ÜBERSETZUNG

STAATSRAT
Gesetzgebungsabteilung

Gutachten 73.108/1
vom 14. April 2023

über

einen Vorentwurf eines Dekrets ‚zur Schaffung eines Zentrums der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung‘

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

Am 14. Februar 2023 wurde der Staatsrat, Gesetzgebungsabteilung, von der Ministerin für Bildung, Forschung und Erziehung der Deutschsprachigen Gemeinschaft darum gebeten, innerhalb einer Frist von dreißig Tagen ein Gutachten über einen Vorentwurf eines Dekrets ‚zur Schaffung eines Zentrums der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung' abzugeben.

Der Vorentwurf wurde von der ersten Kammer am 30. März 2023 untersucht. Die Kammer setzte sich zusammen aus Marnix VAN DAMME, Kammerpräsident, Wouter PAS und Inge VOS, Staatsräte, Michel TISON, Beisitzer, und Wim GEURTS, Greffier.

Der Bericht wurde von Lise VANDENHENDE, beigeordneter Auditor, vorgelegt.

Das Gutachten, dessen Wortlaut nachstehend wiedergegeben ist, wurde am 14. April 2023 abgegeben.

*

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

1. Unter Anwendung von Artikel 84 § 3 Absatz 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat hat sich die Gesetzgebungsabteilung hauptsächlich darauf konzentriert, die Befugnis des erlassenden Organs, die Rechtsgrundlage [1] sowie die Frage, ob die vorgeschriebenen Formvorschriften eingehalten worden sind, zu untersuchen.

*

TRAGWEITE DES DEKRETVORENTWURFS

2. Der zur Begutachtung vorgelegte Dekretvorentwurf zielt darauf ab, eine Einrichtung öffentlichen Interesses im Sinne von Artikel 87 des Dekrets vom 25. Mai 2009 ‚über die Haushaltsordnung der Deutschsprachigen Gemeinschaft' zu schaffen, nämlich das Zentrum der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung, das die VoG „*Regionalzentrum für Kleinkindbetreuung*" (RZKB) ersetzen soll.

Einerseits wird das neue Zentrum Kinderbetreuung anbieten, was der Begründung zufolge „insbesondere durch einen Tagesmütterdienst, Kinderkrippen und an Standorten der außerschulischen Betreuung" organisiert werden wird und andererseits wird es Aufgaben für die gesamte Kinderbetreuung wahrnehmen, wie beispielsweise die Netzwerkarbeit, die Förderung der Weiterbildung, die Beratung anderer Dienstleister oder das Erstellen von Stellungnahmen in Bezug auf Anerkennungen von selbständigen Tagesmüttern/-vätern und Co-Tagesmüttern/-vätern.

In dem zur Begutachtung vorgelegten Vorentwurf werden die Zusammensetzung, die Arbeitsweise und die Aufgaben des Verwaltungsrats des Zentrums geregelt. Zudem wird vorgesehen, dass ein Beirat für Kinderbetreuung geschaffen wird, dessen Aufgabe hauptsächlich darin besteht, den Verwaltungsrat aus eigener Initiative oder auf Antrag dieses Rats über Angelegenheiten zu beraten, die im Vorentwurf geregelt werden. Darüber hinaus kann der Verwaltungsrat Mitwirkungsgremien schaffen, mit denen der Begründung zufolge beabsichtigt wird, „das Zusammenwirken aller Beteiligten in den Aufgabenbereichen des Zentrums zu fördern". Der Vorentwurf enthält auch einige Artikel über die Ernennung und die Aufgaben eines geschäftsführenden Direktors und es wird bestimmt, dass das Gesetz vom 28. April 1958 ‚über die Pension der Personalmitglieder bestimmter Einrichtungen öffentlichen Interesses und ihrer Berechtigten' auf die Beamten des Zentrums anwendbar ist.

Außerdem enthält der Vorentwurf eine Reihe von Bestimmungen über die Vertraulichkeit und den Schutz personenbezogener Daten. Für die Wahrnehmung der Aufgaben als Dienstleister verarbeitet das Zentrum die Daten in Anwendung des Dekrets vom 31. März 2014 ‚über die Kinderbetreuung', das in diesem Punkt durch den vorliegenden Vorentwurf angepasst wird. Im Vorentwurf werden auch noch die Finanzmittel des Zentrums, unter denen die finanzielle Beteiligung der Gemeinden an dem Zentrum, geregelt.

[1] Da es sich um einen Dekretvorentwurf handelt, wird unter „Rechtsgrundlage" die Übereinstimmung mit den höheren Rechtsnormen verstanden.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

Im Vorentwurf wird eine ausführliche Übergangsregelung vorgesehen, aufgrund deren insbesondere die früher beim RZKB konventionierten Tagesmüttern/-vätern bei der Schaffung des Zentrums wählen können, ob sie unter Arbeitsvertrag als Arbeitnehmer eingestellt werden oder als konventionierte Tagesmütter/-väter für das Zentrum arbeiten. Auch wird bestimmt, dass die Standorte für die Betreuung, die bereits aufgrund der Artikel 7 und 8 des Dekrets vom 31. März 2014 anerkannt wurden, weiterhin als anerkannt gelten.

Die Absicht ist, dass die entworfene Regelung auf einem von der Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft festgelegten Datum in Kraft tritt, auch wenn manche Artikel des Vorentwurfs am 1. Juni 2023 in Kraft treten werden, sodass, wie in der Begründung steht, „die Einrichtung bereits vor der Übernahme ihrer Aufgaben gewisse vorbereitende Tätigkeiten übernehmen kann, wie z.B. den Personalmitgliedern der VoG RZKB Vertragsangebote machen“.

FORMVORSCHRIFTEN

3. In Artikel 6 Absatz 2 Nr. 1 des Vorentwurfs wird vorgesehen, dass das Zentrum in Anwendung des Dekrets vom 31. März 2014 ‚über die Kinderbetreuung‘ die Kinderbetreuung wahrnimmt. In Artikel 28 § 1 wird bestimmt, dass das Zentrum über die zu diesem Zweck im Haushalt der Deutschsprachigen Gemeinschaft vorgesehenen Mittel verfügt. Der Vorentwurf bezieht sich also zweifellos auf die Bezuschussung der Kinderbetreuung. Der Beauftragte wurde gefragt, ob die entworfene Regelung gemäß Artikel 108 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) der Europäischen Kommission angemeldet worden ist. Der Beauftragte antwortete auf diese Frage wie folgt:

> „Nein, eine Anmeldung gemäß Artikel 108 Absatz 3 AEUV ist nicht vonnöten. Tatsächlich handelt es sich bei den verschiedenen Formen der Kinderbetreuung, die nicht durch die selbstständigen Tagesmütter/-väter angeboten werden, nach Einschätzung der Deutschsprachigen Gemeinschaft um ‚Dienstleistungen von Allgemeinem Wirtschaftlichen Interesse‘ (DAWI). Wie bereits die VoG RZKB wird auch das neue Zentrum der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung die im Erlass vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung vorgesehenen Sozialtarife anwenden müssen. Auch wenn die Ausgleichsleistungen des Erlasses in der DG über den de-minimis-Beiträgen liegen werden, ohne jedoch den Betrag von jährlich 15 Mio. EUR zu überschreiten (Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a) des Beschlusses 2012/21/EU), so werden dennoch die weiteren Bedingungen des Beschlusses, der mitunter die Kriterien des Altmark-Urteils des EuGH übernimmt, eingehalten, sodass gemäß Artikel 3 des Beschlusses, keine Anmeldung erforderlich ist.“

Dem Beauftragten zufolge sind also die Formen der Kinderbetreuung, die gemäß des Vorentwurfs geschaffen werden, Dienstleistungen von Allgemeinem Wirtschaftlichen Interesse (DAWI), die unter den Beschluss 2012/21/EU der Kommission vom 20. Dezember 2011 ‚über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind‘ (den sogenannten DAWI-Freistellungsbeschluss) fallen.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

Es ist zu bemerken, dass eine Bezuschussung nur effektiv unter die Befreiung der Anmeldepflicht fallen kann, wenn alle im o.a. Beschluss festgelegten Bedingungen erfüllt sind. Es steht den Verfassern des Vorentwurfs zu, zu überprüfen, ob die entworfene Regelung effektiv die im DAWI-Freistellungsbeschluss festgelegten Bedingungen erfüllt, in welchem Fall sie tatsächlich von der Anmeldepflicht befreit wäre.

UNTERSUCHUNG DES TEXTES

Artikel 6

4. In Artikel 6 Absatz 1 Nr. 6 des Vorentwurfs wird „die Förderung der Fort- und Weiterbildung für die in der Kinderbetreuung tätigen Personen“ als eine der allgemeinen Aufgaben des Zentrums definiert. Der Beauftragte bestätigte, dass beabsichtigt wird, dass das Zentrum Fortbildungen organisiert:

> „Ja, das Zentrum kann Fort- und Weiterbildungen organisieren, die es nicht nur dem eigenen Personal, sondern auch anderen in der Kinderbetreuung tätigen Personen anbietet.“

Aus diesem Grund scheint es, besser zu sein, das Wort „Förderung“ („bevorderen“) durch das Wort „Organisation“ in Artikel 6 Absatz 1 Nr. 6 des Vorentwurfs zu ersetzen [2].

5. Im Dekret vom 31. März 2014 ‚über die Kinderbetreuung‘ gibt es keinen Unterschied zwischen Kinderkrippen und Tagesmüttern/-vätern. In Artikel 6 Absatz 2 Nr. 1 des Vorentwurfs wird aber offensichtlich ein solcher Unterschied gemacht, da der Satzteil „..., insbesondere durch Tagesmütterdienste, Kinderkrippen und Standorte der außerschulischen Betreuung“ darin steht. Der Beauftragte wurde darum gebeten, um den betreffenden Unterschied zu erläutern. Der Beauftragte teilte die folgende Erläuterung mit:

> „Die Bestimmungen des Dekrets vom 31. März 2014 wurden durch den Erlass der Regierung vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung und den Erlass der Regierung vom 22. Mai 2014 über die selbstständigen Tagesmütter/-väter ausgeführt. In dem erstgenannten Erlass werden verschiedene Formen der Kinderbetreuung vorgesehen, insbesondere die Kinderbetreuung durch Tagesmütterdienste, Kinderkrippen und an Standorten der außerschulischen Betreuung. Die Auflistung dieser Formen der Kinderbetreuung im Dekretvorentwurf ist rein illustrativ und nicht erschöpfend. Sinn und Zweck war es, die aktuell bestehenden Kinderbetreuungsstrukturen widerzuspiegeln und eine dekretale Grundlage für diese Begrifflichkeiten zu schaffen.
>
> Bei dem Tagesmütterdienst, der Kinderkrippe und den Standorten der außerschulischen Betreuung sowie den selbstständigen (Co-)Tagesmüttern/-vätern handelt es sich um Dienstleister, sie bieten eine Kinderbetreuung an (Artikel 2 Absatz 1 Nummer 3 des Dekrets vom 31. März 2014 über die Kinderbetreuung). Bei den konventionierten Tagesmüttern/-vätern handelt es sich um Personen, die im Auftrag eines

[2] Dieselbe redaktionelle Anpassung ist in dem einleitenden Satz von Artikel 25 § 1 Absatz 1 des Vorentwurfs vorzunehmen.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

solchen Dienstleisters tätig sind (Artikel 2 Absatz 1 Nummer 4 des Dekrets vom 31. März 2014 über die Kinderbetreuung und Artikel 1 Nummer 7 des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung).

Die selbstständigen (Co-)Tagesmütter/-väter müssen im Dekretvorentwurf explizit erwähnt werden, da das Zentrum für Kinderbetreuung vor allem für deren Beratung und Begleitung zuständig sein wird (Artikel 6 Absatz 1 Nummern 8 und 9 des Vorentwurfs).

Die konventionierten Tagesmütter/-väter müssen ebenfalls explizit erwähnt werden, da diejenigen, die momentan als solche zugelassen sind, in dieser Form vom Zentrum übernommen werden können und demnach Kinderbetreuung im Auftrag des Zentrums, das als Dienstleister gilt, anbieten (Artikel 42 §1 Absatz 2 des Vorentwurfs).

Der Tagesmütterdienst, die Kinderkrippen und die Standorte der außerschulischen Betreuung werden, wie oben erwähnt, nur zu Illustrationszwecken aufgeführt. Diese können jedoch effektiv, vor allem in Zusammenhang mit dem in Artikel 6 Absatz 2 aufgeführten Verweis auf das Dekret vom 31. März 2014, zu Verwirrung führen. Die entsprechenden Begriffe könnten ggf. aus dem Dekretvorentwurf gestrichen werden.“

Aus der von dem Beauftragten erteilten Erläuterung geht hervor, dass der Hinweis auf die „Tagesmütterdienste, Kinderkrippen und Standorte der außerschulischen Betreuung“ in Artikel 6 Absatz 2 Nr. 1 des Vorentwurfs eher zur Illustration gilt. Fraglich ist also, ob es nicht besser wäre, einen solchen Hinweis aus dem Text des Vorentwurfs auszulassen und ob es ausreicht, eine zusätzliche Verdeutlichung in die Begründung des Vorentwurfs aufzunehmen [3].

Artikel 25

6. In Artikel 25 § 2 des Vorentwurfs wird die Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft ermächtigt, „die in den Absätzen 1 bis 4 aufgeführten Datenkategorien [zu] präzisieren“ („de gegevenscategorieën vermeld in het eerste tot vierde lid [te] preciseren“). Artikel 25 § 2 besteht jedoch aus einem einzigen Absatz. Damit wird daher wahrscheinlich beabsichtigt, auf einige Absätze von Artikel 25 § 1 des Vorentwurfs zu verweisen. Der betreffende Hinweis in Artikel 25 § 2 soll also berichtigt werden. Dieselbe Bemerkung gilt für den Hinweis auf „Artikel 25 Absätze 1 bis 4“ in Artikel 26 Absatz 1 des Vorentwurfs.

Artikel 36 bis 39

7.1. Die Artikel 36 bis 39 des Vorentwurfs zielen darauf ab, das Dekret vom 31. März 2014 „über die Kinderbetreuung“ um eine Reihe von Bestimmungen über die Verarbeitung personenbezogener Daten und, insbesondere, die Kategorien der zu verarbeitenden personenbezogenen Daten, die Dauer der Verarbeitbarkeit der Daten und die Sicherheitsmaßnahmen zu ergänzen.

7.2. Gemäß Artikel 22 der Verfassung unterliegt jede Verarbeitung personenbezogener Daten und, mehr allgemein, jede Verletzung des Rechts auf Privatleben der Einhaltung des formellen Gesetzmäßigkeitsprinzips.

[3] Auch in Artikel 43 des Vorentwurfs steht der Satzteil „Kinderkrippen, Standorte der außerschulischen Betreuung und Tagesmütterdienste“.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

Indem Artikel 22 der Verfassung dem zuständigen Gesetzgeber die Befugnis vorbehält, festzulegen, in welchen Fällen und unter welchen Bedingungen vom Recht auf Achtung des Privatlebens abgewichen werden kann, gewährleistet er einem jeden Bürger, dass keinerlei Einmischung in dieses Recht erfolgen darf, außer aufgrund von Regeln, 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 [4].

Folglich müssen die „wesentlichen Elemente“ der Verarbeitungen personenbezogener Daten im Gesetz selbst festgelegt sein. Diesbezüglich sind sowohl der Staatsrat, Gesetzgebungsabteilung [5] als auch der Verfassungsgerichtshof [6] der Ansicht, dass unabhängig von der Art der betreffenden Angelegenheit, die folgenden Elemente im Prinzip „wesentliche Elemente“ ausmachen: (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.

7.3. Neben dem formalen Erfordernis der Legalität wird durch Artikel 22 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit den Artikeln 7, 8 und 52 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ebenfalls die Verpflichtung auferlegt, dass die Einmischung in das Recht auf Achtung des Privatlebens und das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten deutlich und ausreichend präzise formuliert wird, damit es möglich ist, die Fälle vorherzusehen, in denen der Gesetzgeber eine solche Einmischung erlaubt [7].

Auf dem Gebiet des Datenschutzes bedeutet dieses Erfordernis der Vorhersehbarkeit, dass ausreichend präzise vorgesehen werden muss, unter welchen Umständen Verarbeitungen von personenbezogenen Daten erlaubt sind [8].

Jeder muss somit eine ausreichend klare Vorstellung von den verarbeiteten Daten, den von einer bestimmten Datenverarbeitung betroffenen Personen und den Bedingungen und Zwecken dieser Verarbeitung haben können [9].

---

[4] Ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs: siehe u.a. Verfassungsgerichtshof, 18. März 2010, Nr. 29/2010, B.16.1; Verfassungsgerichtshof, 20. Februar 2020, Nr. 27/2020, B.17.

[5] Gutachten des Staatsrates 68.936/AV vom 7. April 2021 über einen Vorentwurf, der zum Gesetz vom 14. August 2021 ‚über verwaltungspolizeiliche Maßnahmen in einer epidemischen Notsituation‘ geworden ist, Bemerkung 101 (*Parl. Dok.*, Kammer 2020-21, Nr. 55-1951/001, 119).

[6] Verfassungsgerichtshof, 10. März 2022, Nr. 33/2022, B.13.1; Verfassungsgerichtshof, 22. September 2022, Nr. 110/2022, B.11.2.

[7] Verfassungsgerichtshof, 10. März 2022, Nr. 33/2022, B.13.2.

[8] EuGHMR, Große Kammer, 4. Mai 2000, *Rotaru gegen Rumänien*, § 57; EuGHMR, Große Kammer, 4. Dezember 2008, *S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich*, § 99; Verfassungsgerichtshof, 10. März 2022, Nr. 33/2022, B.13.2.

[9] Verfassungsgerichtshof, 10. März 2022, Nr. 33/2022, B.13.2.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

7.4. In dem entworfenen Artikel 15.1 Absatz 5 des Dekrets vom 31. März 2014 (Artikel 37 des Vorentwurfs) wird die Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft ermächtigt, „die in den Absätzen 1 und 4 aufgeführten Datenkategorien [zu] präzisieren“. Die der Regierung auf diese Weise delegierte Befugnis kann jedoch nicht dazu verwendet werden, um bestimmte Kategorien von zu verarbeitenden Daten näher zu spezifizieren, wenn der Dekretgeber diese Kategorien zu allgemein oder auf unbestimmte Weise definiert hat. Es kann auch nicht auf die allgemeine Durchführungszuständigkeit gestützt werden, über die die Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft kraft Artikel 7 des Gesetzes vom 31. Dezember 1983 ‚über institutionelle Reformen für die Deutschsprachige Gemeinschaft‘ in Verbindung mit Artikel 20 des Sondergesetzes vom 8. August 1980 ‚zur Reform der Institutionen‘ verfügt. Die „Kategorie der verarbeiteten Daten“ ist nämlich ein „wesentliches Element“ der Datenverarbeitung, das vom Dekretgeber selbst festgelegt werden muss.

Darüber hinaus würde eine zu allgemeine oder unbestimmte Definition einer Kategorie der zu verarbeitenden personenbezogenen Daten gegen das materielle Rechtmäßigkeitsprinzip von Artikel 22 der Verfassung verstoßen, da eine solche Definition es nicht ermöglicht, ein hinreichend deutliches Bild der verarbeiteten Daten zu haben. Es kann daher nicht geprüft werden, ob die betroffene Datenverarbeitung mit dem Prinzip der minimalen Datenverarbeitung vereinbar ist, wie es sich aus Artikel 5 Paragraph 1 c) der DSGVO ergibt [10]. Es kann auch nicht geprüft werden, ob die Verarbeitung eine besondere Kategorie besonders schützenswerter personenbezogener Daten betrifft, deren Verarbeitung gemäß Artikel 9 Paragraph 1 der DSGVO grundsätzlich verboten ist und nur in den in Artikel 9 Paragraph 2 derselben Verordnung abschließend aufgezählten Ausnahmefällen möglich ist.

Unter Berücksichtigung des Obenstehenden sollten die Verfasser des Vorentwurfs die Auflistung von personenbezogenen Daten im entworfenen Artikel 15.1 Absätze 1 bis 4 des Dekrets vom 31. März 2014 (Artikel 37 des Vorentwurfs) einer zusätzlichen Überprüfung unterziehen. Diesbezüglich ist die Gesetzgebungsabteilung der Ansicht, dass auf jeden Fall die allgemeine und zu unbestimmte Angabe von „besonders schützenswerte(n) Daten“ in dem entworfenen Artikel 15.1 Absatz 1 Nr. 4 g) des o.a. Dekrets vom Dekretgeber näher spezifiziert werden sollte.

7.5. Im entworfenen Artikel 15.1 Absatz 1 Nr. 3 des Dekrets vom 31. März 2014 (Artikel 37 des Vorentwurfs) sollte der Verweis auf „die in Absatz 1 erwähnten Kinder“ korrigiert werden.

7.6. Der entworfene Artikel 15.2 Absatz 1 des Dekrets vom 31. März 2014 (Artikel 38 des Vorentwurfs) bestimmt, dass die verarbeiteten Daten „höchstens während 10 Jahren nach Beendigung der Kinderbetreuung (…) aufbewahrt werden [dürfen]“. Diesbezüglich teilte der Beauftragte Folgendes mit:

> „Die Aufbewahrungsfrist in Artikel 38 von 10 Jahren orientiert sich an der allgemeinen Verjährungsfrist für persönliche Klagen, die gemäß Artikel 2262bis des früheren Zivilgesetzbuches 10 Jahre beträgt“.

[10] 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)‘.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

Es wäre ratsam, diese Erläuterung in die Begründung des Vorentwurfs aufzunehmen.

Artikel 42

8.1. Artikel 42 § 1 des Vorentwurfs bestimmt, dass die Personalmitglieder des RZKB, die sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der entworfenen Regelung in einem Beschäftigungsverhältnis mit dem RZKB befinden, auf Grundlage eines entsprechenden Angebots des Zentrums bei dem Zentrum unter Vertrag eingestellt werden. Ein Auswahlverfahren für die betroffenen Personalmitglieder oder ein öffentlicher Bewerberaufruf wird also nicht vorgesehen.

Es stellt sich die Frage nach der möglichen Anwendung der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 ‚zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen', wie sie durch das KAA Nr. 32*bis*, abgeändert durch das KAA Nr. 32*quinquies* vom 13. März 2002, in das innerstaatliche Recht umgesetzt wurde [11].

Nach Meinung des Beauftragten ist die o.a. Richtlinie in dem betreffenden Fall nicht anwendbar:

> „Diese Richtlinie ist nicht anwendbar, da es sich nicht um einen Übergang eines Unternehmens, Betriebs bzw. von Unternehmens- oder Betriebsteilen im Sinne von Artikel 1 dieser Richtlinie handelt.
>
> (…)
>
> Durch Artikel 42 § 1 wird den Personalmitgliedern der VoG Regionalzentrum für Kleinkindbetreuung das Angebot gemacht für das neue Zentrum für Kinderbetreuung zu arbeiten.
>
> Durch das vorliegende Dekret wird die VoG Regionalzentrum für Kleinkindbetreuung nicht aufgelöst.
>
> Die VoG wird weiterbestehen, wenn sie nicht unter Einhaltung des Gesetzbuchs der Gesellschaften und Vereinigungen liquidiert wird".

Die Richtlinie 2001/32/EG und ihre Umsetzung durch das KAA Nr. 32*bis* ist laut Artikel 1 Paragraph 1 a) dieser Richtlinie auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar. Die betroffene Richtlinie und ihre nationale Umsetzung gelten infolgedessen nur, wenn drei Bedingungen kumulativ erfüllt sind: (1) es muss ein

[11] Kollektives Arbeitsabkommen Nr. 32*quinquies* vom 13. März 2002, geschlossen im Nationalen Arbeitsrat, zur Abänderung des kollektiven Arbeitsabkommens Nr. 32bis vom 7. Juni 1985 über die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei Arbeitgeberwechsel infolge einer vertraglich geregelten Unternehmensübertragung und zur Regelung der Rechte der im Falle der Übernahme des Vermögens nach Konkurs oder gerichtlichem Vergleich durch Überlassung der Vermögensmasse übernommenen Arbeitnehmer.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

Arbeitgeberwechsel stattfinden, (2) infolge eines vertraglich geregelten Übergangs von (3) einem Unternehmen oder einer Abteilung davon [12].

Die Begründung zum Vorentwurf deutet darauf hin, dass die Übertragung in einer Vereinbarung geregelt sein wird. Darüber hinaus muss auch von einem Übergang eines Unternehmens die Rede sein. Die bloße Fortsetzung der Tätigkeit reicht nämlich nicht aus [13]. Wichtig ist, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt, im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen [14]. In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, was bei einer Tätigkeit, die keinen Einsatz besonderer materieller Mittel erfordert, der Fall ist, kann jedoch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellen und ihre Identität über ihren Übergang hinaus bewahren, wenn der neue Unternehmensinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Belegschaft übernimmt, die sein Vorgänger gezielt für diese Tätigkeit eingesetzt hatte. Denn dann erwirbt der neue Unternehmensinhaber eine organisierte Gesamtheit von Faktoren, die ihm die Fortsetzung der Tätigkeiten oder bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens auf Dauer erlaubt [15]. Der Europäische Gerichtshof hat dies in einem vor kurzem gegebenen Urteil wie folgt präzisiert:

> „In Anbetracht dieser Gesichtspunkte ist erstens darauf hinzuweisen, dass – außer dem von der oben in Rn. 93 angeführten Rechtsprechung erfassten Fall, in dem es bei der Tätigkeit im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt – in einem Fall, in dem die materiellen Aktiva wie Gebäude und bewegliche Güter für das ordnungsgemäße Funktionieren der betreffenden Einheit nicht unerlässlich sind oder auch die menschliche Arbeitskraft und diese materiellen Aktiva gleichermaßen für das ordnungsgemäße Funktionieren dieser Einheit von Bedeutung sind und die Tätigkeit des ausscheidenden Unternehmens vom eintretenden Unternehmen fortgeführt wird und dieses das Personal im Wesentlichen übernommen hat, das Unterbleiben eines Übergangs von materiellen Aktiva nicht der Feststellung entgegensteht, dass die Identität der wirtschaftlichen Einheit über ihren Übergang hinaus erhalten bleibt, so dass ein ‚Unternehmensübergang' im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23 anzunehmen wäre" [16].

---

[12] B. VANSCHOEBEKE, „Het belang van de aard van de onderneming voor de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG. Situering en kanttekeningen naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van 27 februari 2020 (zaak C-298/18) inzake de exploitatie van buslijnen", *JTT* 2020, Nr. 16, 313.

[13] B. VANSCHOEBEKE, *l.c.*, Nr. 16, 314, der auf EuGH 27. Februar 2020, Nr. C-298/18, ECLI:EU:C:2020:121, Reiner Grafe, Punkt 26, verweist; EuGH 13. Juni 2019, Nr. C-664/17, ECLI:EU:C:2019:496, Ellinika Nafpigeia AE, Punkt 53.

[14] Um die Identität inhaltlich zu deuten, wird noch auf andere miteinander zusammenhängenden Faktoren wie dem Personal der Einheit, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln verwiesen, siehe B. VANSCHOEBEKE, *l.c.*, Nr. 16, 314, der auf EuGH 27. Februar 2020, Nr. C‑298/18, ECLI:EU:C:2020:121, Reiner Grafe, Punkt 26 verweist; EuGH 13. Juni 2019, Nr. C-664/17, ECLI:EU:C:2019:496, Ellinika Nafpigeia AE, Punkt 62 (wo auch von einer funktionellen Selbständigkeit die Rede ist, um die Identität zu bestimmen).

[15] EuGH 11. Juli 2018, Nr. C-60/17, ECLI:EU:C:2018:559, Somoza Hermo und Ilunión Seguridad, Punkte 34 und 35 und die dort erwähnte Rechtsprechung.

[16] EuGH 24. Juni 2021, Nr. C-550/19, ECLI:EU:C:2021:514, EV, Punkt 97.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

Aus der erwähnten Rechtsprechung ergibt sich, dass der Übergang von Personal ausreichen kann, um von einem Übergang eines (Teiles eines) Unternehmens zu sprechen, wenn die Tätigkeit hauptsächlich auf Arbeitskraft beruht. Im Lichte dieser Rechtsprechung kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass das RZKB zumindest teilweise von dem Zentrum für Kinderbetreuung übernommen wird, was zur Folge hat, dass KAA Nr. 32*bis* und die darin enthaltenen Garantien anwendbar werden.

Artikel 42 §§ 1 und 2 des Vorentwurfs kann, soweit er vorsieht, dass die Arbeitnehmer von dem Zentrum unter Beibehaltung von mindestens dem Besoldungspaket, das sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des entworfenen Dekrets hatten, eingestellt werden, als mit dem KAA Nr. 32*bis* vereinbar angesehen werden, sofern jedoch das in Artikel 42 § 1 des Vorentwurfs erwähnte Angebot des Zentrums auch die gleichen Rechte und Pflichten umfasst [17].

8.2. Vorbehaltlich der unter Nr. 8.1 formulierten Bemerkung zur Anwendbarkeit der Richtlinie 2001/23/EG ist darauf hinzuweisen, dass im Lichte der vom Beauftragten vertretenen Auffassung über diese Anwendbarkeit weiterhin das in Artikel 10 der Verfassung verankerte Gleichheitsprinzip zu beachten ist, dem zufolge jedem ein gleicher Zugang zu dem öffentlichen Amt gewährleistet wird, was die Behörde dazu verpflichtet, die Ansprüche der verschiedenen Bewerber objektiv zu vergleichen und bei Einstellungen den Vorrang demjenigen zu geben, der aufgrund des allgemeinen Interesses der meistgeeignete Bewerber ist. Eine automatische „Übernahme“ von Personal, das bei einer privaten Rechtsperson, d.h. dem RZKB, beschäftigt war, ohne dass die für die Behörde anwendbare Anforderungen des gleichen Zugangs und der objektiven Auswahl gelten, verstößt folglich gegen das o.a. Gleichheitsprinzip [18].

Das Fehlen eines öffentlichen Bewerberaufrufs und einer objektiven Auswahlprüfung hat zur Folge, dass Bewerber, die an einer Stelle in dem Zentrum für Kinderbetreuung interessiert sein könnten, nicht berücksichtigt werden, was gegen das o.a. Prinzip des gleichen Zugangs zum öffentlichen Amt verstoßen kann [19]. Eine Abweichung von diesem Prinzip kann nur angenommen werden, wenn dafür eine rechtlich akzeptabele Rechtfertigung gegeben werden kann, insbesondere was den relevanten Charakter des angewandten Unterscheidungskriteriums und die Verhältnismäßigkeit zwischen dem verwendeten Mittel und dem verfolgten Ziel betrifft. Im vorliegenden Fall gibt es jedoch nirgends eine Rechtfertigung für das Fehlen eines öffentlichen Bewerberaufrufs oder einer objektiven Auswahlprüfung.

[17] Siehe Art. 7 des KAA Nr. 32*bis*.

[18] Siehe Gutachten des Staatsrates 39.103/3 vom 4. Oktober 2005 über einen Vorentwurf, der zum Dekret vom 31. März 2006 ‚tot overname van personeelsleden van VZW Info-Toerisme door het Intern Verzelfstandigd Agentschap Toerisme Vlaanderen‘ geworden ist, Bemerkung 4.2. ff.

[19] Siehe z.B. Gutachten des Staatsrates 70.104/1 vom 27. September 2021 über einen Entwurf, der zum Erlass der Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft vom 28. Oktober 2021 ‚zur Abänderung verschiedener dienst- und besoldungsrechtlicher Bestimmungen betreffend das Personal des Ministeriums und bestimmter Einrichtungen öffentlichen Interesses der Deutschsprachigen Gemeinschaft‘ geworden ist, Bemerkung 7.1 ff.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

Der Beauftragte wurde darum gebeten, zu erklären, warum seiner Meinung nach Artikel 42 § 1 des Vorentwurfs mit dem Prinzip des gleichen Zugangs zum öffentlichen Amt vereinbar ist und warum die Stellen nicht durch eine objektive Auswahlprüfung besetzt werden. Diesbezüglich erklärte er:

> „Prinzipiell gilt das Prinzip des gleichen Zugangs der Bürger zu einem öffentlichen Amt. Allerdings kann laut der Rechtsprechung des Staatsrats von diesem Prinzip abgewichen werden, wenn dafür eine rechtlich akzeptable Rechtfertigung gegeben werden kann, insbesondere was den relevanten Charakter des angewandten Unterscheidungskriteriums und die Verhältnismäßigkeit zwischen dem verwendeten Mittel und dem verfolgten Ziel betrifft.
>
> Davon abgesehen handelt es sich bei den Personalmitgliedern des Zentrums, die übernommen werden, um vertragliche Mitglieder“.

Im Lichte der vom Beauftragten gegebenen Erklärung wäre es ratsam, dass die Begründung des Vorentwurfs eine konkrete und ausreichende Rechtfertigung enthält, die die Abweichung vom Prinzip des gleichen Zugangs zum öffentlichen Amt rechtfertigen kann [20].

Artikel 44

9. Artikel 44 des Vorentwurfs bestimmt, dass „[i]n Abweichung von Artikel 12 des Dekrets vom 31. März 2014 über die Kinderbetreuung [...] das Zentrum im Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel keine Zuschüsse im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung erhalten [kann]“. In der Begründung zum Vorentwurf wird klargestellt, dass das Zentrum die betroffenen Zuschüsse nicht erhalten kann, „da es eine Dotation erhalten wird“. Da Artikel 44 des Vorentwurfs nicht nur eine zeitweilige Regelung enthält und nicht darauf abzielt, den Übergang von einer Rechtslage zu einer anderen zu regeln, sollte sein Titel „Übergangsbestimmung“ abgeändert werden. Außerdem sollte die betroffene Bestimmung besser in Artikel 28 des Vorentwurfs („Finanzmittel des Zentrums“) aufgenommen werden.

DER GREFFIER DER PRÄSIDENT

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

[20] Für eine Reihe von Fällen, in denen eine angemessene Begründung als vorhanden angesehen wurde, siehe z. B. Gutachten des Staatsrates 71.900/1/V vom 29. August 2022 über einen Vorentwurf, der zum Dekret vom 2. Dezember 2022 ‚over de overname van de personeelsleden van het Agentschap Integratie en Inburgering door het agentschap Facilitair Bedrijf‘ geworden ist, Bemerkung 3.1; Gutachten des Staatsrates 60.043/1 vom 7. Oktober 2016 über einen Vorentwurf, der zum Dekret vom 23. Dezember 2016 ‚tot overname van de personeelsleden van de vzw Plan C door de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij‘ geworden ist, Bemerkung 3.

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡

Das Gutachten wurde unter der Aufsicht von Ronny VERCRUYSSEN, Erster Auditor, übersetzt.

DER CHEFGREFFIER,

Gregory DELANNAY

‡LW-CBEXNCGCA-HDBAIQW‡