

## ELENA: Entbürokratisierung oder Datensammelwut?

### A. Allgemeines zu ELENA

Am 1. April 2009 trat das Gesetz über das Verfahren des elektronischen Entgeltnachweises (ELENA-Verfahrensgesetz)<sup>1</sup> in Kraft. Seit dem 1. Januar 2010 sind Arbeitgeber nun verpflichtet, Entgeltdaten sowie zahlreiche weitere Daten ihrer Beschäftigten verschlüsselt an die zentrale Speicherstelle der Deutschen Rentenversicherung in Würzburg (ZSS) zu übermitteln.

#### I. Was ist ELENA?<sup>2</sup>

ELENA ist der **Elektronische Entgeltnachweis**. Das elektronische Verfahren soll die zahlreichen Papierbescheinigungen des Arbeitgebers ersetzen, die der Beschäftigte beim Antrag von (Sozial-) Leistungen wie Arbeitslosengeld I, Eltern- oder Wohngeld den Behörden vorlegen muss. Ab 2015 sollen Anträge auf sogenannte Entgeltersatzleistungen wie Kranken-, Kurzarbeiter-, Arbeitslosengeld und Rentenzahlungen in das Verfahren integriert werden.<sup>3</sup>

Die ZSS speichert, verwaltet und übermittelt die gelieferten Datensätze verschlüsselt und pseudonymisiert. Sie verwaltet außerdem die Zugriffsberechtigungen der „Abrufenden Stellen“ und weiß, wer Daten abfragen darf, und übermittelt auf Anfrage und nach Genehmigung des Betroffenen die elektronischen Daten an die abrufende Stelle. Als abrufende Stellen werden im ELENA-Verfahren derzeit die Behörden und Verwaltungen bezeichnet, die Sozialleistungen wie Arbeitslosengeld, Wohngeld und Elterngeld gewähren.

Die Registratur Fachverfahren (RFV), die als Anmeldestelle für die Betroffenen fungiert, ordnet jedem Verfahrensteilnehmer ein Pseudonym zu. Jeder Beschäftigte benötigt eine Signaturkarte zertifizierter Anbieter (z. B. Sparkassen-Finanzgruppe oder die Deutsche Telekom) – die er allerdings selbst erwerben muss! – um die jeweiligen Daten im Einzelfall freizugeben. Ohne eine Freigabe der Daten durch den Betroffenen ist die Gewährung der beantragten Leistung in Zukunft nicht mehr möglich.

#### II. Welche Daten sind betroffen?

Bisher sollen u. a. folgende Daten<sup>4</sup> vom Arbeitgeber übermittelt werden:

- Familienname, Vorname, Geburtsdatum und Anschrift der Beschäftigten
- Verfahrens- (§ 97 Abs. 4 SGB IV) und Versicherungsnummer (§ 147 SGB VI)
- Beginn bzw. Ende der Beschäftigung/des Ausbildungsverhältnisses
- Steuerklasse
- Daten zur Ausbildung (sofern die Ausbildung 2010 begonnen wurde oder noch andauert)
- Angaben zur Heimarbeit
- Angaben zur vereinbarten Wochenarbeitszeit

---

<sup>1</sup> BGBl. 2009, I S. 634

<sup>2</sup> Dazu

[http://www.bfdi.bund.de/cln\\_136/DE/Schwerpunkte/JobcardVerfahren/Artikel/HaeufigeFragenZuELENA.html](http://www.bfdi.bund.de/cln_136/DE/Schwerpunkte/JobcardVerfahren/Artikel/HaeufigeFragenZuELENA.html)  
und <http://www.das-elena-verfahren.de/>

<sup>3</sup> BT-Ds. 16/10492, S. 15

<sup>4</sup> Nach der geltenden ELENA-Datensatzverordnung vom 22.02.2010

- umfangreiche Angaben zu den Bezügen (Gesamtbrutto, Steuer- und Sozialversicherungs-Brutto, Sozialversicherungs-Abzüge, steuerfreie Bezüge und vieles mehr)

Ab 1. Juli 2010 (§ 9 ELENA-DV) wird dieser Katalog um spezifische Daten zur Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen erweitert. Dann müssen z.B. auch Daten zum Grund der Beendigung durch Fristablauf, Kündigung oder Aufhebungsvertrag inkl. der Schilderung des etwaig vertragswidrigen Verhaltens (sog. „Freitext“) übermittelt werden.

Man könnte meinen, dass es für die Beschäftigten im Einzelfall sogar vorteilhafter sein könnte, wenn sie vor einer Antragstellung für Elterngeld nun nicht mehr die Personalabteilung aufsuchen müssen. Letztlich handelt es sich – so argumentieren viele - bei ELENA um Daten, die auch bislang schon vom Arbeitgeber übermittelt wurden. In den sogenannten Arbeitsbescheinigungen (§ 312 SGB III) musste der Arbeitgeber anlässlich der Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses auch bislang Angaben z.B. zur Beendigung und ggf. zum vertragswidrigen Verhalten machen.

Die Besonderheit bei ELENA liegt darin, dass diese Daten nun **zentral ohne konkreten Anlass bei einer Einheit** gespeichert werden. Hinzu kommt, dass diese Daten auch für die Beschäftigten übermittelt werden, die diese Leistungen vermutlich nie in Anspruch nehmen werden!

ELENA weckt Begehrlichkeiten! Auch wenn ELENA zunächst nur für vier Bescheinigungen eingesetzt wird, muss damit gerechnet werden, dass sich der Einsatz deutlich ausweiten wird. Eine Ausweitung ist schon geplant.<sup>5</sup> Denn ein Vorteil an der Verfügbarkeit von Daten lässt sich schwer von der Hand weisen, nur dass die Rechte der/des Einzelnen dabei in Vergessenheit geraten. Auch scheint sich das Hauptargument für ELENA, eine Senkung der Kosten für Unternehmen, nicht zu bewahrheiten. Da sich der Kostenaufwand scheinbar nur für große Unternehmen rechnet, fordern nun Einzelne in der Politik, zu prüfen, ob bei ELENA Ausnahmen für kleinere und mittlere Unternehmen gemacht werden sollten. Das ist angesichts der vielen Problembereiche bei ELENA aber nicht der richtige Weg.

Die IG BCE fordert deswegen, dass das Ziel nicht eine Ausnahmepolitik, sondern eine verträgliche, den Schutz des Einzelnen gewährleistende Nachjustierung von ELENA sein muss. Dabei gilt die Maxime: Daten in Maßen, nicht in Massen!

### III. Müssen den Arbeitgebern die Daten übermittelt werden? Wird schon übermittelt?

Arbeitgeber müssen die Daten seit dem 1. Januar 2010 übermitteln (§ 97 SGB IV). Es sind bereits Daten übermittelt worden. Ansonsten drohen Bußgelder in Höhe von bis zu 25.000 Euro (§ 111 Abs. 1 Nr. 9-14 SGB IV). Da allerdings die Übermittlung einige Probleme bereitet, werden viele Unternehmen erst im Mai zur vollständigen Übermittlung überhaupt technisch in der Lage sein. Solange werden auch keine Bußgelder verhängt. Der Abruf der gespeicherten Daten kann aber erst ab dem 1. Januar 2012 erfolgen.

---

<sup>5</sup> Siehe Fußnote 3

#### IV. Ist ELENA zulässig? Was ist daran auszusetzen?

Die Sammlung personenbezogener Daten von allen abhängig Beschäftigten (über 30 Mio.) ist von großer datenschutzrechtlicher und somit verfassungsrechtlicher Brisanz, wie auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 19.09.2008 ausgeführt hat. Zusätzliche Schärfe gewinnt ELENA durch die kürzlich ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung (vgl. BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08 u. a. -).

Zwar beschäftigt sich das Bundesverfassungsgericht in der genannten Entscheidung mit dem Grundrecht zur Telekommunikation (Art. 10 GG), das im konkreten Fall das allgemeinere Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verdrängt (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Einige Gedanken sind aber durchaus übertragbar.

Nach dem Urteil verbietet Art. 10 GG nicht jede vorsorgliche Erhebung und Speicherung, sondern schützt vor der unverhältnismäßigen Gestaltung solcher Datensammlungen. Strikt verboten ist aber die Speicherung **personenbezogener** Daten **auf Vorrat** zu **unbestimmten und noch nicht bestimmaren Zwecken**. Eine vorsorglich anlasslose Datenspeicherung ist allerdings nur ausnahmsweise zulässig.<sup>6</sup> Im konkreten Fall ging es, anders als hier, nur um Verbindungsdaten und gerade nicht um Inhalte, die aber bei umfassender Auswertung zumindest Rückschlüsse bis in die Intimsphäre ermöglichen.<sup>7</sup> Diese Daten wurden auch nur bei den entsprechenden Diensteanbietern und nur für einen Zeitraum von sechs Monaten aufbewahrt.

Bezeichnend ist, dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung gerade ausführt, dass die Art der Durchführung, also die Trennung von Speicherung (anlasslos) und staatlichen Abruf (anlassbezogen), die Transparenz und Kontrolle der Datenverwendung fördert.<sup>8</sup>

Gerügt hat das Bundesverfassungsgericht die mangelnde Datensicherheit, den Umfang der Datenverwendung, die mangelnde Transparenz und den mangelnden Rechtsschutz. Zum Umfang hat es ausgeführt, dass, je schwerer der Eingriff, desto enger begrenzt muss der Umfang der Verwendung sein. Als unverhältnismäßig rügte das Bundesverfassungsgericht insbesondere, dass auch die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten für solche Abfragen ausreiche.<sup>9</sup>

Auch bei ELENA handelt es sich um eine anlasslose vorsorgliche Datensammlung. Teilweise geht ELENA sogar noch weiter als die Vorratsdatenspeicherung, denn hier werden die Daten sogar zentral bei einer Bundeseinrichtung und für in der Regel zwei bis zu fünf Jahre gespeichert. Außerdem liegen sowohl Speicherung als auch Abruf beim Staat. Zumindest im Hinblick auf Datensicherheit soll ELENA - allerdings nach Ansicht der Datenschützer - auf dem neuesten Stand sein. Anders, als die Vorratsdatenspeicherung im Sinne der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung, dient ELENA aber nicht der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung sondern dem Bürokratie- und Kostenabbau. Auch das dürfte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des Umfangs der Verwendung der ELENA-Meldungen mit zu berücksichtigen sein.

---

<sup>6</sup> BVerfG, U.v. 02.03.2010, Az.: 1 BvR 256/08, Rn 206

<sup>7</sup> a.a.O. Rn 211

<sup>8</sup> a.a.O. Rn 214

<sup>9</sup> a.a.O. Rn 291

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass auch die elektronische Übermittlung der Daten für ELENA in der derzeitigen Fassung, vom Bundesverfassungsgericht gekippt werden würden. Der Gesetzgeber sollte es darauf nicht erneut ankommen lassen, sondern entsprechend nachjustieren.

Die IG BCE hält deswegen eine Beschränkung der Speicherung auf die absolut notwendigen Daten für erforderlich. Bei besonders sensiblen Daten darf nur eine manuelle Erhebung erfolgen und die Daten müssen den Beschäftigten zur Verfügung gestellt werden.

Die IG BCE fordert ebenfalls, die Rechte der Betriebsräte in diesem Zusammenhang zu stärken. Klarstellend sollte für die Betriebsräte sowohl ein Auskunftsanspruch als auch ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht vorgesehen werden.

Nur so kann die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Verhältnismäßigkeit, die sich aus dem Grundgesetz ergibt, hergestellt werden und gleichzeitig den Beschäftigten die Angst vor ELENA genommen werden.

## V. Welche Daten sind besonders problematisch?

Bei einer Reihe von Daten, die im Rahmen von ELENA übermittelt werden, wird die Erforderlichkeit von Datenschützern stark bezweifelt. Dazu gehört:

### a. Fehlzeiten nicht mehr differenziert erfasst

Die IG BCE *begrüßt*, dass bei dem Datenbaustein „Fehlzeiten“ die Angaben zu zulässigen, unzulässigen Streiks und Aussperrungstagen auf öffentlichen Druck gestrichen worden sind. Die Angaben hätten nach einhelliger Meinung einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG dargestellt. Nachdem nun bei den *Fehlzeiten* die Unterteilung in Zeiten der Aussperrung, des zulässigen oder unzulässigen Streiks entfernt wurde, fallen diese nur noch unter den allgemeinen Begriff „sonstige unbezahlte Fehlzeiten“. In diese Kategorie gehören u. a. auch Angaben zu unentschuldigtem Fehlen, Wochenenden oder Feiertagen ohne Entgelt und die Pflege eines kranken Kindes ohne Krankengeldbezug. Die Angaben dienen auch hier, wie schon bislang, der Berechnung des ALG I-Bezuges.

#### Bedenklich ist aber folgendes Beispiel:

In einer streikintensiven Branche hat ein unverheirateter kinderloser Mann Fehlzeiten (40 Tage). Bei ihm kann es sich eindeutig nicht um Zeiten der Pflege seines kranken Kindes handeln. Auch Wochenenden oder Feiertage ohne Entgelt werden nicht so häufig sein. In Betracht kommt also bei ihm vor allem entweder unentschuldigtes Fehlen oder Fehlzeiten wegen Streiks oder einer Aussperrung. Im Einzelfall sind negative Rückschlüsse auf ihn (Personenbeziehbarkeit) und seine Streikaktivitäten jedenfalls bei Branchenkenntnis möglich.

Eine elektronische anlasslose Übermittlung ist deshalb besonders hinsichtlich dieser Daten kritisch zu sehen. Angesichts der bereits erfolgten Nachbesserung am Datenbaustein ist allerdings nicht mit einer weiteren Änderung in diesem Bereich zu rechnen.

### b. Freitextfeld bei Kündigungen

Die ab dem 1. Juli 2010 vorgesehene Erfassung von Kündigungsgründen in die elektronische Übermittlung lehnt die IG BCE ab. Problematisch ist, dass bei der Kündigung (ordentlich wie außerordentlich) in einem Freitextfeld Angaben zum vertragswidrigen Verhalten vom Arbeitgeber eingetragen werden sollen. Auch hier dient die Abfrage zu einer vorherigen Abmahnung sowie

zum vertragswidrigen Verhalten der Ermittlung von etwaigen Sperrzeiten beim ALG I-Bezug. Diese Angaben sind bereits bisher in den Arbeitsbescheinigungen gemäß § 312 SGB III abgefragt worden, sie ist aber nur anlässlich einer konkreten Beschäftigungsbeendigung erfolgt. Außerdem haben die Beschäftigten die Arbeitsbescheinigung, je nach Einzelfall, auch bei der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ausgehändigt bekommen und mussten sie dann der Bundesagentur für Arbeit übermitteln. In diesen Fällen haben die Beschäftigten aber die Möglichkeit gehabt, sich zu den von den Arbeitgebern gemachten Angaben zu äußern ggf. in einem Termin anlässlich der Abgabe der Bescheinigung.

Eins ist doch aber klar: Diese Angaben entstammen einem meist zerrütteten Arbeitsverhältnis, wo vor kurzem eine Konfliktsituation vorlag oder sogar noch vorliegt. Diese Angaben zum vertragswidrigen Verhalten haben einen sehr subjektiven Charakter. Wenn diese Bewertung dem Arbeitgeber als Konfliktpartei überlassen wird, kann kaum von einer neutralen und richtigen Bewertung ausgegangen werden, was die zahlreichen Kündigungsschutzklagen zeigen.

Deshalb sollte nach Auffassung der IG BCE zumindest auf die elektronische Übermittlung dieser Angaben insgesamt verzichtet werden. Die Sensibilität der Daten gebietet es, diese Angaben nur anlassbezogen zu ermitteln.

Alternativ muss es den Beschäftigten zumindest ermöglicht werden, dass ihnen die Angaben zugänglich gemacht werden, bevor sie elektronisch übermittelt werden und dass sie die Angaben des Arbeitgebers ergänzen können. In diesem Zusammenhang müsste eigenständig geregelt werden, dass der Betroffene bzgl. der gemachten Angaben Stellung nehmen kann und ggf. Angaben des Arbeitgebers zu Abmahnung, Kündigung insbesondere zu vertragswidrigem Verhalten berichtigen kann (Berichtigungsanspruch)!

Wenn die Angaben weiterhin allein vom Arbeitgeber erfolgen, fordert die IG BCE, dass die Angaben zumindest auf vorformulierte Kündigungsgründe (betriebs-, verhaltens- oder personenbedingt) beschränkt werden.

Problematisch und angesichts der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung anzweifelungswürdig ist hinsichtlich des Freitextfeldes an ELENA die Kombination von subjektiven Angaben im Freitextfeld ohne vorherige Überprüfung, Übermittlung ohne Anlass und Mangel an individualrechtlichen oder kollektivrechtlichen Korrekturmöglichkeiten.

### **c. Angabe zum Ausschluss einer ordentlichen Kündigung**

Weiterhin fraglich erscheint die Angabe, ob und auf welcher Grundlage eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. Dies ist insbesondere bei Betriebs- und Personalratsmitgliedern aber auch Beschäftigten in Mutterschutz, Elternzeit etc. der Fall. Diese Information ist für die Behörden zwar für die Berechnung vom ALG I von Belang, lässt aber möglicherweise Rückschlüsse auf eine Betriebs- oder Personalratstätigkeit zu, die für den Betroffenen negative Auswirkungen haben können. Nach dem Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit sollten diese Daten daher ebenfalls aus dem Datensatz entfernt werden und nur noch anlassbezogen übermittelt werden.

## **B. Rechte und Handlungsmöglichkeiten des einzelnen Beschäftigten**

### **I. ELENA = Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung**

Der Einzelne hat die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung stellt eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar. Dieses Grundrecht schützt grundsätzlich vor ungerechtfertigten Eingriffen des Staates.

Im Betriebsverfassungsgesetz obliegt der Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber (§ 75 Abs. 2 BetrVG).

Das ELENA-Verfahren greift in dieses Recht massiv ein. Aufgrund der Fülle der vorgesehenen Daten besteht die Möglichkeit, Persönlichkeitsprofile eines jeden Beschäftigten in Deutschland anzufertigen. Gerade der Umfang der Daten, die zahlreichen Verwendungsmöglichkeiten der Datensätze sowie die Gefahr des Missbrauchs machen eine Diskussion über die Erforderlichkeit der einzelnen Angaben zum jetzigen Zeitpunkt unabdingbar.

Deshalb meint die IG BCE: Datensparsamkeit sollte die Messlatte sein. Die Informationserhebung und -verwendung muss auf das zum Zweck der Speicherung Erforderliche begrenzt werden.

Der Datensatzkatalog darf nicht zur Datensammelwut ausarten, sondern muss sich an den Kriterien für einen Anspruch auf die jeweiligen Leistungen beziehen. Problematisch ist die Frage, welche Daten überhaupt gebraucht werden. Bauchschmerzen bereitet die Erkenntnis, dass ein Großteil der Beschäftigten, die dem ELENA-Verfahren unterfallenden Sozialleistungen voraussichtlich nie oder erst wesentlich später in Anspruch nehmen wird. Auch wenn im Wesentlichen dieselben Daten wie vorher erhoben werden, verändert die zentrale anlasslose Speicherung und Übermittlung den Charakter der Datensammlung, die es zu überprüfen gilt.

### **II. Auskunftsrecht**

Jeder Betroffene hat gegen die ZSS gemäß § 103 Abs. 4 Satz 1 SGB IV ein Recht auf Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten. Da das Abrufverfahren erst zum 01. Januar 2012 voll funktionsfähig sein muss (§ 119 Abs. 1 SGB IV), kann erst dann, wenn eine abrufende Stelle besteht, überhaupt Auskunft erteilt werden. Die Deutsche Rentenversicherung Bund hat diese Vorgabe leider noch nicht umgesetzt.

Gemäß § 83 SGB X hat der Betroffene auch gegen die zu einem Abruf berechtigte Stelle ein Auskunftsrecht hinsichtlich seiner Sozialdaten.

Der Betroffene hat auch gegen den Arbeitgeber im Einzelfall einen Auskunftsanspruch über die zu seiner Person gespeicherten und an Dritte übermittelten Daten (§ 34 BDSG). Der Anspruch umfasst auch die Information über den Empfänger oder die Kategorien von Empfängern, an die Daten weitergegeben werden. Es besteht aber kein fortwährender Auskunftsanspruch über die bei ELENA übermittelten Daten.

Die Betroffenen haben derzeit nur punktuelle Auskunftsansprüche. Insofern stellt sich die Frage, welche Kosten mit den Auskunftsansprüchen verbunden sein können und wie die Richtigkeit der

Daten auch fortlaufend gewährleistet werden kann? Es kann nicht vom Gesetzgeber erwartet werden, dass die Beschäftigten in regelmäßigen Abständen Auskunft verlangen. Dies wäre für die entsprechenden Stellen und insbesondere für die Beschäftigten mit einem enormen Aufwand verbunden. Denkbar wäre insofern, dass die Beschäftigten vom Arbeitgeber regelmäßig schriftlich informiert werden müssen, nicht nur dass, sondern auch welche Daten übermittelt worden sind.

### III. Überprüfungsrecht:

Gemäß § 99 Abs. 5 SGB IV können Betroffene bei begründetem Verdacht eine Überprüfung der zu ihrer Person übermittelten Daten bei der abrufenden Behörde beantragen. Nach der Regierungsbegründung kann der Beschäftigte z.B. darlegen, dass die gespeicherten Entgeltdaten von denen in der Textform erteilten abweichen. Die abrufende Behörde erhält dann Mitteilung über das Ergebnis der Prüfung, lässt es in das Leistungsverfahren einfließen und so erhält letztlich auch der Betroffene davon Kenntnis.<sup>10</sup>

Die IG BCE fordert, dass der betroffene Beschäftigte nicht nur indirekt über das Leistungsverfahren, sondern persönlich von dem Ergebnis der Überprüfung schriftlich in Kenntnis gesetzt wird.

### IV. Lösungsanspruch:

Es bestehen keine eigenständigen Lösungsregelungen im SGB IV. Somit greifen die allgemeinen Vorschriften zum Sozialdatenschutz im SGB X. Die Zentrale Speicherstelle ist in § 35 SGB I mit aufgenommen worden. Damit greift § 84 Abs. 2 SGB X. Danach ist eine Löschung möglich, wenn ihre Speicherung unzulässig ist oder die Kenntnis zur rechtmäßigen Erfüllung nicht mehr erforderlich ist. Eine Speicherung ist dann unzulässig, wenn bereits zum Zeitpunkt der Speicherung eine Rechtsgrundlage hierfür gefehlt hat oder die Speicherung durch eine spezielle Vorschrift ausgeschlossen ist (§ 67b SGB X).

### V. Berichtigungsanspruch

Ein eigenständiger Berichtigungsanspruch ist im SGB IV nicht geregelt. Wie unter Punkt 4. ausgeführt, kann lediglich unter bestimmten Voraussetzungen eine Überprüfung beantragt werden.

Zum Berichtigungsanspruch kann ebenfalls auf § 84 Abs. 1 SGB X als allgemeinere Regelung zurückgegriffen werden. Danach sind Sozialdaten zu berichtigen, wenn sie unrichtig sind. Problematisch ist angesichts der Freitextfelder, dass Angaben zwar richtig, aber für den Beschäftigten nachteilig bzw. verunglimpfend sein können. Außerdem ist Grundvoraussetzung für einen Berichtigungsanspruch, dass man um die Unrichtigkeit weiß, was bislang im Rahmen von ELENA nur punktuell erreicht wird.

Die IG BCE hält deshalb einen eigenständigen Berichtigungsanspruch im Rahmen von ELENA, der den Besonderheiten des elektronischen Verfahrens gerecht wird, für notwendig. Insbesondere müssen diese Ansprüche vor einer elektronischen Übermittlung greifen. Begrüßenswert wäre in diesem Zusammenhang eine Regelung, wonach die Beschäftigten vor einer Übermittlung die Einträge in den Freifeldern autorisieren. Zumindest muss aber den Beschäftigten die Möglichkeit gegeben werden, ohne großen (Kosten-)Aufwand, die

<sup>10</sup> BT-Ds. 16/10492, S. 26

Richtigkeit überhaupt prüfen zu können. Deshalb sollten die Arbeitgeber verpflichtet werden, ihren Beschäftigten regelmäßig (vor der Übermittlung) schriftlich mitzuteilen, welche Daten übermittelt werden.

### **C. Rechte, Pflichten und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrates**

Durch die Gesetzesänderungen zu ELENA rund um das SGB IV sind bedauerlicherweise nicht explizit Rechte für die Betriebsräte vorgesehen worden. Die IG BCE begrüßt aber die Ankündigung der Bundesministerin für Arbeit und Soziales, explizit ein Anhörungsrecht für Betriebsräte im Rahmen von ELENA vorzusehen.

Eins ist klar: ELENA lässt sich nicht in Gänze durch die erzwingbare Mitbestimmung aushebeln. Das Betriebsverfassungsgesetz bietet aber einige Ansatzmöglichkeiten für den Betriebsrat, um die Rechte der Beschäftigten zu schützen und zumindest einen verträglichen Umgang mit ELENA herzustellen.

#### **I. Allgemeine Aufgaben: § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG**

Der Betriebsrat hat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Aufgabe, darüber zu wachen, dass die zugunsten der Beschäftigten geltenden Gesetze durchgeführt werden.

In Betracht kommen insoweit die informationelle Selbstbestimmung im Rahmen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art.1 Abs. 1 i. V. m: Art. 2 Abs. 1 GG), Vorschriften des Sozialdatenschutzes (§ 78b SGB X, § 99 Abs. 5 SGB IV, § 35 SGB I, §67a SGB X) sowie die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG).

Die Rechtsprechung räumt dem Betriebsrat ein umfassendes Informationsrecht ein (BAG 6.5.2003 AP Nr. 61 zu § 80 BetrVG 1972). Für den Arbeitgeber besteht eine Auskunftspflicht (§ 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Er hat den Betriebsrat *von sich aus* zu unterrichten, wenn Aufgaben des Betriebsrates betroffen sind. Damit korrespondiert ein entsprechender Auskunftsanspruch des Betriebsrates. Für die Entscheidung, ob eine Aufgabe des Betriebsrates vorliegt und damit ein Auskunftsanspruch besteht, genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen von Aufgaben. Denn der Betriebsrat soll selbst in die Lage versetzt werden, zu prüfen, ob sich für ihn Aufgaben ergeben.<sup>11</sup> Auskunft kann der Betriebsrat nur verlangen, wenn der Betriebsrat nicht schon Kenntnis hat.

Im Rahmen von ELENA werden die auch bislang schon im Einzelfall übermittelten Daten nun ohne konkreten Anlass an eine zentrale Stelle außerhalb des Betriebs übermittelt. Das birgt besondere Gefahren für das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten<sup>12</sup> wie bereits ausgeführt unter A.IV. und A.V. Schon daraus ergibt sich ein Auskunftsanspruch des Betriebsrates. Interessant für den Betriebsrat ist auch, ob der Arbeitgeber die Daten für die Übermittlung nunmehr getrennt sammelt, ob er eine neue Software einsetzt, ein bestehendes EDV-System verändert oder mehr Daten als vorher sammelt.

Dieser Auskunftsanspruch ist angesichts der Aktualität allerdings weder gerichtlich noch von der Literatur eingehend behandelt worden. Letztlich werden erst die Gerichte, wie allzu oft im Arbeitsrecht, Klärung bringen.

<sup>11</sup> BAG 10.10.2006, Az.: 1 ABR 68/05 in AP Nr. 68 zu § 80 BetrVG 1972

<sup>12</sup> BAG 17.3.1987, Az.: 1 ABR 59/85 in AP Nr 29 zu § 80 BetrVG 1972

Die IG BCE fordert deshalb zum Schutz der Beschäftigten, dass klarstellend ein Anhörungsrecht für Betriebsräte für die Daten zu ELENA vorgesehen wird.

Der Betriebsrat ist aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darauf beschränkt, die ungenügende Beachtung von Vorschriften beim Arbeitgeber zu beanstanden und auf Abhilfe zu drängen (BAG 28.5.2002 AP Nr. 39 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes), er hat also keinen Unterlassungsanspruch. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat anzuhören und mit ihm über die zu treffenden Maßnahmen zu verhandeln.<sup>13</sup>

Wenn der Arbeitgeber seinen Pflichten insoweit nicht nachkommt, kann schlimmstenfalls sogar ein Fall der Behinderung der Betriebsratstätigkeit (§ 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) vorliegen.

Alternativ wäre denkbar, dass ein Mitglied des Betriebsrates als „ELENA-Beauftragter“, ggf. auch im Zusammenhang mit dem Datenschutzbeauftragten, zumindest stichprobenartig überprüft, welche Daten übermittelt werden und ob diese richtig sind. Denn nur, wenn der Betriebsrat das weiß, kann er über die Einhaltung der entsprechenden Vorschriften überhaupt „wachen“. Dies sollte allerdings nur in Absprache mit den Beschäftigten erfolgen.

## II. Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG

Je nach Ausgestaltung kommt aber auch ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht in Betracht.

### 1. technische Einrichtung (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG)

Mit ELENA geht eine Änderung der Software, des EDV-Systems einher. Entweder es wird z.B.: eine neuere Version der Entgeltabrechnungssoftware verwendet, in der die ELENA-Meldungen enthalten sind oder bei kleineren Unternehmen bspw. werden sogenannte Ausfüllhilfen wie sv.net verwendet.<sup>14</sup> Der Betriebsrat hat bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die zur Überwachung der Leistung und des Verhaltens der Arbeitnehmer objektiv geeignet sind (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG), mitzubestimmen.

Zu den Begrifflichkeiten:

Die *technische Überwachung* kann akustisch, optisch, mechanisch oder elektronisch erfolgen. Und Überwachung meint in diesem Kontext nicht nur das Sammeln von Informationen sondern auch das Auswerten von Informationen.<sup>15</sup> Die *Überwachung* vollzieht sich meist in drei Phasen: der Ermittlungsphase, der Verarbeitungsphase und der Beurteilungs-/Bewertungsphase. Für das Mitbestimmungsrecht wird nicht vorausgesetzt, dass alle Phasen der Überwachung erfasst sind. Ausreichend ist, wenn lediglich ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolgt<sup>16</sup>, wie hier z.B. die Aufnahme der Daten mittels Software in die Betriebsdatenbank. Dazu zählt nach der Rechtsprechung auch die Auswertung nur manuell erhobener Daten durch eine technische Einrichtung.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Kraft/Wiese § 80 Rn. 27

<sup>14</sup>

[http://www.bfdi.bund.de/clin\\_136/DE/Schwerpunkte/JobcardVerfahren/Artikel/HaeufigeFragenZuELENA.html](http://www.bfdi.bund.de/clin_136/DE/Schwerpunkte/JobcardVerfahren/Artikel/HaeufigeFragenZuELENA.html)

<sup>15</sup> BAG 14.11.2006, Az.: 1 ABR 4/06 in AP Nr 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

<sup>16</sup> BAG 27.1.2004, Az.: 1 ABR 7/03 in AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

<sup>17</sup> BAG 14.9.1984, Az.: 1 ABR 23/82, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

Die Überwachung muss sich auf die *Leistung* oder das *Verhalten* der Beschäftigten beziehen. Leistung meint in diesem Zusammenhang das vom Beschäftigten in Erfüllung seiner vertraglichen Arbeitspflicht geleistete Arbeiten. Verhalten ist jedes Tun oder Unterlassen im betrieblichen aber auch außerbetrieblichen Bereich, das für das Arbeitsverhältnis erheblich sein kann. Ausreichend ist aber schon, dass die Verknüpfung dieser mit anderen Daten eine Aussage über die Leistung oder das Verhalten zulassen.<sup>18</sup> Jedenfalls lassen die Daten, die bei ELENA übermittelt werden, Rückschlüsse auf das Verhalten der betroffenen Beschäftigten zu. Und eine neue Software kann auch neue Verknüpfungen ermöglichen.

Zu berücksichtigen ist aber, dass In vielen Betrieben bereits Betriebsvereinbarungen zur elektronischen Datenverarbeitung bestehen. Dann sollte im Einzelfall überlegt werden, wie diese ggf. angepasst werden können (siehe dazu unter V.). Eine eingeständige Betriebsvereinbarung wird deswegen in der Regel nicht notwendig sein.

Daneben besteht für den Betriebsrat, als die zweifellos schwächere Alternative, die Möglichkeit, freiwillige Betriebsvereinbarungen (§ 88 BetrVG) abzuschließen (dazu siehe IV.).

## **2. Ordnung des Betriebs und Verhalten (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)**

Soweit die speziellere Vorschrift zur Mitbestimmung bei der Einrichtung und Anwendung von technischen Einrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) greift, was regelmäßig der Fall sein wird, ist die Regelung bei Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Beschäftigten (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) ausgeschlossen. Ansonsten wäre aber auch insoweit eine erzwingbare Mitbestimmung denkbar. Insbesondere wäre diese Vorschrift anzuwenden, sollte sich der Gesetzgeber entscheiden, einige sensible Daten nicht mehr elektronisch sondern per Hand regelmäßig zu übermitteln, deswegen sei auch hierauf kurz hingewiesen.

Nicht von der Regelung erfasst sind nach der Rechtsprechung jedenfalls alle Maßnahmen, die *allein* dem Arbeitsverhalten zugeordnet werden können. Nach der Rechtsprechung kommt es, wenn Auswirkungen sowohl auf das Ordnungs- als auch auf das Arbeitsverhalten bestehen, darauf an, welcher Regelungszweck überwiegt.<sup>19</sup> Da es bei den Daten für ELENA nicht lediglich um das Arbeitsverhalten geht, ist somit ein Fall der erzwingbaren Mitbestimmung auch nach dieser Vorschrift möglich.

## **3. Gesetzesvorbehalt**

Das erzwingbare Mitbestimmungsrecht besteht jedoch nur, „soweit“ eine gesetzliche Regelung nicht besteht. Inhaltlich ist das Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Daten, die zwingend nach den neuen Regelungen des SGB IV übermittelt werden müssen, wegen des Gesetzesvorrangs ausgeschlossen. Daraus könnte man fälschlicherweise schlussfolgern, dass eine Mitbestimmung bei ELENA grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Die Mitbestimmung ist aber andererseits nur „soweit“ ausgeschlossen, wie die zwingende Wirkung des Gesetzes geht, aber eben nicht insgesamt. Dem Gesetzesvorbehalt liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Gesetzgeber in diesen Fällen unterstellt, dass ein ausreichender Schutz der Be-

<sup>18</sup> Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 25. Aufl., § 87 Rn 221-222

<sup>19</sup> BAG 11.6.2002, Az.: 1 ABR 46/01

schäftigten gegenüber den individualrechtlichen Maßnahmen des Arbeitgebers bereits besteht.<sup>20</sup> Wenn ein Regelungsspielraum verbleibt, ist auch die Mitbestimmung nicht ausgeschlossen.<sup>21</sup>

Auf einer Zeitachse gesehen, regeln die Vorschriften des § 97 SGB IV und der entsprechenden ELENA-Datensatzverordnung lediglich *wann* und *wie*, die *in der Verordnung genannten Daten*, an die ZSS *übermittelt* werden müssen und dass die Übermittlung *protokolliert* werden muss. **Nicht von der zwingenden Wirkung** erfasst ist der Zeitraum vor der Übermittlung im Betrieb: die Datenerfassung und -verarbeitung.<sup>22</sup>

In folgenden Fällen ist bspw. eine Mitbestimmung denkbar:

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

- Es wird anlässlich von ELENA eine neue Software erstellt und dann eingesetzt.
- Eine bestehende Software (z.B. herkömmliches Entgeltabrechnungsprogramm oder sogenannte Ausfüllhilfen) wird anlässlich von ELENA verändert (Update).
- Im Rahmen der Sammlung von Daten für ELENA werden auch weitergehende Daten gesammelt, die sich auf das Verhalten oder die Leistung des Beschäftigten beziehen.

§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

- Die Angaben z.B. zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses werden nicht mehr elektronisch sondern per Hand regelmäßig an die ZSS übermittelt.

Als Beispiele aus der Rechtsprechung:

- Die Einführung einer bestimmten Software kann mitbestimmungspflichtig sein<sup>23</sup>, aber auch die Information in einem Faltblatt an die Beschäftigten zur Information darüber, welche Daten übermittelt wurden.

Letztlich wird auch hier erst die Rechtsprechung klären können, ob und inwieweit ein Mitbestimmungsrecht tatsächlich besteht. Für die Betriebsräte ist ein Handeln in der Zwischenzeit schwierig. Insoweit sollten Betriebsräte motiviert werden, selbstbewusst eine Mitbestimmung zu fordern. Auch in der Literatur wird eine solche nicht grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>24</sup>

Angesichts der Brisanz der Thematik und der Verunsicherung in den Betrieben, fordert die IG BCE eine gesetzliche Klarstellung dahingehend, dass für Betriebsräte ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht für den Zeitraum vor der Übermittlung an die ZVS gemäß § 87 BetrVG im Rahmen der dort genannten Voraussetzungen bestehen kann.

<sup>20</sup> Kraft/Wiese/Kreutz u.a., Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, 8. Aufl., § 87 Rn 56; BAG 31.1.1984, Az.: 1 ABR 46/81 in AP Nr 3 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang

<sup>21</sup> So auch BAG 29.3.1977, Az.: 1 ABR 123/74 in AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision

<sup>22</sup> Ähnlich BAG 23.4.1985, 1 ABR 2/82 in NZA 1985, 671-673

<sup>23</sup> BAG 14.09.1984, Az.: 1 ABR 23/82 in AP Nr 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

<sup>24</sup> Wedde, AiB 2010, S. 143 (148)

### III. Freiwillige Betriebsvereinbarungen § 88 BetrVG

Eine deutlich schwächere Handlungsmöglichkeit des Betriebsrates liegt darin, freiwillige Betriebsvereinbarungen abzuschließen. Der Katalog des § 88 BetrVG ist nicht abschließend, Betriebsvereinbarungen sind also in einem weiten Rahmen möglich. Der Betriebsrat hat insofern eine umfassende Kompetenz zur Regelung von betrieblichen und arbeitsvertraglichen Fragen.

Zwar ist in diesem Zusammenhang das Prinzip des Gesetzesvorrangs unbeachtlich, da anders als in § 87 BetrVG keine Regelung vorgesehen wurde. Allerdings darf eine freiwillige Betriebsvereinbarung jedenfalls nicht gegen zweiseitig zwingendes Recht verstoßen. Das gebieten schon die Grundsätze für die Behandlung von Betriebsangehörigen (§ 75 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG).

Problematisch ist natürlich, dass dieses Instrument vom Wohlwollen des Arbeitgebers abhängig ist. Gerade, weil ELENA auch nicht unbedingt bei Arbeitgebern sehr beliebt ist, ist eine Betriebsvereinbarung in diesem Rahmen nicht gänzlich ausgeschlossen.

### IV. Bestehende Betriebsvereinbarungen anpassen oder neue Betriebsvereinbarungen schaffen?

Vielfach bestehen bereits Betriebsvereinbarungen zu EDV-Systemen. Insofern muss nicht unbedingt eine neue Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden, sondern versucht werden, ELENA in diese bestehende Betriebsvereinbarung mit zu integrieren.

Formulierungen sind insbesondere zu Informationspflichten des Arbeitgebers und Kontrollrechten des Betriebsrates denkbar. In einer Betriebsvereinbarung (wegen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), wenn noch nicht geschehen, sollte auch geregelt werden, dass der Beschäftigte von dem Arbeitgeber monatlich über die von ihm übermittelten Daten, dem Empfänger oder Kategorien von Empfängern und den Zweck der Speicherung informiert werden muss.

Im Hinblick auf die Freitextfelder zum vertragswidrigen Verhalten, sollte festgehalten werden, dass die Freitextfelder nur noch mit vorformulierten Begriffen ausgefüllt werden.

#### Mögliche Regelungen sind z.B.:

- Der Arbeitgeber verpflichtet sich, Kann-Felder nur mit in einer Betriebsvereinbarung festgelegten Begriffen (betriebsbedingt, verhaltensbedingt, personenbedingt) auszufüllen. Das ist vorher mit dem Betriebsrat zu beraten.
- Freifelder, die z.B. bei Kündigungen auszufüllen sind, bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats.
- Jeder Mitarbeiter erhält zusammen mit der monatlichen Lohn- und Gehaltsabrechnung einen schriftlichen Nachweis der übermittelten Daten und nicht nur einen Hinweis auf die Übermittlung.

#### **Tipp: Anpassung von Betriebsvereinbarungen**

Dem Betriebsrat kommt hier die Aufgabe zu, über die Einhaltung der Datensparsamkeit zu wachen und zu überprüfen, ob die übermittelten Datensätze auch unbedingt notwendig sind. Insofern müssen, mangels gesetzlicher Regelung, Betriebsvereinbarungen bzgl. der Datenspeicherung an die Entwicklungen von ELENA angepasst werden. Es empfiehlt sich daher, auf eine Änderung der bestehenden Betriebsvereinbarungen hinzuwirken und ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

dergestalt zu verankern, dass der Betriebsrat den Umfang der nach den §§ 95-104 SGB X erforderlichen Daten kontrolliert.

## V. Sachverstand holen

Wenn der Betriebsrat in Datenschutzfragen selbst technisch, rechtlich nicht weiterkommt, dann kann er sich, soweit das zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist, sachkundiger Auskunftspersonen aus dem Betrieb bedienen (§ 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG), die ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen sind.

Sollte auch das nicht ausreichen, kann er sich ggf. auch technischen Sachverstand in Form eines Sachverständigen von außen einholen (§ 80 Abs. 3 BetrVG).

## VI. Beschwerde

Zur Unterstützung oder Vermittlung kann der Betriebsrat bei einer Beschwerde der Beschäftigten hinzugezogen werden (§ 84 Abs. 1 Satz 2 BetrVG).

## VII. Gesetzlicher Handlungsbedarf

Für ELENA ergibt sich eine nicht hinnehmbare Regelungslücke. Der Gesetzgeber ist daher gehalten, Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, neben individuellen Auskunftsansprüchen der Beschäftigten, gesetzlich festzuschreiben.

## D. Brauchen wir ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz?

Jetzt mehr als je zuvor! ELENA zeigt erneut: Es bedarf eines eigenständigen Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes, wie es die IG BCE und die anderen DGB-Gewerkschaften schon seit langem fordern.

Die Datenschutzskandale der jüngsten Vergangenheit, die undurchsichtige Fülle an Rechtsprechung und die Schnelllebigkeit technischer Entwicklungen, gebietet eine übersichtliche Regelung, auch für die Zukunft. Die Rechtsprechung<sup>25</sup> kann nur in Einzelfragen Lösungen bringen und auch die Neuregelung des § 32 BDSG reicht nicht aus. Nur ein eigenständiges Arbeitnehmerdatenschutzgesetz kann den Besonderheiten des Beschäftigungsverhältnisses und der besonderen Sensibilität von Daten von Beschäftigten gerecht werden.

Isabel Eder  
Abteilung Betriebsverfassung

<sup>25</sup>Datenbank der aktuellen Rechtsprechung zum Arbeitnehmerdatenschutz unter [http://www.dgb.de/themen/++co++f3361244-3d70-11df-4292-00188b4dc422/@\\_@index.html?k:list=Arbeit&k:list=Datenschutz](http://www.dgb.de/themen/++co++f3361244-3d70-11df-4292-00188b4dc422/@_@index.html?k:list=Arbeit&k:list=Datenschutz)