ÜBERSETZUNG

STAATSRAT
Gesetzgebungsabteilung

Gutachten 71.442/2
vom 1. Juni 2022

über

einen Entwurf eines Erlasses der Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft ‚über den Nachteilsausgleich und den Notenschutz in der mittelständischen Ausbildung‘

‡LW-CIGWNBABC-HBEECQW‡

Am 2. Mai 2022 wurde der Staatsrat, Gesetzgebungsabteilung, von der Ministerin für Bildung, Forschung und Erziehung der Deutschsprachigen Gemeinschaft darum gebeten, innerhalb einer Frist von dreißig Tagen, die bis zum 10. Juni 2022* verlängert wurde, ein Gutachten über einen Entwurf eines Erlasses der Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft ‚über den Nachteilsausgleich und den Notenschutz in der mittelständischen Ausbildung' abzugeben.

Der Entwurf wurde von der zweiten Kammer am 1. Juni 2022 untersucht. Die Kammer setzte sich zusammen aus Pierre VANDERNOOT, Kammerpräsident, Patrick RONVAUX und Christine HOREVOETS, Staatsräte, Marianne DONY, Beisitzer, und Esther CONTI, stellvertretender Greffier.

Der Bericht wurde von Roger WIMMER, Erster Auditor, vorgelegt.

Das Gutachten, dessen Wortlaut nachstehend wiedergegeben ist, wurde am 1. Juni 2022 abgegeben.

---

* Durch E-Mail vom 3. Mai 2022.

*

‡LW-CIGWNBABC-HBEECQW‡

Da der Begutachtungsantrag aufgrund von Artikel 84 § 1 Absatz 1 Nr. 2 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze ‚über den Staatsrat' eingereicht wurde, beschränkt sich die Gesetzgebungsabteilung gemäß Artikel 84 § 3 der o.a. koordinierten Gesetze darauf, die Rechtsgrundlage des Entwurfs, die Befugnis des erlassenden Organs sowie die Einhaltung der vorangehenden Formvorschriften zu untersuchen.

Was diese drei Aspekte betrifft, sind über den Entwurf folgende Bemerkungen zu formulieren.

1. Durch den Entwurf werden der Erlass der Regierung vom 27. Juni 2013 ‚über die Grundausbildung in der Aus– und Weiterbildung im Mittelstand und in kleinen und mittleren Unternehmen' und der Erlass der Regierung vom 30. August 2018 ‚über die Prüfungen und die Bewertung in der Grundausbildung des Mittelstandes' abgeändert, um den Nachteilsausgleich und den Notenschutz in der mittelständischen Ausbildung zu regeln.

Als Rechtsgrundlage dient insbesondere Artikel 7 § 7 Nr. 6 des Dekrets vom 16. Dezember 1991 ‚über die Aus– und Weiterbildung im Mittelstand und in kleinen und mittleren Unternehmen', der wie folgt lautet:

„[d]ie Regierung legt nach Gutachten des Instituts fest:

[…]

6. die Bedingungen für die Durchführung der Kurse, Tests und Prüfungen;"

Kapitel VIII*ter*, das die Artikel 93.33 bis 93.46 des Dekrets vom 31. August 1998 ‚über den Auftrag an die Schulträger und das Schulpersonal sowie über die allgemeinen pädagogischen und organisatorischen Bestimmungen für die Regel– und Förderschulen' enthält und das durch das Dekret der Deutschsprachigen Gemeinschaft vom 20. Juni 2016 ‚über Maßnahmen im Unterrichtswesen 2016' eingeführt wurde, regelt den Nachteilsausgleich und den Notenschutz im Regel– und Fördergrundschulwesen sowie im Regel– und Fördersekundarschulwesen, das von der Deutschsprachigen Gemeinschaft organisiert oder subventioniert wird.

Vorbehaltlich bestimmter Anpassungen übernehmen die in den Artikeln 2 bis 19, 22 und 23 des Entwurfs entworfenen Bestimmungen die o.a. Dekretsbestimmungen.

Viele Bestimmungen des Entwurfs betreffen die Verarbeitung personenbezogener Daten[1].

[1] Das ist der Fall von den in den Artikeln 4, 5, 6, 10, 11, 12 und 19 des Entwurfs entworfenen Bestimmungen.

‡LW-CIGWNBABC-HBEECQW‡

2. In seinem Entscheid Nr. 33/2022 vom 10. März 2022 hat der Verfassungsgerichtshof wie folgt geurteilt:

> „B.13.1. Artikel 22 der Verfassung behält dem zuständigen Gesetzgeber die Befugnis vor, festzulegen, in welchen Fällen und unter welchen Bedingungen das Recht auf Achtung des Privatlebens beeinträchtigt werden kann. Somit garantiert er jedem Bürger, dass eine Einmischung in die Ausübung dieses Rechts nur aufgrund von Regeln erfolgen darf, die durch eine demokratisch gewählte beratende Versammlung angenommen wurden.
>
> Eine Ermächtigung einer anderen Gewalt steht jedoch nicht im Widerspruch zum Legalitätsprinzip, sofern die Ermächtigung ausreichend präzise beschrieben ist und sich auf die Ausführung von Maßnahmen bezieht, deren wesentliche Elemente vorher durch den Gesetzgeber festgelegt wurden.
>
> Folglich müssen die wesentlichen Elemente der Verarbeitungen personenbezogener Daten im Gesetz selbst festgelegt sein. Diesbezüglich sind die wesentlichen Elemente unabhängig von dem betroffenen Bereich grundsätzlich die folgenden Elemente: 1.) die Kategorien der verarbeiteten Daten; 2.) die betroffenen Personenkategorien; 3.) der mit der Verarbeitung verfolgte Zweck; 4.) die Personenkategorien, die Zugriff auf die verarbeiteten Daten haben, und 5.) die maximale Dauer der Aufbewahrung der Daten (Gutachten der Generalversammlung der Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates Nr. 68.936/AG vom 7. April 2021 zu einem Vorentwurf des Gesetzes « über die verwaltungspolizeilichen Maßnahmen in einer epidemischen Notlage », *Parl. Dok.*, Kammer, 2020-2021, DOC 55-1951/001, S. 119).“

3. In ihrem Gutachten Nr. 07/2022 vom 21. Januar 2022 über den Entwurf hat die Datenschutzbehörde im Lichte des Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 ‚zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)‘ (nachstehend: „DSGVO“) folgende wichtige Bemerkung über die Bedingungen, die im Entwurf umfassten Verarbeitungen personenbezogener Daten regeln, formuliert:

> „12. L’Autorité constate que si la finalité poursuivie par les traitements des données en cause peut se déduire de manière implicite mais certaine de [l’article 7, § 7, 6° du décret du 16 décembre 1991’ relatif à la formation et la formation continue dans les Classes moyennes et les PME’, qui délègue au Gouvernement la compétence de déterminer les conditions d’organisation des cours, tests et examens], elle n’est cependant pas déterminée de façon suffisamment précise puisqu’elle ne permet pas de déduire, à sa lecture, que le dispositif mis en place par le projet, impliquera des traitements de données concernant des apprentis nécessitant un soutien spécifique [2]. De

[2] *Fußnote Nr. 5 aus dem zitierten Gutachten:* Voir à cet égard les articles 4 et 10 du projet. L’article 4 entend insérer un article 36.1 dans l’arrêté du 27 juin 2013, qui prévoit en son alinéa 2, que « *Cette compensation se définit par des aménagements pédagogiques appropriés, destinés à contrebalancer un déficit individuel spécifique et à permettre aux apprentis nécessitant un soutien spécifique d’exprimer les connaissances, capacités et aptitudes acquises* ». Et l’article 10 vise à introduire un article 36.6 dans l’arrêté du 27 juin 2013, lequel prévoit en son alinéa premier que, la protection des notes « *consiste ne pas évaluer l’apprenti dans un ou plusieurs sous-domaines des compétences exigées par les programmes d’apprentissage relatifs aux connaissances générales* ».

‡LW-CIGWNBABC-HBEECQW‡

plus, les autres éléments essentiels précités (notamment les catégories de données et les catégories de personnes concernées) ne sont pas repris dans une norme légale formelle. En effet, d'une part, il ne ressort pas du décret du 16 décembre 1991 que le dispositif mis en place par le projet implique le traitement notamment de données de santé. L'Autorité attire l'attention sur le fait que le traitement de telles données à caractère personnel est en principe interdit, sauf s'il repose sur une des base[s] juridiques mentionnées à l'article 9.2 du RGPD. Le décret ne prévoit actuellement pas de base juridique à cet effet. D'autre part, il ne ressort pas non plus dudit décret que ce traitement de données concerne des apprentis nécessitant un soutien spécifique. Le décret doit dès lors être amendé à cet égard."

Zudem hat die Datenschutzbehörde ebenfalls folgende Bemerkung zu Artikel 11 des Entwurfs formuliert:

„29. En ce qui concerne la reconnaissance de l'avis par le '*centre pour le développement sain des enfants et des jeunes*' lorsque celui-ci ne l'a pas établi (visé à l'article 36.7, § 1er, alinéa 1, 8°, en projet de l'arrêté du 27 juin 2013), l'Autorité relève à cet égard qu'en vertu de l'article 36.7, § 1er, alinéa 2, en projet, les personnes chargées de l'éducation ou l'apprenti majeur doivent solliciter l'avis d'un organisme expert en la matière motivant la nécessité de protéger les notes et que si l'avis est établi par un '*organisme autre que le centre de pédagogie de soutien*', les personnes susmentionnées doivent faire reconnaître cet avis par ledit centre. L'Autorité suppose que le centre pour le développement sain des enfants et des jeunes fait partie du centre de pédagogie de soutien [3]. L'Autorité recommande donc de clarifier la terminologie sur ce point."

Zwecks Gewährleistung der Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der mit den Bedingungen inhärent ist, unter denen Einmischungen in das Recht auf Achtung des Privatlebens annehmbar sind, hat die Datenschutzbehörde zu Artikel 12 des Entwurfs noch Folgendes hervorgehoben:

„en ce qui concerne l'information du secrétariat d'apprentissage compétent et de l'entreprises formatrice [de la décision de l'inspection scolaire relative à la protection des notes, prévue par l'article 36.8, alinéa 4, 2° et 3°, en projet], le projet devra être adapté afin que cette information ne soit communiquée aussi qu'aux seuls membres du secrétariat d'apprentissage compétent et de l'entreprise formatrice, qui sont concernés par la mise en œuvre de ladite décision et ce, afin d'éviter la transmission excessive ou non pertinente d'informations relative à une décision de protection de notes à des personnes qui ne sont pas concernées par sa mise en œuvre." [4]

[3] *Fußnote Nr. 8 aus dem zitierten Gutachten:* Voir à cet égard le site Internet du centre de pédagogie de soutien (« Zentrum für Förderpädagogik » : https://www.zfp.be/index.php?id=76), duquel il ressort que le programme d'intégration entre en ligne de compte pour les élèves pour lesquels le Centre pour le développement sain des enfants et des jeunes dans les Cantons de l'Est a identifié des besoins éducatifs spéciaux.

[4] O.a. Gutachten 07/2022 vom 21. Januar 2022 der Datenschutzbehörde, Bemerkung Nr. 44.

‡LW-CIGWNBABC-HBEECQW‡

4. Wie die Datenschutzbehörde es zu Recht hervorhebt, bietet die besonders weite Ermächtigung an die Regierung, um die Bedingungen der Durchführung der Kurse, Tests und Prüfungen festzulegen, keinen ausreichenden rechtlichen Rahmen, um den gemäß Artikel 22 der Verfassung erforderlichen Erfordernissen der Gesetzmäßigkeit zu genügen.

Dieser unzureichende rechtliche Rahmen hat im vorliegenden Fall konkret zur Folge, dass sich die Regierung über die in der Fußnote Nr. 1 des vorliegenden Gutachtens erwähnten Artikel des Entwurfs mit Angelegenheiten befassen muss, die außerhalb ihrem Zuständigkeitsbereich liegen, da die wesentlichen Elemente der Verarbeitung personenbezogener Daten, auf die sich die o.a. Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs bezieht und die in diesen Artikeln enthalten sind, gemäß dieser Rechtsprechung in den Zuständigkeitsbereich des Dekrets fallen.

Folglich gehören die betreffenden Artikel des Entwurfs in ihrer jetzigen Form auf jeden Fall nicht in den Entwurf und sind sie also in dem oben beschriebenen Umfang aus dem Entwurf auszulassen, wodurch der Entwurf unwirksam wird.

Um dieser Situation abzuhelfen, muss vor der Verabschiedung des entworfenen Erlasses entweder ein autonomer Dekrettext, der die wesentlichen Elemente der Verarbeitungen personenbezogener Daten enthalten wird, angenommen werden, sodass diese Elemente nicht mehr im vorliegenden Entwurf geregelt werden, oder der Anwendungsbereich des Dekrets vom 31. August 1998 ausgeweitet werden, damit dessen Artikel 93.33 bis 93.46 gegebenenfalls unter Berücksichtigung der erforderlichen Anpassungen auf den Gegenstand des Entwurfs für anwendbar erklärt werden.

Der Erlassentwurf selber ist dementsprechend anzupassen.

Bei dieser Gelegenheit muss man sich vergewissern, dass alle von der Datenschutzbehörde formulierten Bemerkungen, von denen oben die Rede ist und die sich die Gesetzgebungsabteilung zu eigen macht, berücksichtigt werden.

In Anbetracht des grundlegenden Charakters dieser Bemerkung wird der Entwurf nicht weiter untersucht.

‡LW-CIGWNBABC-HBEECQW‡

Er muss der Gesetzgebungsabteilung wieder vorgelegt werden, sobald er über eine Rechtsgrundlage verfügt, der hinsichtlich der Achtung des in Artikel 22 der Verfassung für die darin vorgesehenen Verarbeitungen personenbezogener Daten erforderlichen Legalitätsprinzips hinreichend geregelt ist, und sobald er im Lichte des vorliegenden Gutachtens revidiert worden ist.

DER GREFFIER DER PRÄSIDENT

Esther CONTI Pierre VANDERNOOT

Das Gutachten wurde unter der Aufsicht von Roger WIMMER, Erster Auditor, übersetzt.

DER CHEFGREFFIER,

Gregory DELANNAY

‡LW-CIGWNBABC-HBEECQW‡