedoch mE – entgegen der Ansicht des BMBF[15] – für die Leistungsprognose nicht zu großes Gewicht geschenkt werden, da, wie in weiterer Folge noch ausgeführt wird, bei einer Entscheidung nach den Noten mehrere Faktoren für eine korrekte Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 25 Abs 2 SchUG unbeachtet bleiben würden.

So erkannte auch der VwGH, dass die Frage, wie die Leistungen in den übrigen Pflichtgegenständen konkret beschaffen sein müssen, um den erfolgreichen Abschluss der nächsthöheren Schulstufe erwarten zu lassen, nicht allgemeingültig beantwortet werden kann; es komme auf den Einzelfall an. Der Vollziehung sei ein Prognosespielraum eingeräumt, dessen Grenzen dann als gewahrt anzusehen sind, wenn die Ex-ante-Beurteilung auf Grund der ermittelten Umstände des Falles unter Zugrundelegung pädagogischen Sachverstands und nach der allgemeinen Erfahrung eine vertretbare Einschätzung darstelle.[16]

[11] VwGH 21.9.1987, 87/10/0073.

[12] Exemplarisch sei auf § 25 Abs 9 SchUG verwiesen, wonach in Bezug auf die Berechtigung zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe ein nachgewiesener mindestens fünfmonatiger und längstens einjähriger fremdsprachiger Schulbesuch im Ausland als erfolgreicher Schulbesuch in Österreich gilt.

[13] VwGH 27.6.1994, 94/10/0020: Der Beschwerdeführer wendete ein, er sei dadurch benachteiligt worden, dass der Lehrstoff des Deutschunterrichtes großteils in dem auf die Deutschstunde folgenden Religionsunterricht vorgetragen wurde, den er nicht besuche.

[14] VwSlg 11.935 A/1985; VwSlg 9667 A/1978.

[15] Vgl den Erlass des BMU vom 21.3.1997, MVBl Nr 56, RS 20/1997: "Unbeschadet dessen wird sich das Abschätzen der noch vorhandenen Leistungsreserven eines Schülers am Notenbild des Jahreszeugnisses bzw seiner Entwicklung mit zu orientieren haben."

[16] VwSlg 11.935 A/1985.

2. Stehen mehrere ("schwache") Genügend einer Aufstiegsklausel entgegen?

Die Auffassung, es müssten die Leistungen des Schülers in den übrigen Pflichtgegenständen "signifikant", somit erheblich besser sein als "das schlechteste denkbare positive Beurteilungskalkül", also "Genügend", ist nach der Rsp des VwGH weder durch den Wortlaut der Norm gedeckt noch mit deren Zweck vereinbar.[17] Dieser Auffassung ist mE zu folgen. Denn ein "Genügend" ist eine positive Beurteilung. Ein Schüler, welcher in sämtlichen Fächern mit "Genügend" beurteilt wurde und sohin einen Notendurchschnitt von 4,0 hat, ist gemäß § 25 Abs 1 SchUG jedenfalls zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe berechtigt. ME wäre es nicht nachvollziehbar, wenn zB einem Schüler, welcher in vielen Fächern mit guten Noten, jedoch mit einem "Nicht genügend" und einem oder auch mehreren "Genügend" beurteilt wurde, und einen Notendurchschnitt von beispielsweise 3,0 hat, die Aufstiegsklausel versagt werden würde. Allein dadurch zeigt sich schon, dass die Ansicht der BMBF, dass das Abschätzen der noch vorhandenen Leistungsreserven eines Schülers sich am Notenbild des Jahreszeugnisses bzw seiner Entwicklung mit zu orientieren habe,[18] verfehlt ist. Sohin ist mE unter Umständen auch eine positive Leistungsprognose bei einem Schüler, welcher mehrere oder gar viele "Genügend" hat, zu bejahen.[19] Festzuhalten ist bei diesem Gedanken jedoch nochmals, dass es sowieso bei der Feststellung, ob die Voraussetzungen für eine Aufstiegsklausel vorliegen, nicht auf die Leistungsbeurteilung sondern auf die erbrachte Leistung per se ankommt.

In Fächern, in denen der Schüler mit "Befriedigend" oder noch besser beurteilt wurde, sind jedenfalls ausreichende Leistungsreserven gegeben.[20]

3. Gewichtung der erbrachten Leistungen

Fraglich ist auch, inwiefern eine Gewichtung der erbrachten Leistungen zu erfolgen hat. Bei der Prognoseentscheidung bezüglich des Vorliegens der Voraussetzungen einer Aufstiegsklausel gemäß § 25 Abs 2 SchUG müssen mE die zuletzt erbrachten Leistungen noch mehr als bei der üblichen Beurteilung gewichtet werden, dies deshalb, da es sich bei einer Prognose um einen Vorausblick handelt. Fälle, in welchen sich die Beurteilung eines Schülers in einem Fach während eines Semesters um zwei Notengrade verändert, sind nicht selten, und gibt es auch immer wieder Fälle, in welchen eine Veränderung um drei Notengrade binnen eines Semesters erfolgt. Zwar ist der Gesetzeswortlaut eindeutig, dass sämtliche Leistungen des vorangegangenen Schuljahres für die Prognoseentscheidung heranzuziehen sind, doch ist mE unter Beachtung des § 20 LBVO[21] eine stärkere Gewichtung der zuletzt erbrachten Leistungen angebracht.

Sollte der Schüler in einem Fach, in welchem er im Jahreszeugnis positiv beurteilt wurde, zu irgendeinem Zeitpunkt auf Grund seiner bis dahin erbrachten Leistungen auf "Nicht genügend" gestanden sein, gleichgültig, ob ihm eine Frühwarnung ausgeteilt wurde oder nicht, so kann dieses Faktum mE keinesfalls dem Schüler entgegengehalten werden. Diesbezüglich ist auf das bisher Gesagte zu verweisen, dass zuletzt erbrachten Leistungen bei der Leistungsprognose mehr Gewicht zu geben ist. Weiters zeugt es mE doch umso mehr vom Vorliegen von Leistungsreserven, wenn es der Schüler geschafft hat, sich sohin um mindestens einen Notengrad zu verbessern.[22] *Kepplingers* Ansicht, dass einer Entscheidung der Klassenkonferenz, welche sich ausschließlich auf die Tatsache der Durchführung einer Prüfung zwischen "Genügend" und "Nicht genügend" bzw dem Vorliegen einer Frühwar-

[17] VwSlg 11.935 A/1985.

[18] Erlass des BMU vom 21.3.1997, MVBl Nr 56, RS 20/1997.

[19] So auch der Erlass des BMU vom 21.3.1997, MVBl Nr 56, RS 20/1997: "Es sind jedoch ebenso Konstellationen denkbar, wo trotz mehrerer auf "Genügend" lautender Jahresbeurteilungen das Erteilen von § 25 Abs 2 lit SchUG vertretbar erscheint. Dies dann, wenn aus allen auf "Genügend" lautenden Jahresbeurteilungen eine starke Tendenz in Richtung "Befriedigend" herauslesbar ist, abgestützt etwa durch deutlich über dem Durchschnitt liegende Schularbeitsleistungen gegen Ende des Unterrichtsjahres."

[20] Vgl Erlass des BMU vom 21.3.1997, MVBl Nr 56, RS 20/1997.

[21] § 20 Leistungsbeurteilungsverordnung BGBl 1974/371: "Den Beurteilungen der Leistungen eines Schülers in einem Unterrichtsgegenstand für eine ganze Schulstufe hat der Lehrer alle vom Schüler im betreffenden Unterrichtsjahr erbrachten Leistungen zugrunde zu legen, wobei dem zuletzt erreichten Leistungsstand das größere Gewicht zuzumessen ist. Dabei sind die fachliche Eigenart des Unterrichtsgegenstandes und der Aufbau des Lehrstoffes zu berücksichtigen."

[22] AA Erlass des BMU vom 21.3.1997, MVBl Nr 56, RS 20/1997: "Als Entscheidungshilfe mag dienen, dass eine Situation, in der die Berechtigung zum Aufsteigen verweigert werden muss, dann gegeben sein kann, wenn der Schüler erst auf Grund einer mündlichen Prüfung gemäß § 5 Abs 2 erster Satz der LBVO eine positive Jahresbeurteilung erhalten hat. Die Tatsache, dass bis unmittelbar vor Ende des Unterrichtsjahres in diesem Pflichtgegenstand eine negative Jahresbeurteilung drohte, kann auf nicht mehr allzu große Leistungsreserven schließen lassen."

nung stützen würde, mit Sicherheit ein Akt der Willkür anhaften würde,[23] kann gefolgt werden.

4. Beachtung der Aufgaben der betreffenden Schulart

Wie bereits aus dem Gesetzeswortlaut hervorgeht, sind bei der Entscheidung die Aufgaben der betreffenden Schulart (insbesondere in der nächsthöheren Schulstufe) zu beachten. Ob man dies so verstehen kann, dass zB eine Aufstiegsklausel mit einem "Nicht genügend" in einer Fremdsprache in einem Realgymnasium eher zu vergeben sei als in einem Gymnasium mit sprachlichem Schwerpunkt, ist fraglich. Auch wenn eine solche unterschiedliche Behandlung von Schülern durch das Sachlichkeitsgebot iSd Art 7 B-VG wohl gedeckt ist, da es sich um unterschiedliche Schulzweige handelt, kann den spezifischen Aufgaben der betreffenden Schulstufe schon allein deshalb nicht ein wesentliches Gewicht eingeräumt werden, weil zum Zeitpunkt der Entscheidung ja noch nicht mit Sicherheit bekannt ist, ob der betroffene Schüler weiterhin die gleiche Schule besucht. Da aber nach Ansicht des VwGH es für die Entscheidung über die Berechtigung zum Aufsteigen ohne Belang ist, ob der Schüler bei Zuerkennung der Berechtigung zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe die Schule verlassen hätte oder nicht, weil der Gesetzgeber an diesen Umstand nicht anknüpft,[24] kann aus den genannten Gründen nicht auf die spezifischen Aufgaben der nächsthöheren Schulstufe Bedacht genommen werden.[25]

5. Anzahl der Fächer

Ob die Anzahl der absolvierten bzw im kommenden Schuljahr zu absolvierenden Fächer in einer Weise in die Leistungsprognose Einfluss zu finden haben, ist mE fraglich. Der Gesetzgeber hat die Aufstiegsklausel mit der Begründung eingeführt, auf Grund der außerordentlichen Breite des Bildungsbereiches (der großen Zahl der Fächer) in den österreichischen Schulen sei es möglich, dass im Allgemeinen zufriedenstellend leistungsfähige Schüler in einem Gegenstand versagen.[26] ME ist es daher durchaus naheliegend, ein "Versagen" in einem von 15 Fächern eher nachzusehen, als ein "Versagen" in einem von sieben Fächern.

IV. Ausnahmeregel?

Zu guter Letzt möchte ich noch den Gedanken darlegen, ob im Zweifel nicht für den Schüler zu entscheiden ist, und festzustellen ist, dass er zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe gemäß § 25 Abs 2 SchUG berechtigt sei. Klarerweise kann die Nichtberechtigung zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe, also anders ausgedrückt, die Verpflichtung, ein Schuljahr zu wiederholen, nicht als Strafe im juristischen Sinn aufgefasst werden. Jedenfalls wird aber durch die Entscheidung, ob ein Schüler zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe berechtigt ist, wesentlich in dessen Individualsphäre eingegriffen. Oftmals wird eine eindeutige Feststellung, ob der Schüler auf Grund seiner Leistungen in den übrigen Pflichtgegenständen die Voraussetzungen zur erfolgreichen Teilnahme am Unterricht der nächsthöheren Schulstufe im Hinblick auf die Aufgabe der betreffenden Schulart aufweist, nicht eindeutig möglich sein – dies zeigt einerseits die jährliche Praxis, andererseits auch die in diesem Aufsatz dargelegten Gedanken. Auch ist, wie bereits oben erörtert, die Ansicht verfehlt, die Aufstiegsklausel sei eine Ausnahmebestimmung und daher nur in Ausnahmefällen anzuwenden.[27] Sohin ist mE dem Schüler das Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe mit Aufstiegsklausel gemäß § 25 Abs 2 SchUG immer dann zu ermöglichen, wenn keine groben Zweifel am erfolgreichen Absolvieren der nächsthöheren Schulstufe gegeben sind. Die Sicherheit, dass ein Schüler ein (folgendes) Schuljahr positiv absolviert, hat man grundsätzlich niemals – auch nicht bei einem Schüler, der im Vorjahr womöglich sogar einen ausgezeichneten Erfolg hatte.

In diesem Zusammenhang sei auf § 2 Abs 1 SchOG[28] über die Aufgaben der österreichischen Schule verwiesen. Wie schaffen wir es besser,

[23] *Kepplinger,* Ist die "Aufstiegsklausel" noch zeitgemäß?, S&R 1/2010, 25.
[24] VwGH 2.4.1998, 97/10/0217.
[25] VwSlg 10.713 A/1982; VwSlg 11.935 A/1985; VwGH 21.9.1987, 87/10/0073.
[26] ErläutRV 345 BlgNR 13. GP.
[27] Siehe etwa *Kepplinger,* S&R 1/2010, 25.
[28] § 2 Abs 1 Schulorganisationsgesetz BGBl 1962/242: "Die österreichische Schule hat die Aufgabe, an der Entwicklung der Anlagen der Jugend nach den sittlichen, religiösen und sozialen Werten sowie nach den Werten des Wahren, Guten und Schönen durch einen ihrer Entwicklungsstufe und ihrem Bildungsweg entsprechenden Unterricht mitzuwirken. Sie hat die Jugend mit dem für das Leben und den künftigen Beruf erforderlichen Wissen und Können auszustatten und zum selbsttätigen Bildungserwerb zu erziehen. Die jungen Menschen sollen zu gesunden und gesundheitsbewussten, arbeitstüchtigen, pflichttreuen und verantwortungsbewussten Gliedern der Gesellschaft und Bürgern der demokratischen und bundesstaatlichen Republik Österreich herangebildet werden. Sie sollen zu selbständigem Urteil, sozialem Verständnis und sportlich aktiver Lebensweise geführt, dem politischen und weltanschaulichen Denken anderer aufgeschlossen sein sowie befähigt werden, am Wirtschafts- und Kulturleben Österreichs, Europas und der Welt Anteil zu nehmen und in Freiheits- und Friedensliebe an den gemeinsamen Aufgaben der Menschheit mitzuwirken."

junge Menschen zu arbeitstüchtigen und verantwortungsbewussten Gliedern der Gesellschaft heranzubilden, als ihnen nach einem einmaligen "Versagen" eine zweite Chance zu geben. Unsere Gesellschaft und sohin unser Rechtssystem sieht in den unterschiedlichsten Bereichen die Möglichkeit einer zweiten Chance vor (angefangen von der verfahrensrechtlichen Möglichkeit eines Antrags auf Wiedereinsetzung bis hin zum diversionellen Vorgehen im Strafrecht). Einem Schüler die Aufstiegsklausel zu verwehren, mit dem Argument, ihm damit etwas Gutes zu tun, ist absurd. Jedem Schüler steht es frei, freiwillig die Schulstufe zu wiederholen. Österreichs Schüler brauchen keine ständige Bevormundung. Wenn wir gemäß § 2 Abs 1 SchOG Österreichs Schüler zu Selbstständigkeit und Verantwortungsbewusstsein heranbilden wollen, so müssen wir ihnen auch die Möglichkeit dazu geben, und ihnen das Vertrauen schenken, sie bei einem "Versagen" nicht gleich zum Wiederholen des Schuljahres zu verpflichten, sondern ihnen eine zweite Chance zu geben. Genau dies ist mE auch Sinn und Zweck des § 25 Abs 2 SchUG, sodass die Berechtigung des Aufsteigens in die nächsthöhere Schulstufe mit Aufstiegsklausel gemäß § 25 Abs 2 SchUG immer dann festzustellen ist, sofern nicht gröbste Zweifel am erfolgreichen Absolvieren der nächsthöheren Schulstufe durch den Schüler gegeben sind. Und die Statistik gibt Recht, dass die Schüler die 2. Chance oftmals nutzen: Nur jeder fünfte Schüler, der von der Aufstiegsklausel profitierte, musste die nächstfolgende Schulstufe wiederholen.[29]

Dem Vorschlag *Kepplingers*[30], wonach auf Grund der Schwachpunkte der Aufstiegsklausel einmal ein anderes Modell versucht werden solle, wie zB ein einmaliges Aufsteigen pro Bildungsgang, und dafür das jetzige System der Aufstiegsklausel abzuschaffen, kann mE einiges abgewonnen werden. Doch im Wissen, wie lange die Umsetzung einer solchen Reform durch den Gesetzgeber dauert, wäre es kurzfristig jedenfalls angebracht, die gesetzliche Bestimmung des § 25 Abs 2 SchUG aus den dargelegten Gründen schülerfreundlicher zu interpretieren, was auch im Rahmen des Wortlauts der gesetzlichen Bestimmung des § 25 Abs 2 SchUG möglich ist.

V. Conclusio

Das Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe mit Aufstiegsklausel gemäß § 25 Abs 2 SchUG stellt keine Ausnahmebestimmung dar. Das Vorliegen der Voraussetzungen ist immer bei einer positiven Leistungsprognose, bei der unterschiedliche Faktoren miteinzufließen haben, zu bejahen.

[29] *Kepplinger,* S&R 1/2010, 24.
[30] *Kepplinger,* S&R 1/2010, 26.

der autor:

Mag. Georg Kudrna absolvierte das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien. In seiner Dissertation beschäftigt er sich unter anderem mit den rechtlichen Aspekten der Schülervertretung, in welcher er während seiner Schulzeit mehrere Jahre auf Schul- und Landesebene tätig war. Seit 2014 ist er als juristischer Mitarbeiter der Rohregger Scheibner Bachmann Rechtsanwälte GmbH immer wieder mit schulrechtlichen Angelegenheiten befasst. Mitglied der ÖGSR seit 2015.

Österreichische Plattform

für Schuljuristinnen und Schuljuristen?

www.oegsr.at

Rezensionen

Bernd Wieser
Handbuch des
Österreichischen Schulrechts
Band 3: Schulunterrichtsrecht
1. Auflage 2015
Verlag: NWV
Umfang: 250 Seiten
Preis: 28,80 EUR
ISBN: 978-3-7083-1051-0

Der Band 3 der Reihe "Handbuch des Österreichischen Schulrechts" ist eigentlich der vierte, der nach "Verfassungsrechtliche Grundlagen und schulrechtliche Nebengesetze" (Band 1, 2010), "Schulorganisationsrecht" (Band 2, 2011) sowie "Land- und forstwirtschaftliches Schulrecht" (Band 4, 2013) das Gesamtwerk eines gut fasslichen Überblicks über das österreichische Schulrecht in seiner ganzen Breite abrundet.

Der Band ist sicherlich derjenige, der am stärksten den Alltag schulischer Entscheidungen abdeckt, indem er das im SchUG und mit den wichtigsten Verordnungen geregelte Zusammenleben von Schülern, Lehrern und Eltern darstellt. Die Einteilung der Kapitel hält sich dabei an die in der Gesetzesgrundlage vorgegebenen Abschnitte von der Aufnahme in die Schule, über die Unterrichtsordnung, die Unterrichtsarbeit, das Aufsteigen, Wiederholen und Überspringen von Schulstufen oder den Übertritt in eine andere Schulart, die Dauer des Schulbesuches oder den abschließenden Prüfungen.

Unter der Kapitelüberschrift "Sonstige Gesamtprüfungen" behandelt der Autor nicht nur die im SchUG verankerten Externistenprüfungen, sondern integriert für den Leser die in manchen Bildungskarrieren wichtigen Regelungen einer Berufsreifeprüfung nach dem Berufsreifeprüfungsgesetz und die zuvor für manche auch schon bedeutsame Möglichkeit für eine Pflichtschulabschlussprüfung nach dem 2012 in Kraft getretenen Pflichtschul-Abschlussprüfungs-Gesetz. Diese Zusammenführung ist systematisch sinnvoll, da die Prüfungen in beiden Zusatzgesetzen zum SchUG mit einigen Abweichungen ebenfalls nach den wesentlichen Bestimmungen für Externistenprüfungen abgewickelt werden.

Nach diesem Exkurs wird im Handbuch die Systematik des SchUG wieder aufgegriffen und die Schulordnung, die Funktionen des Lehrers, die Verbindung von Schule und Schüler, aber auch die der Bildungseinrichtung hin zu den Erziehungsberechtigten dargestellt, die sich dann in der Schulgemeinschaft (Kapitel XIII) zusammenfinden. Nachdem wegen zahlreicher Umsetzungsprobleme mit der 1. SchUG-Novelle 1977 die Schule aus dem Geltungsbereich des AVG herausgenommen wurde, beschäftigt sich sowohl das SchUG als auch der Autor des Handbuches mit den trotzdem an einer Schule geltenden Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Entscheidungsprozesses und dem notwendigen Rechtsschutz bei diesen doch teilweise sehr stark in das Leben des Schülers eingreifenden Verfahren. Nicht umsonst geht *Wieser* dabei kritisch auf das erst mit der SchUG-Novelle BGBl I 2013/75 anstelle des ursprünglichen "Berufungsverfahrens" eingeführten Provisorialverfahrens ein. Während nach altem Recht die Berufungsbehörde bei Einsprüchen über die Entscheidung des schulischen Organs zu befinden hatte, diese also inhaltlich zu überprüfen hatte, sieht das neue Recht vor, dass mit dem Einbringen des Widerspruches die – nunmehr als "provisorial" bezeichnete – Entscheidung des schulischen Organs ex lege außer Kraft tritt und die Widerspruchsbehörde gleichsam neu "das Verwaltungsverfahren einzuleiten" hat. Mit einem Verweis auf ähnliche Konstruktionen in einer Reihe verwaltungsrechtlicher Materiengesetze, in denen gegen einen verwaltungsbehördlichen Bescheid die Anrufung des Gerichtes ermöglicht wird und mit Anrufung des Gerichtes der verwaltungsbehördliche Bescheid ex lege außer Kraft tritt, schlägt *Wieser* (S. 227) vor, im vorliegenden Zusammenhang sogar von einem "Quasi-Quasi-Instanzenzug" zu sprechen.

Auch das ewig junge Thema der Beaufsichtigung der Schüler kommt in den wesentlichen Schritten in gebotener Kürze jedoch für die Praxis griffig zur Ausführung. Wie in allen anderen Kapiteln hat der Autor viel prominente und zeitlos wirkende Literatur der letzten Jahrzehnte zu den unveränderten Bestimmungen des Schulunterrichtsrechtes zusammengetragen und praxisgerecht zitiert. So greift *Wieser* etwa bei der Frage, welche konkreten Überlegungen bei den einzelnen, teilweise sehr rasch zu fällenden Entscheidungen zur "Abwehr von Gefahren nach Kräften" im Sinne des § 51 Abs 3 SchUG zu tätigen sind, auf den früheren Gruppenleiter und Leiter der Schulrechtsabteilung im Unterrichtsministerium Werner Jisa zurück, der in RdS 1983, 43 f die Faktoren für die Setzung eines bestimmten Aufsichtsverhaltens auflistete: Faktoren in der Person des Schülers (Alter, Eigenart, Charakter, körperlicher, seelischer und sozialer Entwicklungsstand, persönliche Reife, Verhaltensauffälligkeiten, Krankheiten); Gruppenverhalten der Schüler (Gruppengröße, Zeit des Bestehens der Gruppe, gruppendynamische Gesetzmäßigkeiten); Gefährlichkeit der Beschäftigung des Schülers (Art der Turngeräte, Spiele, Ausflüge, Wettkämpfe, Baden uä); örtliche Umgebung (Straße, Stadt, Land uä); Verhältnis zwischen Lehrer und

Schüler (Dauer des Bekanntseins); Erfahrenheit des Lehrers und Beachtung einschlägiger Rechtsvorschriften (zB StVO, Jugendschutzgesetz). Nach dieser sehr komplexen Matrix der Überlegungen für eine korrekte Aufsichtsführung reicht der Autor des Handbuches jedoch seinen vielleicht weniger juristisch aber pädagogisch vorgeprägten Lesern die "Beruhigungspille": Hinsichtlich des Maßstabs, an dem die Erfüllung der Aufsichtspflicht zu messen ist, wird nicht auf das Bild eines idealen Lehrers, sondern auf eine Durchschnittsbetrachtung abgestellt. Es wird weder erwartet, dass der Lehrer erhöhte persönliche Risiken eingeht noch die Schule individuelle Beaufsichtigungsmaßstäbe überängstlicher Eltern übernimmt. Was erwartet wird, ist das, was in einer bestimmten Situation von einem verantwortungsbewussten Lehrer üblicherweise erwartet werden darf (S. 169).

Entsprechend dem selbst gesetzten Ziel, ein Handbuch zu schaffen, ist gleich einleitend eine kompakte Literaturauswahl, aber auch eine Auswahl die Vollziehung des Schulunterrichtsrechtes prägender Judikatur des VfGH und des VwGH aufgenommen worden. In einer weiteren Auflage werden dann vielleicht ebenso rechtsfortbildend oder klärend wirkende Entscheidungen des BVwG aufgenommen werden. Doch jetzt darf sich der verehrte Leser darüber freuen, dass er eine aktuelle systematisch-zusammenfassende Darstellung des Schulrechts in Händen hält. Wer es dann auch liest, erspart sich (in den meisten Fällen) auf Grund der klaren, übersichtlichen und präzisen Darstellung ein manchmal aufwändiges Suchen nach den Originalrechtsquellen. Damit gelingt es möglicherweise – das ist dem einsatzfreudigen Autor zu wünschen – die Informationsbrücke hin zu den eigentlich Betroffenen – den Schuldirektionen, interessierten Lehrerinnen und Lehrern und Eltern, ja selbst Schülerinnen und Schülern – zu bauen, wie es der Verfasser im Vorwort erhofft. Eines kann unabhängig davon klar festgestellt werden: Bernd Wieser hat bei seiner Einführung in das österreichische Schulrecht gute Lesbarkeit mit hohem wissenschaftlichen Anspruch verknüpft und damit nachdrücklich bestätigt, dass er 2010 zu Recht den erstmals vergebenen Schulrechtspreis der Österreichischen Gesellschaft für Schule und Recht bereits für den ersten Band seines Handbuchs erhalten hat.

Markus Juranek

Bernd Wieser
Handbuch des Österreichischen Schulrechts
Band 1: Verfassungsrechtliche Grundlagen und schulrechtliche Nebengesetze
1. Auflage 2010
Verlag: NWV
Umfang: 248 Seiten
Preis: 28,80 EUR
ISBN: 978-3-7083-0712-1

Bernd Wieser
Handbuch des Österreichischen Schulrechts
Band 2: Schulorganisationsrecht
1. Auflage 2011
Verlag: NWV
Umfang: 115 Seiten
Preis: 24,80 EUR
ISBN: 978-3-7083-0741-1

Bernd Wieser
Handbuch des Österreichischen Schulrechts
Band 4: Land- und forstwirtschaftliches Schulrecht
1. Auflage 2013
Verlag: NWV
Umfang: 161 Seiten
Preis: 26,80 EUR
ISBN: 978-3-7083-0894-4

S&R PRAXIS

Zur rechtlichen und pädagogischen Qualität der "§ 5 Abs 2- Prüfung"

Von Philipp Vogt

I. Problemlage

Ein erweitertes Lernverständnis im Sinne eines kompetenzorientierten Lernens und das dadurch bedingte erweiterte Verständnis von schulischer Leistung bereiten der Lehrerschaft bei der pädagogischen Tätigkeit der Leistungsfeststellung und Leistungsbeurteilung zunehmend Schwierigkeiten. Es muss Neuland betreten werden! In der Diskussion über sich ständig verändernde Methoden des Lehrens und Lernens werden immer öfter Stimmen laut, die neue rechtliche Rahmenbedingungen einfordern. Fest steht, dass die Beurteilung bewertungsrelevanter Schülerleistungen im Einklang mit den Bestimmungen der Leistungsbeurteilungsverordnung, BGBl1974/371 idF BGBl II 2012/255 (im Folgenden kurz: LBVO), stehen muss und subjektive Vorstellungen von Leistungsfeststellung und Leistungsbeurteilung nicht ausschlaggebend sein dürfen. Insofern erscheint es heute mehr denn je erforderlich, sich als Lehrer mit den Bestimmungen der LBVO eingehend zu befassen, um Rechtsunsicherheit bei der Beurteilung von Schülerleistungen ausräumen zu können.

In Lehrerkreisen wird die Frage nach der rechtlichen Qualität einer mündlichen Prüfung im Sinne des § 5 Abs 2 LBVO häufig kontrovers diskutiert. Während immer noch viele Lehrkräfte und ein Großteil der Erziehungsberechtigten davon ausgehen, dass es sich dabei um eine "Entscheidungsprüfung" handelt, sehen andere darin nur *eine* Prüfung unter vielen. Gerade in Unterrichtsfächern, in denen lehrplanmäßig keine Schularbeiten vorgesehen sind und die Festsetzung der Jahresnote ausschließlich auf Grund von Mitarbeitsfeststellungen erfolgen kann und unter Bedachtnahme auf die oben getroffenen Feststellungen, ist die Frage nach der rechtlichen Qualität dieser Prüfung von großer pädagogischer Relevanz.

Im Pflichtschulbereich sind es meist die Schüler der 8. Schulstufe, die im 2. Semester – oft erst gegen Ende des Schuljahres hin – eine mündliche Prüfung im Sinne des § 5 LBVO beantragen, wohlwissend, dass gute Berufschancen auch auf qualifizierten Schulabschlüssen basieren und gute Noten an dieser wichtigen Schnittstelle erst einen Übertritt in eine höhere Schule möglich machen. Das an sich löbliche Ansinnen, die Jahresnote durch eine mündliche Prüfung verbessern zu wollen, stößt zuweilen auf wenig Gegenliebe bei der Lehrerschaft, insbesondere dann, wenn die Mitarbeitsleistungen eines Schülers über das gesamte Schuljahr gesehen unterdurchschnittlich bis unzureichend waren. Die ablehnende Haltung dem berechtigten Schülerwunsch gegenüber, sich durch eine "§ 5 Abs 2-Prüfung" verbessern zu wollen, wird oftmals noch dadurch negativ verstärkt, dass seitens des Schülers oder seiner Erziehungsberechtigten unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wird, dass eine *deutliche* Verbesserung der Jahresnote angestrebt wird.

Wagt es eine Lehrperson nach erfolgreich abgelegter Prüfung, aufgrund der während des Schuljahres vorgenommenen Mitarbeitsbeurteilungen des Schülers die – unter Umständen sogar negative – Jahresnote nicht mehr zu ändern, kommt es – erfahrungsgemäß – zu Streitgesprächen zwischen den Erziehungsberechtigten und der betroffenen Lehrperson.

Gelingt es nicht, die Erziehungsberechtigten davon zu überzeugen, dass die Voraussetzungen für eine positive Jahresbeurteilung gesamthaft betrachtet einfach nicht gegeben sind, werden diese aller Voraussicht nach - nach der Entscheidung der Klassenkonferenz über die Nichtberechtigung zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe - von ihrem Widerspruchsrecht an die zuständige Schulbehörde Gebrauch machen.

II. Gesetzliche Grundlagen

Gemäß § 18 Abs 1 SchUG hat der Lehrer die Beurteilung der Leistungen der Schüler in den einzelnen Unterrichtsgegenständen durch Feststellung der Mitarbeit der Schüler im Unterricht sowie durch besondere in die Unterrichtsarbeit eingeordnete mündliche, schriftliche und praktische oder nach anderen Arbeitsformen ausgerichtete Leistungsfeststellungen zu gewinnen. Maßstab für die Leistungsbeurteilung sind die Forderungen des Lehrplanes unter Bedachtnahme auf den jeweiligen Stand des Unterrichts.

Nach § 20 Abs 1 SchUG hat der Lehrer der Beurteilung der Leistungen eines Schülers in einem Unterrichtsgegenstand auf einer ganzen Schul-

stufe alle in dem betreffenden Unterrichtsjahr erbrachten Leistungen (§ 18 SchUG) zugrunde zu legen, wobei dem zuletzt erreichten Leistungsstand das größere Gewicht zuzumessen ist. Dabei sind die fachliche Eigenart des Unterrichtsgegenstandes und der Aufbau des Lehrstoffes zu berücksichtigen.

Gemäß § 5 Abs 1 LBVO bestehen mündliche Prüfungen aus mindestens zwei voneinander möglichst unabhängigen an einen bestimmten Schüler gerichteten Fragen, die dem Schüler die Möglichkeit bieten, seine Kenntnisse auf einem oder mehreren Stoffgebieten darzulegen oder anzuwenden.

Nach § 5 Abs 2 leg cit ist auf Wunsch des Schülers in jedem Pflichtgegenstand (ausgenommen in den im Abs 11 genannten Pflichtgegenständen) einmal im Semester, in saisonsmäßigen und lehrgangsmäßigen Berufsschulen einmal im Unterrichtsjahr, eine mündliche Prüfung durchzuführen. Die Anmeldung zur Prüfung hat so zeitgerecht zu erfolgen, dass die Durchführung der Prüfung möglich ist.

Aufgrund der bestehenden Verordnungslage ist der Lehrer *verpflichtet*, auf Wunsch (gemeint: Antrag) des Schülers – bei vorliegender zeitgerechter Anmeldung – eine mündliche Prüfung durchzuführen. Eine rechtliche Verpflichtung, den Schüler bzw seine Erziehungsberechtigten auf diese Möglichkeit – etwa im Rahmen eines Frühwarngesprächs gemäß § 19 Abs 3a SchUG – explizit hinzuweisen, besteht aber nicht.

Die LBVO bietet ferner keinen Anhaltspunkt dafür, dass ein Lehrer im Falle eines drohenden "Nicht Genügend" in der Jahresbeurteilung eine mündliche Prüfung im Sinne des § 5 LBVO durchführen muss. Im Gegensatz zur Rechtslage vor der LBVO-Novelle BGBl 1992/492 – muss der Lehrer nun nur mehr *auf Antrag* eines Schülers eine mündliche Prüfung durchführen, dies aber selbst dann, wenn das Prüfungsergebnis an einer bevorstehenden Semester- oder Jahresbeurteilung mit "Nicht Genügend" seiner Ansicht nach nichts mehr zu ändern vermag. Positiv zu bewerten ist, dass der Lehrer bei einer bevorstehenden Semester- oder Jahresbeurteilung mit "Nicht Genügend" keine mündliche Prüfung mehr durchführen muss, wozu er hingegen nach geltender Rechtslage vor der oben genannten Novelle selbst noch in aussichtslosen Fällen (und auch gegen den Willen des Schülers) verpflichtet war.

Konsequenterweise wird ein Lehrer, der nach Durchsicht seiner Leistungsaufzeichnungen zur Auffassung gelangt, dass diese für eine sichere Leistungsbeurteilung mit "Nicht genügend" ausreichen und auch eine positiv abgelegte Prüfung daran nichts mehr ändert, davon Abstand nehmen, eine mündliche Prüfung im Sinne des § 5 LBVO von sich aus durchzuführen.

In den Erläuterungen des BMBF zum Entwurf der LBVO-Novelle BGBl 1992/492 kommt deutlich zum Ausdruck, dass die mündliche Prüfung im Sinne des § 5 LBVO keine "Entscheidungsprüfung" darstellt, heißt es doch darin wörtlich: "Dies auf Grund der Gesamtkonzeption der Leistungsbeurteilungsverordnung und somit aus rechtlichen Gründen, aber auch aus pädagogischen Überlegungen. Denn: eine einzige punktuelle Prüfung von der Dauer weniger Minuten kann im Regelfall nicht das während eines gesamten Beurteilungsabschnittes gewonnene Gesamtbild der Leistungen so verändern, dass diese eine punktuelle Leistungsfeststellung die vorherigen Leistungen bzw Nichtleistungen in den Hintergrund treten lassen kann. Die § 5 Abs 2-Prüfung ist daher eine mündliche Prüfung wie jede andere, die nur einen Mosaikstein im Gesamtleistungsbild eines Schülers darstellen kann, die aber nicht dazu geeignet ist, alleinige Grundlage für die Leistungsbeurteilung über ein Semester oder über ein ganzes Schuljahr zu sein"(Vgl hiezu Jonak/Kövesi, Das Österreichische Schulrecht, 13. Auflage, FN 2, S 856, zu § 5 Abs. 2 LBVO, mit Hinweis auf die Erläuterungen des BMBF zum Entwurf der Novelle BGBl 1992/492).

Auch das BVwG, das nunmehr gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 iVm Art 131 Abs 2 B-VG über Beschwerden gegen Bescheide des Landesschulrates wegen Rechtswidrigkeit zu entscheiden hat, orientiert sich in seinen Entscheidungen zur Frage nach der rechtlichen Qualität der "§ 5 Abs 2-Prüfung" regelmäßig an dieser Formel (vgl BVwG 11.8.2014, W227 2009664-1; 18.8.2014, W203 2009981-1). Es ist davon auszugehen, dass in dieser Frage in Zukunft ähnlich oder gleich judiziert wird.

Fraglich bleibt, warum der Verordnungsgeber dem Schüler zwar die Möglichkeit eröffnet, sich mündlich prüfen zu lassen, ihm aber gleichzeitig die Chance, sich noch auf ein "Genügend" zu verbessern, verwehrt, in dem er der "§ 5 Abs 2-Prüfung" lediglich den Wert eines Mosaiksteins im Gesamtleistungsbild eines Schülers zuerkennt. Bekanntlich ist ein Mosaik ein Bildwerk, das sich aus sehr vielen farbigen Steinchen zusammensetzt. Zieht man diesen bildhaften Vergleich heran, so scheint die "§ 5 Abs 2-Prüfung" vielleicht gerade noch geeignet, bei vorliegender Zwischennote letzte Sicherheit über die Semester- oder Jahresnote zu erlangen, niemals aber dazu, eine Änderung der bevorstehenden Jahresbeurteilung von "Nicht genügend" auf "Genügend" herbeizuführen. Insofern ist es aus pädagogischer Sicht alles andere als dienlich, dem Schüler das Instrument einer Wunschprüfung

("§ 5 Abs 2-Prüfung") in die Hand zu geben. Es ist zu fragen: Mit welcher Erwartungshaltung geht ein Schüler, dem ein Nicht genügend droht, in eine derartige Prüfung? Er möchte die negative Jahresbeurteilung abwenden, nichts anderes!

Ein auf Transparenz und größtmögliche Objektivität bedachter Lehrer wird seinen Schüler in einem derart gelagerten Fall schon im Vorhinein darauf hinweisen, dass er zwar eine "§ 5 Abs 2-Prüfung" ablegen könne, die dabei erbrachte Leistung aber an der negativen Gesamtbeurteilung nichts mehr zu ändern vermöge, zumal die bisherigen Leistungen oder Nichtleistungen über das Semester oder das Schuljahr gesehen eine positive Beurteilung nicht rechtfertigen würden. Das kommt in den Augen der betroffenen Schüler einer Verweigerung der Prüfung gleich und sorgt zudem für großes Unverständnis bei den Erziehungsberechtigten. Es verwundert daher nicht, dass Lehrer auf die Möglichkeit, einmal im Semester eine "§ 5 Abs 2-Prüfung" beantragen zu können, in ihrem Unterricht ungern bzw überhaupt nicht hinweisen.

III. Ausblick

Die Festsetzung der Jahresnote kann in Fächern, in denen lehrplanmäßig keine Schularbeiten vorgesehen sind, auch ausschließlich auf Grund von Mitarbeitsfeststellungen im Sinne des § 4 Abs 1 LBVO erfolgen. Beruht eine Jahresbeurteilung ausschließlich auf Mitarbeitsfeststellungen, müssen die auf dieser Basis vorgenommenen Mitarbeitsbeurteilungen jedenfalls für eine sichere Leistungsbeurteilung für eine Schulstufe ausreichen.

Die Tendenz geht dahin, herkömmliche Formen der punktuellen Leistungsfeststellung (Tests, Lernzielkontrollen usw) durch modernere Methoden der Leistungsmessung zu ersetzen. Dem Beobachten von Lernprozessen wird der Vorrang gegenüber punktuellen Leistungsfeststellungen eingeräumt. Tatsächlich ist es nicht mehr ungewöhnlich, dass eine Jahresbeurteilung ausschließlich auf Mitarbeitsfeststellungen beruht, die, wie oben angeführt, oftmals unter Berücksichtigung neuer Methoden (Leistungen bei der Erstellung und Durchführung eines Lerntagebuches oder eines Portfolios usw) erstellt wurde. Auch wenn heute viele Lehrer das Arbeiten mit neuen, moderneren Lehr- und Lernformen im Rahmen eines kompetenzorientierten Unterrichts ausdrücklich begrüßen, so muss ehrlicherweise doch angemerkt werden, dass sich gerade Schüler im Pflichtschulbereich reichlich schwer damit tun. Oft wird von den Schülern und zuweilen auch von ihren Erziehungsberechtigten ganz einfach nicht verstanden, worin die erbrachten Leistungen bzw Nichtleistungen liegen, weil derartige Leistungen für sie nicht greifbar und fassbar sind. Hinzu kommt, dass die Feststellung und Beurteilung dieser Leistungen einen rechtlichen Balanceakt darstellen, zumal die LBVO in dieser Hinsicht bislang viele Fragen offen lässt.

Zu wünschen ist freilich, dass künftige Novellierungen der LBVO gerade auf den Bereich der neuen Lehr- und Lernformen und auf die Beurteilung der daraus erwachsenden Leistungen Bezug nehmen würden und somit Rechtssicherheit geschaffen würde.

In diesem Lichte erscheint es statthaft, die rechtliche Qualität der "§ 5 Abs 2-Prüfung" als eine unter vielen behutsam zu hinterfragen. Im Regelfall wird ein Schüler gegen Ende des Semesters den Wunsch äußern, im Sinne des § 5 Abs 2 LBVO geprüft zu werden. Zum einen besteht diese Prüfung aus mindestens zwei voneinander möglichst unabhängigen Fragen, zum anderen bietet sie dem Schüler die Möglichkeit, seine Kenntnisse auf einem oder mehreren Stoffgebieten darzulegen und anzuwenden.

Eine auf Freiwilligkeit basierende mündliche Prüfung, die den Lehr- und Prüfungsstoff eines Schuljahres im Wesentlichen abdeckt und die der Prüfling eindeutig positiv ablegt, bietet meines Erachtens durchaus die Möglichkeit, den Schüler doch noch positiv zu beurteilen. Dem könnte von pädagogischer Seite vielleicht noch entgegengehalten werden, dass man durch zwei Fragen in der Gesamtdauer von zehn Minuten nicht eruieren könne, ob sich der Schüler während der Vorbereitungsphase von in der Regel zwei bis drei Wochen auch dem gesamten Lehr- und Lernstoff ausführlich genug gewidmet habe. Ohne die Wahrscheinlichkeitsrechnung bemühen zu müssen, darf festgehalten werden, dass es doch äußerst unwahrscheinlich ist, dass ein Schüler die Inhalte beider Prüfungsfragen gleichsam im Vorhinein erahnt. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass Versäumtes nachgeholt, respektive der im Laufe eines Unterrichtsjahres erarbeitete Lehrstoff (nach-) gelernt und auch verstanden wurde.

Auf alle Fälle zu berücksichtigen ist, dass nach § 20 Abs 1 SchUG bei der Beurteilung der Leistungen eines Schülers in einem Unterrichtsgegenstand auf einer ganzen Schulstufe alle erbrachten Leistungen zugrundezulegen sind, *dem zuletzt erreichten Leistungsstand aber größeres Gewicht beizumessen* ist.

der autor:

Dr. iur. Philipp Vogt verbindet die theoretische und die praktische Argumentationslinie in seiner Person. Er ist Lehrbeauftragter für Schulrecht an der Pädagogischen Hochschule Tirol und unterrichtet an einer Neuen Mittelschule in Innsbruck.

Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts

Stand Oktober 2015

Von Martina Weinhandl

1. Verfassungsgerichtshof: Keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch Untersagung der Teilnahme am häuslichen Unterricht mangels Ablegung einer Externistenprüfung; keine Vergleichbarkeit des häuslichen Unterrichts mit dem Unterricht in Privatschulen

VfGH 10.3.2015, E 1993/2014

Rechtssatz:

Mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs der EU-Grundrechte-Charta ist auf die Ausführungen zu Art. 14 GRC nicht näher einzugehen.

Der Schutzbereich des Art. 18 StGG ist im vorliegenden Fall nicht eröffnet, weil es sich bei der Erfüllung der Schulpflicht nicht um eine Berufswahl oder Berufsausbildung handelt.

Keine Verletzung des Gleichheitssatzes durch § 11 Abs. 4 SchPflG, weil der häusliche Unterricht nicht mit dem Unterricht in Privatschulen – weder mit solchen nach § 5 Abs. 1 SchPflG noch mit solchen nach § 12 SchPflG iVm § 14 Abs. 2 PrivatschulG – zu vergleichen ist. Eine grundlegende Unterscheidung zwischen diesen Arten der Ausbildung ist schon durch Art. 17 StGG gegeben, der in den Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 5 Schulen und häuslichen Unterricht gerade nicht gleich regelt. Im Bereich von Schulen (einschließlich Privatschulen) ist es staatlichen Organen laufend möglich, die Einhaltung schulrechtlicher Bestimmungen zu überprüfen.

Der Erstbeschwerdeführer (Vater) und die Zweitbeschwerdeführerin (Tochter) behaupten, dass das BVwG § 11 Abs. 4 SchPflG einen gleichheitswidrigen Inhalt dadurch unterstellt habe, dass der Zweitbeschwerdeführerin die Erfüllung der Schulpflicht in einer Schule nach § 5 SchPflG vorgeschrieben worden sei. Dem ist zu entgegnen, dass dies § 11 Abs. 4 SchPflG ausdrücklich vorsieht und dagegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

Keine Willkür: Das BVwG hat § 11 Abs. 4 SchPflG auf Grund eines im Wesentlichen unbestrittenen Sachverhaltes – die Zweitbeschwerdeführerin hat keine Externistenprüfung abgelegt – angewendet, wobei ein grober Fehler nicht zu erkennen ist.

Das Schulrecht ist nicht von Art. 6 EMRK und (schon mangels der Eröffnung des Anwendungsbereichs) auch nicht von Art. 47 GRC erfasst; es ist daher nicht auf die vorgebrachten Bedenken in Bezug auf Art. 6 EMRK, insbesondere den Entfall der mündlichen Verhandlung, einzugehen.

Art. 4 BVG Kinderrechte ist nicht dahingehend zu verstehen, dass das Kind ein Recht hätte, der Anwendung von es treffenden, zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zu widersprechen, die mit dem BVG Kinderrechte in Einklang stehen.

2. Feststellung von sonderpädagogischem Förderbedarf; Begriff der "Behinderung"

BVwG 11.5.2014, W128 2008793-1 und BVwG 11.5.2015, W128 2009666-1

Im konkreten Fall ging das Gutachten davon aus, dass der Beschwerdeführer sonderpädagogischen Förderbedarf benötige und daher behindert sei. Diese Auffassung stellt jedoch einen unzulässigen Umkehrschluss dar. Gemäß dem klaren Wortlaut des § 8 Abs. 1 SchPflG und der Rechtsprechung des VwGH ist zuerst festzustellen, ob eine physische oder psychische Behinderung vorliegt und danach (arg. "infolge physischer oder psychischer Behinderung") ist zu beurteilen, ob der Schüler aufgrund dessen dem Unterricht nicht ohne sonderpädagogische Förderung zu folgen vermag.

Das SchPflG selbst enthält keine Legaldefinition zum Wort der "Behinderung". Eine solche findet sich jedoch in § 3 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG), BGBl. Nr. 22/1970, und der gleich lautenden Bestimmung in § 1 der Einschätzungsverordnung, BGBl. II Nr. 261/2010. Demnach ist eine Behinderung die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben (hier Schulleben) zu erschweren. Dabei gilt als nicht nur vorübergehend ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten. Aus der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 2 lit. a BEinstG, wonach behinderte Personen, die sich in Schul- oder Berufsausbildung befinden nicht als begünstigte Behinderte gelten, ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber grundsätzlich schon davon ausgeht, dass auch dieser Personenkreis von der Legaldefinition im § 3 leg.cit. umfasst ist. Dafür, dass der Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 SchPflG von einer anderen Definition des Begriffs "Behinderung" als in § 3 BEinstG ausgeht, ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte, zumal die Teilhabe am Unterrichtsgeschehen mit jener am Arbeitsleben vergleichbar ist.

3. Schulpflichtgesetz; Fernbleiben vom Unterricht; Ermessen der Behörde

BVwG 27.1.2015 W224 2014708-1

Die Tochter der Beschwerdeführer besucht die dritte Klasse einer bilingualen Volksschule. Die Beschwerdeführer ersuchten um Erlaubnis zum Fernbleiben vom Unterricht für ihre Tochter für einen bestimmten, näher bezeichneten zweiwöchigen Zeitraum und begründeten dies damit, dass sie in diesem Zeitraum in Sri Lanka beruflich tätig sein werden. Der Beschwerdeführer ist Regisseur und die Beschwerdeführerin ist Schauspielerin sowie akademische Theaterpädagogin und die Familie legte im Verfahren entsprechende Unterlagen über das in Sri Lanka laufende Projekt "Europeans Abroad" vor.

Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis zum Fernbleiben ist gemäß § 9 Abs. 6 SchPflG, dass ein begründeter Anlass vorliegt. Eine ausdrückliche Regelung, was ein begründeter Anlass ist, besteht im SchPflG nicht.

Im gegenständlichen Fall kommt als begründeter Anlass für das Fernbleiben in Anlehnung an § 9 Abs. 3 Z 4 SchPflG ein außergewöhnliches Ereignis im Leben des Schülers, in der Familie oder im Hauswesen des Schülers in Frage.

Die Beschwerdeführer sind eingeladen, in Sri Lanka ein Projekt "Europeans Abroad" zu entwickeln. Eine solche Tätigkeit, die im Zusammenhang mit den beruflichen Tätigkeiten der Beschwerdeführer steht und im Ausland wahrgenommen werden kann, ist zweifellos ein außergewöhnliches Ereignis in der Familie der Schülerin. Darüber hinaus wurde das Ansuchen der Beschwerdeführer auch von der Schulleitung befürwortet.

Zu der im angefochtenen Bescheid vertretenen Auffassung, dass die in § 9 Abs. 3 SchPflG genannten Gründe alle in der Interessenlage des Schülers gelegen seien und daher auch die nach § 9 Abs. 6 SchPflG begründeten Anlassfälle vergleichbarer Art und Schwere sowie in der Interessenlage des Schülers vorliegen müssten, führte das BVwG aus, dass die in § 9 Abs. 3 SchPflG genannten Verhinderungsgründe nicht ausdrücklich auf eine "Interessenlage des Schülers" abstellen, sondern demonstrativ Rechtfertigungsgründe für eine Verhinderung des Schülers genannt werden und zudem auch Ereignisse in der Familie des Schülers von Bedeutung sind.

Das BVwG verkannte in diesem Fall nicht, dass § 9 Abs. 6 SchPflG dem Landesschulrat Ermessen (arg. "kann") bei der Erteilung zur Erlaubnis zum Fernbleiben vom Unterricht einräumt. Gemäß Art. 130 Abs. 3 B-VG liegt Rechtswidrigkeit nicht vor, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat. Diesbezüglich liegt eine Rechtswidrigkeit nur dann vor, wenn die eingeräumten Grenzen des Ermessens überschritten worden sind, also vom Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht worden ist.

Die Behörde ist verpflichtet, in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensübung maßgebenden Überlegungen und Umstände insoweit offen zu legen und auf alle für und gegen die Erteilung zur Erlaubnis zum Fernbleiben vom Unterricht sprechenden Umstände Bedacht zu nehmen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung der Ermessensentscheidung auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes durch das Verwaltungsgericht erforderlich ist. Für das BVwG folgte vorliegend, dass die belangte Behörde die eingeräumten Grenzen des Ermessens überschritten hat, und erteilte die Erlaubnis zum Fernbleiben vom Unterricht.

Der VwGH wies die ao. Revision mit Beschluss vom 24.6.2015, Ra 2015/10/0027, zurück.

4. Einbringung einer Beschwerde statt einer Vorstellung gegen einen Mandatsbescheid (betreffend eine Suspendierung); unrichtige Rechtsmittelbelehrung

BVwG 3.2.2015, W224 2017757-1

Der Landesschulrat suspendierte den Beschwerdeführer mit Bescheid gemäß § 49 Abs. 3 und 9 SchUG iVm § 57 Abs. 1 AVG "bis auf weiteres wegen Gefährdung der körperlichen Sicherheit und Sittlichkeit" vom Schulbesuch.

Die Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Bescheides lautete wie folgt: "*Gegen diesen Bescheid ist eine Beschwerde zulässig. Die Beschwerde ist schriftlich (in jeder technischen Form, nicht jedoch mit E-Mail) innerhalb von vier Wochen ab Zustellung des Bescheides beim Landesschulrat für NÖ, Außenstelle Baden, einzubringen. Die Beschwerde hat diesen Bescheid zu bezeichnen und einen begründeten Beschwerdeantrag zu enthalten. Über die Beschwerde entscheidet das Bundesverwaltungsgericht*."

Der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer brachte im Sinne der erteilten Rechtsmittelbelehrung fristgerecht beim Landesschulrat Beschwerde an das BVwG ein. Dabei beantragte er, das BVwG wolle gemäß § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen, gemäß Art. 130 Abs. 4 B-VG und § 28 Abs. 2 VwGVG in der Sache selbst entscheiden und den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben, in eventu den angefochtenen Bescheid gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen.

Bei dem angefochtenen Bescheid handelte es sich um einen Mandatsbescheid. Für die Beurteilung, ob ein Mandatsbescheid vorliegt, kommt es nämlich nicht darauf an, ob die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 AVG vorlagen und sich die Behörde daher mit Recht auf diese Gesetzesstelle stützen durfte. Maßgebend ist vielmehr, ob der Bescheid sich unmissverständlich auf diese Gesetzesstelle gestützt hat.

Dafür, dass gegenständlich ein Mandatsbescheid im Sinne von § 57 Abs. 1 AVG vorliegt, sprach aus Sicht des BVwG zweifelsfrei die Tatsache, dass § 57 Abs. 1 AVG im Spruch zitiert wurde und dass ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren bei Gefahr im Verzug die Suspendierung vom Schulbesuch als unaufschiebbare Maßnahme bescheidmäßig abgesprochen wurde. Gegen Mandatsbescheide im Sinne von § 57 Abs. 1 AVG steht gemäß Abs. 2 leg.cit. binnen einer Frist von zwei Wochen das remonstrative Rechtsmittel der Vorstellung, an jene Behörde, die den Mandatsbescheid erlassen hat, offen.

Der gegenständliche Mandatsbescheid wies eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung auf, indem diese nicht auf Erhebung einer Vorstellung binnen zwei Wochen an den Landesschulrat, sondern auf Einbringung einer Beschwerde an das BVwG lautete.

Nach der Rechtsprechung des VwGH kommt es bei der Beurteilung, ob ein gegen einen Mandatsbescheid erhobenes Rechtsmittel als Vorstellung oder als unzulässige Beschwerde (vormals Berufung) zu werten ist, nicht ausschließlich auf seine Bezeichnung an. Lässt sich das Rechtsmittel auf Grund des darin gestellten Begehrens (auch) als Vorstellung deuten, hat dies zu geschehen. Entscheidend ist dabei, ob sich aus dem Begehren eindeutig ergibt, die Entscheidung welcher Behörde der Rechtsmittelbewerber beantragt. Lässt sich aus dem Begehren nichts anderes schließen, als dass eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts (vormals Berufungsbehörde) beantragt wird, so ist eine Deutung des Rechtsmittels als Vorstellung ausgeschlossen.

Im vorliegenden Fall wurde ein als Beschwerde bezeichnetes Rechtsmittel erhoben. Der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer hatte nach der Formulierung seines Antrags eindeutig eine Entscheidung des BVwG vor Augen. Dies ergibt sich insbesondere aus der ausdrücklichen Formulierung der Antragstellung. Eine Deutung des Rechtsmittels als vom Landesschulrat zu erledigende Vorstellung scheidet damit aus. Es liegt nicht ein bloß unrichtig bezeichnetes, sondern ein unrichtiges Rechtsmittel vor. Ob der einschreitende Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bei der Abfassung des Rechtsmittels allenfalls nicht über genügend Information über die Art des zu bekämpfenden Bescheides verfügte, ist für die Wertung des eingebrachten Rechtsmittels als Berufung nicht maßgeblich.

Die Beschwerde war daher als unzulässig zurückzuweisen. Daran vermag die unrichtige Rechtsmittelbelehrung nichts zu ändern; sie kann jedoch in einem allfälligen Verfahren betreffend die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 Abs. 1 Z 2 AVG von Bedeutung sein.

5. Antrag auf "Einführung und Verwendung der Gebärdensprache als Unterrichtssprache"; keine Rechtsgrundlagen im SchUG; Ausgestaltungsvorbehalt des Art. 8 Abs. 3 B-VG

BVwG 4.3.2015, W224 2015175-1

Im gegenständlichen Beschwerdeverfahren beantragten die Eltern einer gehörlosen Schülerin "die Einführung bzw. Verwendung der Österreichischen Gebärdensprache als Unterrichtssprache" mit der Begründung, dass eine "Gleichberechtigung" mit den "VerwenderInnen der autochtonen gesprochenen österreichischen Minderheitensprachen und der Kinder mit anderen Muttersprachen als Deutsch" hergestellt werden solle.

Das BVwG hielt dazu fest, dass zwar gemäß Art. 8 Abs. 3 B-VG die Österreichische Gebärdensprache als eigenständige Sprache anerkannt ist, jedoch steht diese Anerkennung unter einem Gesetzesvorbehalt, konkret unter einem Ausgestaltungsvorbehalt. Ein derartiger Ausgestaltungsvorbehalt ist als Auftrag an den (einfachen) Gesetzgeber zu verstehen, diese Anerkennung der Österreichischen Gebärdensprache als eigenständige Sprache überhaupt erst zu gestalten. Das bedeutet im konkreten Fall, dass ein Anspruch aus der Anerkennung der Österreichischen Gebärdensprache als eigenständige Sprache seiner Natur nach näherer Konkretisierung bedarf. Dem einfachen Gesetzgeber obliegt es somit, Inhalt, Art und Weise der Geltendmachung und Durchsetzung eines Anspruchs zu regeln.

Im SchUG sind keine Bestimmungen bzw. Rechtsgrundlagen verankert, die "die Einführung bzw. Verwendung der Österreichischen Gebärdensprache als Unterrichtssprache" vorsehen würden. Der Landesschulrat zog in Anbetracht dessen § 16 Abs. 1 und 3 bzw. § 18 Abs. 12 SchUG als mögliche Rechtsgrundlagen heran, anhand derer er prüfte, ob diese unter Umständen eine Grundlage für "die Einführung bzw. Verwendung der Österreichischen Gebärdensprache als Unterrichtssprache" darstellen könnten. Weder § 16 Abs. 1 und 3 noch § 18 Abs. 12

SchUG können jedoch – so das BVwG dem Landesschulrat folgend – als Grundlage für "die Einführung bzw. Verwendung der Österreichischen Gebärdensprache als Unterrichtssprache" herangezogen werden.

Auch eine Rechtswidrigkeit des Bescheides des Landesschulrats auf Grund einer Verletzung unmittelbar von Art. 8 Abs. 3 B-VG schied nach Ansicht des BVwG aus, weil Art. 8 Abs. 3 B-VG nur gesetzliche Bestimmungen gewährleistet, die eine konkret ausgestaltete Anerkennung der Österreichischen Gebärdensprache als eigenständige Sprache einräumen und es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass die verfassungsrechtliche Garantie über diesen Auftrag an den Gesetzgeber hinausgehen sollte.

Der VfGH lehnte die Behandlung der gegen dieses Erkenntnis des BVwG eingebrachten Beschwerde mit Beschluss vom 24.6.2015, E 829/2015, ab. Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Erkenntnis des BVwG nähere Ausführungen zur Verfassungskonformität des Provisorialverfahrens (Widerspruch gemäß § 71 SchUG) beinhaltete und der VfGH keinen Anlass zur Einleitung eines amtswegigen Verfahrens zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 71 SchUG sah.

6. Häuslicher Unterricht; Zeitpunkt des Ablegens der Externistenprüfung

BVwG 20.8.2015, W128 2111062-1

Das BVwG hob einen Bescheid des Landesschulrates ersatzlos auf, weil der bekämpfte Bescheid bereits vor dem Ende der Frist erlassen wurde, innerhalb derer der Nachweis gemäß § 11 Abs. 4 SchPflG zu erbringen war.

Der Landesschulrat durfte zum Zeitpunkt des Erlassens des bekämpften Bescheides nicht davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer den zureichenden Erfolg des häuslichen Unterrichts nicht bis zum Schulschluss nachweisen werde, weil zum einen der Zeitraum, bis zu welchem der Nachweis zu erfolgen hat, noch nicht abgelaufen war und zum anderen noch nicht rechtskräftig über die dafür wesentliche Vorfrage entschieden worden war, ob der Beschwerdeführer die Externistenprüfung bestanden hat oder nicht.

7. Häuslicher Unterricht; Ablegung der Externistenprüfung im Ausland

BVwG 25.8.2015, W224 2110840-1

Der mj. Sohn des Beschwerdeführers nahm im Schuljahr 2013/2014 nach entsprechender Anzeige am häuslichen Unterricht teil. Er bestand die Externistenprüfung für das Schuljahr 2013/2014 an einer näher bezeichneten öffentlichen Volksschule nicht, weil er im Pflichtgegenstand "Deutsch, Lesen" mit der Note "Nicht genügend" beurteilt wurde. Der Stadtschulrat ordnete mit Bescheid an, dass der mj. Sohn des Beschwerdeführers seine Schulpflicht im Schuljahr 2014/2015 an einer öffentlichen oder mit dem Öffentlichkeitsrecht auf Dauer ausgestatteten Schule mit gesetzlich geregelter Schulartbezeichnung zu erfüllen hat.

Mit einem späteren Bescheid bewilligte der Stadtschulrat den Schulbesuch des mj. Sohnes des Beschwerdeführers im Schuljahr 2014/2015 in einer näher bezeichneten im Ausland gelegenen Schule gemäß § 13 Abs. 1 SchPflG. Im Schuljahr 2014/2015 besuchte der mj. Sohn des Beschwerdeführers mit Bewilligung des Stadtschulrats eine Schule im Ausland. Der Beschwerdeführer legte beglaubigte Übersetzungen der Zeugnisse jener Schule, die sein mj. Sohn auf Grund der Bewilligung des Stadtschulrates für Wien im Ausland besuchte, über die bestandene 4. Schulstufe beim Stadtschulrat für Wien vor.

Der Beschwerdeführer zeigte danach abermals die Teilnahme seines mj. Sohnes am häuslichen Unterricht für das Schuljahr 2015/2016 beim Stadtschulrat an. Der Stadtschulrat untersagte die Teilnahme am häuslichen Unterricht bescheidmäßig und ordnete an, dass der mj. Sohn des Beschwerdeführers seine Schulpflicht "fortan" an einer öffentlichen oder mit dem Öffentlichkeitsrecht auf Dauer ausgestatteten Schule mit gesetzlicher Schulartbezeichnung zu erfüllen habe.

Das BVwG gab der Beschwerde gegen den Bescheid des Stadtschulrats mit der Begründung Folge, der Stadtschulrat unterstelle § 11 Abs. 4 SchPflG iVm § 13 Abs. 1 SchPflG einen gleichheitswidrigen Inhalt und behandle den mj. Sohn des Beschwerdeführers bei bescheidmäßig bewilligtem Schulbesuch im Ausland im Vergleich zu anderen schulpflichtigen Kindern österreichischer Staatsbürgerschaft mit gleicher Bewilligung ungleich, indem dem mj. Sohn des Beschwerdeführers ebendieser bescheidmäßig bewilligte Schulbesuch im Ausland nicht für die Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht zugezählt würde.

Eine derartige Auslegung sei § 11 Abs. 4 SchPflG iVm § 13 Abs. 1 SchPflG nicht zu unterstellen. Aus § 11 Abs. 3 und 4 SchPflG ergibt sich nämlich die Schuljahrbezogenheit der dort getroffenen Regelungen. Die rechtliche Zulässigkeit der Erfüllung der Schulpflicht durch Teilnahme am häuslichen Unterricht während eines bestimmten Schuljahres ergibt sich aus einer Nichtuntersagung im Sinne des § 11 Abs. 3 SchPflG. Die Teilnahme am häuslichen Unterricht für den mj.

Sohn des Beschwerdeführers war somit im Schuljahr 2015/2016 wieder möglich.

8. Sonderpädagogischer Förderbedarf; Einstufung in den Lehrplan der Allgemeinen Sonderschule

BVwG 27.4.2015, W224 2101566-1

Die mj. Tochter der Beschwerdeführerin besucht im Schuljahr 2014/2015 die 3. Klasse (7. Schulstufe) einer Neuen Mittelschule.

Mit Bescheid des Bezirksschulrates wurde im Jahr 2008 sonderpädagogischer Förderbedarf festgestellt und dass die mj. Tochter der Beschwerdeführerin gemäß § 17 Abs. 4 SchUG im Falle des Besuches einer allgemeinen Schule abweichend vom Lehrplan dieser Schule in den Unterrichtsgegenständen Deutsch, Mathematik, Englisch, Geographie/Wirtschaftskunde, Biologie/Umweltkunde, Geschichte/Sozialkunde/ Politische Bildung, Physik/Chemie und Textiles Werken nach dem Lehrplan der Allgemeinen Sonderschule zu unterrichten ist.

Die Beschwerdeführerin beantragte im November 2014 eine Änderung der Lehrplanfestlegung hinsichtlich des Unterrichtsgegenstandes Ökologie.

Der Lehrplan der Allgemeinen Sonderschule sieht jedoch für die 5. bis 8. Schulstufe lediglich die Pflichtgegenstände Religion, Deutsch, Geschichte und Sozialkunde/Politische Bildung, Geographie und Wirtschafskunde, Mathematik, Geometrisches Zeichnen, Biologie und Umweltkunde, Chemie, Physik, Musikerziehung, Bildnerische Erziehung, Technisches Werken/Textiles Werken, Ernährung/Haushalt, Bewegung und Sport vor. Als Verbindliche Übungen sind eine lebende Fremdsprache und Berufsorientierung vorgesehen. Der Unterrichtsgegenstand Ökologie ist nicht vorgesehen. Der Landesschulrat wies den Antrag der Beschwerdeführerin ab.

Das BVwG wies die dagegen erhobene Beschwerde ebenfalls ab und begründete dies damit, dass wegen des Fehlens der entsprechenden Rechtsgrundlagen im Lehrplan der Allgemeinen Sonderschule im Ergebnis keine andere Entscheidung zu treffen sei.

9. Leistungsbeurteilung; vorgetäuschte Leistung; negative Beurteilung

BVwG 18.6.2015, W203 2107054-1

Die Beschwerdeführerin besuchte im Schuljahr 2014/15 die 8. Klasse einer AHS. Im Unterrichtsfach Latein wurde ihre erste Schularbeit, die im November 2014 angesetzt war, vom zuständigen Lehrer als "vorgetäuschte Leistung" nicht beurteilt. Die Wiederholungsschularbeit wurde mit "Nicht genügend" beurteilt. Für die zweite Schularbeit im März 2015 hat sie 30 von insgesamt 60 möglichen Punkten erhalten, die Schularbeit wurde aber auf Grund der "Vetoklausel" (lediglich 10 statt der geforderten 12 Punkte im zweiten Teil) ebenfalls mit "Nicht genügend" beurteilt. Gemäß der Expertise des Landesfachkoordinators erfüllte die Beschwerdeführerin bei dieser Schularbeit in beiden Teilen in Ansätzen die wesentlichen Bereiche im überwiegenden Ausmaß.

Die Beschwerdeführerin absolvierte mehrere Arbeiten im Wintersemester über den Lehrstoff der Unterstufe positiv, wobei eine davon "knapp positiv" war, und die anderen der Beschwerdeführerin ein durchaus gutes Leistungsniveau attestierten. Der zuständige Lehrer beurteilt die Mitarbeit der Beschwerdeführerin als "kaum vorhanden", wobei er die Hausübungen der Beschwerdeführerin nicht in die Beurteilung der Mitarbeit miteinbezog, weil nicht überprüfbar wäre, ob es sich dabei um eigenständige Leistungen handelte. Die Leistungsentwicklung der Beschwerdeführerin während des Schuljahres 2014/15 war gleichbleibend.

Für das BVwG war zu prüfen, ob die Beurteilung der Beschwerdeführerin im Jahreszeugnis des Schuljahres 2014/15 im Pflichtgegenstand Latein mit "Nicht genügend" zu Recht erfolgte. Da für die Beurteilung der Leistung neben der Mitarbeit auch die Schularbeiten eine wesentliche Rolle spielen und im Schuljahr 2014/15 an der von der Beschwerdeführerin besuchten Schule in der 8. Klasse im Pflichtgegenstand Latein insgesamt lediglich 2 Schularbeiten vorgesehen waren, kommt jeder der beiden Schularbeiten eine hohe Bedeutung zu und das Abschneiden bei diesen beiden Schularbeiten hat eine wesentliche Auswirkung auf die Jahresbeurteilung. Es war daher zunächst zu prüfen, ob die Beurteilung der beiden Schularbeiten jeweils mit "Nicht genügend" zu Recht erfolgte.

Die erste Schularbeit der Beschwerdeführerin im November 2014 wurde zunächst wegen der Annahme einer vorgetäuschten Leistung nicht beurteilt und musste von der Beschwerdeführerin wiederholt werden. Diese Wiederholungsschularbeit wurde mit "Nicht genügend" beurteilt, während die ursprüngliche Arbeit für den Fall, dass es sich nicht um eine vorgetäuschte Leistung handeln würde, mit "Befriedigend" zu beurteilen gewesen wäre.

Für die Frage, ob es sich bei der ursprünglich von der Beschwerdeführerin abgelieferten Arbeit um eine vorgetäuschte Leistung gehandelt hat, war zunächst festzuhalten, dass auf Grund der vielen Parallelitäten – insbesondere auch im Hinblick auf inhaltliche Fehler und sprachliche Unschärfen – mit an Sicherheit grenzender

Wahrscheinlichkeit davon auszugehen war, dass es sich zumindest bei einer der beiden Arbeiten der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Sitznachbarin nicht um eine eigenständige Leistung handelte. Aus einem Vergleich der beiden Arbeiten alleine ließ sich aber nicht feststellen, wer von wem "abgeschrieben" hat. Aus dem gesamten Verfahren ließ sich auch nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen, wie die vorgetäuschte Leistung (bzw. wie die vorgetäuschten Leistungen) zustande gekommen ist (bzw. zustande gekommen sind), und welche der beiden Arbeiten mit diesem Makel behaftet war.

Den einschlägigen Bestimmungen des SchUG und der LBVO lässt sich nicht entnehmen, dass eine vorgetäuschte Leistung bereits während der Leistungserbringung festgestellt werden müsste, sondern es kann diese Feststellung grundsätzlich auch erst während des Korrigierens der abgelieferten schriftlichen Arbeiten im Nachhinein erfolgen. Allerdings trifft im Falle der nachträglichen Feststellung einer vorgetäuschten Leistung den Lehrer die Beweispflicht. Im gegenständlichen Verfahren lag zwar die Vermutung nahe, dass die im Pflichtgegenstand Latein Leistungsdefizite aufweisende Beschwerdeführerin bei der ersten Lateinschularbeit des Schuljahres 2014/15 von der "sehr guten" Sitznachbarin abgeschrieben haben könnte, ein Beweis dafür war aber weder dem zuständigen Lehrer noch im Zuge des Widerspruchsverfahrens der zuständigen Schulbehörde gelungen.

Nach eingehender richterlicher Beweiswürdigung konnte das BVwG nicht abschließend feststellen, dass es sich bei der ersten Lateinschularbeit der Beschwerdeführerin tatsächlich um eine im Sinne des § 11 Abs. 4 LBVO vorgetäuschte Leistung handelte. In einem solchen Zweifelsfall wäre aber die Schularbeit zu beurteilen und die mit "Nicht genügend" beurteilte Wiederholungsschularbeit nicht zu werten gewesen. Von der Verpflichtung, eine erbrachte Leistung zu beurteilen, darf im Sinne des rechtsstaatlichen Prinzips nur dann gemäß § 11 Abs. 4 LBVO und § 18 Abs. 4 SchUG abgesehen werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass eine Leistung vorgetäuscht wurde.

die autorin:

Dr. Martina Weinhandl ist Richterin am Bundesverwaltungsgericht.
Bisherige berufliche Tätigkeiten: Gerichtsjahr; wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Wirtschaftsuniversität Wien (Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Abteilung Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek); Verfassungsdienst des Landes Burgenland; Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt; verfassungsrechtliche Mitarbeiterin am Verfassungsgerichtshof; wissenschaftliche und praxisbezogene Tätigkeit unter anderem im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Schulrecht, Hochschulrecht, Asyl- und Fremdenrecht.

Informationen zum Schulrecht?

Gesetzes-begutachtungen

Symposium

Fortbildungs-veranstaltungen

www.oegsr.at