

Rechtslage bezüglich Datenhaltung in der Schweiz

Referat von Markus Spielmann, Rechtsanwalt und Notar im Rahmen des Solution Circle IT-Lösungen (Steffen Informatik AG).

- Mittwoch, 19.11.2008, UBS Ausbildungs- und Konferenzzentrum Basel
 - Donnerstag, 27.11.2008, Villa Boveri, Baden
-

I. Begrüssung & Einleitung

Folie 1. Aufbau des Vortrags.

Zwei drei Sachverhalte als Beispiele aus dem Anwaltsalltag, zur praktischen Relevanz der Fragen.

II. Übersicht über die Regeln zur Aufbewahrungspflicht **(Folie 2)**

Sie konnten der Einladung entnehmen, das Thema meines heutigen Vortrages ist, Ihnen eine Übersicht über die Rechtslage und Gesetzgebung zu verschaffen, in Bezug auf die Aufbewahrungspflicht geschäftsrelevanter Daten. Ich werde dabei nicht zuletzt auf die Voraussetzungen und Pflichten bei IT-Lösungen eingehen.

Mein Ziel ist es, dass Sie sich ein Bild über Ihre Aufbewahrungspflichten machen können und eine Idee davon haben, welche Bedeutung diese aus der Sicht eines Juristen hat.

Die Regelungen zur Aufbewahrungspflicht sind vielfältig. Grundsätzlich spricht man bei der Aufbewahrungspflicht von geschäftsrelevanten Unterlagen von den privatrechtlichen Regelungen des **Obligationenrechts**. Diese sind allerdings nur sehr allgemein gehalten – ich komme später im Detail darauf zu sprechen.

Neben dieser Norm oder besser ergänzend dazu gibt es die **Verordnung über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher** (GeBüV, SR 221.431), welche am 1. Juni 2002 in Kraft getreten ist. Diese verfeinert die obligationenrechtliche Regel – dies auf

relativ aktuellem Stand. Auch dieses Gesetz ist eher vage formuliert, um mit der Entwicklung Schritt halten zu können.

Weitere Aufbewahrungspflichten statuieren das Steuerrecht, insbesondere das **Mehrwertsteuergesetz** (MWSTG). Aber auch strafrechtliche Bestimmungen gibt es, sie finden sich im **Strafgesetzbuch**. Am Rande könnte auch das **Datenschutzgesetz** tangiert werden und Normen enthalten – in diesem Bereich wird die Sache aber zu ausufernd. Denn Datenbanken und Regelungen über Datenbanken, die gibt es wie Sand vom am Meer (Schengener Abkommen bis zu den Milchsubventionen, Sport, Register über Medizinalberufe usw. usf.).

Abschweifen wollen wir nicht, wir halten uns im Weiteren strikte an die Pflichten für Unternehmerinnen und Unternehmer zur Aufbewahrung von Geschäftsbüchern.

III. Wer ist aufbewahrungspflichtig (Folie 3)

Wer ist also von einer Aufbewahrungspflicht betroffen?

- Eintragungspflicht im Handelsregister
 - Handelsgesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, AG, GmbH)
 - Betrieb eines Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe mit Umsatz ab CHF 100'000.00
 - (Unabhängig vom Umsatz: Geld-, Wechsel-, Effekten-, Börsen- und Inkassogeschäfte; Kommissionäre, Agenten oder Makler-, Treuhand- und Sachwaltergeschäfte; Vermittlung von Nachrichten; Versicherungen)
- Andere, bei besonderer Notwendigkeit

Mit der besonderen Notwendigkeit ist nicht primär eine rechtliche, sondern eine faktische Aufbewahrungspflicht gemeint. Diese betrifft die Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen z.B. als Arbeitsgrundlage und zu Beweis Zwecken. Es gibt zudem auf freie Berufe, die nicht zwingend im HR erscheinen, aber trotzdem von einer (gesetzlichen oder Sorgfaltspflicht) Aufbewahrungspflicht betroffen sind (vgl. z.B. BGE 125 IV 17).

Gesetzlich gilt die aufgeführte Regelung des Art. 957 OR (s. Folie).

IV. Umfang der Aufbewahrungspflicht: Was muss aufbewahrt werden? (Folie 4)

Wenn Sie also nicht unter die auf der vorherigen Folie aufgezählten Unternehmen fallen, sollten Sie trotzdem noch bis zum Ende zuhören. Es kann für jedermann von em-

minenter Bedeutung sein, wichtige Unterlagen aufzubewahren. Das haben Sie bei der Einleitung bereits erfahren.

Was also muss nun aufbewahrt werden?

- Bücher, die nach Art und Umfang des Geschäfts nötig sind, **um die Vermögenslage des Geschäfts, und die Schuld- und Forderungsverhältnisse sowie die Ergebnisse der Geschäftsjahre festzustellen** (Art. 957 OR)
 - Jahresabschluss (Rechnung, Bilanz, Jahresbericht)
 - Geschäftsbücher
 - Buchungsbelege
 - Geschäftskorrespondenz (E-Mails?)
 - Steuerunterlagen (namentlich MWSt)
 - Pflicht der Revisionsstelle (Art. 730c OR)

Eine besondere Pflicht trifft die Revisionsstelle, die Revisionsunterlagen aufzubewahren. Auch dieser Pflicht kann in elektronischer Form nachgekommen werden.

V. Umfang der Aufbewahrungspflicht: Wie lange? **(Folie 5)**

Grundsatz: 10 Jahre

- Frist beginnt nach Ablauf Geschäftsjahr
- oder nach der Löschung der Gesellschaft

Ausnahme: mindestens 20 Jahre

- Bei Zusammenhang der Unterlagen zu unbeweglichen Gegenständen in Bezug auf die MWSt

Achtung: Die Aufbewahrungspflicht dauert also über das Ende der Gesellschaft hinaus, sei es wegen Konkurs oder wegen Auflösung mit Liquidation.

Hinweis auf BGE 131 IV 56.

VI. Form der Aufbewahrung **(Folie 6 mit 2 Effekten)**

Jetzt kommen wir zum Kern meiner Ausführungen, im Lichte der IT-Solutions:

Zur Frage, **wie** die Geschäftsunterlagen aufbewahrt werden müssen.

Es gibt Unterlagen, die müssen in Papierform und unterschrieben aufbewahrt werden. Es ist dies das Herzstück der Geschäftsunterlagen, nämlich die „Betriebsrechnung und Bilanz“ (Gesetzeswortlaut).

Die übrigen Geschäftsbücher, Buchungsbelege und Geschäftskorrespondenz können auch elektronisch oder in vergleichbarer Weise aufbewahrt werden.

VII. Was darf also elektronisch aufbewahrt werden (Folie 7)?

Auch elektronische Daten sind je nachdem zu sichern und aufzubewahren.

VIII. Übersicht über die Datenbestände (Folie 8)?

Bei der heutigen Datenflut stellt sich vermehrt die Frage, was den nun relevante Geschäftsdaten sind und was nicht. Hier besteht ein gewisser Ermessensspielraum, wobei im Zweifelsfall auf jeden Fall für die Aufbewahrung zu entscheiden ist.

Es ist vielleicht nicht angebracht, die ganze E-Mail Korrespondenz aufzubewahren. Aber E-Mails, welche Aufschluss über die Vermögenslage und vor allem über die Schuld- und Forderungsverhältnisse (Vertragsverhandlungen?) geben, fallen darunter.

Ich empfehle Ihnen zudem – und hier spricht der Anwalt – wichtige Vereinbarungen in jedem Fall in Papierform und im Original aufzubewahren.

IX. Elektronische Aufbewahrung (Folie 9)?

Was müssen Sie beachten, wenn Sie sich entschliessen, Geschäftsunterlagen elektronisch aufzubewahren?

- Aufbewahrung nach den allgemeinen Regeln der elektronischen Aufbewahrung (Verweis auf Fachkreise)
- Keine nachträgliche Abänderbarkeit, ohne dass dies festgestellt werden kann
- Dokumentations- und Aktualisierungspflicht über die Hard- und Software und die Abläufe zur Lesbarmachung; gleiche Aufbewahrungsdauer dieser Dokumentation
- Verfügbarkeit innert angemessener Frist (Zugänglichkeit und Bereitstellung der nötigen Mittel)
- Trennung von Archiv und aktuellen Informationen
- Aufzeichnungspflicht für Zugriffe auf das Archiv

Ich habe einleitend gesagt, dass die Regelungen bis zu einem gewissen Grad vage sind. Das wird hier ersichtlich. Die Verordnung verweist auf die „allgemein anerkannten Regelwerke und Fachempfehlungen zur elektronischen Aufbewahrung.“

Zudem müssen die Daten des Archivs getrennt von den aktuellen Daten aufbewahrt werden. Und sie müssen entweder unabänderbar sein oder Veränderungen müssen rekonstruierbar sein. Zugriffe auf das Archiv müssen erfasst werden.

X. Zulässige Informationsträger (Folie 10)?

Nach dem Gesagten sind die folgenden Informationsträger zulässig:

Art. 9 Zulässige Informationsträger

¹ Zur Aufbewahrung von Unterlagen sind zulässig:

- a. unveränderbare Informationsträger, namentlich Papier, Bildträger und unveränderbare Datenträger;
- b. veränderbare Informationsträger, wenn:
 1. technische Verfahren zur Anwendung kommen, welche die Integrität der gespeicherten Informationen gewährleisten (z.B. digitale Signaturverfahren),
 2. der Zeitpunkt der Speicherung der Informationen unverfälschbar nachweisbar ist (z.B. durch «Zeitstempel»),
 3. die zum Zeitpunkt der Speicherung bestehenden weiteren Vorschriften über den Einsatz der betreffenden technischen Verfahren eingehalten werden, und
 4. die Abläufe und Verfahren zu deren Einsatz festgelegt und dokumentiert sowie die entsprechenden Hilfsinformationen (wie Protokolle und Log files) ebenfalls aufbewahrt werden.

² Informationsträger gelten als veränderbar, wenn die auf ihnen gespeicherten Informationen geändert oder gelöscht werden können, ohne dass die Änderung oder Löschung auf dem Datenträger nachweisbar ist (wie Magnetbänder, magnetische oder magnetooptische Disketten, Fest- oder Wechselplatten, solid state-Speicher).

Es sind dies:

- **unveränderbare Datenträger**
- **veränderbare Datenträger** (mit digitaler Signatur, Zeitstempel, Logfiles etc.)

XI. Pflege der Datensammlung (Folie 11)?

- Hilfsinformationen, Hard- und Software bereit halten sowie Logfiles etc.
- Die Datensammlung muss zugänglich und lesbar sein und bleiben.
- Regelmässige Überprüfung auf Integrität und Lesbarkeit

- Migration ist zulässig: Gewährleistung von Vollständigkeit und Richtigkeit sowie Verfügbarkeit und Lesbarkeit

XII. Übersicht (Folie 12)?

So, langsam kommen wir zum Schluss. Ich möchte noch kurz etwas dazu sagen, was dies für Ihr Unternehmen bedeuten könnte:

Ich habe jetzt lange über die Chancen referiert. Dies haben insbesondere auch die übrigen Referenten, welche Ihnen die Vorzüge und Vorteile Ihrer Produkte gezeigt haben gemacht. Die diesbezügliche Konsequenz für Sie als Unternehmer ist, dass Sie die Abläufe optimieren und die (notwendigen) Archivierungskosten senken können.

XIII. Konsequenzen (Folie 13)?

Der Anwalt sieht sich natürlich veranlasst auch kurz aufzuzeigen, was die Folgen sind, wenn man sich nicht an diese Regeln hält:

Strafbarkeit nach Konkurs: Art. 166 StGB = Vergehen;

Strafbarkeit ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher = Übertretung (Art. 325 StGB).

Neben diesen Folgen sind aber auch weitere denkbar. Zum Beispiel: Bei einer Unternehmensnachfolge, Fusion (Übernahme etc.) empfiehlt es sich für die oder den Übertragenden, sicherzustellen, dass die Aufbewahrung weiterhin gewährleistet ist. Eventuell brauchen auch beide Vertragsparteien Zugang zum Archiv. Praxisbeispiel Architekturbüro mit Plänen etc.

Weitere Beispiele:

Bei diesen Fällen geht es zwar vordergründig um die Führung der Bücher; der Straftatbestand ist aber auch erfüllt, wenn sie nicht zugänglich gemacht werden können.

Fallbeispiel aus der Praxis, Herr B.

Anklageschrift Staatsanwaltschaft Solothurn:

Im Rahmen der Hausdurchsuchung wurden keine Buchhaltungsfragmente gefunden, welche auch nur ansatzweise auf eine ordnungsgemässe Buchhaltung der B. AG schliessen lassen. Gemäss Aussage Herr B. existiere zwar eine Buchhaltung, sie sei

aber im Rückstand. Er könne nicht genau sagen, bis wann verbucht worden sei. Selbst wenn er aber tatsächlich eine Buchhaltung geführt haben sollte, kann von einer ordnungsgemässen Buchführung keine Rede sein....

Sachverhalt aus BGE 96 IV 76 (1970)

Hans Häusler kam 1955 mit Fritz Maurer in Verbindung und ist seither sein ergebener Mitarbeiter. Maurer betreibt seit vielen Jahren eine undurchsichtige Geschäftstätigkeit, wobei er ohne oder mit zweifelhaften Aktiven Gesellschaften gründet, Liegenschaften kauft und verkauft, mit Wechseln und Schuldbriefen handelt, etc. Eine grosse Zahl seiner rund 80 Gesellschaften liess er in Konkurs gehen, nachdem er aus ihnen möglichst viel Nutzen gezogen hatte. Häusler wurde Maurers Strohmann. Er unterschrieb, was Maurer ihm vorlegte, handelte für ihn als vorgeschobener Gesellschaftsgründer, als Verwaltungsrat usw., ohne jemals genauer Bescheid zu wissen oder selbst irgendeinen Einfluss auf die Geschäfte auszuüben. Er bezog weder Lohn noch einen bestimmten Gewinnanteil, sondern erhielt von Maurer immer wieder kleinere und grössere Zuwendungen, woraus er den Lebensunterhalt und die Miete für sich und seine Familie bestritt.

Obwohl Häusler keinen Einfluss auf Maurer hatte und auch die Kenntnisse nicht, um die Bücher zu führen, wurde er verurteilt.

Kein Musikgehör fand auch Herr K. vor Bundesgericht. Ein für heute „passender Fall“ (BGE 117 IV 163).

K. wurde 1990 wegen wiederholter und fortgesetzter Unterlassung der Buchführung (**Art. 166 StGB**) sowie wiederholter und fortgesetzter ordnungswidriger Führung der Geschäftsbücher (**Art. 325 StGB**) zu zwei Monaten Gefängnis bedingt verurteilt.

Das Bundesgericht sagt:

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von **Art. 166 StGB** (Unterlassung der Buchführung). Zur Begründung bringt er im wesentlichen vor, die Unterlassung der Buchführung sei nicht deshalb erfolgt, weil er den Vermögensstand der von ihm geführten Gesellschaften habe verschleiern wollen, sondern weil ihm nach dem Defekt bzw. nach der Wegnahme der die Buchhaltungsdaten speichernden EDV-Anlage durch die Leasinggeberin die finanziellen Mittel für die Fortführung der Buchhaltung gefehlt hätten; er habe aus finanziellen Gründen auch seinen Buchhalter (der zwischen Rücknahme der EDV-Anlage und dem Ende seines Arbeitsverhältnisses die Buchhaltung auf konventionelle Art und Weise weitergeführt habe) nicht ersetzen und auch keinen Treuhänder bezahlen können;

Fazit: machen Sie das seriös und so, dass Sie sich auf das Tagesgeschäft konzentrieren können. Das beruhigt.