

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
1.1	Anlass der Untersuchung	1
1.1.1	Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis	2
1.1.2	Ausdrückliche Anerkennung der Einwilligung im Beschäftigungskontext	3
1.2	Problemaufriss	6
1.2.1	Überblick über die verschiedenen Erlaubnistatbestände zur Legitimation der Datenverarbeitung	7
1.2.1.1	Erlaubnistatbestände in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DS-GVO	7
1.2.1.2	Sonderstellung der Einwilligung	8
1.2.1.3	Verhältnis der Erlaubnistatbestände zueinander	9
1.2.1.4	Zwischenergebnis	10
1.2.2	Die Einwilligung als unbeliebter Erlaubnistatbestand	11
1.2.2.1	Unsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen	11
1.2.2.2	Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Wirksamkeitsvoraussetzungen	12
1.2.2.3	Organisatorischer Aufwand	13
1.2.2.4	Widerrufsmöglichkeit	14
1.2.3	Praktisches Bedürfnis für die Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis	14
1.2.3.1	Hohes Maß an Rechtssicherheit	15

1.2.3.2	Legitimation selbst sehr weitreichender Formen der Datenverarbeitung	16
1.2.3.3	Größtmögliche Kontrolle des Betroffenen	16
1.2.4	Zwischenfazit	17
1.3	Ziele der Arbeit und Abgrenzung des Themas	17
1.3.1	Herausarbeiten der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Einwilligung	18
1.3.2	Beseitigung von Unsicherheiten bei Umsetzung der Wirksamkeitserfordernisse	18
1.3.3	Abgrenzung des Themas	19
1.4	Gang der Untersuchung	20
1.4.1	Gesetzliche Grundlagen der Einwilligung	20
1.4.2	Rechtsnatur der Einwilligung	21
1.4.3	Wirksamkeitsvoraussetzungen	21
1.4.4	Vorformulierte Einwilligungen	21
1.4.5	Implantierte Mikrochips	22
1.4.6	Schlussbetrachtung	22
2	Gesetzliche Grundlagen der Einwilligung	23
2.1	Verfassungsrecht	23
2.1.1	Allgemeines Persönlichkeitsrecht	24
2.1.1.1	Schutzbereich	24
2.1.1.2	Eingriff und Rechtfertigung	25
2.1.2	Recht auf informationelle Selbstbestimmung	26
2.1.2.1	Informationelles Selbstbestimmungsrecht	27
2.1.2.1.1	Schutzbereich	27
2.1.2.1.2	Eingriff	30
2.1.2.1.3	Rechtfertigung	30
2.1.2.2	Einwilligung als Ausdruck informationeller Selbstbestimmung	32
2.1.2.3	Grundrechtsausübung oder Grundrechtsverzicht	33
2.1.2.3.1	Grundrechtsausübung	33
2.1.2.3.2	Grundrechtsverzicht	34
2.1.2.3.3	Grundrechtsausübung durch Grundrechtsverzicht	34
2.1.2.3.4	Abwägung und Streitentscheid	34

2.1.2.4	Mittelbare Drittwirkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts	35
2.1.2.5	Staatliche Schutzpflicht gegenüber Beeinträchtigungen des informationellen Selbstbestimmungsrechts	37
2.1.2.5.1	Recht auf informationellen Selbstschutz	37
2.1.2.5.2	Umfang der staatlichen Schutzpflicht	39
2.1.2.5.3	Zwischenergebnis	42
2.1.3	Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende Anforderungen an die Einwilligung	42
2.1.3.1	Zeitpunkt der Einwilligung	44
2.1.3.2	Einwilligungsfähigkeit	44
2.1.3.3	Informiertheit	45
2.1.3.3.1	Reichweite und Zeitpunkt der Aufklärungspflicht	46
2.1.3.3.2	Aufklärung beschränkt Geschäftsfähiger	48
2.1.3.4	Bestimmtheit	49
2.1.3.5	Freiwilligkeit	50
2.1.3.5.1	Fehlen von Druck, Zwang und Drohung	51
2.1.3.5.2	Fehlen von Willensmängeln	51
2.1.3.5.3	Freiwilligkeit im Beschäftigungsverhältnis	53
2.1.3.5.4	Wahlfreiheit	55
2.1.3.5.5	Koppelungsverbot	57
2.1.3.5.6	Versprechen erheblicher Vorteile/übermäßiger Anreize	58
2.1.3.6	Form	58
2.1.3.6.1	Schriftform	59
2.1.3.6.2	Konkludente, stillschweigende oder mutmaßliche Einwilligung	61
2.1.3.6.3	Opt-out	62
2.1.3.6.4	Zwischenergebnis	63

2.1.3.7	Widerruf	63
2.1.3.7.1	Anforderungen an das Widerrufsrecht	64
2.1.3.7.2	Ausübung des Widerrufsrechts	66
2.1.3.7.3	Rechtsfolgen	67
2.1.3.7.4	Zwischenergebnis	69
2.1.3.8	Zwischenfazit	70
2.2	Europarecht	70
2.2.1	Europäische Menschenrechtskonvention	71
2.2.1.1	Art. 8 EMRK	71
2.2.1.1.1	Schutzbereich	72
2.2.1.1.2	Eingriff und Rechtfertigung	73
2.2.1.2	Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Arbeitnehmerüberwachung	73
2.2.1.2.1	Bărbulescu gegen Rumänien	73
2.2.1.2.2	Antović und Mirković gegen Montenegro	77
2.2.1.2.3	Zwischenergebnis	79
2.2.2	Grundrechte-Charta	80
2.2.2.1	Art. 8 Abs. 1 GRCh	80
2.2.2.1.1	Schutzbereich	81
2.2.2.1.2	Eingriff	82
2.2.2.1.3	Rechtfertigung	83
2.2.2.2	Art. 7 GRCh	85
2.2.2.2.1	Schutzbereich	85
2.2.2.2.2	Eingriff	86
2.2.2.2.3	Rechtfertigung	86
2.2.2.3	Konkurrenzen	87
2.2.2.3.1	Verhältnis von Art. 8 Abs. 1 GRCh zu Art. 7 GRCh	87
2.2.2.3.2	Verhältnis zu Art. 8 EMRK	88
2.2.2.4	Mittelbare Drittwirkung	89
2.2.2.5	Staatliche Schutzpflicht	89
2.2.3	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	91
2.2.3.1	Art. 16 Abs. 1 AEUV	91
2.2.3.2	Art. 16 Abs. 2 AEUV	92
2.2.3.3	Zwischenergebnis	92

2.2.4	Datenschutz-Grundverordnung	93
2.2.4.1	Einwilligung	93
2.2.4.2	Auslegung	94
2.3	Einfaches Recht	96
2.3.1	§ 26 BDSG	96
2.3.1.1	Systematik	97
2.3.1.1.1	Einwilligung	97
2.3.1.1.2	Nicht automatisierte Datenverarbeitung	98
2.3.1.1.3	Beschäftigte	98
2.3.1.1.4	Zwischenergebnis	99
2.3.1.2	Spezifischere Vorschrift i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO	99
2.3.1.3	Prüfungsmaßstab	100
2.3.1.4	Zwischenergebnis	101
2.3.2	Allgemeine zivilrechtliche Vorschriften	101
2.3.2.1	Anwendbarkeit	102
2.3.2.2	Fragerecht	102
2.3.2.3	Gendiagnostikgesetz	104
2.3.2.4	Betriebliche Mitbestimmung	104
2.3.2.5	Zwischenergebnis	105
2.3.3	Funktionen der Einwilligung im Zivilrecht	105
2.3.3.1	Schuldrechtliche Einwilligung	106
2.3.3.1.1	Dogmatische Begründung	107
2.3.3.1.2	Wirksamkeitsvoraussetzungen	108
2.3.3.2	Rechtfertigungsgrund	109
2.3.3.2.1	Dogmatische Begründung	109
2.3.3.2.2	Wirksamkeitsvoraussetzungen	111
2.3.3.3	Einwilligung in medizinische Maßnahmen	112
2.3.3.3.1	Zeitpunkt der Einwilligung	112
2.3.3.3.2	Einwilligungsfähigkeit	112
2.3.3.3.3	Informiertheit	112
2.3.3.3.4	Form der Einwilligung	113
2.3.3.3.5	Vertretung	113
2.3.3.3.6	Willensmängel	114
2.3.3.3.7	Widerruf der Einwilligung	114
2.3.3.4	Zwischenergebnis	114

3	Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung	115
3.1	Rechtliche Einordnung	116
3.1.1	Rechtsgeschäftliche Erklärung	116
3.1.2	Geschäftsähnliche Handlung	116
3.1.3	Realakt	117
3.1.4	Unionsrechtliche Bewertung	117
3.1.5	Stellungnahme	118
3.2	Rechtsfolgen	119
3.2.1	Einwilligung beschränkt geschäftsfähiger Beschäftigter	119
3.2.1.1	Einwilligungsfähigkeit	120
3.2.1.2	Kriterien zur Bestimmung der Einsichtsfähigkeit	120
3.2.1.2.1	Geschäftsfähigkeit	121
3.2.1.2.2	Altersgrenzen	122
3.2.1.2.3	Zwischenergebnis	122
3.2.2	Stellvertreter und Boten	123
3.2.2.1	Gesetzliche Stellvertretung	123
3.2.2.2	Gewillkürte Stellvertretung	125
3.2.2.3	Boten	126
3.2.2.4	Zwischenergebnis	127
3.2.3	Anfechtbarkeit im Fall von Irrtümern	127
3.2.4	Nichtigkeitsergründe	128
3.3	Fazit	129
4	Wirksamkeitsvoraussetzungen	131
4.1	Zeitpunkt der Einwilligung	131
4.1.1	Vor Beginn der Datenverarbeitung	132
4.1.2	Vor Beginn des Beschäftigungsverhältnisses	133
4.1.2.1	Verstoß gegen das Koppelungsverbot	134
4.1.2.2	Scheitern des Abschlusses des Arbeitsvertrages bei verweigerter Einwilligung	135
4.1.2.3	Speicherung personenbezogener Daten abgelehnter Bewerber	136
4.1.2.3.1	Hinweis in der Stellenausschreibung	137
4.1.2.3.2	Opt-in bei Onlineportalen	137

	4.1.2.3.3 Hinweis im Rahmen der Absage	138
	4.1.2.3.4 Zwischenergebnis	138
4.1.3	Während des Beschäftigungsverhältnisses	139
4.1.4	Nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses	140
4.1.5	Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende weitere Anforderungen an den Zeitpunkt der Einwilligung	141
4.1.6	Zwischenfazit	142
4.2	Einwilligungsfähigkeit	143
4.2.1	Rechtsfolgen bei fehlender Einwilligungsfähigkeit	143
	4.2.1.1 Unwirksamkeit der Einwilligung	143
	4.2.1.2 Einwilligung der gesetzlichen Vertreter	143
	4.2.1.2.1 Berücksichtigung des Willens des Betroffenen	144
	4.2.1.2.2 Doppelte Einwilligung	144
	4.2.1.2.3 Zustimmung	144
	4.2.1.2.4 Zwischenergebnis	145
	4.2.1.3 Fortwirken der Einwilligung nach Erlangen der Einwilligungsfähigkeit	145
4.2.2	Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende weitere Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit	145
4.2.3	Zwischenfazit	146
4.3	Informiertheit	146
4.3.1	Umfang der Informationspflicht	147
	4.3.1.1 Zweck, Verantwortlicher, Verweigerung, sensible Daten	148
	4.3.1.2 Widerrufsrecht	149
	4.3.1.2.1 Aufklärungspflicht	149
	4.3.1.2.2 Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Aufklärungspflicht	150
	4.3.1.3 Vorliegen weiterer Erlaubnistatbestände	151
	4.3.1.4 Transparenzgebot	152
	4.3.1.4.1 Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO	152
	4.3.1.4.2 Art. 12 Abs. 1 S. 1 DS-GVO	153
	4.3.1.5 Datentransfer in unsichere Drittländer	158
	4.3.1.5.1 Aufklärungspflicht	159

	4.3.1.5.2	Bedeutung als Ausnahmevorschrift	161
	4.3.1.5.3	Datentransfer in die USA	163
	4.3.1.5.4	Zwischenergebnis	167
	4.3.1.6	Informationspflichten gegenüber Minderjährigen	167
	4.3.1.7	Zwischenergebnis	168
4.3.2		Zeitpunkt der Information	169
4.3.3		Form der Information	170
	4.3.3.1	Zweck, Widerrufsrecht, sensible Daten	170
	4.3.3.2	Datenerhebung	171
4.3.4		Entfallen der Informationspflicht	171
4.3.5		Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende weitere Anforderungen an die Informiertheit	172
	4.3.6	Zwischenfazit	173
4.4		Bestimmtheit	173
	4.4.1	Grundsatz	174
	4.4.2	Zweckbindungsgebot	175
	4.4.2.1	Grundsatz	176
	4.4.2.2	Zweckänderung	176
	4.4.2.2.1	Einwilligung oder Rechtsvorschrift	176
	4.4.2.2.2	Vereinbarkeitsprüfung	177
	4.4.2.2.3	Zwischenergebnis	178
4.4.3		Besondere Kategorien personenbezogener Daten	178
4.4.4		Datentransfer in ein unsicheres Drittland	179
4.4.5		Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende weitere Anforderungen an die Bestimmtheit	180
	4.4.6	Zwischenfazit	180
4.5		Freiwilligkeit	181
	4.5.1	Nachteile	182
	4.5.2	Ungleichgewicht	183
	4.5.2.1	Grundsatz	183
	4.5.2.2	Beschäftigungskontext	184
	4.5.2.2.1	Abhängigkeit des Beschäftigten	184

	4.5.2.2.2	Rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil	185
	4.5.2.2.3	Verfolgung gleichgelagerter Interessen	186
	4.5.2.2.4	Sonstige Fallgruppen	188
	4.5.2.2.5	Berücksichtigung der Umstände der Einwilligungserteilung	188
4.5.3		Koppelungsverbot	192
	4.5.3.1	Anwendbarkeit des Koppelungsverbots	192
	4.5.3.1.1	Zwingende Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für die Erbringung der geschuldeten Leistung	192
	4.5.3.1.2	Keine Anwendung bei Möglichkeit, eine andere Gegenleistung zu erbringen	193
	4.5.3.1.3	Keine Erforderlichkeit der Einwilligung für Vertragserfüllung	193
	4.5.3.1.4	Abwägung und Streitentscheid	193
	4.5.3.2	Verstoß gegen das Koppelungsverbot	194
	4.5.3.3	Rechtsfolge des Verstoßes	195
	4.5.3.3.1	Keine Berücksichtigung von Erwägungsgrund 43 S. 2	195
	4.5.3.3.2	Keine Verbindlichkeit von Erwägungsgrund 43 S. 2	195
	4.5.3.3.3	Abwägung und Streitentscheid	196
	4.5.3.4	Zwischenergebnis	197
4.5.4		Differenzierungsgebot	197
	4.5.4.1	Zweck	198
	4.5.4.2	Anwendungsbereich	198
	4.5.4.3	Zwischenergebnis	199
4.5.5		Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende weitere Anforderungen an die Freiwilligkeit	199
	4.5.5.1	Beeinträchtigungen der Freiwilligkeit	200
	4.5.5.2	Freiwilligkeit im Beschäftigungsverhältnis	200

	4.5.5.3 Koppelungsverbot	201
	4.5.5.4 Zwischenergebnis	202
4.5.6	Zwischenfazit	202
4.6	Form	202
4.6.1	Datenschutz-Grundverordnung	203
	4.6.1.1 Ausdrückliche Einwilligung	204
	4.6.1.2 Form der Einwilligung in die Verarbeitung sensibler Daten	205
	4.6.1.3 Konkludente, stillschweigende und mutmaßliche Einwilligung	206
	4.6.1.3.1 Konkludente Einwilligung	206
	4.6.1.3.2 Stillschweigende oder mutmaßliche Einwilligung	207
	4.6.1.4 Zwischenergebnis	208
4.6.2	Bundesdatenschutzgesetz	208
	4.6.2.1 Schriftliche Einwilligung	209
	4.6.2.1.1 Systematische Auslegung	209
	4.6.2.1.2 Teleologische Auslegung	210
	4.6.2.1.3 Historische Auslegung	210
	4.6.2.1.4 Entscheidung und Rechtsfolge	211
	4.6.2.2 Elektronische Einwilligung	212
	4.6.2.3 Anwendbarkeit der Regelung	212
	4.6.2.4 Angemessenheit anderer Form wegen besonderer Umstände	213
	4.6.2.4.1 Vorliegen besonderer Umstände	214
	4.6.2.4.2 Andere Form	215
	4.6.2.5 Zwischenergebnis	216
4.6.3	Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende Anforderungen an die Form	216
	4.6.3.1 Legitimer Zweck	217
	4.6.3.2 Geeignetheit	217
	4.6.3.3 Erforderlichkeit	217
	4.6.3.4 Angemessenheit	218
	4.6.3.4.1 Schriftform	218
	4.6.3.4.2 Elektronische Form	219
	4.6.3.5 Zwischenergebnis	219
4.6.4	Zwischenfazit	219

4.7	Widerruf	220
4.7.1	Ausübung des Widerrufsrechts	221
4.7.1.1	Positive Voraussetzungen	221
4.7.1.2	Fehlen von Unwirksamkeitsgründen	223
4.7.2	Rechtsfolgen	224
4.7.2.1	Entfallen der Legitimationsgrundlage	224
4.7.2.2	Löschanspruch	225
4.7.2.3	Auswirkungen auf die Datenverarbeitung Dritter	226
4.7.2.4	Zwischenergebnis	227
4.7.3	Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende Anforderungen an den Widerruf	227
4.7.4	Zwischenfazit	228
4.8	Fazit	228
5	Vorformulierte Einwilligungen	231
5.1	Informiertheit und Transparenz	231
5.1.1	Voraussetzungen	232
5.1.2	Rechtsfolgen	233
5.2	Inhalts- und Missbrauchskontrolle	235
5.2.1	Prüfungsmaßstab	235
5.2.1.1	§§ 305 ff. BGB	236
5.2.1.2	Richtlinie 93/13/EWG	236
5.2.1.3	Abwägung und Entscheidung	237
5.2.2	Rechtsfolge	237
5.3	Fazit	238
6	Einwilligung bei implantierten Mikrochips	239
6.1	Medizinische und technische Grundlagen	239
6.1.1	Implantierung	240
6.1.2	Funktionsweise	240
6.1.2.1	Speicherung der Daten	240
6.1.2.2	Auslesen der Daten	241
6.1.2.3	Löschen der Daten	242
6.2	Grundrechtsbezug der Implantierung	242
6.2.1	Allgemeines Persönlichkeitsrecht	243
6.2.2	Recht auf körperliche Unversehrtheit	243
6.3	Einwilligung in die Speicherung personenbezogener Daten auf dem Mikrochip	244

6.3.1	Grundrechtsbezug	244
6.3.1.1	Recht auf informationelle Selbstbestimmung	244
6.3.1.2	IT-Grundrecht	245
6.3.1.2.1	Informationstechnisches System	245
6.3.1.2.2	Anvertrauen von Daten	245
6.3.1.2.3	Persönlichkeitsbezug	246
6.3.1.2.4	Zwischenergebnis	246
6.3.1.3	Zwischenergebnis	246
6.3.2	Wirksamkeitsvoraussetzungen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung	246
6.3.2.1	Informiertheit	247
6.3.2.1.1	Inhalt	247
6.3.2.1.2	Zeitpunkt	248
6.3.2.1.3	Form	248
6.3.2.2	Bestimmtheit	249
6.3.2.3	Freiwilligkeit	249
6.3.2.4	Form	250
6.3.2.5	Widerruf	250
6.3.3	Zwischenfazit	251
6.4	Einwilligung in das Auslesen personenbezogener Daten auf dem Mikrochip	251
6.4.1	Grundrechtsbezug	252
6.4.2	Wirksamkeitsvoraussetzungen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung	253
6.4.2.1	Informiertheit	253
6.4.2.1.1	Inhalt der Informationspflicht	253
6.4.2.1.2	Zeitpunkt	254
6.4.2.1.3	Form	254
6.4.2.2	Bestimmtheit	255
6.4.2.3	Freiwilligkeit	255
6.4.2.4	Form und Widerruf	256
6.4.3	Zwischenfazit	256
6.5	Fazit	256

7	Schlussbetrachtung	257
7.1	Thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	257
7.1.1	Rechtsnatur der Einwilligung	257
7.1.2	Zeitpunkt der Einwilligung	257
7.1.3	Einwilligungsfähigkeit	258
7.1.4	Informiertheit	258
7.1.5	Bestimmtheit	258
7.1.6	Freiwilligkeit	258
7.1.7	Form	259
7.1.8	Widerrufsrecht	259
7.1.9	Vorformulierte Einwilligungen	260
7.1.10	Praxistauglichkeit	260
7.2	Empfehlungen	261
7.2.1	Gestufte Unterrichtung	261
	7.2.1.1 Formen	261
	7.2.1.2 Bewertung	262
7.2.2	Privacy Bots	263
7.2.3	Piktogramme	264
7.2.4	Zwischenfazit	264
7.3	Fazit	265
	Literaturverzeichnis	267