

Bundesministerium für Bildung,
Wissenschaft und Forschung
Minoritenplatz 5
1010 Wien

BMJ - I 7 (Persönlichkeitsrechte,
Gerichtsgebühren, zivilrechtliche Nebengesetze
und Rechnungslegung)

Mag. Katharina Nagl
Sachbearbeiterin

+43 1 521 52-0
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte unter Anführung der
Geschäftszahl an team.z@bmj.gv.at zu richten.

Geschäftszahl: 2020-0.334.417

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Hochschul-
Qualitätssicherungsgesetz geändert wird, ein Bundesgesetz über
Privathochschulen erlassen wird und das Fachhochschul-Studiengesetz
sowie das Hochschulgesetz 2005 geändert werden;
Stellungnahmen des Bundesministeriums für Justiz**

Das Bundesministerium für Justiz beehrt sich, zum oben genannten Entwurf
Stellungnahmen der Stabsstelle Bereich Vergabe sowie der Stabsstelle Bereich
Datenschutz abzugeben.

Vorweg darf zu Artikel 2 - Bundesgesetz über Privathochschulen (Privathochschulgesetz –
PHG) darauf hingewiesen werden, dass der Kurztitel „PHG“ üblicherweise für das
Produkthaftungsgesetz verwendet wird, weshalb hier zur Vermeidung von
Verwechslungen eine andere Bezeichnung gewählt werden sollte.

A. Stellungnahme der Stabsstelle Bereich Vergaberecht

*Als für Rückfragen zuständige Sachbearbeiterin der Stabsstelle Bereich Vergaberecht darf
Mag.^a Savina Kalanj namhaft gemacht werden.*

Zu Art. 1 Z 20 (§ 19 Abs. 1 des Hochschul-Qualitätssicherungsgesetzes):

Gemäß § 19 Abs. 1 letzter Satz des Entwurfes sind „Audits an öffentlichen Pädagogischen
Hochschulen und anerkannten privaten Pädagogischen Hochschulen ... durch die Agentur für

Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria durchzuführen". Nach der Konzeption des Hochschul-Qualitätssicherungsgesetzes (idF: HS-QSG) sind Audits Dienstleistungen (vgl. zu den Prüfbereichen näher § 22 Abs. 2 HS-QSG), die von den genannten Hochschulen zu beschaffen sind. Soweit es sich bei den Hochschulen um öffentliche Auftraggeber handelt, unterliegt die Beschaffung dieser Dienstleistungen dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2018 – BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018. Auf den CPV-Code 79212000-3 „Auditing Services“ samt dessen Untergliederungen (vgl. ebenso CPC-Codes 86211, 86212) wird hingewiesen. Die Erläuterungen erklären dazu, dass mit der Einschränkung der Wahlfreiheit eine Vergleichbarkeit der Ergebnisse jedenfalls für die erste Runde der Audits erreicht werden soll.

Zu diesem Regelungsvorschlag ist in rechtlicher Hinsicht folgendes festzuhalten:

Bei dem oben genannten Textvorschlag handelt es sich unzweifelhaft um eine „vergaberechtliche Regelung“ (konkret um eine des sachlichen Geltungsbereiches), die dem Regime des Art. 14b B-VG unterliegt (zum Anwendungsbereich des Art. 14b B-VG vgl. etwa VfGH 11.12.2018, G 205/2018). Das Bundesministerium für Justiz weist darauf hin, dass für die Schaffung materiell-rechtlicher Vergaberegeln ein besonderes verfassungsrechtliches Regime verankert ist, dessen Nicht-Einhaltung die Regelung mit Verfassungswidrigkeit bedroht.

Darüber hinaus kommt die legistische Zuständigkeit für die Schaffung vergaberechtlicher Regelungen nach Inkrafttreten der BMG-Novelle 2020, BGBl. I Nr. 8/2020, ausschließlich dem Bundesministerium für Justiz zu. Auf die Ausführungen im diesbezüglichen Rundschreiben GZ BKA-600.883/0023-V/A/8/2004 (abrufbar unter: <https://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a60c158380160e5815394274b.de.o/regelungen-im-gesetzes-und-verordnungsrang.pdf>) wird nachdrücklich verwiesen. Es ist festzuhalten, dass das verfassungsrechtlich vorgesehene Prozedere (Einbindung der Länder im Vorfeld im Rahmen der dafür eingerichteten Bund-Länder Arbeitsgruppe) nicht eingehalten wurde.

Der sachliche Geltungsbereich des unionsrechtlichen Vergaberechts (vgl. dazu insbesondere die RL 2014/24/EU, die durch das BVergG 2018 abschließend umgesetzt wird) ist ausschließlich nach Unionsrecht zu beurteilen. Sofern „Vergaben“ (im konkreten Fall: die Vergabe von Audit-Leistungen) von der zitierten RL erfasst werden, ist es dem nationalen Gesetzgeber verwehrt, sie von der Anwendung dieser Regelungen auszunehmen. Allfällige innerstaatliche Regelungen, die Gegenteiliges anordnen, wären unionsrechtswidrig und aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechtes

unbeachtlich (vgl. jüngst Rs C-378/17, *Minister for Justice and Equality et al gegen Workplace Relations Commission*, Rz 35ff). Dem nationalen Gesetzgeber ist es auch verwehrt, den taxativen Katalog der in der RL 2014/24/EU angeführten Ausnahmetatbestände zu erweitern (vgl. dazu Rs C-412/04, *Kommission gegen Italien*, und ebenso EB 69 BlgNr XXVI. GP, 30). Dem Bundesministerium für Justiz ist nicht ersichtlich, auf welchen (existierenden) Ausnahmetatbestand der RL 2014/24/EU (bzw. des BVergG 2018) der Textvorschlag gestützt werden könnte.

Das in der Begründung des og. Textvorschlages erwähnte Ziel („Vergleichbarkeit der Ergebnisse“) könnte im Übrigen auch durch die Vorschreibung bestimmter Kriterien zur Sicherung der Vergleichbarkeit in einem Vergabeverfahren erreicht werden.

Im Hinblick darauf, dass der og. Regelungsvorschlag zu einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich und zu Schadenersatzansprüchen führen könnte, ist – zusätzlich zur zu beachtenden Ministerialzuständigkeit nach dem BMG – **von der Verankerung der og. Regelung jedenfalls Abstand zu nehmen.**

Zu Art. 2 (§ 6 des Privathochschulgesetzes):

Einer Privathochschule dürfen gemäß § 6 des Privathochschulgesetzes keine geldwerten Leistungen des Bundes zuerkannt werden, wovon näher genannte Leistungen ausgenommen sind. Dieser Bestimmung zufolge sind geldwerte Leistungen offenbar weit zu verstehen und erfassen auch Zahlungen aufgrund von privatrechtlichen Vertragsverhältnissen. Nach den Erläuterungen soll „*hinkünftig nur der Zukauf von Forschungsleistungen einer Privathochschule durch den Bund möglich sein*“.

Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass Privathochschulen als vollrechtsfähige juristische Personen sich nach ständiger Rechtsprechung des EuGH an allen Vergabeverfahren beteiligen können (vgl. dazu etwa Rs C-305/08, *CoNISMA*, Rz 42, Rs C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, Rz 34/35 mwN der Judikatur). Eine gesetzliche Einschränkung der Beteiligungsmöglichkeit auf bestimmte Vergabeverfahren „des Bundes“ (ob darunter nur der Auftraggeber „Republik Österreich – Bund“ oder auch alle anderen öffentlichen Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes zu verstehen sind, kann dahingestellt bleiben) ist im Licht der ständigen Rechtsprechung des EuGH unzulässig. Umgekehrt dürften aufgrund dieser Regelung Privathochschulen auch nicht von Vergabeverfahren (insbesondere jenen „des Bundes“) ausgeschlossen werden, da die Ausschlussgründe nach dem Bundesvergabegesetz 2018 taxativ festgelegt sind (vgl. die Erläuterungen zu § 78 BVergG 2018, 69 dB XXVI. GP 97). Es wäre daher durch den Entfall

der og. Regelung sicherzustellen, dass die Beteiligungsmöglichkeit von Privathochschulen an Vergabeverfahren gemäß dem Bundesvergabegesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, und dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, BGBl. I Nr. 10/2012, nicht in Frage gestellt wird.

In diesem Sinne wäre auch die Bestimmung des Abs. 3 entsprechend neu zu fassen. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass diese Bestimmung sehr unklar gefasst ist.

B. Stellungnahme der Stabsstelle Bereich Datenschutz

Als für Rückfragen zuständiger Sachbearbeiter der Stabsstelle Bereich Datenschutz darf Mag. Dr. Ronald Bresich namhaft gemacht werden.

I. Vorbemerkungen

Allgemein ist anzumerken, dass eine – wenngleich auch sehr ausführliche – vorweggenommene Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 Abs. 10 DSGVO eine entsprechend detaillierte und verhältnismäßige gesetzliche Regelung zur Datenverarbeitung, die insbesondere den Anforderungen des § 1 Abs. 2 DSG sowie der Art. 5 und 6 DSGVO gerecht werden muss, nicht ersetzen kann. Auch sollte die Datenschutz-Folgenabschätzung keinesfalls in der Form einer Anlage zum Gesetz erfolgen, sondern stattdessen in den Erläuterungen vorgenommen werden (siehe diesbezüglich auch das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 2. August 2017, GZ BKA-810.026/0035-V/3/2017, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erlaesse/ERL_BKA_20170802_BKA_810_026_0035_V_3_2017/ERL_BKA_20170802_BKA_810_026_0035_V_3_2017.pdf).

II. Artikel 1 (Änderung des Hochschul-Qualitätssicherungsgesetzes)

Zu den Z 19 (§ 18 Abs. 1 bis 3) und 20 (§ 19 Abs. 1):

Hinsichtlich der angeordneten Audits sollte klargestellt werden, ob bzw. welche personenbezogenen Daten im Rahmen der Audits verarbeitet werden. Weiters erscheint unklar, in welcher datenschutzrechtliche Rollen (Verantwortlicher gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO oder Auftragsverarbeiter gemäß Art. 4 Z 8 DSGVO) die Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria tätig wird.

Zu den Z 25 (§ 23) und 26 (§ 24):

Im Zusammenhang mit den Prüfbereichen gemäß § 23 Abs. 4 sowie § 24 Abs. 4 und 5 sollte im Gesetzestext klargestellt werden, ob und welche personenbezogenen Daten in Zusammenhang mit dem Personal verarbeitet werden.

Zu den Z 35 (§ 27a Abs. 5), 36 (§ 27b Abs. 5) und Z 38 (§ 28 Abs. 2):

Es sollte klargestellt werden, zu welchem Zweck die Veröffentlichung der Ergebnisse des Meldeverfahrens erfolgt und welche personenbezogenen Daten konkret davon umfasst sind.

Gleiches ist hinsichtlich des Berichtes der Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria gemäß § 28 Abs. 2 anzumerken.

III. Artikel 2 (Bundesgesetz über Privathochschulen)

Zu § 7:

Hinsichtlich der von § 7 Abs. 3 vorgesehenen Mitwirkung an statistischen Erhebungen zur Bereitstellung von Informationen über den Studienbetrieb gemäß den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen und der Zurverfügungstellung von Informationen an die Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria wird angemerkt, dass die Regelung völlig offenlässt, welche personenbezogenen Daten welcher Personen konkret zu diesem Zweck verarbeitet (bzw. übermittelt) werden. Fraglich ist auch, welche gesetzlichen Bestimmungen diesbezüglich überhaupt in Betracht kommen.

Weiters sollte klargestellt werden, ob die Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria und die zuständige Bundesministerin oder der zuständige Bundesminister allenfalls als „Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche“ gemäß Art. 26 DSGVO tätig werden sollen. Auch diesbezüglich ist unklar, welche personenbezogenen Daten verarbeitet werden und welche Aufgaben von § 7 Abs. 3 letzter Satz konkret umfasst sind. Allgemein wird in diesem Zusammenhang auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß § 1 Abs. 2 DSG hingewiesen.

Fraglich ist auch, welche personenbezogenen Daten gemäß § 7 Abs. 4 an die zuständige Bundesministerin oder an den zuständigen Bundesminister übermittelt werden.

§ 7 Abs. 3 und 4 sollte daher nach diesen Gesichtspunkten grundlegend überarbeitet und präzisiert werden.

Zu § 11 und § 15 Abs. 7:

Die Vergabe der Matrikelnummer sollte – zumindest soweit damit ein Datenaustausch zwischen Verantwortlichen verbunden ist – bereits im Gesetz geregelt werden.

Hinsichtlich des Verweises auf die jeweilige Datenschutz-Folgenabschätzung in § 11 Abs. 6 und 7 wird auf die datenschutzrechtlichen Vorbemerkungen hingewiesen.

Zu § 14:

Nachdem die DSGVO unmittelbar anwendbar ist, kann § 14 – als eine nationale Regelung – nicht rechtswirksam vorsehen, dass Art. 35 Abs. 10 DSGVO erfüllt ist und eine Datenschutz-Folgenabschätzung nicht durchzuführen ist.

§ 14 hat daher ersatzlos zu entfallen.

Allgemein wird angemerkt, dass konkreter geprüft werden sollte, für welche im Entwurf vorgesehenen Datenverarbeitungen tatsächlich die Verpflichtung zur Vornahme einer Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 DSGVO besteht oder ob allenfalls auch (einzelne) Datenverarbeitungen im Entwurf gar nicht unter die Verpflichtung nach Art. 35 DSGVO fallen und für diese daher keine Datenschutz-Folgenabschätzung vorzunehmen wäre.

Weiters wird auf die Anmerkungen zur Vornahme von Datenschutz-Folgenabschätzungen in den Vorbemerkungen verwiesen.

IV. Artikel 3 (Änderung des Fachhochschul-Studiengesetzes)

Zu Z 56 (§ 11 Abs. 3 bis 5):

Im Zusammenhang mit der in § 11 Abs. 3 vorgesehenen Ausnahme der Einsichtnahme in Fragen betreffend die persönliche Eignung wird auf das Auskunftsrecht der betroffenen Person gemäß Art. 15 DSGVO hingewiesen.

Es sollte klargestellt werden, ob Fragen zur persönlichen Eignung vom Auskunftsrecht ausgeschlossen werden sollen. Diesfalls wären jedenfalls die Vorgaben des Art. 23 DSGVO zu beachten.

V. Artikel 4 (Änderung des Hochschulgesetzes 2005)

Zu den Z 14 (§ 13 Abs. 3) und 23 (§ 18 Abs. 2):

Es sollte näher erläutert werden, weshalb – vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß § 1 Abs. 2 DSG – begründete Gutachten zu den Bewerbungen der zuständigen Bundesministerin oder dem zuständigen Bundesminister vorzulegen sind. Fraglich erscheint dabei, ob neben dem in § 18 Abs. 2 geregelten Inhalt des Gutachtens allenfalls auch weitere personenbezogene Daten übermittelt werden. Die im Gutachten enthaltenen Datenarten sollten jedenfalls schon im Gesetz taxativ festgelegt werden.

Zu Z 37 (§ 33):

Es erscheint fraglich, welche personenbezogenen Daten im Zuge der Evaluierung überhaupt verarbeitet werden.

§ 33 Abs. 4 lässt zudem offen, welchem Verantwortlichen die Pädagogische Hochschule und ihre Organe die für die Evaluierungen erforderlichen Daten und Informationen (bei externen Evaluierungen) zur Verfügung zu stellen haben. Völlig unklar ist auch, welche personenbezogenen Daten im Rahmen der Mitwirkung allenfalls übermittelt werden. Die Bestimmung sollte daher überarbeitet und präzisiert werden.

Diese Stellungnahmen des Bundesministeriums für Justiz werden unter einem auch an das Präsidium des Nationalrats gesendet.

2. Juni 2020

Für die Bundesministerin:

Dr. Dietmar Dokalik

Elektronisch gefertigt

