

Muster-Freizeichnung einer Busse

Arbeitsvertragliche «Freizeichnung» einer Busse wegen Verstoss gegen Datenschutzrecht

Verfasser:in Hans-Ulrich Zürcher, Yann Golay

Datum 12.01.2023

Artikel 60 bis 64 des totalrevidierten Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020 (nachfolgend: nDSG) sehen die Bezahlung von Bussen bei vorsätzlicher Verletzung von Informations-, Auskunfts- und Mitwirkungs- oder Sorgfaltspflichten sowie bei Verletzung der beruflichen Schweigepflicht oder bei Missachtung von Verfügungen von Behörden vor. In dieser Hinsicht kann es sich als sinnvoll erweisen, eine Regel vertraglich festzulegen, die die Bezahlung der entsprechenden Busse durch die betroffene Institution/Struktur für Menschen mit Unterstützungsbedarf (Arbeitgeber) für den/die Arbeitnehmende:n vorsieht – also eine faktische Freizeichnung für den/die Arbeitnehmer:in. Eine solche Vereinbarung ist zulässig.¹ Konkret geht es darum, den Arbeitsvertrag mit einem kurzen Passus zu ergänzen.

Zweck einer solchen «Freizeichnung» ist, dass Angestellte von der Übernahme Datenschutzaufgaben wegen der im nDSG vorgesehenen Strafandrohungen (Bussen) nicht abgeschreckt werden, sondern das nötige vertrauensbildende Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Angestellten gestärkt wird.

Nur vorsätzliche Verletzungen des DSG stehen unter Strafandrohung. Darunter fallen wohl auch bewusste Fahrlässigkeit («es wird schon nichts passieren.») sowie Eventualvorsatz («mir doch egal, falls es passiert»). Gerade und nur für diesen Fall dürfte sich eine arbeitsvertragliche Freizeichnung durch den Arbeitgeber rechtfertigen. Hingegen muss bei klar absichtlichem Handeln («das soll so passieren» oder bei direktem Vorsatz («das dürfte schon passieren») allein der/die Arbeitnehmer:in für sein/ihr Handeln die Verantwortung tragen – und deswegen von einer Freizeichnung keinen Vorteil ziehen können.

In der Praxis ist es denkbar, dass nebst den Datenschutzverantwortlichen auch weitere Mitarbeitende einem Bestrafungs-Risiko ausgesetzt sind; dies hängt von den innerbetrieblichen Aufgabenzuteilungen ab. Insofern muss letztlich jede Institution/Struktur für Menschen mit Unterstützungsbedarf selber beurteilen, welchen Mitarbeitenden sie eine vertragliche Freizeichnung gewähren will.

¹ Es ist grundsätzlich strafrechtlich zulässig, Angestellte von einer Strafe faktisch zu entbinden, indem vertraglich festgehalten wird, dass die finanziellen Konsequenzen der Verhängung einer Busse wegen Datenschutzverletzungen vom Arbeitgeber – und nicht vom / von der Angestellten – übernommen (bezahlt) werden: Die strafrechtliche Natur der betroffenen Sanktionen stellt sich nicht in den Weg. Auch arbeitsrechtlich ist kein Hindernis in diesem Zusammenhang zu erkennen: Arbeitsrechtliche Bestimmungen (insbesondere die Haftungsregelung gemäss Artikel 321e OR, soweit hier überhaupt relevant) werden damit zu Gunsten der Arbeitnehmenden abgeändert, weshalb sich auch keine Probleme mit Art. 362 OR ergeben. Eine solche Vereinbarung ist aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit zulässig. Auch gegenüber Artikel 64 Absatz 2 nDSG i.V.m. Artikel 7 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) ist diese Lösung unproblematisch, weil diese Bestimmungen nicht die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer:in betreffen, sondern sich auf die Regelung des Verhältnisses zwischen dem Staat und dem betreffenden Unternehmen bzw. den für dieses handelnden Personen beschränken.

ARTISET

Die Situation von Auftragsbearbeitenden² ist anders gelagert, weil Auftragsbearbeitende selbst entscheiden, wie sie sich bzw. ihren Betrieb organisieren, um den Auftrag zu erfüllen. Insofern sind sie auch primär für ihr Handeln verantwortlich bzw. auch in erster Linie strafbedroht. Falls eine Institution Auftragsbearbeitende für ihr Strafrisiko «freizeichnen» will, ist dies ihr freier Entscheid. Diesfalls kann ein entsprechender Passus in die Regelung des Auftragsverhältnisses aufgenommen werden.

Musterformulierung für eine «Freizeichnungs-Regelung»:

Der Arbeitgeber verpflichtet sich, dem Arbeitnehmer / der Arbeitnehmerin eine ihm/ihr persönlich auferlegte Busse wegen Verletzung von Bestimmungen des Datenschutzgesetzes zurückzuerstatten, falls die Bestrafung aufgrund von Eventualvorsatz oder bewusster Fahrlässigkeit erfolgte; ausgeschlossen ist die Rückerstattung bei absichtlichem Handeln oder bei direktem Vorsatz des Arbeitnehmers / der Arbeitnehmerin. Die Arbeitgeberin verpflichtet sich zudem, dem Arbeitnehmer / der Arbeitnehmerin die damit verbundenen Verfahrens- und Strafverteidigungskosten zu ersetzen.

Falls die Verhältnisse zwischen der Institution/Struktur und dem/der Datenschutzbeauftragten durch einen Mandatsvertrag (Art. 394ff. OR) und nicht durch einen Arbeitsvertrag (Art. 319ff. OR) geregelt sind, müssen die Begriffe «Arbeitgeber» und «Arbeitnehmer:in» durch die Begriffe «Auftraggeber» und «Beauftragte:r» ersetzt werden.

² Auftragsbearbeitende gemäss Artikel 5 Buchstaben k und Artikel 9 nDSV.