

BMJ - I (Zivilrecht)

Bundesministerium für Bildung,
Wissenschaft und Forschung
Minoritenplatz 5
1010 Wien

Mag. Katharina Nagl
Sachbearbeiterin
+43 1 521 52-302124
katharina.nagl@bmj.gv.at

Dr. Ronald Bresich, LL.M.
Sachbearbeiter der Stabsstelle Bereich
Datenschutz
+43 1 521 52-302903
ronald.bresich@bmj.gv.at

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

Geschäftszahl: 2020-0.731.220

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz zur Finanzierung
der Digitalisierung des österreichischen Schulwesens (DigiSchG)
beschlossen wird;**

Stellungnahme des Bundesministeriums für Justiz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Das Bundesministerium für Justiz beehrt sich, zum oben genannten Entwurf folgende
Stellungnahme abzugeben:

Zu § 3:

Zumal die Bestimmung nur einen Absatz aufweist, hätte die Absatznummerierung zu
entfallen.

Zu § 5:

1. § 5 Abs. 3 regelt die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Zahlung des
Eigenanteils. Gemäß dem letzten Satz des § 5 Abs. 3 haben die Erziehungsberechtigten durch
Vorlage eines amtlichen, auf elektronischem Wege einzubringenden Dokumentes,
insbesondere eines Bescheides, den Bezug einer bestimmten Beihilfe, Mindestsicherung,

Ausgleichszulage oder Notstandshilfe an eine mit der Abwicklung betrauten Abwicklungsstelle nachzuweisen.

Es sollte klarer geregelt werden, dass die nach dem letzten Satz vorzulegenden Dokumente (und damit die Übermittlung personenbezogener Daten) dem Nachweis der in § 5 Abs. 3 Z 1 bis 3 geregelten Voraussetzungen dienen sollen. Diesbezüglich stellt sich im Hinblick auf § 5 Abs. 3 Z 3 insbesondere auch die Frage, wie die Befreiung von Gebühren gemäß § 3 Abs. 5 Rundfunkgebührengesetz, BGBl I Nr. 159/1999, nachgewiesen wird, zumal sich diesbezüglich keine entsprechende Bezugnahme in § 5 Abs. 3 letzter Satz findet.

Fraglich ist zudem, ob im Wege der Dokumentenvorlage auch besondere Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 DSGVO übermittelt werden. Diesfalls wäre in den Erläuterungen darzulegen, auf welchen Eingriffstatbestand des Art. 9 Abs. 2 DSGVO sich die Verarbeitung stützt und warum die Verarbeitung dieser besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten überhaupt erforderlich ist. Es wird darauf hingewiesen, dass besondere Kategorien personenbezogener Daten nur unter den in Art. 9 Abs. 2 und 3 DSGVO genannten Voraussetzungen verarbeitet werden dürfen.

Unklar ist im Detail, wem konkret die Dokumente bzw. die personenbezogenen Daten übermittelt werden. „Eine mit der Abwicklung betraute Abwicklungsstelle“ gemäß § 5 Abs. 3 letzter Satz erscheint diesbezüglich jedenfalls zu wenig konkret. Außerdem stellt sich die Frage, ob die Abwicklungsstelle im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Rollenverteilung selbst Verantwortlicher (Art. 4 Z 7 DSGVO) für die Verarbeitung der übermittelten Daten in den Dokumenten wird und in welcher Form und wie lange diese personenbezogenen Daten von wem gespeichert bzw. wann sie gelöscht werden. Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ob die Schulleitung gemäß § 5 Abs. 1 Kenntnis davon erlangt oder erlangen muss, dass der Eigenanteil geleistet oder der Erziehungsberechtigte davon befreit wurde, bevor das mobile Gerät ausgegeben werden kann. Diesfalls würde wohl eine Übermittlungsbestimmung zwischen der mit der Abwicklung betrauten Abwicklungsstelle und der Schulleitung gemäß § 5 Abs. 1 fehlen.

Präzisiert werden sollte zudem, auf welchem „elektronischen Wege“ die Dokumente zu übermitteln sind.

Hinsichtlich des Eigentumsüberganges stellt sich außerhalb eines konkreten datenschutzrechtlichen Bezugs auch die Frage, ob der Begünstigte zur Benutzung des Gerätes im Unterricht verpflichtet ist. Unklar ist auch, wie im Fall eines Defektes des Gerätes vorzugehen ist bzw. ob ein nicht reparables Gerät ersetzt wird.

Bei der Inbetriebnahme des Gerätes und der Installation der Software werden für den begünstigten Schüler zudem wohl auch Pflichten im Hinblick auf die Angabe personenbezogener Daten entstehen (z. B. Angaben von Name und E-Mail-Adresse bei der Installation von Anwendungen bzw. der Inanspruchnahme von Clouddiensten). Dies wäre zumindest näher zu erläutern.

2. § 5 Abs. 4 regelt in den Z 1 bis 3 technisch-organisatorische Maßnahmen beim Einsatz der Geräte im Rahmen der schulischen Verwendung.

Es stellt sich vorweg die Frage, ob die in Z 1 bis 3 genannten Maßnahmen überhaupt geeignet sind, die in § 5 Abs. 4 genannten Ziele zu verwirklichen. Diesbezüglich wird auf die Grundsätze der Zweckbindung und Datenminimierung (Art. 5 DSGVO) sowie auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 1 Abs. 2 DSG) hingewiesen.

3. In § 5 Abs. 4 Z 1 sollte die datenschutzrechtliche Rolle des IT-Dienstleisters (Verantwortlicher gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO oder Auftragsverarbeiter gemäß Art. 4 Z 8 DSGVO) dargelegt werden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bzw. welche personenbezogenen Daten von welchem Verantwortlichen allenfalls im Rahmen der Unterstützung mittels geeigneter technischer Maßnahmen (Mobile Device Management) verarbeitet bzw. übermittelt werden.

4. Auch hinsichtlich der Fernverwaltung gemäß § 5 Abs. 4 Z 2 ist fraglich, was konkret unter der „Gewährleistung der Unterrichtsziele“ zu verstehen ist und welcher Verantwortliche in diesem Zusammenhang welche personenbezogenen Daten verarbeitet.

Die Erläuterungen führen dazu aus, dass eine Fernverwaltung im Unterricht zwingend notwendig wäre, um beispielsweise in Prüfungssituationen den Einsatz des Gerätes auf bestimmte, prüfungsrelevante Anwendungen zu begrenzen und andere Anwendungen ausschließen zu können, bis zur Deaktivierung des allgemeinen Internetzugriffs. Die Begrenzung auf Unterrichtssituationen solle sicherstellen, dass die private Nutzung weitgehend geschützt ist, mit der Ausnahme, wenn Schüler während der Unterrichtszeit das Gerät für private Zwecke einsetzen.

Nachdem jedoch die technische Vorgangsweise bei der Fernverwaltung weder aus dem Gesetz noch aus den Erläuterungen hervorgeht, stellt sich die grundlegende Frage, ob Lehrpersonen bei der Vornahme der Fernverwaltung auch „private“ bzw. nicht-schulische personenbezogene Daten sehen können bzw. vor dem Hintergrund, dass das Eigentum an dem Gerät beim Begünstigten liegt, in der Praxis sogar sehen werden. Dies betrifft etwa

Familienfotos als Desktophintergrund, allfällige Ordner(-Namen) bzw. Dateien auf dem Gerät, aber unter Umständen auch Kommunikation, wenn die „Unterrichtsziele“ etwa auch die Nutzung von E-Mails umfassen sollen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang allgemein, wie die Lehrperson vorzugehen hat, wenn sie – allenfalls als „Zufallsfund“ – illegale Inhalte (z. B. illegale Software, Filme, Bilder oder Musik) auf dem Gerät findet.

Es sollte aus diesen Gründen im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jedenfalls nochmals geprüft werden, ob die „Fernverwaltung“ zur Erreichung des Ziels überhaupt erforderlich ist oder – hinsichtlich des Eingriffes in das Grundrecht auf Datenschutz – ein gelinderes Mittel angewandt werden kann.

5. Gemäß § 5 Abs. 4 Z 3 sind bei Maßnahmen gemäß Z 1 und 2 die Zwecke und Ziele der §§ 79e bis 79h des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333/1979, in der jeweils geltenden Fassung sinngemäß anzuwenden.

Nachdem die betreffenden Regelungen im BDG (auch) die Verarbeitung personenbezogener Daten vorsehen, wäre jedenfalls präziser zu regeln, welche Regelungsinhalte dieser Normen auf den vorliegenden Fall überhaupt Anwendung finden sollen.

Zudem wird angemerkt, dass die betreffenden Regelungen im BDG im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses einem gänzlich anderen Zweck dienen (z. B. Kontrollzwecken und -maßnahmen, Abwehr von Schäden an der IKT-Infrastruktur, Kontrolle bei begründetem Verdacht einer gröblichen Dienstpflichtverletzung u. ä.). Es erscheint nicht nachvollziehbar, in welchem Zusammenhang diese Bestimmungen mit den Zwecken des § 5 Abs. 4 und mit dem Verhältnis zwischen Schülern und einem IT-Dienstleister, der Schule oder einer Lehrperson stehen sollen.

In diesem Sinne sollte nochmals grundlegend geprüft werden, ob der Verweis auf die „sinngemäße“ Anwendung der Zwecke und Ziele der §§ 79e bis 79h BDG tatsächlich beabsichtigt ist. Gegebenenfalls wäre konkret darzulegen, welche Rechtsfolgen dieser Verweis für den Begünstigten (Schüler) nach sich zieht.

Zu § 6 (Beauftragung):

§ 6 sieht vor, dass der Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung die Österreichischer Austauschdienst-Gesellschaft mit beschränkter Haftung (OeAD-GmbH)

insbesondere für Koordinierungs-, Monitoring- und Informationsaufgaben beauftragen kann.

Diese Bestimmung ist aus verschiedenen Gründen überflüssig bzw. bedenklich:

- Eine Kann-Bestimmung zur möglichen Beauftragung der OeAD-GmbH ist (aus rechtlicher Sicht) nicht notwendig (vgl. dazu auch Legistische RL Nr. 2). Sollte die Bestimmung dennoch als erforderlich erachtet werden, weil sie implizit den Aufgabenkatalog der OeAD-GmbH gemäß § 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes zur Errichtung der „OeAD-Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ – OeAD-Gesetz, BGBl. I Nr. 99/2008, erweitern soll, so ist darauf hinzuweisen, dass die dort aufgezählten Aufgaben demonstrativ sind (arg. „insbesondere“) und darüber hinaus eine solche Ergänzung der Aufgaben in der dortigen Bestimmung und nicht im vorliegenden Entwurf zu erfolgen hätte.
- Aus vergaberechtlicher Sicht ist anzumerken, dass eine Beauftragung wie die in § 6 angesprochene durch einen öffentlichen Auftraggeber (in diesem Fall den Bund, vertreten durch den BMBWF) gemäß dem Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, zu erfolgen hat. Eine Beauftragung der OeAD-GmbH unterläge nur dann nicht dem Bundesvergabegesetz 2018, wenn auf diese eine Ausnahmebestimmung anwendbar ist. Denkbar wäre hier ein ausgenommenes öffentlich-öffentliches Verhältnis (so genannte In-House-Ausnahme) gemäß § 10 Abs. 1 BVergG 2018. Während nach dem OeAD-Gesetz das Kontrollkriterium und das Beteiligungskriterium gemäß § 10 Abs. 1 lit. a bzw. lit. c BVergG 2018 wohl erfüllt sind (vgl. dazu insbesondere die §§ 1 Abs. 2 und 3 des OeAD-Gesetzes), kann das Wesentlichkeitskriterium gemäß § 10 Abs. 1 lit. b BVergG 2018 aufgrund des über den Auftraggeber Bund hinausgehenden Aufgabenspektrums (vgl. wiederum § 3 Abs. 2 des OeAD Gesetzes) nicht abschließend beurteilt werden.
- Sollte kein „In-house“-Verhältnis vorliegen, wäre eine Beauftragung ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens rechtswidrig und mit absoluter Nichtigkeit (vgl. § 356 BVergG 2018) bedroht. Sollte aktuell (!) eine In-House-Ausnahme vorliegen, könnte sich das aufgrund einer möglichen zukünftigen Änderung der OeAD-GmbH (hinsichtlich z. B. ihres Tätigkeitsspektrums für Dritte oder der Kapitalbeteiligung an dieser) zukünftig ändern, sodass auch in diesem Fall von einer pauschalen Ermächtigung zur Beauftragung abzusehen wäre.

Aus den oben genannten Gründen sollte von der Verankerung der og. Regelung Abstand genommen werden.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist zudem anzumerken, dass, sollte die OeAD-GmbH auch personenbezogene Daten verarbeiten, klargestellt werden sollte, ob die OeAD-GmbH die Datenverarbeitung als Auftragsverarbeiter (Art. 4 Z 8 DSGVO) des Bundesministers für Bildung, Wissenschaft und Forschung vornimmt.

Zu § 7:

Die Definition von Begriffsbestimmungen sollte zum besseren Verständnis grundsätzlich vor der erstmaligen Nutzung des Begriffs im Gesetz erfolgen. Im Übrigen sollten die Definitionen in § 7 verständlicher formuliert bzw. präzisiert werden.

Zum Vorblatt:

Die Ausführungen im Vorblatt zur Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 DSGVO sollten verständlicher formuliert werden.

Grundsätzlich trifft die Verpflichtung zur Durchführungen der Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 DSGVO den Verantwortlichen der Datenverarbeitung. Die Vorwegnahme der Datenschutz-Folgenabschätzung müsste gemäß Art. 35 Abs. 10 DSGVO bereits im Rahmen der allgemeinen Folgenabschätzung im Zusammenhang mit dem Erlass dieser Rechtsgrundlage erfolgen. Eine spätere, erst nach dem Erlass der Rechtsgrundlage vorgenommene Datenschutz-Folgenabschätzung scheint diesen Vorgaben des Art. 35 Abs. 10 DSGVO nicht (mehr) zu entsprechen. In diesem Fall würde die Verpflichtung zur Durchführung der Datenschutz-Folgenabschätzung (wieder) den jeweiligen Verantwortlichen treffen.

Diesbezüglich wird auch auf das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 2. August 2017, GZ BKA-810.026/0035-V/3/2017, betreffend die Überprüfung und Anpassung von Materiengesetzen aufgrund der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und des Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018, hingewiesen, wonach die Durchführung (Vorwegnahme) der Datenschutz-Folgenabschätzung in den Erläuterungen gemäß den Vorgaben des Art. 35 Abs. 7 DSGVO vorgenommen werden sollte.

Vor diesem Hintergrund können die Ausführungen im Vorblatt zur Datenschutz-Folgenabschätzung die Voraussetzungen für eine Vorwegnahme der Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 Abs. 10 DSGVO nicht erfüllen.

Diese Stellungnahme wird im gleichen Arbeitsschritt auch an das Präsidium des Nationalrats gesendet.

Mit freundlichen Grüßen

13. November 2020

Für die Bundesministerin:

Dr. Dietmar Dokalik

Elektronisch gefertigt