



Erläuterungen zu Referenzauskünften im Bewerbungsverfahren

1. Problematik

Lehre und Praxis sehen im Zusammenhang mit der Erteilung von Referenzauskünften unterschiedlich aus. Insbesondere ist es umstritten, ob Referenzauskünfte nur mit der Einwilligung des Bewerbers erteilt werden dürfen. Nach Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes erhoffte man sich eine Lösung. Die Rechtslage und die Praxis blieben aber weiterhin unsicher. Mit diesen Erläuterungen wird eine Klärung der Frage angestrebt.

2. Definition, Zweck und beteiligte Personen

Unter Referenzauskünfte versteht man Angaben über Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers, welche von einem aktuellen oder früheren Arbeitgeber an potentielle neue Arbeitgeber bekannt gegeben werden. Der Zweck der Referenzauskunft besteht darin, die aus den Bewerbungsunterlagen und sonstigen Entscheidungsgrundlagen hervorgehenden Informationen bei Bedarf zu vervollständigen. Bei der Referenzerteilung sind in der Regel mindestens drei Personen beteiligt: der Bewerber, die aktuellen oder früheren Arbeitgeber und der potentielle Arbeitgeber.

3. Informationserteilung durch den Bewerber

Zum Schutze der eigenen Rechtsgüter und der Rechtsgüter derjenigen Personen, gegenüber denen er haftet, hat der potentielle neue Arbeitgeber ein Interesse, Informationen über den Bewerber zu bearbeiten. Für den Abschluss des Arbeitsvertrages ist der potentielle neue Arbeitgeber deshalb berechtigt, jene Informationen über den Bewerber zu bearbeiten, die er zur Klärung der Eignung für das Arbeitsverhältnis benötigt. Alle weiteren Informationen, die der potentielle neue Arbeitgeber nicht benötigt, darf er nicht bearbeiten (Verhältnismässigkeitsprinzip, Art. 328b OR). Liefert der Bewerber falsche oder verschweigt er wesentliche Angaben, haftet er dem getäuschten Arbeitgeber gegenüber für den daraus entstandenen Schaden (culpa in contrahendo, Art. 97ff OR). Wenn dem Bewerber allerdings eine unzulässige Frage gestellt wird, darf ihm kein Nachteil entstehen, wenn er keine oder eine falsche Auskunft gibt (Notwehrrecht der Lüge als Ausfluss des informationellen Selbstbestimmungsrechtes).

4. Referenzeinholung durch den potentiellen Arbeitgeber

Der potentielle neue Arbeitgeber darf den aktuellen oder früheren Arbeitgeber nur mit Einwilligung des Bewerbers nach Referenzauskunft fragen. Allerdings darf er von einer stillschweigenden Einwilligung ausgehen, wenn der Bewerber in seiner Bewerbung Referenzen nennt. Liegt keine Einwilligung vor, dürfen keine Referenzen eingeholt werden, da sonst der aktuelle oder frühere Arbeitgeber über die Stellenbewerbung informiert wäre. Dem Bewerber stünden in einem solchen Fall gegenüber dem potentiellen Arbeitgeber die Rechtsansprüche wegen Persönlichkeitsverletzung zur Verfügung (Art. 15 DSG).

5. Referenzauskunft durch den aktuellen oder früheren Arbeitgeber

Wegen der besonderen wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit obliegt dem aktuellen oder früheren Arbeitgeber eine besondere Fürsorgepflicht gegenüber dem Bewerber (Persönlichkeitsschutz, Art. 328 OR). Der aktuelle oder frühere Arbeitgeber ist deshalb ohne Einwilligung des Bewerbers nicht berechtigt, Referenzauskünfte zu erteilen. Dies gilt auch für Auskünfte über wesentliche Elemente des Arbeitsverhältnisses. Das leitet sich aus Art. 330a Abs. 2 OR ab. Danach kann ein Arbeitnehmer statt eines

Arbeitszeugnisses nur eine Arbeitsbestätigung verlangen, die sich auf Angaben über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt. Mit dieser Bestimmung will der Gesetzgeber die Informationserteilung durch Arbeitszeugnis dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Bewerbers überlassen. Das Gleiche muss konsequenterweise auch für die mündliche Informationserteilung gelten. Könnte nämlich der aktuelle oder frühere Arbeitgeber ohne Einwilligung des Bewerbers Referenzauskünfte erteilen, würde diese zwingende Bestimmung (Art. 330a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 362 OR) ihres Sinnes entleert. Aus diesem Grund ist der aktuelle oder frühere Arbeitgeber mangels Einwilligung des Bewerbers nicht verpflichtet und nicht legitimiert, Auskunft zu erteilen; wenn er allerdings eine abgibt, haftet er gegenüber dem potentiellen Arbeitgeber für die Folgen einer falschen Auskunft und gegenüber dem Bewerber für die Persönlichkeitsverletzung (Art. 15 DSG). Abgesehen davon kann der betroffene Bewerber aufgrund von Art. 35 DSG strafrechtlich gegen den aktuellen oder ehemaligen Arbeitgeber vorgehen, wenn er vorsätzlich geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt. Gegebenenfalls kann der Bewerber auch gemäss Art. 173ff StGB strafrechtlich vorgehen.