



Ressort 6 Vereinte
Bundesdatenschutzbeauftragter Dienstleistungs-
Norbert Warga gewerkschaft

ver.di • 10112 Berlin, Bundesdatenschutzbeauftragter

Damen und Herren
 im Beirat ELENA beim
 BMWi

Bundesverwaltung

10119 Berlin
 per e-mail

10112 Berlin

Telefon: 030-6956-0

Telefax: 030-6956-0

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich danke Ihnen für meine Berufung in den Beirat und die über-
 sandte Einladung zur nächsten Sitzung am 20.01.2010, an der
 ich gerne teilnehmen werde.

Datum	17.01.2010
Ihre Zeichen	
Unsere Zeichen	Wa
Tel.-Durchwahl	1540/1541
Fax-Durchwahl	3256

Den mit den Sitzungsunterlagen mitgeteiltem Wunsch, die An-
 gaben des Datensatzes auf weitere mögliche Reduzierungen
 der Angaben auf das absolut Notwendige zu überprüfen und
 Vorschläge zur Reduzierung des Datensatzes an den AK ELENA weiterzugeben, komme ich
 gerne bereits jetzt nach und übersende die datenschutzrechtlichen Bedenken und Lö-
 schungsvorschläge als die dringenden gewerkschaftlichen Forderungen zum MVDS ELENA.

Unbestimmte Datenerhebungen in Datenfeldern Typ „an“ Art „k“

Datenerhebungen ohne vorherige Zweckbestimmung widersprechen dem Zweckbestim-
 mungserfordernis nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG. Dies sind z.B. die Datenfelder 093-112
 und 197-216 mit je 20 Stellen aus der Version 1.1., die mit beliebigen Einträgen alphanume-
 rischer Angaben zu füllen sind.

Rückschlüsse auf die Tätigkeit betrieblicher/behördlicher Interessenvertretung

Diese o.a. Felder sind gleichermaßen geeignet, Angaben über eine Tätigkeit als Interessen-
 vertreter aufzunehmen. Angesichts der gesellschaftlichen Gegebenheiten mit den vielfältigen
 oftmals negierenden Haltungen von Arbeitgebern gegenüber den betrieblichen Interessen-
 vertretungen, die z.B. auch in den Beschlußverfahren bezüglich der Feststellung von Beteili-
 gungsrechten deutlich werden, bestehen nicht zu übersehende Gründe zu der Annahme,
 dass die Betroffenen ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erfassung und
 Übermittlung und weiteren Nutzung ihrer Interessenvertretungseigenschaft haben.

Einen solchen Rückschluss lassen aber auch Einträge bezüglich eines zeitlich begrenzter
 Ausschluss einer Kündigung anlässlich nur sehr seltener Praxisfälle zu, wie z.B. im MVDS
 Anlage 6 Vers. 1.2.:

„3.14.3.5. Zeitlich unbegrenzter Ausschluss der Kündigung

395- 395	001	an	m	ZEITLICH UNBEGRENZTER AUSSCHLUSS DER KUENDIGUNG KAU	Ist die ordentliche Kündigung zeitlich unbegrenzt ausgeschlossen? J = ja N = nein Bescheinigung: 2.1
-------------	-----	----	---	--------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Bitte angeben, ob die ordentliche Kündigung zeitlich unbegrenzt ausgeschlossen war. Die Frage ist auch mit "Ja" zu beantworten, wenn die ordentliche Kündigung gesetzlich, nach Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag ausgeschlossen war.

Beispiele:

- Ein zeitlich unbegrenzter Ausschluss kann vorliegen, wenn dem Arbeitnehmer nach dem Tarifvertrag wegen seines Alters und seiner langen Betriebszugehörigkeit nicht mehr ordentlich gekündigt werden kann und der Tarifvertrag dazu auch keine Ausnahme zulässt (z. B. Kündigung bei Vorliegen eines Sozialplanes), die auf den Arbeitnehmer und seinen letzten Arbeitsplatz zutrifft.
 - Zeitlich begrenzt ausgeschlossen ist z. B. die ordentliche Kündigung von **Betriebsratsmitgliedern***, **Personalratsmitgliedern***, Schwerbehinderten, während der Elternzeit oder des Mutterschutzes.
 - Eine Berechtigung zur fristgebundenen Kündigung aus wichtigem Grund kann in Fällen einer Betriebsstilllegung gegeben sein.“
- *Hervorhebungen durch den Verfasser

Angesicht des schutzwürdigen Interesses an einem Arbeitsplatz und vor einer existentiellen Gefährdung dürfen solche Eingabemöglichkeiten sowohl einer unmittelbaren Kennung als auch einer mittelbaren Erkenntnis nach Abwägung der Interessen und Datenschutzerfordernisse und bei Beachtung einer möglichen Häufigkeit tatsächlich gegebener Zweckbestimmung hinsichtlich der Grundsätze der Datenvermeidung und –sparsamkeit nicht vorgesehen werden und sind aus dem MVDS zu entfernen.

Kündigung – Abmahnung und vertragswidriges Verhalten

Bezüglich der hier geforderten Angaben in den nachstehenden Datenfeldern des 3.14. Datenbaustein DBKE -Kündigung/Entlassung: 076-076, 077-077, 078-085 und 086-340 bestehen erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken. Dieser Datenbaustein „Kündigung/Entlassung“ ist erstmals für Entgeltabrechnungen ab 01.07.2010 zu melden.

Auch die ergänzenden Ausführungen in der Version 1.2 nach der 1.1 zu diesen Datenfeldern geben keinen Aufschluss hinsichtlich nachvollziehbarer Zweckbestimmung der geforderten Angaben bezüglich einer Abmahnung oder eines vertragswidrigen Verhaltens jeweils mit der Datenfeldart „Mussangabe unter Bedingungen“.

Vielmehr ist die Frage nach einem vertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers auch nicht von einer unparteiischen Bewertungsstelle oder einem Gericht zu beantworten, sondern von der Vertragspartei „Arbeitgeber“, die sich mit der Vertragspartei „Arbeitnehmer“ noch in einem Konflikt befindet oder zeitnah in einem solchen befand.

Ferner zeigt die Vielzahl an gerichtlichen Auseinandersetzungen über die Rechtmäßigkeit von „Abmahnungen“ als arbeitsrechtliche Sanktionsmaßnahme - oftmals mit dem Zweck der Einleitung einer Kündigung - der Arbeitgeber gegenüber Arbeitnehmern, dass nicht jede erteilte Abmahnung als rechtmäßiges Mittel des Arbeitgebers zu werten ist.

„3.14.2.11. Kündigungsanlass/Entlassungsanlass

Hier ist die Antwort auf die Frage zu melden, ob die Entlassung/Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber auf vertragswidrigem Verhalten des Arbeitnehmers beruht.

Der zweite Fall der Spalte „Inhalt/Erläuterung“ („erfolgt wäre“) betrifft die Fälle, in denen eine Arbeitnehmerkündigung vorliegt oder ein Aufhebungsvertrag geschlossen wurde, wobei der Arbeitgeber anderenfalls ohnehin gekündigt hätte.

076-076	001	an	m	KUENDIGUNGS- ANLASS-ENT- LASSUNGSANLASS AVKUEAL	Wenn Entlassung/Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch Arbeitgeber erfolgte oder erfolgt wäre, erfolgte sie wegen vertragswidrigem Verhalten des Arbeitnehmers? J = ja N = nein Bescheinigung: 2.1
---------	-----	----	---	----------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

3.14.2.12. Kündigungsanlass Abmahnung

077-077	001	an	m	KUENDIGUNGS- ANLASS ABMAHNUNG AVKUEALAM	Wenn Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch Arbeitgeber wegen vertragswidrigem Verhalten erfolgte, war deshalb bereits eine Abmahnung erfolgt? J = ja N = nein Bescheinigung: 2.1
---------	-----	----	---	--------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Antwort auf die Frage, ob der Arbeitnehmer wegen desselben Verhaltens schon einmal zu einem früheren Zeitpunkt abgemahnt wurde.

3.14.2.13. Datum der Abmahnung

078-085	008	n	M	DATUM DER ABMAHNUNG AVAMDAT	Datum der vorherigen Abmahnung in der Form: jhjmmmtt Bescheinigung: 2.1
---------	-----	---	---	-----------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------

Datum (Zeitpunkt) der Abmahnung angeben.

3.14.2.14. Schilderung vertragswidrigen Verhaltens/Entlassungsanlass

086-340	255	an	k	SCHILDERUNG VERTRAGS- WIDRIGEN VERHALTENS- ENTLASUNGS- ANLASS VWIVER	Schilderung des vertragswidrigen Verhaltens, das Anlass der Kündigung/Entlassung war (Freitext) Bescheinigung: 2.1
---------	-----	----	---	-------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Hier ist im Freitext zu melden, worin das vertragswidrige Verhalten bestand. Die Angabe dient der Prüfung, ob eine Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe in Frage kommt.“

Auch hier gilt angesichts der Möglichkeit umfangreicher Einträge, dass eine Datenerhebung ohne vorherige Zweckbestimmung dem Zweckbestimmungserfordernis nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG widerspricht. Das Datenfeld 086-340 ist auf 255 Stellen mit beliebigen Einträgen alphanumerischer Angaben zu füllen und dient der arbeitgeberseitigen „Schilderung“ des Verhaltens mit der/m Arbeitnehmer/in, mit der sich der „Autor“ gerade in einem nach seiner Wahrnehmung arbeitsrechtlich zu sanktionierenden Konflikt befindet und folglich kaum als objektive Schilderung anzunehmen ist.

Nicht zu übersehen ist, dass die oftmals höchst illustre Schilderung von Abmahnungsanlässen die Betroffenen hinsichtlich ihrer schutzwürdigen Interessen gefährdet. Angesichts des schutzwürdigen Interesses an einem Arbeitsplatz und vor einer existentiellen Gefährdung dürfen solche Eingabemöglichkeiten sowohl einer unmittelbaren Kennung als auch einer mittelbaren Erkenntnis nach Abwägung der Interessen und Datenschutzerfordernisse und bei Beachtung einer möglichen Häufigkeit tatsächlich gegebener Zweckbestimmung hinsichtlich der Grundsätze der Datenvermeidung und –sparsamkeit nicht vorgesehen werden und sind aus dem MVDS zu entfernen.

Hier ist wohl eine Abwägung hinsichtlich der Informationswünsche der Bundesagentur für Arbeit mit denen der Betroffenen zu treffen. Dabei geht der zwangsläufig parteiische Informationsgehalt auch über den ursprünglichen arbeitsrechtlichen Zweck der Abmahnung deutlich und nach Abwägung der anzunehmenden schutzwürdigen Belange der Betroffenen datenschutzrechtlich unzulässig hinaus. Weiterhin ist anzunehmen, dass es sich insoweit bezüglich des Anlasses und der Betroffenen um eine nachträgliche Zweckänderung und insoweit um eine anzunehmende rechtswidrige Nutzung bzw. Weitergabe handelt.

Angabe der Datenfeld bezogenen Zweckbestimmungen

Wir begrüßen die von uns öffentlich angeregte und nunmehr vorgesehene Ergänzung der Tabellen, Datensätze und Datenfelder hinsichtlich der gesetzlichen Zweckbestimmungen. Dies dient auch der Transparenz der Tabelle des multifunktionalen Verdienstdatensatzes MVDS der zu speichernden Daten. Ferner entspricht dies den datenschutzrechtlichen Anforderungen der „Zweckbestimmung“ gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG und lässt so auch die Betroffenen die Zulässigkeit der Datenerhebung bezüglich der jeweiligen Gesetzesgrundlagen erkennen.

Nach der öffentlichen Diskussion und der gewerkschaftlichen und gesellschaftlichen Proteste wurden die Gemeinsamen Grundsätze (Datensatz zum ELENA Verfahren) zum 30.12.2009 etwas geändert und liegen in der Fassung 1.2. den Anwendern auf der Internetseite des ELENA Verfahrens inkl. einer überarbeiteten Verfahrensbeschreibung (Anlage 6) vor.

(Un)rechtmäßiger Streik und Aussperrung

So wurden in dem Datenbaustein- Fehlzeiten (DBFZ) die zunächst vorgesehenen Datenfeld-einträge 11 – 16 auf die Möglichkeit des Feldeintrages 11 reduziert.

015-016	002	n	M	ART DER FEHLZEIT FEHLART	<p>Art der Fehlzeit</p> <p>01 = Krankengeld/Krankentagegeld/KUGKrankengeld /Übergangsgeld/Verletztengeld</p> <p>02 = Kranken-/Verletztengeld bei Pflege eines kranken Kindes</p> <p>03 = Mutterschutzfrist (Mutterschaft nach §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuschG)</p> <p>04 = Versorgungskrankengeld</p> <p>05 = unbesetzt</p> <p>06 = Pflegezeit nach § 2 oder § 3 Abs.1 PflegeZG</p> <p>07 = Elternzeit</p> <p>08 = Einstellung Entgeltersatzleistung wegen voller Erwerbsminderungsrente</p> <p>09 = Wehrdienst/Eignungsübung/Zivildienst/ Wehrübung</p> <p>10 = unbezahlter Urlaub</p> <p>11 = unbezahlte Fehlzeit (z.B. unentschuldigtes Fehlen/Arbeitsbummelei/Wochenende oder Feiertage ohne Entgelt/Pflege eines kranken Kindes ohne Kranken- oder Verletztengeldbezug/kurzzeitige Arbeitsverhinderung wegen Pflege)</p> <p>12 = unrechtmäßiger Streik</p> <p>13 = Aussteuerung</p> <p>14 = rechtmäßiger Streik</p> <p>15 = Aussperrung</p> <p>16 = unwiderrufliche Freistellung ohne Weiterzahlung des Arbeitsentgeltes Bescheinigung: 2.1, 2.3, 3.1, 5.3</p>
---------	-----	---	---	-----------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

In der **Verfahrensbeschreibung – Anlage 6** Multifunktionaler Verdienstdatensatz Fachlicher Inhalt **Version 1.2** Stand 14.01.2010 heißt es hierzu:

„Hinweis zur Nr. 11: Hier sind alle Fehlzeiten zu melden, die nicht unter die sonstigen Schlüssel eingeordnet werden können, z.B. unentschuldigtes Fehlen / Wochenende oder Feiertage ohne Entgelt / Pflege eines kranken Kindes ohne Kranken- oder Verletztengeldbezug / Streik und Aussperrung.“

Dies war auch erforderlich, da die Teilnahme an einem Streik ganz allgemein einen Rückschluss auf eine gewerkschaftliche Zugehörigkeit oder zumindest einen gewerkschaftlichen Kontakt und aktionsbezogene Verbundenheit zulässt. Damit handelt es sich um ein Datum einer besonderen Art –sensitive

Datum –nach § 3 Abs. 9 BDSG. Die Verarbeitung dieser Daten ist nach Abs. III Art. 8 der Richtlinie 95/46/EG untersagt. Die Ausnahmen der Untersagung nach dem dortigen Absatz 2 sind dabei im nationalen Recht in Deutschland nicht zutreffend gegeben. Ferner ist die Argumentation einer sozialversicherungsrechtlichen Zweckbestimmung nicht zutreffend:

Eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt ist nach § 7 Abs. 3 Satz 1 SGB IV - gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - als fortbestehend bis zu einem Monat anzunehmen, solange das Beschäftigungsverhältnis auch ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert (z.B. unbezahlter Urlaub, Arbeitsbummelei, **Streik, Aussper- rung**):

„3) ¹Eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt gilt als fortbestehend, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch nicht länger als einen Monat.“

Diese Vorschrift gilt generell für alle Zweige der Sozialversicherung und bedeutet, dass die Versicherungspflicht für die Dauer der Arbeitsunterbrechung ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt also in der Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung fortbesteht. Eine Befristung der Dauer der Arbeitsunterbrechung ist keine Voraussetzung für den Erhalt der Versicherungspflicht. Diese wird folglich auch dann für einen Monat bewahrt, wenn die Dauer der Arbeitsunterbrechung nicht absehbar oder die Unterbrechung von vornherein auf einen Zeitraum von mehr als einem Monat befristet war.

Lediglich für die gesetzliche Krankenversicherung ist in §192 SGB V (Fortbestehen der Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger) in Abs. 1 bestimmt, dass die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger erhalten bleibt, solange

„1. sie sich in einem **rechtmäßigen Arbeitskampf** befinden,“

Eine solche Beschränkung ist in den übrigen Sozialversicherungszweigen gesetzlich nicht bestimmt!

Die Beurteilung eines Arbeitskampfes und die ggfls. anzustellende Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen einem Arbeitgeber im Rahmen der Fehlzeitenmeldung zu überlassen oder auch abzufordern, erscheint hinsichtlich der dabei zu beachtenden Abwägungsgründe mit deren ganzen Komplexität und Kompliziertheit (vgl. z.B. BAG Urteil vom 19.07.2007 – 1 AZR 396/06 - NZA 2007, 1055-1062) völlig sachfremd und negiert die diesbezüglich bestehenden Interessen. Danach wäre die Datenerhebung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG nicht hinreichend zweckbestimmt gewesen. Ferner wäre auch eine Korrektur des § 192 SGB V datenschutzrechtlich geboten und so den Persönlichkeitsrechten geschuldet politisch erstrebenswert!

Ferner hatte die BA während der Entwicklung von ELENA das BMWi darauf hingewiesen, dass bestimmte Daten für sie unerheblich sind (beispielsweise Angaben zu rechtswidrigen Streiks) und sie diese nicht erhalten will.

Wir bitten Sie um Ihre geschätzte Beachtung und danken Ihnen für Ihre Bemühungen.

Mit freundlichen Grüßen
gez. Norbert Warga