

Referenzauskünfte im Bewerbungsverfahren als datenschutzrechtliche Falle?

Entgegen einer weitverbreiteten Meinung bringen Referenzanfragen den bisherigen Arbeitgeber selten in Schwierigkeiten, wenn die grundlegenden Voraussetzungen zur Referenzerteilung beachtet werden.

■ Von Dr. iur. Reto Fanger, Rechtsanwalt

Personendaten

Die Erteilung einer mündlichen oder schriftlichen Referenzauskunft über den Arbeitnehmer stellt für den bisherigen Arbeitgeber keine Bearbeitung von personenbezogenen Daten im Sinne von Art. 328b OR dar, da bezogen auf die betroffene Person weder eine Eignungsabklärung erfolgt noch die Bearbeitung für die Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich ist. Selbstverständlich handelt es sich aber beim Einholen und Erteilen von Referenzen um eine Bearbeitung von Personendaten, weshalb die Anforderungen des Datenschutzgesetzes zu beachten sind.

Besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile

Referenzauskünfte umfassen regelmässig Ausführungen, die den Inhalt des Arbeitszeugnisses ergänzen und damit konkretisieren. Der über den Arbeitnehmer aus dem Arbeitszeugnis vermittelte Eindruck soll vertieft werden. In diesem Zusammenhang werden regelmässig Beurteilungen vorgenommen, welche die Einschätzung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit des Arbeitnehmers erlauben und daher als Persönlichkeitsprofil einzustufen sind, oder besonders schützenswerte Personendaten bekannt

gegeben. Dies ist nach Art. 12 Abs. 2 Bst. c DSGVO ohne Rechtfertigungsgrund unzulässig.

Vorgängige Einwilligung

Folglich bedarf es der vorgängigen Zustimmung des Arbeitnehmers. Eine solche Zustimmung erfordert in Anwendung von Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSGVO die Ausdrücklichkeit bei der Erteilung.

Dabei ist die Erwähnung eines Arbeitgebers oder ehemaligen Vorgesetzten in den Bewerbungsunterlagen unter «Referenzen» als ausreichende Zustimmung zu werten. Die reine Auflistung der gleichen Informationen im





Lebenslauf unter den früheren beruflichen Stationen reicht allerdings nicht als Einwilligung im datenschutzrechtlichen Sinne. Gleichermassen kann aus Arbeitszeugnissen, die der Bewerbung beigelegt werden, nicht auf die Erteilung der Zustimmung zur Einholung von Referenzen bei diesen ehemaligen Arbeitgebern geschlossen werden.



WICHTIGER HINWEIS



Ohne ausdrückliche Einwilligung des Arbeitnehmers dürfen bloss Einzelauskünfte erteilt werden, die keine besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofile betreffen – vorausgesetzt, der Arbeitnehmer hat nicht ein ausdrückliches Verbot zur Erteilung entsprechender Einzelauskünfte nach Art. 12 Abs. 2 Bst. b DSGVO ausgesprochen.

Ist der Arbeitnehmer in ungekündigter Anstellung, dürfen selbst einfache Auskünfte ohne Zustimmung des Arbeitnehmers nicht erteilt werden. Lediglich in seltenen Fällen darf eine Referenzauskunft ungeachtet einer Stellungnahme des Arbeitnehmers erteilt werden, weil ein besonderer Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 DSGVO vorliegt. Ein solcher besonderer Rechtfertigungsgrund kann insbeson-

dere ein überwiegendes privates Interesse des neuen Arbeitgebers sein, das aber nicht leichthin anzunehmen ist.

Hat der Arbeitnehmer im Bewerbungsverfahren die Zustimmung zur Einholung von Referenzauskünften erteilt, den ehemaligen Arbeitgeber aber nicht darüber informiert, muss sich dieser vor der Erteilung seiner Auskunft entweder direkt beim Arbeitnehmer oder beim anfragenden Arbeitgeber, beispielsweise durch Vorlage der Referenzliste, über die Zulässigkeit einer Referenzauskunft vergewissern

Verhältnismässigkeit

Schliesslich ist bei der Erteilung der Referenzauskunft auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten, wonach nur Informationen über den Arbeitnehmer weitergegeben werden dürfen, die für das künftige Arbeitsver-

hältnis relevant oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags wesentlich sind.

Treu und Glauben sowie Transparenzpflicht

Das heimliche Einholen einer Referenz durch den potenziellen neuen Arbeitgeber verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 4 Abs. 2 DSGVO und gegen das Erkennbarkeitsgebot (Transparenzpflicht, gemäss Art. 4 Abs. 4 DSGVO). Daraus ergibt sich eine Informationspflicht gegenüber dem Stellenbewerber nach Art. 14 DSGVO.

Folgen von Datenschutzverletzungen für den früheren Arbeitgeber

Die Erteilung einer Referenzauskunft ohne vorgängige Einwilligung stellt eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit des Stellenbewerbers dar. Dieser kann die Persönlichkeitsverletzung bzw. die datenschutzwidrige Bearbeitung seiner Personendaten einklagen (Art. 15 DSGVO). Ausserdem besteht die Möglichkeit, dass der Stellenbewerber gestützt auf Art. 35 DSGVO strafrechtlich gegen den früheren Arbeitgeber vorgeht, nämlich wegen Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen ohne Einwilligung.

AUTOR



Dr. iur. Reto Fanger ist Rechtsanwalt (ADVOKATUR FANGER – Anwaltsboutique für ICT-, Daten-, Medien- und Arbeitsrecht, Luzern;

www.advokatur-fanger.ch), Partner der Swiss Business Protection AG (www.swissbp.ch), Dozent an der Hochschule Luzern, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern sowie Co-Organisator und -Tagungsleiter des Lucerne Law & IT Summit (LITS).

CHECKLISTE REFERENZAUSKUNFT



Ist der Arbeitnehmer in ungekündigter Anstellung?

- Ja:** Es dürfen keine Auskünfte erteilt werden.
- Nein:** Nur Einzelauskünfte dürfen ohne vorgängige Einwilligung erteilt werden.

Handelt es sich um eine Einzelauskunft?

- Ja:** Diese umfasst keine besonders schützenswerten Personendaten (z.B. Angaben über Intimsphäre, Religion, politische Gesinnung, Gesundheit) und keine Persönlichkeitsprofile (Angaben, welche die Beurteilung wesentlicher Aspekte der Person des Arbeitnehmers erlauben). Einzelauskunft darf erteilt werden, sofern kein ausdrückliches Verbot des Arbeitnehmers besteht.
- Nein:** Die vorgängige Zustimmung des Arbeitnehmers zur Erteilung der Referenzauskunft ist erforderlich.

Hat der Arbeitnehmer vorgängig eingewilligt?

- Ja:** Die Referenzauskunft darf unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips erteilt werden.
- Nein:** Die Referenzauskunft muss unterbleiben, ausser ein besonderer Rechtfertigungsgrund (z.B. ein überwiegendes privates Interesse) besteht (Ausnahmefall); auch die Erteilung der Referenz aufgrund eines besonderen Rechtfertigungsgrundes unterliegt dem Verhältnismässigkeitsprinzip.