

Stellungnahme der

Fachhochschule OÖ

zum Bundesgesetz, mit dem das Bundes- Verfassungsgesetz geändert, das DSG erlassen und das DSG 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018):

Inhalt:

1	Verantwortliche des öffentlichen und des privaten Bereichs	1
2	Das österreichische FH-Wesen als private Initiative des gesellschaftlichen Bereiches	2
3	Kollegium	6
4	§ 15 Abs 1 Z 2 des ME als Adressat beliehener Rechtsträger	7
5	Schlussfolgerungen und Vorschlag de lege ferenda	8

1 Verantwortliche des öffentlichen und des privaten Bereichs

Die FH OÖ nimmt primär zum Thema Datenschutzbeauftragter, öffentlicher und privater Bereich und insbesondere zu § 15 des ME (BlgNR 322/ME 15. GP) Stellung.

§ 15 des ME lautet:

„Verantwortliche des öffentlichen und des privaten Bereichs

§ 15. (1) Verantwortliche des öffentlichen Bereichs sind alle Verantwortliche,

1. die in Formen des öffentlichen Rechts eingerichtet sind, insbesondere auch als Organ einer Gebietskörperschaft, oder

2. soweit sie trotz ihrer Einrichtung in Formen des Privatrechts in Vollziehung der Gesetze tätig sind.

(2) Verantwortliche des öffentlichen Bereichs sind Partei in Verfahren vor der Datenschutzbehörde.

(3) Verantwortliche des öffentlichen Bereichs können Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und Revision beim Verwaltungsgerichtshof erheben.

(4) Die dem Abs. 1 nicht unterliegenden Verantwortlichen gelten als Verantwortliche des privaten Bereichs im Sinne dieses Bundesgesetzes.“

Der Entwurf unterscheidet zwischen Verantwortlichen des öffentlichen und des privaten Bereiches, wobei die Legaldefinition des öffentlichen Bereiches aktiv, die Legaldefinition des privaten Bereiches durch Umkehrschluss – also nach der Ausschlussmethode – vorgenommen wird.

Verantwortliche des öffentlichen Bereichs sind vereinfacht gesagt alle Verantwortlichen, die in öffentlich rechtlicher Form eingerichtet sind oder soweit sie trotz ihrer privatrechtlichen Ausgestaltung in Vollziehung der Gesetze tätig sind.

Insbesondere aus Sicht des österreichischen FH-Sektors ist die Legaldefinition des § 15 Abs 1 Z 2 des ME unscharf. Die Frage, ob FH-Verantwortliche Verantwortliche des öffentlichen oder des privaten Bereichs sind, kann im Rahmen dieser unscharfen Legaldefinition nicht abschließend beantwortet werden. Dazu ist zunächst eine kurze Darstellung der Besonderheiten des österreichischen FH-Wesens notwendig.

2 Das österreichische FH-Wesen als private Initiative des gesellschaftlichen Bereiches

Lange Zeit war die Rechtsnatur des Ausbildungsverhältnisses an Fachhochschulen strittig. Der Meinungsstreit wurde durch die Entscheidung des VfGH (VfSlg 19.823/2013) behoben. Der VfGH ist davon ausgegangen, dass das Rechtsverhältnis unabhängig von der Trägerschaft ein privatrechtliches ist. Ausnahmen gelten nur für

solche Entscheidungen, für die gesetzlich ausdrücklich eine hoheitliche Erledigung vorgesehen ist:

Das betrifft die Entscheidung über die Verleihung und den Widerruf akademischer Grade, die Nostrifizierung sowie die Verleihung akademischer Ehrungen (§ 10 Abs 3 Z 9 FHStG). Der VfGH begründet dies wie folgt:

„Nun ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Fachhochschulhalter und dem Studierenden, wie der Ausbildungsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Fachhochschule St. Pölten GmbH zeigt, grundsätzlich privatrechtlich ausgestaltet. Das liegt insbesondere bei Fachhochschulhaltern im Sinne des §2 Abs1 Satz 2 FHStG- juristischen Personen des privaten Rechts - auch vom Gesetz her nahe. Aber auch insbesondere für Gebietskörperschaften und allgemein für juristische Personen des öffentlichen Rechts iSd §2 Abs1 Satz 1 FHStG als Fachhochschulhalter ist das Gesetz nicht anders zu deuten. Denn anders als beispielsweise für öffentliche Universitäten, für die Art81c B-VG schon bundesverfassungsrechtlich besondere Vorgaben auch über ihre organisatorische Stellung im Rahmen des Teils A des dritten Hauptstücks des B-VG über die "Verwaltung" des Bundes enthält, fehlt es im Rahmen des FHStG an Anhaltspunkten, dass der Gesetzgeber - jedenfalls, soweit Fachhochschulhalter gemäß §2 Abs1 Satz 2 FHStG in Rede stehen - eine Einbindung dieser Erhalter von Fachhochschulen in die staatliche Verwaltung oder auch nur eine besondere Nahebeziehung zu dieser vor Augen hatte. Ist für privatrechtlich organisierte Fachhochschulhalter damit vorgegeben, dass ihre Tätigkeit grundsätzlich im Rahmen des Privatrechts erfolgt und das FHStG Zugangs- und Ausübungsregeln für die Tätigkeit als Fachhochschulhalter und für die Ausgestaltung der privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen diesem und den Studierenden an der Fachhochschule enthält, so gilt nach dem Gesetz Gleiches im Fall des §2 Abs1 Satz 1 FHStG, also wenn Gebietskörperschaften oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts als Fachhochschulhalter in Rede stehen. Auch hier geht das FHStG von einer vergleichbar privatrechtlichen Tätigkeit dieser Fachhochschulhalter und einer privatrechtlichen Rechtsbeziehung zu den Studierenden aus und sieht kein grundsätzlich abweichendes System öffentlich rechtlicher, hoheitlicher Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse vor. Dies folgt aus der Systematik des FHStG, das den Fachhochschulhalter

einheitlich und ohne in den weiteren Regelungen des FHStG zwischen öffentlich rechtlicher oder privatrechtlicher Trägerschaft von Fachhochschulen zu unterscheiden, regelt womit das Gesetz auch eine einheitliche - eben privatrechtliche - Tätigkeit der Fachhochschulerhalter und dementsprechend privatrechtliche Rechtsverhältnisse zu den Studierenden vorsieht (vgl. auch Perthold-Stoitzner, Hochschulrecht im Strukturwandel, 2012, 184 ff.)

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz müsste sich daher - insbesondere, aber nicht nur für Fachhochschulerhalter gemäß §2 Abs1 Satz 2 FHStG- mit hinreichender Deutlichkeit aus konkreten Regelungen des FHStG ergeben. Dies mag - was von ihrer Intention her auch die Erläuterungen zu dieser Bestimmung nahelegen (vgl. Erläut. zur RV 1222 BlgNR 24. GP, 32) und wofür die Funktion insbesondere von akademischen Graden und deren Widerruf sowie von Nostrifizierungen ausländischer akademischer Grade, auch gegenüber Dritten Rechtswirkungen zu entfalten, sprechen würde - für §10 Abs3 Z9 iVm §10 Abs6 Satz 1 FHStG gelten. Für die hier in Rede stehende Regelung von Prüfungsmodalitäten einschließlich der Wiederholung von Prüfungen liegen aber vergleichbare Argumente dafür, §10 Abs3 Z11 iVm §10 Abs6 Satz 2 FHStG eine Einräumung hoheitlicher Befugnisse zu bescheidförmiger Entscheidung zu entnehmen, nicht vor. Das "Prüfungsverhältnis" kann einschließlich eines fachhochschulinternen Verfahrens zur Regelung von Streitigkeiten funktional äquivalent privatrechtlich wie öffentlich rechtlich/hoheitlich geregelt werden.“

Der österreichische FH-Sektor ist grundsätzlich privatrechtlich organisiert. Der Gesetzgeber hat den FH-Sektor in den gesellschaftlichen Bereich ausgelagert. § 2 Abs 1 FHStG bestimmt, dass Erhalter von FH-Studiengängen der Bund und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts sein können. Ebenso können juristische Personen des privaten Rechts Erhalter von FH-Studiengängen sein, soweit deren Unternehmensgegenstand überwiegend die Errichtung, Erhaltung und der Betrieb von FH-Studiengängen ist.

§ 2 Abs 1 FHStG bedeutet nun zweierlei: Einerseits können sowohl öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften, als auch juristische Personen des privaten Rechts Erhalter von FH-Studiengängen sein. Zum zweiten - und das ist entscheidend - ordnet der Gesetzgeber die Existenz von FH bzw FH-Studiengängen *nicht* an,

sondern überlässt es dem gesellschaftlichen Bereich, ob entsprechende Erhalter-Gesellschaften gegründet werden. Das ist insbesondere durch das Tatbestandselement „können“ im § 2 Abs 1 FHStG unzweifelhaft indiziert.

Das bedeutet, dass es Fachhochschulen nicht geben muss, sondern lediglich geben kann, soweit entweder Gebietskörperschaften oder Private eine entsprechende Erhalter-Rechtsform gründen. Im Gegensatz dazu ordnet beispielsweise das UnivG an, dass es Universitäten gibt. § 4 UnivG 2002 normiert, dass die Universitäten juristische Personen des öffentlichen Rechts sind.

„Rechtsform

§ 4. Die Universitäten sind juristische Personen des öffentlichen Rechts.“

§ 6 UG 2002 bestimmt, dass das Bundesgesetz für folgende Universitäten gelte:

„Geltungsbereich

§ 6. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für folgende Universitäten:

(...)

5. Medizinische Universität Graz;

6. Medizinische Universität Innsbruck;

7. Universität Salzburg;

8. Technische Universität Wien;

9. Technische Universität Graz;

10. Montanuniversität Leoben;

(...)“

§ 6 Abs 2 UG 2002 bestimmt, dass Universitäten durch Bundesgesetz errichtet und aufgelassen werden. Damit ist der wesentliche Unterschied zu § 2 Abs 1 FHStG ersichtlich, nämlich das FH durch privatrechtlichen Akt (Kreation) geschaffen werden, Universitäten hingegen ausschließlich durch gesetzliche Anordnung.

Österreich hat sich Anfang der 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts entschlossen, einen FH-Sektor aufzubauen. Damit hat der Gesetzgeber in mehrfacher Hinsicht

Neuland betreten. Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, FH-Studiengänge und Fachhochschulen nicht am Modell staatlicher Anstalten auszurichten, vielmehr aber auch, dass die Organisationsform und die tatsächliche Trägerschaft weitgehend privater Initiative überlassen bleiben. In der Praxis haben sich die meisten FH als privatrechtliche Kapitalgesellschaften etabliert, die von öffentlich-rechtlichen Körperschaften erhalten werden. Die staatliche Verantwortlichkeit kommt lediglich im sogenannten Akkreditierungsverfahren nach HS-QSG zum Tragen, das aber relativ „staatsfern“ stattfindet.

Die Rechtsnatur der Organe der FH wurde in der Literatur eine Zeitlang kontrovers diskutiert. Einige Autoren haben das FH-Wesen und die Tätigkeit seiner Organe als öffentlich-rechtliche Hoheitsakte qualifiziert und sind damit teilweise auch vom Beleihungsmodell ausgegangen, andere wiederum haben sie eindeutig dem Privatrecht zugeordnet. Diese Diskussion hat nun – wie oben schon dargetan – der VfGH in VfSlg 19.823/2013 beendet. Der VfGH hat eindeutig ausgesprochen, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem FH-Erhalter und den Studierenden privatrechtlich ausgestaltet ist.

3 Kollegium

Lediglich ein fachhochschulischer Aufgabenbereich ergeht in hoheitlicher Rechtsform, nämlich die in § 10 Abs 3 Z 9 FHStG genannten Angelegenheiten (Verleihung akademischer Grade und deren Widerruf, die Nostrifizierung ausländischer akademischer Grade sowie die Verleihung akademischer Ehrungen durch das Kollegium). Nur diese Entscheidungen sind bescheidmäßig zu treffen. Sie können im Weg der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts bekämpft werden (§ 10 Abs 6 FHStG). Das bedeutet, dass eine Bescheidbeschwerde an das BVwG und gegebenenfalls Revision an den VwGH (sowie auch Bescheidbeschwerde an den VfGH) eingebracht werden können.

Wichtig ist, dass diese hoheitliche Entscheidung nicht durch die Erhalter-Gesellschaft, sondern durch das Kollegium vollzogen wird.

4 § 15 Abs 1 Z 2 des ME als Adressat beliehener Rechtsträger

§ 15 des ME wäre, wenn man die vorangestellten Überlegungen korrekt anwendet, so auszulegen, dass FH-Erhalter keine Verantwortlichen des öffentlichen Bereiches sind. Zu diesem Ergebnis gelangt man auch dann, wenn man den Tatbestand „in Vollziehung der Gesetze“ des § 15 Abs 1 Z 2 des ME als beleihungsaffinen Tatbestand auslegt. Das FHSStG ist kein zwingendes Vollzugsrecht, sondern lediglich der Rahmen, der einerseits Mindestanforderungen und andererseits den äußersten Rahmen des Handelns der FH-Organen abgrenzt. Im Rahmen eines verdünnten Legalitätsprinzips agieren FH-Akteure nicht aufgrund der Gesetze, sondern lediglich im Rahmen der Gesetze.

Eine eindeutige Vollzugsanordnung ergibt sich somit nur aus § 10 Abs 3 Z 9 FHSStG - und auch hier nicht durch den Erhalter, sondern durch das Kollegium. FH-Erhalter sind somit nicht in Vollziehung der Gesetze tätig, was sie vom öffentlichen Bereich ausschließt.

Wendet man die dargestellten Grundsätze auf § 15 des ME an, so kommt man zu dem Schluss, dass der Entwurfstext des § 15 Abs 1 Z 5 des ME ausschließlich beliehene Rechtsträger fokussiert.

Unter Ausgliederung versteht man grundsätzlich die Übertragung der Vollziehung von Aufgaben auf einen rechtlich selbstständigen Rechtsträger, der unter der organisatorischen Kontrolle einer Gebietskörperschaft steht. Dabei gibt es Rechtspersonen des öffentlichen Rechts (wie zB die Agrarmarkt Austria – AMA) oder Rechtspersonen des Privatrechts (wie zB die Bundesbeschaffungs GmbH). Die Motive der Ausgliederung liegen einerseits darin, wirtschaftlich schnell und entpolitisiert zu arbeiten, bzw auch darin, das starre öffentliche Dienstrecht zu flexibilisieren, andererseits aber auch darin, Kompetenzschränken zu durchbrechen. Letztendlich liegen auch steuerliche Gründe vor. Es wird grundsätzlich im Rahmen der Ausgliederung zwischen nicht hoheitlichen Aufgaben (zB VfSlg 14.075/1995) und hoheitlichen Aufgaben (Beleihung!) unterschieden.

Mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch Private ist beispielsweise die österreichische Nationalbank oder die Austro Control GmbH beauftragt. Die

Grenzen der Ausgliederung sind durch verfassungsgerichtliche Erkenntnisse (zB VfSlg 14.473/1996) hinreichend ausjudiziert:

- Die Einräumung hoheitlicher Befugnisse bedarf immer einer gesetzlichen Grundlage
- Es dürfen keine Kernbereiche staatlicher Aufgaben (Munition, Sprengmittelwesen, Verwaltungsstrafkompetenz oder Innere Sicherheit) ausgegliedert werden (man spricht von einem ausgliederungsfesten Kernbestand in der Bundesverfassung)
- Es muss ein demokratischer Legitimationszusammenhang, zB eine Weisungsbindung gem Art 20 und 77 B-VG bestehen.

5 Schlussfolgerungen und Vorschlag de lege ferenda

Wendet man die vorangegangenen Überlegungen auf den FH-Sektor an, ergibt sich folgender Befund:

Wie schon dargetan, ist das österreichische FH-Wesen dem gesellschaftlichen Bereich zugeordnet. Die Einrichtung und Durchführung von FH-Studiengängen ist keine Selbstverwaltung im juristischen Sinne, sondern Ausfluss einer gesellschaftlichen Freiheit, welche grundrechtlich durch die Unterrichtsfreiheit des Art 17 Abs 2 StGG abgesichert ist. Die Verfassung garantiert die Freiheit des Staatsbürgers zur Gründung von Unterrichts- und Erziehungsanstalten. Dies gilt freilich auch für den FH-Sektor. Deshalb ist mit *Berka* davon auszugehen, dass die Entscheidungen von Organen der FH-Studiengänge bzw von Fachhochschulen auch dann, wenn sie individuelle Studienangelegenheiten betreffen, keine hoheitlichen Verwaltungsakte sind.

FH-Erhalter sind uA nach keine beliebigen Rechtsträger. Man kann eine Beleihung schon alleine deshalb nicht annehmen, da es weder eine eindeutige gesetzliche Regelung gibt, noch vollziehen Fachhochschulen hoheitliche Staatsaufgaben (bis auf *eine* Ausnahme gem § 10 Abs 3 Z 9 FHStG), und diese wiederum nicht durch den Erhalter sondern durch das Kollegium.

FH-Studiengänge und Fachhochschulen sind Bildungsinstitutionen des nicht staatlichen Bereichs (*Berka*, Autonomie in Bildungswesen [2002] 106 ff und 127 f). Fachhochschulen sind sohin dem rein privaten Bereich zuzuordnen und werden auf der Basis eines rein freiwilligen und privatrechtlichen Gestaltungswillens gegründet. Es gibt keine gesetzliche Pflicht zur Gründung von Fachhochschulen.

Die FH OÖ regt daher an, § 15 des ME dahin zu präzisieren, um privatrechtlich gestaltete Erhalter eindeutig dem privaten Bereich zuzuordnen. Dies ist einerseits durch eine entsprechende Anmerkung in den Materialien möglich, andererseits aber dadurch, dass dem § 15 des ME ein weiterer Absatz hinzugefügt wird, der wie folgt lautet:

„Verantwortliche des privaten Bereichs sind alle Verantwortlichen, die durch freiwilligen, privatrechtlichen Akt entstanden sind und keine hoheitlichen Aufgaben übernehmen.“