

**Das Studienrecht an Fachhochschulen:
Privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche
Ausgestaltung?**

Rechtsgutachten

vorgelegt von

O. Univ. Prof. Dr. Walter Berka
Fachbereich Öffentliches Recht/Verfassungs- und Verwaltungsrecht
der Universität Salzburg

im Auftrag der Österreichischen Hochschülerinnen- und
Hochschülerschaft

August 2015

Executive Summary

1. Die vorliegende Untersuchung wendet sich der Frage der Verfassungsmäßigkeit und rechtspolitischen Zweckmäßigkeit des geltenden Fachhochschul-Studienrechts zu. Für dieses ist eine abgeschwächte gesetzliche Regulierung ebenso charakteristisch wie seine privatrechtliche Ausgestaltung im Rahmen des von den Studierenden abgeschlossenen Ausbildungsvertrags. Damit unterscheidet es sich deutlich vom Studienrecht für Universitäten, das der öffentlich-rechtlichen, hoheitlichen Vollziehung zugeordnet ist.
2. Nachdem es über die Rechtsnatur des Studienrechtsverhältnisses an Fachhochschulen in der Vergangenheit Zweifel gegeben hatte, kann der Meinungsstreit durch die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs VfSlg 19.823/2013 als behoben gelten. Der Gerichtshof ist hier davon ausgegangen, dass das Rechtsverhältnis unabhängig von der Trägerschaft ein privatrechtliches ist. Ausnahmen gelten nur für jene studienrechtlichen Entscheidungen, für die gesetzlich ausdrücklich eine hoheitliche Erledigung vorgesehen ist; das betrifft die Entscheidungen über die Verleihung und den Widerruf akademischer Grade, die Nostrifizierung sowie die Verleihung akademischer Ehrungen.
3. Diese Ausgestaltung des Studienrechts an Fachhochschulen hat der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit getroffen. Es gibt keine zwingenden verfassungsrechtlichen Gründe dafür, dass das Fachhochschul-Studienrecht in hoheitlicher Form vollzogen werden müsste. Für die unterschiedliche Ausgestaltung im Vergleich zum universitären Studienrecht lassen sich sachliche Erwägungen aufzeigen, insbesondere die andere Organisationsform der Universitäten und ihre größere Nähe zum staatlichen Verantwortungsbereich. Daher fehlt auch allfälligen, auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz gestützten Einwendungen die Grundlage.
4. Im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit kann der Gesetzgeber allerdings auch eine hoheitliche Ausgestaltung des Studienrechtsverhältnisses vorsehen, sei es in seiner Gesamtheit oder, eingeschränkter, im Hinblick auf einzelne, besonders wichtige Entscheidungen. Das Gutachten untersucht die für bzw gegen eine solche Lösung sprechenden sachlichen Gründe.
5. Zunächst ist festzuhalten, dass den Studierenden an Fachhochschulen ungeachtet der privatrechtlichen Ausgestaltung des Studienrechtsverhältnisses subjektive Rechte eingeräumt werden, die durchaus jenen entsprechen, die Studierenden an Universitäten zustehen. Defizite im Bereich der materiellen Rechtslage der Studierenden können daher, wenn es solche gibt, gegebenenfalls durch einen Ausbau der studienrechtlichen Regelungen in systemkonformer Weise behoben werden. Im Hinblick auf die materielle Rechtslage der Studierenden gibt es daher kein zwingendes Argument für eine Überführung des Studienrechts in den hoheitlichen Bereich.
6. Der wesentliche Unterschied zwischen dem geltenden privatrechtlichen Studienrecht und seiner möglichen öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung liegt beim Rechtsschutz. Entscheidungen der Fachhochschule in Studienangelegenheiten können, abgesehen von den Fällen des § 10 Abs 3 Z 9 FHStG, auf dem Zivilrechtsweg bekämpft werden, während im Falle ihrer Zuordnung zum öffentlichen Recht der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht (und in der Folge zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts) eröffnet wäre.
7. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bietet grundsätzlich den im Rechtsstaat gebotenen Rechtsschutz und auch im Hinblick auf die Wirksamkeit weist der Zivilrechtsweg

keine Defizite, in gewissen Zusammenhängen sogar Vorteile auf. Sein entscheidender Nachteil hängt mit dem ungleich höheren Kosten- und Prozessrisiko des zivilprozessualen Rechtsschutzes zusammen. Das ist ein Gesichtspunkt, auf den bereits der Gesetzgeber des UG 2002 hingewiesen hat, wenn er seine Entscheidung für eine hoheitliche Vollziehung des universitären Studienrechts mit dem Hinweis begründet hat, dass dieses den aus der Sicht der Studierenden „besseren Rechtsschutz“ sichert. Es gibt daher gute Argumente dafür, auch im Bereich des Fachhochschulrechts eine hoheitliche Vollziehung vorzusehen und diese mit der Gewährleistung eines möglichst effektiven Rechtsschutzes zu begründen.

8. Mögliche Gegenargumente betreffen die allenfalls höheren Kosten einer hoheitlichen Vollziehung, die allerdings nicht überschätzt werden dürfen. Andere Beschwerdeinstanzen wie die Ombudsstelle für Studierende sind sinnvoll, sie können aber den rechtsstaatlich gebotenen gerichtsförmlichen Rechtsschutz nicht ersetzen; das Gleiche gilt für andere Formen der Streitschlichtung, etwa im Rahmen von Schlichtungsklauseln. Einwendungen gegen eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Fachhochschulstudienrechts könnten auf einer grundsätzlichen Ebene erhoben werden, wenn privatrechtliche Erhalter den zwingenden Regelungen des öffentlichen Rechts unterworfen und bisher gegebenen privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt werden. Das erfordert unter Umständen ergänzende Vorkehrungen (vgl die folgende Ziffer 9). Soweit Gebietskörperschaften als Erhalter tätig sind, was gegenwärtig nur ausnahmsweise der Fall ist, in der Zukunft aber möglicherweise häufiger vorkommen könnte, treffen diese Bedenken nicht zu.

9. Für eine solche Reform ist der Bundesgesetzgeber zuständig, der die dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip entsprechenden Rechtsgrundlagen für eine hoheitliche Vollziehung schaffen müsste und könnte. Privatrechtlich eingerichtete Fachhochschulerhalter wären in diesem Falle als mit Hoheitsgewalt beliehene Privatrechtssubjekte anzusehen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen müssten in einem solchen Fall dem zuständigen obersten Verwaltungsorgan des Bundes entsprechende Leitungs- und Steuerungsrechte eingeräumt werden. Ein damit verbundenes Weisungsrecht wäre der Sache nach problematisch und ein sachlicher Grund dafür ist, wie gerade der Vergleich mit den öffentlichen Universitäten zeigt, nicht ersichtlich. Sinnvoll wäre es daher, auch für die Fachhochschulen eine verfassungsrechtlich abgesicherte Weisungsfreiheit zu schaffen, wenn sie zu hoheitlichem Handeln in Studienangelegenheiten ermächtigt werden.

10. Abschließend diskutiert die Untersuchung die Frage, ob es, über das Studienrecht hinausgehend, Gründe gibt, das Fachhochschulrecht stärker an das für die öffentlichen Universitäten geltende Recht heranzuführen. Dafür kann es Argumente geben, vor allem, wenn es zu einem weiteren Ausbau des Sektors kommen sollte. Auf einer grundsätzlichen Ebene stellt sich freilich auch hier wieder die Problematik, wie in einem solchen Fall die sachlich gebotene Autonomie der Fachhochschulen gegenüber der staatlichen Bestimmungsmacht gesichert werden kann.

Gliederung

I. EINLEITUNG: FRAGESTELLUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG	3
II. DIE GEGENWÄRTIGE AUSGESTALTUNG DES STUDIENRECHTS AN FACHHOCHSCHULEN	7
III. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN ODER RECHTSPOLITISCHE GESTALTUNGSFREIHEIT?	10
IV. HOHEITLICHES ODER PRIVATRECHTLICHES STUDIENRECHT: DIE BEURTEILUNG DIESER ALTERNATIVE IN RECHTSPOLITISCHER HINSICHT	15
V. RAHMENBEDINGUNGEN UND AUSWIRKUNGEN EINER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN AUSGESTALTUNG DES FACHHOCHSCHUL-STUDIENRECHTS	26
VI. GENERELLE GESICHTSPUNKTE EINER ANNÄHERUNG DES FACHHOCHSCHULRECHTS AN DAS RECHT DER ÖFFENTLICHEN UNIVERSITÄTEN	33

I. Einleitung: Fragestellung und Gang der Untersuchung

1. Als Österreich Anfang der 1990er-Jahre begann, einen Fachhochschulsektor aufzubauen, betrat der Gesetzgeber in mehrfacher Hinsicht *Neuland*. Zunächst galt das für die Entscheidung, die Organisation von Fachhochschul-Studiengängen und von Fachhochschulen nicht am Modell staatlicher Anstalten auszurichten, sondern die Organisationsform und die tatsächliche Trägerschaft weitgehend offen zu lassen. Dies sollte ein Engagement der Wirtschaft und Wirtschaftsverbände motivieren und Raum für verschiedene Formen der Beteiligung lassen. Tatsächlich haben sich die meisten Fachhochschulen in der Folge als privatrechtliche Kapitalgesellschaften etabliert, die überwiegend von öffentlich-rechtlichen Körperschaften (Kammern, Länder, Gemeinden) erhalten werden. Auch die legislative Konzeption des Fachhochschul-Studiengesetzes (FHStG),¹ das bewusst als ein knapp gehaltenes „*Rahmengesetz*“ angelegt wurde, fügt sich in diese Grundsatzentscheidung ein. Der Verzicht auf Detailregelungen sollte die initiative Entwicklung eines breit gefächerten, an den Ausbildungserfordernissen orientierten Studienangebots begünstigen und die Selbststeuerungsfähigkeit des Sek-

¹ Bundesgesetz über Fachhochschul-Studiengänge (Fachhochschul-Studiengesetz - FHStG), BGBl 1993/340, zuletzt geändert BGBl I 2014/45.

tors erhöhen.² Die staatliche Verantwortlichkeit kam in einem Akkreditierungsverfahren zum Tragen, das allerdings ebenfalls relativ „staatsfern“ einem unabhängigen, fachlich kompetenten Gremium (Fachhochschulrat) übertragen wurde.

Trotz der privaten Trägerschaft wird die Lehre an den Fachhochschulen aus Budgetmitteln des Bundes finanziert, die etwa 90 % dieser Kosten abdecken. Die Höhe dieser Bundesmittel betrug 2013 rund 244 Mio Euro.³

Innerhalb dieses rechtlichen und finanziellen Rahmens hat sich der Sektor *dynamisch* entwickelt. Mit Stand Ende 2013 studierten an den Fachhochschulen rund 43.600 Studierende in mehr als 400 Studiengängen.⁴ Die *Grundkonzeption der rechtlichen Rahmenbedingungen* wurde im Großen und Ganzen unverändert beibehalten, ungeachtet aller Änderungen, die das FHStG zwischenzeitlich erfahren hat. Auch die Umgestaltung des Akkreditierungsverfahrens im Zuge der Neuorganisation der Qualitätssicherungsmaßnahmen im Hochschulbereich, die mit dem Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz (HS-QSG)⁵ und der Gründung der AQ Austria⁶ erfolgte, stellt keinen Bruch mit der Ursprungskonzeption dar. Vielmehr wurden die Steuerungsmöglichkeiten gegenüber den Fachhochschulen, welche der frühere Fachhochschulrat im Rahmen seiner Akkreditierungsverantwortlichkeit und, davon abgesehen, in einer eher informellen Weise wahrnehmen konnte, tendenziell abgeschwächt.⁷

2. Im Vergleich zu anderen Einrichtungen des tertiären Bildungsbereichs ist somit für die Fachhochschulen eine *Zurückdrängung der öffentlich-rechtlichen Regulierung* charakteristisch. Sie drückt sich in der Zulassung privatrechtlicher Träger ebenso aus wie

² Vgl zur Charakterisierung des FHStG als eines „Planungsgesetzes“ Hauser, Fachhochschul-Studiengänge und Fachhochschulen, in Funk ua, Handbuch des österreichischen Hochschulrechts² (2012) 325 (331 ff); Hackl, Von Government zu Governance: Der Fachhochschulbereich als ein österreichischer Testfall? In Berka/Brünner/Hauser (Hrsg), 20 Jahre Fachhochschul-Recht (2013) 51.

³ BMFWF, Fachhochschulentwicklungs- und Finanzierungsplan >>2017/18 (2015) 2.

⁴ BMFWF, Fachhochschulentwicklungs- und Finanzierungsplan >>2017/18 (2015) 2. Nach den aktuellen Meldungen der Erhalter liegt die Studierendenzahl nunmehr bei rund 48.600 (Mitteilung der Bundesvertretung der Österreichischen Hochschülerinnen- und Hochschülerschaft).

⁵ BGBl I 2011/74 idgF.

⁶ Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria; vgl §§ 3 ff HS-QSG.

⁷ Vgl Österreichischer Wissenschaftsrat, Fachhochschulen im österreichischen Hochschulsystem. Analysen, Perspektiven, Empfehlungen (2012) 167 ff (abrufbar unter: http://www.wissenschaftsrat.ac.at/news/Empfehlung_Fachhochschulen.pdf; abgerufen 16.5.2015).

in der nur rahmenhaften gesetzlichen Ausgestaltung der Organisation von Fachhochschulen und ihrer Entscheidungsstrukturen. Eine *in sich konsequente* Umsetzung fanden diese systemprägenden Vorgaben und Entscheidungen bei der Gestaltung des Studienrechts der Fachhochschulen. Zwar reguliert das FHStG das Studienrecht ansatzweise, etwa im Hinblick auf die Zulassungsvoraussetzungen (§ 4 FHStG) oder die akademischen Grade (§ 6 FHStG). Dieses ursprünglich nur rudimentär gesetzlich geregelte Studienrecht, das den Organen der Fachhochschulen einen weitgehend autonom gestaltbaren Spielraum bei der Abwicklung des Lehr- und Prüfungsbetriebs beließ, wurde durch die 10. Novelle zum FHStG (BGBl I 2011/74) ausgebaut; in das Gesetz wurde ein neu gestalteter 3. Abschnitt („Studienrechtliche Bestimmungen“) eingefügt, der weitere studienrechtliche Einzelheiten regelt. Sie entsprechen inhaltlich weitgehend den entsprechenden Bestimmungen, die bis zu diesem Zeitpunkt in den vom Fachhochschulrat erlassenen „Akkreditierungsrichtlinien 2010“ enthalten waren, für die es allerdings keine tragfähige gesetzliche Grundlage gegeben hatte.⁸

Ungeachtet des Umstands, dass das FHStG einzelne, durch die erwähnte Novelle weiter ausgebauten *Vorgaben für das Studienrecht* an Fachhochschulen enthält, ist das eigentliche Rechtsverhältnis zwischen Studierenden und Erhaltern der Fachhochschule ein *privatrechtliches*. Nur wenige studienrechtliche Entscheidungen der Organe einer Fachhochschule ergehen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform, wie das etwa für die Verleihung und den Widerruf akademischer Grade vorgesehen ist (§ 10 Abs 3 Z 9 iVm Abs 6 FHStG).⁹ Insoweit unterscheidet sich das Fachhochschul-Studienrecht auch nach seinem Ausbau durch die Novelle des Jahres 2011 sehr deutlich vom Studienrecht an den öffentlichen Universitäten, das nach der grundsätzlichen Anordnung des § 51 Abs 1 UG 2002 „im Rahmen der Hoheitsverwaltung“ vollzogen wird.

Diese Ausgestaltung des Studienrechtsverhältnisses an Fachhochschulen ist nicht unumstritten. So hat etwa die Volksanwaltschaft in ihrem Bericht 2013 von einer „nicht

⁸ Vgl dazu *Hauser*, FHStG. Fachhochschulstudiengesetz⁷ (2014) § 11 Anm 1; *Butschek*, FHStG und Legalitätsprinzip, zfhr 2010, 140 (146 f).

⁹ Bescheidförmige Erledigungen durch Erhalter eines Fachhochschul-Studienganges außerhalb des eigentlichen Studienrechts sieht das Hochschülerinnen- und Hochschülerschaftsgesetz 2014 (HSG 2014) BGBl I 2014/45 im Zusammenhang mit der Begrenzung des Zutritts und der Untersagung von Veranstaltung der Studierendenvertretungen vor (§§ 5 Abs 3, 13 Abs 2, 24 Abs 2).

nachvollziehbare(n) Schlechterstellung bei der Rechtsdurchsetzung“ gesprochen und angeregt, durch eine gesetzliche Neuregelung vorzusehen, dass „Organe der Fachhochschulen bei der Vollziehung der Studienvorschriften im Rahmen der Hoheitsverwaltung tätig werden“. Begründend wird auf das Prozesskostenrisiko des Zivilrechtsweges, die Verfahrensdauer und auf den Umstand hingewiesen, dass die Ausbildungsverträge „meist unzureichende Regelungen aufweisen“ würden.¹⁰

3. Vor diesem Hintergrund hat die Österreichische Hochschülerinnen- und Hochschülerschaft den Unterzeichneten ersucht, die Verfassungsmäßigkeit und rechtspolitische Zweckmäßigkeit dieser Form der Regelung des Studienrechts an Fachhochschulen zu untersuchen, den Auswirkungen seiner überwiegend privatrechtlichen Ausgestaltung nachzugehen sowie die Möglichkeiten und die Sinnhaftigkeit einer Reform zu beurteilen, die in die Richtung einer Unterstellung unter die Handlungsformen des öffentlichen Rechts zielt.

Die folgende Untersuchung behandelt die aufgeworfenen Fragen in der folgende Weise: Zunächst wendet sie sich dem geltenden Recht zu, das heißt, dem grundlegenden Rechtsverhältnis, das zwischen den Studierenden und den Fachhochschulen besteht, sowie der Rechtsnatur der in diesem Rahmen zu treffenden Entscheidungen. Zugleich sind die entsprechenden Konsequenzen vor allem im Hinblick auf den Rechtsschutz aufzuzeigen (im folgenden Abschnitt II). Daran anschließend sind die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung des Fachhochschul-Studienrechts zu umreißen, insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob sich daraus bestimmte Vorgaben für die Wahl zwischen einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung ergeben (im folgenden Abschnitt III). Dabei wird sich zeigen, dass die Entscheidung zwischen diesen Alternativen primär eine rechtspolitische ist. Die dafür maßgeblichen rechtspolitischen Erwägungen sind im Abschnitt IV zu erörtern, während Abschnitt V auf die Rahmenbedingungen und abschätzbaren Auswirkungen einer hoheitlichen Ausgestaltung des Studienrechtsverhältnisses an Fachhochschulen eingeht. Schließlich wurde auch die Frage aufgeworfen, welche Gründe dafür sprechen, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Durchführung von Fach-

¹⁰ Bericht der Volksanwaltschaft an den Nationalrat und an den Bundesrat 2013, 254 f (abrufbar unter: <http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/8r3ft/37-PB.pdf>; abgerufen 6.8.2015).

hochschul-Studiengängen – über das Studienrecht hinausgehend – generell mehr an jene von (öffentlichen) Universitäten anzugleichen. Diesem Gesichtspunkt wendet sich der abschließende Abschnitt VI zu.

II. Die gegenwärtige Ausgestaltung des Studienrechts an Fachhochschulen

1. Die Rechtsnatur der durch die Organe einer Fachhochschule getroffenen studienrechtlichen Entscheidungen wurde in der Vergangenheit in der Literatur *kontrovers* diskutiert. Während einzelne Autoren diese (in ihrer Gesamtheit oder zumindest teilweise) als öffentlich-rechtliche Hoheitsakte qualifizierten und daher konsequenterweise von einer Beileihung Privater mit Hoheitsaufgaben ausgingen, wurden sie von anderen dem Privatrecht zugeordnet. Ausnahmen wurden nur für jene Fälle angenommen, in denen sich dem Gesetz eindeutig eine hoheitliche Kompetenz entnehmen ließ.¹¹

Die im Jahre 2013 ergangene *Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes VfSlg 19.823/2013* hat diesen Meinungsstreit entschieden, und das mit im Grunde zutreffenden Erwägungen:¹²

„Das Rechtsverhältnis zwischen dem Fachhochschulerhalter und dem Studierenden [ist] ... grundsätzlich privatrechtlich ausgestaltet. Das liegt insbesondere bei Fachhochschulerhaltern im Sinne des § 2 Abs 1 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 Abs 1 Satz 1 FHStG als Fachhochschulerhalter ist das Gesetz nicht anders zu deuten. Denn anders als beispielsweise für öffentliche Universitäten, für die Art 81c 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 Fachhochschulerhalter gemäß § 2 Abs 1 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 Fachhochschulerhalter damit vorgegeben, dass ihre Tätigkeit grundsätzlich im Rahmen des Privatrechts erfolgt und das FHStG Zugangs- und Ausübungsregeln für die Tätigkeit als Fachhochschulerhalter 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 Abs 1 Satz 1 FHStG, also wenn Gebietskörperschaften oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts als Fachhochschulerhalter in Rede stehen. Auch hier geht das FHStG von einer vergleichbar privatrechtlichen Tätigkeit dieser Fachhochschulerhalter und einer privatrechtlichen Rechtsbeziehung zu den Studierenden aus und sieht kein grundsätzlich abweichendes System öffentlich

¹¹ Vgl für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht vor allem *M. Novak*, Fachhochschulen und ihre Organe (2000) 47 ff; dem folgend *Schweighofer/Butschek*, Fachhochschule im Spannungsverhältnis zwischen Erhalterrechten und Kollegiumsautonomie, zFhr 2007, 135 (138); *Butschek*, Der Leiter des Fachhochschul-Kollegiums, zFhr 2009, 50 (52); *ders* (Fn 8) 141; für eine privatrechtliche Deutung *Perthold-Stoitzner*, Rechte und Pflichten Studierender, in Prisching/Lenz/Hauser (Hrsg), Die (Rechts-)stellung von StudentInnen in Österreich (2007) 21 (32 ff); *dies*, Hochschulrecht im Strukturwandel (2012) 184 ff.

¹² Vgl ferner bereits, wenngleich mit wenig aussagekräftiger Begründung, VwGH 28.6.2010, 2010/10/0126.

rechtlicher, hoheitlicher Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse vor. Dies folgt aus der Systematik des FHStG, das den Fachhochschulsektor 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 Fachhochschulhalter 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 Fachhochschulhalter gemäß § 2 Abs 1 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 Abs 3 Z 9 iVm § 10 Abs 6 Satz 1 FHStG gelten. Für die hier in Rede stehende Regelung von Prüfungsmodalitäten einschließlich der Wiederholung von Prüfungen liegen aber vergleichbare Argumente dafür, § 10 Abs 3 Z 11 iVm § 10 Abs 6 Satz 2 FHStG eine Einräumung hoheitlicher Befugnisse zu bescheidförmiger Entscheidung zu entnehmen, nicht vor. Das „Prüfungsrechtsverhältnis“ kann einschließlich eines fachhochschulinternen Verfahrens zur Regelung von Streitigkeiten funktional äquivalent privatrechtlich wie öffentlich rechtlich/hoheitlich geregelt werden.

Für die hier in Rede stehenden Entscheidungen des Kollegiums der Fachhochschule über Beschwerden gegen Entscheidungen der Studiengangsleitung in Studien-, insbesondere Prüfungsangelegenheiten vermeidet eine Deutung dieser Zuständigkeiten als privatrechtliches Streitentscheidungsverfahren aus dem privatrechtlichen Ausbildungsverhältnis auf Grund des Ausbildungsvertrags auch Folgeprobleme, etwa, wie das Verfahren zur Erlassung derartiger behördlicher Entscheidungen geregelt wäre, und vermeidet auch mögliche Spannungsfelder zu den Anforderungen, die sich bei Annahme einer Übertragung von behördlichen Befugnissen auf Organe einer privatrechtlichen GmbH aus Art 20 Abs 1 und 2 B-VG ergeben würden.

Auch Rechtsschutzgründe – die „Rechtsschutzfunktion“ des verfassungsrechtlichen Bescheidbegriffs (vgl. nur VfSlg 13.223/1992) – zwingen im vorliegenden Fall nicht zu einer hoheitlichen Deutung der einschlägigen gesetzlichen Regelungen des § 10 Abs 3 Z 11 und Abs 6 Satz 2 FHStG. Denn den gebotenen Rechtsschutz gewährleisten bei Streitigkeiten aus dem privatrechtlichen Ausbildungsverhältnis die ordentlichen Gerichte.“

2. Die geltende Rechtslage lässt sich somit wie folgt zusammenfassen: Das Studienverhältnis an einer Fachhochschule (bzw bei Fachhochschul-Studiengängen) ist ein *privatrechtliches Dauerschuldverhältnis*, das durch den Abschluss eines privatrechtlichen Ausbildungsvertrages mit dem Erhalter eingegangen wird. Durch ihn werden die wechselseitigen Rechte und Pflichten bestimmt, etwa die Verpflichtung zur Zahlung eines Studienbeitrags durch die Studierenden oder die Pflicht des Erhalters zur Vorhaltung des entsprechenden Studienangebots einschließlich der damit verbundenen Rechte der Studierenden, wie etwa des Rechts zum Besuch von Lehrveranstaltungen oder zur Ablegung von Prüfungen. Auch wenn der Erhalter eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, gilt nichts anderes. Zwar ist dann der Studienbetrieb anders als bei privaten Trägern dem Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen; weil das FHStG keine Zuordnung zur Hoheitsverwaltung vorsieht, ist auch dann von einem

privatrechtlichen Studienrechtsverhältnis auszugehen. Das gilt auch für den Fall, dass eine öffentliche Universität als Erhalter eines Fachhochschul-Studienganges tätig wird. Die studienrechtlichen Bestimmungen des FHStG sind bei der *Ausgestaltung* des Ausbildungsvertrages zu beachten; dagegen verstoßende Vertragsbestimmungen wären nichtig (§ 879 ABGB). Die von der Fachhochschule erlassenen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen werden regelmäßig als vertraglich vereinbart anzusehen sein. Rechtsschutz gewähren im Streitfall die ordentlichen Gerichte. Die Anrufung eines Gerichts kann auch nicht durch eine vorweg vereinbarte Schiedsvereinbarung wirksam ausgeschlossen werden; zulässig ist allerdings die Vereinbarung einer Schlichtungsklausel mit der Zielrichtung, vor Anrufung des Gerichts eine Einigung zwischen den Streitparteien herbeizuführen.¹³

Auch im Rahmen dieser grundsätzlich privatrechtlichen Ausgestaltung des Studienrechtsverhältnisses kann der Gesetzgeber vorsehen, dass *einzelne Entscheidungen* in hoheitlicher Rechtsform ergehen. Das trifft gegenwärtig allerdings nur für die in § 10 Abs 3 Z 9 FHStG genannten Angelegenheiten zu, das heißt, für die Verleihung akademischer Grade und deren Widerruf, die Nostrifizierung ausländischer akademischer Grade sowie die Verleihung akademischer Ehrungen durch das Kollegium. Diese Entscheidungen sind bescheidmäßig zu treffen und sie können im Wege der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts bekämpft werden (§ 10 Abs 6 FHStG); das bedeutet, durch Bescheidbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und gegebenenfalls Revision an den Verwaltungsgerichtshof sowie durch Entscheidungsbeschwerde an den Verfassungsgerichtshof.

Sonstige Entscheidungen in Studienangelegenheiten, wie sie in erster Linie der Studiengangsleiter zu treffen hat, ergehen im Rahmen des Privatrechtsverhältnisses. Studierende können sie im Wege einer Beschwerde an das Kollegium anfechten, das darüber – ebenfalls wieder in einer dem Privatrecht zuzurechnenden Entscheidung - abspricht (§ 10 Abs 3 Z 11 FHStG). Das betrifft Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Aufnahmeverfahren (Vorschreibung von Auflagen oder Ergänzungsprüfungen, Anerkennung von Vorkenntnissen), die Zulassung zu Prüfungen einschließlich der

¹³ Vgl dazu *Schweighofer*, Außergerichtliche Streitbeilegung im Fachhochschul-Sektor, zfhr 2014, 124 (128 ff).

Zuteilung von Prüfern und der Festsetzung von Prüfungsterminen und Prüfungsmodalitäten, die Anerkennung von Studien und Prüfungen, die Aberkennung von Prüfungen, die Genehmigung einer Studienunterbrechung und alle anderen in den studienrechtlichen Bestimmungen der §§ 11 bis 21 angeführten Entscheidungen. Rechtswidrige Entscheidungen des Kollegiums in diesen Angelegenheiten oder auch eine Säumnis können im ordentlichen Rechtsweg bekämpft werden.

3. Ausgehend von der vorstehend geschilderten Rechtslage hat die *Fachhochschulkonferenz* versucht, den Inhalt der Fachhochschul-Ausbildungsverträge in der Form von „FHK Empfehlungen zum Inhalt der Ausbildungsverträge“ zu regeln, die sich an die Erhalter richten. Sie empfehlen die Aufnahme bestimmter Inhalte (zB Rechte und Pflichten von Erhalter und Studierenden, Ausschlussgründe, Studienbeitrag usw), die jedenfalls in die Verträge aufzunehmen sind; zu bestimmten Bereichen, zu denen auch die „studienrechtlichen Regelungen“ gerechnet werden, werden „Anregungen“ gegeben.¹⁴ Damit wird auch an eine frühere Information des Fachhochschulrates angeknüpft, mit der Hinweise und Erläuterungen zu zulässigen und unzulässigen Inhalten von Ausbildungsverträgen gegeben wurden.¹⁵

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben oder rechtspolitische Gestaltungsfreiheit?

1. Die nur von wenigen Ausnahmen durchbrochene, durchgängig privatrechtliche Ausgestaltung des Studienrechts an Fachhochschulen ist durch die Regelungen des FHStG vorgezeichnet und somit einer *rechtspolitischen Entscheidung* des zuständigen Bundesgesetzgebers zuzuschreiben. Dessen rechtspolitische Gestaltungsfreiheit ist allerdings durch verfassungsrechtliche Vorgaben begrenzt. Insoweit kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Entscheidung für ein privatrechtliches Studienrecht in verfassungsrechtlicher Hinsicht Bedenken aufwirft, was darauf hinauslaufen könnte, dass eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung unter Umständen *verfassungsrechtlich geboten* sein könnte.

¹⁴ Vgl zu diesem nicht veröffentlichten Text die Hinweise bei *Schweighofer* (Fn 13) zFhr 2014, 124 f.

¹⁵ Vgl dazu die Hinweise bei *Seelmann*, Zur privatrechtlichen Natur einer Fachhochschule. oder: wozu ein Ausbildungsvertrag, N@HZ 2014, 13, 51 (15 f).

2. Ein *verfassungsrechtliches Gebot* des Inhalts, dass Angebote des tertiären Bildungsbereichs zwingend in einen öffentlich-rechtlichen Rechtsrahmen eingebaut werden müssten, gibt es freilich *nicht*. In dieser Hinsicht fällt zunächst ins Gewicht, dass die Fachhochschul-Studiengänge von rechtlich selbstständigen Rechtsträgern erbracht werden, die – jedenfalls gegenwärtig – fast ausnahmslos juristische Personen des privaten Rechts sind. Auch wenn an ihnen Gebietskörperschaften (Länder, Gemeinden) und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts beteiligt sind und der Bund einen Großteil der Kosten trägt, ändert das nichts daran, dass hier Privatrechtssubjekte handeln. Dass der Gesetzgeber Privatrechtssubjekte mit öffentlichen Aufgaben betrauen und diese dann auch im Wege der Beleihung mit hoheitlichen Befugnissen ausstatten *darf*, bedeutet nicht umgekehrt, dass dies auch von Verfassungs wegen geboten ist. Selbst wenn man daher die Vorhaltung von Fachhochschulstudien als eine *öffentliche Aufgabe* qualifiziert, wofür die Bundesfinanzierung ins Treffen geführt werden könnte, läuft das nicht zwingend auf ein Gebot einer öffentlich-rechtlichen Aufgabenerfüllung hinaus.

So gesehen sind die Fachhochschulen den Privatschulen vergleichbar, für die ausdrücklich normiert ist, dass die Aufnahme in die Schule durch einen Vertrag des bürgerlichen Rechts zwischen dem Schüler und dem Privatschulerhalter zu erfolgen hat.¹⁶

Sind Erhalter von Fachhochschul-Studiengängen *Gebietskörperschaften*, was zur Zeit freilich die vereinzelte Ausnahme ist, ist ihre Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung zuzuordnen. Damit fällt ihr Handeln zwar, anders als bei privaten Erhaltern, in den staatlichen Verantwortungsbereich; eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zu einer Zuordnung zur staatlichen Hoheitsverwaltung gibt es auch in diesem Falle nicht. Ob der Gesetzgeber im Hinblick auf die Besorgung von Verwaltungsaufgaben ganz allgemein Wahlfreiheit hat, ist zwar nicht unumstritten.¹⁷ Selbst wenn man mit einem Teil der Lehre davon ausgeht, dass der Gesetzgeber insoweit nicht völlig frei ist, gehören die Organisation und Vorhaltung von Bildungsangeboten nicht zu jenen Aufgaben,

¹⁶ § 5 Abs 6 Schulunterrichtsgesetz BGBl 1986/472 idgF. Vgl ferner ähnlich § 3 Abs 5 Privatuniversitätengesetz BGBl I 2011/74 idgF mit der Anordnung, dass die Rechtsverhältnisse zwischen Studierenden und der Privatuniversität privatrechtlicher Natur sind.

¹⁷ Vgl dazu *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 184 ff.

für die sich ein hoheitlicher Formenzwang begründen ließe. Es gibt daher keine verfassungsrechtlichen Hindernisse, wenn sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, das Studienrechtsverhältnis bei den von Gebietskörperschaften betriebenen Fachhochschul-Studiengängen in den Formen der Privatwirtschaftsverwaltung zu organisieren.¹⁸

3. Die Studierenden an den Fachhochschulen sind Träger des *Grundrechts auf Bildung* (Art 2 1. ZProtEMRK). Ihnen stehen daher unabhängig von der einfachgesetzlichen Ausgestaltung ihrer Rechtsposition schon von Verfassungs wegen bestimmte subjektive Rechte zu, vor allem das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zum Studium oder das Recht auf Anerkennung der abgelegten Prüfungen und Studien.¹⁹ Dass diese Rechte auch wirksam durchgesetzt werden können, ergibt sich bereits aus dem Grundrecht. Im Zusammenhang mit dem *Rechtsstaatsprinzip* gilt das auch für alle anderen subjektiven Rechte, die der Gesetzgeber Studierenden einräumt. Es wäre daher verfassungswidrig, wenn diesen ein wirksamer Rechtsschutz im Hinblick auf ihre subjektiven Rechte aus dem Studienrechtsverhältnis vorenthalten würde.²⁰

Auch unter diesem Gesichtspunkt ist der einfache Gesetzgeber *nicht zwingend* zu einer hoheitlichen Ausgestaltung des Studienrechts verpflichtet, sondern liegt es in seinem rechtspolitischen Ermessen, ob er die Entscheidungen in Studienangelegenheiten dem öffentlichen Recht unterstellt oder dem Privatrecht und, dieser Zuordnung entsprechend, entweder einen öffentlich-rechtlichen Rechtsweg oder eine Zuständigkeit der Zivilgerichte begründet. Denn wie immer man im Einzelnen die Vor- und Nachteile dieser unterschiedlichen Rechtswege bewertet,²¹ lässt sich jedenfalls nicht sagen, dass die Verweisung an die Zivilgerichte *nicht* den unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten gebotenen Rechtsschutz gewährleisten könnte. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der oben bereits zitierten Entscheidung VfSlg 19.823/2013.

4. Vergleicht man die rechtliche Ausgestaltung des Studienrechts an den verschiedenen postsekundären Ausbildungseinrichtungen, gibt es deutliche Unterschiede, wie

¹⁸ Ähnlich *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht (Fn 11) 178 ff.

¹⁹ Vgl zum Recht auf Bildung zB *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 279 ff; *Berka*, Verfassungsrecht⁵ (2014) Rz 1537 f.

²⁰ Vgl zu diesem aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbaren Gebot zB *Berka* (Fn 19) Rz 195.

²¹ Vgl dazu unten Abschnitt IV.

insbesondere der Vergleich zwischen den öffentlichen Universitäten auf der einen und den Privatuniversitäten und Fachhochschulen auf der anderen Seite zeigt.²² Andererseits sind diese Institutionen ungeachtet ihres unterschiedlichen Profils zumindest insoweit vergleichbar, als sie alle eine *tertiäre Bildung auf Hochschulniveau* anbieten. So gesehen liegt es nahe, die unterschiedliche Ausgestaltung, die das Studienrecht im Hinblick auf die rechtlichen Handlungsformen gefunden hat, unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen *Gleichheitsgebots* (Art 7 B-VG) zu prüfen.

Knüpft der Gesetzgeber unterschiedliche rechtliche Gestaltungen an gleiche Sachverhalte, müssen diese Unterschiede sachlich gerechtfertigt sein.²³ Dabei kann es keine Rolle spielen, dass die Lehre an Universitäten der wissenschaftlichen Berufsvorbildung dient (§ 3 Z 3 UG 2002), während den Fachhochschulen eine praxisbezogene Ausbildung auf Hochschulniveau aufgetragen ist (§ 3 Abs 1 Z 1 FHStG); diese Differenzierung im Bildungsauftrag ist nur eine graduelle und für die Rechtsform studienrechtlicher Entscheidungen irrelevant. Worin sich beide Institutionen unterscheiden, ist ihre rechtliche Verfasstheit und, damit zusammenhängend, die Organisation ihres Studienangebots. Die einzelnen öffentlichen Universitäten sind bereits durch das Gesetz errichtet und als autonome öffentlich-rechtliche Anstalten organisiert, wobei ihnen im Hinblick auf das Studienangebot ein gesetzlicher Pflichtauftrag auferlegt ist; sie haben zwingend Studien anzubieten, auch wenn die inhaltliche Gestaltung dieser Studien weitgehend in ihre autonome Verantwortlichkeit fällt. Dagegen werden die Fachhochschulen nach § 2 Abs 1 Satz 2 FHStG durch einen privatrechtlichen Willensakt des Erhalters errichtet, der autonom über sein Engagement im Bereich von Fachhochschulstudiengängen entscheidet und diese nach Maßgabe von Akkreditierungsentscheidungen anbieten darf (aber nicht muss). Wie der VfGH in seiner Entscheidung VfSlg 19.823/2013 betont, hat der Gesetzgeber auch öffentlich-rechtlich organisierte Fachhochschulerhalter nach § 2 Abs 1 Satz 1 FHStG in diese Systematik eingefügt; auch diese entscheiden autonom darüber, ob und welches Studienangebot sie anbieten wollen und im Rahmen der erfolgten Akkreditierung anbieten dürfen. Diese Unterschei-

²² Vgl dabei den Überblick bei *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht (Fn 11) 164 ff.

²³ Vgl zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz etwa *Berka*, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 7 B-VG, Rz 40 ff.

derung zwischen einem (wenngleich autonom gestaltbaren) gesetzlichen Pflichtauftrag und einem „freiwilligen“ Engagement im tertiären Ausbildungsbereich ist eine grundlegende und sie ist auch der Maßstab für die Beurteilung der Sachlichkeit unter anderem im Hinblick auf das Studienrecht.

Der gesetzliche Pflichtauftrag der Universitäten begründet im Zusammenhang mit dem organisatorischen Status der öffentlichen Universitäten eine *gesteigerte staatliche Verantwortlichkeit*; dieser mehrfachen „Staatsnähe“ trägt die Zuweisung des Studienrechts zum hoheitlichen Handlungsbereich angemessen Rechnung. Dagegen stehen die Fachhochschulen dem gesellschaftlichen Bereich und den für diesen geltenden Ordnungsgesichtspunkten näher; es ist daher nicht unsachlich, wenn der Gesetzgeber im Hinblick auf diesen systemprägenden Unterschied das Studienrechtsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet hat. Daher gibt es auch unter den Gesichtspunkten des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes *keine Bedenken* gegen diese Entscheidung.

5. Gleichheitsrechtlich relevant können auch Differenzierungen sein, die der Gesetzgeber *innerhalb* des Fachhochschul-Studienrechts getroffen hat. Das gilt in erster Linie für den Umstand, dass in den oben bereits genannten Angelegenheiten des § 10 Abs 3 Z 9 FHStG eine *bescheidmäßige Erledigung* vorgesehen ist und insoweit die Erhalter mit Hoheitsgewalt beliehen sind, während das für alle anderen studienrechtlichen Angelegenheiten nicht gilt. Auch für diesen Unterschied gibt es allerdings eine sachlich tragfähige Begründung: Die Verleihung und Führung akademischer Grade und ihre Nostrifizierung sowie diesen Graden vergleichbare akademische Ehrungen wie Ehrendoktorate oder Ähnliches sind Berechtigungen, deren Zuerkennung sich im System des öffentlichen Hochschulwesens grundsätzlich der Staat vorbehält; dieser Bedeutung trägt ihre Ausgestaltung als hoheitliche Entscheidungen sachgerecht Rechnung. Dass der Gesetzgeber einen hoheitlichen Rechtsschutz nicht auch für andere Entscheidungen vorgesehen hat, die ebenfalls die Rechtssphäre der Studierenden erheblich berühren und die im Hinblick auf die Auswirkungen der Verleihung oder Verweigerung der Zuerkennung eines akademischen Grades gleich gehalten werden können, ist zwar auffällig. Einen „unerträglichen rechtsschutzdefizitären Zustand“ hat das allerdings im

Hinblick auf den gewährleisteten zivilgerichtlichen Rechtsschutz nicht zur Folge;²⁴ daher wird man die Sonderregelung des § 10 Abs 3 Z 9 FHStG im Hinblick auf die besondere Natur akademischer Grade und Berechtigungen, für die der Staat einsteht, nicht als unsachlich ansehen können.

Diesem Ergebnis könnte entgegengehalten werden, dass die akademischen Grade der Privatuniversitäten im Rahmen eines Privatrechtsverhältnisses verliehen werden (§ 3 Abs 5 Privatuniversitätengesetz).²⁵ Ob dieser Unterschied zu den Fachhochschulen sachlich gerechtfertigt ist, kann aber dahingestellt bleiben; selbst wenn es in dieser Hinsicht gleichheitsrechtliche Bedenken gäbe, wäre es *dieser* Unterschied, dem eine mögliche Gleichheitswidrigkeit anzulasten wäre. Dass das übrige Studienrecht an den Fachhochschulen deshalb hoheitlich auszugestalten wäre, könnte daraus keinesfalls folgen.

6. Es ist daher als Zwischenergebnis festzuhalten: Der Gesetzgeber des FHStG hat sich im *Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit* gehalten, wenn er sich – abgesehen von den Fällen des § 10 Abs 3 Z 9 FHStG – dafür entschieden hat, dass das Studienverhältnis an den Fachhochschulen ein privatrechtliches ist. Gründe des Verfassungsrechts zwingen nicht zu einer anderen, nämlich hoheitlichen Ausgestaltung.

Das bedeutet andererseits nicht, dass nicht eine andere gesetzgeberische Entscheidung verfassungsrechtlich zulässig wäre. Nur ist das eine rechtspolitische Frage. Darauf und auf die dafür maßgeblichen Erwägungen ist in den beiden nächsten Abschnitten einzugehen.

IV. Hoheitliches oder privatrechtliches Studienrecht: die Beurteilung dieser Alternative in rechtspolitischer Hinsicht

1. Dass der Gesetzgeber ungeachtet seiner Entscheidung für ein nur ansatzweise reguliertes und grundsätzlich privatrechtliches Fachhochschul-Studienrecht nicht gehindert ist, *subjektive Rechte* der Studierenden zu gewährleisten, wie dies teilweise auch unter

²⁴ So aber *Hauser*, Anmerkung zu OGH 26.2.2014, 9 Ob 1/14 h, N@HZ 2014, 111.

²⁵ Dies dürfte sich zumindest aus § 3 Abs 5 Privatuniversitätengesetz ergeben; anders möglicherweise *Grimberger/Huber*, *Das Recht der Privatuniversitäten* (2012) 109 f, die die Verleihung akademischer Grade ohne nähere Begründung als einen Fall einer Beleihung auffassen.

den Gesichtspunkten des Rechts auf Bildung und anderer Grundrechte geboten ist,²⁶ zeigt das FHStG in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung. Der folgende – nicht vollständige oder erschöpfende – Überblick soll das belegen.

Den *Zugang zum Studium* regelt das FHStG relativ ausführlich im Hinblick auf die Zulassungsvoraussetzungen (§ 4) und Einzelheiten des Aufnahmeverfahrens (§ 11). Dem auch verfassungsrechtlichen Gebot des diskriminierungsfreien Zugangs trägt die grundsätzliche Anordnung Rechnung, dass die Studiengänge bei Erfüllung der fachlichen Voraussetzungen ohne Unterschied der Geburt, des Geschlechts, der Rasse, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses *allgemein zugänglich* sind (§ 4 Abs 1 FHStG). Es ist daher ein subjektives Recht von Studienwerbern, bei Erfüllung der fachlichen Voraussetzungen und nach Maßgabe verfügbarer Plätze sowie unter Einhaltung des vorgesehenen Aufnahmeverfahrens zum Studium zugelassen zu werden; insofern ist von einem Kontrahierungszwang des Erhalters auszugehen.²⁷ Subjektive Rechte gibt es auch im Hinblick auf die mit der Zulassung in Zusammenhang stehenden Entscheidungen, wie zB die Feststellung der Gleichwertigkeit von facheinschlägigen Vorstudien oder die Anerkennung nachgewiesener Kenntnisse; dass das Gesetz von einer „Berechtigung“ der Studiengangsleitung zur Feststellung spricht (§ 4 Abs 4 FHStG), ändert nichts daran. Dies zeigt auch die Formulierung, dass positiv absolvierte Studien anzuerkennen „sind“ (§ 12 Abs 1 FHStG).

Im Zusammenhang mit der *Gestaltung von Prüfungen* an Fachhochschulen ist ausdrücklich von einem „Recht“ der Studierenden auf allfällige Zulassung einer abweichenden Prüfungsmethode (§ 13 Abs 2 FHStG) sowie von der Berechtigung zur Anfertigung von Kopien von Prüfungsunterlagen (§ 13 Abs 6 FHStG) die Rede. Auch auf die Einhaltung der übrigen in § 13 FHStG geregelten Bedingungen für die Gestaltung von Prüfungen (zB in ausreichender Zahl und zeitnahe zu den Lehrveranstaltungen, Bekanntgabe der Prüfungsmodalitäten, Einsicht in die Beurteilungsunterlagen) sowie auf ihre Wiederholung nach der näheren Regelung des § 18 FHStG besteht ein Rechtsanspruch. Auch wenn das im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt wird, müssen Prüfun-

²⁶ Vgl oben bei Fn 19.

²⁷ So auch *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht (Fn 11) 170, 187.

gen allgemein anerkannten Maßstäben für objektive und sachgerechte Leistungsbeurteilungen entsprechen; dies folgt schon aus dem Begriff von Prüfungen und dem Begriff des Prüfungsmangels, wie er in § 21 FHStG verwendet wird. Verstöße gegen die expliziten Regelungen über die Gestaltung von Prüfungen oder gegen derartige allgemeine Maßstäbe verletzen die Rechtssphäre von Studierenden. Allen diesen Regelungen vorausgesetzt ist das grundlegende Recht auf Ablegung von Prüfungen und auf Anerkennung der daran geknüpften Rechtsfolgen.

Grundsätzlich ist auch bei den übrigen in den §§ 11 – 21 FHStG geregelten studienrechtlichen Sachverhalten davon auszugehen, dass den entsprechenden Pflichten der Lehrgangleitung ein korrespondierender subjektiver *Rechtsanspruch* der Studierenden entspricht. Dies gilt etwa für die Bewilligung einer Studienunterbrechung, wenn zwingende persönliche, gesundheitliche oder berufliche Gründe oder andere, diesen Gründen gleich zu haltende Umstände geltend gemacht werden können.

Das Gesetz regelt den *Ausschluss* vom Studium oder den *Austritt* aus diesem auf Wunsch des Studierenden sowie die daran geknüpften Rechtsfolgen nicht näher. Das lässt Raum für vertragliche Gestaltungen.²⁸ Ein gänzlicher Ausschluss einer Kündigungsmöglichkeit von Seiten des Studierenden wäre aus allgemeinen zivilrechtlichen Erwägungen unzulässig.²⁹ Für einen Ausschluss muss es im Hinblick auf das bereits erwähnte Recht auf Zulassung in Verbindung mit dem Kontrahierungszwang einen sachlich tragfähigen Grund geben.

Nach erfolgreicher Ablegung der entsprechenden Prüfungen und Approbation der vorgeschriebenen schriftlichen Arbeiten erwächst dem Studierenden ein öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch auf *Verleihung des akademischen Grades*.

Wie diese Darstellung zeigt, sind den Studierenden an Fachhochschulen ungeachtet der privatrechtlichen Ausgestaltung des Studienrechtsverhältnisses subjektive Rechte eingeräumt, die durchaus jenen *entsprechen*, die Studierenden an Universitäten zustehen. Sie ergeben sich aus dem FHStG und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des

²⁸ Vgl dazu den Hinweis bei *Seelmann* (Fn 15) N@HZ 2013, 17.

²⁹ Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist Dauerschuldverhältnissen immanent und eine volle Abdingung der außerordentlichen Kündigung unzulässig; vgl zB OGH 12.6.1986, 6 Ob 531/85.

Privatrechts. Defizite im Bereich der materiellen Rechtslage der Studierenden können daher, wenn es solche gibt, gegebenenfalls durch einen Ausbau der studienrechtlichen Regelungen in systemkonformer Weise behoben werden. Im Hinblick auf die materielle Rechtslage der Studierenden gibt es daher *kein zwingendes Argument* für eine Überführung des Studienrechts in den hoheitlichen Bereich.

2. Ob das Studienrecht hoheitlich oder im privatrechtlichen Rahmen vollzogen wird, kann im Hinblick auf die Geltung der *Grundrechte* einen Unterschied machen.

Was die *verfassungsrechtlichen Grundrechte* angeht, ist ihre Geltung dann nicht zweifelhaft, wenn eine Gebietskörperschaft Erhalter und deren Gestion der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen ist. Dann liegt ein Fall einer Fiskalgeltung der Grundrechte vor, die heute durchwegs anerkannt ist und in der zivilgerichtlichen Judikatur zum Tragen gebracht wird.³⁰ Weniger eindeutig ist die Lage bei privatrechtlich organisierten Erhaltern, an denen Gebietskörperschaften (Land, Gemeinde) und/oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften (Kammern) beteiligt sind. In solchen Fällen können die Grundrechte, ebenso wie bei tatsächlich von privaten Rechtssubjekten erhaltenen Fachhochschul-Studiengängen, wenn überhaupt, nur mittelbar in den Formen einer „Drittwirkung“ maßgeblich sein.

Ob das wirklich ins Gewicht fällt, ist freilich *fraglich*. Wie schon dargestellt, sind die für den Bildungsbereich wichtigsten Grundrechtswirkungen, insbesondere der Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Zugang zum Studium, bereits durch die einschlägigen Regelungen des FHStG, insbesondere durch § 4 Abs 1 FHStG gesetzlich ausgeformt. Vergleichbares gilt auch für andere grundrechtliche Ansprüche, wie für den Anspruch auf Gleichbehandlung von Männern und Frauen (§ 2 Abs 5 FHStG) und die Beachtung von Aspekten der Wissenschaftsfreiheit und der Lehrfreiheit (§ 3 Abs 2 Z 1 FHStG), denen zumindest eine Reflexwirkung auch für die Studierenden zukommt. Was das für die Gestaltung von Studienbedingungen nicht irrelevante Grundrecht auf Datenschutz angeht (§ 1 DSG 2000), kommt diesem wegen der Anordnung des § 5 Abs 4 DSG 2000 ohnedies eine Drittwirkung zu. Wieweit anderen Grundrechten der Studierenden im Rahmen des privatrechtlichen Studienrechtsverhältnisses an-

³⁰ Vgl allgemein zur Fiskalgeltung der Grundrechte *Berka* (Fn 19) Rz 1258 ff.

gemessen Rechnung getragen werden kann, zu denken ist beispielsweise an die Respektierung der Meinungs- oder Versammlungsfreiheit, bedürfte einer näheren Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann. Dass derartigen Grundrechten allerdings auch im Rahmen von Privatrechtsverhältnissen zum Durchbruch verholfen werden kann, zeigen die einschlägige Literatur und Judikatur zur grundrechtlichen Drittwirkung etwa in Arbeitsverhältnissen.³¹ Es ist daher die Annahme gerechtfertigt, dass grundrechtlichen Gefährdungslagen im Studienbetrieb von Fachhochschulen durch eine mittelbare Anwendung der Grundrechte im privatrechtlichen Rahmen (zB Sittenwidrigkeitskontrolle des Ausbildungsvertrages) angemessen Rechnung getragen werden kann.

3. Der wesentliche Unterschied zum universitären Studienrecht liegt in der *Gestaltung des Rechtsschutzes*. Sieht man von den in § 10 Abs 3 Z 9 FHStG angesprochenen Entscheidungen ab, die bescheidmäßig ergehen und die im Rechtszug beim Verwaltungsgericht und bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts angefochten werden können, sind die Entscheidungen der Fachhochschule in Studienangelegenheiten Privatrechtsakte. Zuständig ist in den meisten Zusammenhängen die Studiengangsleitung, ausnahmsweise unmittelbar das Kollegium.³² Gegen Entscheidungen der Studiengangsleitung in den in den §§ 11 – 21 geregelten Studienangelegenheiten kann der Studierende Beschwerde an das Kollegium erheben; gegen dessen Entscheidung steht der *Zivilrechtsweg* offen. Demgegenüber ergehen im Universitätsrecht wegen der Zuordnung des universitären Studienrechts zur hoheitlichen Vollziehung Entscheidungen des zuständigen Organs als öffentlich-rechtliche Bescheide, die beim Bundesverwaltungsgericht und in der weiteren Folge bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts angefochten werden können.

Dass die Zivilgerichte *nicht* in der Lage wären, den im Hinblick auf die subjektiven Rechte der Studierenden gebotenen Rechtsschutz zu gewähren, kann nicht gesagt werden. Dies wurde bereits oben im Hinblick auf die dem Rechtsstaatsprinzip immanente

³¹ Vgl dazu die Judikaturnachweise bei *Berka* (Fn 19) Rz 1269 ff.

³² Vgl den Fall des § 21 Satz 3 FHStG.

Rechtsschutzgarantie angemerkt.³³ Dem kann auch nicht die Revisionsentscheidung des OGH 9 Ob 14h entgegengehalten werden, weil hier der OGH die Erheblichkeit einer Rechtsfrage im Zusammenhang mit der Auflösung eines Ausbildungsvertrages im Hinblick auf ganz bestimmte Besonderheiten des Falles zu Recht verneint hat.³⁴

Auch ansonsten wäre die Annahme, dass der zivilgerichtliche Rechtsschutz schlechterdings defizitär ist, falsch. Die Anwendung der materiellrechtlichen Regelungen des Privatrechts und die Bestimmungen des Prozessrechts können sogar in mehrfacher Hinsicht als *vorteilhaft* angesehen werden. In materieller Hinsicht ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Anwendbarkeit des Konsumentenschutzrechts, von der grundsätzlich auszugehen ist,³⁵ gerade einem „unterlegenen Vertragspartner“ – wie im vorliegenden Zusammenhang den Studierenden – einen wirksamen Schutz gewährt. Auch außerhalb des Verbraucherrechts stellt das Privatrecht Instrumente zum Schutz unterlegener oder schwächerer Partner zur Verfügung, wie etwa die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeitsprüfung, der Möglichkeiten der Irrtumsanfechtung und der Anwendung anderer allgemeiner Privatrechtsgrundsätze.³⁶ In prozessualer Hinsicht können die vielfältigen verfahrensmäßigen Möglichkeiten, etwa im Hinblick auf Leistungs- oder Feststellungsklagen, Vorteile bieten, und auch der Schutz vor Säumnis ist im Zivilprozessrecht unter Umständen wirksamer als im Verwaltungsverfahren.³⁷

4. Die grundsätzliche Gleichwertigkeit des zivilgerichtlichen Rechtsschutzes sowie der Umstand, dass dieser in gewissen Hinsichten sogar dem öffentlich-rechtlichen Rechts-

³³ Vgl oben nach Fn 19; ähnlich *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht (Fn 11) 181 f.

³⁴ Anders *Hauser*, Anmerkung zu OGH 26.2.2014, 9 Ob 1/14 h, N@HZ 2014, 111.

³⁵ Vgl dazu mit weiteren Nachweisen *Schweighofer* (Fn 13) zfhr 2014, 125 ff.

³⁶ Vgl dazu die vergleichende Beurteilung des öffentlich-rechtlichen und des privatrechtlichen Rechtsschutzes im Zusammenhang mit den sogenannten Raumordnungsverträgen zwischen einer Gemeinde und Grundeigentümern, wobei hier in der Diskussion ebenfalls Gesichtspunkte einer ausreichenden Rechtsschutzgewährleistung in Situationen einer potenziellen Unterlegenheit eines Vertragspartners eine große Rolle spielen; dazu *Berka/Kletečka*, Gutachten zu Rechtsfragen der Vertragsraumordnung in Österreich, in Österreichische Raumordnungskonferenz (ÖROK) (2014) 77 (103 f).

³⁷ Säumnisbeschwerde nach Art 132 Abs 3 B-VG kann nur bei einer beehrten bescheidmäßigen Erledigung erhoben werden, nicht im Zusammenhang mit der Verweigerung anderer Leistungen wie zB der Ausstellung eines Zeugnisses; vgl dazu auch *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht (Fn 11) 182.

schutz überlegen ist, bedeutet andererseits nicht, dass dieser nicht auch *Nachteile* aufweist.

So gibt es im zivilgerichtlichen Verfahren nicht den Grundsatz der materiellen Wahrheit, mit dem die Verpflichtung der Behörden verbunden ist, den für die Entscheidung relevanten Sachverhalt vom Amts wegen zu ermitteln; das zivilgerichtliche Verfahren ist vielmehr vom Verhandlungsgrundsatz geprägt.³⁸ In erster Linie fällt das ungleich *höhere Kosten- und Prozessrisiko* des zivilprozessualen Rechtsschutzes ins Gewicht. Das ist ein Gesichtspunkt, auf den bereits der Gesetzgeber des UG 2002 hingewiesen hat, wenn er die hoheitliche Vollziehung des universitären Studienrechts mit dem Argument begründet hat, dass die hoheitliche Konstruktion den „besseren Rechtsschutz für die Studierenden“ biete, weil diese „zur Durchsetzung subjektiver Rechte ... nicht den Klagsweg beschreiten und kein Prozessrisiko eingehen“ brauchen.³⁹

Während es bei der Bescheid- oder Säumnisbeschwerde an das zuständige Verwaltungsgericht keinen Anwaltszwang gibt und auch keine Kostenfolgen für den Fall des Unterliegens,⁴⁰ ist die Klage beim Zivilgericht unabhängig vom Bestehen eines absoluten Anwaltszwangs ohne *anwaltschaftliche Vertretung* kaum sinnvoll; im Fall des Unterliegens besteht eine *Kostenersatzpflicht*. Dass das Gesichtspunkte sind, die gerade für Studierende vor dem Hintergrund ihrer sozialen Lage besonders relevant werden können, braucht keine nähere Begründung. Die Möglichkeiten der Verfahrenshilfe können diese Nachteile zwar begrenzt ausgleichen, aber letztlich bleibt der Umstand bestehen, dass der Zivilrechtsweg mühsamer, kostspieliger und im Hinblick auf die Folgen im Falle des Unterliegens risikoreicher ist. Diese Nachteile fallen auch dann ins Gewicht, wenn der Zivilrechtsweg unter den oben dargestellten Umständen einen gleich wirksamen (oder wirksameren) Rechtsschutz bietet und es im Hinblick auf die materielle Rechtslage keinen wirklichen Unterschied macht, ob die subjektiven Rechte der Studierenden auf dem einen oder dem anderen Rechtsweg durchgesetzt werden

³⁸ Perthold-Stoitzner, Hochschulrecht (Fn 11) 181.

³⁹ Vgl EB zu § 51 Abs 1 UG 2002, 1134 BlgNR, 21. GP, 89.

⁴⁰ Es gilt der Grundsatz der Selbsttragung; dem Antragsteller können allenfalls Barauslagen oder Kommissionsgebühren werden, ein Kostenersatz ist nicht vorgesehen; vgl § 11 VwGVG mit einem Verweis auf die Kostenbestimmungen des AVG; dazu Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹⁰ (2014) 532.

können. In dieser Hinsicht ist die oben zitierte Einschätzung, die der Gesetzgeber im Rahmen des Universitätsrechts getroffen hat, nämlich dass der Verwaltungsrechtsweg einen „besseren Rechtsschutz für die Studierenden bietet“, nicht falsch.

5. So gesehen kann begründet argumentiert werden, dass es eine *Verbesserung des Rechtsschutzes für Studierende* bedeuten kann, wenn sich der Gesetzgeber dafür entscheidet, die Vollziehung des Fachhochschul-Studienrechts hoheitlich auszugestalten, analog zu der in § 51 Abs 1 UG 2002 für das universitäre Studienrecht getroffenen Entscheidung. Das ist ein wichtiger, freilich nicht alleine maßgeblicher Gesichtspunkt.

Zunächst ließe sich dem entgegen halten, dass durch eine hoheitliche Ausgestaltung und die damit angestrebte erleichterte Zugänglichkeit des Rechtsschutzes *vermehrt Rechtsstreitigkeiten* in die Fachhochschulen hineingetragen werden könnten und dies zulasten (auch) der Erhalter ginge. Dieses Gegenargument ist freilich nicht tragfähig. Denn es würde darauf hinauslaufen, dass es ein objektiv schutzwürdiges Interesse gäbe, den erleichterten Zugang zum Recht und zur Durchsetzung subjektiver Rechte aus dem Studienrechtsverhältnis durch prozessuale Hürden zu erschweren. Das ist nicht argumentierbar. Sinnlosen oder querulatorischen Rechtsstreitigkeiten kann und muss auf anderem Wege begegnet werden. Dafür bietet bereits das geltende Fachhochschulrecht Anhaltspunkte, in erster Linie durch die formlose Beschwerdemöglichkeit gegen Entscheidungen der Studiengangsleitung. Sie könnte auch im Falle eines Systemwechsels zu Formen einer hoheitlichen Vollziehung des Studienrechts beibehalten werden, wenn bescheidförmige Erledigungen erst für die über derartige Beschwerden ergehenden Entscheidungen des Kollegiums vorgesehen werden.⁴¹

Gewichtiger sind Einwendungen, die an die *grundsätzliche Verfasstheit* und Organisation des Fachhochschulsektors anknüpfen. Es wurde oben im Zusammenhang mit den Erwägungen zum Gleichheitsgrundsatz bereits dargelegt, dass die Entscheidung für die privatrechtliche Ausgestaltung des Fachhochschul-Studienrechts vom Gesetzgeber nicht willkürlich getroffen wurde, sondern dass es dafür durchaus gute Gründe gab.⁴² Sie trug der Zuordnung dieses Sektors des postsekundären Bildungswesens zum ge-

⁴¹ Vgl zu diesem Gesichtspunkt auch noch die Erwägungen unten Abschnitt IV.6.

⁴² Vgl oben Abschnitt III.4.

sellschaftlichen Bereich und seiner angestrebten „Staatsferne“ Rechnung, das heißt, einer Ausgangslage, die sich deutlich von der bei den Universitäten unterschied, die zunächst (als unselbstständige Anstalten) dem unmittelbaren staatlichen Verwaltungsbereich zugeordnet waren und sich erst in der Folge aus diesem heraus entwickelt haben. Dazu kommt, dass es bei der seinerzeitigen Etablierung eines Fachhochschulbereichs noch relativ offen war, wie sich dieser neue Sektor entwickeln würde; die Entscheidung für ein privatrechtliches Modell bot daher einen mehr oder weniger flexiblen Rahmen für eine nähere Konkretisierung des Rechtsverhältnisses durch Vertrag.⁴³

Zumindest das zuletzt genannte mögliche Gegenargument muss freilich relativiert werden. Nachdem sich der Fachhochschulsektor in seiner nun mehr als zwanzigjährigen Entwicklungsgeschichte etabliert hat, kann man die studienrechtlichen Gegebenheiten als konsolidiert ansehen; dies zeigt auch der Ausbau des Studienrechts durch die FHStG-Novelle des Jahres 2011. Daher könnten einer anderen Ausgestaltung des Rechtsschutzes nicht mehr die vielleicht in der Anfangsphase noch gegebenen Unwägbarkeiten entgegengehalten werden.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob eine Überführung des Studienrechts in einen hoheitlichen Vollzug nicht auf einen Widerspruch zu der grundsätzlichen Verfasstheit und Organisation der Fachhochschulen hinauslaufen würde. Das kann nicht pauschal beantwortet werden. Zwar entspricht es einem rechtlichen Systemprinzip, wenn sich das Handeln von Privatrechtssubjekten (wie hier der privatrechtlich organisierten Erhalter) auch in den dafür bereitgestellten Handlungsformen des Privatrechts bewegt. Andererseits darf man nicht darüber hinwegsehen, dass „hinter“ den privatrechtlichen Erhaltern doch in vielen Fällen Gebietskörperschaften stehen und dass – vor allem – der Bund in Wahrnehmung seiner grundsätzlichen Verantwortlichkeit für das Hochschulwesen die Fachhochschulen ganz wesentlich finanziert und, über seinen finanziellen Einfluss, auch steuert. So gesehen sind die Fachhochschulen doch wieder nicht „ganz privat“, sondern dem Bereich des öffentlich getragenen und aus Steuermitteln finanzierten Bildungswesens zuzuordnen. Wenn der Gesetzgeber unter diesen

⁴³ Vgl zu diesem Gesichtspunkt nicht unzutreffend *Seelmann* (Fn 15) N@HZ 2013, 53.

Umständen sich für eine hoheitliche Vollziehung des Fachhochschul-Studienrechts entscheidet, wäre das daher nicht unschlussig.

Wie noch zu zeigen sein wird, müsste der Bundesgesetzgeber in einem solchen Fall die Aufsichtsrechte des Bundes ausbauen.⁴⁴ Das bedeutet zugleich, dass die hoheitliche Vollziehung des Fachhochschul-Studienrechts zwangsläufig mit einer *Verstärkung des staatlichen Einflusses* verbunden wäre. Oder, um es anders auszudrücken: Der Preis für eine Verbesserung des Rechtsschutzes wäre eine gewisse – der Sache nach freilich begrenzte – Einschränkung der privatautonomen Handlungsbefugnisse der privatrechtlich organisierten Fachhochschulen. Das ist ein mögliches Gegenargument, das im Folgenden noch aufzugreifen sein wird.⁴⁵

6. Den mit einer Eröffnung des öffentlich-rechtlichen Rechtsweges verbundenen Erwartungen könnte entgegengehalten werden, dass es andere Mittel und Möglichkeiten gibt, den *studentischen Rechtsschutz* zu verbessern.

Durch das Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz 2011 war eine weisungsfreie *Ombudsstelle für Studierende* an den österreichischen Hochschulen eingerichtet worden, die seither als Ombuds-, Informations- und Servicestelle fungiert und die nach ihrem jüngsten Tätigkeitsbericht von den Studierenden zunehmend in Anspruch genommen wird. Durch eine kürzlich erlassene Novelle zum HS-QSG wurde die Wirksamkeit und Durchschlagskraft dieser Stelle überdies verstärkt, weil sie nunmehr auch in Kooperation mit den Studierendenvertretungen von sich aus (und somit ohne individuelles Vorbringen durch Studierende) tätig werden kann und ihre Verschwiegenheitspflichten eingeschränkt wurden.⁴⁶ Die Wirksamkeit eines solchen anwaltschaftlichen Beschwerdeorgans darf sicherlich *nicht unterschätzt* werden; in Verbindung mit dem erfolgten Ausbau der Befugnisse kann es wirksam dazu beitragen, dass Anliegen der Studierenden aufgegriffen und im Falle berechtigter Beschwerde in rascher und formloser Weise für Abhilfe gesorgt wird. So gesehen liegt die Parallele zur Volksanwaltschaft nahe. Wie die Volksanwaltschaft im Allgemeinen kann ein Ombudsorgan allerdings *kein*

⁴⁴ Vgl dazu noch unten Abschnitt V.3.

⁴⁵ Vgl dazu ebenfalls noch unten Abschnitt V.3.

⁴⁶ § 31 Abs 4 und Abs 6 HS-QSG idF BGBl I 2015/46.

Surrogat für einen ansonsten fehlenden oder defizitären förmlichen Rechtsschutz sein. Denn nach dem Rechtsschutzkonzept des österreichischen Verfassungsrechts müssen die subjektiven Rechte des Einzelnen einschließlich der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte in einem förmlichen, mit einem Erledigungsanspruch ausgestatteten Verfahren vor einem unabhängigen Gericht durchgesetzt werden können, und zwar unabhängig von allfälligen sonstigen Beschwerdemöglichkeiten. Das bedeutet: Die Existenz einer wirksamen Beschwerdeinstanz nach der Art der Ombudsstelle für Studierende ist wichtig, aber sie *ersetzt nicht* den gebotenen förmlichen Rechtsschutz und das Bestreben, diesen möglichst effektiv auszugestalten.

Im Prinzip gilt das Gleiche für *Schiedsinstanzen*. Es wurde bereits erwähnt, dass tatsächliche Schiedsklauseln im Hinblick auf Streitigkeiten aus dem privatrechtlichen Studienrechtsverhältnis an Fachhochschulen wegen der aus der Anwendbarkeit des Konsumentenschutzrechts folgenden Beschränkungen „praktisch nicht wirksam abgeschlossen werden können“.⁴⁷ Möglich ist die Vereinbarung einer *Schlichtungsklausel* in Ausbildungsverträgen, mit der sich die Konsequenz verbindet, dass vor der Anrufung des (staatlichen) Gerichts eine Schlichtungsstelle angerufen werden muss, die dazu berufen ist, eine Einigung zwischen den Streitparteien herbeizuführen. Ein solches Verfahren kann nützlich sein, es ersetzt aber nicht den gebotenen Schutz subjektiver Rechte in einem gehörigen Verfahren und es kann auch die Anrufung des Gerichts nicht hindern.⁴⁸ Diskutiert wird die Vereinbarung derartiger Schiedsklauseln im Rahmen des privatrechtlich ausgestalteten Studienrechtsverhältnisses. Vergleichbare Schlichtungsinstanzen könnten freilich auch bei einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung gesetzlich vorgesehen werden, unter Umständen in Ergänzung zu der bereits jetzt gegebenen Möglichkeit einer formlosen Beschwerde an das Kollegium nach § 10 Abs 3 Z 11 FHStG oder anstatt einer solchen Beschwerdemöglichkeit. Weil die Erwartung nicht unberechtigt ist, dass damit in vielen Fällen bereits berechtigten Anliegen der Studierenden Rechnung getragen und unnötige Beschwerden an das Verwaltungsgericht vermieden werden können, kann es gute Gründe dafür geben. Für die hier zu dis-

⁴⁷ So *Schweighofer* (Fn 13) zfhr 2014, 130 und oben bei Fn 13.

⁴⁸ Vgl zu den Einzelheiten *Schweighofer* (Fn 13) zfhr 2014, 130 f.

kutierende Frage, ob es Gründe für oder gegen einen öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz bzw für die Beibehaltung der privatrechtlichen Ausgestaltung gibt, ist das aber ohne Relevanz.

7. Damit zeichnet sich ein weiteres Zwischenergebnis ab: Das geltende Studienrecht sichert die Ansprüche der Studierenden von Fachhochschulen in materieller Hinsicht im Großen und Ganzen in ausreichender Weise durch die Einräumung entsprechender subjektiver Rechte. Sollte es Defizite geben, wären diese durch eine entsprechende gesetzliche Regelung zu beheben, ohne dass es alleine deshalb zu einer grundlegenden Umgestaltung des Studienrechtsverhältnisses kommen müsste.

Eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Fachhochschul-Studienrechts würde die *Wirksamkeit des Rechtsschutzes* insofern *verbessern*, als Kostenbarrieren beseitigt und das Prozesskostenrisiko des Zivilprozessrechts deutlich verringert würden. Das sind Vorteile, die durchaus ins Gewicht fallen. Zwingende Gegenargumente gegen eine solche Lösung sind *nicht ersichtlich*.

Im folgenden Abschnitt ist auf *Bedingungen* einzugehen, die im Falle einer solchen Umgestaltung des Studienrechts zu beachten sind. Auch sie sind bei einer abwägenden Beurteilung ihrer Vor- und Nachteile mit zu berücksichtigen. Außerdem ist auf weitere Auswirkungen einer derartigen Reform hinzuweisen, soweit diese bisher noch nicht behandelt wurden.

V. Rahmenbedingungen und Auswirkungen einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Fachhochschul-Studienrechts

1. Eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Studienrechts für Fachhochschulen ist in *unterschiedlicher Weise* denkbar, insbesondere im Hinblick auf die Entscheidung, ob *alle* oder nur *bestimmte* studienrechtliche Angelegenheiten einer hoheitlichen Rechtsgestaltung zugeführt werden. So ist es durchaus denkbar, das Rechtsverhältnis zwischen den Studierenden und der Fachhochschule auch weiterhin *grundsätzlich* durch einen privatrechtlichen Ausbildungsvertrag zu regeln und nur *einzelne Entscheidungen in Studienangelegenheiten* hoheitlich auszugestalten. Eine solche Reform könnte an das geltende Recht und den Umstand anknüpfen, dass bereits jetzt die in

§ 10 Abs 3 Z 9 FHStG genannten Entscheidungen in dieser Form ergehen.⁴⁹ So wäre es beispielsweise vorstellbar, hoheitliche Entscheidungen nur für weitere wesentliche und für das Studienverhältnis maßgebliche Statusentscheidungen, vor allem die Zulassung zum Studium und den Ausschluss vom Studium, vorzusehen.

Eine Neuregelung könnte andererseits auch weiter gehen und vorsehen, dass das *gesamte Fachhochschul-Studienrecht* analog zu der in § 51 Abs 1 UG 2002 für die Universitätsstudien getroffenen Regelung durchgängig „im Rahmen der Hoheitsverwaltung“ vollzogen wird. Diese unterschiedlichen Gestaltungen sind im Folgenden mit zu bedenken, auch wenn darauf nicht mehr im Einzelnen eingegangen wird.

2. Es wurde schon gesagt, dass eine in die hier diskutierte Richtung gehende Reform eine *rechtspolitische Entscheidung* ist, die der dafür zuständige Gesetzgeber zu treffen hat. Die Zuständigkeit dafür liegt beim *Bundgesetzgeber* im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für das Hochschulwesen (Art 14 Abs 1 B-VG). Wird das Fachhochschul-Studienrecht hoheitlich ausgestaltet, hat der Gesetzgeber die Anforderungen des verfassungsrechtlichen *Legalitätsprinzips* (Art 18 B-VG) zu beachten und die Entscheidungen in Studienangelegenheiten gesetzlich ausreichend zu determinieren. Die *gesetzliche Regelungsdichte* könnte sich daher im Vergleich mit dem geltenden Recht erhöhen; das ist freilich nicht nur als ein Nachteil zu werten, sondern hat auch Vorteile, vor allem im Hinblick auf die durch ausreichend bestimmte gesetzliche Regelungen erhöhte Rechtssicherheit. In welchem Umfang ein zusätzlicher Regelungsbedarf anfällt, hängt davon ab, *welche Angelegenheiten* hoheitlich erledigt werden sollen. Bezogen auf die im 3. Abschnitt des FHStG („Studienrechtliche Bestimmungen“) enthaltenen studienrechtlichen Angelegenheiten wäre der legislative Aufwand jedenfalls eng begrenzt, weil das materielle Studienrecht an Fachhochschulen seit der 10. Novelle zum Gesetz (BGBl I 2011/74) bereits jetzt relativ ausführlich geregelt ist. Zugleich darf nicht übersehen werden, dass auch die gehörige Ausgestaltung im Rahmen eines Privatrechtsverhältnisses, wie nach dem geltenden Recht, einen Regulierungsbedarf nach sich zieht, dem freilich auf andere Weise – etwa durch Allgemeine Geschäftsbedingungen – Rechnung getragen werden kann.

⁴⁹ Vgl oben Abschnitt II.2.

Zu den notwendigen Rechtsgrundlagen gehört auch ein entsprechendes *Verfahrensrecht*. Nach der Generalklausel des Art I Abs 2 EGVG ist das AVG auf das behördliche Verfahren der Verwaltungsbehörden anzuwenden; da der Begriff der „Verwaltungsbehörde“ funktionell zu verstehen ist, fallen auch mit Hoheitsbefugnissen Beliehene darunter, wenn diesen die Erlassung von Bescheiden übertragen ist. Daher käme in den Fällen, in denen das Studienrecht an Fachhochschulen nach einer Reform hoheitlich zu vollziehen ist, das AVG unmittelbar zur Anwendung. Ein gesonderter Regelungsbedarf besteht insoweit nicht.⁵⁰ So gesehen würde sich der legislative Aufwand insgesamt in engen Grenzen halten.

3. Die gänzliche oder teilweise Betrauung von Organen der Fachhochschule mit hoheitlichen Entscheidungsbefugnissen in Studienangelegenheiten wäre bei den privatrechtlich organisierten Erhaltern als eine *Beleihung* eines Privatrechtssubjekts mit Hoheitsbefugnissen anzusehen. Eine solche Beleihung ist nach der Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, dies allerdings nur innerhalb bestimmter verfassungsrechtlicher Grenzen.⁵¹ Abgesehen von dem hier nicht berührten Kernbereich der staatlichen Aufgaben und weiteren hier nicht einschlägigen Bedingungen muss vor allem die *Letztverantwortung des zuständigen obersten Verwaltungsorgans* gewahrt bleiben; die Organe des belieheneen Rechtsträgers müssen daher im Rahmen dieser Verwaltungsführung den *Weisungen* des zuständigen Bundesministers unterworfen und diesem eine effektive Leitungs- und Steuerungsfunktion eingeräumt werden.⁵² Die Weisungsbindung wäre gesetzlich vorzusehen; sie müsste sich auf alle jene Organe erstrecken, denen hoheitliche Entscheidungsbefugnisse in Studienangelegenheiten übertragen werden. Praktisch kommen dafür in erster Linie der Studiengangsleiter und das Fachhochschulkollegium in Betracht. Das gilt auch für den Fall, dass nur einzelne Angelegenheiten hoheitlich erledigt werden sollten. Eine verfassungsrechtliche Ermächti-

⁵⁰ Vgl dazu sowie zum unmittelbaren Anwendungsbereich des AVG (Art I Abs 2 EGVG) *Kolonovits/Muzak/Stöger* (Fn 40) 29 ff.

⁵¹ Vgl zur Beleihung und den Bedingungen für die Übertragung von Hoheitsaufgaben an Private *B. Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁴ (2013) Rz 376 ff; *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, Verhandlungen des 15. ÖJT I/1 (2003) 80 ff.

⁵² Vgl VfSlg 14.473/1996, 16.400/2001, 17.4217/2004; zu den Bedenken, die bereits die geltende Regelung über die hoheitliche Entscheidung in den Fällen des § 10 Abs 3 Z 9 FHSStG aufwirft, vgl *Perthold-Stoitzner*, Hochschulrecht (Fn 11) 185.

gung für eine Freistellung von Weisungen, wie sie Art 81c B-VG für die öffentlichen Universitäten enthält, ist nicht ersichtlich.

Zumindest beim gegenwärtigen Zustand des Fachhochschulsektors und angesichts des Umstands, dass die Erhalter fast ausnahmslose Rechtssubjekte des Privatrechts sind, wäre die Unterstellung unter eine staatliche Weisungsgewalt der Sache nach *problematisch*. Die damit verbundene Einschränkung der Autonomie der Fachhochschulen, die letztlich eine Folge ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit ist,⁵³ wäre auch eine Anomalie, weil sie – anders als in anderen Fällen einer Beleihung mit Hoheitsgewalt – sich auf das Agieren einer Hochschule bezieht. Ein sachlicher Grund für eine solche Weisungsbindung ist, wie gerade der Vergleich mit den öffentlichen Universitäten zeigt, nicht ersichtlich. Sinnvoll wäre es daher, auch für die Fachhochschulen eine *verfassungsrechtlich abgesicherte Weisungsfreiheit* zu schaffen, wenn sie zu hoheitlichem Handeln ermächtigt werden.

Eine solche Freistellung von Weisungen ist auf eine *verfassungsrechtliche Regelung* angewiesen, weil die Fälle des Art 20 Abs 2 B-VG, in denen eine Weisungsfreiheit durch einfaches Gesetz vorgesehen werden darf, auf die hoheitliche Vollziehung des Fachhochschul-Studienrechts nicht zutreffen. Legistisch könnte eine solche Freistellung von Weisungen entweder in Analogie zu der für die öffentlichen Universitäten in Art 81c B-VG getroffenen Regelung im B-VG selbst erfolgen, etwa in der Form einer allgemeinen Autonomiegewährleistung für Fachhochschulen. Denkbar wäre aber auch die Aufnahme einer Verfassungsbestimmung in das FHStG.

Diese Aussage bezieht sich auf den *Status quo* des Fachhochschulwesens. Möglicherweise stellen sich die Dinge anders dar, wenn der in verschiedenen Expertenpapieren empfohlene kräftige Ausbau des Sektors realisiert wird, einschließlich einer Verbreiterung des Kreises der Träger, die als Erhalter von Fachhochschul-Studiengängen tätig sind.⁵⁴ Würde sich der Bund selbst in der Form von Bundes-Fachhochschulen oder würden sich, was ebenfalls verschiedentlich empfohlen wird, die öffentlichen Univer-

⁵³ Vgl dazu *Berka*, Autonomie im Bildungswesen (2002) 105 ff.

⁵⁴ Vgl dazu den Expertenbericht *Loprieno/Menzel/Schenker-Wicki*, Bericht zur Entwicklung und Dynamisierung der österreichischen Hochschullandschaft. Rahmenkonzept für einen Hochschulplan (2011) sowie die Empfehlungen des Wissenschaftsrates in der bereits oben Fn 7 zitierten Empfehlung zum Fachhochschulwesen, 95 ff.

sitäten als Erhalter engagieren, würde sich das Gesamtbild des Sektors noch stärker an den öffentlichen Bereich annähern. In diesem Ausmaße würden die zuvor formulierten Bedenken ihre Stichhaltigkeit verlieren.

4. Folgenreich wären die Auswirkungen einer Reform im Bereich des *Haftungsrechts*. Nach geltendem Recht haften die Fachhochschulen für rechtswidrig und schuldhaft verursachte Schäden, die durch ihre Organe zugefügt werden, nach den allgemeinen Schadenersatzregelungen des bürgerlichen Rechts. Ob das auch dann gilt, wenn eine Gebietskörperschaft oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts als Erhalter auftritt, oder ob dann das Amtshaftungsrecht zur Anwendung kommt, ist höchstgerichtlich noch nicht entschieden und hängt davon ab, ob diese im Bereich des Studienrechts in Vollziehung der Gesetze (§ 1 Abs 1 AHG) tätig wird. Weil der Gesetzgeber das Fachhochschulrecht für alle Erhalter im Prinzip gleichartig ausgestaltet hat, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Erhalter nach § 2 Abs 1 Satz 1 oder nach § 2 Abs 1 Satz 2 FHStG handelt, dürfte diese Frage wohl zu verneinen sein.

Bei einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Studienrechts wären die Organe einer Fachhochschule dagegen als *Beliehene* anzusehen, sodass an der Anwendbarkeit des *Amtshaftungsrechts* kein Zweifel bestehen kann. Daher würde in einem solchen Fall der Bund als Rechtsträger nach den Bestimmungen des AHG haften und insoweit eine mit dem Universitätsrecht vergleichbare Situation bestehen.⁵⁵ Für die Studierenden hätte dies den Vorteil, dass für ihre Haftungsansprüche der Bund mit einem grundsätzlich unbegrenzten Haftungsfonds zur Verfügung steht.

5. Fraglich ist, wie sich eine gesetzliche Reform des Fachhochschul-Studienrechts auf *bestehende privatrechtliche Studienrechtsverhältnisse* auswirken würde. In dieser Hinsicht hängt naturgemäß sehr vieles davon ab, ob der Gesetzgeber entsprechende *Übergangsbestimmungen* trifft, in denen er zB anordnen könnte, dass eine neue Rechtslage nur für Studienrechtsverhältnisse maßgeblich ist, die nach dem Inkrafttreten der Neuordnung eingegangen werden. Fehlen solche Übergangsbestimmungen, ist die Rechtslage schwieriger zu beurteilen. Im Prinzip müsste man davon ausgehen, dass mit dem

⁵⁵ Zur Amtshaftung des Bundes im Rahmen der Vollziehung des universitären Studienrechts vgl § 49 Abs 2 UG 2002; OGH 11.4.2013, 1 Ob 251/12m.

Inkrafttreten einer Verpflichtung zur hoheitlichen Entscheidung in allen oder in bestimmten Studienangelegenheiten diese nunmehr hoheitlich zu vollziehen wären und der öffentlich-rechtliche Rechtsweg eröffnet ist, und zwar mit Wirkung auch für bestehende Studienverhältnisse. Wie sich das auf die Qualifizierung des rechtlichen Grundverhältnisses auswirkt, hängt dann davon ab, ob der Gesetzgeber das gesamte Studienrechtsverhältnis in einen öffentlich-rechtlichen Regelungszusammenhang überführt oder, bei grundsätzlicher Beibehaltung einer vertraglichen Beziehung zwischen Studierenden und Erhaltern, nur für einzelne Entscheidungen eine hoheitliche Rechtsform vorsieht.

In beiden Konstellationen würde eine Neuregelung, die mit sofortiger Wirkung auch für bestehende Ausbildungsverträge wirksam wird, auf einen *Eingriff in vertraglich begründete Rechte* der Erhalter und der Studierenden hinauslaufen, wobei wahrscheinlich die nachteiligen Wirkungen für die Erhalter gravierender wären. Der darin liegende Eingriff in die Privatautonomie hätte auch eine grundrechtliche Dimension.⁵⁶ Welche verfassungsrechtlichen Grenzen hier im Einzelnen zu beachten sind, lässt sich losgelöst von den konkreten Einzelheiten einer solchen Reform nicht verlässlich beurteilen. Jedenfalls legt (auch) dieser Gesichtspunkt nahe, dass der Gesetzgeber sich um eine sorgfältige Gestaltung von Übergangsbestimmungen bemühen müsste.

6. Zu den Rahmenbedingungen für eine Umstellung auf ein öffentlich-rechtlich ausgestaltetes Fachhochschul-Studienrecht muss man auch den *Kostenaspekt* rechnen. Zwar sind diese Gesichtspunkte nicht rechtlich zwingend, anders als in den Fällen einer Ausgliederung von Hoheitsaufgaben, bei denen Aspekte der Wirtschaftlichkeit im Sinne des dabei zu beachtenden verfassungsrechtlichen Effizienzgebots ins Gewicht fallen können.⁵⁷ Die Kostenfrage ist aber jedenfalls in rechtspolitischer Hinsicht ein nicht zu

⁵⁶ Vgl zum grundrechtlichen Schutz der Privatautonomie VfSlg 12.227/1989, 13.963/1994, 14.503/1996; VfGH 25.6.2014, B 705/2013 ua.

⁵⁷ Vgl zB *Kucsko-Stadlmayer* (Fn 51) 80.

vernachlässigendes Kriterium, mit dem sich jeder Reformvorschlag auseinandersetzen muss.⁵⁸

Für den *Bund* als dem zuständigen Gesetzgeber fallen zwar die Kosten des legislativen Aufwands einer Reform an, ansonsten sind keine nennenswerten unmittelbaren Kostenfolgen ersichtlich. Auf die Möglichkeit, dass der Bund im Wege des Amtshaftungsrechts für ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten von Organen einer Fachhochschule in Anspruch genommen werden könnte, ist bereits hingewiesen worden, wobei seine Inanspruchnahme aber durch die Möglichkeit eines Rückersatzanspruchs bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schadenszufügung wiederum begrenzt ist (§§ 3 ff AHG).

Anders stellt sich die *Lage der Erhalter* dar. Soweit studienrechtliche Entscheidungen durch Bescheid erfolgen müssen, ist in diesen Fällen ein Verwaltungsverfahren (etwa nach den Bestimmungen des AVG) durchzuführen und sind die Entscheidungen förmlich in Bescheidform zu treffen. Das ist jedenfalls ein *höherer Aufwand* verglichen mit der gegenwärtigen Situation, in der nahezu alle Entscheidungen dieser Art ohne Verfahrensförmlichkeiten und ohne Notwendigkeit einer verfahrensabschließenden schriftlichen Erledigung getroffen werden können. Wie hoch dieser Aufwand tatsächlich wäre, hängt naturgemäß von der Art und dem Umfang der Entscheidungen ab, für die eine hoheitliche Erledigung vorgesehen wird. Denkbar wäre es, die bisherige Praxis und Rechtslage beizubehalten, das heißt, dass die Studiengangsleitung ihre Entscheidungen in Studienangelegenheiten formlos trifft und der Anspruch auf eine bescheidmäßige Erledigung erst dann entsteht, wenn gegen derartige Entscheidungen eine Beschwerde an das Kollegium oder ein anderes zur Entscheidung in Studienangelegenheiten zuständiges Organ der Fachhochschule erhoben wird. Damit oder auch mit einer Einschränkung des Kreises der Angelegenheiten, in denen hoheitlich entschieden werden muss,⁵⁹ würde eine Situation gegeben sein, in denen sich der Umfang der förmlichen Verwaltungsverfahren in Grenzen hält. Da in strittigen Fällen auch schon

⁵⁸ Vgl dazu auch die Erwägungen bei *Guthan*, Öffentliches Recht vs Privatrecht an Fachhochschulen: Rechtliche Rahmenbedingungen und politische Implikationen, zfhr 2015, 85, wo dem Kostenaspekt eine dominierende Bedeutung eingeräumt wird.

⁵⁹ Vgl oben Abschnitt V.1.

nach geltendem Recht eine Verpflichtung des Kollegiums besteht, sich mit Beschwerden von Studierenden nach § 10 Abs 3 Z 11 FHStG sachlich fundiert und sorgfältig auseinanderzusetzen, bliebe unter solchen Gegebenheiten der kostenmäßige Mehraufwand überschaubar.

Weiterer Aufwand entsteht im Falle einer bescheidförmigen Erledigung durch die Kosten eines allfälligen *Beschwerdeverfahrens* vor dem Verwaltungsgericht, etwa im Hinblick auf die Prüfung im Rahmen einer Beschwerdeentscheidung (§ 14 VwGVG) und der Vertretung der Behörde vor dem Verwaltungsgericht (§ 18 VwGVG). In den Fällen einer Revision zum VwGH oder einer Entscheidungsbeschwerde an den VfGH kommen dazu noch die Kosten dieser Gerichtshofverfahren. Im Hinblick auf diese Aufwendungen muss andererseits berücksichtigt werden, dass in tatsächlich strittigen Studienangelegenheiten, in denen Rechtsbehelfe erhoben werden, auch schon nach geltendem Recht Kosten anfallen, die wahrscheinlich sogar höher sind als bei einer Beschreitung des Verwaltungsrechtsweges.

Ohne diese Kostenaspekte zu vernachlässigen, stellen die möglichen, freilich sachlich begrenzten zusätzlichen Kosten zusammenfassend bewertet wohl *keine wirklich zwingenden Gegenargumente* gegen eine hoheitliche Ausgestaltung des Studienrechts dar. Vor allem sind mögliche höhere Aufwendungen mit den Verbesserungen beim Rechtsschutz abzuwägen, die in erster Linie eine Folge des erleichterten Zugangs zum Recht für die Studierenden wären.⁶⁰

VI. Generelle Gesichtspunkte einer Annäherung des Fachhochschulrechts an das Recht der öffentlichen Universitäten

1. Eine hoheitliche Ausgestaltung des Studienrechtsverhältnisses an Fachhochschulen könnte Anlass zur Frage geben, ob nicht auch in anderen Zusammenhängen das Fachhochschulrecht *stärker an das für öffentliche Universitäten geltende Recht* angenähert werden sollte. Zwar unterscheiden sich die Universitäten in mehrfacher Hinsicht von Fachhochschulen, etwa im Hinblick auf ihren Bildungsauftrag, die unterschiedliche Forschungsnähe, vor allem im Hinblick auf die nicht-anwendungsorientierte Grundlagen-

⁶⁰ Ein Gesichtspunkt, der bei *Guthan* (Fn 58) zflr 2015, 88 f wohl zu kurz kommt.

forschung, sowie die Verpflichtung zur umfassenden Pflege der ihnen übertragenen Fächer und Disziplinen. Diese Unterschiede dürfen nicht vernachlässigt werden, insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Schärfung und Ausgestaltung der unterschiedlichen Profile der verschiedenen Institutionen im Rahmen eines differenzierten Hochschulsystems.⁶¹ Andererseits sind die Fachhochschulen zusammen mit den Privatuniversitäten und den Pädagogischen Hochschulen ein Bestandteil eines durch Gemeinsamkeiten gekennzeichneten *Hochschulsystems*. Sie betätigen sich wie die Universitäten im Bereich einer akademischen, postsekundären Lehre, sie haben sich im Laufe ihrer Entwicklung stärker in Forschungsbereichen etabliert und ihren Absolventen sollen im Wege der wechselseitigen Anerkennung der Abschlüsse durchlässige Bildungswege gesichert sein.

Die größten Unterschiede gibt es freilich im Hinblick auf ihren *organisatorischen Status*. Die öffentlichen Universitäten sind aus staatlichen Anstalten hervorgegangen, die lange Zeit in den unmittelbaren staatlichen Verwaltungsbereich eingegliedert waren und die, auch nach ihrer Ausgliederung und der Zuerkennung einer vollen Rechtsfähigkeit sowie einer umfassenden, verfassungsrechtlich garantierten Autonomie, dem *staatlichen Verantwortungsbereich* zugeordnet sind. Dies drückt sich vor allem in der gesetzlichen Finanzierungsgarantie (§ 12 Abs 1 UG 2002), der Unterstellung unter eine staatliche Aufsicht (§ 45 Abs 1 UG 2002) und dem Umstand aus, dass sie bereits durch das Gesetz eingerichtet sind (§ 3 UG 2002), was zur Folge hat, dass sie auch auf keine individuelle Akkreditierung angewiesen sind.

Dagegen sind die Fachhochschulen nach ihrer ursprünglichen Konzeption und Genese *Bildungsinstitutionen des privaten Bereichs*, mit Erhaltern, deren Rolle die von Eigentümern ist. Zumindest war und ist das die das FHStG prägende und im Grunde bis heute maßgebliche Systementscheidung. Dem entspricht die vergleichsweise zurückhaltende Regulierung durch das FHStG, nicht nur in den vorstehend behandelten studienrechtlichen Angelegenheiten, sondern auch in Fragen der Organisation und des Personalrechts der Fachhochschulen. Das Akkreditierungsmodell ist für die Fachhochschulen nach der Neugestaltung durch das Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz weiter

⁶¹ Vgl dazu etwa die Erwägungen in der einschlägigen Empfehlung des Österreichischen Wissenschaftsrats (Fn 7) 91 ff.

maßgeblich; eine staatliche Aufsicht gibt es nur rudimentär bzw nur in der Form einer verdünnten Aufsicht und Steuerung „aus der Distanz“ durch die AQ Austria.⁶² In der Realität sind es freilich öffentlich-rechtliche Körperschaften, die den Fachhochschulsektor tragen und zumindest die Errichtungskosten und die Forschung finanzieren; im Wege der vertraglichen Finanzierung der Studienplätze hat sich der Bund von Anfang an auch in diesem Hochschulsektor maßgeblich engagiert.

So gesehen sieht man sich bei den Fachhochschulen mit einer *ambivalenten Lage* konfrontiert: Formal und auch in vielen Details der rechtlichen Ausgestaltung handelt es sich um Bildungsinstitutionen, die dem nicht-staatlichen, privaten Bereich zuzuordnen sind; zugleich werden sie in der Realität von den Gebietskörperschaften unter maßgeblicher Beteiligung des Bundes getragen und finanziert und sie stellen daher, so gesehen, einen Teil des *öffentlichen Bildungswesens* dar.

2. Ob diese – wie gesagt – durchaus ambivalente Lage der Fachhochschulen ein Anlass ist, die seinerzeit mit dem FHStG getroffene Systemscheidung zu überdenken, und ob es daher gute Gründe gibt, den Regulierungsrahmen für die Fachhochschulen stärker an den für die öffentlichen Universitäten geltenden anzunähern, ist *nicht leicht zu beurteilen*.

Versucht man, *wichtige Unterschiede* kurz zu umreißen, die es zwischen dem Universitäts- und Fachhochschulrecht gibt, und zwar abgesehen von dem bereits ausführlich behandelten Studienrecht, können die folgenden Gesichtspunkte beispielhaft hervorhoben werden:

- Das *Organisationsrecht* ist im Fall der öffentlichen Universitäten trotz aller Spielräume, die den autonomen Organisationsplänen insoweit offen stehen, sehr viel dichter geregelt als im Fall der Fachhochschulen. Bei diesen ist die Rechtsform der Erhalter ebenso offen gelassen wie die interne Organisation der Fachhochschule und ihrer Organe; diese können im Rahmen des zumeist maßgeblichen Gesellschafts- oder Vereinsrechts frei gestaltet werden. Das FHStG

⁶² Vgl zur Ausgestaltung der Aufsicht *Hauser* (Fn 2) 355 ff. Auch das Informationsrecht nach § 10 Abs 10 FHStG und die sonstigen hier dem Ministerium eingeräumten Kontrollrechte können mit der staatlichen Aufsicht nach § 45 UG 2002 nicht verglichen werden.

enthält nur wenige Vorgaben, in erster Linie im Hinblick auf die Einrichtung und die Aufgaben des Kollegiums.

- Das gilt auch für die *interne Willensbildung und die Mitwirkung des Personals* der Fachhochschulen und ihrer Studierenden, die nur ansatzweise gesetzlich geregelt ist, sodass auch insoweit große Spielräume bestehen, die der Erhalter im Rahmen des Gesellschafts- bzw Vereinsrechts eigenverantwortlich ausgestalten kann. Das zeigt sich beispielsweise an den Mitbestimmungsrechten, die an den Universitäten dem Senat eingeräumt sind, im Vergleich mit den Befugnissen des Fachhochschul-Kollegiums.
- Das *Personalrecht* für das akademische und sonstige Personal an Fachhochschulen ist im Rahmen der arbeitsrechtlichen Bestimmungen (sowie des § 7 FHStG) vom Erhalter autonom gestaltbar, während das Universitätsrecht die verschiedenen Personalkategorien, Bestellungsverfahren und bestimmte Rechte des Personals mehr oder weniger detailliert regelt. Das hat Auswirkungen für die rechtliche und praktische Sicherung der akademischen Freiheit der Universitätsangehörigen, während beispielsweise die wissenschaftliche Lehrfreiheit des Lehrpersonals an Fachhochschulen nur in der Form einer Zielbestimmung (§ 3 Abs 2 Z 1 FHSTG) angesprochen wird.

Ob diese und andere Unterschiede im Einzelnen sachlich gerechtfertigt sind, könnte nicht beurteilt werden, ohne sie *im Detail* und mit ihren *Auswirkungen* zu behandeln. Die einschlägigen Fragen stellen sich jeweils anders dar, wenn es etwa um die Ausgestaltung der Personalverhältnisse, die Führungsstrukturen oder um die Organisation einer angemessenen Partizipation der Angehörigen einer Fachhochschule an den die Lehre und Forschung betreffenden Angelegenheiten geht. Soweit in einzelnen Zusammenhängen ein Reformbedarf besteht, sind Änderungen im Fachhochschulrecht durchaus denkbar, und zwar auch im Sinne einer stärkeren Orientierung an bewährten Regelungen des Universitätsrechts. Derartige legislative Anpassungen hat es, zum Teil

auch in Reaktion auf konkrete Probleme, auch schon in der Vergangenheit gegeben.⁶³ Sie stellen nicht das prinzipielle Problem dar.

Hier geht es um eine *allgemeine Beurteilung* dieser Systemunterschiede und die Frage, ob es einen Grund für eine prinzipielle Neuorientierung des Fachhochschulrechts gibt.

3. Eine solche Beurteilung wird an den folgenden Zusammenhang anzuknüpfen haben: Die beispielhaft hervorgehobenen Spielräume, die das geltende Fachhochschulrecht offen lässt, sind Spielräume, die entweder durch Entscheidungen des Kollegiums, und zwar weitgehend im Einvernehmen mit dem Erhalter, im überwiegenden Ausmaß jedoch durch Entscheidungen des Erhalters bzw der Organe auszufüllen sind, die nach dem Gesellschaftsvertrag bzw einer Satzung für den Erhalter handeln. Es sind also privatautonome Gestaltungsbefugnisse, abgeleitet aus der Eigentümerposition des Erhalters. Darin liegt auch die *äußere Autonomie der Fachhochschule* gegenüber der staatlichen Bestimmungsmacht, die der Grund für ihre institutionelle Selbststeuerungsfähigkeit ist.⁶⁴ Die Gewährleistung dieser Autonomie und Selbststeuerungsfähigkeit war ein wesentlicher Beweggrund für die bei der Erlassung des FHStG maßgeblichen Konzeption für die Ausgestaltung des Fachhochschulsektors.

Eine Regulierung in Anlehnung an das geltende Recht der öffentlichen Universitäten, damit verbunden eine verstärkte Orientierung an öffentlich-rechtlichen Handlungsformen, *schränkt* diese privatautonome Gestaltungsbefugnis mehr oder weniger zwangsläufig ein. Insoweit ist das vorstehend behandelte Beispiel des Studienrechts aufschlussreich, hat sich doch gezeigt, dass eine hoheitliche Ausgestaltung des Studienrechtsverhältnisses Hand in Hand mit einer – verfassungsrechtlich vorgegebenen – *Verstärkung staatlicher Anordnungs- und Aufsichtsrechte* einher geht.⁶⁵ Dass das problematisch ist, wurde bereits angemerkt und dieser Einwand ist hier noch allgemeiner zu formulieren: Hochschulen sind auf gesicherte Spielräume der Autonomie angewie-

⁶³ Vgl dazu den Überblick über die verschiedenen Novellen zum FHStG bei *Hauser*, Die wesentlichsten Inhalte der Stammfassung und der Novellen zum FHStG, in *Berka/Brünner/Hauser* (Hrsg), 10 Jahre Fachhochschul-Recht (2013) 27.

⁶⁴ Vgl dazu *Berka* (Fn 53) 108 ff; ebenda, 115 ff, zum Aspekt der „inneren Autonomie“, die sich aus der Anordnung des § 8 Abs 3 Z 5 FHStG ergibt, nach der das einen Fachhochschul-Studiengang durchführende Lehr- und Forschungspersonal „eine den Hochschulen entsprechende Autonomie besitzen sowie eine entsprechende Mitbestimmung der Studierenden gewährleistet“ sein müssen.

⁶⁵ Vgl nochmals oben Abschnitt V.3.

sen, wenn sie ihren Aufgaben sachgerecht nachkommen sollen und sich in einem sich durch den nationalen und internationalen Wettbewerb um die beste Lehre und Forschung gekennzeichneten Umfeld behaupten wollen. Wenn diese These zutrifft, die man heute wohl zu einem Gemeingut der Hochschulforschung rechnen kann, dann muss jede Neuorientierung des Fachhochschulrechts auch angemessene Antworten auf diese *Autonomieproblematik* einschließen.

Das heißt: Die seinerzeitige Grundkonzeption des FHStG ist sicherlich nicht unverrückbar und es kann Gründe geben, über die Beibehaltung dieses Konzepts nachzudenken. Sie könnten auch durch den anvisierten Ausbau des Fachhochschulsektors nahe gelegt werden, einschließlich der Überlegung, dass sich der Bund oder die öffentlichen Universitäten stärker in diesem Sektor engagieren.⁶⁶ Die Überlegungen können auch in die angedeutete Richtung einer Annäherung an das Universitätsrecht gehen. Dass Universitäten und Fachhochschulen gleichermaßen Teil eines öffentlichen Bildungswesens sind, wenn man durch die formalen Organisationsstrukturen hindurch auf die tatsächlichen Träger und die Finanzierungsströme blickt, wurde bereits gesagt. Mit der bloßen Übernahme des universitätsrechtlichen Regulierungskonzepts, die in Einzelfällen sinnvoll sein kann, wäre es aber nicht getan. Denn damit würden die bisherigen, privatrechtlichen Autonomiestrukturen aufgelöst, ohne dass an ihre Stelle eine gleichwertige Autonomiegewährleistung tritt, wie sie den Universitäten durch das UG 2002 auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Autonomie durch Art 81c B-VG zusteht.

Das bedeutet zusammenfassend: Eine grundsätzliche und über das Studienrecht hinausgehende Neuorientierung des Fachhochschulrechts setzt voraus, dass auch neue Antworten auf die dargestellte Autonomieproblematik gefunden werden. Das erfordert mehr, als eine bloße Übernahme einzelner Bestimmungen des Universitätsrechts oder eine Überführung des gesamten Fachhochschulrechts in öffentlich-rechtliche Gestaltungsformen. Vielmehr müssten die Überlegungen in die Richtung gehen, einen adäquaten Ersatz für die bislang privatrechtlich gesicherte Autonomie zu finden. Dafür lassen sich brauchbare Lösungen finden, auch wenn diese zwangsläufig ein Tätigwer-

⁶⁶ Vgl dazu nochmals die Nachweise in Fn 54.

den des Verfassungsgesetzgebers erfordern. Wie oben bereits im Zusammenhang mit der hoheitlichen Ausgestaltung des Studienrechts erörtert wurde,⁶⁷ ließe sich die sachlich gebotene Weisungsfreiheit der Organe von Fachhochschulen durch entsprechende Verfassungsbestimmungen im FHStG sicherstellen.⁶⁸ Denkbar und der Sache angemessen wäre aber auch die Verankerung einer dem Art 81c B-VG nachgebildeten verfassungsrechtlichen Autonomiegewährleistung für die Fachhochschulen im B-VG selbst.

O. Univ. Prof. Dr. Walter Berka

⁶⁷ Vgl. Abschnitt V.3.

⁶⁸ Dazu, dass bereits das geltende FH-Recht Anlass zu verfassungsrechtlichen Bedenken gibt, in erster Linie im Hinblick auf die fehlende Weisungsbindung bei den hoheitlichen Entscheidungen in den Fällen des § 10 Abs 3 Z 9 FHStG, vgl. oben bei Fn 52.