

Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln

Band 135

Sebastian Rombey

Das Arbeitszeugnis im Lichte des Datenschutzrechts

Folgen für Inhalt und Haftung



Nomos



Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln

Begründet von Hans Carl Nipperdey

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler
Prof. Dr. Herbert Wiedemann

Band 135

Sebastian Rombey

Das Arbeitszeugnis im Lichte des Datenschutzrechts

Folgen für Inhalt und Haftung



Nomos


C.H. BECK



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7978-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-2362-6 (ePDF)

Die Bände 1–113 sind beim Verlag C. H. Beck, München, erschienen.

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern, Karin und Burkhard Rombey, in Dankbarkeit

Vorwort

Die vorliegende Dissertation wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Wintersemester 2019 als Dissertation angenommen; die Disputation fand am 14. Juli 2020 statt.

Die Dissertationsschrift wäre ohne all diejenigen, die mir bei ihrer Erstellung mit Rat und Tat zur Seite gestanden haben, nicht denkbar gewesen. Für diese großartige Hilfe möchte ich – nicht ohne Demut – Danke sagen.

Zuallererst möchte ich mich bei einem brillanten Arbeitsrechtler bedanken, von dem ich seit nunmehr über fünf Jahren juristisch und persönlich lernen darf: Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. Die Ideen, die ich nur durch gemeinsame Diskussionen mit ihm entwickeln konnte, haben nicht nur diese Dissertation wesentlich vorangebracht, sie haben mich auch als Juristen reifen lassen. Und die konstruktive Kritik, die er übt, zeigt mir stets, an welcher Stelle ich meine Argumentation schärfen muss. Für den wissenschaftlichen Freiraum, den ich während der Erstellung dieser Dissertation bei ihm genossen habe, bin ich ebenso dankbar wie für die Möglichkeit, gemeinsam mit ihm publizieren zu dürfen.

Frau Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie die Denkanstöße zu Fragen der Datenrichtigkeit und des Zeugniswiderrufs, mit denen ich mich auseinandergesetzt habe und die die Dissertation besser gemacht haben.

Zu Dank verpflichtet bin ich ferner Prof. Dr. Martin Henssler und Prof. Dr. Herbert Wiedemann für die Aufnahme der Dissertation in diese Schriftenreihe.

Der Konrad-Adenauer-Stiftung danke ich aufrichtig für die ideelle und finanzielle Förderung des Dissertationsprojekts, die zahlreichen Seminarangebote, die meinen Horizont erweitert haben, und die Möglichkeiten des breiten Austauschs mit Stipendiaten und Stipendiatinnen unterschiedlicher Fachrichtungen.

Dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft gilt mein Dank für die freundliche Förderung der Drucklegung.

Aber auch in meinem persönlichen Umfeld habe ich größtmögliche Unterstützung erfahren: Von Herzen bedanken möchte ich mich bei meiner Freundin, Daniela Schröder, die mich immer wieder ermutigt hat, an mich zu glauben, stundenlange juristische Diskussionen mit mir ausgefochten, meine Texte gelesen und mir stets kluge Denkanstöße gegeben hat, und all das, obwohl sie zu dieser Zeit selbst mit ihrer eigenen Dissertation beschäftigt war. Sie ist mit ihrer entwaffnenden Herzlichkeit seit mittlerweile mehr als elf Jahren mein Rückhalt – etwas, wofür ich unendlich dankbar bin.

In gleichem Maße möchte ich meinen Eltern, Karin und Burkhard Rombey, dafür danken, dass sie mir nicht nur bei der Erstellung und Veröffentlichung dieser Dissertation, sondern schon immer bei allen Dingen des Lebens bedingungslos zur Seite gestanden haben und noch immer zur Seite stehen. Schon als kleiner Junge träumte ich davon, eines Tages Jurist zu sein – sie halfen mir dabei, diesen Traum Wirklichkeit werden zu lassen. Ihnen ist diese Dissertation gewidmet.

Ebenso möchte ich all meinen aktuellen und ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Institut für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit meinen herzlichen Dank aussprechen. Auch wenn ich an dieser Stelle nicht alle von ihnen namentlich erwähnen kann, so möchte ich doch meine Freunde Dr. Yannik Beden, Dr. Melanie Jänsch und Marko Vraetz persönlich nennen, die mich immer durch echtes juristisches Interesse an meinen Überlegungen und geistreiche Einwände, zuweilen aber auch durch den einen oder anderen auflockernden Spruch vorangebracht haben und dies weiterhin tun. The same applies to Djoeke Altena, LL.M., with whom I studied abroad and who – as a Dutch lawyer – can contribute completely new and instructive thoughts on almost any legal question and has done so in the present dissertation. Danken möchte ich zuletzt noch Dr. Maximilian Schmidt, der mir das Recht des Beschäftigtendatenschutzes näher gebracht hat, zu einer Zeit, als ich noch studentische Hilfskraft und die DS-GVO allenfalls ein in vager Zukunft liegendes Projekt war.

Sebastian Rombey

Bonn, im Oktober 2020

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
§ 1 Das Arbeitszeugnis und seine Schwächen	29
A) Anlass der Untersuchung und Einführung in die zentralen Fragestellungen	29
B) Vorab: Mögliche datenschutzrechtliche Implikationen	33
I. Im Rahmen der Zeugniserteilung	33
II. Im Rahmen vermeintlich geklärter Haftungsfragen	36
C) Gang der Untersuchung und Präzisierung der Kernfragen	36
I. Ursachenforschung zur abnehmenden Bedeutung des Zeugnisses (§ 2)	37
II. Die Grundsätze der Zeugniserteilung auf dem Prüfstand (§ 3)	37
III. Übertragbarkeit zeugnisrechtlicher Wertungen auf das Datenschutzrecht (§ 4)	38
IV. Haftungsfragen des Zeugnisrechts arbeitsrechtlich gedacht (§ 5)	40
V. Haftungsfragen des Zeugnisrechts datenschutzrechtlich gedacht (§ 6)	40
VI. Zusammenfassung in 20 Thesen (§ 7)	41
§ 2 Ursachenforschung zur abnehmenden Bedeutung des Zeugnisses	42
A) Wo stehen wir tatsächlich? Annäherung an den Bedeutungsverlust des Zeugnisses im Rahmen der Personalauswahl	42
I. Notwendigkeit des Zeugnisses	42
1. Das Arbeitszeugnis als Gebilde germanischer Rechtsordnungen	43
2. Schwächen alternativer Arbeitszertifikate und Referenzschreiben	44
3. Aufstrebende Alternative mit hohen Rechtsrisiken: Die Komplementärauskunft	46

II. Divergierende Interessen der zentralen Akteure	48
1. Interessen des Zeugnisausstellers	49
2. Interessen des zu beurteilenden Arbeitnehmers	50
3. Interessen des potentiellen künftigen Neuarbeitgebers	51
4. Folgerung: Interessenkonflikt als Keimzelle aller Zeugnisstreitigkeiten	52
III. Rechtstatsächliche Präliminarien: Über den Bedeutungsverlust des Arbeitszeugnisses im Rahmen der Personalauswahl	52
1. Bedeutungsverlust liegt in der Natur der Sache	53
2. Variabilität der Bedeutungskurve	55
3. Komplementärauskünfte als begünstigender Faktor der Bedeutungskrise	57
4. Die Mär vom unverändert hohen Stellenwert des Arbeitszeugnisses	58
IV. Rechtsökonomische Implikationen	60
1. Grundlegung	60
2. Empirische Befunde – eine positiv-ökonomische Betrachtung	65
a) Studie von Huesmann	66
b) Studien der Plattform statista	68
c) Studie von Grau und Watzka	69
aa) Aufwand	69
bb) Nutzen	70
cc) Mängel des Erstellungsprozesses	70
dd) Mängel des Auswertungsprozesses	70
ee) Implikationen der Studie	71
d) Folgerung: Die Erosion des Zeugnisses ist auch durch die Praxis bedingt	71
3. Effektivität der rechtlichen Rahmenbedingungen (§§ 109 GewO, 630 BGB) – eine normativ-präskriptive Betrachtung	72
4. Folgerung	74
V. Rechtssoziologische Fundierung: Wechselwirkung von Rechtsordnung und sozialer Wirklichkeit bei der Beurteilung von Arbeitnehmern	75
1. Grundlegung	75

2. Empirische Befunde belegen ein verändertes Bewertungsschema	77
a) Die Studien von Weuster und Huesmann im Direktvergleich	77
b) Studie von Münch	79
c) Studie von Sende, Galais und Dahl	80
d) In der Begründung nur in Ansätzen nachvollziehbare Haltung des BAG	81
e) Studie von Grau und Watzka	84
f) Neueste Erkenntnisse der Studie von Sende, Moser und Galais	85
3. Folgerung: Bestnoteninflation als Indikator des Bedeutungsverlustes	86
VI. Rechtshistorische Betrachtung	88
1. Ein kurzer Abriss deutscher Zeugnisgeschichte	89
a) Der Abkehrschein der Bergarbeiter	90
b) Die Kundschaft der Handwerksgesellen	90
c) Die Urkunde des Gesindes	92
d) Die Vorläufer des Zeugnisses als sicherheitspolitische Notwendigkeit des 16. bis 18. Jahrhunderts	93
e) Das Arbeitszeugnis als wirtschafts- und sozialpolitische Forderung des beginnenden 19. Jahrhunderts	94
f) Der Ursprung der heutigen Zeugnisnormen	97
g) Heutiger Standort des Zeugnisanspruchs: historisch wie systematisch stimmig	99
2. Folgerungen	101
B) Ein erstes Zwischenergebnis	102
§ 3 Die Grundsätze der Zeugniserteilung auf dem Prüfstand	103
A) Wo stehen wir arbeitsrechtlich? Eine kritische Analyse des bisherigen Zeugnisrechts	103
I. Rechtsgrundlagen: Einheitliches Zeugnisrecht trotz gespaltener Kodifikation	103
1. Abgrenzungsprobleme zwischen § 630 BGB und § 109 GewO	104
2. Auswirkungen auf den zu beschreitenden Rechtsweg	106

II. Doppelte Zielsetzung: Lückenlose Abbildung der Erwerbsbiographie dient Arbeitnehmern und Arbeitgebern gleichermaßen	107
III. Schuldner des Zeugnisanspruchs	109
IV. Ort der Zeugniserteilung	111
V. Arten von Zeugnissen und Zeitpunkt der Anspruchsentstehung	112
1. Schlusszeugnis	115
a) Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers, § 315 BGB	115
b) Wahlrecht zwischen einfachem und qualifiziertem Zeugnis	117
2. Zwischenzeugnis	119
3. Bindungswirkungen	122
VII. Arbeitsrechtliche Grenzen: Die Zeugnisgebote und deren Herleitung – zwischen Fürsorge- und Wahrheitspflicht	124
1. Wohlwollen	125
2. Wahrheit	128
3. Vollständigkeit und Einheitlichkeit	131
4. Transparenzgebot und Geheimzeichenverbot, § 109 Abs. 2 GewO	134
5. Formvorgaben, insbes. Schriftformgebot, § 109 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GewO	136
a) Erstreckung der Schriftform auf das Dienstzeugnis im Beamtenverhältnis	137
b) Mut zur Öffnung der Zeugniserteilung für die elektronische Form	138
c) Die Form als Aushängeschild des Inhalts: weitere Anforderungen	140
6. Geklärte Konsequenzen	142
a) Erstens: Kein Recht zur Lüge bei gleichzeitiger Pflicht zum Wohlwollen	142
b) Zweitens: Keine Lücke beredten Schweigens	143
c) Aber: Eingeschränkte parteiliche Dispositionsfreiheit über den Zeugnisanspruch	145
VIII. Rein arbeitsrechtliche Leitlinien zum Zeugnisinhalt	147
1. Notwendiger Inhalt des einfachen Zeugnisses	148
a) Überschrift nur bei Verkehrsüblichkeit	148
b) Personaldaten, soweit sie zur Identifikation notwendig sind	149
c) Art und Dauer der Tätigkeit	150

d) Erwähnung von Fehlzeiten, Unterbrechungen oder Freistellung nur ausnahmsweise	151
e) Erwähnung der Beendigungsumstände nur auf „Wunsch“ des Arbeitnehmers	154
f) Übergeordneter Maßstab: Möglichst genaues, vollständiges und umfassendes Bild	158
2. Notwendiger Inhalt des qualifizierten Zeugnisses	159
a) Leistung	159
b) Verhalten bzw. Führung im Arbeitsverhältnis	160
c) Gleichwertigkeit der Beurteilungskriterien und Unabhängigkeit voneinander	162
d) Exkurs: Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses	163
3. Widerruf eines einmal erteilten (fehlerhaften) Zeugnisses	165
a) Analogieschluss zu den §§ 119 ff. BGB verbietet sich	166
b) Maßgeblichkeit der Kenntnis von der Unrichtigkeit des Zeugnisinhalts	168
c) Überdies: Erfordernis wesentlicher Unrichtigkeiten des Zeugnisinhalts	170
d) Dogmatische Einordnung: Pflicht oder Obliegenheit zur Korrektur?	171
B) Ein zweites Zwischenergebnis	174
C) Hinführung: Das Recht des Beschäftigtendatenschutzes als Ansatz zur Besserung	175
§ 4 Übertragbarkeit zeugnisrechtlicher Wertungen auf das Datenschutzrecht	176
A) Vorab: Eine knappe grundrechtliche Sicht der Dinge	177
I. Bestimmte Zeugnisangaben als Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Beschäftigten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	177
II. Bestimmte Zeugnisangaben als Eingriffe in das Recht auf Schutz personenbezogener Daten aus Art. 8 GrCh	179
B) Konzeption des Datenschutzrechts	180
I. Zweidimensionales Normgefüge	181
1. Europarechtliche Dimension: Die DS-GVO samt Öffnungsklausel für Datenverarbeitungen „im Beschäftigungskontext“	181

2. Nationale Dimension: Das BDSG samt Regelungsspielräumen	184
II. Geeignet zur Systembeschreibung: Das „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“	186
C) Wo stehen wir datenschutzrechtlich? Transfer zeugnisrechtlicher Wertungen auf das Datenschutzrecht	187
I. Über die Notwendigkeit, datenschutzrechtliche Maßstäbe an das Zeugnis anzulegen	187
1. Vergleichbarkeit mit dem arbeitgeberseitigen Fragerecht	187
2. Vergleichbarkeit mit Regelbeurteilungen im Arbeits- und Dienstverhältnis	190
3. Weit wichtiger: Die Zeugniserteilung als Verarbeitung personenbezogener Daten	191
a) Sachlicher Anwendungsbereich	192
aa) Divergenz von allgemeinem und beschäftigungsspezifischem Anwendungsbereich	192
(1) Art. 2 Abs. 1 DS-GVO als Ausgangspunkt	192
(2) § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG: Orientierung an der DS-GVO	194
(3) § 26 Abs. 7 BDSG: Erweiterung „für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“	195
(4) Keine Tatbestandskongruenz zwischen den §§ 109 GewO, 630 BGB und dem BDSG	197
bb) Personenbezogene Daten im Arbeitszeugnis	198
cc) Verarbeitung eben dieser personenbezogenen Zeugnisdaten en détail	202
b) Persönlicher Anwendungsbereich	205
c) Verantwortlichkeit des zeugniserteilenden Arbeitgebers	206
d) Folgerung und Überleitung: Geltung des datenschutzrechtlichen Verbotsprinzips	210

II. Über die datenschutzbedingten Änderungen des Zeugnisinhalts	210
1. Rechtfertigung der Zeugnisangaben durch die Erlaubnistatbestände des § 26 BDSG	210
a) Geltung des Beschäftigtendatenschutzes	210
aa) Abstrakt: Verarbeitung für „Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ und Notwendigkeit einer sekundärrechtlich vorgezeichneten, extensiven Interpretation	211
bb) Konkret für das Endzeugnis: Datenverarbeitung „nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Beendigung“	213
cc) Konkret für das Zwischenzeugnis: Datenverarbeitung „zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses“	214
b) Erlaubnistatbestand 1: Einwilligung	214
aa) Freiwilligkeit als Ausgangspunkt	214
bb) Die Ausübung des Zeugnisanspruchs als Einwilligung?	216
cc) Der „Wunsch“ auf Aufnahme eines bestimmten Datums in das Zeugnis als Einwilligung?	217
dd) Folgerung: Die Einwilligung als bloß rudimentäres Rechtfertigungsinstrument	219
c) Erlaubnistatbestand 2: Kollektivvereinbarung	220
aa) Die Betriebsvereinbarung als allein „abstraktes“ Rechtfertigungsinstrument	221
bb) Beachtung des Mitbestimmungsrechts aus § 94 Abs. 2 BetrVG bei der Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze	225
cc) Folgerung: Betriebsvereinbarungen sind nur bedingt zielführend	226
d) Erlaubnistatbestand 3: Erforderlichkeit der Datenverarbeitung	227
aa) Vierstufiges Abwägungsschema grundrechtssystematischer Prägung	227
bb) Höhere Hürden für die Aufnahme sensibler Zeugnisangaben	228

cc)	Rahmenlinien der Erforderlichkeitsprüfung: Über das Spannungsverhältnis von Zeugniswahrheit und informationeller Selbstbestimmung	230
(1)	§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG als Garant flexibler Lösungen	230
(2)	Orientierung an den arbeitsrechtlichen Grundsätzen zur Zeugniserteilung	232
(3)	Datenschutzrechtliche Einschränkungen und Flexibilisierungen	236
(4)	Indikatorische Kriterien	238
e)	Verhältnis zu und Rückgriffsmöglichkeit auf Art. 6 und Art. 9 DS-GVO	240
f)	Folgerung: Graduelle, nicht aber grundlegende Änderungen des Zeugnisrechts	241
2.	Überführung einzelner Zeugnisangaben in einen datenschutzrechtlichen Ordnungsrahmen	241
a)	Vorab: Eine rechtstatsächliche Sichtung statistisch häufiger Zeugnisangaben	242
b)	Typische Zeugnisangaben	242
aa)	Personaldaten: Vor- und Nachname, Anschrift, Geburtsdatum und Geburtsort	243
bb)	Leistung	246
(1)	Datenrichtigkeit gilt nicht nur bei Tatsachen, sondern auch bei Werturteilen	246
(2)	Eingeschränkte Kontrollierbarkeit der Leistungsdaten	248
(3)	Berücksichtigung des Grundsatzes der Datensparsamkeit	249
cc)	Führung bzw. (Sozial-)Verhalten	250
dd)	Beendigungsumstände	251
c)	Auswahl besonders problematischer Zeugnisangaben: Balanceakt zwischen Wahrheit und Wohlwollen, zwischen Informationsfunktion und Datenschutz	253
aa)	Verdachtsmomente	253
(1)	Eine Sichtung der Rechtsprechung	254
(2)	Stimmen des Schrifttums	256
(3)	Eine kritische Stellungnahme	259

(4) Ein neuer Ansatz: Datenschutzrechtliche Interessenabwägung	260
(5) Folgerung: Mindestschwelle einer fiktiven Verdachtskündigung	264
bb) Straftaten	265
(1) Arbeitsrechtliche Leitplanken	265
(2) Ein neuer Ansatz: Kumulative Berücksichtigung von § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG und § 51 BZRG im Rahmen des Art. 10 S. 1 DS-GVO	267
cc) Krankheit und Gesundheitszustand	268
dd) Weitere (sensible) Zeugnisangaben, insbesondere zur Konfession	271
d) Folgerung: Umdenken bei einzelnen Zeugnisangaben	272
III. Weitere Auswirkungen einer datenschutzrechtlichen Betrachtung	273
1. Beachtung der Betroffenenrechte im Kontext der Zeugniserteilung: Berichtigungs- und Auskunftsrechts	273
2. Zulässige Speicherdauer zeugnisrelevanter Daten nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses und Auswirkungen auf die Löschpflichten	276
a) Aufbewahrungspflichten	278
b) Aufbewahrungsrechte	281
3. Beteiligung des Betriebsrats am Prozess der Zeugniserteilung und -auswertung	283
a) Betriebsverfassungs- und datenschutzrechtliche Grenzen des Zeugnisvorlagerechts	284
b) Der Betriebsrat als Verantwortlicher im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DS-GVO?	285
c) Datensparsamkeit als zentrale Folge für das Zeugnisvorlagerecht des Betriebsrats	289
4. Vorlage- und Auswertungsbefugnis des Neuarbeitgebers bzgl. des Zeugnisses	291
5. Einsatz sog. Zeugnisgeneratoren	293
a) Gefahr der Entkontextualisierung und Problematik des Profiling	294
b) Gefahr der Diskriminierung durch Algorithmen	298
c) Daher: Softwaregenerierte Zeugnisse sind genau zu prüfen	299

6. Durchführung sog. Kollegenbeurteilungen	300
D) Ein drittes Zwischenergebnis	301
E) Forschungsperspektiven: Rechtmäßigkeitserwägungen zu Komplementärauskünften	303
§ 5 Haftungsfragen des Zeugnisrechts arbeitsrechtlich gedacht	308
A) Bestandsaufnahme: Haftungslage bei unrichtigen Zeugnissen	310
I. Überwiegend geklärte Haftungssituation im Verhältnis von Altarbeitgeber und beurteiltem Arbeitnehmer: vor allem eine Problematik mangelnden Wohlwollens	310
1. §§ 109 GewO, 630 BGB: Anspruch auf Neuerteilung eines zunächst unrichtig erteilten Zeugnisses (sog. „Berichtigungsanspruch“)	311
2. Verwirkungsgefahr: Plädoyer für eine deutlich restriktivere Handhabung	313
3. § 280 Abs. 1 oder § 280 Abs. 1, 2 i.V.m. § 286 BGB: Schadensersatz bei unrichtig oder verspätet erteiltem Zeugnis	318
a) Wahl der richtigen Anspruchsgrundlage	318
b) Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolge	321
4. § 15 Abs. 1, 2 AGG: Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung	323
5. § 823 Abs. 1 BGB: Persönlichkeitsrechtsrelevanz des Zeugnisses?	324
6. § 823 Abs. 2 BGB	325
7. Entschädigung bei Zeugnisverzicht nach § 61 Abs. 2 ArbGG im Rahmen der Zwangsvollstreckung	326
8. Zwischenergebnis	326
II. Nicht abschließend geklärte Haftungssituation im Verhältnis von Alt- und Neuarbeitgeber: vor allem eine Problematik mangelnder Wahrheit	326
1. Haftung aus Delikt	327
a) § 823 Abs. 1 BGB	328
aa) Eigentum als absolutes Rechtsgut	328
bb) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht?	328
cc) Jedenfalls in der Regel keine zurechenbare Verletzungshandlung	330
(1) Kausalität: Äquivalenz und Adäquanz	330

(2) Schutzzweck der Norm bei mittelbarer Verletzungshandlung: Sachliche Nähe zur deliktischen Sorgfalt nur bei positiver Handlungspflicht	331
(a) Aus dem Recht folgt nicht zwangsläufig auch die Pflicht	332
(aa) Nur eine instanzgerichtliche Entscheidung behauptet eine solche Pflicht – ohne Begründung und allein obiter dictum	333
(bb) Entscheidende Argumente sprechen gegen den Schluss vom rechtlichen Können auf das rechtliche Müssen	334
(b) Folgerung: Der Schutzzweck der Norm bildet eine kaum überwindbare Hürde	336
dd) Folgerung: § 823 Abs. 1 BGB hilft nicht weiter	336
b) § 823 Abs. 2 BGB	336
c) § 826 BGB	338
aa) Schädigungshandlung und Zurechenbarkeit	338
bb) Sittenwidrigkeit der Schädigung	340
cc) Vorsatz	342
dd) Rückblick: Folgen eines unterlassenen Widerrufs	344
ee) Folgerung: § 826 BGB erfasst nur seltene Ausnahmefälle und ist noch seltener nachweisbar	345
2. Vertragsähnliche Haftung aus culpa in contrahendo oder Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?	346
a) Sonderrechtsprechung: Der BGH überspannt vertragsähnliche Ansprüche	346
aa) Vorvertragliches Schuldverhältnis fehlt	347
bb) Vorvertragliches Schuldverhältnis fehlt – und kann auch nicht fingiert werden	349
cc) Suche nach einem Anknüpfungspunkt für eine Informationspflicht	350
(1) Versuch der Herleitung aus einer Verkehrssicherungspflicht schlägt fehl	351

(2) Einwirkungsmöglichkeit des Zeugnisausstellers als Grundvoraussetzung, um Gefahrsicherungsmaßnahmen überhaupt ergreifen zu können	354
(3) Erkenntnis: Anknüpfungspunkt für eine Verkehrssicherungspflicht fehlt, und selbst wenn er bestünde, wäre eine Informationspflicht praxisuntauglich	355
b) Idee eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verfängt ebenfalls nicht	356
aa) Leistungsnähe wohl gegeben	356
bb) Zentral: Gläubigerinteresse des Arbeitnehmers konkretisiert sich auf die eigene Entlastung, nicht auf den Schutz des Neuarbeitgebers	357
cc) Hilfsweise: Erkennbarkeit wohl gegeben	358
dd) Hilfsweise: Keine Schutzbedürftigkeit des Neuarbeitgebers	359
ee) Folgerung: Ein „Arbeitszeugnis zu Lasten des Altarbeitgebers“ darf es nicht geben	360
c) Folgerung: Vertragsähnliche Haftung überzeugt kaum – ein neuer Ansatz ist dringend notwendig	360
3. Ein knapper Rechtsvergleich: In Österreich und der Schweiz bestehen vergleichbare Probleme	361
B) Ein viertes Zwischenergebnis	363
C) Hinführung: Eine Datenschutzrechtliche Betrachtung kann möglicherweise neue Impulse in dieses Wirrwarr an Haftungsfragen bringen	363
§ 6 Haftungsfragen des Zeugnisrechts datenschutzrechtlich gedacht	364
A) Art. 82 DS-GVO: Datenschutzdeliktsrecht in a nutshell	365
I. Vergleich zu den §§ 7, 8 BDSG a.F. sowie Art. 23 DSRL 95/46/EG	365
II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen: Art. 82 DS-GVO im Überblick	366
III. Sinn und Zweck: private enforcement des Datenschutzrechts	368

B) Das Haftungsverhältnis von Zeugnisaussteller und Neuarbeitgeber im ordnenden Zugriff	369
I. „Jede Person“ ist anspruchsberechtigt – oder doch nur die betroffene? Zur Einbeziehung Dritter in den Kreis der Anspruchsberechtigten	370
1. Kausalität wird bei der Betrachtung des Anspruchs zu Unrecht ausgeblendet	371
2. Kausalität als Überdruckventil zur Vermeidung einer ausufernden Haftung	373
3. Effektivitätsgedanke setzt nur das durch, was die Norm auch gewährt	373
4. Ein kurzer Seitenblick zum Kartellrecht	374
5. ErwG 146: Verschiedene Zielrichtungen von S. 1 und S. 6	376
6. Klagerecht nach Art. 79 Abs. 1 DS-GVO ist kein valides Argument	377
7. Gerichtsstand des Art. 82 Abs. 6 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 S. 2 DS-GVO sagt nichts über die materiell-rechtliche Anspruchsberechtigung aus	378
8. Kontrollüberlegung: Der Ordnungsgeber war sich seiner Wortwahl bewusst	379
9. Ergebnis der Auslegung: „Jede Person“ ist auch eine dritte Person	380
10. Übertragbarkeit auf das Haftungsverhältnis von Alt- und Neuarbeitgeber	381
II. „Jede Person“ ist anspruchsberechtigt – oder doch nur die natürliche? Zur Einbeziehung juristischer Personen in den Kreis der Anspruchsberechtigten	381
1. Erneut: Kausalität als Überdruckventil zur Vermeidung einer ausufernden Haftung	383
2. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO gibt keinen Aufschluss über Art. 82 Abs. 1 DS-GVO	383
3. Zielsetzung der DS-GVO steht einer Einbeziehung juristischer Personen nicht zwingend entgegen	384
a) Schutz personenbezogener Daten primär, natürlicher Personen nur sekundär	385
b) Gleichrangig: Schutz des freien Flusses personenbezogener Daten	387

c) Der EuGH zieht abstrakte Schutzzwecke in anderen Rechtsgebieten bislang nicht zur Begrenzung der Anspruchsberechtigung heran	390
d) Einbeziehung juristischer Personen ist auf Sonderfälle begrenzt und führt nicht zur Aufweichung der von der DS-GVO verfolgten Ziele	391
e) Ein kurzer Seitenblick zum schweizerischen Datenschutzrecht	392
4. Die Anspruchsberechtigung setzt die potentielle Möglichkeit der Geltendmachung aller denkbaren Schadensposten nicht voraus	393
5. Kontrollüberlegung: Ungewollte Risiken bestehen ohnehin	395
6. Ergebnis der Auslegung: „Jede Person“ kann auch eine juristische Person sein	395
7. Übertragbarkeit auf das Haftungsverhältnis von Alt- und Neuarbeitgeber	396
III. „Verstoß gegen diese Verordnung“ als Verstoß gegen das BDSG?	397
1. Verstöße sind in solchen Bereichen erfasst, in denen § 26 BDSG der Durchführung oder Konkretisierung der DS-GVO dient	397
2. § 26 BDSG zuwiderlaufende Zeugnisse sind in aller Regel erfasst	399
IV. „Verstoß gegen diese Verordnung“: Ist jeder Verstoß gegen das Datenschutzrecht erfasst oder nur ein Verstoß gegen spezifische Datenschutzvorschriften?	400
1. Auslegungsmethoden deuten auf eine umfassende Berücksichtigung von Verstößen	401
2. Accuracy: Grundverpflichtung der sachlichen Richtigkeit personenbezogener Daten als prägendes Strukturprinzip des neuen Datenschutzrechts	403
3. Jedenfalls im Beschäftigungskontext ist die Verletzung von Strukturprinzipien über § 26 Abs. 5 BDSG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d) DS-GVO sanktionsfähig	406
4. Ergebnis der Auslegung: Unrichtige Zeugnisangaben sind mithin haftungsrelevant	408
V. Entlastungsbeweis des Art. 82 Abs. 3 DS-GVO: „Verantwortlichseinmüssen“ liegt nahezu immer vor, insbesondere in Fällen unrichtiger Zeugniserteilung	408

VI. Weit wichtiger: Erweiterung der Haftung auf beteiligte Hilfspersonen	411
1. Zurechnung des Fehlverhaltens eigener Mitarbeiter und Organe	411
2. Haftung auch für Auftragsverarbeiter, auf die die Pflicht zur Zeugniserteilung delegiert wurde	413
3. Folgerung: Keine Entlastung durch Einschaltung von Hilfspersonen	414
VII. Eine Vielzahl denkbarer Schäden	414
VIII. Schadenseintritt „wegen“ des Datenschutzverstoßes – Kausalität als besser zur Haftungseinschränkung geeignetes Merkmal	417
IX. Auswirkungen der Anspruchsberechtigung auf die Darlegungs- und Beweislast	421
X. Exkurs: Keine Möglichkeit zur Haftungsfreizeichnung	423
XI. Anspruchskonkurrenz: Art. 82 Abs. 1 DS-GVO als haftungserweiternde Norm, die neben nationale Anspruchsgrundlagen tritt	425
XII. Folgerung: In Ausnahmefällen valide Anspruchsgrundlage des Neuarbeitgebers	426
C) Das Haftungsverhältnis von Zeugnisaussteller und beurteiltem Arbeitnehmer in gebotener Kürze	427
D) Weitere Fallstricke und generelle Widersprüche zur bisherigen Rechtsprechung: Über Transfermöglichkeiten und Transfernotwendigkeiten	431
I. Zeugnisrechtliche Judikatur zur culpa in contrahendo sowie zu § 826 BGB	431
II. Datenschutzrechtliche Judikatur zu Art. 23 DSRL 95/46/EG und § 823 Abs. 1 BGB	432
III. Rückkopplung des Zeugniswiderrufs an das Datenschutzrecht	434
1. Grundverpflichtung zur Datenrichtigkeit	434
2. Determinanten der Datenrichtigkeit	436
3. Hürden einer Zeugniswiderrufspflicht	437
a) Notwendigkeit der Aktualisierung unrichtiger Daten nur erforderlichenfalls	437
b) Notwendigkeit der Berichtigung oder Löschung nur bei Angemessenheit der Maßnahmengreifung	438

Inhaltsverzeichnis

4. Folgerung: Eine Pflicht zum Zeugniswiderruf besteht nur in engen Grenzen	442
5. Aber: Keine ergänzende Informationspflicht gegenüber Dritten	445
E) Ein letztes Zwischenergebnis	448
§ 7 Zusammenfassung in 20 Thesen	450
Literaturverzeichnis	457

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft / Amtsgericht
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
Art.	Artikel
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof

Abkürzungsverzeichnis

BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance Berater
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CR	Computer und Recht
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DSB	Datenschutz-Berater
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DSRL	Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
Ed.	Edition
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrecht
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErwG	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	JuristenZeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LBG NRW	Landesbeamtengesetz Nordrhein-Westfalen
LG	Landgericht
lit.	litera [Buchstabe]
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechung-Report
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Beilage
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PR	Psychologische Rundschau
P&R	Personal und Recht

Abkürzungsverzeichnis

RdA	Recht der Arbeit
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RG	Reichsgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rspr.	Rechtsprechung
r+s	Zeitschrift Recht und Schaden
S.	Satz / Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte (r)
SPA	Schnellinformation Personalmanagement und Arbeitsrecht
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
SR	Soziales Recht
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a.	unter anderem / und andere
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
Var.	Variante
v.	von / vom / vor
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
z.T.	zum Teil

§ 1 Das Arbeitszeugnis und seine Schwächen

A) Anlass der Untersuchung und Einführung in die zentralen Fragestellungen

„Ganz gehorsamstes Promemoria.

Nach der [...] Polizeiverordnung, welche den Herrschaften zur Pflicht macht, die Dienstboten nicht bloß mit allgemeinen und unbedeutenden Attesten zu entlassen, sondern darin gewissenhaft ihr Gutes und ihre Mängel auseinanderzusetzen, habe ich Charlotte Hoyer, welche als Köchin in meinem Dienst gestanden hat, als einer der boshaftesten und inkorrigibelsten Personen, die mir je vorgekommen sind, ein, wie die Beilage ausweist, freilich nicht sehr empfehlendes Zeugnis bei ihrem Abschiede eingehändigt. [...]"

In dem beiliegenden Zeugnis heißt es dann weiter:

„Charlotte Hoyer hat zwei Jahre in meinem Haus gedient. Für eine Köchin kann sie gelten, und ist zuzeiten folgsam, höflich, sogar einschmeichelnd. Allein durch die Ungleichheit ihres Betragens hat sie sich zuletzt ganz unerträglich gemacht. Gewöhnlich beliebt es ihr nur nach ihrem eigenen Willen zu handeln und zu kochen; sie zeigt sich widerspenstig, zudringlich, grob, und sucht diejenigen die ihr zu befehlen haben, auf alle Weise zu ermüden. Unruhig und tückisch verhetzt sie ihre Mitdienenden und macht ihnen, wenn sie nicht mit ihr halten, das Leben sauer. Außer andern verwandten Untugenden hat sie noch die, daß sie an den Türen horcht. Welches alles man, nach der erneuten Polizeiverordnung, hiermit ohne Rückhalt bezeugen kann.“¹

So beschrieb *Johann Wolfgang von Goethe* im März 1811 seine Köchin, *Charlotte Hoyer*, in einem an das herzoglich Sachsen-Weimarische Polizeikollegium gerichteten Brief. Als wäre dies nicht genug, waren dem Schriftstück „zum unmittelbaren Beweis“ Fetzen des Zeugnisses beigefügt, das *Hoyer* – soweit man *Goethes* Schilderung glauben mag – wohl in einem spontanen Anfall von Wut über dessen Inhalt zerrissen und überall in *Goe-*

1 Der gesamte Brief ist abgedruckt in *Mandelkow/Morawe*, *Goethes Briefe und Briefe an Goethe*, Bd. 3: Briefe der Jahre 1805-1821, 1965, S. 153 f.

thes Weimarer Haus am Frauenplan² verstreut hatte.³ *Goethe*, der dieses (in seinen Augen aufmüpfige) Verhalten – zumal von einer Bediensteten – nicht hinnehmen wollte, erstattete Anzeige und bat das herzoglich Sachsen-Weimarische Polizeikollegium um die „Ahndung einer solchen Verwegenheit“.⁴ Aus heutiger Sicht ein Glücksfall, denn ohne *Goethes* Eitelkeit hätte es diesen Brief wohl kaum gegeben, geschweige denn wäre er zu einem kleinen Stück Weltliteratur aufgestiegen.⁵ Ob *Goethe* mit seiner Anzeige Erfolg hatte oder was aus *Hoyer* wurde, ist nicht überliefert. Feststeht aber, dass ein Zeugnis wie dieses nach heutigen Maßstäben gleichermaßen sprachlich brillant wie – wegen des Verstoßes gegen das Zeugnisgebot des Wohlwollens – haarsträubend rechtswidrig wäre. Es wird deutlich: Die Vorstellungen über Inhalt und Funktion des Zeugnisses haben sich seitdem entscheidend gewandelt. Und sie wandeln sich weiter – bedingt durch eine fortwährend fortschreitende Digitalisierung und eine damit einhergehende, steigende Sensibilität der Arbeitswelt 4.0 für datenschutzrechtliche Fragen. Hier darf ein erneuertes „Arbeitszeugnis 4.0“ nicht fehlen.

Doch das Nachdenken hört nicht auf. Die Notwendigkeit, die an das Arbeitszeugnis anzulegenden Rechtsgrundsätze zu überdenken, hat nicht nur datenschutzrechtliche, sondern auch arbeitsrechtliche Gründe. So hat sich das BAG in seiner Judikatur schon früh auf eine doppelte Zwecksetzung des Zeugnisses festgelegt und pointiert formuliert: Das Zeugnis dient „dem Arbeitnehmer regelmäßig als Bewerbungsunterlage und ist insoweit Dritten, insbesondere künftigen Arbeitgebern, Grundlage für ihre Personalauswahl“.⁶ Das in dieser Formulierung liegende Dilemma hat *van Venrooy* zutreffend beschrieben: „Sagt man einem Dienstpflichtigen, er dürfe mit einem Zeugnis werben, um so beruflich weiterzukommen, wäre es eine verkürzte Darstellung, wenn man ihm nicht zugleich klarmachte, daß ihm gar nichts anderes übrig bleibe.“⁷ Insoweit ist es nicht erstaunlich, dass sich das Zeugnis trotz oder vielleicht auch gerade wegen dieser dop-

2 In der Literatur wird *Goethes* Haus oft so bezeichnet, vgl. dazu *Grieser*, Die guten Geister: Sie dienen den Großen dieser Welt, 2008, vgl. den Beitrag „Widerspenstig, zudringlich und grob“, Johann Wolfgang von Goethe über Charlotte Hoyer.

3 Vgl. die Zeilen 13-17 des Briefes.

4 Vgl. die Zeilen 23-24 des Briefes.

5 So sieht es zumindest *Zander*, AuA 1999, 319, 320.

6 BAG, Urt. v. 23.06.1960 – 5 AZR 560/58, NJW 1960, 1973; BAG, Urt. v. 20.02.2001 – 9 AZR 44/00, BAGE 97, 57 Rn. 17; BAG, Urt. v. 14.06.2016 – 9 AZR 8/15, BeckRS 2016, 73357 Rn. 16.

7 *Van Venrooy*, Das Dienstzeugnis, 1984, S. 26.

pelten Zielsetzung in jüngster Zeit vermehrter Kritik ausgesetzt sieht.⁸ Stimmen werden lauter, die stetig steigende Zeugnisnoten (allein im Zeitraum 1994-2010 stieg die durchschnittliche Bewertung von 2,42 auf 1,79 an, und der Trend schreitet weiter fort),⁹ nichtssagende Wendungen bei vielsagenden Auslassungen¹⁰ und einen im Verhältnis zu den Kosten ökonomisch nur geringen Nutzen bei der Personalauswahl¹¹ anmahnen.

So mancher Arbeitnehmer empfindet ähnlich: Kritik durch Vorgesetzte schlägt in Lob um, wenn das Unternehmen verlassen und ein Zeugnis erteilt wird.¹² Die Gründe für diesen rechtstatsächlichen Bedeutungsverlust sind vielschichtig – einer von ihnen ist allerdings fraglos in den komplexen und rechtsunsicheren Vorgaben zu sehen, die die Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg zu den §§ 109 GewO, 630 BGB und 16 BBiG herausgebildet hat.¹³ Um es mit den Worten des BAG zu sagen, die es fast schon gebetsmühlenartig wiederholt, wenn zeugnisrechtliche Fragen in Rede stehen: Das Zeugnis muss „von verständigem Wohlwollen gegenüber dem Arbeitnehmer getragen sein und [darf] ihm das berufliche Fortkommen

-
- 8 Aus jüngerer Zeit *Steck*, SPA 2019, 1 f. unter dem bezeichnenden Titel „Schlechtes Zeugnis für das Arbeitszeugnis“; s. zudem *Benkert*, NJW-Spezial 2019, 562; *Pues*, DB 2019, 2520 sowie *Roth*, FA 2001, 299.
 - 9 Vgl. dazu die umfassende Sichtung empirischer Studienergebnisse unter Gliederungspunkt § 2 A) V. 2.; s. aus empirischer und zugleich psychologischer Sicht auch *Sende/Moser*, PR 2017, 131.
 - 10 In diese Richtung bereits *Göldner*, ZfA 1991, 225, 233; ebenso *Preis/Bender*, NZA 2005, 1321, 1327.
 - 11 So kommt eine aktuelle betriebswissenschaftliche Studie zu dem Ergebnis, dass die Erteilung des Zeugnisses auf Seiten des Zeugnisausstellers mehr Zeit und Kosten in Anspruch nimmt als es auf Seiten des potentiellen Neuarbeitgebers dabei hilft, eine valide Entscheidung bei der Personalauswahl zu treffen, *Grau/Watzka*, Arbeitszeugnisse in Deutschland, 2016, Kap. V.; eine Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse ist frei abrufbar unter web.eah-jena.de/fhj/bw/fachbereich/bwl-blog/Publishing/Images/Pressemitteilung.pdf, Abruf v. 20.10.2020; eingehend auch *Meisloch*, Die Funktionalität von Arbeitszeugnis- und Referenzsystem, 2017, S. 68.
 - 12 *Schulte*, P&R 2016, 153 f.; s. auch FAZ v. 30.04.2016, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/beruf/bwl-professor-klaus-watzka-die-meisten-arbeitszeugnisse-sind-wertlos-14205453.html>, Abruf v. 22.02.2020; Spiegel Online v. 27.11.2014, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/karriere/bewerbung-warum-arbeitszeugnisse-oft-wertlos-sind-a-1004008.html>, Abruf v. 20.10.2020.
 - 13 *Schiefer*, P&R 2019, 199 spricht von einer „bisweilen skurril“ anmutenden Judikatur zu den Zeugnisnormen.

nicht ungerechtfertigt erschweren.¹⁴ Danach muss das Arbeitszeugnis also, angelehnt an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und den oben beschriebenen *Telos* des Zeugnisses, zum einen wahr,¹⁵ zum anderen aber eben auch wohlwollend¹⁶ formuliert sein – häufig ein schmaler Grat und manchmal ein Widerspruch in sich. Daraus folgt zugleich, dass es keine schriftlichen Lügen perpetuieren und ebenso wenig beredt und damit nachteilig für den Arbeitnehmer an Stellen schweigen darf, an denen eine Beurteilung branchentypisch zu erwarten gewesen wäre.¹⁷ Kurzum: Das Arbeitszeugnis wird bislang originär arbeitsrechtlich betrachtet – auch was einschlägige Monographien anbelangt.¹⁸

Ziel und zugleich neuer Ansatz dieser Arbeit ist es nun, das Arbeitszeugnis mit der datenschutzrechtlichen Brille zu betrachten. Das Arbeitsrecht hinkt hier dem Datenschutz hinterher und steckt, jedenfalls was die datenschutzrechtliche Durchdringung anbetrifft, noch in den Kinderschuhen. Deshalb sollen die bislang geltenden Grundsätze, insbesondere zum Zeugnisinhalt, auf der Grundlage des – auch durch die neue DS-GVO¹⁹ immer präziser beschriebenen – Beschäftigtendatenschutzes überprüft respektive neu durchdacht werden. Auf diese Weise soll das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in Ausformung der einfachgesetzlichen Normen des BDSG stärker betont, Rechtsunsicherheit durch Entwicklung neuer Leitlinien beseitigt und eine (wieder) höhe-

14 BGH, Urt. v. 26.11.1963 – VI ZR 221/61, DB 1964, 517; dem hat sich das BAG erst eine knappe Dekade später angeschlossen: BAG, Urt. v. 08.02.1972 – 1 AZR 189/71, BAGE 24, 112, 114; jüngst erneut bestätigt in BAG, Urt. v. 14.06.2016 – 9 AZR 8/15, BeckRS 2016, 73357 Rn. 16; s. ferner *Gäntgen*, RdA 2016, 147, 148.

15 Zum Wahrheitsgebot BAG, Urt. v. 18.11.2014 – 9 AZR 584/13, NZA 2015, 435 Rn. 19, hergeleitet aus dem Zweck des Zeugnisses, vgl. BAG, Urt. v. 15.11.2011 – 9 AZR 386/10, NJW 2012, 1754 Rn. 9 unter Rekurs auf BAG, Urt. v. 14.10.2003 – 9 AZR 12/03, NZA 2004, 842, 843; s. bereits Preußisches ALR v. 1794, § 171.

16 Zum Wohlwollensgebot vgl. BAG, Urt. v. 08.02.1972 – 1 AZR 189/71, BAGE 24, 112, 114; erneut bestätigt durch BAG, Urt. v. 14.06.2016 – 9 AZR 8/15, BeckRS 2016, 73357 Rn. 16; s. auch *Löw*, NZA-RR 2008, 561.

17 BAG, Urt. v. 29.07.1971 – 2 AZR 250/70, AP BGB § 630 Nr. 6; s. auch *Düwell/Dabl*, NZA 2011, 958, 959.

18 Vgl. aus jüngerer Zeit die Monographien von *Huesmann*, Arbeitszeugnisse aus personalpolitischer Perspektive, 2008; *Meisloch*, Die Funktionalität von Arbeitszeugnis- und Referenzsystem, 2017; *Richard*, Inhaltliche Grenzen des Zeugnisanspruchs, 2015; *Schulz*, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, 2006.

19 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG v. 27.04.2016, ABIEU Nr. L. 119 v. 04.05.2016, S. 1 (im Folgenden kurz „DS-GVO“).

re Wertigkeit des Arbeitszeugnisses erreicht werden. Gelingt dies, wäre es ein Gewinn für Wissenschaft wie Praxis gleichermaßen: Die bislang unerforschten datenschutzrechtlichen Dimensionen der Zeugniserteilung können auf diese Weise analysiert und viele Gerichtsprozesse vereinfacht werden. Genau darin liegt das Ziel der Arbeit. Und es wäre ein Kernanliegen eines jeden Arbeitgebers. Denn Rechtsstreitigkeiten, in deren Mittelpunkt das Arbeitszeugnis steht, sind bei deutschen Arbeitsgerichten an der Tagesordnung. Eine riesige Anzahl an Zeugnisprozessen pro Jahr (ca. 30.000) spricht für sich²⁰ – und für eine ständige Fortschreibung des konfliktträchtigen Zeugnisrechts.

B) Vorab: Mögliche datenschutzrechtliche Implikationen

I. Im Rahmen der Zeugniserteilung

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet das arbeitsrechtliche Schrifttum, das zunehmend auf die Bedeutung bestimmter Zeugnisangaben für das informationelle Selbstbestimmungsrecht des zu beurteilenden Arbeitnehmers aufmerksam wird, ohne sich jedoch – so wäre es konsequent – mit der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts zu befassen.²¹ Soweit sich zumindest die datenschutzrechtliche Literatur der Thematik annimmt, wird allein aus der Perspektive des potentiellen Neuarbeitgebers heraus festgestellt, dass die Vorlage von Zeugnissen verlangt werden könne,²² ohne jedoch den dahinter verborgen liegenden Grundgedanken der Verarbeitung personenbezogener Daten durch den Zeugnisaussteller – wie es diese

20 *Olbertz*, NWB 2018, 802; *Popp*, DB 2016, 1075: „Immerhin liegt die Quote der Zeugnisstreitigkeiten konstant bei einer Anzahl von etwa 30.000 Verfahren jährlich.“; in der Praxis wird Gleiches festgestellt, *Naber/Schulte/Tisch*, BB 2019, 757; s. überdies auch die BMAS-Statistiken zur Arbeitsgerichtsbarkeit.

21 *Richard*, Inhaltliche Grenzen des Zeugnisanspruchs, 2015, S. 71 ff.; vgl. allerdings auch *Meisloch*, Die Funktionalität von Arbeitszeugnis- und Referenzsystem, 2017, S. 257 ff., die in ihrer Promotionschrift auf wenigen Seiten auf den Teilbereich des von ihr so bezeichneten „Bewerberdatenschutzes“ eingeht, ohne jedoch einen konkreten Bezug zum Arbeitszeugnis herzustellen.

22 *Kort*, NZA-Beilage 2/2016, 62, 69; Auf die Anwendbarkeit des § 26 BDSG bei der Zeugniserteilung weist *Gola*, Hdb. Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl. 2019, Rn. 1579 hin, ohne jedoch näher Stellung zu beziehen.

Arbeit intendiert – wissenschaftlich zu vertiefen.²³ Gänzlich rückwärtsgerichtet – so scheint es zuweilen – argumentiert nur die Rechtsprechung. Sie haftet weiter an ihrer wohl kaum zukunftsfähigen Annahme, arbeitsrechtliche Grundsätze allein genügen zur Beurteilung der Zeugniserteilung.²⁴

Kann die Zeugniserteilung aber datenschutzrechtlich betrachtet werden – und so scheint es *prima facie* –, ist zu fragen, ob die bisherigen Grundsätze, insbesondere im Hinblick auf den Zeugnisinhalt, weiterhin Anwendung finden können oder sich nicht vielmehr durch die Wertungen des Datenschutzrechts verschieben. Eine solche Verschiebung mag sicherlich nicht bei Grunddaten des Arbeitnehmers (man denke etwa an Name oder Tätigkeitszeitraum) in Betracht kommen, da der Arbeitgeber hier gesetzlich zur Verarbeitung eben dieser personenbezogenen Daten verpflichtet ist, sodass das Datenschutzrecht das einfache Zeugnis (jedenfalls in diesem Punkt) kaum verändern kann – wohl aber das qualifizierte Zeugnis, bei dem es um eine Vielzahl personenbezogener Daten geht, die sich an dieser frühen Stelle der Arbeit nicht abschließend auffächern lassen, aber im Einzelfall überaus problematisch sein können.

Doch nach welchem System beurteilt sich diese Verschiebung der bisherigen (arbeitsrechtlichen) Maßstäbe überhaupt? Kurz: Nach dem Zusammenspiel von DS-GVO und BDSG. Denn: In Zusammenschau der Art. 5 Abs. 1 lit. a) und Art. 6 Abs. 1 DS-GVO – früher § 4 Abs. 1 BDSG a.F. – gilt für die Verarbeitung personenbezogener Daten ein präventives „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“,²⁵ sprich es muss ein Erlaubnistatbestand eingreifen, der die Datenverarbeitung im Einzelfall legitimiert. Anderenfalls bleibt sie verboten. Auf diese Weise soll die durch das BVerfG in seinem

23 Die Datenschutzrelevanz immerhin erkannt, ohne jedoch näher dazu Stellung zu nehmen, haben BeckOK-DatenschutzR/*Riesenhuber*, 31. Ed. 2020, § 26 BDSG Rn. 189; *Däubler*, Gläserne Gesellschaften, 8. Aufl. 2019, § 8 Rn. 459; *Gola/Heckmann/Gola*, BDSG, 13. Aufl. 2019, § 26 BDSG Rn. 46; *Plath/Stamer/Kuhnke*, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 29; *Schaub/Koch/Koch*, Arbeitsrecht von A-Z, 24. Aufl. 2020, Stichwort „Zeugnis“; *Thüsing/Thüsing*, Beschäftigendatenschutz und Compliance, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 21; zudem wird man Simitis/Hornung/Spiecker/Seifert, DatenschutzR, 2019, Art. 88 DS-GVO Rn. 195, 197 so verstehen müssen; s. zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ferner BT-Drucks. 16/13657, S. 21.

24 Zuletzt BAG, Urt. v. 18.11.2014 – 9 AZR 584/13, NZA 2015, 435.

25 *Franzen*, RdA 2010, 257, 258 f.; *Schantz/Wolff/Wolff*, Das neue DatenschutzR, 2017, Rn. 389; *Schaub/Linck*, ArbR-Hdb, 18. Aufl. 2019, § 153 Rn. 5; s. auch *Schmidt*, Datenschutz für „Beschäftigte“, 2016, S. 78 f.; a.A. *Rofsnagel*, NJW 2019, 1, 5.

wegweisenden Volkszählungsurteil postulierte „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“²⁶, gewahrt werden. Demnach wird sich die Arbeit mit der Frage befassen, welche Erlaubnistatbestände die Datenverarbeitung – besonders im Rahmen des qualifizierten Zeugnisses – rechtfertigen können: Angefangen bei der nun normierten Einwilligung nach § 26 Abs. 2 BDSG sowie ErwG 155 DS-GVO über Kollektivvereinbarungen gemäß § 26 Abs. 4 BDSG und Art. 88 Abs. 2 DS-GVO bis hin zur Erlaubnisnorm des § 26 Abs. 1 S. 1 Var. 2 und Var. 3 BDSG. Nach § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG, der im Mittelpunkt der Betrachtung stehen wird, dürfen personenbezogene Daten u.a. für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Beendigung erforderlich ist. Der schillernde Begriff der datenschutzrechtlichen Erforderlichkeit ist dabei im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verstehen.²⁷ Insoweit sind die tangierten Interessen ausweislich der Gesetzesbegründung in praktische Konkordanz miteinander zu bringen.²⁸ Ziel dieser Arbeit soll es sein, indikatorische Kriterien zu ermitteln, die verlässliche Abwägungsposten bilden und damit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingestellt werden können. Ausgehend von den bislang geltenden Grundsätzen, die Ansatzpunkt der Betrachtung sein sollen, wird der Frage nachgegangen, ob nicht an der einen oder anderen Stelle bislang vertretene Sichtweisen revidiert werden müssen. Auf diese Weise sollen allgemeingültige und rechtssichere Maßstäbe entwickelt werden, die den Umständen des Einzelfalls gerecht werden. Im Anschluss sollen eben diese Maßstäbe auf problematische Zeugnisangaben übertragen und angewandt werden – etwa was besonders sensible Daten anbelangt, seien es Gesundheitsdaten, seien es Daten über ein mögliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers.

26 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., BVerfGE 65, 1, 43.

27 Bislang absolut h.M., vgl. nur BAG, Urt. v. 26.08.2008 – 1 ABR 16/07, NZA 2008, 1187 Rn. 22 ff. sowie etwa Simitis/Seifert, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 32 BDSG Rn. 20 ff.; in diese Richtung auch Gola/Thüsing/Schmidt, DuD 2017, 244; a.A. und nur schwer nachvollziehbar Düwell/Brink, NZA 2017, 1081, 1084, die verkennen, dass der Gesetzgeber mit Einführung des § 26 BDSG die bis dahin geltende Rechtslage unter dem Regime des § 32 BDSG a.F. im Bereich des Beschäftigten-datenschutzes allein fortschreiben, nicht aber ändern wollte, zumal ErwG 47, 48 DS-GVO die Erwartungen des Betroffenen als wesentliche Abwägungsposten vorsehen, dazu ausführlich Thüsing/Rombey, NZA 2018, 1105, 1107 ff.

28 BT-Drucks. 18/11325, S. 97.

II. Im Rahmen vermeintlich geklärter Haftungsfragen

Aus dem beschriebenen Zwiespalt zwischen Wahrheit und Wohlwollen, der regelmäßig dazu führt, dass der Arbeitgeber bei Erteilung des Zeugnisses Kompromisse eingehen muss, was den Inhalt anbetrifft, erwachsen nicht selten Haftungssituationen.²⁹ Besonders problematisch ist dabei indes nicht das Haftungsverhältnis zwischen Altarbeitgeber und beurteiltem Arbeitnehmer, das in der Arbeit deshalb nur in der gebotenen Kürze dargestellt wird, sondern vielmehr die Haftungssituation zwischen Alt- und Neuarbeitgeber. Diese bislang durchaus in Rechtsprechung und Literatur breit diskutierte, aber dennoch oft unklare Haftungslage soll analysiert und systematisiert werden, um im weiteren Verlauf der Arbeit durch Heranziehung datenschutzrechtlicher Normen (vor allem des Art. 82 DSGVO) möglicherweise Klarheit schaffen zu können. Ist die konkrete Haftungslage für den Zeugnisaussteller nach entsprechender Systematisierung leichter ersichtlich, und auch die Haftung gegenüber dem künftigen Neuarbeitgeber klar erkennbar, wird er die Beurteilung des Arbeitnehmers mit Hilfe datenschutzrechtlicher Kriterien mutiger formulieren können und auf diese Weise konkretere, ja genauere Angaben machen – anders als noch aktuell, wo er zur Vermeidung etwaiger (höherer) Kosten nicht selten nichtssagende Leerformeln und allzu wohlwollende Formulierungen wählt. Denn Haftungsrisiken drohen meist nur gegenüber dem beurteilten Arbeitnehmer, nicht aber gegenüber dem Neuarbeitgeber. Deshalb wird getan, was naheliegend ist: lieber zu Ungunsten des Neuarbeitgebers zu positiv als zu Ungunsten des Arbeitnehmers zu negativ bewertet, frei nach dem Motto: „Wo kein Kläger, da kein Richter.“ Durch die hier vorgeschlagene, neue Betrachtungsweise scheint es denkbar, dass sich – und so schließt sich der Kreis – die aufgezeigten Bedenken an der sinkenden Verlässlichkeit und Transparenz des Arbeitszeugnisses zerstreuen lassen und damit dem rechtstatsächlichen Bedeutungsverlust entgegengewirkt werden kann.

C) *Gang der Untersuchung und Präzisierung der Kernfragen*

Ausgehend von der Annahme eines rechtstatsächlichen Bedeutungsverlustes, getragen von dem Gedanken, das Zeugnisrecht bei datenschutzrechtli-

²⁹ So bereits *Eisbrecher*, Haftung bei Zeugniserteilung und Auskünften, 1994, S. 1 ff.

cher Betrachtung neu durchdenken, näher präzisieren und um Nuancen erweitern zu können, soll wie folgt vorgegangen werden:

I. Ursachenforschung zur abnehmenden Bedeutung des Zeugnisses (§ 2)

Zu Beginn der Dissertation sollen die Grundsätze der Zeugniserteilung dargestellt werden, um darauf aufbauend im weiteren Verlauf der Arbeit einen sauberen wie nachvollziehbaren Transfer eben dieser Grundsätze auf das Datenschutzrecht leisten zu können. Dabei wird zunächst der *status quo* beschrieben, sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht. Begonnen wird mit der Beschreibung des tatsächlichen Ist-Zustandes, der nur unter Rückgriff auf Erkenntnisse verschiedenster Disziplinen exakt bestimmt werden kann. Der Bedeutungsverlust des Arbeitszeugnisses, an dem auch immer weiter verbreitete Komplementärauskünfte einen Anteil haben (die hier aber nicht datenschutzrechtlich betrachtet werden, um den Umfang dieser Arbeit nicht zu sprengen), soll so wissenschaftlich fundiert werden. Zuvor wird auf die fraglos unverändert gegebene Notwendigkeit des Zeugnisses (Abschnitt I.) ebenso wie auf die divergierende Interessenlage der zentralen Akteure, in deren Kern der Bedeutungsverlust des Zeugnisses bereits angelegt ist, hingewiesen (Abschnitt II.). Eine solche Darstellung der auseinanderfallenden Interessen ist ebenso wie das Bewusstsein um die Notwendigkeit des Zeugnisses im Rahmen der späteren datenschutzrechtlichen Abwägung von großem Vorteil. In einem weiteren, zentralen Schritt soll nun der rechtstatsächliche Bedeutungsverlust aufgezeigt (Abschnitt III.) und aus der Warte der Rechtsökonomie (Abschnitt IV.) sowie der Rechtssoziologie (Abschnitt V.) betrachtet werden. Zuletzt soll eine rechtshistorische Betrachtung die Wandlungsfähigkeit des Arbeitszeugnisses aufzeigen und diese für die Untersuchung fruchtbar machen (Abschnitt VI.).

II. Die Grundsätze der Zeugniserteilung auf dem Prüfstand (§ 3)

Daran schließt sich die Beschreibung des rechtlichen Ist-Zustandes an, der maßgeblich durch die Vorschriften der §§ 109 GewO, 630 BGB geprägt ist, die zwar – wie auch andere Zeugnisnormen – in unterschiedlichen Gesetzen kodifiziert sind, gemeinsam aber ein einheitliches Zeugnisrecht bilden. Deshalb werden die beiden prägenden Rechtsnormen an den Anfang der Betrachtung gestellt und voneinander abgegrenzt (Abschnitt I.), bevor

die doppelte Zwecksetzung eines jeden Arbeitszeugnisses – die lückenlose Abbildung der Erwerbsbiographie, die Arbeitnehmern und Arbeitgebern gleichermaßen helfen soll – dargestellt wird (Abschnitt II.). Daran schließen sich (teils kritische) Ausführungen zum Schuldner des Zeugnisanpruchs (Abschnitt III.) sowie dem Ort der Zeugniserteilung (Abschnitt IV.) an. Basierend auf diesen Grundlagen werden verschiedene Zeugnisarten (Zwischen- und Endzeugnis samt ihren Unterarten des einfachen und qualifizierten Zeugnisses) benannt und auch der damit in engem Zusammenhang stehende und für die Zeugniserteilung maßgebliche Zeitpunkt herausgearbeitet (Abschnitt V.). Darauf folgt die Darstellung der arbeitsrechtlichen Grenzen zum Zeugnisinhalt, die sich teils unmittelbar aus dem Wortlaut der Zeugnisvorschriften, teils aber auch nur aus einer Vielzahl von Judikaten herleiten lassen (Abschnitt VII.). Wohlwollen, Wahrheit, Vollständigkeit, Einheitlichkeit, Transparenz, Geheimzeichenverbot und Schriftform sind Begrifflichkeiten, die hier ebenso zu nennen wie zu hinterfragen sind. Orientiert an diesen Grenzen werden die bisherigen arbeitsrechtlichen Leitlinien zum notwendigen Inhalt des einfachen und qualifizierten Zeugnisses erläutert (Abschnitt VIII.), wobei der Fokus auf den (später datenschutzrechtlich relevanten) Zeugnisinhalt und dort speziell auf die besonders streitigen und problematischen Zeugnisangaben gelegt wird.

III. Übertragbarkeit zeugnisrechtlicher Wertungen auf das Datenschutzrecht (§ 4)

Sodann soll zur Übertragbarkeit der zuvor dargestellten, zeugnisrechtlichen Wertungen auf das Datenschutzrecht Stellung genommen werden. Vorausgesetzt, die Annahme trifft zu, dass das Arbeitszeugnis im Lichte des Datenschutzrechts betrachtet werden kann: Welche Änderungen ergeben sich hieraus für das Arbeitszeugnis? Können im Zuge der datenschutzrechtlichen Durchdringung rechtssicherere und trennschärfere Maßstäbe für Wissenschaft und Praxis entwickelt werden, als es nach aktuell stark richterrechtlich geprägtem (und dadurch angreifbarem) Zeugnisrecht der Fall ist, vor allem was bislang kontrovers diskutierte Zeugnisangaben anbelangt? Kann der rechtstatsächliche Bedeutungsverlust des Arbeitszeugnisses durch diese neuen datenschutzrechtlichen Maßstäbe ausgebremst werden? All das sind Fragen, die es in § 4 zu klären und untersuchen gilt, wobei darauf zu achten ist, Friktionen zwischen Arbeits- und Datenschutzrecht so weit wie möglich zu vermeiden – oder besser: vorgelagert gar

nicht erst entstehen zu lassen. Dies mag am ehesten gelingen, wenn die arbeitsrechtlichen Grundsätze an den Anfang gestellt und anschließend auf das Datenschutzrecht übertragen werden, sodass sich nur im Detail, nicht aber im Ganzen Wesentliches ändert. Letzteres will das Datenschutzrecht auch gar nicht, denn die §§ 109 GewO, 630 BGB sind zwingendes nationales Recht, das durch die unionsrechtliche Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO nicht ausgeschlossen wird. Vielmehr tritt der darauf beruhende § 26 BDSG hinzu, sei es nun ergänzend, sei es abändernd. Anders ausgedrückt: Beide Regelungsregime stehen gleichberechtigt – ohne Tatbestandskongruenz – nebeneinander und sind in Einklang miteinander zu bringen.

So wird an erster Stelle die Wichtigkeit vieler Zeugnisangaben für die Grundrechte des Beschäftigten auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GrCh) betont (Teil A)). An zweiter Stelle sollen die Grundsätze des neuen Datenschutzrechts (Teil B)) zur besseren Nachvollziehbarkeit der darauf fußenden Ausführungen zum Arbeitszeugnis aufgezeigt werden, namentlich im Hinblick auf das System des Datenschutzrechts (Abschnitt I.), das „Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt“ (Abschnitt II.) und mögliche Erlaubnistatbestände (Abschnitt III.). Im Anschluss daran erfolgt an dritter Stelle – als „Herzstück“ der Arbeit – die Übertragung bestehender zeugnisrechtlicher Wertungen auf das Datenschutzrecht (Teil C)). Dabei beschäftigt sich Abschnitt I. mit der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts auf den Prozess der Zeugniserteilung. Abschnitt II. setzt sich mit den inhaltlichen Änderungen auseinander, die eine solche Neubetrachtung für einige Zeugnisangaben nach sich zieht. Man denke neben den typischen Personaldaten etwa an strafrechtliche Verdachtsmomente, Krankheitsangaben oder die Dauer der Datenspeicherung nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses. An vierter Stelle werden vom Zeugnisinhalt unabhängige, ausgewählte Problemfelder thematisiert, die eine besondere datenschutzrechtliche Relevanz aufweisen (Abschnitt III.), etwa die Fragen, wie es sich mit den Betroffenenrechten (z.B. dem Berichtigungsanspruch) und der eng damit zusammenhängenden Speicherdauer von Zeugnisdaten verhält oder wie mit Zeugnisgeneratoren umzugehen ist. Im Anschluss wird im Rahmen einer Folgerung dargestellt, dass die datenschutzrechtlichen Grenzen der Zeugniserteilung in einigen Nuancen strenger, aber auch genauer und damit rechtssicherer sind als deren arbeitsrechtliche Grenzen, zugleich aber auch mehr Raum für Einzelfallflexibilität lassen (Teil D)). Ein letzter Teil E) rundet dieses Kapitel ab, indem Forschungsperspektiven aufgezeigt werden, die sich im Hinblick auf (in

dieser Arbeit weitgehend ausgeklammerte) Komplementärauskünfte ergeben.

IV. Haftungsfragen des Zeugnisrechts arbeitsrechtlich gedacht (§ 5)

§ 5 der Arbeit beschäftigt sich mit teils ungeklärten Haftungsfragen, die sich bei Erteilung von Arbeitszeugnissen im Verhältnis von Zeugnisaussteller zu beurteiltem Arbeitnehmer sowie im Verhältnis von Zeugnisaussteller zu Neuarbeitgeber stellen können. Vor dem Hintergrund einer undurchsichtigen Haftungslage, die auch ein Blick auf Schrifttum und Rechtsprechung nicht zu erhellen vermag, wird – dem bisherigen Aufbau der Arbeit folgend – der rechtliche *status quo* der Haftung bei unrichtig erteilten Zeugnissen dargestellt (Teil A)), systematisiert und hierbei zwischen dem (eher unproblematischen) Verhältnis von Zeugnisaussteller und beurteiltem Arbeitnehmer (Abschnitt I.) sowie dem Verhältnis von Zeugnisaussteller und Neuarbeitgeber (Abschnitt II.) differenziert, bevor nach einem Zwischenergebnis in Teil B) gedanklich zu einer datenschutzrechtlichen Betrachtung übergeleitet wird (Teil C)).

V. Haftungsfragen des Zeugnisrechts datenschutzrechtlich gedacht (§ 6)

Der nun folgende, letzte, aber nicht weniger wichtige § 6 geht der Frage nach, ob eine Vergleichsbetrachtung mit dem Datenschutzrecht und der (nahezu voraussetzungslosen) Haftung nach dem jüngst geschaffenen Art. 82 DS-GVO neue Antworten liefern kann. Dazu wird Art. 82 Abs. 1 DS-GVO samt seiner Voraussetzungen *in a nutshell* dargestellt (Teil A)) und anschließend auf die Haftungsverhältnisse von Zeugnisaussteller und Neuarbeitgeber (Teil B)) sowie beurteiltem Arbeitnehmer (Teil C)) übertragen. Gleichlauf und Unterschiede, Fallstricke und Widersprüche werden wiederum in Teil D) thematisiert, bevor zusammenfassend in Teil E) ausgeführt wird, dass Art. 82 Abs. 1 DS-GVO die Haftungslage allgemeingültigeren Maßstäben zuführen und zugleich ein „Mehr“ an Rechtssicherheit verbreiten kann, das überdies den eingangs bedauerten Bedeutungsverlust eindämmt.

VI. Zusammenfassung in 20 Thesen (§ 7)

Zu guter Letzt werden die Ergebnisse der Untersuchung thesenartig im Rahmen einer Summa zusammengefasst und mit einem Fazit sowie einem Ausblick auf mögliche – oder besser: auf erhoffte – künftige Entwicklungen des Zeugnisrechts verbunden.

§ 2 Ursachenforschung zur abnehmenden Bedeutung des Zeugnisses

A) *Wo stehen wir tatsächlich? Annäherung an den Bedeutungsverlust des Zeugnisses im Rahmen der Personalauswahl*

Die Bedeutung des Zeugnisses bei der Personalauswahl nimmt ab, während ergänzende Auskünfte oft informeller Art zwischen Alt- und Neuarbeitgeber eine Renaissance erleben, ganz so, als gäbe es das Datenschutzrecht nicht – so jedenfalls die Annahme. Doch lässt sich diese These nicht nur – wie bereits angedeutet – mit einem wachen Blick für die rechtstatistischen Entwicklungen in der Personalpraxis belegen, sondern auch durch Feststellungen anderer führender Disziplinen wie der Rechtsökonomie oder der Rechtssoziologie? Dies herauszufinden und zugleich einen abschließenden Überblick über die geschichtliche Entwicklung und Wandlungsfähigkeit des Arbeitszeugnisses zu geben, soll Hauptaufgabe des folgenden Abschnitts sein.

I. Notwendigkeit des Zeugnisses

Doch zuvor gilt es bei aller (noch näher auszuführender) Kritik eines ganz deutlich zu machen: Das Arbeitszeugnis ist immer noch ein wichtiger Faktor im Arbeitsleben³⁰ und aus der deutschen Personalpraxis kaum wegzu-denken – zumal der Arbeitgeber dem *de lege lata* bestehenden Anspruch des Arbeitnehmers auf Zeugniserteilung aus § 109 Abs. 1 GewO und § 630 S. 1, 2 BGB durch die vorgeschlagenen Ersatzmöglichkeiten ohnehin nicht entgehen kann, was bei dieser Argumentation oft verschwiegen wird. Auf Grund der Tatsache, dass vereinzelt vorgeschlagene und in anderen Rechtsordnungen verbreitete Ersatzmöglichkeiten (so etwa Referenzschreiben durch den direkten Vorgesetzten oder Tätigkeitsbeschreibungen³¹) noch weniger geeignet sind, die beschriebene doppelte Zwecksetzung des

30 Staudinger/*Preis*, Dienstvertragsrecht 3, 2016, § 630 BGB Rn. 2; *Naber/Schulte/Tisch*, BB 2019, 757.

31 Dazu sogleich mehr.

Zeugnisses zu bedienen, bildet das Zeugnis weiterhin einen integralen Bestandteil des Bewerbungsprozesses.

1. Das Arbeitszeugnis als Gebilde germanischer Rechtsordnungen

Ein rechtsvergleichender Blick bringt Erkenntnisgewinn: Abgesehen von den germanischen Rechtsordnungen Deutschland, Österreich (dort § 1163 AGBGB bzw. für Führungskräfte § 39 Angestelltengesetz) und Schweiz (dort Art. 330a OR), die allesamt nach ihrem Vertragsstatut einen Anspruch auf Zeugniserteilung kennen – freilich in unterschiedlicher, aber doch ähnlicher Ausprägung –, sind Arbeitszeugnisse in der aus den germanischen Rechtsordnungen gewohnten Form kaum verbreitet respektive nicht bekannt.³² So arbeitet etwa das angloamerikanische Recht überwiegend mit Empfehlungs- und Referenzschreiben (*letter of reference*),³³ auf die zwar kein Anspruch besteht,³⁴ die aber, wenn sie doch erteilt werden, „*true, accurate and fair*“ sein müssen.³⁵ Die romanischen Rechtsordnungen dagegen setzen auf Arbeitszertifikate (die französische Leitrechtsordnung auf ein *certificat de travail*, Art. L. 122-16 Code du Travail; die italienische Rechtsordnung mit Art. 2124 Codice Civile auf ein *certificato*), die sich nicht auf Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers beziehen und wenn überhaupt nur mit einfachen Arbeitszeugnissen vergleichbar sind.³⁶ Auch wenn schnell deutlich wird, dass eine gesunde Personalpraxis jedenfalls ohne qualifizierte Arbeitszeugnisse und damit ohne Leistungs- und Verhaltensbeurteilung des Arbeitgeber auskommen kann, hat Deutschland – wohl aus preußischem Gedankengut heraus – stets an der Beurteilung durch den Arbeitgeber festgehalten und räumt ihr auch heute noch einen gewissen Stellenwert ein. Wer in seiner früheren Tätigkeit tadellos

32 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 14 Rn. 15; *Meisloch*, Die Funktionalität von Arbeitszeugnis und Referenzsystem, 2017, S. 124 ff., S. 131 ff.

33 Auch als *letter of recommendation* oder *testimonial* bezeichnet; in den USA eher als *service letter*.

34 Vgl. für Großbritannien *Lovatt/Potter*, Employment References, 2004, S. 2; vgl. für die USA, in denen nur wenige Staaten einen Anspruch auf einen *service letter* kennen, der wenn überhaupt mit einem einfachen Zeugnis vergleichbar ist, *Huesmann*, Arbeitszeugnisse aus personalpolitischer Perspektive, 2008, S. 130.

35 *Jackson v. Liverpool, City Council* [2011], EWCA Civ 1068 (CA); *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 14 Rn. 15.

36 S. dazu *Huesmann*, Arbeitszeugnisse aus personalpolitischer Perspektive, 2008, S. 127.

gearbeitet hat, bietet die Gewähr dafür, dies auch in seiner neuen Tätigkeit zu tun – so jedenfalls der dahinterliegende Gedanke, auch wenn Studien längst zeigen, dass Zeugnisaussagen über frühere Leistungen bei Altarbeitgebern als Prädiktor für künftiges Verhalten kaum brauchbar sind und eine nur geringe Korrelation zwischen dem beruflichen Erfolg in bisherigen und künftigen Positionen besteht.³⁷ Gleichwohl ist das Arbeitszeugnis häufig das einzige Dokument, das der Bewerber – abgesehen von Abschlusszeugnissen – nicht selbst erstellt hat, und damit den Blick eines anderen auf die sich bewerbende Person freigibt.³⁸ Doch gibt es noch weitere Ansätze, die die Divergenz der Auswahlverfahren von germanischem Rechtskreis auf der einen und romanischem sowie angloamerikanischem Rechtskreis auf der anderen Seite auf kulturelle Unterschiede zurückführen und mit einem andersgelagerten Macht- und Staatsverständnis sowie abweichenden Sicherheitsdenken begründen.³⁹

2. Schwächen alternativer Arbeitszertifikate und Referenzschreiben

Dennoch legt der soeben bemühte Rechtsvergleich ebenso die Probleme offen, die ein fehlendes Arbeitszeugnis mit sich bringt: Assessment-Centern und Backgroundchecks wird in anderen Rechtssystemen ein Mehr an Bedeutung beigemessen, um eben doch – wenn auch auf Umwegen – an die wichtigen Informationen über Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers zu kommen.⁴⁰ Das führt häufig zu höheren Kosten als die Ausstellung (qualifizierter) Arbeitszeugnisse. Zugegeben: Die Ergebnisse solcher Assessment-Center und Backgroundchecks sind oft aussagekräftiger und

37 Vgl. dazu *Meisloch*, Die Funktionalität von Arbeitszeugnis und Referenzsystem, 2017, S. 319 ff. m.w.N.

38 Auch wenn Zeugnisse zum Teil von Arbeitnehmern selbst ausgestellt werden, zeigt die Bereitschaft des Arbeitgebers, dem Inhalt des arbeitnehmerseitig angefertigten Zeugnisses (jedenfalls im Ergebnis) zuzustimmen, dass ein anderer diesen Blick teilt, auch wenn hiermit zugleich Kostenvermeidungsstrategien verfolgt werden mögen.

39 *Huesmann*, Arbeitszeugnisse aus personalpolitischer Perspektive, 2008, S. 121.

40 S. die Studie „Risikominimierung bei der Personalauswahl“ der Beratungsfirma *deloitte*, 2012, S. 6, die der steigenden Anzahl an Anbietern von Backgroundchecks in den USA und Großbritannien nachgeht und diese der äußert geringen Anzahl von Anbietern in Deutschland gegenüberstellt, abrufbar <https://www.2.deloitte.com/de/de/pages/finance/articles/Risikominimierung-bei-der-Personalauswahl.html>, Abruf v. 20.10.2020; das Arbeitszeugnis gerade deshalb favorisierend *Pues*, DB 2019, 2520.

zumindest die Teilnahme an Assessment-Centern wird auch in Deutschland häufig verlangt, wenn auch nicht alternativ, sondern kumulativ zur Vorlage des Arbeitszeugnisses. Doch führt die zwingende Notwendigkeit, derartige Auswahlverfahren durchzuführen, im Ergebnis dazu, dass größere Unternehmen privilegiert, kleinere Unternehmen dagegen geschwächt werden, da die finanziellen Mittel zur Durchführung dieser Verfahren häufig nicht vorhanden sind.

Die Unterschiede zwischen Referenzschreiben, Arbeitszertifikat und Arbeitszeugnis herauszustellen, ist in einer immer breiter gefächerten Arbeitswelt von enormer Wichtigkeit. Es ist längst keine Seltenheit mehr, dass Arbeitnehmer grenzüberschreitend tätig werden oder aber eine gewisse Zeit im Ausland arbeiten. Damit kommt es auch vor, dass Referenzschreiben oder Arbeitszertifikate in Deutschland vorgelegt werden. Das Arbeitszeugnis muss sich also in tatsächlicher Hinsicht behaupten. Dabei unterliegt es dem Nachteil, an die Grundsätze der Rechtsprechung und die Gesetzesvorgaben gebunden zu sein. Insbesondere das Wohlwollensgebot führt hier zu einer im Verhältnis zum Referenzschreiben schwächeren Aussagekraft. Ein Empfehlungsschreiben, auf das kein Anspruch besteht, kann inhaltlich frei formuliert werden und muss allein der Wahrheit entsprechen.⁴¹ Darin liegt aber zugleich der Vorteil des Arbeitszeugnisses: Erhält der Arbeitnehmer mangels Anspruch auf Ausstellung kein Referenzschreiben oder formuliert der Ersteller die Referenz nicht wohlwollend, steht der Arbeitnehmer nahezu schutzlos da – das kann bei Arbeitszeugnissen gerade nicht passieren. Hinzu tritt, dass eine Referenz ebenso wie ein Arbeitszertifikat nicht gleichermaßen geeignet ist, sowohl dem Arbeitnehmer als Bewerbungsunterlage als auch dem künftigen Arbeitgeber bei der Personalauswahl zu helfen. Beides sind aber zentrale Zielsetzungen des deutschen Zeugnisrechts. Referenzen, die überdies nicht nur vom Arbeitgeber selbst sondern auch von Dritten (etwa Kollegen) ausgestellt werden können, dienen hauptsächlich der Verifizierung von Selbstangaben des Bewerbers.⁴² Es zeigt sich: Das Arbeitszeugnis hat durchaus seine Berechtigung, weist aber gegenüber Alternativbescheinigungen nicht nur Vor- sondern auch Nachteile auf.⁴³

41 Huesmann, Arbeitszeugnisse aus personalpolitischer Perspektive, 2008, S. 121.

42 Ausführlich *Caroll/Nash*, Effectiveness of a Forced-choice Reference Check, *Personnel Administration* 35 (1972), S. 42; s. dazu Huesmann, Arbeitszeugnisse aus personalpolitischer Perspektive, 2008, S. 120.

43 S. zur Bedeutung von Referenzen im internationalen Vergleich ausführlich *Ryan/McFarland/Baron/Page*, *Personnel Psychology* 52 (1999), 359.

3. Aufstrebende Alternative mit hohen Rechtsrisiken: Die Komplementärauskunft

Ferner spielen informelle Auskünfte zwischen Alt- und potentiell neuem Arbeitgeber neben dem Arbeitszeugnis ebenso eine wichtige Rolle in der Personalpolitik vieler Unternehmen.⁴⁴ Hinter ihnen steht der Wunsch des möglichen Neuarbeitgebers, möglichst genau über den Bewerber informiert zu sein, verbunden mit der Annahme, im Rahmen einer solchen Auskunft nähere Informationen auch tatsächlich erlangen zu können. Vor allem dann, wenn die Besetzung leitender Positionen in Rede steht oder zur Ausübung der zu besetzenden Position ein besonderes persönliches Vertrauen erforderlich ist, sind potentielle Neuarbeitgeber daran interessiert, genauere Informationen über den Bewerber zu erhalten, als sie aus dem vorgelegten Arbeitszeugnis ersichtlich sind⁴⁵ – zumal in direkter Folge des Wohlwollensgrundsatzes manch negativer Aussage mehr Glauben geschenkt wird als manch positiver.⁴⁶ Weiterhin wird in der Literatur auch die Besetzung von Positionen in Tendenzbetrieben (etwa Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden, Parteien oder Religionsgemeinschaften) angeführt, bei denen ebenso ein gesteigertes Interesse an über das Arbeitszeugnis hinausgehenden Informationen bestehe.⁴⁷ Inwieweit aus der Besetzung eines Arbeitsplatzes im Tendenzbereich allerdings ein erhöhtes (berechtigtes) Interesse an ergänzenden Auskünften abgeleitet werden kann, ist seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Egenberger* jedenfalls für den Bereich der Religionsgemeinschaften zweifelhaft, geht der EuGH doch davon aus, dass die Frage nach der religiösen Überzeugung oder Weltanschauung zur Entscheidung über eine Bewerbung jedenfalls diskriminierungsrechtlich der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.⁴⁸ Selbst wenn hier

44 Staudinger/*Preis*, Dienstvertragsrecht 3, 2016, § 630 BGB Rn. 2; zu den datenschutzrechtlichen Implikationen ergänzender Auskünfte s. Gliederungspunkt § 4 E).

45 Gola, Hdb. Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl. 2019, Rn. 708 f.; darüber hinaus führt *Schleißmann*, Das Arbeitszeugnis, 22. Aufl. 2018, S. 309 noch die naheliegende Konstellation an, dass das erteilte Arbeitszeugnis unklar oder ergänzungsbedürftig ist.

46 *Schleißmann*, Das Arbeitszeugnis, 22. Aufl. 2018, S. 309.

47 *Schleißmann*, Das Arbeitszeugnis, 22. Aufl. 2018, S. 309 unter Bezugnahme auf *Runggaldier/Eichinger*, Arbeitszeugnis, 1989, S. 156.

48 EuGH, Urt. v. 17.04.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 zur Auslegung der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG; s. dazu *Fuhlrott*, NZA 2018, 573 sowie *Thüsing/Mathy*, RIW 2018, 559.

also ein erhöhtes Interesse bestehen mag, muss dieses nicht zwangsläufig dazu führen, dass die Komplementärauskunft dadurch zugleich auch eher erteilt werden darf.

Altarbeitgeber geben solchen ergänzenden Auskunftsverlangen oft vor-schnell nach. Das ist verständlich, denn sie erhoffen sich möglicherweise von dem auskunftsverlangenden Unternehmen künftig eine gleiche Kooperationsbereitschaft. Auch sind Fälle nicht selten, in denen Altarbeitgeber über den Weggang des Arbeitnehmers verärgert zurückbleiben oder diesen über einen gerichtlichen Vergleich im Kündigungsschutzprozess teuer erkaufen müssen.⁴⁹ Insoweit erscheint es oft verlockend, dem potentiellen Neuarbeitgeber mehr zu erzählen, als man in das Arbeitszeugnis schreiben durfte – obwohl der Altarbeitgeber durch die Auskunftserteilung keinen wirklich nennenswerten Vorteil erlangt. Die Konsequenzen, die hieraus resultieren können, werden dabei verdrängt – oder man ist sich angesichts einer jahrzehntelangen Rechtsprechung, die der ergänzenden Auskunftserteilung milde gegenüber stand, der Rechtsrisiken gar nicht erst bewusst.⁵⁰ Dies aber kann sich schnell als Fehler erweisen, denn die Rechtsunsicherheit, die hier besteht, ist nicht zu unterschätzen.

Mittlerweile sind sich Arbeitgeber jedoch vermehrt der Tatsache bewusst, dass auch solche informellen ergänzenden Auskünfte Haftungsrisiken bergen können, spätestens seit dem Urteil des Hessischen LAG, in dem dieses eine Schadensersatzpflicht des Altarbeitgebers für eine falsche Auskunft annahm.⁵¹ Dieses Bewusstsein ist indes nicht weitgehend genug. Denn aus der Entscheidung kann gerade nicht gefolgert werden, dass *nur* falsche ergänzende Auskünfte eine Schadensersatzpflicht auslösen können. Im Gegenteil: Auch bei zu positiven oder sogar wahrheitsgemäßen ergänzenden Auskünften ist mehr als fraglich, inwieweit diese zulässig sind und nachgelagert Schadensersatzansprüche begründen können. Weiterhin kann es auch dazu kommen, dass ein sympathischer Arbeitnehmer zu posi-

49 *Preuss*, FAZ v. 02.05.2016, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/recht-und-gehalt/arbeitszeugnisse-und-beinahe-haette-ein-sehr-gut-dringestande-n-14205447.html>, Abruf v. 20.10.2020, s. nur das Zitat von RiBAG *Reinfelder*: „Die meisten Zeugnisstreitigkeiten enden im Vergleich“.

50 Vgl. nur BAG, Urt. v. 18.12.1984 – 3 AZR 389/83, NJW 1986, 341, indem das BAG die Rechtmäßigkeit einer ergänzenden Auskunft allein davon abhängig machte, ob der potentielle Neuarbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Auskunft hatte; vgl. dazu *Gola*, Hdb. Beschäftigendatenschutz, 8. Aufl. 2019, Rn. 708 ff.; zur damals großzügigen Sicht ergänzender Auskünfte s. ausführlich die Monographie von *Birk*, Auskünfte über Arbeitnehmer, 1985.

51 LAG Hessen, Urt. v. 06.11.2013 – 13 Sa 195/13, juris.

tiv dargestellt wird, was bei gegebener Kausalität der zu positiven Schilderung für die Anstellung beim Neuarbeitgeber (analog zur Haftung bei zu positiven Zeugnisinhalten) zu einer Haftung führen kann.⁵² Es besteht also ein starkes Bedürfnis danach, die arbeits- und vor allem datenschutzrechtlichen Grenzen ergänzender Auskünfte genau zu wägen, auch, um die Bedeutung des Zeugnisses wieder zu steigern. Denn ergänzende Auskünfte sind – wie gezeigt – in vielen Fällen notwendig, halten sich aber nicht immer im Rahmen der (datenschutzrechtlichen) Vorgaben. Und dennoch: Nur, weil das Arbeitszeugnis – jedenfalls aus dem Blickwinkel des nationalen Rechts – unentbehrlich ist, folgt daraus nicht zugleich, dass nicht nach neuen Möglichkeiten zur Ausgestaltung des Umgangs mit und des Inhalts von Arbeitszeugnissen gesucht werden sollte.⁵³ Da einer der (Haupt-)Gründe für den Bedeutungsverlust in den divergierenden Interessen der zentralen Akteure, die in Ausgleich zu bringen die Hauptherausforderung des Arbeitszeugnisses ist, liegen mag, und eben jene Interessen bei der späteren datenschutzrechtlichen Abwägung Berücksichtigung finden müssen, lohnt sich eine Betrachtung eben dieser Interessen.

II. Divergierende Interessen der zentralen Akteure

Bevor der rechtstatsächliche Bedeutungsverlust des Zeugnisses näher beleuchtet werden kann, ist es also notwendig, die im Rahmen der Zeugniserteilung bestehenden Chancen und Risiken zu erläutern, da nur in Anbetracht dieser Potentiale eine praxisgerechte Lösung der datenschutzrechtlichen Fragestellungen sowie eine sinnvolle Gewichtung eben jener widerstreitenden Interessen stattfinden kann.

52 So hat der BGH in einer jahrzehntealten Entscheidung eine Haftung aus sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 bejaht, BGH, Urt. v. 26.11.1963 – VI ZR 221/62, DB 1964, 517.; s. auch *Schleißmann*, Das Arbeitszeugnis, 22. Aufl. 2018, S. 310; Komplementärauskünfte sind ebenfalls datenschutzrechtlich zu begreifen; um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen, werden sie aber im weiteren Verlauf ausgeklammert.

53 A.A. wohl, da ablehnend gegenüber der grundsätzlichen Kritik am Arbeitszeugnis, *Schleißmann*, Das Arbeitszeugnis, 22. Aufl. 2018, S. 16 ff., insbes. S. 19.