



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 64 DSG

Eine Kommentierung von Jonas D. Gassmann

Herausgegeben von Thomas Steiner / Anne-Sophie Morand / Daniel Hürlimann

Stand der Bearbeitung: 12.08.2023

PDF erstellt am: 06.10.2026

DOI: 10.17176/20230812-163522-0

ZITIERVORSCHLAG

Jonas D. Gassmann, Kommentierung zu Art. 64 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Gassmann, N. XXX zu Art. 64 DSG.

Art. 64 Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben

¹ Für Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben sind die Artikel 6 und 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) anwendbar.

² Fällt eine Busse von höchstens 50 000 Franken in Betracht und würde die Ermittlung der nach Artikel 6 VStrR strafbaren Personen Untersuchungsmassnahmen bedingen, die im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären, so kann die Behörde von einer Verfolgung dieser Personen absehen und an ihrer Stelle den Geschäftsbetrieb (Art. 7 VStrR) zur Bezahlung der Busse verurteilen.

GLIEDERUNG

In Kürze	3
I. Allgemeines.....	3
II. Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben	3
A. Anwendbarkeit von Art. 6 und 7 VStrR (Abs. 1).....	3
B. Verurteilung des Geschäftsbetriebs zu einer Busse (Abs. 2)	5
1. Allgemeines	5
2. Widerhandlung im Geschäftsbetrieb	5
3. Busse von höchstens 50 000 Franken	5
4. Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen wären unverhältnismässig.....	6
5. Überwälzung der Busse	6
Literaturverzeichnis.....	7
Materialienverzeichnis.....	7

IN KÜRZE

Mit dem Verweis auf zwei isolierte Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) wird die Geschäftsherrenhaftung im DSG eingeführt. Art. 64 ermöglicht es, bei einer Widerhandlung in einem Geschäftsbetrieb unter bestimmten Umständen eine eigentlich der verantwortlichen natürlichen Person aufzuerlegende Busse auf den Geschäftsbetrieb zu überwälzen, falls diese Busse maximal 50 000 Franken beträgt.

I. ALLGEMEINES

- 1 Weil es den Kantonen obliegt, strafbare Handlungen im Sinne des 8. Kapitels zu verfolgen und zu beurteilen (Art. 65 Abs. 1), ist das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) grundsätzlich nicht anwendbar (Art. 1 VStrR e contrario). Art. 64 Abs. 1 verweist nun aber hinsichtlich Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben ausdrücklich auf **Art. 6 und 7 VStrR**.¹
- 2 Mit dem Verweis auf Art. 6 VStrR (Bestimmung der bei einer Widerhandlung in einem Geschäftsbetrieb verantwortlichen Person) und Art. 7 VStrR (subsidiäre Verantwortlichkeit des Geschäftsbetriebs) wird die **Geschäftsherrenhaftung** im DSG eingeführt. Dadurch soll *«eine sachgerechte Zuweisung der strafrechtlichen Verantwortung in Unternehmen»*, d.h. an dessen Leitungsebene (Führungspersonen mit Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen) ermöglicht werden.²
- 3 Der **maximale Bussenbetrag** gemäss Abs. 2 (der die Bestimmung von Art. 7 VStrR modifiziert), bis zu dem der Geschäftsbetrieb (anstelle der natürlichen Person) zur Bezahlung der Busse verurteilt werden können soll, wurde in Art. 53 VE-DSG noch bei 100 000 Franken angesetzt. Kontroverse Äusserungen im Vernehmlassungsverfahren³ führten dazu, dass der maximale Bussenbetrag letztlich bei **50 000 Franken** angesetzt wurde. Der im Vergleich zu Art. 7 VStrR substanziell höher angesetzte maximale Bussenbetrag lässt sich damit erklären, dass der Bussenrahmen bei Verstössen gegen das DSG (Bussen bis zu 250 000 Franken) weit über den in Art. 7 VStrR vorgesehenen Betrag (5 000 Franken) hinausgeht, und der maximale Bussenbetrag erhöht werden musste, damit in der Praxis überhaupt noch Raum für eine Anwendung der Bestimmung von Art. 64 Abs. 2 besteht.⁴

II. WIDERHANDLUNGEN IN GESCHÄFTSBETRIEBEN

A. Anwendbarkeit von Art. 6 und 7 VStrR (Abs. 1)

- 4 Art. 64 Abs. 1 verweist bei «Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben» auf *Art. 6 und 7 VStrR*, und damit auf zwei isolierte Artikel innerhalb des VStrR. Die Bemessung der Busse richtet sich demnach beispielsweise nicht nach Art. 8 VStrR, sondern nach Art. 106 Abs. 3 StGB. Weil das VStrR gemäss dessen Art. 1 auf strafbewehrte DSG-Verstösse grundsätzlich keine Anwendung findet, ist dieser **explizite Verweis** erforderlich, soll auch eine Art «Geschäftsherrenhaftung» in das DSG eingeführt werden (vgl. auch oben, N. 1 ff.).
- 5 Als **«Geschäftsbetrieb»** gilt jede unternehmerische Tätigkeit, bei der mittels Einsatz von Kapital und Arbeit aktiv am Wirtschaftsleben teilgenommen wird.⁵ Es geht also um Straftaten bei der Ausübung

1. Vgl. auch Erläuternder Bericht VE-DSG, Ziff. 8.1.8.4 (S. 86).

2. Botschaft 2017, S. 7103.

3. Siehe dazu Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG, Ziff. 4.8 (S. 53).

4. Vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 2.

wirtschaftlicher Aktivitäten in einem Unternehmen. Nicht erfasst von Art. 6 Abs. 1 VStrR sind Handlungen, die bloss *bei Gelegenheit* der Ausübung geschäftlicher Verrichtungen begangen werden.⁶

- 6 Art. 6 Abs. 1 VStrR normiert das sog. **Täterprinzip**: Täter ist, wer die Tat verübt hat.⁷ So macht sich z.B. die Mitarbeitende strafbar, die ungefragt und unautorisiert durch eine Vorgesetzte ein Tool eines Online Service Providers für die Ausübung ihrer Tätigkeit benutzt, im Rahmen dessen Personendaten bearbeitet werden, wobei sich die Mitarbeitende aber nicht um den Abschluss eines rechtsgenügenden Auftragsdatenbearbeitungsvertrags gekümmert hat (Strafbarkeit nach Art. 61 Abs. 1 lit. b). Ein anderes Beispiel wäre die unautorisierte Offenlegung geheimer Personendaten durch eine Mitarbeitende an einen Dritten bei Ausübung ihres Berufs (Strafbarkeit nach Art. 62).
- 7 Voraussetzung für die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn (Geschäftsherrenhaftung i.S.v. Art. 6 Abs. 2 VStrR) ist in objektiver Hinsicht das Vorliegen einer **Garantenpflicht**, wobei diese nicht aus Art. 6 Abs. 2 VStrR ableitbar ist, sondern *«aus der Verantwortlichkeit für den Betrieb als Gefahrenquelle und/oder aus der Verantwortlichkeit für das Verhalten der Untergebenen»*⁸ folgt. Zu denken ist hier etwa an eine Compliance-Verantwortliche, die vertraglich für die Sicherstellung der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen im Unternehmen verantwortlich ist oder an die Personalverantwortliche, die vertraglich für die Bearbeitung der Personaldaten verantwortlich zeichnet. Eine *Delegation der Verantwortlichkeit* ist gesetzlich zulässig, wobei die delegierende Person für die Auswahl, Instruktion und Überwachung der betreffenden Person verantwortlich bleibt.⁹ Weiter vorauszusetzen ist das Vorliegen von **Tatmacht** seitens des Geschäftsherrn: Damit die Geschäftsherrenhaftung greift, muss es dem Geschäftsherrn möglich gewesen sein, die Tat zu verhindern oder sie in ihren Auswirkungen aufzuheben.¹⁰ In subjektiver Hinsicht verlangt ist nach Art. 6 Abs. 2 VStrR **Vorsatz oder Fahrlässigkeit**. Bei Anlasstaten, die (wie die Strafbestimmungen des 8. Kapitels des DSGVO) als *Vorsatzdelikte* ausgestaltet sind, ist allerdings umstritten, ob es für die Anwendbarkeit der Geschäftsherrenhaftung und damit für die Strafbarkeit des *Geschäftsherrn* reicht, dass Letzterer bloss *fahrlässig* die Widerhandlung nicht abgewendet bzw. sie nicht in ihren Wirkungen aufgehoben hat.¹¹ Nach hier vertretener Auffassung ist bei solchen Anlasstaten für die Anwendbarkeit der Geschäftsherrenhaftung zu verlangen, dass der Geschäftsherr die **Garantenpflicht zumindest eventualvorsätzlich verletzt** hat.¹² Hat *der unmittelbar handelnde Täter* (der die Widerhandlung begangen hat) bloss *fahrlässig* gehandelt, scheidet die Geschäftsherrenhaftung bei solchen Anlasstaten von vornherein aus.
- 8 Handelt es sich beim Geschäftsherrn, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretenen um eine **juristische Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzelfirma oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit**, so findet Art. 6 Abs. 2 VStrR Anwendung *«auf die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren»* (Art. 6 Abs. 3 VStrR; vgl. auch Art. 29 StGB).

5. Urteil 2C_664/2013 und 2C_665/2013 vom 28.4.2014 E. 6.3.

6. BSK-Schwob, Art. 6 VStrR N. 9; vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 64 DSGVO N. 5, der zurecht darauf hinweist, dass in der Praxis einzig beim Straftatbestand von Art. 62 denkbar sei, dass Mitarbeitende einer juristischen Person Personendaten im privaten Rahmen, und nicht im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit offenbaren.

7. SHK-Wohlers, Art. 64 DSGVO N. 4; BSK-Schwob, Art. 6 VStrR N. 8.

8. SHK-Wohlers, Art. 64 DSGVO N. 9; vgl. auch BSK-Schwob, Art. 6 VStrR N. 13.

9. Vgl. insb. Art. 754 Abs. 2 OR.

10. SHK-Wohlers, a.a.O. m.w.H.

11. Vgl. dazu SHK-Wohlers, Art. 64 DSGVO N. 10 und BSK-Schwob, Art. 6 VStrR N. 22 m.w.H.

12. So auch BGE 105 IV 172 E. 4; a.M. BSK-Schwob, a.a.O.

B. Verurteilung des Geschäftsbetriebs zu einer Busse (Abs. 2)

1. Allgemeines

- 9 **Art. 64 Abs. 2** basiert auf der Bestimmung von Art. 7 Abs. 1 VStrR, passt den Anwendungsbereich aber der im DSG vorgesehenen Maximalbusse an und spricht generischer vom «Geschäftsbetrieb» statt von der «juristischen Person», «Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft» und der «Einzelfirma» (vgl. auch oben, N. 3 und N. 5).¹³
- 10 Nach Art. 64 Abs. 2 kann einem Geschäftsbetrieb (anstelle der strafbaren natürlichen Personen) bei vorliegender strafrechtlicher Widerhandlung im Geschäftsbetrieb (begangen durch eine oder mehrere natürliche Personen; dazu unten, N. 11 f.) eine Busse auferlegt werden, wenn
- eine Busse von höchstens 50 000 Franken in Betracht fällt (dazu unten, N. 13 f.) und (kumulativ¹⁴)
 - die Ermittlung der nach Art. 6 VStrR strafbaren Personen Untersuchungsmassnahmen bedingen würde, die im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären (dazu unten, N. 15 f.).

2. Widerhandlung im Geschäftsbetrieb

- 11 Für die Verurteilung des Geschäftsbetriebs zu einer Busse zunächst vorausgesetzt ist, dass eine **«Widerhandlung im Geschäftsbetrieb»** vorliegt. Es müssen sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Widerhandlung, für die der Geschäftsbetrieb mit einer Busse belegt werden soll, erfüllt sein, und es dürfen weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe vorliegen. Zum Begriff des «Geschäftsbetriebs» siehe oben, N. 5.¹⁵
- 12 In der Praxis werden die **subjektiven Tatbestandsmerkmale** allerdings nicht nachweisbar sein, da die strafbaren natürlichen Personen gerade *nicht* identifizierbar sind. Um diese Hürde zu überwinden und die Anwendung von Art. 64 nicht von vornherein auszuschliessen, ist das Verschulden zu «objektivieren» oder es sind die Anforderungen an den Beweis des subjektiven Tatbestands zu lockern¹⁶, etwa indem sich die Strafbehörde mit der Feststellung begnügt, «dass sich die Absicht eindeutig aus der verübten Tat ergibt.»¹⁷ Jedenfalls aber besteht kein Raum für die Anwendung von Art. 64, wenn erstellt ist, dass der subjektive Tatbestand bei den mutmasslich strafbaren Personen innerhalb des Geschäftsbetriebs nicht erfüllt ist.¹⁸

3. Busse von höchstens 50 000 Franken

- 13 Nach Art. 7 Abs. 1 VStrR liegt der Bussenbetrag, bis zu dessen Obergrenze es möglich ist, ein Unternehmen statt einer natürlichen Person zur Bezahlung einer Busse zu verurteilen, bei 5 000 Franken. Diese Obergrenze entspricht der Hälfte des gemäss Art. 106 Abs. 1 StGB vorgesehenen Höchstbetrags der Busse von 10 000 Franken. In Abweichung von Art. 106 Abs. 1 StGB liegt der Höchstbetrag der Busse im Anwendungsbereich des DSG (gemäss Art. 60-63) bei 250 000 Franken. Angesichts dieses wesentlich höheren Höchstbetrags drängte sich eine Erhöhung auch der **Obergrenze des Bussenbetrags** auf, bis zu der eine Verurteilung eines Geschäftsbetriebs möglich ist.

13. Zur umstrittenen Rechtsnatur der Regelung von Art. 7 Abs. 1 VStrR (und damit von Art. 64 Abs. 2 DSG) siehe BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 27 ff. sowie SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 12.

14. Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 15 m.w.H.

15. Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 23 m.w.H.

16. Vgl. zum Ganzen BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 25 f.

17. BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 26 m.w.H.

18. BSK-Macaluso/Garbarski, a.a.O. m.w.H.; vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 10.

¹⁹ Gemäss Art. 64 Abs. 2 liegt diese Obergrenze bei **50 000 Franken**, was 1/5 des Höchstbetrags der Busse von 250 000 Franken entspricht.

- 14 Nach Art. 106 Abs. 3 StGB hat das Gericht bei der Bestimmung der **Höhe der Busse** die Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen, *«so dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist.»* Weil der Täter der Widerhandlung gerade nicht ausfindig gemacht werden kann, ist die Busse aufgrund eines objektiven Verschuldens zu bemessen.²⁰ Massgebend sind die Umstände der konkreten Widerhandlung wie etwa die fehlende unternehmensinterne Gliederung in einzelne Verantwortungsbereiche.²¹

4. Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen wären unverhältnismässig

- 15 Auch bei der Prüfung, ob Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären, sind die Umstände des Einzelfalls relevant. Weil es sich bei Art. 64 Abs. 2 um eine «Kann-Bestimmung» handelt²², verfügen die Strafbehörden bei der Frage, ob diese Bestimmung anzuwenden ist (und damit auch bei der Beantwortung der Frage, ob Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen unverhältnismässig wären), über ein **relativ erhebliches Ermessen**.²³ Ein Anspruch auf die Anwendung von Art. 64 Abs. 2 besteht nicht²⁴, ebenso wenig kann die Strafbehörde aber auch einfach wählen zwischen einem Vorgehen gegen die strafbaren natürlichen Personen und gegen den Geschäftsbetrieb.²⁵ Bevor die zuständige Strafbehörde eine Bestrafung des Geschäftsbetriebs gestützt auf Art. 64 in Erwägung ziehen kann, hat sie *«ein Mindestmass an Untersuchungsmassnahmen»* durchzuführen, um die strafbaren natürlichen Personen zu identifizieren; es geht nicht an, dass sich die Strafbehörde aus reiner Bequemlichkeit auf Art. 64 stützt.²⁶ Wann (weitere) Untersuchungsmassnahmen unverhältnismässig wären, ist auch mit Blick auf die Höhe der (potenziell) verwirkten Busse zu beurteilen, wofür die Ermittlungen jedenfalls so weit gegangen sein müssen, dass die Höhe zumindest grob abschätzbar ist.²⁷
- 16 Bei den strafbewehrten DSG-Verstössen wird oftmals organisatorisch klar bestimmt oder zumindest im konkreten Fall relativ einfach zu ermitteln sein, wer die betreffenden Handlungen vorgenommen hat (z.B. Antwort auf ein Auskunftersuchen oder Freigabe der Datenschutzerklärung). Insofern dürfte die **praktische Relevanz der Bestimmung von Art. 64** eher gering sein²⁸; Verurteilungen von Geschäftsbetrieben zur Bezahlung einer Busse dürften die Ausnahme bleiben.

5. Überwälzung der Busse

- 17 Sind die vorstehend erläuterten Voraussetzungen gegeben, kann die zuständige Strafbehörde die **Busse an den Geschäftsbetrieb überwälzen**. Bei der Bemessung der Höhe der Busse sind das

19. Botschaft 2017, S. 7103 f.

20. Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 18 m.w.H.

21. Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, a.a.O. m.w.H.

22. Vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 13.

23. Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 20 m.w.H.

24. Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, a.a.O.; Beretta, 64.

25. Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 21; Urteil 6B_256/2007 vom 15.10.2007 E. 4.

26. Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, a.a.O. Gemäss Rechtsprechung reichen auch weder Arbeitsüberlastung der Untersuchungsbehörde (Urteil 6B_256/2007 vom 15.10.2007 E. 4) noch das Risiko der eintretenden Verfolgungsverjährung (Urteil BStGer SK.2018.47BStGer vom 26.4.2019 E. 5.11.4) aus, um sich ohne angestrenzte Untersuchungsmassnahmen direkt auf Art. 7 VStrR zu stützen.

27. SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 17.

28. So auch Rosenthal/Gubler, S. 58.

Verschulden und die finanziellen Verhältnisse der eigentlich strafbaren natürlichen Person(en), und nicht jene des Geschäftsbetriebs entscheidend.²⁹

- 18 Lassen sich **nur bestimmte** für die Widerhandlung **verantwortliche natürliche Personen ermitteln**, andere aber nicht, ist strittig, ob eine Überwälzung der auf die nicht ermittelten Personen anwendbaren Busse möglich ist.³⁰ Richtigerweise ist zu fordern, dass auch in dieser Konstellation eine Überwälzung möglich ist.³¹

LITERATURVERZEICHNIS

Beretta Allison, Sanctionner en vertu des art. 6 et 7 DPA, in: Jusletter vom 8.7.2019, 64, https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2019/986/sanctionner-en-vertu_20314b3ff6.html, besucht am 8.8.2023.

Macaluso Alain/Garbarski Andrew M., Kommentierung zu Art. 7 VStrR, in: Frank Friedrich/Eicker Andreas/Markwalder Nora/Achermann, Jonas (Hrsg.), Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020.

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 1/2021, S. 52 ff.; Schwob Renate, Kommentierung zu Art. 6 VStrR, in: Frank Friedrich/Eicker Andreas/Markwalder Nora/Achermann, Jonas (Hrsg.), Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 64 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski, Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff. (zit. Botschaft 2017), abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6941.pdf>, besucht am 8.8.2023.

Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz BJ zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf> (zit. Erläuternder Bericht VE-DSG), besucht am 8.8.2023.

Zusammenfassung des Bundesamts für Justiz BJ der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017 betreffend Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016 (zit. Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG), abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf>, besucht am 8.8.2023.

29. SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 18.

30. Vgl. SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 19 m.w.H.

31. So auch SHK-Wohlers, a.a.O.