

Rechtsgutachten

Überlegungen zum Diskriminierungsverbot aus ethnischen Gründen im Rahmen der schulischen (Aus)Bildung unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgesetzes

(erstellt von Dr. Werner Jisa)

INHALT

1. Einleitende Bemerkungen
2. Die Fragestellungen
3. Tageszeitung „Die Presse“ – ein einschlägiger Bericht zum Thema
4. Grundsätzliches zum Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes
5. Das Diskriminierungsverbot nach dem Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit bei der schulischen (Aus)Bildung gemäß § 30 Abs. 2 Z 3 Gleichbehandlungsgesetz
6. Zur Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs - (Diskriminierung wegen der ethnischen Zugehörigkeit)
7. Zur Aufsichtspflicht der LehrerInnen bei Diskriminierung wegen der ethnischen Zugehörigkeit
8. Zum Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission (Senat III)
9. Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und Amtshaftung
10. Zusammenfassung

1. Einleitende Bemerkungen

Als Methode der rechtlichen Klärung von Diskriminierungssachverhalten gemäß dem GIBG¹ im Bereich der schulischen (Aus)Bildung werden – in Form von Fragestellungen – konkrete Fallkonstellationen möglicher Anlassfälle gewählt. Insofern ist zu betonen, dass es sich nicht um eine systematische Aufarbeitung der einzelnen Rechtsbereiche des Schulrechts unter Einbeziehung relevanter einschlägiger Grundrechtstatbestände (insbes. EMRK², Charta der

¹ Bundesgesetz über die Gleichbehandlung, BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 7/2011.

² Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958. Die Normen dieser Konvention gelten laut Art. II des Bundesverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 59/1964 als Verfassungsbestimmungen.

Grundrechte der Europäischen Union³, Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung⁴, Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern⁵) und ihrer Dogmatik handelt.

Es wird ein Ansatz gewählt der vorwiegend von der (Schul)Praxis ausgeht. Dies bedeutet aber auch den Verzicht auf eine abschließende Erfassung und Beurteilung aller möglichen Fallkonstellationen. Dennoch sollte aus bildungs- und rechtspolitischer Sicht der Erkenntnisgewinn für die Vollziehung durchaus gewinnbringend sein, weil ein diskriminierungsfreies Agieren der Verantwortlichen (insbes. der LehrerInnen) im Schulbereich deren pädagogisch-professionelle Glaubwürdigkeit steigert und den festgelegten Erziehungszielen der österreichischen Schule⁶, mit denen jegliche Form der Diskriminierung unvereinbar ist, zunehmende Effektivität verleiht.

2. Die Fragestellungen

2.1. Sind diskriminierende Äußerungen und/oder Handlungen von LehrerInnen gegenüber SchülerInnen im Bereich der öffentlichen und privaten Schulen mit Öffentlichkeitsrecht (während des Unterrichts, in den Pausen, bei Schulveranstaltungen oder schulbezogenen Veranstaltungen) vom Geltungsbereich des GIBG erfasst?

Fallen derartige Vorkommnisse grundsätzlich in die Prüfungskompetenz des Senates III der Gleichbehandlungskommission?

Gilt in diesem Kontext das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft?⁷

2.2. Gilt dies auch für ethnische Diskriminierung im Rahmen schulbehördlicher Verfahren in denen SchülerInnen (oder deren Erziehungsberechtigte) Parteistellung haben; zB für Verfahren zur Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs?

2.3. Diskriminierung im Zusammenhang mit der Aufnahme in die Schule, einer Suspendierung vom Schulbesuch oder einem Schulausschluss.

2.4. Diskriminierung und Aufsichtspflicht der LehrerInnen.

3. Tageszeitung „Die Presse“⁸

„Schule: Jeder zehnte Migrant wird beschimpft.

Im internationalen Vergleich sind Konflikte zwischen Inländern und Migranten selten.

(Wien/APA/RED.) Im vergangenen Schuljahr beobachtete mehr als jeder dritte Jugendliche, dass ein Mitschüler wegen seiner ausländischen Herkunft aufgezo- gen oder beschimpft wurde.

³ Insbesondere Art. 21 betreffend die Nichtdiskriminierung:

„(1) Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.“

⁴ BGBl. Nr. 390/1973.

⁵ BGBl. I Nr. 4/2011. Es handelt sich um eine (teilweise) Umsetzung der Kinderrechtskonvention der UNO.

⁶ Siehe dazu insbes. Art. 14 Abs. 5a Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) iVm § 2 Schulorganisationsgesetz SchOG); BGBl. Nr. 242/1962 idgF.

⁷ BGBl. Nr. 108/1979 idF des BGBl. I Nr. 7/2011. In der Folge abgekürzt: GBK/GAW Gesetz).

⁸ Dieser Bericht erschien in der Ausgabe am 17. Jänner 2013.

Jeder Zehnte hat diese Erfahrung sogar selbst gemacht. Kurden und Roma/Sinti sind am häufigsten betroffen. Das zeigt eine Studie der Universität Wien, die Teil eines von der EU geförderten Forschungsprojekts in fünf Ländern ist⁹.

Zumeist bleibt es zwar bei reinen Wortgefechten, doch auch körperliche Gewalt wurde von 13,3 % der Befragten – also etwa jedem achten Schüler – beobachtet. 3,2 % der 700 befragten österreichischen Jugendlichen sind selbst aufgrund ihrer Herkunft Opfer körperlicher Angriffe geworden.

Im internationalen Vergleich sind diese Werte dennoch gering. Während in Österreich, 3,7 % angeben, dass sie Mitschüler bereits wegen ihrer ethnischen Herkunft schikaniert haben, trifft das in England auf 4,9 % zu. In Slowenien gestehen sieben Prozent, ausländische Mitschüler beschimpft zu haben. In Italien sind es 8,3 % und in Zypern sogar neun Prozent.“

Unter Einbeziehung der unter Pkt. 2.4. formulierten Fragestellung wird die Aufsichtspflicht der LehrerInnen unter dem Gesichtspunkt der ethnischen Diskriminierung in der Schule unter Pkt. 7 erörtert.

4. Grundsätzliches zum Geltungsbereich des GIBG.

Das GIBG hat das Ziel die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt und in sonstigen Bereichen unter Berücksichtigung der Diskriminierungsmerkmale - Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Alter, sexuelle Orientierung und Religion oder Weltanschauung - sicherzustellen.

Sowohl der I. und II. Teil des Gesetzes beziehen sich auf die Gleichbehandlung in der **Arbeitswelt (in Arbeitsverhältnissen)**, wobei in umfangreichen taxativen Aufzählungskatalogen der Begriff Arbeitswelt näher konkretisiert wird (vgl. zB §§ 3 und 4 GIBG).

In diesem Zusammenhang werden im GIBG auch die Begriffe „Aus- und Weiterbildung und Umschulung“ verwendet, aber durch ihre Verknüpfung mit dem Begriff „Arbeitswelt“ folgt hinreichend klar, dass darunter keinesfalls die schulische (Aus)Bildung im Sinne der schulrechtlichen Normen (insbes. Schulorganisationsgesetz¹⁰) erfasst sein kann.

Dies trifft auch auf den im § 1 Abs. 1 Z. 2 und § 4 Z. 1 GIBG verwendeten Begriff „Berufsausbildung“ zu, der von der schulischen (Aus)Bildung an den berufsbildenden Pflichtschulen (Berufsschulen) gemäß §§ 46 bis 51 des Schulorganisationsgesetzes im Rahmen des sog. „dualen“ Berufsausbildungssystems (Ausbildung der Lehrlinge an den Berufsschulen und in den Lehrbetrieben) zu unterscheiden ist.

Schließlich regelt § 30 Abs. 2 im III. Teil des GIBG das Diskriminierungsverbot unter dem Merkmal der **ethnischen** Zugehörigkeit „für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses“ ua. „bei der Bildung¹¹ sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt“. Folglich sind die im I. und II. Teil des GIBG verwendeten Begriffe im Kontext mit der Bildung keinesfalls auf die schulische (Aus)Bildung zu beziehen. Diese Teile des GIBG bleiben daher bei den folgenden Erörterungen außer Betracht.

⁹ Siehe dazu die Glosse von Kurt Scholz in „Die Presse“ vom 29. Jänner 2013, S. 23.

¹⁰ Siehe Anm. 6. Zu nennen ist auch noch das Land- und forstwirtschaftliche Bundesschulgesetz, BGBl. Nr. 175/1966 idgF und das Bundesgesetz über Schulen zur Ausbildung von Leibeserziehern und Sportlehrern, BGBl. Nr. 140/1974 idgF

¹¹ Der Begriff Bildung im EU-Recht entspricht im Wesentlichen dem was unter Bildung im Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union darunter verstanden wird. Das Schulwesen gemäß Art. 14 und 14a B-VG ist Teil des Bildungswesens.

Darüber hinaus werden auch die folgenden Bereiche der Bildung nicht behandelt:

1. Das in die Landesgesetzgebung fallende Bildungswesen. Hierbei handelt es sich vorwiegend um das land- und forstwirtschaftliche Berufsschul- und Fachschulwesen.
2. Der Bereich der Kindergarten- und Horterziehung, wofür ebenfalls die Gesetzgebungs – und Vollziehungskompetenz den Ländern obliegt.¹²
3. Der Bereich sonstiger Bildungsangebote außerhalb des Schulwesens des Bundes, zB die Erwachsenenbildung und die außerschulische Jugendberziehung.¹³
4. Die Universitäten, Fachhochschulen und Pädagogischen Hochschulen.

Zu Pkt. 3 und 4 ist festzuhalten, dass diese Bildungsbereiche sehr wohl unter den III. Teil des GIBG zu subsumieren sind und einer gesonderten Erörterung bedürften.

5. Das Diskriminierungsverbot nach dem Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit bei der schulischen (Aus)Bildung gemäß § 30 Abs. 2 Z 3 GIBG

Aus der im § 30 Abs. 2 Z 3 GIBG normierten Verknüpfung des Begriffs „Bildung“ mit der Wendung „sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt“ folgt zweifelsfrei, dass Maßnahmen schulischer Organe (hier: LehrerInnen, SchulleiterInnen, SchulinspektorInnen) unter dem Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit diskriminierungsrelevant sein können. Dies deshalb, weil aufgrund des Art. 14 Abs. 1 B-VG die Gesetzgebung und die Vollziehung, also die unmittelbare Regelungskompetenz iS des GIBG, auf dem Gebiet des Schulwesens dem Bund zukommt. Auf der Grundlage dieser Kompetenzbestimmung wurden ua. das Schulorganisationsgesetz und das Schulunterrichtsgesetz und die Durchführungsverordnungen zu diesen Gesetzen (Lehrpläne, Prüfungsordnungen, Anmeldeordnungen für Unterrichtsgegenstände, Normen für die Durchführung und Teilnahme an Schulveranstaltungen wie etwa Sportwochen) erlassen¹⁴.

Die angeführten Gesetze und Verordnungen gestalten in umfangreicher Regelungsdichte sämtliche schulisch relevanten Rechtsverhältnisse der SchülerInnen und betreffen – jedenfalls bei minderjährigen SchülerInnen – mittelbar auch die Erziehungsberechtigten. Beispielsweise seien angeführt: Aufnahme in die Schule, erfolgreicher Abschluss einer Schulstufe oder einer Schulart, Zuordnung zu einer nach Schulleistungskriterien bestimmten Schülergruppe, Zulassung zu und erfolgreiches Bestehen einer abschließenden Prüfung (Abschlussprüfung, Reife- und Diplomprüfung), oder Beendigung des Schulbesuchs. Jedenfalls befinden sich die SchülerInnen nach rechtsgültiger Aufnahme in die Schule (bei öffentlichen Schulen durch Hoheitakt, bei Privatschulen aufgrund eines Vertrags nach bürgerlichem Recht¹⁵) bis zur Beendigung des Schulbesuchs in einem besonderen **Rechtsverhältnis**¹⁶, das die gesamte

¹² Art. 14 Abs. 4 lit. b B-VG.

¹³ „Gemäß Art. VIII des BVG BGBl. Nr. 215/1962 mit dem B-VG in der Fassung von 1929 hinsichtlich des Schulwesens abgeändert wird („Schulreformwerk 1962“) besteht bzgl. der Volksbildung/Erwachsenenbildung die Einrichtung der sog. „paktierten Gesetzgebung“ analog der aufgehobenen Regelung des § 42 Z 3 des Übergangsgesetzes 1920 idF 1929. Dem Bund kommt dabei die Initiativgesetzgebung, den Ländern die Sanktionsgesetzgebung zu. Die Vollziehung kommt dem Bund als Nachfolger des szt. Gesamtstaates zu (Staatsgrundgesetz über die Regierungs- und Vollzugsgewalt, RGBl. Nr. 145/1867). Zur außerschulischen Jugendberziehung zählt nicht das Erziehungswesen im Rahmen der Jugendfürsorge (Art. 12 Abs. 1 Z 2 B-VG)“.

¹⁴ Siehe dazu: *Jonak-Kövesi*, Das österreichische Schulrecht, 12. Auflage, Österr. Bundesverlag, Wien 2012. *Götz, Jisa, Juranek, Schreiner*, Die österreichischen Schulgesetze, Loseblattsammlung, 41. Lieferung November 2012, Manz Wien. *G. Münster*, Kodex Schulrecht, Orac Wien.

¹⁵ § 5 Abs. 6 Schulunterrichtsgesetz - SchUG, BGBl. Nr. 139/1974, wiederverlautbart mit BGBl. Nr. 472/186 idgF.

¹⁶ Bis zum Inkrafttreten des SchUG mit 1. September 1974 wurde in der Literatur von einem „besonderen Gewaltverhältnis“ gesprochen, weil für die Schule weitgehend formelle Gesetze fehlten.

Schulzeit andauert, ihren Rechtsstatus bestimmt und eine Reihe von Rechten und Pflichten begründet¹⁷. Hieraus folgt nun weiter, dass das Diskriminierungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgebot (§ 31 leg. cit.) sich nicht nur auf die Bildungsleistungen im engeren Sinn (also den schulischen Unterricht allein¹⁸) bezieht, sondern wesentlich weiter reicht, mit anderen Worten all das erfasst was unter der „Autoritätsglocke“ der Schule unter Verantwortung der schulischen Organe abläuft. Es gibt unter dem Gesichtspunkt des GIBG in der Schule daher keinen Raum für die Zulässigkeit von ethnischen Diskriminierungen. Das Verbot erfasst sowohl die schulischen Hoheitsakte als auch alle Maßnahmen der sog. „schlichten Hoheitsverwaltung“ und auch faktische (Amts)Handlungen.

Folgende Beispiele mögen dies illustrieren:

1. Aufgrund des Religionsunterrichtsgesetzes ist Religion Pflichtgegenstand (mit Abmeldemöglichkeit) für jene SchülerInnen, die der betreffenden gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgemeinschaft angehören. SchülerInnen erhalten daher „ihren“ Religionsunterricht, der konfessionell getrennt erfolgt¹⁹. Sollte nun die Behauptung erhoben werden, diese konfessionelle Zuordnung – oder auch die Zuweisung von SchülerInnen eines bestimmten Religionsbekenntnisses zu einer bestimmten Klasse - sei als eine „versteckte“ ethnische Diskriminierung zu werten so überzeugt dies nicht, weil diese Zuordnung aufgrund des Religionsunterrichtsgesetzes und mit Blick auf § 32 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 3 GIBG sachlich gerechtfertigt ist. Es liegt außerdem in der Natur der Sache, dass in bestimmten Fällen die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Religionsbekenntnis auch mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie einhergeht.

2. Aufgrund des Schulunterrichtsgesetzes kann das Schulforum und der Schulgemeinschaftsausschuss eine Hausordnung mit schuleigenen Verhaltensvereinbarungen erlassen²⁰, die nicht nur der Sicherheit der Schüler und einem „ordnungsgemäßen Schulbetrieb“ dienen, generell also der Gestaltungen des Schullebens förderlich sein sollen. Die Anordnung etwa eines Verbots der Verwendung der jeweiligen Muttersprache von SchülerInnen mit Migrationshintergrund in den Unterrichtspausen wäre zweifellos eine Diskriminierung nach ethnischen Merkmalen. (In diesem Zusammenhang wird jedoch auch die pädagogische Brisanz einer derartigen Maßnahme vor dem Hintergrund und der Zielsetzung einer möglichst effektiven Integration nicht zu übersehen sein).

3. Gemäß § 9 Abs. 1 SchUG sind die Schüler unter Beachtung der Vorschriften über die Schulorganisation in Klassen (Jahrgänge) einzuteilen (Klassenbildung). Eine ausschließlich nach ethnischer Zugehörigkeit vorgenommene Schülerzuweisung für die Klassenbildung spricht für die Vermutung einer unzulässigen ethnischen Diskriminierung. Es sei denn der zuweisende Schulleiter (Verantwortliche iS GIBG) kann gemäß § 38 Abs. 3 GIBG auf ein vertretbares Motiv (etwa organisatorische Gründe für effizientere Fördermöglichkeiten) verweisen.

Ein ähnlicher Fall läge bei der Einrichtung von für ausländische Kinder eigens bestimmte Vorschulklassen zum Zweck eines besseren Erwerbs der Unterrichtssprache Deutsch vor.

Die unter 2.1 aufgeworfenen Fragestellungen müssen positiv beantwortet werden.

6. Zur Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs - (Diskriminierung wegen der ethnischen Zugehörigkeit)

¹⁷ Siehe dazu insbes. § 43 ff SchUG.

¹⁸ Dies könnten die Ausführungen zu RZ 9 in *Hopf/Mayr/Eichinger*, Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, Manz Wien 2009, S 664 nahelegen. Der Schutzbereich des GIBG bezieht sich mA für den Schulbereich nicht nur auf die Unterrichtsebene im engeren Sinn.

¹⁹ Religionsunterrichtsgesetz, BGBl. Nr. 190/1949 idGF.

²⁰ § 44 Abs. 1 iVm. § 63a Abs. Z 1 lit.c und § 64 Abs. 2 Z 1 lit. d SchUG.

6.1. Grundsätzliches zum sonderpädagogischen Förderbedarf; Zu Pkt. 2.2. der Fragestellungen

Gemäß § 8 Abs. 1 des Schulpflichtgesetzes²¹ hat der Bezirksschulrat mit Bescheid den sonderpädagogischen Förderbedarf für ein Kind festzustellen, sofern dieses infolge physischer oder psychischer Behinderung dem Unterricht in der Volks- oder Hauptschule, Neuen Mittelschule oder Polytechnischen Schule ohne sonderpädagogische Förderung nicht zu folgen vermag, aber dennoch schulfähig ist. Ein entsprechender Antrag kann aus Anlass der Schuleinschreibung oder auch in einer späteren Phase der Pflichtschullaufbahn von den Erziehungsberechtigten, vom Leiter der Schule oder sonst von amtswegen gestellt werden²². Das Schulpflichtgesetz enthält – neben den Vorschriften des AVG - für dieses Verfahren ergänzende besondere Verfahrensvorschriften, insbesondere auch solche zur Ermittlung des Sachverhalts bzgl. der physischen oder psychischen Behinderung (erforderliche ärztliche und sonderpädagogische, allenfalls auch schulpsychologische Gutachten).

Schulpflichtige Kinder mit sonderpädagogischem Förderbedarf sind berechtigt, die allgemeine Schulpflicht entweder in einer für sie geeigneten Sonderschule oder Sonderschulklasse oder einer den sonderpädagogischen Förderbedarf erfüllenden Volksschule, Hauptschule, Neuen Mittelschule, Polytechnischen Schule, Unterstufe einer allgemeinbildenden höheren Schule oder Haushaltungsschule zu erfüllen, soweit solche Schulen (Klassen) vorhanden sind und der Schulweg den Kindern zumutbar ist. Mit Zustimmung der Erziehungsberechtigten wäre auch eine Unterbringung in einem der Schule angeschlossenen Schülerheim möglich. Während des Verfahrens und danach ist eine entsprechende Beratung der Erziehungsberechtigten durch den Bezirksschulrat zwingend vorgesehen²³. Ein Rechtsanspruch der Erziehungsberechtigten auf den Besuch einer sog. „Integrationsklasse“ anstelle einer Sonderschule besteht nicht, wenn eine derartige Klasse nicht geführt wird. Unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 1. ZP EMRK besteht gegen diese Rechtslage kein Einwand, weil das Zusatzprotokoll lediglich ein Teilhaberecht garantiert und die Vertragsstaaten nicht verpflichtet sind ein bestimmtes Schulsystem jedem zur Verfügung zu stellen²⁴.

Das alleinige Kriterium als Voraussetzung für die Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs ist ausschließlich eine physische oder psychische Behinderung. Insofern ist bei der Bescheiderlassung durch den Bezirksschulrat die entsprechende Sachverhaltsfeststellung und Würdigung der Gutachten entscheidend. Aufgrund eines Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes²⁵ ist seine Prüfungsbefugnis dahingehend beschränkt, ob die Behörde den Sachverhalt genügend erhoben hat und ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig sind. Es ist dabei auch zu berücksichtigen, dass den einschlägigen Gutachten über die Aussage, ob ein Kind dem Unterricht zB in einer ersten Klasse der Volksschule mit großer Wahrscheinlichkeit nicht folgen können wird, Prognosecharakter zukommt, dem es eigen ist, die festgehaltene Tatsache nicht mit absoluter Sicherheit feststellen zu können.

Aus dem Schulpflichtgesetz ergibt sich zweifelsfrei, dass die Feststellung eines sonderpädagogischen Förderbedarfs aufgrund des Merkmals der ethnischen Zugehörigkeit an sich eindeutig gesetzwidrig wäre. Wenn bei ausländischen Kindern mit nicht deutscher Muttersprache ein sonderpädagogischer Förderbedarf festzustellen ist, darf nicht die ethnische

²¹ Schulpflichtgesetz 1985, BGBl. Nr. 76/1985 idGF.

²² § 8 Schulpflichtgesetz 1985.

²³ § 8a Schulpflichtgesetz 1985.

²⁴ *Heselhaus, Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, C.H. Beck München, Linde Verlag Wien, Verlag Stimpfli & CieAG Bern, 2006, S. 1082.

²⁵ Erk. Des VwGH vom 20. Jänner 1992, Zl. 91/10/0154.

Zugehörigkeit ausschlaggebend sein. Insofern ginge die Behauptung, § 8 Schulpflichtgesetz 1985 würde für Angehörige einer ethnischen Gruppe iS einer **mittelbaren** Diskriminierung ausgelegt, ins Leere²⁶.

Nun stellt aber das GIBG auch auf eine **unmittelbare** ethnische Diskriminierung (§ 32 Abs. 1 GIBG) ab wobei als Voraussetzung ein Vergleich zwischen Personen in einer vergleichbaren (rechtlichen!) Situation angestellt werden muss. Zwar ist auch im Kontext mit einem Verfahren zur Feststellung eines sonderpädagogischen Förderbedarfs ein derartiger Diskriminierungsgrund a priori nicht auszuschließen. Die Glaubhaftmachung, dass **nicht** die ethnische Zugehörigkeit für die Feststellung herangezogen wurde, umso mehr ein diesbezüglicher jeden Zweifel ausschließender Beweis, müsste zu erbringen sein. Sollten jedoch die Erziehungsberechtigten oder der Anwalt/die Anwältin für die Gleichbehandlung (Teil III Abschnitt I GIBG) im Zusammenhang mit der Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs die Behauptung der ethnischen Diskriminierung erheben, stellt sich wohl die Frage, ob die schulbehördlichen Verfahrensunterlagen – vor allem die sonderpädagogischen, schulpsychologischen und (schul)ärztlichen Gutachten - diese Behauptung rechtfertigen.

Dies zu der in Pkt. 2.2 aufgeworfenen Fragestellung aus einem Spezialgebiet schulischer Rechtsverhältnisse.

6.2 Zu Pkt. 2.3 der Fragestellungen:

Behauptungen einer unmittelbaren und mittelbaren ethnischen Diskriminierung sind auch bei der Aufnahme in die Schule und bei einem durch die Schulbehörde erster Instanz bescheidmäßig verfügten Schulausschluss denkbar. Hier gilt im Wesentlichen das bereits oben zu 6.1 Gesagte: Merkmale der ethnischen Zugehörigkeit sind nach den einschlägigen schulrechtlichen Bestimmungen weder bei der Aufnahme in eine Schule noch beim Ausschluss von einer Schule ein rechtlich zulässiges Kriterium²⁷.

Anders ist dies jedoch bei der Aufnahme in eine Privatschule, weil deren Schulerhalter, sofern es sich um eine gesetzlich anerkannte Kirche oder Religionsgesellschaft, eine nach deren Recht bestehende Einrichtung oder einen anderen Rechtsträger handelt (sofern er nicht öffentlich-rechtlichen Charakter hat), eine Auswahl der SchülerInnen nach dem **Bekenntnis** oder nach der **Sprache** vornehmen darf²⁸.

7. Zur Aufsichtspflicht der LehrerInnen bei Diskriminierung wegen der ethnischen Zugehörigkeit

Anlässlich des in Pkt. 3 erwähnten Medienberichts stellt sich die grundsätzliche Frage wie die Verantwortlichen in den Schulen „vor Ort“ derartigen Vorkommnissen, vor allem dann, wenn sie Zeugen von Diskriminierung werden, begegnen.

Die im Sinne des umfassenden Erziehungsauftrags der österreichischen Schule adäquaten Maßnahmen zum Verhindern oder Abstellen von (jeder Form von) Diskriminierung wird der Einsatz jener Erziehungsmaßnahmen sein, die das Schulunterrichtsrecht hierfür vorsieht²⁹.

Dies trifft vor allem auf jene Situationen zu, die das Verhalten zwischen SchülerInnen betreffe und Mitschüler wegen des Merkmals der ethnischen Zugehörigkeit **faktisch**

²⁶ Siehe dazu auch eine im Rahmen der EU diskutierte Richtlinie: „...this Directive does not apply to: ... education for people with special needs...“.

²⁷ Siehe dazu §§ 3 ff (Aufnahme) und § 49 SchUG (Ausschluss).

²⁸ § 4 Abs. 3 Schulorganisationsgesetz.

²⁹ §§ 44 und 47 SchUG iVm § 8 Schulordnung, BGBl. Nr. 37/1974 und allenfalls in schuleigenen Verhaltensvereinbarungen vorgesehene Maßnahmen.

diskriminiert werden. In solchen Fällen dürfte es sich jedoch nicht um einen Diskriminierungstatbestand iS des III. Teils des GIBG handeln. So liegt insbesondere zwischen SchülerInnen kein im Sinne des § 30 leg. cit. umschriebenes Rechtsverhältnis vor, sodass selbst eigenberechtigte SchülerInnen nicht als Verantwortliche iS des GIBG gelten, weil ihr Handeln nicht vom GIBG erfasst ist.

Erforderliche Interventionen auch im Rahmen ihrer Aufsichtspflicht³⁰ werden je nach Alter und Reifegrad der SchülerInnen unter Bedachtnahme auf die konkreten Umstände zu treffen sein.

Aus der systemischen Zusammenschau der schulrechtlichen Regelungen und der Regelungen des GIBG ist aber davon auszugehen, dass das GIBG in diesem Kontext **keine Geltung** entfaltet. Wiewohl die schulunterrichtsrechtlichen Normen für die Aufsichtspflicht primär die körperliche Sicherheit und die Gesundheit der SchülerInnen zum Ziel haben, kann man auch ein allenfalls diskriminierendes Verhalten der SchülerInnen untereinander als von der Zielsetzung der Aufsichtspflicht miteingefasst ansehen.

Selbstverständlich gehört es aber zu den Dienstpflichten der LehrerInnen im Blick auf die SchülerInnen darauf zu dringen, dass deren Beziehungen und Begegnungen nach Möglichkeit frei von Gewalt, Einschüchterung, Feindseligkeit, Beleidigung, Demütigung sind und jede Form der Diskriminierung unterlassen wird.

Es wird allerdings eine Verletzung dieses Aspekts der Aufsichtspflicht durch LehrerInnen – außer bei Vorsatz – schwer nachweisbar sein. Zumal auch nicht jeder Schülerunfall – gleichsam automatisch – eine Verletzung der Aufsichtspflicht als Ursache hat. Im Fall von Diskriminierungen durch SchülerInnen wird der Aufsichtspflicht genüge getan, wenn entsprechende erzieherische Maßnahmen ergriffen werden³¹.

8. Zum Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission (Senat III)

Verfahrenstechnisch und auch aus Gründen der Verfahrensökonomie wäre auf die erforderliche Kooperation zwischen den Schulbehörden und dem Senat III der Gleichbehandlungskommission aufmerksam zu machen (insbes. § 13 GBK/GAW-Gesetz). Für den Bereich der allgemeinbildenden Pflichtschulen ist das der jeweils örtlich zuständige Bezirksschulrat (in Wien der Stadtschulrat für Wien) und für die Berufsschulen, mittleren und höheren Schulen der jeweils örtlich zuständige Landesschulrat (in Wien der Stadtschulrat für Wien). Für die Zentrallehranstalten das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur. Vor dem Einschreiten des/der Anwalts/der Anwältin für die Gleichbehandlung aufgrund des § 13 GBK/GAW-Gesetz empfiehlt sich eine Kontaktnahme mit der örtlich zuständigen Schulbehörde.

Aufgrund des § 13 Abs. 1 Z 2 GBK/GAW-Gesetz hat „der/die für die vermutete Diskriminierung vermutlich Verantwortliche der Kommission auf Verlangen einen schriftlichen Bericht zu erstatten“. Was bedeutet dies umgekehrt für den Bereich der Schule? Wer entscheidet darüber, wer der „vermutlich Verantwortliche“ sein soll. Jedenfalls kann die Kontaktnahme mit der örtlich und sachlich zuständigen Schulbehörde im Zweifelsfall zur Klärung des/der Verantwortlichen beitragen. Es könnte ja durchaus unabhängig vom Einschreiten der/des Anwalts/der Anwältin für Gleichbehandlung auf schulischer Ebene – aufgrund einer Beschwerde von Betroffenen – eine Sachverhaltsklärung erfolgt sein bzw. könnten Verfahrensschritte im Rahmen des Disziplinarrechts vorgenommen worden sein. Grundsätzlich kann – je nach den Umständen des Einzelfalls und der Art und Weise – auch eine ethnische Diskriminierung in der Schule disziplinarrechtlich verfolgt werden. Immerhin kann es sich hierbei iS der dienstrechtlichen Vorschriften³² um Dienstpflichtverletzungen

³⁰ Siehe dazu den Aufsichtserlass 2005 des BMUKK vom 28. Juli 2005, RS Nr. 15/2005.

³¹ Siehe Anm. 23.

³² §§ 43, 91 und 211 BDG, §§ 29 und 69 LDG 1984.

handeln. Ein allfälliges Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission wegen ethnischer Diskriminierung schließt jedenfalls ein Disziplinarverfahren nicht aus. Regelungen über eine allfällige „Verfahrenskoordination“ fehlen sowohl im Disziplinarrecht³³ als auch im GIBG.

9. Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und Amtshaftung

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 31 GIBG hat die betreffende Person³⁴ Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung³⁵.

Gemäß § 1 des AHG haftet – bezogen auf den Bereich des in Rede stehenden Schulwesens – **der Bund**³⁶ nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den eine als Organ des Bundes handelnde Person³⁷ in Vollziehung der (Schul)Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer zugefügt hat; dem Geschädigten (hier: etwa ein Schüler/Erziehungsberechtigter) haftet das Organ nicht. Der Schaden ist in Geld zu ersetzen.

Auch die etwa gemäß § 38 GIBG allenfalls zugesprochene Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ist vom Schadenersatz nach dem AHG als Schaden an der Person³⁸ zu ersetzen. Jedenfalls haftet das Organ der Schule nicht persönlich für die zugesprochene Entschädigung: dieses Ergebnis entspricht der Teleologie des AHG.

10. Zusammenfassung

Als Ergebnis der obigen Darlegungen ist festzuhalten, dass es auch im Bereich der Schule Anlassfälle geben kann, die grundsätzlich vom GIBG erfasst werden und das entsprechende Procedere auslösen können. Dies gilt auch für andere Bereiche der Bildung, die hier nicht behandelt werden konnten.

Die Durchführung eines Disziplinarverfahrens und eines Verfahrens nach dem GIBG wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Diskriminierungsverbots) mit schulischen Organen als „Beschuldigte“ ist möglich.

Es gilt das Amtshaftungsgesetz.

Es kann durchaus sein, dass sowohl auf der Ebene der Schulen und ihrer Organe aber auch bei den Schulbehörden des Bundes ein diesbezügliches Rechtsbewusstsein in Zukunft besonders zu fördern sein wird.

³³ Eine Verpflichtung einer „Anzeige“ der Disziplinarbehörde an die Gleichbehandlungskommission oder eine Regelung zur Unterbrechung des Disziplinarverfahrens analog zu § 114 BDG besteht nicht. Umgekehrt kann sich die Gleichbehandlungskommission an die Dienstbehörde wenden, falls bei ihr ein Fall anhängig gemacht wird.

³⁴ Ob auch juristische Personen erfasst sind ist unklar.

³⁵ § 38 Abs. 1 und 2 GIBG.

³⁶ Nach herrschender Auffassung und Rechtsprechung haftet der Bund auch für Landeslehrer im Bereich der Pflichtschulen, weil es auf die funktionelle Zuordnung des Organs ankommt und nicht welchem Rechtsträger (hier: Land) das Organ organisatorisch zugehört. – Koziol, Österr. Haftpflichtrecht, Band II: Besonderer Teil, 2. Aufl., Manz Wien 1984, S. 380.

³⁷ Gemäß § 1 Abs. 2 AHG sind Organe iS dieses Bundesgesetzes alle physischen Personen, wenn sie in Vollziehung der Gesetze handeln, gleichviel, ob sie dauernd oder vorübergehend oder für den einzelnen Fall bestellt sind (siehe dazu etwa § 44a SchUG) und ob ihr Verhältnis zum Rechtsträger nach öffentlichem oder privatem Recht zu beurteilen ist.

³⁸ Siehe dazu Koziol aaO S. 381

ZUSAMMENFASSUNG

Zum Diskriminierungsverbot aus ethnischen Gründen in der Schule (Schlussfolgerungen aus dem diesbezüglichen Gutachten vom 30. Jänner 2013)

Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) regelt im III. Teil das Diskriminierungsverbot unter dem Merkmal der **ethnischen** Zugehörigkeit „für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses“ ua. „**bei der Bildung sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt**“.

Im Bereich des Schulwesens (als Teil der Bildung iS des GIBG) ist auf Grund der Verfassungsrechtslage (Art. 14 und Art. 14a B-VG) in wesentlichen Gebieten die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes gegeben. Dies bezieht sich vor allem auf den **Kernbereich des schulischen Unterrichts** und auf den „**inneren Schulbetrieb**“ wie er im Schulunterrichtsgesetz und seinen zahlreichen Durchführungsverordnungen, aber auch in anderen Schulgesetzen des Bundes – so zB im Schulorganisationsgesetz und im Schulpflichtgesetz 1985 - geregelt wird.

Hieraus folgt, dass Maßnahmen schulischer Organe (Lehrer/Lehrerinnen, Schulleiter/Schulleiterinnen, Schulaufsichtsorgane) gegenüber Schülern/Schülerinnen oder auch Erziehungsberechtigten eine Diskriminierung wegen deren ethnischer Zugehörigkeit bewirken können.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass bereits auf Grund schulrechtlicher Normen Diskriminierungen (und zwar nicht nur aus ethnischen Gründen) unzulässig sind und dem besonderen Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schule (§ 2 Schulorganisationsgesetz) zuwiderlaufen.

(Die schulischen Organe selbst sind hinsichtlich allfälliger Diskriminierungen in Bezug auf ihre dienstrechtliche Stellung (zB Schulleiterbestellung) vom Bundes-Gleichbehandlungsgesetz erfasst.)

In der Folge werden einige typische (Rechts)Verhältnisse bzw. Situationen beispielhaft herausgegriffen bezüglich derer ein Diskriminierungsvorwurf seitens Betroffener erhoben werden könnte.

Ob dies tatsächlich in einem konkreten Fall zutrifft wäre von den zuständigen Organen zu prüfen, und zwar von der Schulbehörde oder Disziplinarkommission dann, wenn es sich auch um eine Verletzung von Dienstpflichten handelt, bzw. von dem zuständigen Senat der Gleichbehandlungskommission.

Religionsunterricht:

Dieser Unterricht erfolgt grundsätzlich nach Konfessionen getrennt, dh. Schüler eines bestimmten gesetzlich anerkannten Religionsbekenntnisses erhalten „ihren“ Religionsunterricht. Dies ist nicht nur (für die kath. Kirche) im Schulvertrag 1962, sondern auch im Religionsunterrichtsgesetz normiert.

Sollte der Fall eintreten, dass die konfessionelle Zugehörigkeit in einer Religionsunterrichtsgruppe mit der ethnischen Zugehörigkeit ident ist, liegt mE dennoch keinesfalls eine Diskriminierung vor.

Der sonderpädagogische Förderbedarf:

Zuweilen wird (insbesondere auch von Kritikern des Systems Sonderschule) der Vorwurf erhoben, die Zuerkennung des sonderpädagogischen Förderbedarfs/spF (und damit der Unterricht nach einem Sonderschullehrplan) erfolge in einem statistisch auffälligen Ausmaß bei Schülern mit Migrationshintergrund.

Das Schulpflichtgesetz, das im § 8 ein diffizil geregeltes Verfahren vorsieht, kennt jedenfalls das Merkmal der ethischen Zugehörigkeit für diese Zuerkennung nicht.

Dass möglicherweise Schüler bestimmter Ethnien hier überrepräsentiert sind, kann auch mit den vom Schulpflichtgesetz ausdrücklich genannten Kriterien zusammenhängen. Dies müsste in einem Verfahren – mit entsprechenden Fachgutachten – geklärt werden. Jedenfalls ist die Zuerkennung des spF a priori keine Diskriminierung.

Unterrichtssprache

Grundsätzlich ist die Unterrichtssprache Deutsch (§ 16 Abs. 1 Schulunterrichtsgesetz), obwohl auch eine lebende Fremdsprache als Arbeitssprache vorgesehen werden kann (Abs. 3).

Es gibt mE keinen hinreichenden Grund, dass etwa eine schulinterne Anordnung, die Schülern/Schülerinnen die Verwendung ihrer Muttersprache in den Unterrichtspausen verbietet, gerechtfertigt sein könnte.

Hier läge – ob es sich um ein generelles oder nur einzelne Schüler betreffende Verbot handelt – mE eine unzulässige Diskriminierung vor.

Aufnahme in die Schule:

Die Aufnahme in eine öffentliche Schule erfolgt durch den Schulleiter/die Schulleiterin auf Grund der §§ 3 und 4 Schulunterrichtsgesetz.

Ohne die näheren Umstände des Einzelfalls zu kennen, kann nicht beurteilt werden, ob etwa die Abweisung eines Schülers aus Kapazitätsgründen an einer bestimmten Schule dem GIBG widerspricht.

Ergebnis:

Sowohl Schüler/Schülerinnen als Erziehungsberechtigte können von Organen der Schule von Diskriminierung betroffen sein und ein Verfahren bei der Gleichbehandlungskommission auslösen. Dies betrifft nicht nur die oben erwähnten Beispiele, sondern kann auch ein Verhalten im schulischen Beziehungsgefüge zwischen Lehrern/Lehrerinnen und Erziehungsberechtigten (zB bei Sprechstunden) erfassen.

Bereits das Schulrecht und Dienstrecht für die Lehrer verbietet Diskriminierungen, obgleich es diesen Begriff des GIBG nicht verwendet. Die Sonderregelungen des GIBG sind auch im schulischen Kontext anwendbar.

Dr. Werner Jisa eh.