Fachprüfung Verfassungsrecht und Allgemeine Staatslehre
Termin: 18. Juni 2021
Fallersteller: Univ.-Prof. Dr. Klaus Poier

Musterlösung

„Harry Potter und die Eleganz der österreichischen Verfassung“

Prolog:

Mit dem Hinweis auf die „Eleganz der Verfassung“ wird im Sachverhalt auf die Aussage des österreichischen Bundespräsidenten Alexander Van der Bellen rund um die Ereignisse in der Folge der Veröffentlichung des Ibiza-Videos im Jahr 2019 angespielt.

In dem Hinweis auf die rivalisierenden Gruppen, den Bürgerkrieg und ein Miteinander auf Basis von Demokratie und Rechtsstaat kann man wiederum eine Anspielung auf die politische Geschichte bzw Verfassungsrechtsgeschichte Österreichs sehen. In der Ersten Republik gab es harte Auseinandersetzungen zwischen den politischen Kräften, die bis zum Bürgerkrieg (vgl zB die Ereignisse rund um den Prozess von Schattendorf und den Justizpalastbrand 1927) und letztlich zum Scheitern von Demokratie und Rechtsstaat 1933/1934 führten,[1] während die Zweite Republik von Beginn an in Form einer Konkordanzdemokratie gestaltet wurde (einschließlich der Sozialpartnerschaft), die eine Befriedung der politischen Situation in Österreich zur Folge hatte.[2]

Tatsächlich wurden sowohl die Erste Republik als auch die Zweite Republik in Österreich im Wesentlichen von den politischen Parteien gegründet und es kam in beiden Fällen zu keiner Einbeziehung des Volkes in Form einer Volksabstimmung.[3] Im Gegensatz dazu werden moderne Verfassungen in jüngerer Zeit regelmäßig durch Volksabstimmungen legitimiert (so kam es etwa in der Schweiz 1999 zu einer Totalrevision der Schweizer Bundesverfassung mittels Volksabstimmung).[4] Wenn daher laut Sachverhalt Zauberinnen und Zauberer in einem Verfassungsreferendum über die neue Ordnung abstimmen, entspricht dieser Umstand durchaus einem Trend der Zeit und führt auch tatsächlich zu einer höheren demokratischen Legitimation der neuen Verfassungsrechtsordnung.

Die Hinweise auf die russische Verfassung und die ewige Amtszeit des Präsidenten spielen darauf an, dass Ende März 2021 in Russland eine – durch eine Volksabstimmung legitimierte – Änderung der Verfassung verabschiedet wurde, die dem russischen Präsidenten Wladimir Putin „quasi auf Lebenszeit“ ein Weiterregieren als Präsident ermöglicht.[5] In Österreich beträgt die Funktionsperiode des Bundespräsidenten sechs Jahre, wobei eine Wiederwahl für die unmittelbar folgende Funktionsperiode nur einmal zulässig ist (Art 60 Abs 5 B-VG). Freilich gibt es bei anderen wichtigen Funktionen in Österreich keine zeitlichen Begrenzungen und auch

[1] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] (2019) Rz 46 f.
[2] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 49, 56.
[3] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 49.
[4] Vgl *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht[2] (2020), 129.
[5] Vgl. *Der Standard*, Putin ermöglicht sich das Weiterregieren bis 2036, https://www.derstandard.at/story/2000125603708/putin-ermoeglicht-sich-das-weiterregieren-bis-2036 (abgerufen am 05.07.2021).

sehr lange Funktionsperioden sind durchaus nicht unüblich, wenn sie auch immer wieder in Kritik stehen (wie etwa bei Landeshauptleuten oder Bürgermeisterinnen und Bürgermeistern).

Im Sachverhalt wird die Etablierung einer neuen Verfassungsrechtsordnung thematisiert. Dabei bleibt jedoch unklar, ob es bereits vorher eine solche gegeben hat oder ob diese die historisch erste Verfassung darstellt. Es liegt allerdings die Vermutung nahe, dass es sich nicht um eine erste, sondern um eine neue Verfassung bzw um eine grundlegende Änderung der bisherigen Verfassung handelt. Dem Sachverhalt kann insofern auch nicht mit letzter Gewissheit entnommen werden, ob die neue Verfassung auf der Basis einer bisherigen Verfassung beruht und die Entwicklung dementsprechend als kontinuierlich oder diskontinuierlich zu qualifizieren ist. In Österreich wäre die Einführung einer gänzlich neuen Verfassungsrechtsordnung jedenfalls eine Gesamtänderung iSd Art 44 B-VG.

Hinsichtlich des Rechtsrahmens, der auf die Volksabstimmung anzuwenden ist, finden sich im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Jedenfalls kann man davon ausgehen, dass die österreichischen Normen betreffend die Volksabstimmung nicht zur Anwendung gelangen, zumal diese ja noch nicht in Kraft sind.

Dennoch ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass eine Volksabstimmung in dieser Form nach der österreichischen Verfassung gar nicht möglich wäre, da grundsätzlich nur über einen Gesetzesbeschluss des Nationalrates abgestimmt werden kann. Hingegen ähnelt die im Sachverhalt beschriebene Vorgehensweise eher einer Volksbefragung.[6]

Der Hinweis im Sachverhalt auf die 66 %-Zustimmung ist eine Anspielung auf die am 12.06.1994 erfolgte Volksabstimmung zum EU-Beitritt (01.01.1995), die zwar keine Inkraftsetzung einer neuen Verfassung war, aber immerhin die demokratische Legitimierung einer Gesamtänderung derselben bedeutete.[7] Eine Gesamtänderung wäre dem Wortsinn nach ja eigentlich eine neue Verfassung, was in Österreich jedoch dogmatisch weithin nicht so verstanden wird.[8]

Bei einer Volksabstimmung oder Volksbefragung ist es – auch verfassungsrechtlich – immer wieder ein Thema, welchen Grenzen ein damit zusammenhängender Wahlkampf unterliegt. Laut Sachverhalt ist es unklar, ob Dumbledore irgendein politisches Amt innehat. Wäre dies der Fall, würde sich das besondere Problem stellen, ob Amtsträgerinnen und Amtsträger für eine bestimmte Position Werbung machen dürfen (VfSlg 13.839/1994).[9] Dem Sachverhalt ist allerdings zu entnehmen, dass die politischen Parteien eher darum ringen, wer sich auf der parlamentarischen Ebene durchsetzt, und es weniger um die Wahlwerbung an sich geht.

Mit dem Hinweis auf die funktionale Äquivalenz wird auf die Methode der funktionalen Verfassungsrechtsvergleichung angespielt, bei welcher es tatsächlich nicht um die gleichen

---

[6] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 444 f.
[7] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 134; *Bundeskanzleramt*, 25 Jahre Volksabstimmung über den EU-Beitritt Österreichs, https://www.bundeskanzleramt.gv.at/themen/europa-aktuell/25-jahre-volksabstimmung-uber-den-eu-beitritt-oesterreichs.html#:~:text=Juni%201994%20sprachen%20sich%20rund,betrug%20durchschnittlich%2081%2C27%20Prozent (abgerufen am 18.06.2021).
[8] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 4; *Muzak*, B-VG[6] (2020), Art 44 Rz 4 ff.
[9] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 444.

Bezeichnungen und Begriffswortlaute geht, sondern um die Funktionen, die dahinterstehen.[10] *(Das ist allerdings nicht Teil des Stoffumfanges, wie auch im Sachverhalt scherzhaft Ron in den Mund gelegt ist, und kann von Studierenden daher nicht verlangt werden.)*

Der Streit um das Curriculum

Aktive Resozialisierung von Voldemort und seinen Anhängerinnen und Anhängern

Auch in Österreich war nach dem Jahr 1945 die Resozialisierung der Anhängerinnen und Anhänger des Nationalsozialismus bzw der Mitglieder der NSDAP ein relevantes Thema, das sowohl durch die Entnazifizierung[11] als auch durch eine umfassende Amnestie in Angriff genommen wurde. So wurde das Wahlrecht nach einiger Zeit wieder allen zuerkannt.[12] Laut Sachverhalt stimmten die Zauberinnen und Zauberer in einem Verfassungsreferendum über die neue Ordnung ab, sodass offenkundig das Stimmrecht und die übrigen politischen Rechte schon wieder allen ohne Unterschied hinsichtlich ihrer politischen Ausrichtung bzw Betätigung in der Vergangenheit zugestanden waren. Auch die gesellschaftliche Integration in Form bzw mithilfe von politischer Bildung war nach 1945 immer wieder ein Thema, dies jedoch in Deutschland mehr als in Österreich. In Österreich war lange Zeit die sog „Opferthese" vorherrschend, wonach sich Österreich als das erste Opfer der Hitler'schen Aggression erachtete und die Aufarbeitung der Vergangenheit bis in die 1980er Jahre (Stichwort „Waldheim-Affäre") auf sich warten ließ. Hingegen wurden in Südosteuropa nach dem Balkankrieg bereits im Verlauf der vergangenen dreißig Jahre verschiedene Projekte der Wiederannäherung der Konfliktparteien durchgeführt, wobei etwa auf das Projekt der Erstellung eines gemeinsamen Geschichtsbuches verwiesen sein soll.

Politisch umkämpfte Rolle der Schule

Dumbledore weiß laut Sachverhalt aus seiner Erfahrung als Schulleiter um die Bedeutung des Lehrpersonals und dessen Ausbildung für den Erfolg von Resozialisierung und gesellschaftlicher Integration. Dies stellt eine Anspielung auf die auch im Hinblick auf die Einübung in die Demokratie besondere und daher politisch umkämpfte Rolle der Schule dar. So formuliert etwa auch Art 14 Abs 5a B-VG in reichen Worten Grundwerte und Ziele der Schule (etwa Demokratie, Humanität, Solidarität, Friede, Gerechtigkeit, Offenheit und Toleranz), was verfassungsrechtlich als Staatszielbestimmung interpretiert wird.[13]

In Österreich konnten sich die politischen Parteien bereits in der Ersten Republik nicht auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern im Schulwesen einigen, weshalb in diesem Punkt vorerst der Rechtszustand der Monarchie aufrechterhalten wurde.[14] Erst 1962 (Art 14 B-VG) und 1975 (Art 14a B-VG) wurde ein Kompromiss in der Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Schulwesens erzielt, der sich in einer komplexen und durch eine Zweidrittelmehrheit

[10] Vgl *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht[2] (2020) 58 f.
[11] Vgl in diesem Zusammenhang etwa das Verbotsgesetz, das Nationalsozialistengesetz und das Kriegsverbrechergesetz. Vgl dazu etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 92.
[12] Zur Verfassungsrechtsgeschichte nach 1945 vgl etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 49 ff; zum Problem der Rechtsüberleitung vgl etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 52 f.
[13] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 102b.
[14] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 42.

abgesicherten Regelung widerspiegelt.[15] Die politischen Parteien haben seit jeher darüber gewacht, wer welchen Einfluss auf die Schulen ausübt und ausüben können soll.

Enquete im Parlament

Zur Erhöhung der Legitimation, wie es im Sachverhalt heißt, wurde eine Enquete im Parlament abgehalten. Eine solche parlamentarische Enquete (§§ 98 f GONR und § 66 GOBR) darf nicht verwechselt werden mit dem in älterer Terminologie als „Enqueterecht" bezeichneten Recht des Parlaments, Untersuchungsausschüsse einzusetzen (vgl Art 53 Abs 1 B-VG).[16] Vielmehr handelt es sich bei einer parlamentarischen Enquete um eine Anhörung von Sachverständigen und anderer Auskunftspersonen zur Beratung von in die Gesetzgebung des Bundes fallenden Angelegenheiten. Enqueten können vom Parlament (Hauptausschuss des NR bzw BR) eingesetzt werden. Derartige ExpertInnenanhörungen gibt es auch in parlamentarischen Ausschüssen. Grundsätzlich haben solche parlamentarischen Enqueten die Funktion, auf Expertenebene und losgelöst vom „Hickhack" der Parteien Sachdiskussionen zu ausgewählten Themen der Gesetzgebung zu ermöglichen. Sie dienen damit der Versachlichung der politischen Diskussion und der Information der Abgeordneten. Umgekehrt besteht auch die Gefahr, dass es zu einer politischen Instrumentalisierung von Expertinnen und Experten kommt. Harrys Verwunderung über die Einladung von Lockhart könnte eine möglicherweise zynische Anspielung auf die oft sichtbare „Heterogenität" der eingebrachten Expertise sein.

Weg der Gesetzgebung – Politischer Kompromiss als Grundlage für ein Gesetz

Eine Anspielung findet sich im Sachverhalt auch auf die Tatsache, dass ein politischer Kompromiss üblicherweise die Voraussetzung für die Verabschiedung eines Gesetzes ist. Kompromisse sind grundsätzlich typisch für den demokratischen politischen Prozess.[17] In der Regel erfolgt die Ausverhandlung politischer Kompromisse innerhalb einer Regierungskoalition. Damit sind auch das Wechselspiel sowie der Zusammenhang von Politik und Recht angedeutet. Über den genauen Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens finden sich im Sachverhalt keine weiteren Hinweise, sodass vom üblichen Weg der Gesetzgebung (vgl Art 41 ff B-VG) auszugehen ist.

Abgrenzung Schule / Hochschule / Universität

Wesentlicher Inhalt des neuen Gesetzes ist die Verankerung der verpflichtenden Weiterbildung des Lehrpersonals als Voraussetzung für die Fortsetzung der Lehrtätigkeit, die Erhöhung der Autonomie für die einzelnen „Ausbildungsstätten" und die Einrichtung einer „Qualitätsagentur für Hochschulrecht", die für die Erlassung der Curricula sowie den Vollzug der Studienvorschriften zuständig sein soll. Hier stellt sich vorweg die Frage, welche Rechtsform einerseits Hogwarts und andererseits der Qualitätsagentur zukommt. Gemäß Art 14 Abs 6 B-VG sind Schulen Einrichtungen, in denen Schülerinnen und Schüler nach einem umfassenden, festen Lehrplan unterrichtet werden und pädagogische sowie erzieherische Ziele im Vordergrund stehen.[18] Sie werden zum sekundären Bildungsbereich gezählt. Im Sachverhalt wird Hogwarts durchgängig als Schule bezeichnet und Dumbledore als deren Leiter. An keiner

[15] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 268.
[16] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 468.
[17] Vgl etwa *Berka*, Verfassungsrecht[8] (2021) Rz 8.
[18] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 102b.

Stelle wird Hogwarts als Hochschule oder als Universität[19] – für welche es in der Verfassung eine eigene verfassungsrechtliche Grundlage, nämlich Art 81c B-VG, gibt – betitelt. Es ist daher offenkundig davon auszugehen, dass Hogwarts eine Schule iSd Art 14 Abs 6 B-VG darstellt.

Anders verhält es sich mit der neu geschaffenen „Qualitätsagentur für Hochschulrecht". Durch den Verweis auf das Hochschulrecht im Titel ergibt sich bereits ein Hinweis auf eine Zuordnung der Einrichtung zum tertiären Bildungsbereich, der im Wesentlichen aus Universitäten, Privatuniversitäten, Fachhochschulen und Pädagogischen Hochschulen besteht. Vorweg festzuhalten ist, dass die Qualitätsagentur rechtlich wohl kein Teil der Schule Hogwarts ist, sondern eigenständig und nur in Hogwarts angesiedelt. Als eine Universität, die in Art 81c B-VG als „Stätte freier wissenschaftlicher Forschung, Lehre und Erschließung der Künste" bezeichnet wird, lässt sich die Qualitätsagentur für Hochschulrecht offenkundig nicht einstufen.

Erwägenswert wäre eventuell die rechtliche Einordnung als Pädagogische Hochschule, woran die gesetzlich normierte Aufgabe der Beschlussfassung der Curricula für die Weiterbildungsstudien des Lehrpersonals (vgl § 4 Gesetz über die Zauberei-Lehrpersonal-Qualifikation) denken lässt. Die wesentliche Aufgabe der Pädagogischen Hochschulen besteht neben der Ausbildung der Lehrerinnen und Lehrer auch in deren Fort- und Weiterbildung (vgl § 8 Hochschulgesetz 2005). *(Erwähnenswert wären Abgrenzungen zum in § 74a Hochschulgesetz 2005 verankerten Qualitätssicherungsrat für Pädagoginnen- und Pädagogenbildung sowie zur Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria, vgl §§ 3 ff Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz, sowie Ausführungen zur verfassungsrechtlich nicht gänzlich unumstrittenen Basis für die „Autonomie" der Pädagogischen Hochschule bzw der Rechtsstellungder AQ Austria – dies wird von Studierenden jedoch nicht erwartet.)*

Ausgehend vom Sachverhalt, der keine näheren Hinweise darüber enthält, ob die Qualitätsagentur für Hochschulrecht auch selbst die Weiterbildungsstudien durchführt, lässt sich eine Einordnung als Pädagogische Hochschule nicht eindeutig vornehmen. Keine Hinweise finden sich auch hinsichtlich einer möglichen Einstufung als Fachhochschule oder Privatuniversität. Festzuhalten ist daher als Zwischenergebnis, dass es sich bei der Qualitätsagentur für Hochschulrecht jedenfalls um eine Form der Ausgliederung handelt. Diese wird im Folgenden untersucht.

Stärkung der Autonomie

In dem Hinweis auf „mehr Autonomie" kann man eine Anspielung auf den vorherrschenden Trend der letzten Jahrzehnte im Bildungswesen in ganz Europa und auch in Österreich erkennen, der sich auch in einer Anpassung der Rechtsgrundlagen in Richtung einer Stärkung der Autonomie niederschlug. So räumt das B-VG den Universitäten eine Autonomie „im Rahmen der Gesetze" ein (Art 81c B-VG).[20] Fachhochschulen und Pädagogische Hochschulen genießen im Gegensatz zu Universitäten eine begrenztere bzw keine vergleichbare Autonomie.

[19] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 563.
[20] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 563.

„Qualitätsagentur für Hochschulrecht" – verfassungsrechtliche Analyse der Ausgliederung

Die durch das Gesetz über die Zauberei-Lehrpersonal-Qualifikation (GZLQ) neu eingerichtete „Qualitätsagentur für Hochschulrecht" soll gemäß § 1 leg cit zur Sicherung der Qualität der Ausbildung des Lehrpersonals dienen. Dies erfüllt sie im Wesentlichen dadurch, dass sie die Curricula der verpflichtenden Weiterbildungsstudien erlässt. Damit wird sie auf dem Gebiet der Lehrer(weiter)bildung tätig, die üblicherweise Kernaufgabe der Pädagogischen Hochschule ist und unter der Letztverantwortung des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Forschung steht. Laut Sachverhalt ist die Zaubereiministerin/der Zaubereiminister das zuständige oberste Organ. Es handelt sich damit um eine Form der Ausgliederung staatlicher Tätigkeiten auf einen eigenen Rechtsträger.

Die Bundesverfassung sieht keine generelle Regelung für Ausgliederungen vor, setzt diese aber in Grenzen als zulässig voraus. Der VfGH hat in seiner Judikatur verfassungsrechtliche Grenzen der Beleihung herausgearbeitet, die auch für die Prüfung der Verfassungskonformität von Ausgliederungen herangezogen werden.[21] Dazu zählen das Sachlichkeitsgebot iSd Gleichheitssatzes, das Effizienzgebot iSd Prüfkriterien des Rechnungshofes, die Übertragung lediglich einzelner Aufgaben sowie die Weisungsbefugnis eines obersten Organs und die Vorgabe, dass Kernbereiche der staatlichen Verwaltung nicht ausgegliedert werden dürfen.[22]

Zu prüfen ist nun die Verfassungskonformität der Ausgliederung der Qualitätsagentur anhand des Gesetzes über die Zauberei-Lehrpersonal-Qualifikation (GZLQ). Gemäß § 1 leg cit wird die „Qualitätsagentur für Hochschulrecht" als Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit eingerichtet. Anstalten sind juristische Personen des öffentlichen Rechts, die mit Personal- und Sachmitteln ausgestattet sind und für bestimmte Zwecke der öffentlichen Verwaltung eingerichtet sind. Ihr Wesensmerkmal ist die Nutzung durch einen unbestimmten Personenkreis. Gemäß § 2 leg cit fungieren als ihre Organe die Leiterin/der Leiter (monokratisches Organ) sowie die Curriculakommission (Kollegialorgan), die in Ausübung ihres Amtes weisungsfrei gestellt werden. Wesentliche Aufgabe der Curriculakommission ist gemäß § 4 leg cit der Beschluss über die Curricula der verpflichtenden Weiterbildungsstudien, während die Leiterin/der Leiter gemäß § 5 leg cit insbesondere auch für behördliche Entscheidungen in Studienangelegenheiten zuständig ist. Die Curricula wird man als Verordnungen qualifizieren können. Dadurch wird deutlich, dass die Qualitätsagentur auch hoheitlich handelt. Da die Qualitätsagentur explizit als Anstalt öffentlichen Rechts eingerichtet wird, der hoheitliche Aufgaben übertragen werden, und auch sonst keine Hinweise auf die Involvierung von privaten Rechtsträgern vorliegen, ist dieser Vorgang als Ausgliederung (nicht als Beleihung) zu qualifizieren.

Die Prüfung der Einhaltung der durch den VfGH gezogenen Grenzen für die Zulässigkeit der Ausgliederung ergibt keine Probleme hinsichtlich der Kriterien der Einhaltung des Sachlichkeits- und Effizienzprinzips, da es denkmöglich im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegt, Aufgaben der Qualitätssicherung in der Lehrerfortbildung einer eigenen

[21] Vgl grundlegend VfSlg 14.473/1996 und VfSlg 16.400/2001; vgl auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht[5] (2016) 90; *Haidenhofer*, Die Grenzen der Ausgliederungen von Verwaltungsaufgaben des Bundes im europäischen und österreichischen Recht, JAP 2014/15, 150 (154).
[22] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 565.

Qualitätsagentur zu übertragen. Dabei handelt es sich auch nur um einzelne Aufgaben (Erstellung der Curricula für die Weiterbildungsstudien), die keinesfalls staatliche Kernaufgaben betreffen. Problematisch könnte die Einräumung der Weisungsfreiheit in § 2 GZLQ sein, weil nach der Rsp des VfGH eine Ausgliederung grundsätzlich nur verfassungskonform möglich ist, wenn einem obersten Organ eine Weisungsbefugnis eingeräumt wird.

In diesem Kontext ist Art 20 Abs 2 B-VG zu beachten, wonach einfachgesetzliche Weisungsfreistellungen in bestimmten Sachbereichen zulässig sind und dies wohl auch für ausgegliederte Rechtsträger.[23] Dabei ist jedoch für das oberste Organ ein angemessenes Aufsichtsrecht (Informationsrecht) sowie ein Abberufungsrecht aus wichtigem Grund vorzusehen. Die in § 3 GZLQ einfachgesetzlich vorgesehene Weisungsfreistellung der Organe der Qualitätsagentur für Hochschulrecht könnte eventuell unter Art 20 Abs 2 Z 1 (zur sachverständigen Prüfung) subsumiert werden, wenn man den Aspekt der Erstellung und (sachverständigen) Prüfung der Curricula in den Fokus nimmt. Eine andere einschlägige Einordnung wäre denkbar im Hinblick auf Art 20 Abs 2 Z 6 B-VG (zur Durchführung einzelner Angelegenheiten des Dienst- und Disziplinarrechts), da man die verpflichtende Weiterbildung für Lehrpersonen als Dienstverpflichtung und damit als Teil des Dienstrechts werten könnte, (*wichtig ist die Auseinandersetzung mit den möglichen Themenbereichen für die Zulässigkeit der Weisungsfreistellung, andere Argumentation vertretbar*). Da in § 6 GZLQ auch ein – wie in Art 20 Abs 2 letzter Satz B-VG gefordertes – Informationsrecht sowie ein Abberufungsrecht der Zaubereiministerin/des Zaubereiministers vorgesehen sind, kann man daher insgesamt die Ausgliederung in Gestalt der Qualitätsagentur für Hochschulrecht Hogwarts als verfassungskonform erachten.

Curriculakommissionen: Zusammensetzung unsachlich?

Im Sachverhalt lässt sich auch eine Anspielung auf die Curriculakommissionen in Universitäten und Hochschulen herauslesen, die aber üblicherweise aus Professorinnen/Professoren, wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern („Mittelbau“) und Studierenden zusammengesetzt sind. In der Regel gehören Angehörige des allgemeinen Personals nicht dazu. Man könnte daher allenfalls ein verfassungsrechtliches Problem darin erkennen, ob es sachlich gerechtfertigt ist, dass ein Vertreter bzw eine Vertreterin des allgemeinen Personals gemäß § 3 GZLQ Mitglied der Curriculakomission ist und damit bei Curriculafragen mitentscheidet.[24]

Nichtberücksichtigung der Bewerbung von Hermines Vater (Muggel) für das Leitungsamt der „Qualitätsagentur für Hochschulrecht Hogwarts“ – Recht auf gleiche Zugänglichkeit öffentlicher Ämter (Art 3 StGG) verletzt?

Das Zaubereiministerium sortierte die Bewerbung von Hermines Vater, einem Zahnarzt und Muggel, mit der Begründung aus, dass solche öffentlichen Ämter den Zauberinnen und Zaubern vorbehalten seien und Muggels jedenfalls nicht gleichwertig seien. Fraglich ist hier, ob sich Hermines Vater auf das Grundrecht auf gleiche Zugänglichkeit öffentlicher Ämter (Art 3 StGG, Art 66 Abs 2 StV St. Germain, Art 8 StV von Wien) berufen kann. (Die Berufung auf den

[23] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 565; Berka, Verfassungsrecht[8] Rz 652.
[24] Vgl zur Zusammensetzung von Habilitationskommissionen VfSlg 14.362/1995; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 924.

Gleichheitssatz [Art 2 StGG, Art 7 B-VG], der als Staatsbürgerrecht Differenzierungen zwischen Staatsbürgerinnen/Staatsbürgern und Nichtstaatsbürgerinnen/Nichtstaatsbürgern rechtlich ermöglicht, wird in diesem Zusammenhang nicht zum Erfolg führen.)

Gemäß den Rechtsgrundlagen Art 3 StGG, Art 66 Abs 2 StV St. Germain und Art 8 StV von Wien ist durch das Recht auf gleiche Zugänglichkeit öffentlicher Ämter jede Benachteiligung eines österreichischen Staatsbürgers bzw einer österreichischen Staatsbürgerin beim Zugang zu öffentlichen Ämtern verboten, wobei diese Bestimmungen nach der Judikatur nur ein subjektives Recht enthalten, sich um einen Posten zu bewerben. Art 3 StGG beschränkt den Zugang zu öffentlichen Ämtern daher explizit auf Staatsbürgerinnen bzw Staatsbürger, wobei jedoch gemäß Art 81c Abs 2 B-VG eine Ausnahme für Universitäten besteht[25] und in Anpassung an die Judikatur des EuGH eine Erweiterung der Zugänglichkeit zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen zum Bund auch auf Unionsbürgerinnen und Unionsbürger (und darüber hinaus auf Bürgerinnen und Bürger der EWR-Mitgliedstaaten) erfolgt ist.[26]

Kann sich nun Hermines Vater auf dieses Grundrecht berufen? Bei der Lösung dieser Frage ist auf die einleitenden Ausführungen im Sachverhalt zu verweisen, wonach nur die Zauberinnen und Zauberer in einem Verfassungsreferendum über die neue Ordnung abstimmten. Daraus geht hervor, dass Muggels kein Stimmrecht haben und offenkundig nicht Staatsbürgerinnen bzw Staatsbürger sind. Hermines Vater ist daher als Muggel nicht als Staatsbürger der Zaubererwelt anzusehen. Kann er sich dennoch auf das Recht gemäß Art 3 StGG berufen? Zu erwähnen ist diesbezüglich, dass gemäß Art 81c Abs 2 B-VG bundesgesetzlich vorgesehen werden kann, dass die Tätigkeit an der Universität sowie die Mitwirkung in Organen der Universität auch durch Nichtstaatsbürgerinnen und Nichtstaatsbürger zulässig ist. Da die Qualitätsagentur für Hochschulrecht Hogwarts nicht als Universität eingestuft werden kann, fällt diese Ausnahmeregelung für Hermines Vater jedoch weg.

Zu klären ist weiters, ob hier eine Art Union bzw EWR zwischen der Zaubererwelt und Großbritannien anzunehmen ist (hier einmal abgesehen von allen rechtlichen Problemen, die der Brexit mit sich bringt), die damit die Erweiterung des persönlichen Schutzbereiches denkmöglich erscheinen lässt. Diesbezüglich sind dem Sachverhalt jedoch keine Hinweise zu entnehmen. Eine Grundrechtsträgerschaft von Hermines Vater stellt sich daher als sehr unwahrscheinlich dar.

Sachlicher Schutzbereich: Fraglich ist, ob das Leitungsamt der Qualitätsagentur für Hochschulrecht Hogwarts als ein öffentliches Amt iSd Art 3 StGG zu werten ist. Nach der Judikatur des VfGH sind öffentliche Ämter jene, die bei den Gebietskörperschaften oder sonstigen Körperschaften und Anstalten öffentlichen Rechts eingerichtet sind und deren Inhaberinnen und Inhaber durch einen öffentlich-rechtlichen Akt (Bescheid oder Wahl) bestellt werden und auch hoheitliche Aufgaben besorgen.[27] Durch den Hinweis auf die Bestellung durch das Zaubereiministerium ist von einem öffentlich-rechtlichen Akt wohl durch Bescheid auszugehen. Die Qualitätsagentur für Hochschulrecht Hogwarts wird gesetzlich als Anstalt öffentlichen Rechts eingerichtet (vgl § 1 GZLQ und oben), sodass auch dieses Kriterium

[25] Vgl zur Problematik grundsätzlich etwa *Poier/Wulz*, Rektorsamt – ein „öffentliches Amt"? Ist das Rektorsamt nach UOG 1993 Nichtösterreichern, insbesondere Unionsbürgern zugänglich?, JBl 1997, 502.
[26] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 803-805.
[27] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 804.

gegeben ist. Gemäß § 5 GZLQ ist die Leiterin/der Leiter insbesondere auch für behördliche Entscheidungen in Studienangelegenheiten zuständig. Daraus geht hervor, dass sie bzw er hoheitliche Aufgaben besorgt. Damit treffen die von der Judikatur geforderten Kriterien für das öffentliche Amt iSd Art 3 StGG zu. Bei der Leitung der Qualitätsagentur für Hochschulrecht Hogwarts handelt es sich daher um ein öffentliches Amt iSd Art 3 StGG.

Könnte sich Hermines Vater gegen die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung wehren bzw kommt ihm Parteistellung zu? Nach der Judikatur des VfGH kommt Parteistellung nur jenen Bewerberinnen und Bewerbern zu, die in einen verbindlichen Besetzungsvorschlag aufgenommen werden, so etwa auch im Fall der Besetzung von schulfesten Lehrer- und Schulleiterstellen.[28] Darüber ist dem Sachverhalt jedoch keine Information zu entnehmen, sodass keine Aussage über eine eventuelle Parteistellung von Hermines Vater getroffen werden kann.

Zwischenergebnis: Hermines Vater kann sich als Muggel und damit als Nichtstaatsbürger hinsichtlich der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um das Amt des Leiters der Qualitätsagentur für Hochschulrecht Hogwarts nicht auf das Recht auf gleiche Zugänglichkeit öffentlicher Ämter gemäß Art 3 StGG berufen. Auch eine allfällige Berufung auf den Gleichheitssatz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) wird nicht zum Erfolg führen.

Enttäuschung über das neue Rechtssystem

Die Frage, wieweit eine Verfassungsrechtsordnung Nichtstaatsbürgerinnen und Nichtstaatsbürger bei gewissen Rechten und Pflichten ausschließt, ist immer wieder ein umkämpftes Thema. Dies zeigt sich etwa an der Debatte rund um das Wahlrecht für Nichtstaatsbürgerinnen und Nichtstaatsbürger oder aktuell an jener über die Ausweitung der Staatsbürgerschaft.

Hagrid und die Weiterbildung

Hagrid beantragt im Sachverhalt die Zulassung zur Weiterbildung gemäß dem neu in Kraft getretenen Curriculum. In weiterer Folge bekommt er jedoch von Umbridge eine ablehnende Entscheidung. Gestützt wird diese auf eine Bestimmung des Curriculums, nach der Personen die Zulassung nur erteilt werden dürfe, wenn diese über „die geistigen und körperlichen Fähigkeiten zur Ausübung des Lehrberufs“ verfügen, wobei Umbridge der Auffassung ist, dass Hagrid aufgrund seiner „naiven Zuneigung zu wilden und gefährlichen Tieren“ diese Fähigkeiten gerade nicht besitze.

Die ablehnende Entscheidung von Umbridge ist jedenfalls als Bescheid zu qualifizieren. Nach der Rsp kann auf die ausdrückliche Bezeichnung als Bescheid dann verzichtet werden, wenn sich für jedermann aus dem Wortlaut der behördlichen Erledigung, insbesondere aus der Verwendung der *verba legalia* der Verfahrensgesetze und der Verwaltungsvorschriften eindeutig ergibt, dass ein rechtsverbindlicher Anspruch vorliegt. In diesem Fall ist ungeachtet des Fehlens der ausdrücklichen Bezeichnung als Bescheid ein solcher als gegeben anzunehmen (VwGH 2011/06/0103). Aus dem Sachverhalt ergibt sich hier nichts Gegenteiliges, womit das Schreiben von Umbridge als Bescheid anzusehen ist.

[28] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 803.

Gegen den Bescheid hätte Hagrid eine Bescheidbeschwerde gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG iVm §§ 7 ff VwGVG an das sachlich und örtlich zuständige Verwaltungsgericht erheben können. Dem Sachverhalt lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob die Zaubererwelt wie der österreichische Bundesstaat organisiert ist. Da jedoch die komplette österreichische Verfassungsrechtsordnung übernommen wurde, ist wohl auch von einer solchen Organisationsgleichheit auszugehen. Es gibt keinen Anhaltspunkt, dass es sich beim neuen Gesetz über die Zauberei-Lehrpersonal-Qualifikation (GZLQ), das im Parlament beschlossen wurde, nicht um eine vom Bund zu regelnde Angelegenheit handelt. Das neue Gesetz ist jedenfalls als Bundesgesetz zu qualifizieren.

Nach Art 131 Abs 2 B-VG ist das BVwG für Bescheide in Angelegenheiten aus dem Vollziehungsbereich des Bundes zuständig, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden. Eine gewisse Schwierigkeit stellt jedoch die Subsumtion unter das letztgenannte Kriterium dar. Die Qualitätsagentur für Hochschulrecht ist als ausgegliederte Anstalt des öffentlichen Rechts organisationsrechtlich nämlich weder dem Bund noch dem Land zuzuordnen. Auch bei ausgegliederten Rechtsträgern kann laut der ständigen Rsp des VfGH jedoch von einer unmittelbaren Bundesverwaltung ausgegangen werden, sofern „Bundesnähe“ besteht. Eine solche ist für die Qualitätsagentur für Hochschulrecht anzunehmen, da nach § 6 GZLQ ein Informationsrecht sowie ein Abberufungsrecht der Zauberministerin oder des Zaubereiministers vorgesehen ist. Die Qualitätsagentur für Hochschulrecht kann somit als Bundesbehörde angesehen werden, wodurch das sachlich zuständige Gericht für die Bescheidbeschwerde das BVwG ist.

Als Beschwerdeführer kommt jede natürliche bzw juristische Person in Betracht, deren Partei- und Prozessfähigkeit gegeben ist. Hagrid ist jedenfalls ein tauglicher Beschwerdeführer. Da es sich bei dem Schreiben von Umbridge um einen Bescheid einer Verwaltungsbehörde (Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG) handelt, liegt hier auch ein tauglicher Beschwerdegegenstand vor. Die Beschwerdelegitimation ergibt sich aus der Behauptung einer Partei, in einem subjektiven öffentlichen Recht verletzt zu sein (Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG). Hagrid wird behaupten, durch den Bescheid in seinem auf Recht freien Erwerb gemäß § 6 StGG, auf Berufsfreiheit gemäß Art 18 StGG und Gleichheit gemäß Art 7 B-VG iVm Art 2 StGG verletzt worden zu sein. In Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde ist ein zweigliedriger innergemeindlicher Instanzenzug einzuhalten (Art 132 Abs 5 B-VG iVm Art 118 Abs 4 B-VG). Da es sich hier allerdings um keine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde handelt, ist der administrative Rechtsweg für Hagrid erschöpft. In der Bescheidbeschwerde hätte Hagrid eine Normenkontrolle aufgrund der zuvor erörterten Einwände gegen das Curriculum anregen können.

Die Frist für die Erhebung der Bescheidbeschwerde beträgt gemäß § 7 Abs 4 Z 1 VwGVG vier Wochen ab Zustellung des Bescheids. Da Hagrid sich jedoch laut Sachverhalt den ganzen Winter in seine Hütte verkrochen hatte, ist davon auszugehen, dass er diese Frist nicht eingehalten hat. Eine von Hagrid erhobene Bescheidbeschwerde nach dem Winter wäre sohin vom BVwG mangels Zulässigkeit zurückgewiesen worden.

Hätte Hagrid die Bescheidbeschwerde rechtzeitig erhoben und hätte das BVwG der Beschwerde dennoch nicht stattgegeben, hätte er in der Folge eine Erkenntnisbeschwerde gegen das Erkenntnis des BVwG gemäß Art 144 B-VG iVm §§ 82 ff VfGG an den VfGH erheben

können. Dabei hätte er sich sowohl auf Art 144 Abs 1 erster Fall B-VG stützen können, da das Erkenntnis einen Eingriff in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte bewirken hätte können (zu denken wäre an das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit gemäß Art 6 StGG, auf Berufsfreiheit gemäß Art 18 StGG und an den Gleichheitssatz gemäß Art 2 StGG und Art 7 B-VG), als auch allenfalls auf Art 144 Abs 1 zweiter Fall B-VG wegen der Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm.

Im Zuge eines daraufhin vom VfGH von Amts wegen eingeleiteten Normenkontrollverfahrens würde sich die Frage stellen, ob eine derartige Bestimmung in einem Curriculum überhaupt zulässig ist oder ob diese eine unzulässige Diskriminierung von Menschen mit Behinderung darstellt. Rechtlich ist das Curriculum als Verordnung zu qualifizieren, wodurch dieses auch Gegenstand des Verordnungsprüfungsverfahrens sein kann. Die Formulierung der Norm ist jedoch durchaus gerechtfertigt, da es eine Grundvoraussetzung eines Lehrberufs ist, dass eine Person, die ein Lehramt ausüben möchte, die geistigen und körperlichen Fähigkeiten dazu mitbringt.

Zudem kommt es auf die hinreichende Determinierung des Gesetzes im Sinne des Legalitätsprinzips an. Gemäß Art 18 Abs 1 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden. In ständiger Rechtsprechung legt der VfGH nicht nur dar, dass daher bereits im Gesetz selbst die wesentlichen Voraussetzungen und Inhalte des behördlichen Handelns umschrieben sein müssen,[29] sondern auch, dass bei Ermittlung des Inhaltes einer gesetzlichen Regelung, soweit nötig, die der Auslegung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen sind und eine Regelung die in Art 18 B-VG enthaltenen rechtsstaatlichen Erfordernisse erst verletzt, wenn auch nach Heranziehung sämtlicher Interpretationsmethoden noch nicht beurteilt werden kann, was im Einzelfall rechtens sein soll .[30] Es muss daher für den Normanwender oder die Normanwenderin ausreichend klar sein, nach welchen inhaltlichen Kriterien zu beurteilen ist, ob eine Person über die körperlichen und geistigen Fähigkeiten zur Ausübung des Lehrberufs verfügt. Von einem Fehlen der geistigen Fähigkeiten kann etwa ausgegangen werden, wenn etwaige Ausbildungserfordernisse nicht erfüllt werden bzw bei Vorliegen von Krankheiten, die zu Geistesschwäche führen oder die Vernunft schwächen können (zB Alzheimer). Aus dem Curriculum muss sohin jedenfalls klar hervorgehen, an welchen Kriterien die geistigen und körperlichen Fähigkeiten zur Ausübung des Lehrberufs zu messen sind, damit die Regelung dem Legalitätsprinzip nach Art 18 Abs 1 B-VG entspricht. Die Verordnung scheint somit rechtskonform zu sein.

Auf der Ebene des Verwaltungshandelns ist zudem Folgendes anzumerken: Umbridge entscheidet über den Antrag von Hagrid, ohne weitere Untersuchungen oder Überprüfungen durchgeführt zu haben. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes ist jedenfalls zu überprüfen, ob die Entscheidung willkürlich ergangen ist. Willkür bedeutet, ähnlich wie eine denkunmögliche Gesetzesanwendung, eine qualifizierte Rechtswidrigkeit. Willkür liegt nicht nur bei einem absichtlichen Zufügen von Unrecht (subjektive Willkür) vor, sondern auch dann, wenn ein Vollzugsakt durch ein gehäuftes oder gröbliches Verkennen der Rechtslage oder ein Verkennen der Rechtslage in einem entscheidenden Punkt des Verfahrens in einem besonderen

[29] Siehe VfSlg 8395/1978, 8813/1980, 9226/1981, 9606/1983, 10158/1984 und 11499/1987.
[30] Siehe VfSlg 8395/1978, 10158/1984 und 11499/1987.

Maß mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch steht (objektive Willkür).[31] Das Verhalten von Umbridge lässt jedoch nicht unbedingt sofort auf subjektive Willkür schließen, da sie laut Sachverhalt tatsächlich der Meinung ist, dass Hagrid ungeeignet für den Lehrberuf ist. Da die Entscheidung jedoch ohne weitere Untersuchungen und Prüfungen ergangen ist, sind sehr wohl mehrere grobe Verfahrensfehler im Entscheidungsfindungsprozess zu erkennen. Zudem wurde Hagrid auch kein ausreichendes Parteiengehör zugestanden und es wurde auch kein Sachverständigengutachten hinsichtlich der geistigen und körperlichen Fähigkeiten zur Ausübung des Lehrberufs eingeholt. Es liegt daher wohl ein Fall von objektiver Willkür vor und sohin wäre Hagrid in seinem Recht auf Gleichheit gemäß Art 7 B-VG iVm Art 2 StGG verletzt worden.

Ebenfalls scheint ein Eingriff in die Erwerbsfreiheit gemäß Art 6 StGG und die Berufsfreiheit gemäß Art 18 StGG aufgrund einer denkunmöglichen Gesetzesanwendung gegeben. Eine denkunmögliche Gesetzesanwendung liegt auch dann vor, wenn ein Verwaltungsgericht dem Gesetz fälschlich einen verfassungswidrigen Inhalt, insbesondere einen dem berührten Grundrecht widersprechenden Inhalt, unterstellt. Ebenso liegt Denkunmöglichkeit vor, wenn der Behörde bzw dem VwG grobe Verfahrensfehler unterlaufen (zB wenn in einem entscheidungsrelevanten Punkt jede Ermittlungstätigkeit unterlassen wird). Auch damit wird dem angewendeten Gesetz ein verfassungswidriger Inhalt unterstellt. Sohin wären auch hier evidente Verfassungswidrigkeiten im Handeln von Umbridge zu erblicken.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass Hagrids Rechtsmittel begründet gewesen wäre, jedoch hat er – wie bereits oben erwähnt – laut Sachverhalt offenkundig keines eingelegt.

Curriculum

Die Diskussion um die Curricula-Entwicklung stellt offenbar eine Anspielung auf die derzeitigen Curricula-Verhandlungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz dar, in welchen ähnliche Fragen der Attraktivierung des Studienangebots, der internationalen sowie interdisziplinären Ausrichtung des Studiums und der Gewichtung der Lehrveranstaltungen in den vergangenen Monaten bzw Jahren intensiv diskutiert wurden. Es fand hier eine ähnlich heterogene Diskussion statt, wie sie auch im Sachverhalt beschrieben wird.

Harry Potter und der Tarnumhang

Die Lauschattacke und sohin der Eingriff in die Privatsphäre von Draco Malfoy durch Harry Potter ist allenfalls privat- bzw strafrechtlich zu ahnden, da Harry Potter nicht dem Staat zurechenbar ist und auch keine Drittwirkung des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens gemäß Art 8 EMRK anzunehmen ist. Eine Datenschutzverletzung, die eine Drittwirkung von Grundrechten begründen kann (also im Verhältnis Privater untereinander grundrechtliche Wirkung entfaltet), ist bei einem Lauschangriff alleine nicht anzunehmen.

Weisung an Filch

Der Lehrer Snape erteilte Filch, dem Hausmeister der Schule, der gerade den Nachtdienst der Schulaufsicht versah, zunächst mündlich die Weisung, Harry in seinem Zimmer einzusperren.

[31] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 792.

Filch weigerte sich jedoch und berief sich auf seine Weisungsfreiheit als Teil der Curriculakommission. Aus dem Sachverhalt kann man schließen, dass es sich bei Hogwarts um eine Schule mit angeschlossenem Internat handelt, auch wenn die Rechtsnatur nicht ganz eindeutig daraus hervorgeht.

Öffentliche Schulen sind Teil der staatlichen Verwaltung, wobei der Unterricht „in Vollziehung der Gesetze" geschieht und somit zur Hoheitsverwaltung zählt. Lehrerinnen und Lehrer sind grundsätzlich weisungsgebundene öffentliche Bedienstete.[32] Funktionell werden Lehrerinnen und Lehrer bei allen Aufgaben, die ihnen nach dem Schulunterrichtsgesetz obliegen, stets für den Bund tätig. Sie sind somit bei ihrer eigentlichen Funktion, der Unterrichts- und Erziehungsarbeit, zu der auch die Beaufsichtigung der Schülerinnen und Schüler gehört, als Organe im Sinne des §1 AHG tätig.[33] Snape ist daher auch bei der nächtlichen Aufsicht hoheitlich bzw in staatlicher Funktion tätig. Filch ist zwar kein Lehrer, allerdings wurde er mit der Beaufsichtigung der Schülerinnen und Schüler während der Nacht betraut.[34] Er wird somit funktionell ebenfalls als Bundesorgan tätig und ist als Verwaltungsorgan grundsätzlich gemäß Art 20 Abs 1 B-VG weisungsgebunden.

Art 20 Abs 1 B-VG sieht nämlich vor, dass alle Verwaltungsorgane, die nicht durch Gesetz gemäß Abs 2 leg cit von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden, grundsätzlich unter der Leitung und Aufsicht der obersten Verwaltungsorgane stehen und an deren Weisungen gebunden sind. Durch dieses hierarchische Verwaltungsmodell kann das oberste Organ parlamentarisch auch für das Fehlverhalten der ihm nachgeordneten Verwaltungsorgane verantwortlich gemacht werden. Filch beruft sich zwar auf seine Weisungsfreiheit, allerdings kommt ihm diese gemäß § 2 GZLQ nur in Ausübung seines Amtes als Mitglied eines Organs der Qualitätsagentur für Hochschulrecht zu, insbesondere wenn er gemäß § 4 leg cit als Teil der Curriculakommission über Curricula der verpflichtenden Weiterbildungsstudien des Lehrpersonals beschließt – nicht jedoch, wenn er den Nachtdienst der Schulaufsicht versieht. Insofern hat er grundsätzlich die Weisungen seiner Vorgesetzten zu befolgen.

Die Weisungsbindung findet jedoch gemäß Art 20 Abs 1 B-VG iVm § 44 BDG ua dort ihre Grenzen, wo strafrechtswidrige Weisungen erteilt werden. Diesen dürfen vom untergeordneten Verwaltungsorgan nicht befolgt werden, während Weisungen von einem unzuständigen Organ nicht befolgt werden müssen. Aus dem Sachverhalt lässt sich zwar das Rechtsverhältnis zwischen Snape und Filch nicht mit letzter Gewissheit ableiten, allerdings gibt es Anhaltspunkte dafür, dass Snape als Lehrer, zu dessen Hauptaufgaben schließlich die Beaufsichtigung der Schülerinnen und Schülern zählt, gegenüber dem Hausmeister Filch, der hilfsweise für diese Tätigkeit herangezogen wird, weisungsbefugt ist.

---

[32] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 927.

[33] Siehe OGH 11.11.1978, 1Ob 30/1977.

[34] Gemäß § 44a Schulunterrichtsgesetz kann die Beaufsichtigung von Schülerinnen und Schülern in der Schule auch durch andere geeignete Personen als durch Lehrerinnen/Lehrer, Erzieherinnen/Erzieher oder Freizeitpädagoginnen/Freizeitpädagogen erfolgen, wenn dies zur Gewährleistung der Sicherheit für die Schülerinnen und Schüler erforderlich ist oder für die Erfüllung der Aufgaben der Schule oder im Hinblick auf organisatorische Anforderungen zweckmäßig erscheint und die Sicherheit für die Schülerinnen und Schüler gewährleistet ist. Die mit der Aufsicht betrauten Personen werden dann funktionell als Bundesorgane tätig.

Somit stellt sich weiters die Frage, ob die Befolgung der Weisung gegen Strafgesetze verstoßen würde. Konkret zu denken ist dabei an den Tatbestand der Freiheitsentziehung gemäß § 99 StGB. Die Verletzung dieser Bestimmung ist im vorliegenden Fall jedoch zu verneinen, zumal im Rahmen des elterlichen Erziehungsrechts, das in diesem Fall durch das Internat als staatliche Organisation ausgeübt wird, auch gewisse angemessene, alterstypische Freiheitsbeschränkungen zulässig sind.[35] Hinzu kommt, dass aus dem Sachverhalt nicht klar hervorgeht, was genau die erzieherische Intention oder der Schutzgedanke von Snape war und ob nicht beispielsweise auch eine entsprechende Hausordnung ein Versperren der Schlafsäle zum Schutz der Kinder vorsieht. Aus diesen Gründen gibt es keinen stichhaltigen Anhaltspunkt, dass die Befolgung der Weisung strafrechtswidrig war.

Allenfalls könnte das Einsperren Harrys diesen zwar dennoch in seinem Grundrecht auf persönliche Freiheit nach Art 1 PersFrG und Art 5 Abs 1 EMRK berühren, allerdings müsste Filch auch eine rechtswidrige Weisung befolgen. Hielt Filch die Weisung für rechtswidrig, stand es ihm gemäß §44 Abs 3 BDG offen, von seinem Remonstrationsrecht Gebrauch zu machen, was er auch tat, allerdings nicht mit dem Hinweis auf eine inhaltliche Rechtswidrigkeit der Weisung, sondern mit dem – rechtlich nicht haltbaren – Hinweis, er sei weisungsfrei. Fraglich ist, ob das Gebot der Schriftlichkeit im vorliegenden Fall erfüllt ist, wenn die Tinte nach einigen Stunden wieder unsichtbar wird. Wenn Filch von vornherein wusste, um welche Tinte es sich handelte, hätte er die Weisung wohl nicht befolgen müssen, da – in Hinblick auf den Schutzzweck der Norm, den Weisungspflichtigen durch die Dokumentation der Weisung zu entlasten – dem Erfordernis der Schriftlichkeit nicht Genüge getan wurde. Aus dem Sachverhalt ergibt sich jedoch eher die gegenteilige Annahme. Filch hätte also die Weisung befolgen müssen, wobei er andernfalls mit dienstrechtlichen Konsequenzen zu rechnen gehabt hätte. Die Tatsache, dass die Tinte unsichtbar wurde, stellt freilich im Nachhinein ein Beweisproblem dar, welches das Institut des Remonstrationsrechts gerade zu verhindern versucht.

Freiheitsbeschränkung durch Dobby

Dobby arbeitet zwar an der Schule, allerdings deutet der Sachverhalt darauf hin, dass er Harry nicht in offizieller Funktion als Aufsichtsperson begegnet, sondern er ihm lediglich in seiner Freizeit einen Freundschaftsdienst erweisen will. Dies lässt sich auch aus der Reaktion Harrys schließen, die sehr persönlich und freundschaftlich ausfällt. Aus diesem Grund ist hier nicht von einem Grundrechtseingriff durch ein staatliches Organ auszugehen.

Demonstration und Gegendemonstration

Malfoy und seine Freunde wollten eine Demonstration veranstalten. Da diese offenkundig schon länger geplant war, wäre sie jedenfalls gemäß § 2 Versammlungsgesetz 48 Stunden vorher anzuzeigen gewesen. Ob dies geschehen ist, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, wobei jedoch auch eine Unterlassung der Anzeigepflicht für sich allein noch nicht die Untersagung oder Auflösung der Demonstration rechtfertigen würde. Als Zusammenkunft mehrerer Menschen zum Zwecke der Meinungskundgabe fällt die Demonstration in den Schutzbereich des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit nach Art 12 StGG und

[35] Vgl *Dokalik/Mokrejs-Weinhappel,* Alterstypische Freiheitsbeschränkungen. Zwangsmaßnahmen in Pflege und Erziehung, iFamZ 2019, H 2, 106; *Schwaighofer* in *Höpfel/Ratz,* WK² StGB § 99 (Stand 1.6.2016, rdb.at) Rz 34.

Art 11 EMRK. Die Demonstrationsfreiheit geht dabei so weit, dass man grundsätzlich auch eine Neuorganisation des Staatswesens fordern kann. Gemäß § 6 und § 13 Versammlungsgesetz hat die zuständige Behörde eine Versammlung jedoch zu untersagen bzw aufzulösen, wenn ihr Zweck gegen Strafgesetze verstößt oder ihre Abhaltung die öffentliche Sicherheit oder das öffentliche Wohl gefährdet. Die Behörde ist zu einer Untersagung zudem nur dann berechtigt, wenn diese im Sinne der in Art 11 Abs 2 EMRK genannten Gründe notwendig ist. Die Grenzen der Demonstrationsfreiheit werden somit auch durch das Verbotsgesetz aufgezeigt. Hitlerreden abzuspielen verstößt – je nach Inhalt der Reden – gegen § 3 bzw gegen § 3d oder allenfalls gegen § 3g des Verbotsgesetzes und ist somit strafbar. Eine Untersagung und Auflösung der Demonstration war daher zulässig und geboten.[36]

Die von Harry kurzfristig geplante Gegendemonstration ist ebenfalls vom Grundrecht der Versammlungsfreiheit geschützt. Auch kurzfristige Manifestationen von Meinungen, die aufgrund ihres spontanen Charakters nicht angemeldet werden können, werden nämlich vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst. Der Staat ist dazu verpflichtet, eine Versammlung vor Störungen durch Dritte zu schützen – so auch die Demonstration Malfoys. Die Gegendemonstration darf die ursprüngliche Demonstration daher nicht verhindern. Zu den Schutzmaßnahmen zählt beispielweise die Festlegung eines Schutzbereiches von bis zu 150 Metern im Umkreis der Versammelten gemäß § 7a Abs 2 Versammlungsgesetz. Auch ein zeitliches Aufeinanderprallen von zwei Versammlungen ist gemäß §7a Abs 4 leg cit unzulässig. Die Gegendemonstration hätte allenfalls auch untersagt werden können, wenn nur dadurch der Schutz der ursprünglichen Versammlung gewährleistet gewesen wäre bzw andernfalls Grundrechte anderer verletzt worden wären. Es ist insofern auch die Aufgabe der Polizei, Auseinandersetzungen und Turbulenzen bzw Gewaltausschreitungen zwischen Demonstrations- und Gegendemonstrationsteilnehmerinnen und -teilnehmern zu verhindern. Ein rechtswidriges Verhalten seitens der Gegendemonstrantinnen und Gegendemonstranten könnte in diesem Fall – wie Dobby es angedeutet hat – auch zu Verhaftung und Strafe führen.

Butterbier für Minderjährige

Es erscheint im Sinne des Jugendschutzes ungewöhnlich und bedenklich, dass der Schulleiter alkoholische – wenn auch nur leicht alkoholische – Getränke an größtenteils noch minderjährige Schülerinnen und Schüler verabreicht. Dies könnte wohl eine Dienstrechtsverletzung darstellen.

Das Quidditch-Spiel

Nach der Auflösung der Demonstration findet das Quidditch-Spiel ohne Live-Publikum statt. Dies kann offenkundig als eine Anspielung auf die Corona-Pandemie-Zeit und die teilweise geltenden Bestimmungen in Österreich gesehen werden, während das Public-Viewing als Anspielung auf die zum Zeitpunkt der Fachprüfung laufende Fußball-Europameisterschaft gewertet werden kann. Bezugnehmend auf den Hinweis, dass die Frage, wer das Spiel gewinnt, eine höhere symbolische Bedeutung im Sinne des Kampfes zwischen Gut und Böse hätte, ist

[36] So geschehen auch im Mai 2021, siehe hierzu etwa *Der Standard*, Vortrag einer Hitler-Rede bei „Querdenker"-Demo in Oberösterreich, 14.05.2021, https://www.derstandard.de/story/2000126646811/polizei-loeste-querdenker-demo-in-oberoesterreich-nach-vortrag-einer-hitler (abgerufen am 18.06.2021).

festzuhalten, dass auch in der echten Welt Sportereignisse oft hohe symbolische politische Bedeutung haben können.

Wurmschwanz und die Bombe

Zu denken ist hier an das Grundrecht „Recht auf Leben" nach Art 85 B-VG, Art 2 EMRK und 13. ZP-EMRK, bei dem es sich um ein Jedermannsrecht handelt.[37]

Das Grundrecht nach Art 2 EMRK verpflichtet den Staat, dem Leben gesetzlichen Schutz zu gewähren. Eine absichtliche Tötung oder lebensbedrohliche Gefährdung durch den Staat greifen jedenfalls in das Grundrecht ein.[38] Ebenso hat der Staat das Recht auf Leben gegenüber Angriffen von Dritten zu schützen.[39]

Bestimmte Handlungen sind jedoch gemäß Art 2 Abs 2 EMRK aus dem Schutzbereich des Grundrechts ausgenommen, selbst wenn sie den Tod eines Menschen zur Folge haben: Dies sind die Notwehr, die Verhinderung von Flucht einer ordnungsgemäß festgenommenen Person und die Unterdrückung von Aufruhr und Aufstand.[40]

Im konkreten Fall ist festzuhalten, dass Harry Potter hier eindeutig als Privatperson handelt und kein Staatsorgan ist. Der Sachverhalt ist allenfalls aus strafrechtlicher Sicht zu beurteilen. Das Grundrecht entfaltet keine Drittwirkung und erstreckt sich somit nicht auf die Rechtsbeziehung von Privaten untereinander.[41]

Freilich stellt die im Sachverhalt dargestellte Konstellation eine Besonderheit dar und ist eine Anspielung auf das Theaterstück „Terror" von Ferdinand von Schirach. Hierbei geht es um die Frage, ob das Recht auf Leben von Vielen gegen das Recht auf Leben eines Einzelnen bzw das Recht auf Leben Weniger abgewogen werden kann (Problem der Abwägung von Menschenleben). Harry Potter will Wurmschwanz töten, um das Leben der Zauberinnen und Zauberer in der großen Halle zu retten. Hierbei ist aber grundsätzlich zu überlegen, ob der Todesfluch überhaupt das gelindeste Mittel bzw den gelindesten Zauberspruch darstellt *(für Harry-Potter -Expertinnen und -experten wäre beispielsweise „Expelliarmus" oder „Stupor" genauso zielführend).*

In Bezug auf die Fragestellung der Abwägung von Menschenleben lautet die herrschende Ansicht, dass das Recht auf Leben nicht abgewogen werden kann, unabhängig von der Anzahl der zu opfernden bzw geretteten Leben.[42] Eine gezielte Tötung kommt nur unter einem besonders strengen Verhältnismaßstab und nur gegen den Angreifer oder die Angreiferin selbst in Betracht. Nach der Bestimmung des Art 2 EMRK ist eine Abwägung von Leben gegen Leben nur soweit möglich, als eine Tötung des Angreifers oder der Angreiferin zugunsten Unschuldiger als absolut unvermeidlich erscheint.[43]

---

[37] Vgl *Kneihs* in *Rill/Schäfer (Hrsg),* Bundesverfassungsrecht (8. LfG 2011), Art 2 MRK Rz 9.
[38] Vgl *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 1337.
[39] Vgl *Kneihs* in *Rill/Schäfer,* Art 2 MRK Rz 16.
[40] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 745 ff.
[41] Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht (2019) Rz 741.
[42] Vgl *Kneihs* in *Rill/Schäfer,* Art 2 MRK Rz 24.
[43] Vgl *Kneihs* in *Rill/Schäfer,* Art 2 MRK Rz 24 mwN und Ausführungen zu dieser Thematik. Aufgeworfen wird von *Kneih*s hier vor allem die Frage des „finalen Rettungsabschusses" und ob der Staat befugt ist, ein Flugzeug abzuschießen und somit unschuldige Insassen töten darf, um Menschen, welche durch ein von Terroristen

Der Eingriff Dumbledores als Schulleiter *(„Nicht, Harry, nicht, das ist in unserer neuen Grundrechtsordnung nicht erlaubt! … Nein, nicht, Harry!!!“)* kann durchaus im Sinne einer Erfüllung staatlicher Gewährleistungspflichten angesehen werden.

Epilog

Dass selbst die beste Verfassung die Demokratie nicht retten kann, ist eine Anspielung auf das Böckenförde-Paradoxon: Der liberale Rechtsstaat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht im Stande ist zu erzeugen.[44] Es kommt daher sehr auf die Einstellung der Menschen an. Langläufig könnte man dies allenfalls auch folgendermaßen formulieren: „Stell dir vor, es ist Demokratie und niemand geht hin.“[45]

Die österreichische Verfassung ist ein gutes Beispiel für eine Verfassung, welche bereits seit 100 Jahren in den wesentlichen Zügen unverändert geblieben ist. Dennoch konnte ebendiese Verfassung in der Ersten Republik das Ende von Demokratie und Rechtstaat nicht verhindern. In der Zweiten Republik scheint die „elegante“ österreichische Verfassung hingegen bisher eine Erfolgsgeschichte zu schreiben. (*Ausführungen zu Ewigkeitsklauseln und der Abänderbarkeit der Verfassung werden ebenfalls bepunktet.)*

entführtes Flugzeug bedroht sind, zu retten. Vgl beispielsweise auch für weitere Ausführungen und zur Diskussion *Grechenig/Lachmayer*, Zur Abwägung von Menschenleben – Gedanken zur Leistungsfähigkeit der Verfassung, JRP 2011; *Bezemek*, Unschuldige Opfer staatlichen Handelns, JRP 2007; *Müller*, Der Staat im Notstand darf Unschuldige opfern, Die Presse, Recht 2006/27; *Kneihs*, Darf der Staat wirklich Unschuldige töten?, Die Presse, Recht 2006/32.

[44] Originalzitat: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“ Vgl *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 112.

[45] Dies ist eine Anspielung auf das Zitat: „Stell dir vor, es ist Krieg und keiner geht hin.“ (Original: „*Sometimes they'll give a war and nobody will come*.“) von Carl *Sandburg*.