

# Die Verstraftlichung des Schweizer Wirtschaftsrechts – Verwaltungssanktionen vs. Verwaltungsstrafen anhand der Beispiele Datenschutzgesetz und Wettbewerbsrecht

*Oliver Jany, Lukas Staub*<sup>\*1</sup>

## 1. Einleitung

Aus Sicht der Akteure einer liberalen Marktwirtschaft ist es entscheidend zu wissen, welche Regeln für sie gelten und welche Sanktionen drohen, sollten sie gegen die Regeln verstossen. In dieser Hinsicht beklagen Lehre<sup>2</sup> und Praxis<sup>3</sup> sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland schon seit einiger Zeit eine zunehmende „Verstraftlichung“ des Wirtschaftsrechts, das heisst die Tendenz des Gesetzgebers, Regeln des Wirtschaftsrechts durch die Androhung strafrechtlicher Sanktionen im Falle ihrer Verletzung durchzusetzen.

Anders als das Schlagwort der Verstraftlichung vielleicht indizieren mag, ist diese Verknüpfung der zwei grundsätzlich unterschiedlichen Rechtsgebiete des Wirtschaftsrechts einerseits und des Strafrechts andererseits freilich nicht neu. So sind beispielsweise die Konkursdelikte in Art. 163 ff. des Strafgesetzbuchs („StGB“) oder die Strafbestimmungen im Bankengesetz einschliesslich des Bankkundengeheimnisses für wahr keine Erfindungen der jüngeren Vergangenheit.

Dennoch scheint sich der Eindruck zu verfestigen, dass sich der Schweizer Gesetzgeber in den letzten gut drei Jahrzehnten zunehmend strafrechtlicher Mechanismen zur Durchsetzung wirtschaftsrechtlicher Regelungen bedient. Wesentliche Meilensteine bei der Einführung strafrechtlicher Sanktionen im Bereich der Wirtschaft – einschliesslich entsprechender

---

\* Dr. iur. Oliver Jany, Rechtsanwalt bei Prager Dreifuss, Zürich; Lukas Staub, Rechtsanwalt bei Lenz & Staehelin, Zürich, und Dozent an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS).

1 Die Autoren danken MLaw Julia Schorer für die Zusammenstellung und Aufarbeitung von Quellen und Materialien.

2 So bereits vor rund 20 Jahren Strasser, S. 752; siehe zudem auch Bohrer, S. 127.

3 Gaberthuel, „Verstraftlichung“ der Wirtschaft, FUW Nr. 23/2016, S. 13.

Zuständigkeit der Strafbehörden im Strafverfahren – waren beispielsweise die Einführung der Insiderstrafnorm 1988<sup>4</sup>, der Geldwäschereistrafnorm 1990<sup>5</sup>, der Kursmanipulation 1995<sup>6</sup> und der Privatbestechung 2016<sup>7</sup>.

Demgegenüber hat sich der Schweizer Gesetzgeber der Verwaltungs-sanktionen – namentlich durch Verwaltungsbehörden zu verhängende Sanktionen ausserhalb des Straf- bzw. Nebenstrafrechts – nur sehr zurückhaltend bedient.<sup>8</sup> Von praktischer Bedeutung sind in der Schweiz primär die kartellrechtlichen Sanktionen sowie, mit weit weniger praktischer Bedeutung, die Sanktionsmöglichkeiten im Fernmelde- und Landwirtschaftsbereich. Der Bundesrat veröffentlichte 2022 einen umfassenden Bericht zu den pekuniären Verwaltungssanktionen, der den damaligen Status quo darlegt.<sup>9</sup>

Aus Sicht der Digitalwirtschaft, die ganz wesentlich auf der Nutzung von Daten, auch Personendaten aufbaut, sind die Regeln des Datenschutzrechts von besonderer Bedeutung. Das einschlägige totalrevidierte Datenschutzgesetz („DSG“) ist erst kürzlich, per 1. September 2023, in Kraft getreten. Dabei hat sich der Schweizer Gesetzgeber – obwohl er sich beim neuen DSG in weiten Teilen stark an der EU-Datenschutzgrundverordnung („DSGVO“) orientiert hat – im Bereich der Sanktionen bewusst gegen den Weg der Verwaltungssanktionen entschieden und stattdessen erneut das Strafrecht zur Durchsetzung gewählt. Der Gesetzgeber hat sich damit erneut für eine „Verstrafrechtlichung“ des Wirtschaftsrechts entschieden und zahlreiche Verstösse gegen das DSG dem (Neben-)Strafrecht unterstellt. Somit unterstehen nun auch weite Teile der Regeln zum Datenschutz bei Verstössen einer potentiellen Strafdrohung, wobei deren Abschreckungswirkungen – wie noch zu zeigen sein wird – nicht in jeder Hinsicht zu überzeugen vermag.

---

4 Die Strafbarkeit von Insidergeschäften wurde am 18. Dezember 1987 beschlossen und trat am 1. Juli 1988 in Kraft, im Jahr 2016 ins neue Finanzmarktinfrastukturgesetz („FinfraG“) aufgenommen.

5 Eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes [„BG“] vom 23. März 1990, in Kraft seit 1. August 1990 (Amtliche Sammlung [„AS“] 1990 1077; Bundesblatt [„BBl“] 1989 II 1061).

6 Eingefügt durch Art. 46 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (AS 1997 68; BBl 1993 I 1369). Aufgehoben durch Ziff. I des BG vom 28. September 2012, mit Wirkung seit 1. Mai 2013 (AS 2013 1103; BBl 2011 6873), im Jahr 2016 ins FinfraG übertragen.

7 Gemäss Ziff. I des BG vom 25. September 2015 (Korruptionsstrafrecht), in Kraft seit 1. Juli 2016 (AS 2016 1287; BBl 2014 3591).

8 Bericht Verwaltungssanktionen, S. 2, S. 22.

9 Vgl. Bericht Verwaltungssanktionen.

Vor diesem Hintergrund stellt der vorliegende Beitrag die Modelle der Verwaltungssanktionen und der Verwaltungsstrafen anhand zweier praktischer Beispiele – die Verwaltungssanktionen im Kartellrecht und die neuen Strafnormen im DSG – gegenüber, wobei besonders auf die Bedeutung für die Digitalwirtschaft eingegangen wird.

## *2. Das Modell Verwaltungssanktionen*

Verwaltungssanktionen bilden komplementär zu den Verwaltungsstrafen das alternative Modell zur Sanktionierung im Wirtschaftsbereich. Der Prototyp der Verwaltungssanktion ist die Kartellbusse. Sie war die erste repressive Sanktionsform gegen Unternehmen.<sup>10</sup> Konsequenterweise haben sich viele sanktions- und verfahrensrechtliche Fragen des Verwaltungssanktionsverfahrens erstmals im Bereich des Kartellrechts gestellt. Hierzu zählt etwa die Frage, welche (strafrechtlichen) Verfahrensrechte den im Kartellverfahren beschuldigten Unternehmen zukommen.<sup>11</sup> Das Kartellsanktionsrecht gilt aus diesem Grund als das am weitesten entwickelte Verwaltungssanktionsrecht und dient in der EU daher als Blaupause auch für neuere Sanktionsverfahren, etwa der bereits erwähnten DSGVO, dem Digital Service Act („**DSA**“) oder dem Digital Markets Act („**DMA**“). Die Bedeutung der Kartellsanktion ist deshalb kaum zu überschätzen und legt nahe, sie zur Betrachtung des Verwaltungssanktionsmodells heranzuziehen.

Es wird sich allerdings zeigen, dass das Kartellsanktionsrecht bislang keinesfalls stets stringente Lösungen für die komplexe Differenzierung zwischen Verwaltungs- und Kriminalstrafrecht bereithält.

### *a. Kartellsanktionen als Verwaltungssanktionen*

Sowohl in der Schweiz als auch in der Europäischen Union können gegen Unternehmen, die wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen – wie unmittelbare Preisabsprachen oder Marktaufteilungen – begehen, Kartellsanktionen von bis zu 10 % des erzielten Gesamtumsatzes der letzten drei Geschäftsjahre (Schweiz) bzw. des im vorausgegangenen Geschäftsjahrs

---

10 In der Europäischen Union ergingen erste Entscheidungen zur Kartellsanktion bereits ab 1969, vgl. EuGH, Urt. v. 13.2.1969 Walt Wilhelm, ECLI:EU:C:1969:4.

11 Jany, Legitimationsdefizite, S. 34ff.

erzielten Gesamtumsatzes (EU) verhängt werden.<sup>12</sup> Die Kartellsanktionen sind in beiden Rechtsordnungen formell als Verwaltungssanktionen ausgestaltet.

Verwaltungssanktionen sind behördliche Massnahmen zur Ahndung verwaltungsrechtlicher Pflichtverletzungen. Sie richten sich gegen Unternehmen,<sup>13</sup> nicht aber gegen die für das Unternehmen handelnden Personen (Organe, Mitarbeitende), und sehen als Rechtsfolge zum Teil hohe finanzielle Bussen vor. Obwohl sich Verwaltungssanktionen<sup>14</sup> in der Schweiz sektoriell als Instrument des Wirtschaftsaufsichtsrechts<sup>15</sup> etabliert haben, sind sie nach wie vor die Ausnahme.<sup>16</sup> Wie strafrechtliche Sanktionen, haben Verwaltungssanktionen eine präventive und repressive Straffunktion.<sup>17</sup> Das Bundesgericht hält fest, dass pekuniären Verwaltungssanktionen ein präventiver, gleichzeitig aber auch ein pönaler und repressiver Charakter zukommt.<sup>18</sup> Kartellsanktionen werden daher als „quasi-strafrechtlich“ oder „strafrechtliche Sanktionen im weiteren Sinne“ bezeichnet.<sup>19</sup> Die (Verwaltungs-)Sanktion unterscheidet sich jedoch von der Kriminalstrafe im Umfang des staatlichen Vorwurfs für die Zuwiderhandlung, dem Sanktionsorgan sowie bei der Anwendung prozessualer Verfahrensgarantien.

---

12 Nach Art. 49a Abs. 1 Schweizerisches Kartellgesetz („KG“) können Unternehmen, die kartellrechtlich unzulässig handeln, mit einem mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Für Deutschland ergibt sich dies aus § 81c Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) für Zuwiderhandlungen nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB, Art. 1 GWB. Für die EU ergibt sich die Sanktion aus Art. 101 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) i.V.m. Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV iVm. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003.

13 Abhängig vom Geltungsbereich eines Sacherlasses können auch natürliche Personen erfasst sein, die einer regulierten Tätigkeit nachgehen, vgl. beispielsweise Art. 60 des Fernmeldegesetzes (FMG). Organe einer juristischen Person und Mitarbeitende von Unternehmen sind hingegen nicht von pekuniären Verwaltungssanktionen erfasst, vgl. Bericht Verwaltungssanktionen, S. 16.

14 Anmerkung: Der Begriff der „pekuniären Verwaltungssanktion“ wird im Bundesrecht der Schweiz nicht explizit verwendet, die Sacherlasse sprechen Verwaltungssanktion (z.B. Art. 100 und 109 Bundesgesetz über Geldspiele [BGS]), „verwaltungsrechtliche“ Sanktion (Art. 23 Nationalbankgesetz [NBG]), oder von „administrative“ Sanktion (Art. 122 Ausländer und Integrationsgesetz [AIG]).

15 Bericht Verwaltungssanktionen, S. 2.

16 Botschaft DSG, 7098.

17 Das Schweizerische Bundesgericht betont den abschreckenden wie vergeltenden Charakter des Art. 49 a KG, vgl. BGE 139 I 72, S. 79.

18 BGE 139 I 72 E. 2 – Publigroupe – (betreffend das Kartellrecht).

19 Das Bundesgericht spricht von einem strafrechtsähnlichen Charakter, vgl. BGE 139 I 72 S. 79.

b. Kartellsanktionen ohne sozial-ethischen Tadel

Im Hinblick auf den staatlichen Vorwurf sanktioniert die Verwaltungssanktion eine verwaltungsrechtliche Pflichtverletzung. Anders als die Strafe, setzt die Sanktion keine Schuld im Sinne einer individuellen Vorwerfbarkeit voraus (vgl. Art. 47 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 StGB). Der Verwaltungssanktion soll im Gegensatz zur Strafe kein sittlich-ethischer oder moralischer staatlicher Tadel immanent sein. Zwar ist die subjektive Zurechenbarkeit zum Unternehmen (im Sinne der Vorwerfbarkeit) für das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht eine notwendige Voraussetzung für die kartellrechtliche Sanktionierung;<sup>20</sup> das strafgesetzliche Schuldprinzip und die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs (vgl. Art. 47, Art. 333 Abs. 1 und 7 StGB) seien aber auf Kartellsanktionen nicht anwendbar.<sup>21</sup> Für die Vorwerfbarkeit und damit die Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Zuwiderhandlungen des Unternehmens i.S.v. Art. 49a KG reicht der Nachweis eines Organmangels (sog. Organisationsverschulden, objektiver Sorgfaltsmangel) seitens des Unternehmens oder eines zurechenbaren Verhaltens eines Mitarbeiters aus.<sup>22</sup> Ein vorsätzliches Verhalten der natürlichen Person ist dabei nicht erforderlich.<sup>23</sup> Das Bundesgericht geht davon aus, dass „in aller Regel die objektive Sorgfaltspflicht verletzt ist“, wenn ein „nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten“ vorliegt.<sup>24</sup> Compliance Programme dienen insoweit nicht der Exkulpation, sondern können auf der Sanktionszumessungsebene sanktionsmindernd berücksichtigt werden.<sup>25</sup> Nach überwiegender Auffassung besteht darin kein Widerspruch zu den abwehrrechtlichen (Straf-)Verfahrensrechten im Kartellermittlungs-

20 BGE 143 II 297 E. 9.6.1f., mit Verweis auf BGer 29. Juni 2012, 2C\_484/2010 E. 12.2.1.f. (nicht publ. in: BGE 139 I 72) – Publigroupe; BGE 146 II 217 E. 8.5.2 – Swisscom ADSL; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts („BVGer“) B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 654 ff., 674 – Swisscom ADSL, bestätigt mit Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2.2 – Nikon.

21 Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 651 – Swisscom ADSL, bestätigt in BGE 146 II 217 E. 8.5.3 – Swisscom ADSL.

22 Bericht Verwaltungssanktionen, S. 40; vgl. BGer 4.2.2021, 2C\_149/2018 E. 8.4. – Hors Liste Medikamente; ausführlich Urteil des BVGer vom 18.12.2018, B-831/2011E. 1488 ff. – SIX/DCC.

23 BGE 146 II 217 E. 8.5.2 – Swisscom ADSL; bestätigt in BGE 147 II 72 E. 8.4.2; Bericht Verwaltungssanktionen, S. 41.

24 BGE 146 II 217 E. 8.5.2 m.w.H. – Swisscom ADSL.

25 Bericht Verwaltungssanktionen, S. 41.

verfahren, da die Garantien der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten („EMRK“) Anwendung finden.<sup>26</sup>

### c. Kartellsanktionen von Wettbewerbsbehörden

Dass es sich bei Kartellverwaltungssanktionen nicht um Kriminalstrafen handeln soll, hat zur Folge, dass Verwaltungssanktionen nicht zwingend von einem Gericht zu verhängen sind. Während über eine „strafrechtliche Anklage“ nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK (vgl. Art. 30 Abs. 1 Bundesverfassung) zwingend ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht zu entscheiden hat, werden Verwaltungssanktionen von Behörden wie der Schweizerischen Wettbewerbskommission („WEKO“) oder der Europäischen Kommission verhängt. Ebenso obliegt die Durchführung des verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens den Wettbewerbsbehörden.

In der Schweiz und der Europäischen Union werden das Kartellermittlungs- und das Kartellsanktionsverfahren formell-institutionell getrennt geführt. Während die Ermittlung dem Sekretariat (Art. 23 Abs. 1 KG) bzw. der Generaldirektion Wettbewerb obliegen, entscheidet die Wettbewerbskommission (Art. 18 Abs. 3 KG) bzw. die Versammlung der Kommissare der Europäischen Union formell über die Kartellsanktion.

Die Sanktionierung von Kartellverstössen durch verwaltungsrechtliche Spezialbehörden hat Vor- und Nachteile. Der bereits überlasteten Staatsanwaltschaft fehlen oft die Ressourcen und das Know-how, um komplexe Wettbewerbsverstösse umfassend aufzuklären. Das flexiblere Verwaltungsverfahren erscheint hierzu besser geeignet als das starre und formale Strafverfahren. Eine Wettbewerbsbehörde kann zudem eher mit der allgemeinen Wirtschaftspolitik koordiniert werden, was einen gesamthaften und pragmatischeren Ansatz zur Wahrung öffentlicher Interessen ermöglicht.

---

26 Kartellrecht: Der EGMR hat im Urteil Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien betreffend ein Kartellverfahren mit hohen Bussgeldern festgehalten, dass Artikel 6 EMRK grundsätzlich anwendbar ist. Das Bundesgericht ordnet die kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen nach Artikel 49a KG ebenfalls dem Anwendungsbereich der strafprozessualen Garantien zu. (BGE 139 I 72 E. 2 – Publigroupe. Vgl. auch BGE 144 II 194 E. 5.1; 143 II 297, E. 9.1; BGer 4.2.2021, 2C\_149/2018 E. 8.2). Demnach haben kartellrechtliche Sanktionen nach Artikel 49a KG den Charakter einer strafrechtlichen Anklage im Sinn von Artikel 6 EMRK weshalb die entsprechenden Garantien von Artikel 6 und 7 EMRK und Artikel 32 der Bundesverfassung grundsätzlich anwendbar sind.

Auch im Verwaltungsverfahren sind die „strafrechtlichen“ Verfahrensrechte der Unternehmen gewahrt, denen nach einer Sanktion zudem der Rechtsweg offensteht, was die Überprüfung der Einhaltung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch die Wettbewerbsbehörden sicherstellen soll.<sup>27</sup>

In der Praxis bestehen zum Teil jedoch Zweifel daran, ob das Wettbewerbsverfahren tatsächlich konventionskonform umgesetzt wird. Kritisiert wird dabei insbesondere der Umfang der Geltung der strafrechtlichen Verfahrensrechte sowie die unzureichende – rein formale – Trennung zwischen Kartellermittlungs- und Kartellsanktionsbehörde. Nicht zuletzt kritisieren Praktiker teilweise die zu zurückhaltende gerichtliche Nachprüfung der Entscheidungen der Kartellbehörden sowie den zu weitreichenden Ermessensspielraum, den die Gerichte den Kartellbehörden einräumen.<sup>28</sup>

#### d. Strafrechtliche Verfahrensrechte

Zuletzt unterscheidet sich die Verwaltungssanktion im Geltungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte. Während die Verfahrensrechte im Rahmen kriminalstrafrechtlicher Verfahren grundsätzlich vollständig zur Anwendung kommen, gilt dies nicht für die lediglich im weiteren Sinne strafrechtlichen Sanktionsverfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, zu denen nach überwiegender Ansicht auch Verwaltungssanktionsverfahren zählen. Dort kommen die strafrechtlichen Verfahrensrechte soweit die „Engel-Kriterien“ der EMRK erfüllt sind zwar grundsätzlich zur Anwendung;<sup>29</sup> sie gelten jedoch „nicht notwendigerweise im vollem Umfang“.<sup>30</sup>

27 EGMR, A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, 43509/08, 27.11.2011, § 67.

28 BGE 139 II 185 E. 9.3; vgl. Jany, Legitimationsdefizite, S. 39ff.

29 EGMR, Urte. v. 8.6.1976 – Engel u.a. v. Niederlande – Rn. 82ff. Die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Garantien des Art. 6 EMRK hängt von den drei Engel-Kriterien ab: 1. Die Zuordnung der Tat nach nationalem Recht 2. Die Natur des Vergehens und 3. Die Art und Schwere der Sanktion; vgl. Jany, Legitimationsdefizite, S. 186ff.

30 EGMR, Urte. v. 23.11.2006 – Jussila v. Finland – Rn. 43: „the criminal-law guarantees will not necessarily apply with their full stringency“. Der EGMR hat mit diesem Urteil das Strafrecht in einen „engeren“ und „weiteren“ Bereich fragmentiert. Das Kartellverfahren und die Kartellsanktion werden ihrer Rechtsnatur nach überwiegend dem Strafrecht im weiteren Sinne zugeordnet. Die Kartellsanktion ist daher eine „strafrechtliche Anklage“ iSd. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Gleichwohl finden strafrechtliche Verfahrensrechte nicht notwendig vollständige Anwendung. Der EuGH hat sich dieser Rechtsprechungslinie angeschlossen. Erstmals für das Recht eines Unternehmens,

Die Anwendung der strafrechtlichen Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK hängt davon ab, ob es sich bei der Kartellsanktion bzw. dem Kartellverfahren um eine „strafrechtliche Anklage“ handelt. Eine „Anklage“ („charge“, „accusation pénale“) liegt vor, wenn eine offizielle Benachrichtigung einer staatlichen Behörde vorliegt, in der diese behauptet, dass eine Straftat begangen wurde (*formelle* Anklage).<sup>31</sup> Es genügt auch eine *materielle* Anklage, die auch in jeder anderen Massnahme zu erblicken ist, die implizit eine solche Behauptung enthält und die Situation des beschuldigten Unternehmens gleichermaßen beeinträchtigt.<sup>32</sup>

Ob die Mitteilung der Beschwerdepunkte auch eine „strafrechtliche“ Anklage ist, bestimmt sich nach den Engel-Kriterien. Der EGMR prüft, ob 1. nach der Selbsteinordnung des nationalen Rechts der Vertragsparteien, 2. der Art der Zuwiderhandlung oder 3. der Schwere der abstrakten Sanktion eine Zuordnung der Sanktion zum Strafrecht erforderlich ist.<sup>33</sup> Auch wenn die EU und die nationalen Vertragsstaaten die Kartellsanktion nicht als „Strafe“ einordnen, ist überwiegend anerkannt, dass Kartellsanktionen die anderen Engel-Kriterien erfüllen und damit die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK grundsätzlich Anwendung finden.<sup>34</sup>

Aufgrund der Weite dieser Rechtsprechung haben EGMR und EuGH diese später teilweise relativiert. Mit der Jussila-Entscheidung unterscheidet der EGMR das Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und macht deutlich, dass Strafsanktionen im weiteren Sinne – wozu er auch das Kartellrecht zählt – nicht notwendigerweise vollständig zur Anwendung kommen müssen.<sup>35</sup> Was dies im Einzelfall für die Anwendbarkeit von strafrechtlichen Verfahrensrechten bedeuten soll, lässt der EGMR jedoch offen.<sup>36</sup> Faktisch können sich Unternehmen im Kartellermittlungsverfahren

---

die Aussage zu verweigern, EuGH, Urt. v. 18.10.2989 – Orkem – EU:C:1989:387, Rn. 34, vgl. auch EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – Consob – EU:C:2021:84, Rn. 43 für den Unterschied auch zu natürlichen Personen, Rn. 46.

31 EGMR, Urt. v. 27.02.1980 – Deweer/Belgien – Nr. 6903/75, Rn. 46: „official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence“.

32 EGMR, Urt. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 55.

33 EGMR, Urt. v. 8.6.1976 – Engel u.a. v. Niederlande – Rn. 82ff.

34 EGMR, Urt. v. 27.11.2011 – Menarini v. Italien – Rn. 44, vgl. auch Bericht Verwaltungssanktionen, S. 28.

35 EGMR, Urt. v. 23.11.2006 – Jussila v. Finnland – Rn. 43.

36 Dies bemängelt auch Richter Loucaides in seinem Sondervotum: EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finnland – Nr. 73053/01; „I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish, as the majority do in this case, between criminal offences be-

aber z.B. nicht auf das Recht zu Schweigen berufen und auch der Öffentlichkeitsgrundsatz, die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen oder die Unschuldsvermutung sind nicht eindeutig in vollem Umfang kriminalstrafrechtlich ausgestaltet.

#### e. Faktische Pönalisierung

Brisanz erfährt diese Rechtsprechung vor dem Hintergrund, dass der zu Beginn des Aufsatzes dargestellte Kriminalisierungstrend auch vor dem Kartellrecht nicht Halt macht; dort jedoch mit divergierenden Stossrichtungen.

Einerseits beklagen Unternehmen seit Jahrzehnten zunehmend höhere Kartellsanktionen. Kartellsanktionen in Milliardenhöhe seien faktisch keine Verwaltungssanktionen sondern Kriminalstrafen.<sup>37</sup> Begründet wird dies mit den stetig steigenden Kartellbussen, ohne, dass es zu einer gesetzlichen Anpassung der Ermächtigungsgrundlage zur Verhängung von Kartellsanktionen gekommen wäre (sog. faktische Pönalisierung).<sup>38</sup> Derartig hohe Sanktionen, die zudem noch öffentlich publiziert werden, seien nicht mehr mit den üblichen Ordnungswidrigkeiten vergleichbar und zudem mit einem staatlichen sittlich-ethischen Tadel behaftet. Dies führe dazu, dass es sich bei den Kartellsanktionen zwar nicht formell aber doch materiell um Kriminalstrafen handle.

Andererseits wird eine Kriminalisierung insbesondere von hard-core Kartellsanktionen diskutiert, also die Kriminalisierung besonders schwerwiegender Verstösse gegen das Kartellrecht wie Preisabsprachen oder Marktaufteilungen.<sup>39</sup> Vorbild ist der US-amerikanische Sherman Act, der

---

longing to the ‚hard core of criminal law‘ and others which fall outside that category. Where does one draw the line?“.

37 Die Europäische Kommission hatte Google für einen Verstoß gegen das EU-Kartellrecht eine Geldbusse in Höhe von 4.34 Milliarden Euro auferlegt. Google hatte laut der Kommission Herstellern von Android-Geräten und Betreibern von Mobilfunknetzen seit 2011 rechtswidrige Einschränkungen auferlegt, um seine beherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Internet-Suchdienste zu festigen, vgl. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_18\\_4581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_18_4581) (zuletzt abgerufen am 22.05.2025).

38 Vgl. Bericht der Europäischen Kommission über die Verhängung von Kartellbussen, abrufbar unter: [https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics\\_en/](https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en/) (zuletzt besucht am 22.05.2025).

39 Bericht Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Kartellrecht.

bei Kartellverstößen auch kriminalstrafrechtliche Sanktionen wie Gefängnisstrafen für natürliche Personen vorsieht. Eine in Europa bislang nicht vorgesehene strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht des Unternehmens, sondern der für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen, wird teilweise als erforderlich angesehen, um dem Kartellrecht zu einer besseren Wirksamkeit zu verhelfen. Andernfalls komme der Kartellsanktion auch aufgrund der nur geringen Aufdeckungswahrscheinlichkeit von ca. 20–30 %<sup>40</sup> keine hinreichend abschreckende Wirkung zu.<sup>41</sup>

#### f. Spill-over-Effekt für die Digitalwirtschaft

Vor dem Hintergrund der Funktion der Kartellsanktion als Prototyp der Verwaltungssanktionen, drohen diese Unsicherheiten, wie etwa der genaue Umfang der Anwendung strafrechtlicher Verfahrensrechte, auf neue Rechtsbereiche der Digitalwirtschaft übertragen zu werden (Spill-over-Effekt).

So sieht der DMA etwa für Zuwiderhandlungen nicht nur Geldbussen i. H. v. 10 % des weltweiten jährlichen Geschäftsumsatzes analog der Kartellbusse vor (Art. 30 Abs. 1 DMA), sondern – im Wiederholungsfall innerhalb von acht Jahren nach einer Entscheidung – sogar bis zu 20 % (Art. 30 Abs. 2 DMA). Damit nähert sich die Verwaltungsbussen noch mehr dem Strafverfahren an, sodass sich die Frage stellt, ob es sich hierbei um eine kriminalstrafrechtliche Sanktion handelt.

Auch der DSA sieht Geldbussen für die Nichteinhaltung einer in der Verordnung festgelegten Verpflichtung vor (Art. 52 Abs. 3 DSA), die allerdings höchstens 6 % des weltweiten Jahresumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr betragen.

Es bleibt abzuwarten, wie sich die Übertragung des Verwaltungssanktionsmodells auf die Digitalwirtschaft auswirken wird. Es ist zu hoffen, dass der Spill-over-effekt nicht nur die dargestellten Unklarheiten des Sanktionsmodells in das digitale Zeitalter überträgt, sondern dass die Digitalwirtschaft innovative Impulse für eine Modernisierung des Verwaltungssanktionsmodells generiert.

---

40 Wagner von Papp, WUW 60/2010, S. 268, S. 271; MüKo-EUWettbR- Engelsing/Schneider, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 13 f.; Wils, Concurrances 2006, S. 1, 12.

41 Bericht Verwaltungssanktionen, S. 17 m.H. auf: Botschaft steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen, 8514; Bericht zur Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, S. 12 m.w.H.

### *3. Das verwaltungsstrafrechtliche Modell*

#### *a. Zum neuen DSG*

Das totalrevidierte DSG bezweckt, die Vereinbarkeit mit dem europäischen Recht sicherzustellen und ermöglicht, die modernisierte Datenschutzkonvention 108 des Europarats zu ratifizieren. Dies ist für den Wirtschaftsstandort Schweiz wesentlich, damit die EU die Schweiz weiterhin als Drittstaat mit einem angemessenen Datenschutzniveau anerkennt und die grenzüberschreitende Datenübermittlung auch in Zukunft ohne zusätzliche Anforderungen möglich bleibt.<sup>42</sup> Im Folgenden betrachten wir insbesondere die Strafbestimmungen in Art. 60 ff. DSG.

Zwar hatte bereits das alte Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992 („aDSG“) gewisse Strafbestimmungen in Art. 34 und 35 vorgesehen. Die Tatbestände waren jedoch sehr eng formuliert, sodass nur sehr wenige Verstösse gegen das aDSG überhaupt erst potentiell erfasst waren. Da es sich zudem lediglich um Antragsdelikte handelte und einzig Vorsatz strafbar war, waren die Voraussetzungen für eine Strafverfolgung so hoch, dass in den meisten Jahren schweizweit nur eine einstellige Anzahl Strafverfahren geführt wurde.<sup>43</sup> Auch die abschreckende Wirkung von Bussen von maximal CHF 10'000 dürfte im Wirtschaftsbereich beschränkt geblieben sein. In der Literatur wurde das strafrechtliche Regime denn auch als „eher lasch“ bezeichnet.<sup>44</sup>

Das totalrevidierte DSG stellt demgegenüber Verstösse gegen die meisten Pflichten unter Strafe: Verletzung von Informations-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten (Art. 60 DSG), Verletzung von Sorgfaltspflichten (Art. 61 DSG), Verletzung der beruflichen Schweigepflicht (Art. 62 DSG) und Missachten von Verfügungen (Art. 63 DSG). Zudem sind neu deutlich höhere Bussen von bis zu CHF 250'000 bei fehlbaren Personen möglich. Ebenfalls können Unternehmen bei Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben in Anlehnung an Art. 7 des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes – aber mit der

---

42 Kneifl, SJZ 118/2022. S. 1108, Die EU anerkennt das Datenschutzniveau der Schweiz seit dem Jahr 2000.

43 Bundesamt für Statistik, Polizeiliche Kriminalstatistik 2009–2012; BSK aDSG-Niggli/Maeder, Art. 34 N 4.

44 BSK DSG-Mathys/Thomann, Vor Art. 60–66 DSG, N 5.

deutlich erhöhten Maximalbusse von CHF 50'000 – direkt sanktioniert werden.<sup>45</sup>

Nicht verändert hat sich demgegenüber, dass alle Delikte Antragsdelikte und nur deren vorsätzliche Begehung strafbar sind. Dies war im Vorentwurf des Bundesrates noch anders, wonach auch für fahrlässige Begehung Busse bis zu CHF 250'000 und für vorsätzliche Begehung Busse bis zu CHF 500'000 vorgesehen war.

Nach Auffassung des Bundesrates ist damit sowohl den „abschreckenden Sanktionen“ nach Art. 10 des Datenschutzübereinkommens (SEV) 108 und Art. 57 der Schengen-relevanten Richtlinie (EU) 2016/680<sup>46</sup> als auch den Anforderungen für die Äquivalenzanerkennung nach der DSGVO Genüge getan.<sup>47</sup> Letzteres wurde durch die erneute Äquivalenzanerkennung durch die Europäische Kommission Anfangs 2024 bestätigt.<sup>48</sup>

## b. Die Wahl der Verwaltungsstrafen im DSG

Wie bereits erwähnt, ist das verwaltungsstrafrechtliche Modell in der Schweiz die Norm zur Durchsetzung des Wirtschaftsrechts und Verwaltungssanktionen wurden nur punktuell eingeführt, namentlich im Kartellrecht.<sup>49</sup>

Entsprechend ist es nicht weiter erstaunlich, dass der Bundesrat das verwaltungsstrafrechtliche Modell auch bei der Revision des DSG vorgeschlagen hat. Nach Ansicht des Bundesrats wäre es „nicht angemessen“, dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten („EDÖB“) die Befugnis einzuräumen, Verwaltungssanktionen zu verhängen. Diese in anderen Ländern bestehende Möglichkeit widerspricht nach Meinung des Bundesrates der schweizerischen Rechtstradition.<sup>50</sup> Mit anderen Worten argumentiert der Bundesrat im Wesentlichen, dass man sich in der Vergangenheit mehrheitlich mit Verwaltungsstrafen beholfen hat und er am bisherigen Modell festhalten möchte.

45 BSK DSG-Mathys/Thomann, Vor Art. 60–66 DSG, N 7.

46 Botschaft DSG, 7099.

47 BSK DSG-Mathys/Thomann, Vor Art. 60–66 DSG, N 5; Botschaft DSG, 7100.

48 Vgl. Medienmitteilung des Bundesamts für Justiz vom 20.02.2024: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/datenschutz/internationales/angemessenheit-ch.html> (zuletzt abgerufen am 22.5.2025).

49 Bericht Verwaltungssanktionen, S. 2; siehe hierzu auch Ziff. 2 oben.

50 Bericht Vorentwurf DSG, S. 15.

Als weiteres Argument führte der Bundesrat im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf immerhin noch an, dass es vorteilhafter sei, Zuwiderhandlungen im Strafverfahren mit seinen strafprozessualen Garantien zu ahnden. Zudem hätte die Organisation des EDÖB erheblich angepasst und ausgebaut werden müssen, um die Verfahrensgarantien wahren zu können, was erhebliche Kosten verursacht hätte.<sup>51</sup> Gleichzeitig scheint der Bundesrat an der Wirksamkeit seines eigenen Konzept in der Durchsetzung zu zweifeln und bezeichnet es als Alternative zu den Verwaltungssanktionen gerade einmal als „*wirksam genug*“.<sup>52</sup>

In der Vernehmlassung wurde der Ansatz des Bundesrates von „*sehr vielen*“ Teilnehmern kritisiert, die mehrheitlich Verwaltungssanktionen analog der DSGVO forderten. Vorgebracht wurde hierzu insbesondere, dass die strafrechtlichen Sanktionen in erster Linie auf natürliche Personen ausgerichtet seien, während die Unternehmen, die vom DSG als Verantwortliche bzw. Beauftragte erfasst werden, dafür auch direkt strafbar sein müssten. Zudem wurde die mangelnde Kompatibilität mit dem EU-Recht kritisiert. Insbesondere von den Kantonen wurde zudem vorgebracht, dass die Staatsanwaltschaften zusätzliche Kompetenzen mit spezialisierten Mitarbeitern aufbauen müssten und ein schweizweit einheitlicher Vollzug erschwert werde.<sup>53</sup>

Nichtsdestotrotz hielt der Bundesrat in der Vernehmlassungsvorlage unverändert an seinem Konzept fest. Dabei verwies er im Wesentlichen auf dieselben Argumente wie bereits im Bericht zum Vorentwurf und betonte noch stärker das Argument der Verfahrensgarantien, namentlich auch aufgrund des Fehlens eines kodifizierten Prozessrechts für Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter. Während das Konzept unverändert blieb, wurden freilich die Maximalbussen halbiert und die fahrlässige Strafbarkeit gestrichen, was die Abschreckungswirkung, namentlich im Vergleich zur DSGVO, weiter reduzierte.<sup>54</sup>

Im Parlament führte das Sanktionskonzept erneut zu Diskussionen. Das Parlament hat sich letztlich zwar für den vom Bundesrat vorgeschlagenen verwaltungsstrafrechtlichen Weg entschieden<sup>55</sup>, gleichzeitig aber den Bun-

51 Bericht Vorentwurf DSG, S. 83.

52 Bericht Vorentwurf DSG, S. 15.

53 Ergebnisbericht Vernehmlassung DSG, S. 50 f.

54 Botschaft DSG, 6973 f., 7098 f.

55 Vgl. Medienmitteilung der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats („SPK-N“) vom 16.08.2019: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-n-2019-08-16-a.aspx> (zuletzt abgerufen am 22.5.2025).

desrat beauftragt aufzuzeigen, wie ein allgemeines System von pekuniären Verwaltungsanktionen einschliesslich der erforderlichen Verfahrensgarantien im Schweizer Recht eingeführt werden könnte.<sup>56</sup> In diesem Zusammenhang sollte dann noch einmal geprüft werden, inwiefern für Zuwiderhandlungen gegen das DSG allenfalls doch pekuniäre Verwaltungsanktionen einzuführen seien.<sup>57</sup>

Der daraufhin vom Bundesrat veröffentlichte Bericht vom 23. Februar 2022 inventarisiert den aktuellen Bestand an pekuniären Verwaltungsanktionen im Schweizer Recht und analysiert die anwendbaren Garantien einschliesslich unter dem übergeordneten Recht detailliert.<sup>58</sup> Dieser stellt somit die Grundlage für eine etwaige künftige Einführung pekuniärer Verwaltungsanktionen im DSG dar, was in Lehre und Praxis weiterhin teilweise gefordert wird.<sup>59</sup> Der Bundesrat hat auf Grundlage des Berichts allerdings beschlossen, dass er derzeit keinen solchen Anpassungsbedarf im Schweizer Recht sieht.

### c. Praktische Überlegungen zu den Verwaltungsstrafen im DSG

Vor diesem Hintergrund möchten wir nun ausgewählte praktische Auswirkungen der Wahl der Verwaltungsanktionen im DSG beleuchten, insbesondere mit Blick auf die Digitalwirtschaft.

#### i. Verfahrensgarantien

Wie bereits ausgeführt, liegt ein grosser Vorteil der Verwaltungsstrafen in der Wahrung der Verfahrensgarantien. Wie der Bundesrat in seinem Bericht von 2022 detailliert ausführt, sind diese für das Strafverfahren im Strafprozessrecht und in der zahlreichen Rechtsprechung abgesichert, während für das Verwaltungsverfahren mit pönalem Charakter kein eigent-

---

56 Postulat Nr. 18.4100 der SPK-N vom 01.11.2018: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20184100> (zuletzt abgerufen am 22.5.2025).

57 Vgl. Medienmitteilung der SPK-N vom 16.08.2019: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-n-2019-08-16-a.aspx> (zuletzt abgerufen am 22.5.2025); Untersuchung EDÖB zu Art. 51 DSG N 1.

58 Vgl. Bericht Verwaltungssanktionen.

59 BSK DSG-Mathys/Thomann, Vor Art. 60–66 DSG, N 19 f.; Untersuchung EDÖB zu Art. 51 DSG N 1.

liches kodifiziertes Prozessrecht existiert und sich die Rechtsprechung im Wesentlichen auf das Kartellgesetz beschränkt.<sup>60</sup> Gerade aus Sicht der Rechtsunterworfenen und letztlich auch für die Akzeptanz der Entscheide ist dies in einem Rechtsstaat entscheidend.

Auch in praktischer Hinsicht ist zudem zu berücksichtigen, dass die Einhaltung der strafprozessualen Garantien für die Strafbehörden zum Kern ihrer Tätigkeit, quasi zum „daily business“ gehört. Demgegenüber sind Fachbehörden primär im Verwaltungsverfahren ohne pönalen Charakter, d.h. ohne entsprechende Anwendung strafprozessualer Garantien, unterwegs. Wie auch der Bundesrat für den EDÖB ausgeführt hat, müssten die entsprechenden Fähigkeiten und Kapazitäten unter entsprechenden Kostenfolgen erst aufgebaut werden.<sup>61</sup> Hinzu kommt noch die praktische Schwierigkeit, dass Verfahren mit und ohne pönalen Charakter strikt getrennt behandelt werden müssen, was im Verfahrensalltag durchaus Schwierigkeiten bereiten kann.

## ii. Fachkompetenz & Spezialwissen

Geradezu umgekehrt zu den Verfahrensgarantien verhält es sich bei der Fachkompetenz und dem fachspezifischen Spezialwissen der Behörden. Hier sind Fachbehörden wie der EDÖB klar im Vorteil: Sie können ihre Fachkompetenz über alle Verfahren hinweg akkumulieren und ausspielen und sind so besser gerüstet, auch komplexe Sachverhalte der Digitalwirtschaft zu erfassen und korrekt zu beurteilen. Demgegenüber müssen diese Kompetenzen bei den Staatsanwaltschaften mit dem Inkrafttreten des DSG erst aufgebaut werden. Dass diese Kompetenzen kantonale aufgebaut werden müssen, erschwert dies zusätzlich – was denn auch einer der wesentlichen Kritikpunkte der Kantone in der Vernehmlassung war.<sup>62</sup>

Auch ist in praktischer Hinsicht fraglich, welche Bedeutung die kantonalen Staatsanwaltschaften den weiterhin nicht besonders zahlreichen Verfahren nach DSG im Verhältnis zu den jährlich über 38'000 Urteilen nach StGB und gar über 52'000 Urteilen nach Strassenverkehrsgesetz (SVG)<sup>63</sup> beimessen werden. Wenig ermutigend in dieser Hinsicht ist, dass viele Kan-

---

60 Bericht Verwaltungssanktionen, S. 113.

61 Botschaft DSG, 7099.

62 Botschaft DSG, 6977.

63 <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz.html> (zuletzt abgerufen am 22.5.2025).

tone alle Bussenverfahren unabhängig von der Höhe der etwaigen Busse regelmässig an Sachbearbeiter delegieren, d.h. die DSG-Verfahren gar nicht erst durch Staatsanwälte beurteilt werden.<sup>64</sup>

Vor diesem Hintergrund erschiene es nach hier vertretener Auffassung sinnvoller, die Fachkompetenz zur Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen das DSG zentralisiert in einer Behörde aufzubauen, anstatt dies in 26 Kantonen zu tun. In einem Umfeld, wo sich neue Technologien und die Möglichkeiten der Bearbeitung von Personendaten rasend schnell entwickeln, derzeit z.B. unter dem Stichwort künstliche Intelligenz, dürfte dies auch die Nachteile überwiegen, dass wie dargelegt in dieser Behörde parallel die entsprechenden Kompetenzen im Bereich der Verfahrensabläufe aufgebaut werden müssten.

### iii. Abschreckungswirkung

Schwierig zu beurteilen ist die abschreckende Wirkung von Sanktionen, obwohl gerade diese z.B. vom europäischen Datenschutzrecht ausdrücklich verlangt wird. Der Bundesrat weist in seinem Bericht von 2022 gar darauf hin, dass der Nachweis der abschreckenden Wirkung von Strafbestimmungen bis heute nicht erbracht sei.<sup>65</sup> Die strafrechtliche Literatur geht teilweise so weit zu sagen, dass es „als erwiesen gelte, dass härtere Strafen nicht zu weniger Kriminalität führen“.<sup>66</sup> Demgegenüber dürfte die Wahrscheinlichkeit, dass es überhaupt zu einem Strafverfahren kommt, das heisst das vermutete Entdeckungsrisiko, mehr zur Prävention beitragen.<sup>67</sup> Zur Abschreckung sind daher sowohl die Wahrscheinlichkeit überhaupt bestraft zu werden, als auch die Höhe der potentiellen Strafe anzuschauen.

---

64 Vgl. anstatt vieler Art. 13 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung (EG-STPO) des Kantons St. Gallen.

65 Bericht Verwaltungssanktionen, S. 17 und Fn. 41.

66 BSK StGB-Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 82, 82c, m.H. auf: Niggli/Maeder, AJP 04/2011, S. 443, 448; Wiprächtiger, Anwaltsrevue 11/12I2014, S. 477, 483; Wiprächtiger/Spahni, Schnelfahren und Strafzumessung, S. 12, 19; Wiprächtiger/Spahni, forumpoenale 1/2017, S. 60 f.; s. dazu auch Alder, Diss., S. 25 ff. m. w. Hinw.; vgl. ferner das Votum Nationalrat Fluri, Amtliches Bulletin Nationalrat 2009, 1002: «Generell möchten wir aber davor warnen, sich der Illusion hinzugeben, dass härtere Strafen zu weniger Kriminalität führen. Diese Meinung ist empirisch ganz klar widerlegt».

67 Jositsch /Ege/Schwarzenegger, S 1, 18.

Die Wahrscheinlichkeit, für eine Zuwiderhandlung bestraft zu werden, setzt sich aus verschiedenen Faktoren zusammen, z.B. Fachkompetenz und Ressourcen der zuständigen Behörde, dem anwendbaren Prozessrecht etc., wobei wir namentlich die Fachkompetenz der zuständigen Behörde bereits analysiert haben. An dieser Stelle sei daher insbesondere noch auf die Frage des Verschuldens hingewiesen: Während Verwaltungssanktionen grundsätzlich verschuldensunabhängig sind und nach der Rechtsprechung eine blossе Vorwerfbarkeit genügt, ist für Verwaltungsstrafen immer ein Verschulden im Sinne des Strafrechts erforderlich. In der Folge ist die Hürde für eine Sanktion im Verwaltungsstrafrecht erheblich höher, zumal die Zurechenbarkeit der Verantwortlichkeit im Innenverhältnis in einem Unternehmenskontext, v.a. grossen, internationalen Unternehmen, erheblich erschwert ist.<sup>68</sup> Durch den Verzicht auf die Strafbarkeit der fahrlässigen Begehung im DSG nach der Vernehmlassung, wurde dabei innerhalb des Rahmens der Verwaltungsstrafen die Hürde für die Strafverfolgung noch einmal angehoben. Praktisch dürfte sich die Strafbarkeit nach DSG somit in einem sehr engen Rahmen bewegen. Gerade in grossen Organisationen mit teilweise unklaren Verantwortlichkeiten – bewusst oder unbewusst – dürfte es so kaum je gelingen, ein Verschulden im Sinne des Strafrechts nach strafprozessualen Grundsätzen nachweisen zu können. Die Fallzahlen unter den Straftatbeständen des aDSG blieben denn auch verschwindend gering<sup>69</sup> und unter Berücksichtigung aller Faktoren dürften diese unter dem neuen DSG auf niedrigem Niveau bleiben.<sup>70</sup> Die überaus hohe Hürde für eine Verurteilung wird auch von den ersten Gerichtsentscheiden unter dem neuen DSG gestützt, wobei auch die mangelnde Klarheit der Strafnormen als eine weitere Hürde bemängelt wird.<sup>71</sup> Die Aufklärungswahrscheinlichkeit dürfte somit noch einmal deutlich unter den für das Kartellrecht geschätzten 20–30 % liegen.

Das zweite Faktor ist, wie erwähnt, die Höhe der in Frage stehenden Busse. Diese erscheinen unter dem DSG mit maximal CHF 250 000 gegenüber der DSGVO mit Bussen bis zu € 20 Mio. bzw. im Fall eines Unternehmens bis zu 4 % des weltweiten Jahresumsatzes geradezu gering.<sup>72</sup> Während

68 Bericht Verwaltungssanktionen, Ziff. 4.3 ff. (S. 37 ff.).

69 BSK DSG-Mathys/Thomann, Vor Art. 60–66 DSG, N 9.

70 vgl. Rosenthal/Gubler, SZW/RSDA 01/2021, S. 52, 59; Rosenthal, Jusletter 11/ 2020, S. 70; BSK DSG-Mathys/Thomann, Vor Art. 60–66 DSG N 9.

71 Vgl. <https://datenrecht.ch/cour-de-justice-ge-strafbarkeit-wegen-verletzung-der-datensicherheit-maximal-bei-offensichtlichen-faellen/>.

72 Vgl. BSK DSG-Mathys/Thomann, Vor Art. 60–66 DSG, N 15.

sich die strafrechtlichen Bussen nach DSG, unter Vorbehalt der sehr eingeschränkten Unternehmensstrafbarkeit, gegen die verantwortliche natürliche Person richten, zielen die verwaltungsrechtlichen Bussen unter der DSGVO auf das Unternehmen.<sup>73</sup> Teilweise wird in dieser Hinsicht eine höhere Abschreckungswirkung vermutet, da die (potentielle) Strafe direkt die natürliche Person trifft, einschliesslich Eintrag im Strafregister.<sup>74</sup> Ebenfalls wird darauf verwiesen, dass Bussen, gerade auch im Bereich Datenschutz, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts höchstpersönlicher Natur sind und daher im Grundsatz weder vom Unternehmen übernommen noch versichert werden können, sodass sich ihre Abschreckungswirkung voll entfalte.<sup>75</sup>

Selbst wenn der präventive Charakter persönlicher Sanktionen höher sein mag, dürfte das Element der schwierigen Zurechenbarkeit und der daraus resultierenden erschwerten Verfolgbarkeit in den meisten Fällen – jedenfalls in grossen, internationalen Organisationen – überwiegen. Hinzu kommt, dass der rationale Verwaltungsrat oder CEO für nicht versicherbare Risiken eine höhere Risikoprämie – sprich Lohn – fordern müsste, was den präventiven Charakter von persönlichen pekuniären Sanktionen weiter in Frage stellt. Ohnehin stellt sich die grundsätzliche Frage, ob für Zuwiderhandlungen gegen auf Unternehmen anwendbare Regeln die regelmässig durch Gremien und Hierarchien und nicht durch einzelne verantwortliche Personen handeln, persönliche Sanktionen überhaupt der richtige Anknüpfungspunkt sind.

#### 4. Schlussfolgerungen

Die Schweiz setzt für die Durchsetzung ihrer wirtschaftsrechtlichen Vorschriften – das Kartellrecht ausgenommen – grossmehrheitlich auf Verwaltungsstrafen. Die Vorteile liegen dabei klar auf der Hand: Das strafprozessuale Verfahren ist bekannt und erprobt und die Einhaltung der Verfahrensgarantien ist organisatorisch wie rechtlich sichergestellt. Ebenso klar sind aber die Nachteile: Für die Strafbehörden, die heute oft ausgelastet

---

73 BSK DSG-Mathys/Thomann, Vor Art. 60–66 DSG, N 14; Rosenthal/Gubler, SZW/RSDA 01/2021 S. 53.

74 Jedenfalls wenn die Busse CHF 5000 überschreitet, Art. 18 Abs. 1 lit. c Strafregistergesetz (StReG).

75 BSK DSG-Kunz, Art. 64 N 68; BGE 86 II 71; 134 III 59 E. 2.3.2; 115 II 72 E. 3b. Vgl. auch Mathys.

oder gar überlastet sind, sind die Fragestellungen komplexer Wirtschaftsverhältnisse schwer zu bewältigen, was letztlich zu einer niedrigeren Entdeckungswahrscheinlichkeit führt, zumal die entsprechenden Fähigkeiten und Ressourcen noch kantonal aufgebaut werden müssen. Hinzu kommt die Schwierigkeit der Zurechenbarkeit, vor allem in komplexen, internationalen Organisationen, und damit die hohe Hürde bei der Beweisführung betreffend Vorsatz.

Die Nachteile manifestieren sich besonders im Datenschutzrecht, wo die kantonalen Staatsanwaltschaften Mühe bekunden die komplexen technischen Fragestellungen der Digitalwirtschaft, auch z.B. durch neue Technologien wie künstlicher Intelligenz, zu bewältigen. Ebenso stellt sich hier die Frage der Zurechenbarkeit in Anbetracht globaler Technologieunternehmen und zunehmend autonomer Systeme in zugespitzter Form. Die bloss unbesehene Übertragung des Verwaltungssanktionsmodells nach dem Vorbild des Schweizer oder EU Kartellrechts auf die Digitalwirtschaft (etwa den DMS oder DSA) riskiert die dogmatischen Unzulänglichkeiten des Modells als Altlast in das digitale Zeitalter zu übertragen.

Vor diesem Hintergrund ist auch interessant, dass die Diskussionen im Kartell- und im Datenschutzrecht teilweise in entgegengesetzte Richtungen laufen: Während im Kartellrecht zum Teil gefordert wird, zusätzlich auch ein strafrechtliches Element einzubauen, wird im Schweizer Datenschutzrecht gefordert, dem EDÖB die Kompetenz zu Verwaltungssanktionen zu erteilen. Dabei wird mit oft mit demselben Argument, der Abschreckungswirkung, gearbeitet, wobei im Datenschutzrecht auch weitere Argumente wie internationale Kompatibilität und Spezialwissen der Behörde eine Rolle spielen.

Die derzeit wohl interessanteste Debatte zur Einführung von Verwaltungssanktionen in der Schweiz findet jedoch im Finanzmarktrecht statt: Mit dem Zusammenbruch der Credit Suisse stellt sich der Schweizer Gesetzgeber einmal mehr die Frage, ob für die eidgenössische Finanzmarktaufsicht („FINMA“) Verwaltungssanktionen eingeführt werden sollen. Bislang hatte der Gesetzgeber dies, analog zum Datenschutzrecht, immer wieder abgelehnt.<sup>76</sup> Ein von den Behörden bestelltes Rechtsgutachten empfiehlt die Einführung von Verwaltungssanktionen in Analogie zum Kartell-

---

76 Siehe z.B. das Postulat Nr. 13.4106 vom 09.12.2013, eingereicht von alt Ständerat Markus Stalder: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20134106> (zuletzt abgerufen am 22.5.2025).

recht.<sup>77</sup> Die politische Debatte ist derzeit noch im vollen Gange, aber in Anbetracht des öffentlichen Druckes auf der too-big-too-fail Problematik im Nachgang zum Untergang der Credit Suisse, dürften die Befürworter von Verwaltungssanktionen gute Chancen haben. Der Bundesrat hat denn auch kürzlich eine entsprechende Motion zur Annahme empfohlen<sup>78</sup>, welche in der Folge auch vom Parlament angenommen wurde.

Im Rahmen der Arbeiten zur Einführung von Verwaltungssanktionen im Finanzmarktrecht sind die Fragen zum Verfahren und den entsprechenden Verfahrensgarantien zu klären. Damit wäre dann die Grundlage geschaffen, Verwaltungssanktionen auch in anderen Rechtsgebieten, namentlich im Datenschutzrecht, einzuführen, zumal wohl auch nicht mehr mit ihrer fehlenden Verbreitung im Schweizer Recht argumentiert werden könnte. Es scheint daher wahrscheinlich, dass eine etwaige Einführung von Verwaltungssanktionen im Finanzmarktrecht mittelfristig die Diskussion im Datenschutzrecht erneut aufbringt. Damit stellen sich dann aber neue bzw. alte Fragen: Treten Verwaltungssanktionen zu den Strafbestimmungen hinzu oder ersetzen sie diese? Wird dadurch auch die Diskussion um die Kumulation von Verwaltungssanktionen und Verwaltungsstrafen angeheizt? Die Zeiten bleiben spannend.

### *Literaturverzeichnis*

Zitierweise: Die nachfolgenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autoren, der Autorin oder der Autoren sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

Alder Markus: Die Strafzumessungsrichtlinien der USA in ihrem Kontext mit Plea Bargaining, Dissertation, Frankfurt am Main 2001 (zit. Alder, Diss).

Blechta Gabor P./Vasella David (Hrsg.): Basler Kommentar („BSK“) Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4. Auflage, Basel 2024

(zit. BSK DSG-Bearbeiter/In, Art.\_N.\_).

Blechta Gabor/Maurer-Lambrou Urs (Hrsg.): Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Auflage, Basel 2014

(zit. BSK aDSG-Bearbeiter/In, Art.\_N.\_).

Bohrer Andreas: „Better Regulation im Wirtschaftsrecht, Anregungen an den Gesetzgeber in der Schweiz“, in: Das Aktienrecht im Wandel, Festschrift zum 50. Geburtstag von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, S. 109 ff.

---

77 Rechtsgutachten pekuniäre Verwaltungssanktionen im Finanzmarktrecht.

78 Siehe Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der PUK CS, Motion Nr. 3, S. 34.

- Gaberthuel Tino, „Verstraftlichkeit“ der Wirtschaft nimmt zu. Das verschärfte Korruptionsstrafrecht fordert Unternehmen und Verwaltungsräte, in: Finanz und Wirtschaft („FUW“) vom 24. März 2016, Nr. 23, S. 13 abrufbar unter: <https://www.fuw.ch/article/verstraftlichkeit-der-wirtschaft-nimmt-zu/> (zuletzt abgerufen am 22.05.2025). (zit. Gaberthuel, „Verstraftlichkeit“ der Wirtschaft)
- Jany Oliver, Legitimationsdefizite im europäischen Kartellermittlungsverfahren, Duncker & Humblot, Berlin, 2025 (zit. Jany, Legitimationsdefizite).
- Jositsch Daniel/Ege Gian/Schwarzenegger Christian: Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, in: Daniel Jositsch (Hrsg.), Zürcher Grundrisse des Strafrechts, Zürich 2018.
- Mathys Roland: „DSGVO-Sanktionen – ein Fall für die Versicherung?“, abrufbar unter <https://www.swissict.ch/dsgvo-sanktionen-ein-fall-fuer-die-versicherung/> (zuletzt abgerufen am 22.05.2025).
- Montag Frank /Säcker Franz Jürgen/Bien Florian/Meier-Beck Peter (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (**„MüKo-EU-WettbR“**), Band 1, München 2022, (zit. MüKo-EUWettbR- Bearbeiter/in, Art. \_\_, Rn. \_\_).
- Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan: Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, in: Aktuelle Juristische Praxis (**„AJP“**), 04/2011, S. 442 ff.
- Niggli Marcel Alexander /Wiprächtiger Hans (Hrsg.): Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-Bearbeiter/In Art. \_ N.\_)
- Rosenthal David: Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16. November 2020
- Rosenthal David/Gubler Seraina: Die Strafbestimmungen des neuen DSG, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (**„SZW/RSDA“**) 01/2021, S. 52 ff.
- Sherin Kneifl: Ab 1. September 2023 gilt ein neues Datenschutzrecht, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (**„SJZ“**) 118/2022 S. 1108 ff.
- Strasser Othmar, Strafrechtliche Verantwortung des Unternehmensjuristen einer Schweizer Bank, in: Monti Mario et al. (Hrsg.), Economic Law and Justice in Times of Globalisation, Festschrift for Carl Baudenbacher, Baden-Baden/Wien/Bern 2007, 749 ff.
- Wagner -von Papp Florian: Kriminalisierung von Kartellen, in: Wirtschaft und Wettbewerb (**„WuW“**) 60/2010, S. 268 ff.
- Wils Wouter P.J.: **Is criminalization of EU competition law the answer?**, in: *Concurrences*, Competition law review, Februar 2006.
- Wiprächtiger Hans: Revisionen des Strafgesetzbuches - (insbesondere des Sanktionenrechts) unnötig, unwirksam, unübersichtlich, in: Anwaltsrevue/Revue de l'avocat, Heft Nr. 11/12/2014, S. 477 ff. (zit. Wiprächtiger, Anwaltsrevue 11/12/2014).
- Wiprächtiger Hans/Spahni Sara: Schnelfahren, Fahren in angetrunkenem Zustand und Strafzumessung, in: Strassenverkehr, interdisziplinäre Zeitschrift 2017, S. 12 ff. (zit. Wiprächtiger/Spahni, Schnelfahren und Strafzumessung).

Wiprächtiger Hans/Spahni Sara: Rezension Leitfaden Strafzumessung Hans Mathys, in: *forumpoenale* 1/2017, S. 60 ff (zit. Wiprächtiger/Spahni, *forumpoenale* 1/2017).

## Materialienverzeichnis

Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission („**PUK**“) vom 17. Dezember 2024 bezüglich Geschäftsführung der Bundesbehörden im Kontext der CS-Krise, vom 20. Dezember 2024; BBl 2025 516 ff.

(zit. Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der PUK CS).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter („**EDÖB**“), Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften durch den EDÖB, Anwendung von Art. 49 – 53 des revidierten Datenschutzgesetzes vom 1. Oktober 2024

(zit. Untersuchung EDÖB zu Art. \_\_, N.\_\_).

Rechtsgutachten über pekuniäre Verwaltungssanktionen im Finanzmarktrecht von Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, Rechtsanwältin, zu Händen des Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen vom 10. November 2023, abrufbar unter:

<https://www.bratschi.ch/assets/content/files/publikationen/Rechtsgutachten-pekuniäre-Verwaltungssanktionen.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.05.2025) (zit. Rechtsgutachten pekuniäre Verwaltungssanktionen im Finanzmarktrecht).

Änderung des Strafgesetzbuches (Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe), Erläuternder Bericht des Bundesrates zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 2. Juni 2023 (zit. Bericht zur Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 Staatspolitische Kommission des Nationalrats („**SPK-N**“) vom 1. November 2018: Pekuniäre Verwaltungssanktionen vom 23. Februar 2022, BBl 2022 776 ff. (zit. Bericht Verwaltungssanktionen).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz („**DSG**“) und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941ff. (zit. Botschaft DSG).

Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10. August 2017 (zit. Ergebnisbericht Vernehmlassung DSG).

Erläuternder Bericht des Bundesrats zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21. Dezember 2016 (zit. Bericht Vorentwurf DSG).

Botschaft zum Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen vom 16. November 2016, BBl 2016 8503 ff. (zit. Botschaft steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen).

Bericht des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements zuhanden der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats in Erfüllung des Ordnungsantrages Schweiger vom 21./22. Juni 2010: Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Kartellrecht vom 16. August 2010 (zit. Bericht Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Kartellrecht).