

## Aufbewahrung und Archivierung in der Anwaltskanzlei



**WOLFGANG STRAUB**  
Dr. iur., LL.M., Fürsprecher,  
Bern

### Inhaltsübersicht

1. Ein unterschätztes Thema?
2. Ausgangslage
  - 2.1. Interessen der Anwälte
  - 2.2. Interessen der Klienten
  - 2.3. Archivierungsfähige Informationen
  - 2.4. Rechtliche Relevanz der Einordnung
  - 2.5. Aufbewahrung und Archivierung
3. Rechtliche Grundlagen
  - 3.1. Standesrecht
  - 3.2. Kaufmännische Buchführungsvorschriften
  - 3.3. Auftragsrecht
  - 3.4. Steuerrecht
  - 3.5. Datenschutzrecht
  - 3.6. Spezialgesetzgebung
4. Praktische Fragen
  - 4.1. Was muss aufbewahrt und archiviert werden?
  - 4.2. Wann gelten Dokumente als zugestellt?
  - 4.3. Wann beginnt die Aufbewahrungsdauer?
  - 4.4. Aufbewahrungsdauer in konnexen Mandaten
  - 4.5. Wie lange darf aufbewahrt werden?
  - 4.6. In welcher Form sollten Daten archiviert werden?
  - 4.7. Verschlüsselte Dokumente
  - 4.8. Archivierung als Bestandteil des Informationskonzepts
  - 4.9. Trägerschaft der Aufbewahrungspflicht
5. Schlussfolgerungen

### 1. Ein unterschätztes Thema?

Archive riechen nach Staub. Die rechtlichen Aufbewahrungspflichten werden oft als lästig empfunden, weil den Kosten der Archivierung kein quantifizierbarer Nutzen ge-

genüberzustehen scheint. Mit der Zunahme «hybrider» Dossiers, welche sowohl aus digitalen Dokumenten<sup>1</sup> als auch aus Papierakten bestehen, droht zudem die Übersicht über archivierte Fälle verloren zu gehen. Kein Wunder, dass Anwälte sich mit diesem Thema nur ungern befassen.

Bisher gibt es denn auch kaum spezifische Literatur zur Archivierung in Anwaltskanzleien.<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag versucht eine Auslegeordnung der Probleme.<sup>3</sup> Ähnliche Fragen stellen sich übrigens auch für Notare<sup>4</sup>, Patentanwälte<sup>5</sup> und Unternehmensjuristen<sup>6</sup>. In Bezug auf die Grundlagen

Für wertvolle Anregungen und Hinweise danke ich Frau Marina Lerch sowie den Herren Dominik Breitenbach, Dr. Christian Imhof, Beat Lehmann, Christian Leupi, Eric Trachsel und Dr. Fridolin Walther.

<sup>1</sup> Die elektronische Archivierung gewinnt an Bedeutung mit der Einführung elektronischer Urkunden sowie mit der elektronischen Verfahrensabwicklung, welche voraussichtlich 2011 mit den in Kraft tretenden vereinheitlichten Straf- und Zivilprozessordnungen ermöglicht wird. Siehe dazu auch ADRIAN BLÖCHLINGER, Von elektronischen Urkunden zu elektronischen Archiven, *Anwaltsrevue*, 2010, 75–79; JACQUES BÜHLER, Effiziente elektronische Kommunikation mit Gerichten, *Anwaltsrevue* 2009, 304–306. Siehe zum deutschen Recht DIRK LINDLOFF, E-Mail-Kommunikation von Rechtsanwälten mit Mandanten und Gerichten, Marburg 2005.

<sup>2</sup> Siehe immerhin PATRICK MIDDENDORF, Zulässigkeit der digitalen Archivierung sensibler Daten, *ZAV Info* 2/2006, 10–12; PETER K. NEUENSCHWANDER, Elektronische Buchführung und Aufbewahrung, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), *Aktuelle Anwaltspraxis* 2001, Bern 2002, 122 f.

<sup>3</sup> Kürzlich haben wir in unserer Kanzlei selbst ein neues Informations- und Archivierungskonzept erarbeitet. Das Bedürfnis, bisherige Abläufe zu überdenken, ist aus der Einführung elektronischer Dossiers heraus entstanden. Bei der Neugestaltung sind viele Fragen aufgetaucht, an welche wir bisher noch nie gedacht hatten und auf welche es meist an klaren Antworten fehlte. Vielleicht sind die nachfolgenden Überlegungen daher auch für andere Kanzleien hilfreich.

<sup>4</sup> Siehe dazu etwa Art. 18 und 28 des bernischen Notariatsgesetzes sowie Art. 15 ff. der bernischen Notariatsverordnung; § 56 des baselstädtischen Notariatsgesetzes und § 16 ff. der baselstädtischen Notariatsverordnung; Art. 86 ff. der Waadtländer Loi sur le notariat.

<sup>5</sup> Art. 321 Abs. 1 StGB wird neu auf die Patentanwältinnen und Patentanwälte ausgedehnt (siehe dazu das neue Bundesgesetz über die Patentanwältinnen und Patentanwälte vom 20. März 2009, BBl 2009 2013). In Bezug auf Anforderungen an die Aufbewahrung von Dokumenten, welche sich aus dem Berufsgeheimnis ergeben, werden Rechts- und Patentanwälte gleichgestellt.

<sup>6</sup> Ob sich auch Unternehmensjuristen auf das Berufsgeheimnis berufen können, wird seit einiger Zeit kontrovers diskutiert. Siehe dazu MICHAEL PFEIFER, Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen?, *Anwaltsrevue*

des Datenschutzes, der Informationssicherheit<sup>7</sup> und der elektronischen Archivierung<sup>8</sup> muss hier jedoch auf die Spezialliteratur verwiesen werden.<sup>9</sup>

## 2. Ausgangslage

### 2.1. Interessen der Anwälte

Es lohnt sich, vorab einen Blick auf die Interessenlage von Anwältinnen und Anwälten zu werfen. Die Aufbewahrung und Archivierung<sup>10</sup> von Informationen soll insbesondere folgende Funktionen erfüllen:

- Einhaltung *gesetzlicher Aufbewahrungspflichten* (Standesrecht, Geschäftsbücherverordnung, Datenschutz, Mehrwertsteuer etc.)<sup>11</sup>.

2006, 166–170; MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen?, *Anwaltsrevue* 2006, 277–280; MICHAEL PFEIFER, Art. 321 StGB als Grundlage eines uneingeschränkten Anwaltsgeheimnisses – mit Ausführungen zu einem Berufsgeheimnis von Unternehmensjuristen, *Anwaltsrevue* 2006, 331–337; JÖRG SCHWARZ, Anwendung von Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen – einige Gedanken zu einer laufenden Diskussion, *Anwaltsrevue* 2006, 338–341; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, Rz. 1812 mit weiteren Hinweisen; PHILIPPE FUCHS, Der Vorentwurf zum Unternehmensjuristengesetz – unter besonderer Berücksichtigung des Berufsgeheimnisses von Unternehmensjuristen, *AJP/PJA* 2009, 1215–1221. Der Vorentwurf für das Unternehmensjuristengesetz, *BBl* 2009 3147, will die Unternehmensjuristen explizit dem Berufsgeheimnis unterstellen.

<sup>7</sup> Siehe zu den rechtlichen Aspekten der Informationssicherheit generell ROLF H. WEBER/ANNETTE WILLI, IT-Sicherheit und Recht, Grundlagen eines integrativen Gestaltungskonzepts, Zürich/Basel/Genf 2006; WOLFGANG STRAUB, Verantwortung für Informationstechnologie, Gewährleistung, Haftung und Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich/St. Gallen 2008.

<sup>8</sup> Siehe zur elektronischen Archivierung generell JACQUES BEGLINGER/DANIEL BURGWINKEL/BEAT LEHMANN/PETER NEUENSCHWANDER/BRUNO WILDHABER, Records Management; Leitfaden zur Compliance bei der Aufbewahrung von elektronischen Dokumenten in Wirtschaft und Verwaltung mit Checklisten, Mustern und Vorlagen, 2. A., Zollikon 2008; LUKAS FÄSSLER, Records Management, Sorgfaltspflichten für Führungskräfte, Rheinfelden 2006; ROLF H. WEBER, Elektronische Aufbewahrung und Archivierung, recht 2004, 67–77.

<sup>9</sup> Siehe zur Informationssicherheit in Anwaltskanzleien DAVID ROSENTHAL, IT-Sicherheit in der Anwaltskanzlei, *Anwaltsrevue* 2006, 281–288 und 323–330; WOLFGANG STRAUB, Informationssicherheit in der Anwaltskanzlei – eine Checkliste, online verfügbar unter [http://www.advobern.ch/files/Hinweise\\_zur\\_Informationssicherheit\\_in\\_der\\_Anwaltskanzlei.pdf](http://www.advobern.ch/files/Hinweise_zur_Informationssicherheit_in_der_Anwaltskanzlei.pdf); Ein Kurzcheck für Anwälte ist auch unter [www.infolutions.ch/weblaw](http://www.infolutions.ch/weblaw) verfügbar.

<sup>10</sup> Siehe zur Schwierigkeit einer Unterscheidung zwischen der Aufbewahrung laufend verwendeter Informationen und der Langzeitarchivierung abgeschlossener Fälle Ziff. 2.5.

<sup>11</sup> Siehe dazu im Einzelnen Kap. 3.

- Dokumentation im Hinblick auf die effiziente Beantwortung von Fragen nach Ende eines Mandats und die Führung von *Anschlussmandaten*.<sup>12</sup> Beispielsweise tauchen oft Jahre nach der Begleitung von Vertragsverhandlungen Fragen zur Auslegung oder Aktualisierung eines Vertragswerkes auf. Auch wenn alle Akten noch vorhanden sind, ist bei umfangreichen Dossiers keineswegs selbstverständlich, dass die relevanten Dokumente rasch aufgefunden werden können. Durch eine geeignete Strukturierung des Archivs kann dies aber zumindest erleichtert werden.
- Beweis der eigenen Sorgfalt im Hinblick auf *Haftungsansprüche* der Klienten. Es ist in Zukunft generell mit einer Zunahme von Verantwortlichkeitsklagen in Zusammenhang mit Anwalts- und Verwaltungsratsmandaten zu rechnen. Bis zum Ablauf der entsprechenden Verjährungsfristen muss daher dokumentiert werden können, dass das betreffende Mandat *lege artis* geführt wurde.
- Inspiration für *ähnlich gelagerte Fälle*. Alte Akten sind eine wahre Fundgrube – insbesondere für jüngere Anwälte. Allerdings ist entscheidend, ob man innerhalb der Dokumentenfülle wirklich die geeigneten Vorlagen findet. In grösseren Kanzleien dürfte diese Funktion vor allem durch Knowledgebase-Datenbanken<sup>13</sup> erfüllt werden. In diesen können Mustervorlagen etc. strukturiert abgelegt und mit Metainformationen versehen werden. Eine Volltextsuche ist aber auch in elektronischen Archiven und Filesystemen möglich.
- *Kostenminimierung*. Die sichere Aufbewahrung von Papierakten bringt Lagerkosten mit sich. Auch elektronische Archive sind mit Aufwand verbunden (Betrieb der erforderlichen IT-Infrastruktur, periodische Migration auf neue Softwareversionen<sup>14</sup> etc.). Durch eine Beschränkung der aufzubewahrenden Inhalte und durch den Einsatz geeigneter Technologien können diese Kosten jedoch optimiert werden.
- Effiziente *Abklärung von Interessenkonflikten*.<sup>15</sup> Vor der Annahme neuer Mandate muss rasch geklärt werden können, ob Interessenkonflikte bestehen. Dies ist insbesondere in grösseren Kanzleien mit einer gewissen Personalfuktuation keineswegs trivial.

### 2.2. Interessen der Klienten

Nicht nur Anwälte, sondern auch ihre Klienten haben ein Interesse an einer langfristigen *Verfügbarkeit* ihrer Dossiers:

- Externes «*Backuparchiv*» *beim Anwalt*: Wenn Dokumente im eigenen Archiv nicht mehr vorhanden sind oder

<sup>12</sup> Siehe zu Anschlussmandaten Kap. 4.4.

<sup>13</sup> Siehe zum Begriff Knowledgebase-Datenbanken auch <http://de.wikipedia.org/wiki/Wissensdatenbank>.

<sup>14</sup> Siehe zur Migration elektronischer Archive Kap. 4.6.

<sup>15</sup> Siehe zur Problematik der Interessenkonflikte im Einzelnen Kap. 2.2.

nicht mehr aufgefunden werden können, hilft mitunter der Gang zum Anwalt. Die Klienten unterstehen oft ihrerseits Aufbewahrungsvorschriften – welche mit denjenigen des Anwalts allerdings nicht unbedingt kongruent sind.<sup>16</sup> Auch über die gesetzliche Aufbewahrungsdauer hinaus besteht gelegentlich ein Interesse, einen Kaufvertrag, eine Patentakte oder ein Scheidungsurteil wieder zu konsultieren.

- Rasche und kompetente Beantwortung von *Anschlussfragen* durch die Anwältin oder den Anwalt nach Abschluss des Mandats.<sup>17</sup>
- Oft haben auch *Rechtsnachfolger der Klienten* ein Informationsinteresse bezüglich früherer Vorgänge (z.B. Dokumentation von Firmen- und Markenkonflikten übernommener Unternehmen im Hinblick auf die Verwirkung aktueller Ansprüche).<sup>18</sup>
- Mitunter haben Unternehmen ein Interesse daran, *besonders sensible Dokumente* nicht intern zu lagern (z.B. im Hinblick auf Straf- oder Kartellverfahren<sup>19</sup>). Durch die Aufbewahrung bei einer Anwältin oder einem Anwalt kann das Risiko einer Beschlagnahmung unter Umständen reduziert werden.<sup>20</sup>

Wichtig sind auch die Vertraulichkeitsinteressen der Klienten. Diese stehen allerdings in einem Spannungsverhältnis zu den Verfügbarkeitsinteressen:

- Das Anwaltsgeheimnis schützt umfassend gegenüber der *Bekanntgabe von Informationen an Dritte* ausserhalb der Kanzlei – insbesondere auch gegenüber Strafverfolgungsbehörden.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Siehe zu aufbewahrungsrelevanten Normen in der Spezialgesetzgebung auch BEGLINGER/BURGWINDEL/LEHMANN/NEUENSCHWANDER/WILDHABER (FN 8), 62 ff.

<sup>17</sup> Siehe dazu auch Ziff. 2.1.

<sup>18</sup> Siehe zur Frage des Einsichtsrechts von Erben in Anwaltsakten eines Verstorbenen BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 1919 ff., mit weiteren Hinweisen; RALPH GRAMIGNA/URS MAURER-LAMBROU, in: Urs Maurer Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. A., Basel 2006, N 19 zu Art. 9 DSGVO beziehungsweise Art. 1 Abs. 7 VDSG; LGVE 2001 I Nr. 37.

<sup>19</sup> Siehe zur Frage, inwieweit sich Anwälte der Beschlagnahmung entsprechender Dokumente durch Berufung auf das Anwaltsgeheimnis widersetzen können, FRANZ HOFFET/DOROTHEA SECKLER, Vom Anwaltsgeheimnis zum «Legal Privilege», SJZ 2005, 333–341.

<sup>20</sup> Siehe zu Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmungen in den Anwaltskanzleien generell BGE 130 II 193; Art. 248 der neuen Bundesstrafprozessordnung sieht vor, dass Akten, an welchen ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend gemacht wird, vorläufig zu versiegeln sind.

<sup>21</sup> Siehe zum Inhalt des Anwaltsgeheimnisses generell BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 1789 ff.; MICHAEL PFEIFER, Kommentar zu Art. 13 des BGFA, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2005.

- Bisher noch wenig diskutiert wurde hingegen die Handhabung des *Anwaltsgeheimnisses innerhalb desselben Büros*. Zu einer potentiellen Gefährdung sensibler Informationen kann es beispielsweise kommen, wenn durch Kanzleifusionen Anwälte hinzukommen, welche im Verwaltungsrat von Konkurrenzunternehmen der bisherigen Klienten tätig sind.<sup>22</sup>
- Das Berufsgeheimnis kann nicht nur durch aktive Offenlegung verletzt werden, sondern bereits durch die blosser Möglichkeit eines Einblicks in geschützte Informationen.<sup>23</sup> Dies ist vor allem im Hinblick auf ungenügende *Informationssicherheit* von praktischer Bedeutung.
- *Recht auf Vergessen*: Anwälte erfahren und dokumentieren im Rahmen der Mandatsführung oft Tatsachen mit einem starken Persönlichkeitsbezug (z.B. strafrechtlich relevante Handlungen, Ehe- und Erbstreitigkeiten). Solche Informationen können aus dem Gedächtnis des Anwalts nicht aktiv gelöscht werden – allerdings dürften die meisten Klienten das langfristige Erinnerungsvermögen ihrer Anwälte überschätzen. Die entsprechenden Unterlagen müssen daher grundsätzlich vernichtet werden, sobald kein Interesse an der Aufbewahrung mehr besteht.<sup>24</sup> Damit soll verhindert werden, dass die Erinnerung wieder aufgefrischt wird oder die Information zufällig in die Hände weiterer Personen gelangt (z.B. Kanzleimitarbeiter, welche im Archiv zu tun haben).

Klienten müssen darauf vertrauen können, dass die unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses anvertrauten Informationen von der Anwältin oder dem Anwalt später nicht zu ihren Lasten verwendet werden. Ein *Interessenkonflikt* liegt nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis in folgenden Konstellationen vor:<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Siehe zum Anwaltsgeheimnis innerhalb von Kanzleien BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 1860 ff.; PFEIFER (FN 21), N 88 ff. zu Art. 12 und N 87 zu Art. 13 BGFA; LGVE 2008 I Nr. 40 E. 8; STEFAN TRECHSEL et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 25 zu Art. 321 StGB; BGE 2C.26/2009 und 2C.41/2009 vom 18. Juni 2009, E. 3; BGE 2C.504/2008 und 2C.505/2008 vom 28. Januar 2009, E. 9.

<sup>23</sup> Siehe dazu TRECHSEL (FN 22), N 23 zu Art. 321 StGB; NIKLAUS OBERHOLZER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 2. A., Basel 2007, N 15 zu Art. 321 StGB.

<sup>24</sup> Siehe zum datenschutzrechtlichen Vernichtungsanspruch auch Kap. 4.5.

<sup>25</sup> Siehe zum Grundsatz der Unabhängigkeit des Anwalts generell BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 1393 ff.; BGE 134 II 108; BGE 130 II 87 E. 4; BGE 123 I 193. In Literatur und Judikatur wurden Interessenskonflikte bisher kaum im Zusammenhang mit der Archivierung behandelt. Aus diesem Grund wird diesem Thema hier etwas mehr Raum gegeben. Da mit zunehmender Anzahl von Anwälten und Mandaten der Überblick über die vertretenen Interessen immer schwieriger zu wahren ist, sind in grösseren Kanzleien Informationen in IT-Systemen zur Erkennung potenzieller Interessenkonflikte von zentraler Bedeutung.

- Es ist unzulässig, *gleichzeitig für und gegen den selben Klienten tätig zu sein*.<sup>26</sup>
- Mitunter können die persönlichen *Interessen des Anwalts* oder die Interessen ihm nahestehender Dritter mit denjenigen der Klienten kollidieren (z.B. Ansprüche eines Klienten gegen eine Gesellschaft, an welcher die Anwältin oder der Anwalt beteiligt ist, oder Konstellationen, in welchen Prozesse von Dritten finanziert werden<sup>27</sup>).
- Zudem dürfen vertrauliche *Informationen*, welche einer Anwältin oder einem Anwalt anvertraut wurden, nach Abschluss des Mandats nicht *zulasten des früheren Klienten verwendet* werden.<sup>28</sup> Diese Kategorie von Interessenkonflikten weist einen besonderen Bezug zur Aufbewahrung von Informationen auf, weshalb hier nur auf sie näher einzugehen ist.

Die Problematik eines Interessenkonflikts ist mit derjenigen der Befangenheit verwandt: Es kommt nicht darauf an, dass die Interessen der Betroffenen tatsächlich verletzt werden<sup>29</sup>, sondern darauf, ob der Anschein eines Interessenkonflikts entsteht – andernfalls könnten sich Anwälte auch durch blosser Nichtverwertung der betreffenden Informationen aus dem Konflikt befreien. Bereits die *blosse Möglichkeit einer Verwendung* zulasten des früheren Klienten genügt zur Begründung eines Interessenkonflikts.<sup>30</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung können grundsätzlich nur *durch das Anwaltsgeheimnis geschützte Informationen* zu standesrechtlich relevanten Interessenkonflikten führen.<sup>31</sup> Damit ist am allgemeinen Geheimnisbegriff an-

zuknüpfen, welcher voraussetzt, dass es sich um konkrete, nicht allgemein bekannte Tatsachen handelt, an welchen ein Geheimhaltungsinteresse besteht. Daraus folgt, dass Interessenkonflikte entfallen, wenn die betreffenden Tatsachen allgemein publik werden (z.B. Veröffentlichung von Preislisten oder Patentansprüchen) oder wenn der ehemalige Klient beziehungsweise die Aufsichtsbehörde die Anwältin oder den Anwalt vom Anwaltsgeheimnis entbindet.<sup>32</sup>

Anwaltssoftwarelösungen<sup>33</sup> versprechen in Bezug auf Interessenkonflikte Unterstützung durch *Suchmöglichkeiten in einer Adressdatenbank*. Allein die Tatsache, dass sich der Name der prospektiven Gegenpartei unter den ehemaligen Klienten befindet oder eben nicht befindet, erlaubt allerdings noch keine abschliessende Aussage über mögliche Interessenkonflikte: Wissen aus einer früheren Ehescheidung kann etwa in einem Patentstreit kaum verwendet werden. Umgekehrt kann sich der Name eines früheren Klienten geändert haben, so dass er nicht in der Datenbank erscheint. Die Prüfung möglicher Interessenkonflikte wird durch Restrukturierungen sowohl seitens des Klienten als auch seitens der Anwaltskanzlei<sup>34</sup> erschwert. Erscheint der Name der prospektiven Gegenpartei unter den früheren Klienten, ist in arbeitsteiligen Kanzleien mindestens eine Prüfung anhand einer detaillierten Mandatsbeschreibung, erfordert mitunter aber auch eine Konsultation archivierter Akten.

### 2.3. Archivierungsfähige Informationen

In Anwaltskanzleien fallen insbesondere folgende Typen schriftlich fixierter *Informationen* an:

- *Korrespondenz* (Briefe, Rechtschriften, Urteile, Verträge, Testamente, Rechtsgutachten etc.), welche von Klienten oder von Dritten stammen oder an diese versandt wurden
- *Interne Dokumente* wie Gesprächsnotizen, Besprechungsprotokolle, Telefonnotizen, Memoranden, Internetrecherchen, Rechtsabklärungen etc.
- *Klientendaten* (Adressen, Leistungserfassung, Fakturierungsinformationen etc.) in Papierdossiers, Office-Programmen oder Anwaltssoftware

<sup>26</sup> Beispielsweise wurde in BGE 2A.560/2004 vom 1. Februar 2005, E. 5 und in BGE 2A.594/2004 vom 28. Oktober 2004, E. 1 ein entsprechender Konflikt bejaht, in BGE 2C.699/2007 vom 30. April 2008, E. 5 verneint.

<sup>27</sup> Siehe zur Prozessfinanzierung durch Dritte BGE 2P.4/2004 vom 10. Dezember 2004, E. 4.6.

<sup>28</sup> Siehe dazu BGE 2C.26/2009 und 2C.41/2009 vom 18. Juni 2009, E. 3; BGE 1B.7/2009 vom 16. März 2009, E. 5; BGE 2C.504/2008 und 2C.505/2008 vom 28. Januar 2009, E. 9; BGE 2C.407/2008 vom 23. Oktober 2008, E. 3.

<sup>29</sup> Werden im Rahmen eines Anwaltsmandats erhaltene Informationen ohne Befugnis weitergegeben, liegt eine strafrechtlich relevante Verletzung des Anwaltsgeheimnisses vor. Siehe dazu im Einzelnen Kap. 3.1.

<sup>30</sup> Siehe auch BGE 1B.7/2009 vom 16. März 2009, E. 5.5.

<sup>31</sup> Informationen, welche dem Geheimnisträger nicht in seiner Eigenschaft als Berufsangehöriger anvertraut wurden, fallen nach der wohl herrschenden Lehre nicht unter das Berufsgeheimnis; siehe LGVE 2006 I Nr. 46; OBERHOLZER (FN 23), N 12 zu Art. 321 StGB; WALTER FELLMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 65 zu Art. 398 OR; JEAN-TRISTAN MICHEL, *Le secret professionnel de l'avocat et ses limites*, Anwaltsrevue 2009, 498–502 und 546–552, 500 ff. Allerdings sind Anwälte auch im Rahmen ihrer Treuepflicht nach Auftragsrecht (Art. 398 OR) gehalten, Informationen und Dokumente ihrer Klienten vertraulich zu behandeln. Siehe dazu auch MICHEL, a.a.O., 502.

<sup>32</sup> Siehe zur Einwilligung und Entbindung vom Anwaltsgeheimnis OBERHOLZER (FN 23), N 18 zu Art. 321 StGB; PFEIFER, (FN 21), N 65 zu Art. 13 BGFA; BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 1907; BGE 123 IV 75 E. 2; MICHEL (FN 31), 547 ff.

<sup>33</sup> Siehe dazu auch ADRIAN RUFENER, *Informateikeinsatz in einer Anwaltskanzlei*, Anwaltsrevue 2008, 19–22. Unter dem Begriff «Anwaltssoftware» werden hier Programme zur Adressverwaltung, Leistungserfassung, Fakturierung und Dokumentverwaltung etc. bezeichnet. In der Praxis sind insbesondere Plato, Winjur, red IT Solutions, vertec, Acumin, swoffice, Madaba und Alan verbreitet. Bezüglich Struktur und Leistungsumfang der einzelnen Programme bestehen allerdings erhebliche Unterschiede.

<sup>34</sup> Siehe zu den Auswirkungen von Personalfuktuationen in Anwaltskanzleien auch Kap. 4.9.

- Unterlagen und Daten in Zusammenhang mit der eigenen *Geschäftsbuchhaltung* (z.B. Buchungsbelege, Bilanzen, Daten von Fibu-Programmen)
- Unterlagen und Daten in Zusammenhang mit eigenen *Steuererklärungen* (z.B. Mehrwertsteuerabrechnungen, Einkommenssteuererklärungen sowie entsprechende Belege)
- Unterlagen und Daten in Zusammenhang mit Buchhaltungen und Steuererklärungen, welche für Klienten geführt werden (z.B. *treuhänderische Mandate und Verwaltungsratsmandate*)
- *Elektronische Protokolle*, welche sich auf die eigene IT-Infrastruktur beziehen (z.B. Logfiles von Anwalts- und Archivierungssoftware).

Es besteht somit eine grosse Vielfalt an digitalen und analogen Informationen, welche unterschiedlichen Aufbewahrungsvorschriften unterstehen. Im Hinblick auf die *Art der Verkörperung* kann unterschieden werden:

- Dokumente, welche primär *in Papierform übermittelt* wurden – unabhängig davon, ob sie vorher mit einem Textverarbeitungsprogramm erstellt worden sind (z.B. originalunterzeichnete Briefe)
- Informationen, welche primär *in elektronischer Form übermittelt* wurden (z.B. E-Mails, Telefax, SMS und Instant Messaging<sup>35</sup>) oder welche primär in elektronischer Form gespeichert wurden (z.B. Klientendatenbanken, Logfiles)
- Von Klienten oder Dritten erhaltene elektronische *Daten auf Datenträgern* (z.B. CD-ROM), welche in Zusammenhang mit einem bestimmten Mandat stehen
- *Elektronische Kopien* von Papierdokumenten (z.B. eingescannte Akten)
- *Ausdrucke elektronischer Dokumente* (z.B. E-Mails)
- *Digitale Sicherungskopien von elektronischen Daten* (z.B. Sicherungsbänder oder Virtual Tape Libraries in externen Rechenzentren)
- *Körperliche Gegenstände* (z.B. Warenmuster in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten, hinterlegte Wertgegenstände).

## 2.4. Rechtliche Relevanz der Einordnung

In *rechtlicher Hinsicht* ist grundsätzlich zwischen folgenden Informationstypen zu unterscheiden:

- Einerseits gibt es Informationen, welche *Anwälte beziehungsweise deren Kanzlei selbst betreffen* (insbesondere

Buchhaltungs- und Steuerunterlagen). Auf diese sind die Bestimmungen des Buchführungs- und Steuerrechts anwendbar.

- Andererseits gibt es sowohl in Papierakten als auch in elektronischen Dossiers Informationen, welche die *Klienten betreffen*. Diese unterstehen standes- und auftragsrechtlichen Vorschriften.

Eine eindeutige Abgrenzung wird allerdings dadurch erschwert, dass ein Teil der klientenbezogenen Informationen auch buchführungs- und steuerrelevant sind (z.B. Fakturierungsdaten). Beide Informationstypen können zudem datenschutzrechtlichen Vorgaben unterstehen (insbesondere Sammlungen von Personendaten, welche die Klienten oder das Kanzleiteam betreffen).

## 2.5. Aufbewahrung und Archivierung

Traditionellerweise gibt es in Anwaltskanzleien *Aktenablagen* für aktuelle Mandate und einen *Archivraum*, in welchem abgeschlossene Fälle sowie Buchhaltungs- und Steuerunterlagen früherer Jahre während einer gewissen Dauer gelagert werden.

Archivierte Informationen sind grundsätzlich von den aktuellen zu *trennen*.<sup>36</sup> Zudem sind Archive systematisch zu inventarisieren.<sup>37</sup> Mit dem Aufkommen elektronischer Daten scheint die Grenzlinie in der Praxis aber weniger zwischen aktuellen und archivierten Informationen, sondern eher zwischen den einzelnen Applikationen zu verlaufen: Aktenablagen und Archivraum gibt es zwar weiterhin. Daneben bestehen nun aber auch Klientendatenbanken, elektronische Buchhaltungssysteme und E-Mail-Archivierungsprogramme, welche sowohl aktuelle wie auch archivierte Daten umfassen. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung so lange unproblematisch, als eine Unterscheidung zwischen aktuellen und archivierten Informationen noch möglich ist (z.B. Archiveintrag in elektronischen Dossiers) und der Inhalt elektronischer Archive jederzeit festgestellt werden kann.

## 3. Rechtliche Grundlagen

### 3.1. Standesrecht

Eine Pflicht zur ordnungsgemässen Aktenführung und zur Archivierung ergibt sich zunächst aus dem Standesrecht.

<sup>35</sup> Da in den meisten Anwaltskanzleien nur selten rechtlich relevante Mitteilungen via SMS oder Instant Messaging übermittelt werden, wird auf dieses Thema nachfolgend nicht näher eingegangen, obwohl die Archivierung solcher Nachrichten interessante Rechtsfragen aufwirft. Siehe dazu auch BEGLINGER/BURGWINKEL/LEHMANN/NEUENSCHWANDER/WILDHABER (FN 8), 313.

<sup>36</sup> Art. 7 GeBüV. Damit elektronische Informationen später korrekt archiviert werden können, müssen sie bereits im Zeitpunkt der Erstellung beziehungsweise des Eingangs entsprechend gespeichert werden (z.B. Zeitstempelung und Verschlüsselung von E-Mails im Zeitpunkt des Empfangs oder der Versendung). Nachfolgend wird der Begriff der «Aufbewahrung» daher sowohl für laufende wie für archivierte Informationen verwendet.

<sup>37</sup> Art. 8 GeBüV.

Beispielsweise sieht Art. 11 des Anwaltsgesetzes des Kantons Bern (KAG) eine *10-jährige Aufbewahrungspflicht* vor. Dies dürfte der Rechtslage auch in jenen Kantonen entsprechen, welche keine explizite Regelung der Dauer kennen.<sup>38</sup>

Verschiedene Vorschriften schützen das anwaltliche *Berufsgeheimnis*.<sup>39</sup> Daraus ergeben sich Anforderungen an die *Art der Aufbewahrung* – insbesondere an die Sicherung gegenüber unberechtigten Zugriffen. Das anwaltliche Berufsgeheimnis gilt gegenüber den datenschutzrechtlichen Geheimhaltungsvorschriften als *lex specialis*.<sup>40</sup> Die Anforderungen an die Archivierung entsprechen aber jenen des Datenschutzes.<sup>41</sup>

Im kantonalen Anwaltsrecht gibt es kaum Bestimmungen, welche die *Form der Aufbewahrung* näher regeln. Es dürfte aber von einer analogen Anwendung der GeBüV auszugehen sein.<sup>42</sup>

In diesem Zusammenhang fragt sich, ob die standesrechtlichen Aufbewahrungsvorschriften *zwingender Natur* sind, oder ob davon einvernehmlich abgewichen werden kann (z.B. in der Mandatsvereinbarung):

– Zunächst dürfte eine *Verlängerung der Dauer*<sup>43</sup> ohne Weiteres zulässig sein. Dies entspricht mitunter einem tatsächlichen Bedürfnis (z.B. langfristige Aufbewahrung von Testamenten<sup>44</sup> und dergleichen). Die zulässige Höchstdauer solcher Verpflichtungen wird allerdings durch Art. 27 ZGB begrenzt. Hinsichtlich des Beendigungszeitpunkts ist letztlich eine Interessensabwägung vorzunehmen.<sup>45</sup> Anwälte sollten sich nach der hier ver-

tretenen Meinung spätestens 10 Jahre nach Beendigung der gesetzlichen Aufbewahrungspflichten durch Rückgabe der relevanten Aktenstücke von einer zeitlich unlimitierten Aufbewahrungspflicht befreien können.

- Die standesrechtlichen Vorgaben<sup>46</sup> zur Archivierung dienen nach dem hier vertretenen Verständnis *ausschliesslich den Interessen der Klienten*<sup>47</sup>. Dritte (z.B. Aufsichtsbehörden, Gerichte) haben kein Einsichtsrecht in die Anwaltsakten. Nach gängiger Praxis können sich Anwälte auch durch Übergabe der Akten an die Klienten von entsprechenden Aufbewahrungsvorschriften befreien.<sup>48</sup> Klienten können Anwälte vom Berufsgeheimnis entbinden, obwohl dieses nach der herrschenden Lehre auch öffentlichen Interessen dient.<sup>49</sup> Es erscheint daher als sachgerecht, dass Klienten auch auf standesrechtliche Aufbewahrungsvorschriften – oder zumindest auf deren Geltendmachung – frei *verzichten* können. Dies gilt grundsätzlich selbst für drittfinanzierte Mandate (z.B. unentgeltliche Prozessführung). Ein Verzicht sollte allerdings ausdrücklich erfolgen. Es genügt jedenfalls nicht, dass die Klienten kein Interesse am Fall mehr bekunden, könnte doch dieses später wieder aufleben. Zudem müssen sie die Tragweite der Erklärung beurteilen können, welche je nach der Bedeutung der betreffenden Akten unterschiedlich ist. Allerdings hat ein Verzicht seitens der Klientschaft keine Auswirkungen auf Aufbewahrungspflichten ausserhalb des Standesrechts (z.B. mehrwertsteuerrechtliche Pflichten).
- Statt eines vollständigen Verzichts können auch die *Modalitäten der Aufbewahrung* einvernehmlich geändert werden. An die Stelle der standesrechtlichen Vorschriften treten dann vertragliche – welche auch weiter gehen können.<sup>50</sup> Für elektronische Daten ist insbesondere von praktischer Bedeutung, ob die Unveränderbarkeit des Inhalts

<sup>38</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch BGE 133 III 37 E. 3; BGE 91 II 442 E. 5b; ROLF H. WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 24 zu Art. 401 OR; BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 2853.

<sup>39</sup> Art. 321 StGB; Art. 13 BGFA sowie in Art. 15 der Schweizerischen Ständeregeln. Siehe dazu OBERHOLZER (FN 23), N 1 ff. zu Art. 321 StGB; TRECHSEL (FN 22), N 1 ff. zu Art. 321 StGB; PFEIFER (FN 21), N 80 ff. zu Art. 13 BGFA; BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 1794 ff.; MICHEL (FN 31), 498–501 und 546–552.

<sup>40</sup> Siehe dazu auch GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU (FN 18), N 19 zu Art. 9 DSGVO.

<sup>41</sup> Siehe zu den Anforderungen des Datenschutzes Kap. 3.5.

<sup>42</sup> Siehe dazu auch MIDDENDORF (FN 2), 10 f., wonach den handelsrechtlichen Aufbewahrungsvorschriften die «Wirkung einer Grundnorm des Aufbewahrungsrechts» zukommt (BBl 1999 5151), an der sich auch nicht buchführungspflichtige Anwälte orientieren können.

<sup>43</sup> Streng genommen wird wohl nicht die gesetzliche Aufbewahrungsdauer verlängert, sondern es setzt nach deren Ende eine vertragliche Leistungspflicht ein (weitere Lagerung von Papierakten, Aufrechterhaltung der Lesbarkeit elektronischer Daten etc.).

<sup>44</sup> Für Testamente kommt auch eine Hinterlegung bei amtlichen Stellen in Betracht (Art. 504 und Art. 505 Abs. 2 ZGB).

<sup>45</sup> Siehe dazu PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. A., Zürich 2008, Rz. 658–666 mit zahl-

reichen Hinweisen; BGE 132 V 166 E. 8.3; BGE 129 III 209; BGE 128 III 428.

<sup>46</sup> Verschiedene andere Berufsregeln wurden allerdings nicht nur im Interesse der Klienten, sondern auch aufgrund öffentlicher Interessen beziehungsweise derjenigen der Berufskollegen erlassen. Siehe dazu BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 1109 und BGE 2A.191/2003 vom 22. Januar 2004, E. 5.3.

<sup>47</sup> Das Anwaltsgeheimnis besteht nur in Bezug auf Geheimnisse der eigenen Klientschaft und erstreckt sich grundsätzlich nicht auf Informationen der Gegenpartei oder von Drittpersonen. Siehe dazu BGE 102 IV 210; LGVE 2006 I 46; ZR 1981 Nr. 7; GIOVANNI ANDREA TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001, 161.

<sup>48</sup> Eine Übergabe an die Klienten setzt allerdings deren Einverständnis voraus, kann doch ihre Interessenlage (z.B. Gefahr einer Beschlagnahmung) für eine Aufbewahrung in der Anwaltskanzlei sprechen. Siehe dazu Kap. 2.2.

<sup>49</sup> Siehe dazu MICHEL (FN 31), 498, mit weiteren Hinweisen.

<sup>50</sup> Siehe dazu Kap. 3.3.

während der ganzen Aufbewahrungsdauer sicher gestellt werden muss.<sup>51</sup>

### 3.2. Kaufmännische Buchführungsvorschriften

Detaillierte Bestimmungen über die Aufbewahrung von geschäftsrelevanten Dokumenten finden sich in Art. 957 ff. OR sowie in den Ausführungsbestimmungen der Geschäftsbücherverordnung. Deren Verletzung wird zudem durch das Strafrecht sanktioniert.<sup>52</sup>

Zu einer *direkten Anwendung* der obligationenrechtlichen Aufbewahrungspflichten auf Anwälte kommt es in folgenden Konstellationen:

- *Im Handelsregister eintragungspflichtige Anwaltsfirmen* – insbesondere Anwalts-AGs und Kollektivgesellschaften – unterstehen den Buchführungs- und damit auch den Aufbewahrungsvorschriften des OR.
- Nicht selten werden *Geschäftsaktivitäten buchführungspflichtiger Firmen* mit Kanzleiinfrastruktur abgewickelt (z.B. wenn eine Anwältin oder ein Anwalt zugleich als Verwaltungsratsmitglied oder treuhänderisch für eine solche Gesellschaft tätig ist). Hier ist eine Einhaltung der entsprechenden Aufbewahrungsvorschriften im Interesse der Klienten sicherzustellen.

Die Vorschriften der Geschäftsbücherverordnung werden über diese beiden Fallgruppen hinaus im *Standesrecht* und im *Steuerrecht* analog angewendet und entfalten damit auch für alle anderen Anwälte praktische Wirkung.<sup>53</sup>

Eine umfassende Darstellung der kaufmännischen Buchführungs- und Aufbewahrungspflichten würde den Rahmen dieses Beitrages bei weitem sprengen.<sup>54</sup> Kurz zusammengefasst verlangt die Geschäftsbücherverordnung, dass die rechtlich relevante Geschäftskorrespondenz<sup>55</sup> auf *unveränderbaren Datenträgern* gespeichert wird oder dass folgende Kriterien auf andere Weise sicher gestellt werden:<sup>56</sup>

- Beweisbarkeit der *Integrität* eines Dokuments (z.B. mit einer als sicher geltenden elektronischen Signatur)
- Beweisbarkeit des *Erstellungsdatums* (z.B. über elektronische Zeitstempel)
- Dokumentation des *Aufbewahrungsprozesses* (Prozessbeschreibung, Dokumentation von Datenmigrationen, Logfiles von Archivierungssystemen etc.).

<sup>51</sup> Siehe zur Problematik der Migration von elektronischen Archiven Kap. 4.6.

<sup>52</sup> Nach Art. 325 StGB wird mit Busse bestraft, «...wer vorsätzlich oder fahrlässig der gesetzlichen Pflicht, Geschäftsbücher, Geschäftsbriefe und Geschäftstelegramme aufzubewahren, nicht nachkommt.»

<sup>53</sup> Siehe dazu Kap. 3.1. und 3.4.

<sup>54</sup> Siehe dazu die Literaturangaben in FN 8.

<sup>55</sup> Bilanz und Erfolgsrechnung sind hingegen in originalunterzeichneter Papierform aufzubewahren (Art. 957 Abs. 3 OR).

<sup>56</sup> Siehe Art. 9 GeBüV.

Zudem müssen folgende Punkte gewährleistet werden:

- *Trennung* zwischen aktuellen und archivierten Informationen<sup>57</sup>
- *Inventarisierung* der Archive<sup>58</sup>
- *Verfügbarkeit* der Dokumente während der Aufbewahrungsdauer (uneingeschränkte Lesbarkeit der Datenträger, Auffindbarkeit einzelner Dokumente innerhalb grösserer Archive etc.)<sup>59</sup>
- *Vollständigkeit aufbewahrungspflichtiger Datensammlungen* (keine vorzeitige Löschung einzelner Dokumente vor Ablauf der Aufbewahrungsdauer).<sup>60</sup>

Die der Geschäftsbücherverordnung unterstehenden Dokumente sind *während 10 Jahren* aufzubewahren.<sup>61</sup> Die Frist beginnt mit dem Abschluss jenes Geschäftsjahres, in welchem die Dokumente entstanden sind, bei Korrespondenz mit der Übermittlung.

Als unveränderbare Datenträger gelten zunächst einmal *Papierakten*<sup>62</sup>. Fallen darunter auch ausgedruckte E-Mails? Diese Frage ist deshalb von praktischer Bedeutung, weil sich bei einer Bejahung die Archivierung elektronischer Dokumente einfach durch Ausdrucken aller geschäftlich relevanten E-Mails lösen liesse. Ausdrucke stellen – anders als Dokumente, welche in Papierform versendet wurden – keine Originale dar. Alleine anhand der Papierkopie kann nicht überprüft werden, ob diese mit dem elektronisch erhaltenen Dokument übereinstimmt (z.B. ob sie vollständig ist oder nur einen Teil desselben enthält). Zudem sind allfällige elektronische Signaturen vom Ausdruck nicht erfasst. Der Beweiswert von Papierausdrucken gegenüber der Verwendung spezifischer E-Mailarchivierungssoftware ist somit erheblich geringer.<sup>63</sup> Eine Erfassung und Aufbewahrung aller relevanter E-Mails in Papierform ist ohnehin zunehmend schwieriger zu gewährleisten (z.B. von mobilen Geräten aus versandte Nachrichten) und bei grossen Mengen wegen der fehlenden Volltextsuchmöglichkeit auch weniger effizient.

Zu den unveränderbaren Datenträgern zählen grundsätzlich auch *CD-ROM* und *DVD-ROM* (im Gegensatz zu wiederbeschreibbaren CD-RW und DVD-RW-Medien, Streaming-Tapes, Wechselfestplatten etc.). Allerdings fragt sich

<sup>57</sup> Art. 7 GeBüV. Siehe dazu auch Kap. 2.5.

<sup>58</sup> Art. 8 GeBüV.

<sup>59</sup> Art. 7 Abs. 2 GeBüV (siehe auch Art. 6 GeBüV).

<sup>60</sup> Siehe dazu BEGLINGER/BURGWINKEL/LEHMANN/NEUENSCHWANDER/WILDHABER (FN 8), 177.

<sup>61</sup> Art. 962 OR.

<sup>62</sup> Siehe zur Umwandlung von elektronischen Urkunden in Papierform und umgekehrt BLÖCHLINGER (FN 1), 78.

<sup>63</sup> Während bei der GeBüV vor allem die Integrität der Daten im Vordergrund steht, sind bei der EIDI-V ebenfalls die Authentizität und die Nichtabstreitbarkeit des Versandes und Empfangs von Bedeutung. In Bezug auf die EIDI-V reicht generell eine alleinige Aufbewahrung in elektronischer Form. Hingegen ist es nicht zulässig, elektronisch übermittelte Rechnungen lediglich in Papierform aufzubewahren (Art. 10 EIDI-V).

vorab, wie die Lesbarkeit während mindestens eines Jahrzehnts sichergestellt werden kann.<sup>64</sup> In Bezug auf E-Mails liegt ein weiteres Problem in der Beweisbarkeit, dass diese zwischen ihrem Empfang und der Speicherung auf CD nicht manipuliert wurden. Wenn rechtlich relevante Daten von Klienten oder Dritten hingegen bereits auf elektronischen Datenträgern übergeben wurden (z.B. umfangreiche Vertragsdossiers), so sollten diese aus Beweisgründen zusätzlich aufbewahrt werden, auch wenn ihr Inhalt in die Informationssysteme der Kanzlei kopiert wird.

Somit liegt die sicherste Lösung zur Aufbewahrung rechtlich relevanter E-Mails in der Verwendung einer speziellen *Archivierungssoftware*<sup>65</sup>, welche die Daten mit einem Zeitstempel versieht und durch Verschlüsselung gegen mögliche Manipulationen schützt. Da Chiffrierung, Signierung und Speicherung der einzelnen Dokumente fortlaufend erfolgen, braucht auch nicht nach Abschluss jedes Mandates ein eigener Datenträger beschrieben zu werden. E-Mail-Archivierungslösungen bringen neben der reinen Beweisfunktion einen praktischen Zusatznutzen, da sie die Rückverfolgung von E-Mail-Dialogen erlauben und auch alle Attachments mit aufzeichnen. Zudem kann auf einfache Weise nach Stichworten, nach Übermittlungs- und Lesebestätigungen sowie nach nicht mehr auf dem Mailserver vorhandenen Nachrichten gesucht werden.

Auch beim *Telefax* stellt streng genommen die übermittelte elektronische Information das Original und der Papierausdruck eine Kopie dar. Dies spricht dafür, Telefax in Bezug auf die Archivierung gleich wie E-Mails zu behandeln. Tatsächlich können gesendete und erhaltene Telefaxmitteilungen sowie Sendebestätigungen in elektronischen Archivierungslösungen gespeichert werden.<sup>66</sup> Im Gegensatz zu E-Mails wird beim Telefax nicht ein Textfile, sondern ein

Bild übermittelt. Zufällige Manipulationen des Inhalts sind ausgeschlossen – nicht aber absichtliche Verfälschungen. Die praktische Bedeutung des Telefax hat in den letzten Jahren zugunsten der E-Mails stark abgenommen. Eine beweissichere elektronische Archivierung von Telefaxmitteilungen ist aber mit einem gewissen Aufwand verbunden. Einfache Faxgeräte verfügen meist nicht über geeignete Schnittstellen zur Speicherung der empfangenen Nachrichten. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre es daher unverhältnismässig, von allen Anwälten eine beweissichere elektronische Faxarchivierung zu verlangen. In Kanzleien, in welchen Faxmitteilungen von grosser praktischer Bedeutung sind, drängen sich entsprechende Lösungen aber auf.

### 3.3. Auftragsrecht

Anwälte stehen in einem *Vertrauensverhältnis* zu ihren Auftraggebern und müssen auf deren Verlangen über ihre Geschäftsführung *Rechenschaft* ablegen. Zudem müssen sie alles, was ihnen im Rahmen des Auftragsverhältnisses zugekommen ist, *zurückerstatten*.<sup>67</sup> Daraus können im Hinblick auf die Aufbewahrungsvorschriften verschiedene Schlussfolgerungen gezogen werden:

- Um jederzeit Rechenschaft ablegen zu können, muss während des Mandats eine entsprechende *Dokumentation* geführt werden (Ordnung der Akten in einem Dossier, Notizen über Besprechungen und rechtliche Abklärungen etc.).
- Wichtige *Originalunterlagen* (z.B. Urteile, Kaufverträge etc.) müssen den Klienten auf Verlangen jederzeit – spätestens nach Beendigung des Mandats – zurückerstattet werden.
- Nach umfassender Information (insbesondere Berichterstattung über den Mandatsverlauf) und Dokumentation der Klienten (z.B. fortlaufendes Aushändigen aller relevanten Originalunterlagen) ist die Rechenschaftspflicht erfüllt.<sup>68</sup> Darüber hinaus besteht *kein auftragsrechtlicher Anspruch* der Klienten auf *Herausgabe der internen Dokumentation* des Anwalts.<sup>69</sup>
- Im Hinblick auf die effiziente *Fortführung des Mandats* müssen von vorzeitig zurückgegebenen Originalunterlagen eventuell Kopien erstellt werden.
- Informations- und Schadenersatzansprüche der Klienten wegen Schlechterfüllung des Mandats verjähren nach Art. 127 OR innert 10 Jahren.<sup>70</sup> Alle für den *Nachweis*

<sup>64</sup> CAJ SÖDERGÅRD/JARI MARTOVAARA/JOUKO VIRTANEN: Research on the life expectancy of the CD-R, VTT Chemical & Information Technology 1995, gingen für CD-ROM von einer Lesbarkeitsdauer von 3–27 Jahren aus. Andere Autoren sprechen von 5–50 Jahren. Präzise Aussagen über die Lesbarkeitsdauer von CD-Medien sind kaum möglich, da diese von verschiedenen Faktoren, insbesondere dem Herstellungsprozess und den verwendeten Materialien abhängen. Auch ordnungsgemäss gelagerte CD-R Medien können mitunter bereits nach fünf Jahren nicht mehr fehlerfrei eingelesen werden.

<sup>65</sup> Unter Archivierungssoftware werden hier Programme zur beweissicheren Archivierung elektronischer Dokumente (z.B. E-Mails) verstanden.

<sup>66</sup> Beispielsweise können Telefaxinhalte sowie Sendebestätigungen als Attachment per E-Mail intern weitergesendet und archiviert werden. Auf diese Weise werden sie nicht nur in die E-Mail-Archivierung einbezogen, sondern können im Hinblick auf Volltextsuchen mit einer Textebene hinterlegt, durch vordefinierte Regeln den einzelnen Anwälten weitergeleitet und in die elektronischen Dossiers abgelegt werden. Zudem kann nicht nur die Anzahl der gesendeten Seiten, sondern der gesamte Inhalt der übermittelten Faxmitteilungen nachträglich rekonstruiert werden.

<sup>67</sup> Siehe Art. 400 OR.

<sup>68</sup> Siehe dazu WEBER (FN 38), N 12 zu Art. 400 OR; BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 2841 ff.

<sup>69</sup> Siehe zu datenschutzrechtlichen Auskunftsansprüchen jedoch Kap. 3.5.

<sup>70</sup> Für Forderungen von Anwälten gegenüber ihren Klienten sieht Art. 128 Ziff. 3 OR demgegenüber eine fünfjährige Verjährung.

der eigenen Sorgfalt erforderlichen Informationen sollten daher von Anwälten im eigenen Interesse während dieser Dauer aufbewahrt werden.

- Über die Beendigung eines Mandats hinaus müssen Anwälte aufgrund der auftragsrechtlichen Treuepflicht *Interessenkonflikte* vermeiden.<sup>71</sup> Solange die relevante Informationen noch im Gedächtnis der Anwältin oder des Anwalts vorhanden sein könnten, muss sich anhand von Dokumenten überprüfen lassen, ob tatsächlich ein Interessenkonflikt besteht, das heisst worum es im früheren Mandat gegangen ist. Daraus folgt letztlich, dass Anwälte Informationen, welche zur Abklärung von künftigen Interessenkonflikten erforderlich sind, während ihrer ganzen Tätigkeitsdauer aufbewahren müssen.<sup>72</sup>

Der *Umfang* der aufzubewahrenden Dokumente sowie die *Art der Archivierung* kann frei vereinbart werden.<sup>73</sup> Währenddem Klienten davon ausgehen dürfen, dass eine Aufbewahrung entsprechend den Vorgaben des Landesrechts in den Honorarsätzen enthalten ist, kann für eine längere oder qualitativ bessere Aufbewahrung ein zusätzliches Entgelt verlangt werden. (z.B. Speicherung von Dokumenten in einem für den Klienten mittels Passwort jederzeit zugänglichen elektronischen Collaboration Room<sup>74</sup>)

### 3.4. Steuerrecht

Sowohl das Mehrwertsteuerrecht als auch das Einkommenssteuerrecht verpflichten zur Aufbewahrung steuerlich relevanter Unterlagen:

- Das *Mehrwertsteuerrecht* verweist hinsichtlich der Aufbewahrungsvorschriften auf Art. 962 Abs. 2 OR<sup>75</sup>, stellt aber bezüglich der Dauer auf die steuerrechtliche Verjährung ab<sup>76</sup>.
- Art. 126 Abs. 3 DBG sieht in Bezug auf das *Einkommenssteuerrecht* vor, dass selbstständig Erwerbstätige und juristische Personen Geschäftsbücher, Beilagen zur Steuererklärung sowie sonstige Belege, die mit ihrer Tätigkeit in Zusammenhang stehen, während zehn Jahren aufbewahren müssen. Die Art und Weise der Aktenführung,

rungsfrist vor. Siehe dazu BGE 5C.69/2006 vom 23. Mai 2006 und LGVE 2006 I Nr. 9.

<sup>71</sup> Siehe zum Begriff des Interessenkonflikts auch Kap. 2.2.

<sup>72</sup> Siehe zu Handhabung von Interessenkonflikten in Kanzleien mit mehreren Anwälten Kap. 4.9.

<sup>73</sup> Siehe dazu auch Kap. 3.1.

<sup>74</sup> Siehe elektronischen Datenräumen in Zusammenhang mit M&A Transaktionen MARTIN PETRIN, Der Elektronische Datenraum, AJP/PJA 2007, 363–366.

<sup>75</sup> Siehe zur Aufbewahrung von Dokumenten in elektronischer Form auch die spezifischen Vorschriften der Verordnung des EFD vom 11. Dezember 2009 über elektronische Daten und Informationen (EIDI-V).

<sup>76</sup> Siehe Art. 70 in Verbindung mit Art. 42 MWSStG sowie Art. 11 EIDI-V.

der Aufbewahrung und der Edition richten sich wiederum nach den Bestimmungen des Obligationenrechts.<sup>77</sup>

Das Steuerrecht geht somit weder in Bezug auf die aufzubewahrenden Informationen noch in Bezug auf die Form der Aufbewahrung über die Vorschriften der Geschäftsbücherverordnung hinaus. Die steuerrechtlichen Aufbewahrungsfristen sind hingegen nicht mit der zivilrechtlichen kongruent.

### 3.5. Datenschutzrecht

Anwälte sind sich mitunter zu wenig bewusst, dass Papierdossiers, kundenbezogene Informationen in Anwaltssoftware oder mitarbeiterbezogene Informationen in Personalakten, Logfiles etc. *Datensammlungen* im Sinn des Datenschutzgesetzes darstellen. Diese enthalten oft sogar besonders schützenswerte Daten im Sinn von Art. 3 lit. c DSGVO.<sup>78</sup>

Das Datenschutzrecht definiert spezifische *Anforderungen an die Aufbewahrung* von Datensammlungen.<sup>79</sup> In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass auch die Archivierung als Bearbeitung gilt.<sup>80</sup> Eine umfassende Darstellung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zur Bearbeitung von Personendaten würde den Rahmen dieses Beitrages bei Weitem sprengen, weshalb auf die Spezialliteratur verwiesen werden muss.<sup>81</sup>

### 3.6. Spezialgesetzgebung

Zahlreiche weitere Gesetze enthalten Nachweis-, Aufbewahrungs- und Verjährungsvorschriften, welche auch für Anwäl-

<sup>77</sup> Art. 957 und 963 Abs. 2 OR; Siehe dazu BEGLINGER/BURGWINDEL/LEHMANN/NEUENSCHWANDER/WILDHABER (FN 8), 71 ff.; MARKUS NEUHAUS/PETER BINZ, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 1 ff. zu Art. 962 OR.

<sup>78</sup> Die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten würde grundsätzlich eine Meldung der Datensammlung beim EDÖB beziehungsweise die Ernennung eines Datenschutzverantwortlichen im Sinn von Art. 12a VDSG erfordern. Gemäss Mitteilung des Schweizerischen Anwaltsverbands vom 12. Februar 2008 sollen Anwälte aber weiterhin von der Meldepflicht ausgenommen sein. Siehe dazu auch DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, N 46 zu Art. 11a DSGVO.

<sup>79</sup> Art. 7 DSGVO und Art. 8 VDSG.

<sup>80</sup> Art. 3 lit. e DSGVO. Zur Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten ist eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich (Art. 4 Abs. 5 DSGVO). Dieser hat eine entsprechende Information über die Art der Datenbearbeitung voranzugehen.

<sup>81</sup> Siehe etwa ROSENTHAL/JÖHRI (FN 78), insbesondere N 3 ff. zu Art. 7 DSGVO; KURT PAULI, in: Urs Maurer Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. A., Basel 2006, N 5 ff. zu Art. 7 DSGVO.

te relevant sein können, die in den betreffenden Bereichen tätig sind.<sup>82</sup>

Für im Bereich der Vermögensverwaltung aktive Anwälte sind die Anforderungen, welche sich aus den Bestimmungen gegen die *Geldwäscherei* ergeben, von besonderer Relevanz:

- Die Dokumente müssen generell an einem sicheren Ort aufbewahrt und für Revisionen verfügbar gehalten werden.<sup>83</sup>
- Bestimmte Dokumente sind zehn Jahre über die Beendigung des Mandates hinaus aufzubewahren.<sup>84</sup>
- Zudem müssen einzelne Dokumente während zehn Jahren seit Ausführung der jeweiligen Transaktion beziehungsweise seit der jeweiligen Meldung aufbewahrt werden.<sup>85</sup>

## 4. Praktische Fragen

### 4.1. Was muss aufbewahrt und archiviert werden?

Zunächst fragt sich, was im Rahmen einer sorgfältigen Mandatsführung überhaupt an Akten zu *erstellen* ist. Müssen umgekehrt sämtliche erfassten Informationen während der gesetzlichen Fristen aufbewahrt werden? Nach der hier vertretenen Auffassung ist zu differenzieren:

- Soweit eine *kaufmännische Buchführungspflicht* besteht oder einkommens- und mehrwertsteuerrelevante Sachverhalte betroffen sind, müssen die für die Anwaltskanzlei selbst relevanten Unterlagen aufbewahrt werden. Dabei geht es in erster Linie um Mandatsverträge, Kostenvorschussbegehren, Honorarnoten und Zahlungsbelege. Darüber hinaus sind aber auch Dokumente zu erstellen und aufzubewahren, welche im Hinblick auf allfällige Haftungs- und Honorarminderungsansprüche relevant

sind. Dazu können bei heiklen Geschäften auch E-Mails von Klienten mit lapidaren Inhalten wie «einverstanden, kann so abgeschickt werden» sowie Übermittlungs- und Lesebestätigungen für empfangsbedürftige Willenserklärungen gehören.<sup>86</sup>

- Im *Interesse der Klienten* müssen alle Informationen dokumentiert und aufbewahrt werden, welche für diese rechtliche Relevanz haben (z.B. Korrespondenz mit Gegenparteien, Verträge und Gerichtsurteile).<sup>87</sup> Im Verlauf eines Mandats verlieren allerdings viele Dokumente ihre Bedeutung. Beispielsweise sind Fristverlängerungssuche nach deren Bewilligung nicht mehr relevant und die Fristverlängerung wird mit der rechtzeitigen Einreichung der Rechtsschrift ihrerseits bedeutungslos. Hingegen sollten Rechtsschriften in der Regel auch nach Erlass eines Urteils noch archiviert werden, da sie später zu dessen Verständnis beitragen können. Zudem können Schriftsätze für den Nachweis einer sorgfältigen Mandatsführung relevant bleiben.

Neben eigentlichen Mandaten fallen im Anwaltsalltag regelmässig blosse Mandatsanfragen, Gefälligkeitsdienstleistungen, Auskünfte im Rahmen unentgeltlicher Rechtsberatungen etc. an. Müssen diesbezügliche Unterlagen ebenfalls archiviert werden? Auch hier ist wohl zu differenzieren:

- Auch bei *unentgeltlichen Mandaten* besteht ein Haftungsrisiko.<sup>88</sup> Um eine sorgfältige Ausführung später noch beweisen zu können, sollten auch Gratisdienstleistungen dokumentiert und die Unterlagen bis zum Ablauf der auftragsrechtlichen Verjährungsfrist aufbewahrt werden.
- Blosse *Mandatsanfragen* führen grundsätzlich nicht zu einem Haftungsrisiko. Allerdings können von den Interessenten im Hinblick auf ein künftiges Mandat bereits vertrauliche Informationen offen gelegt werden.<sup>89</sup> Dabei wird die potentielle Klientin oder der potentielle Klient regelmässig bereits auf das Anwaltsgeheimnis vertrauen. Selbst wenn dessen Anwendbarkeit im konkreten Fall verneint wird, kann eine Preisgabe solcher Informationen zu einer Haftung aus *culpa in contrahendo* führen. Man-

<sup>82</sup> Siehe dazu im Einzelnen BEGLINGER/BURGWINKEL/LEHMANN/NEUENSCHWANDER/WILDHABER (FN 8), 62 ff.

<sup>83</sup> Art und Ort der Aufbewahrung müssen insbesondere Art. 20 Abs. 2 des Reglements der Selbstregulierungsorganisation des SAV/SNV Rechnung tragen.

<sup>84</sup> Es handelt sich um folgende Dokumente: Inhaltsverzeichnis der Dossiers, Dokumente, die zur Identifizierung der Vertragspartei gedient haben; Formular zu Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person; Klientenprofil; Klientenhistory; Allfällige Vereinbarung betreffend Beizug Dritter; Unterlagen zu den Ergebnissen allfälliger besonderer Abklärungen in Fällen von erhöhtem Geldwäschereirisiko. Siehe Organisationsreglement GwG der SRO SAV/SNV, Rz. 49 ff.

<sup>85</sup> Siehe Organisationsreglement GwG der SRO SAV/SNV, Rz. 51. Es handelt sich im Einzelnen um folgende Dokumente: Transaktionsnotiz; Unterlagen und Belege zu den getätigten Transaktionen; Transaktionsjournal; Kopien allfälliger Meldungen nach Art. 9 Abs. 1 GwG. Die Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren läuft ab der letzten im Transaktionsjournal aufgeführten Transaktion.

<sup>86</sup> Siehe zur Beweiskraft von E-Mails in allfälligen Haftungs- und Verantwortlichkeitsprozessen THOMAS RHM, E-Mail als Beweismittel im Zivilgerichtsverfahren, Schweizerische Juristenzeitung 2000, 497–504. Art. 110 Abs. 2 der Schweizerischen StPO, Art. 130 Abs. 2 der Schweizerischen ZPO, Art. 33a revSchKG und die geplante Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren dürften in diesem Bereich künftig den Standard vorgeben.

<sup>87</sup> Siehe dazu auch Kap. 3.3.

<sup>88</sup> Siehe dazu etwa BGE 124 III 363 E. 5; BGE 112 II 347; BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 2635 ff.

<sup>89</sup> Beispielsweise erhalten wir bei Anfragen zur Ausarbeitung von Informatikverträgen oft bereits detaillierte Unterlagen wie Pflichtenhefte, vorbestehende Vertragswerke etc.

datsanfragen werden mitunter sogar dazu missbraucht, gefürchtete Gegenanwälte zu eliminieren. Eine einfache Anfrage, ob man bereit wäre, in einem bestimmten Bereich ein Mandat zu übernehmen, braucht nach der hier vertretenen Meinung jedoch nicht archiviert zu werden. Hingegen sollten im Rahmen von Mandatsverhandlungen erhaltene Informationen, welche geeignet sind, Interessenkonflikte zu erzeugen, so lange archiviert werden, wie daran noch ein Geheimhaltungsinteresse besteht.

Um relevante E-Mails aus der Flut von Spam<sup>90</sup> effizient herauszufiltern, werden heute meistens mehrstufige *Spamfilter* eingesetzt. Dieses Vorgehen birgt jedoch die Gefahr, dass geschäftsrelevante – und daher aufbewahrungspflichtige – E-Mails im Filter stecken bleiben, so dass sie gar nie zur Kenntnis genommen werden. Muss die elektronische Archivierung daher auch alle Spammails einschliessen?

- Eine Aufbewahrungspflicht fällt für *zweifelsfrei identifizierten Spam* von vornherein ausser Betracht – etwa wenn durch ein Greylisting-Tool<sup>91</sup> nachgewiesen wurde, dass das E-Mail gar nicht vom angeblichen Absender stammt.
- In einem weiteren Schritt findet in der Regel eine *inhaltliche Filterung* statt. E-Mails, welche bestimmte Stichworte oder Zahlenfolgen enthalten oder von Mailservern stammen, welche als unsicher gelten, werden in einen eigenen Ordner (Spam/Junk-E-Mail etc.) verschoben. Auch wenn derartige Filterungsmethoden immer zuverlässiger werden, besteht hier eine nicht zu vernachlässigende Fehlerquote. Um sicher zu sein, dass sich unter den mutmasslichen Spammails nicht auch geschäftsrelevante befinden, müssen die entsprechenden Ordner daher regelmässig manuell geprüft werden, was mit erheblichem Aufwand verbunden sein kann.
- Auch bei einer manuellen Sichtung können indessen *Fehler* unterlaufen. Ab einer gewissen Menge von E-Mails sind Fehler praktisch unvermeidbar.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Siehe zu den rechtlichen Aspekten der Spamproblematik im Allgemeinen ALAIN ANDERHUB, Zivilrechtliche Ansprüche gegen den Versand von elektronischer Massenwerbung (Spam): unter besonderer Berücksichtigung des neuen Art. 3 lit. o UWG, Zürich 2008; DAVID ROSENTHAL, Rechtliche Handhabung gegen Spamming, digma 2002, 80–85; MISCHA CHARLES SENN, Werbung mit E-Mails, sic 2002, 85–95; MARTIN SPIRIG: Werbe-Email: Regulierung mit ökonomischer Zielsetzung, Jusletter vom 17.12.2001.

<sup>91</sup> Siehe dazu <http://de.wikipedia.org/wiki/greylisting>.

<sup>92</sup> Statistische Untersuchungen gehen davon aus, dass bei der Implementierung von Computerprogrammen ungefähr jede 66. Programmzeile einen Fehler enthält, wovon etwa die Hälfte beim Testen entdeckt werden kann. Ähnliches dürfte auf die Prüfung von Mailboxen gelten. Siehe zur Problematik der statistischen Fehlerinhärenz im Allgemeinen WOLFGANG STRAUB, Produkthaftung für Informationstechnologiefehler: EU-Produkthaftungsrichtlinie und schweizerisches Produkthaftungsgesetz, Zürich 2002, Rz. 3 ff.

- Wenn auf eine regelmässige Sichtung der Spammails verzichtet wird – oder realistischerweise mit Fehlern bei der Prüfung gerechnet wird – sollte im Hinblick auf rechtlich relevante Irrläufer *der gesamte E-Mailverkehr in die E-Mailarchivierung einbezogen* werden. Eine entsprechende Verpflichtung erscheint allerdings deshalb als sehr weit gehend, weil die betreffenden E-Mails gar nie zur Kenntnis genommen wurden und sich somit auch nicht auf die weitere Mandatsführung ausgewirkt haben – es sei denn, dass der Irrtum später z.B. durch Nachfragen entdeckt wurde. Dies bedeutet aber nicht, dass ihnen von vornherein keine rechtliche Wirkung zukam, gelten doch empfangsbedürftige Willenserklärungen (z.B. Widerruf des Mandats, Abmahnungen oder Mängelrügen) mit dem Eingang in die Verantwortlichkeitssphäre des Empfängers als zugestellt.<sup>93</sup>
- *Im Hinblick auf Interessenkonflikte* sind als Spam klassierte E-Mails grundsätzlich nicht relevant, solange sie nicht zur Kenntnis genommen wurden. Dies spricht dafür, bei der Sichtung von Spamordnern keine Lesebestätigungen zu versenden.
- Auch für die *Mehrwertsteuer* sind Spammails nicht von Bedeutung, weil sie nicht zu fakturierten Leistungen führen und damit keinen Einfluss auf die Rechnungstellung haben.
- Hingegen können vermeintliche Spam-Mails für die Klienten relevant sein, wenn sie z.B. Mängelrügen oder Abmahnungen von Gegenparteien enthielten. Zu einer *Haftung* des Anwalts kann die Nichtbeachtung beziehungsweise die vorzeitige Löschung nach der hier vertretenen Auffassung aber nur dann führen, wenn die Überprüfung des Spamordners nicht den üblichen Sorgfaltsmassstäben entsprach.

Die Speicherung sämtlicher je eingegangener E-Mails erfordert viel Speicherplatz und kann das effiziente Auffinden der wirklich relevanten Information erschweren. Allerdings sprechen praktische Argumente für die Speicherung aller E-Mails, welche nicht zweifelsfrei als Spam identifiziert werden konnten: Wird man von der Klientschaft auf ein E-Mail angesprochen, an dessen Erhalt man sich nicht erinnert, kann man gezielt danach suchen und so den Inhalt doch noch zur Kenntnis nehmen. Andererseits kann man allfällige Zustellungsbehauptungen besser entkräften, wenn man eine *umfassende Mailarchivierung* implementiert hat.

Sozusagen eine Variante der Spamproblematik stellt die *Blockierung verschlüsselter Nachrichten durch Firewalls* dar:<sup>94</sup> Da chiffrierte E-Mails beziehungsweise deren Attachments schädliche Programme enthalten können, werden diese mitunter durch Firewalls generell geblockt. Dies stellt

<sup>93</sup> Siehe dazu etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 45), Rz. 194–204 und Rz. 1364 mit weiteren Hinweisen.

<sup>94</sup> Siehe zur Archivierung verschlüsselter E-Mails auch Ziff. 4.7.

heute ein wesentliches Hindernis bei der flächendeckenden Verwendung verschlüsselter und signierter E-Mails dar. Je nach verwendeter Netzwerkkonstruktion werden solche E-Mails bereits vor dem Eingang auf einen Mailserver abgefangen. Es empfiehlt sich, Firewalls so zu konfigurieren, dass sie mindestens eine «Abfangbestätigung» erzeugen (z.B. dass zu einem bestimmten Zeitpunkt von einer bestimmten E-Mail-Adresse eine Nachricht eingegangen ist, welche aufgrund fehlender Sicherheitsmerkmale gelöscht wurde). Das ermöglicht immerhin ein Nachfragen beim Absender und gegebenenfalls einen erneuten Zustellversuch – falls erforderlich nach Anpassung der Firewall-Einstellungen.

#### 4.2. Wann gelten Dokumente als zugestellt?

Die Aufbewahrungspflicht rechtlich relevanter Dokumente beginnt mit deren Erstellung beziehungsweise mit ihrer Übermittlung. In Bezug auf *Briefpost* hat sich im Lauf der Zeit eine differenzierte Praxis entwickelt, wann diese als zugestellt gilt.<sup>95</sup> Mit dem Aufkommen elektronischer Postfächer sind neue Fragestellungen hinzugekommen.<sup>96</sup>

Grundsätzlich gelten *E-Mails* als zugestellt, sobald sie in die Verantwortungssphäre des Empfängers eingegangen sind. Dafür ist generell der Zeitpunkt ihres Eingangs auf dem Mailserver relevant – unabhängig davon, ob dieser von der Kanzlei selbst oder von einem externen Leistungserbringer betrieben wird. Mit dem Empfang setzt bei rechtlich relevanten E-Mails auch die Aufbewahrungspflicht ein.

#### 4.3. Wann beginnt die Aufbewahrungsdauer?

Als mögliche Anknüpfungzeitpunkte für die Aufbewahrungsfristen kommen insbesondere die Erstellung beziehungsweise der Erhalt jedes einzelnen Dokuments, die letzte Handlung im Mandat, die Rechnungstellung oder die Bezahlung der Honorarnoten in Betracht. Die grundsätzliche Frage lautet dabei, ob die *Aufbewahrungsdauer dokumentbezogen oder mandatsbezogen* ist, das heisst ob sie für ein gesamtes Mandat einheitlich läuft oder ob die einzelnen Dokumente in

chronologischer Reihenfolge nach und nach vernichtet werden können.<sup>97</sup>

- Vorab ist in Bezug auf das Auftragsrecht zu differenzieren:<sup>98</sup> Im Hinblick auf *Beweis der eigenen Sorgfalt* sind die relevanten Dokumente während 10 Jahren nach dem Eintritt eines allfälligen schädigenden Ereignisses beziehungsweise der Schadensentstehung aufzubewahren. Die Anknüpfung ist hier also ereignisbezogen (z.B. verpasste Frist). Man müsste sich eigentlich nach Abschluss eines Mandats stets fragen, ob man einen Schaden verursacht haben könnte und welche Aktenstücke dafür relevant wären. Eine solche Prüfung dürfte in den meisten Fällen mit unverhältnismässig hohem Aufwand verbunden sein. Zudem kann die vollständige Bezahlung des Honorars ein Indiz für Genehmigung von Mängeln in der Mandatsführung sein und zur Verwirkung allfälliger Schadenersatzansprüchen führen.<sup>99</sup> Im eigenen Interesse sollten die wesentlichen Aktenstücke generell während 10 Jahren ab der letzten Mandatshandlung archiviert und alle Zahlungen der Klienten im entsprechenden Zeitraum dokumentiert werden.
- Mit *Beendigung eines Mandats* endet auch die Verpflichtung, jene Akten verfügbar zu halten, welche für dessen effiziente Weiterführung erforderlich sind. Allerdings gibt es bei Anwaltsmandaten nicht immer einen eindeutig feststellbaren Beendigungszeitpunkt und der ursprüngliche Fall kann nahezu flussend in ein Anschlussmandat<sup>100</sup> übergehen.
- Die *auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht* endet mit vollständiger Information beziehungsweise Dokumentation der Klienten. Unter diesem Gesichtspunkt kann grundsätzlich alles vernichtet werden, was den Klienten offen gelegt beziehungsweise weitergeleitet wurde. Allerdings kann auch die Frage, ob eine Klientin oder ein Klient tatsächlich sämtliche relevanten Informationen erhalten hat, zu Auseinandersetzungen führen. Dies spricht dafür, im eigenen Interesse Kopien aller versandten Dokumente inklusive der Übermittlungsnachweise (Empfangs- und Lesebestätigungen von E-Mails, Faxübermittlungsbestätigungen, Einschreibebequittungen etc.) während 10 Jahren aufzubewahren.
- Wie bereits erwähnt<sup>101</sup>, gibt es keine zeitliche Beschränkung der Pflicht zur Vermeidung von *Interessenkonflikten*. Informationen, welche zu deren Prüfung erforderlich sind, müssen daher mindestens so lange aufbewahrt werden, bis die mandatsführenden Anwälte die Kanzlei

<sup>95</sup> Siehe dazu etwa BGE 134 V 49 und BGE 127 I 31 mit weiteren Hinweisen.

<sup>96</sup> Siehe zum relevanten Zeitpunkt der elektronischen Zustellung von Verfügungen und Urteilen die Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (SR 172.021.2) sowie den Entwurf der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1808/Vorlage1.pdf>). Siehe dazu auch BÜHLER (FN 1), 304 ff.; ROBERTO PEDUZZI, Die elektronische Eröffnung von Verfügungen im Bundesverwaltungsverfahren, *Anwaltsrevue* 2009, 187–190.

<sup>97</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch die Unterscheidung im Organisationsreglement GwG der SRO SAV/SNV Rz. 50 f.

<sup>98</sup> Siehe dazu Kap. 3.3.

<sup>99</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch THEODOR BÜHLER, *Zürcher Kommentar*, Zürich 1998, N 14 zu Art. 370 OR.

<sup>100</sup> Siehe zur Bedeutung von Anschlussmandaten Kap. 4.4.

<sup>101</sup> Siehe dazu Kap. 2.2.

verlassen haben, bis die geheim zu haltenden Informationen allgemein bekannt geworden sind oder Klienten in der Form juristischer Personen aufgelöst<sup>102</sup> wurden beziehungsweise natürliche Personen gestorben sind.<sup>103</sup>

- Die *standesrechtlichen Aufbewahrungspflichten* knüpfen nach dem hier vertretenen Verständnis an der auftragsrechtlichen Interessenlage der Klienten an<sup>104</sup>, weshalb analoge Grundsätze gelten.
- Für das *Mehrwertsteuerrecht* ist grundsätzlich die jeweilige Mehrwertsteuerabrechnungsperiode relevant. Im Fall einer Abrechnung nach vereinnahmten Entgelten ist auf das Ende des Steuerjahres abzustellen, in welchem die Zahlung erfolgte. Bei einer Abrechnung nach vereinbarten Entgelten ist das Jahr des Rechnungsdatums relevant. Wenn die Honorarnote nicht oder nicht vollständig bezahlt wurde oder es zu Rückzahlungen kommt, ist am Datum der mehrwertsteuerlichen Korrekturbuchung anzuknüpfen. Das Mehrwertsteuerrecht würde in mehrjährigen Mandaten somit eine periodische Archivierung erlauben. Dabei ist jedoch zu beachten, dass es eigene Verjährungsfristen kennt, welche nicht dem sonst üblichen 10-Jahres-Raster entsprechen.<sup>105</sup>
- Das *Einkommenssteuerrecht* stellt auf das Geschäftsjahr ab, in welchem Belege produziert oder versendet wurden und erlaubt somit ebenfalls eine periodische Archivierung in langdauernden Mandaten.<sup>106</sup>
- Für das Buchführungsrecht ist jeweils das Ende desjenigen Geschäftsjahres massgebend, in welchem finanzielle Ansprüche bilanzrelevant wurden, das heisst Erträge verbucht, Abschreibungen oder Rückstellungen getätigt wurden.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Anders als bei einer eigentlichen Liquidation fallen Interessenkonflikte im Fall von Fusionen oder Geschäftsübernahmen allerdings nicht ohne Weiteres weg. Es ist grundsätzlich darauf abzustellen, ob das übernehmende Unternehmen ein Interesse an der Fortwirkung der Treuepflicht hat.

<sup>103</sup> Grundsätzlich endet ein Mandat mit dem Tod des Auftraggebers. Siehe Art. 405 OR; ROLF H. WEBER (FN 38), N 11 ff. zu Art. 405 OR; BOHNET/MARTENET (FN 6), Rz. 3140 ff.; BGE 129 I 302. Die anwaltlichen Loyalitäts- und Treuepflichten – und damit auch Interessenkonflikte – können allerdings über den Tod des Auftraggebers hinaus weiterbestehen und die Verschwiegenheitspflichten sogar gegenüber den Erben fortwirken (siehe BGE 4A.15/2009 vom 15. September 2009, E. 3.1–3.2 mit weiteren Hinweisen sowie TRECHSEL [FN 22], N 28 zu Art. 321 StGB). Die Interessen an der Einhaltung von Geheimhaltungsvorschriften müssen allenfalls gegenüber den Privatinteressen abgewogen werden.

<sup>104</sup> Siehe dazu im Einzelnen Kap. 3.1.

<sup>105</sup> Siehe dazu Kap. 3.4. Soweit es nicht um Immobiliengeschäfte geht oder die Verjährungsfrist durch die Steuerbehörde unterbrochen wurde, gilt eine 5-Jahresfrist ab Ende des jeweiligen Steuerjahres (Art. 70 in Verbindung mit Art. 42 MWSStG).

<sup>106</sup> Art. 126 Abs. 3 DBG.

<sup>107</sup> Art. 962 OR.

Um diese unterschiedlichen Anknüpfungssysteme auf den kleinsten gemeinsamen Nenner zu bringen beziehungsweise die Einhaltung aller Fristen zu gewährleisten, sollten Akten grundsätzlich *während 10 Jahren nach der letzten Handlung im Mandat* archiviert werden. *Faktura- und Zahlungs-beziehungsweise Abschreibungsbelege* sollten bis 10 Jahre nach Ende des Geschäftsjahres aufbewahrt werden, auf welches sie sich beziehen.

#### 4.4. Aufbewahrungsdauer in konnexen Mandaten

Schwierige Abgrenzungsfragen können sich bei *konnexen Mandaten* stellen (z.B. Mehrzahl von Klienten oder von Fällen). Hier ist entscheidend, inwieweit ein bereits abgeschlossenes Dossier zum Verständnis der späteren notwendig ist. Soweit dies der Fall ist, müssen die Archivierungsdaten miteinander koordiniert werden.

*Nach Abschluss eines Mandats* kommt es oft noch zu Anschlussfragen oder zu Anschlussmandaten. Es fragt sich, ob diese zu einer Verschiebung des Vernichtungsdatums führen. Dabei ist zu differenzieren:

Blosse *Anschlussfragen* führen nicht zu einer neuen Rechnungstellung und sind daher unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich nicht relevant. Hingegen besteht auch bei unentgeltlich erteilten Auskünften das Risiko einer Haftung. Daher empfiehlt es sich, auch mündliche Auskünfte über rechtlich bedeutsame Fragen schriftlich zu bestätigen und entsprechende Kopien zu archivieren. Eine Aufbewahrungspflicht haftungsrelevanter Dokumente nach der Geschäftsbücherverordnung besteht, soweit der Anwalt den Buchführungsvorschriften untersteht.<sup>108</sup> Wenn es nicht zu rechtlich relevanter Korrespondenz kommt, gibt es nach der hier vertretenen Meinung auch keine standesrechtlichen Aufbewahrungspflichten zu beachten.

Demgegenüber sind *Anschlussmandate* eigenständige Fälle. In Bezug auf die Archivierung des vorangegangenen Mandats gibt es zwei mögliche Vorgehensvarianten:

- Es wird *ein neues Dossier eröffnet*, in welches die relevanten Vorakten verschoben oder kopiert werden. Das vorbestehende Restdossier kann dann entsprechend der ursprünglichen Planung vernichtet werden, da für das Anschlussdossier eine eigene Aufbewahrungsdauer gilt. Die Nachteile dieser Vorgehensweise liegen darin, dass eine manuelle Triage der Dokumente erfolgen muss und dass sich möglicherweise erst im Verlauf des Anschlussmandats zeigt, welche der früheren Aktenstücke tatsächlich relevant sind.
- Das *gesamte ursprüngliche Dossier wird dearchiviert* und lebt sozusagen wieder auf. Wenn das Anschlussman-

<sup>108</sup> Siehe dazu Kap. 3.2. Die Aufbewahrung haftungsrelevanter Dokumente dient letztlich dem Gläubigerschutz.

dat abgeschlossen ist, wird es zusammen mit dessen Aktenstücken archiviert. Auch dieser Ansatz hat Nachteile: Das Gesamtdossier enthält oft viele nicht mehr relevante Dokumente, welche die Übersichtlichkeit erschweren und nun länger als ursprünglich geplant archiviert werden müssen.

Je nach Art des Anschlussmandats kann man sich für die eine oder andere Variante entscheiden, doch ist im Einzelfall klar zu dokumentieren, welchen Weg man gewählt hat und was dies in Bezug auf die Archivierung bedeutet.

#### 4.5. Wie lange darf aufbewahrt werden?

Gibt neben der Minimaldauer für die Archivierung auch Maximaldauern zu beachten oder kann eine Vernichtung beliebig hinausgeschoben werden? Aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ergibt sich, dass Personendaten nur so lange archiviert werden sollen, als dies erforderlich ist.<sup>109</sup> Ein *Vernichtungsanspruch* könnte gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSGVO sogar eingeklagt werden.<sup>110</sup> Müssen Daten nach Ende der gesetzlichen Aufbewahrungspflichten somit zwingend gelöscht werden?

Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt sich aufgrund der Notwendigkeit der *Überprüfbarkeit von Interessenkonflikten* bei neuen Mandaten generell eine Archivierung über die gesetzlichen Aufbewahrungsfristen hinaus. Dazu müssen allerdings nicht sämtliche Unterlagen eines Dossiers aufbewahrt werden. Im Sinn der datenschutzrechtlichen Verhältnismässigkeitsabwägung müsste am Ende der gesetzlichen Aufbewahrungsdauer vielmehr geprüft werden, ob es überhaupt noch zu Interessenkonflikten kommen kann und welche Aktenstücke diesbezüglich relevant sein könnten – letzteres kann im Einzelfall sehr schwierig zu beurteilen sein, da sich der Inhalt künftiger Mandate kaum voraussehen lässt. Statt der Aufbewahrung von Aktenstücken genügt unter Umständen auch eine detaillierte *Mandatsbeschreibung*. Es ist letztlich eine Interessensabwägung vorzunehmen, in welche meines Erachtens auch der Aufwand der Überprüfung einbezogen werden sollte. Dabei dürften die datenschutzrechtlichen Interessen der Klienten in der Regel keine Prüfung jedes einzelnen Dokuments auf Weiterarchivierungsbedarf hin rechtfertigen. Im Zweifel sollte eher zu viel als zu wenig aufbewahrt werden.

<sup>109</sup> Art. 4 Abs. 2 DSGVO in Verbindung mit Art. 3 lit. e DSGVO.

<sup>110</sup> Im französischen Code pénal wird eine zu lange Aufbewahrung von Daten ausdrücklich unter Strafe gestellt (Art. 226 ff., insbesondere Art. 226–20 CP). Diese Strafbestimmungen stellen eine Umsetzung der Pflicht über den Umgang mit Personendaten gemäss Art. 6 Abs. 5° der «Loi n° 78–17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés» dar. In Deutschland und Österreich und der Schweiz gibt es hingegen keine entsprechenden Strafbestimmungen gegen eine zu lange Datenaufbewahrung.

Welche *rechtlichen Pflichten* treffen Anwälte, welche Dokumente beziehungsweise Daten *über die gesetzlichen Aufbewahrungsfristen hinaus* aufbewahren? Soweit es sich um personenbezogene Daten handelt, bestehen die Anforderungen des Datenschutzrechts weiter (diese beinhalten insbesondere angemessene Schutzvorkehrungen zur Geheimhaltung gegenüber Dritten).<sup>111</sup> Hingegen müssen die besonderen Anforderungen der Geschäftsbücherverordnung nicht mehr erfüllt werden. Das bedeutet, dass die Daten zwar weiterhin sicher verwahrt werden müssen, dass aber eine Migration elektronischer Dokumente auf neue Verschlüsselungsverfahren<sup>112</sup> nicht mehr erforderlich ist.

Soweit Aktenstücke über die gesetzliche Aufbewahrungsdauer hinaus als blosse *Wissensquelle* (Mustervorlagen etc.)<sup>113</sup> genutzt werden sollen, drängt sich unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten eine Anonymisierung und Speicherung ausserhalb des eigentlichen Archivierungssystems auf. Eine vollständige Anonymisierung von Dokumenten – insbesondere von PDFs – kann jedoch sehr aufwändig sein. Auch hier ist letztlich eine Interessensabwägung vorzunehmen.

#### 4.6. In welcher Form sollten Daten archiviert werden?

Die Archivierung wird wesentlich erleichtert, wenn unterschiedliche *Kommunikationskanäle*, das heisst Briefpost, Fax, E-Mail, Besprechungsnotizen, Empfangsquittungen, Zahlungseingänge etc. *gebündelt* und zentral erfasst werden. Die Grafik auf der nächsten Seite zeigt beispielhaft, wie dieser Prozess im Fall eines elektronischen Dossiers aussehen kann.

Da der Datenbestand digitaler Archive in der Regel kontinuierlich zunimmt, müssen diese wie produktive Systeme regelmässig gesichert und die Daten periodisch auf ihre Lesbarkeit hin überprüft werden.<sup>114</sup> Anwälte haben dabei den *branchenüblichen Sorgfaltsmassstäben* zu genügen. Allerdings können sie sich nicht auf die – im Bereich der Informationssicherheit leider verbreitete – Nachlässigkeit vieler Kollegen berufen. Art und Intervalle der Sicherung hängen insbesondere von der Bedeutung der betroffenen Daten und der Grösse der Kanzlei ab.<sup>115</sup>

Die Gefahr eines Kanzleibrandes erscheint vielleicht etwas entlegen. Defekte Netzteile verursachen allerdings nicht selten lokale Brände in Computern. Daher sollten auch Einzelanwälte auf externe Sicherungskopien nicht ganz verzichten. Gibt es im Hinblick auf Elementarschäden sogar eine

<sup>111</sup> Siehe dazu Kap. 3.5.

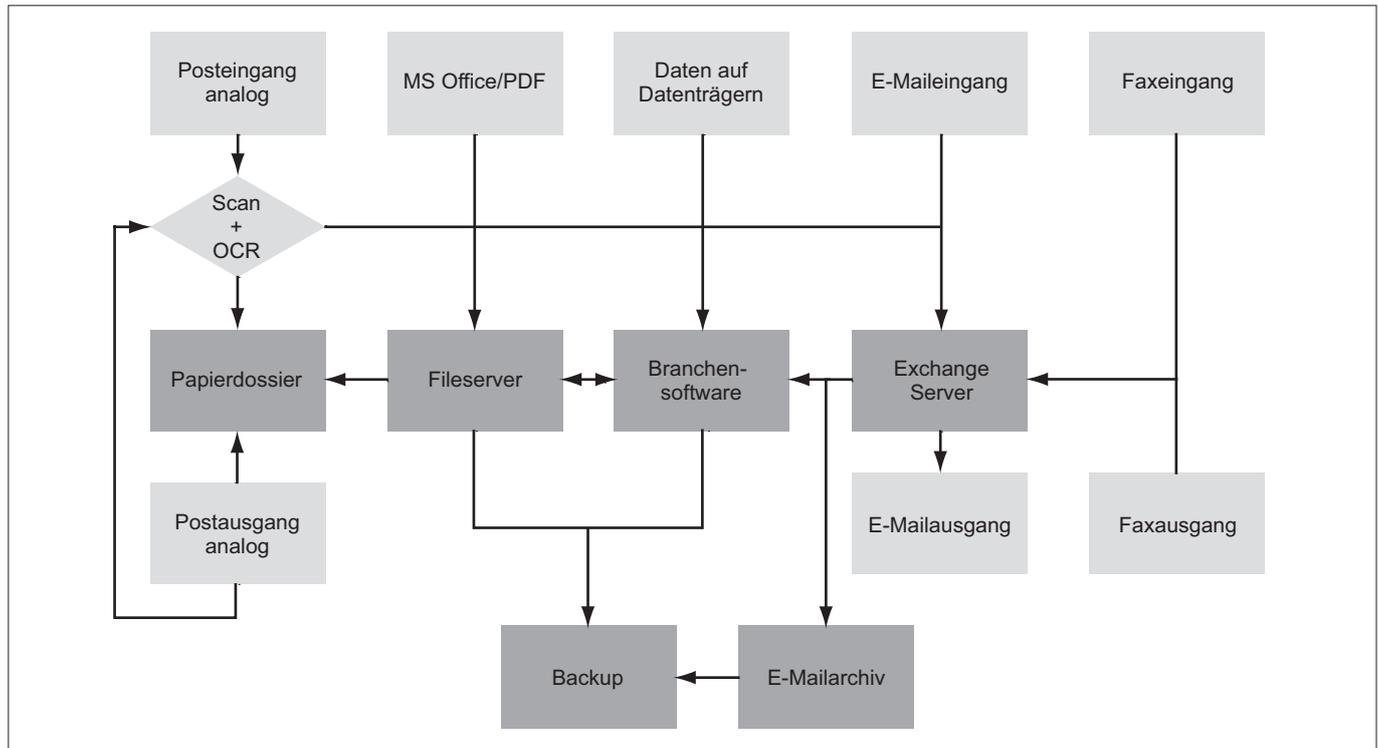
<sup>112</sup> Siehe zur Problematik der Migration elektronischer Archive Kap. 4.6.

<sup>113</sup> Siehe dazu auch weiter vorne Kap. 2.1.

<sup>114</sup> Siehe Art. 10 Abs. 1 GeBüV.

<sup>115</sup> Siehe dazu auch STRAUB (FN 7), Rz. 459.

## Schematische Übersicht der Abläufe einer elektronischen Aktenführung



*Pflicht zum Einscannen wichtiger Papierdokumente?* Mit der Frage der Wiederherstellung von «computerbedingt» verpassten Fristen hat sich das Bundesgericht bereits einmal befasst.<sup>116</sup> Interessant ist, dass dem Anwalt vorgeworfen wurde, er hätte auch von den Papierakten Kopien machen müssen. Aus diesem – in der Literatur zu recht kritisierten<sup>117</sup> – Entscheidung lässt sich aber meines Erachtens keine generelle Verpflichtung zur redundanten Aktenhaltung ableiten, da die betreffenden Dokumente nicht in einem gesicherten Büro lagerten, sondern in einem parkierten Auto.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist zwischen der *Sicherung bereits bestehender elektronischer Akten* und derjenigen von Papierarchiven zu unterscheiden. Währenddem ein nachträgliches Einscannen nur in Ausnahmefällen gefordert werden kann, müssen elektronisch erstellte Dokumente nach dem üblichen Stand der Technik gesichert werden.

#### 4.7. Verschlüsselte Dokumente

In die Archivierung müssen in zunehmendem Mass verschlüsselte und signierte Inhalte einbezogen werden. Bei E-Mails ist zwischen der Verschlüsselung des Transportwegs und der Verschlüsselung der Inhalte zu unterscheiden. Bei einer *Verschlüsselung auf Dokumentenebene* stellen sich besondere praktische Probleme:<sup>118</sup>

- Der Schlüssel muss so aufbewahrt werden, dass er später wieder aufgefunden werden kann. Eine systematische und *sichere Ablage von Schlüsseln* ist vor allem bei individuell signierten E-Mails von Bedeutung. Unter Umständen ist es sinnvoll, zusätzlich eine nicht verschlüsselte Kopie der Dokumente aufzubewahren (z.B. in Form eines PDF).

<sup>116</sup> BGE vom 21. Mai 2003, 5P.162/2003. Siehe ferner BGE 97 II 221 E. 6, wo es um Produktionsausfall wegen eines Kabelbruchs bei Grabarbeiten ging. Das Bundesgericht lehnte eine Herabsetzung des Schadenersatzes ab, obwohl die von einer unterbrechungsfreien Stromversorgung abhängige Geschädigte auf eine redundante Anbindung an das Stromnetz verzichtet hatte. Ausschlaggebend war für das Bundesgericht, dass die konkrete Gefährdung nicht voraussehbar war.

<sup>117</sup> Siehe PETER REETZ, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2005, Bern 2005, 753–755.

<sup>118</sup> Siehe generell zur Frage der E-Mail-Verschlüsselung in Anwaltskanzleien FRIDOLIN WALTHER, Das Anwaltsgeheimnis im E-Mail-Zeitalter – eine Problemskizze, SJZ 2000, 357–366 und SJZ 2001, 65–66; OLIVER BLUM, Das Anwaltsgeheimnis im E-Mail Zeitalter, Eine Entgegnung aus der Praxis, SJZ 2000, 550–552 und SJZ 2001, 67–68; ROBERT G. BRINER, Anwaltliche Sorgfaltspflichten und E-Mail, SJZ 2005, 437–435; WOLFGANG WIEGAND, Die Sorgfalts- und Informationspflichten bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen unter Verwendung von Internet und E-Mail, in: Thomas Koller/Hanna Muralt Müller (Hrsg.), Tagung 2000 für Informatik [und] Recht, Bern 2001, 149–17; ADRIAN RUFENER, Sicherer Mailverkehr: eine Frage der Professionalität, Anwaltsrevue 2009, 191–194.

- Zudem muss die *Einsatzfähigkeit der Software zur Entschlüsselung* über lange Zeiträume hinweg sichergestellt werden. Signaturbasierte Lösungen reagieren mitunter sensibel auf Änderungen in der Konfiguration der Systeme, auf welchen sie betrieben werden. Zudem können neue Hard- und Software (insbesondere neue Betriebssysteme) den Ersatz alter Verschlüsselungstechnologien erfordern. Dabei ist der Migration<sup>119</sup> der vorhandenen Dokumente besondere Beachtung zu schenken.

Datenmigrationen sind auch bei Archivierungslösungen nötig, wenn die *Sicherheit des eingesetzten Verschlüsselungsverfahrens gefährdet* erscheint: Durch das Aufkommen neuer Hackingmethoden und durch die kontinuierliche Steigerung der Rechenkapazitäten werden heute als sicher geltende Verschlüsselungsmethoden in Zukunft geknackt werden können und erfüllen die von der Geschäftsbücherverordnung geforderte Beweissicherheit nicht mehr. Die Migration von Daten bei der Erneuerung von Archivierungslösungen ist anspruchsvoll, weil insbesondere dokumentiert werden muss, dass sämtliche Informationen migriert wurden, dass während der Migration keine Inhalte verändert wurden und dass Zeitstempel beweislich übernommen wurden.<sup>120</sup>

#### 4.8. Archivierung als Bestandteil des Informationskonzepts

Die *Verantwortung für alle archivierten Informationen* ist klar zu regeln und zu dokumentieren.<sup>121</sup> Es empfiehlt sich, die Archivierung als Teil eines umfassenderen Informationssicherheitskonzepts zu behandeln. In kleineren Anwaltskanzleien dürfte es genügen, wenn die Grundzüge des Umgangs mit Informationen auf wenigen Seiten niedergelegt werden. Die Tatsache, dass man sich mit diesen Fragen schriftlich auseinandergesetzt hat, erleichtert in einem Schadenfall den Nachweis der eigenen Sorgfalt. Wichtig ist aber auch, dass die Prozesse entsprechend gelebt und periodisch überprüft werden.

Eine Aufzeichnung sämtlicher Informationsflüsse in einer Anwaltskanzlei gewährleistet noch keine gute Archivierung. Die Informationen müssen *effizient wiedergefunden* werden können.<sup>122</sup> Dies spricht dafür, eingescannte Dokumente mit einer OCR-Textebene<sup>123</sup> zu hinterlegen. Allerdings lässt sich

durch eine bloße Volltextsuchmöglichkeit ein Auffinden der relevanten Dokumente kaum sicherstellen, da die zielführenden Suchbegriffe oft Dossierkenntnisse voraussetzen. Auch dürfen aus datenschutzrechtlichen Gründen z.B. nicht einfach sämtliche je auf dem Mailserver eingegangenen E-Mails aller gegenwärtigen und früheren Mitarbeiter ungezielt durchsucht werden.

Jedes Dokument sollte mindestens mit der *Metainformation*<sup>124</sup> versehen werden, zu welchem Dossier es gehört. Dies lässt sich am einfachsten bewerkstelligen, indem alle elektronischen Dokumente (Korrespondenz, E-Mails, eingescannte Dokumente etc.) via Datenbank einem Dossier zugeordnet werden. Derzeit gibt es in der Schweiz leider noch kaum Anwaltssoftware, welche eine beweislichere Archivierung ohne Zusatzprogramme ermöglicht. Nach der hier vertretenen Auffassung braucht die Branchensoftware aber nicht selbst allen Beweisbarkeitsanforderungen der Geschäftsbücherverordnung zu entsprechen. Es sollte genügen, wenn mit ihrer Hilfe das beweislichere Dokument in einer anderen Datenbank (z.B. E-Mailarchivierungsprogramm) aufgefunden werden kann.

Zutritte zu physischen Archiven und Zugriffe auf elektronische Archive sind nach der Geschäftsbücherverordnung zu *protokollieren* und die entsprechenden Logfiles ihrerseits zu archivieren.<sup>125</sup> Derzeit ist auf dem schweizerischen Markt meines Wissens noch keine Anwaltssoftware verfügbar, welche protokolliert, welche Dokumente von welchen Benutzern wann aufgerufen werden. Art. 8 GeBüV scheint verhindern zu wollen, dass archivierte Daten geändert oder unbefugt aus dem Archiv gelöscht werden können. Eine ähnliche Protokollierungsvorschrift gilt für die automatisierte Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten.<sup>126</sup> Irritierend ist allerdings, dass nach der Geschäftsbücherverordnung nicht nur Änderungen im Datenbestand, sondern auch bloße Einsichtnahmen (*consultations/consultazioni*) aufgezeichnet werden sollen. Bei einer elektronischen Aufbewahrung müssen Änderungen der Dokumentinhalte allerdings bereits technisch ausgeschlossen werden. In elektronischen Archiven müssen nach der hier vertretenen Auffassung daher grundsätzlich nur das Löschen und die Datenmigration<sup>127</sup> protokolliert werden, nicht aber das bloße Lesen von Daten.

#### 4.9. Trägerschaft der Aufbewahrungspflicht

Standesrechtlich zur Aufbewahrung verpflichtet ist primär die mandatsverantwortliche Anwältin oder der mandatsverantwortliche Anwalt. Steuerrechtliche Aufbewahrungspflichten treffen hingegen das jeweilige Steuersubjekt (z.B.

<sup>119</sup> Unter Datenmigration wird hier die Umwandlung von einzelnen Datensätzen oder ganzen Datenbanken in neue Formate verstanden (siehe auch [http://de.wikipedia.org/wiki/Migration\\_%28Informationstechnik%29](http://de.wikipedia.org/wiki/Migration_%28Informationstechnik%29)).

<sup>120</sup> Siehe zu den Anforderungen an Migrationen auch Art. 10 GeBüV. Im Zusammenhang mit elektronischen Daten, welche für die Mehrwertsteuer relevant sind, ist zudem Art. 10 Abs. 2 EIDI-V zu beachten.

<sup>121</sup> Art. 7 Abs. 1 GeBüV.

<sup>122</sup> Siehe Art. 7 Abs. 2 GeBüV.

<sup>123</sup> OCR bedeutet Optical Character Recognition. Dabei werden eingescannte Bilddateien mit einer zusätzlichen Textebene hinterlegt. Siehe auch <http://de.wikipedia.org/wiki/Texterkennung>.

<sup>124</sup> Siehe zum Begriff der Metainformation <http://de.wikipedia.org/wiki/Metadaten>.

<sup>125</sup> Art. 8 GeBüV.

<sup>126</sup> Art. 10 VDSG.

<sup>127</sup> Siehe Art. 10 Abs. 3 GeBüV.

selbstständigerwerbende Anwälte oder Anwalts-AG). Im Hinblick auf personelle Fluktuationen fragt sich, welche Dokumente und Daten Anwälte *beim Verlassen einer Kanzlei mitnehmen* dürfen beziehungsweise beim Eintritt in eine neue Kanzlei mitbringen müssen?

- *Interessenkonflikte* erlöschen, wenn in einer Kanzlei keine Informationen mehr vorhanden sind, welche zulasten von ehemaligen Klienten verwertet werden könnten, das heisst wenn diese Informationen weder in den Köpfen noch in den physischen und elektronischen Dossiers mehr vorhanden sind. Dies spricht dafür, dass allein mandatsverantwortliche Anwälte, welche eine Kanzlei verlassen, die entsprechenden Unterlagen nicht nur mitnehmen dürfen, sondern dies im Interesse ihrer Kollegen auch tun sollten.<sup>128</sup> Ist die Mandatsverantwortung hingegen zwischen verbleibenden und scheidenden Anwälten geteilt, so besteht der Interessenkonflikt grundsätzlich bei allen weiter. Allenfalls lassen sich Friktionen aber durch eine vertragliche Vereinbarung mit den Klienten regeln.
- *Anwälte mit Mandatsverantwortung* müssen zur Prüfung von Interessenkonflikten erforderliche Unterlagen über ihre frühere Tätigkeit mitnehmen, wenn sie in eine andere Kanzlei wechseln.
- *Mitarbeiter ohne Mandatsverantwortung* sind nach der hier vertretenen Auffassung wie Kanzleipersonal zu behandeln und können entsprechende Akten nicht mitnehmen. Allerdings dürfen auch diese im Rahmen ihrer Tätigkeit erhaltene vertrauliche Informationen nicht zulasten der seinerzeitigen Klienten verwenden.
- Geben ausscheidende Anwälte den *Anwaltsberuf definitiv auf*, spricht die Vermeidung von Interessenkonflikten zulasten der verbleibenden Büropartner dafür, die entsprechenden Akten mitzunehmen.<sup>129</sup>
- Für die *Steuerbehörden* ist entscheidend, wer Steuersubjekt war. Beispielsweise bleibt eine Anwalts-AG in Bezug auf abgeschlossene Mandate Steuersubjekt, auch wenn einzelne Anwalts-Aktionäre ausscheiden. Die blosser Aufbewahrung der steuerlich relevanten Dokumente durch eine Anwalts-AG beim Ausscheiden einzelner Anwälte führt nicht zwingend zum Fortbestand von Interessenkonflikten.

<sup>128</sup> Auch wenn die ausscheidenden Anwälte sämtliche physischen und elektronischen Unterlagen mitgenommen haben, bestehen oft noch elektronische Kopien auf Sicherungsbändern und in Archivierungsprogrammen. Streng genommen müssten zur Eliminierung potentieller Interessenkonflikte alle Zugriffsmöglichkeiten auf die entsprechenden Daten gesperrt werden, was technisch jedoch mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden sein kann.

<sup>129</sup> Kantonale Anwaltsverbände bieten bei Berufsaufgabe z.T. die Möglichkeit einer Aufbewahrung bis zum Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen an.

Mit der zunehmenden Verbreitung elektronischer Dossiers dürfte sich die Frage der *Datenmigration*<sup>130</sup> vermehrt stellen, wenn in der Kanzlei eine neue Anwaltssoftware eingeführt wird oder wenn eine Anwältin oder ein Anwalt zu einer anderen Kanzlei wechselt. In der Praxis wird aus Kostengründen oft auf vollständige Migrationen verzichtet. Soweit in den bisherigen Systemen nur Daten abgespeichert wurden, welche im Original auch noch in Papierform vorhanden sind oder welche für die Aufbewahrungsvorschriften nicht relevant sind, ist dies unproblematisch. Andernfalls müssen die alten Systeme noch weiterbetrieben werden, bis die gesetzliche Aufbewahrungsdauer für den letzten Datensatz abgelaufen ist. Nicht mehr aktiv genutzte Systeme während zehn oder mehr Jahren in lauffähigem Zustand zu erhalten, ist allerdings kostspielig und bei vom Hersteller nicht mehr unterstützter Software mit praktischen Schwierigkeiten verbunden. Bei einem Systemwechsel oder beim Eintreten neuer Partner sollte daher wenn möglich der gesamte Datenbestand migriert werden.

## 5. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend lassen sich folgende Ergebnisse festhalten:

- Die Abläufe zur Dokumentenaufbewahrung sollten zumindest in grösseren Kanzleien in einem umfassenden Informationskonzept definiert und periodisch überprüft und aktualisiert werden.
- Bei der Aufbewahrung von Dokumenten und Informationen, welche in Anwaltskanzleien anfallen, ist den Interessen der Klienten, der Steuerbehörden, der Anwälte und ihrer Mitarbeiter Rechnung zu tragen. Dabei sind insbesondere auftragsrechtliche, standesrechtliche, buchführungsrechtliche, steuerrechtliche, datenschutzrechtliche Vorschriften einzuhalten.
- Wie digitale Daten zu archivieren sind, ist in der Geschäftsbücherverordnung detailliert geregelt. Deren Vorschriften gelten analog auch für Kanzleien, welche selbst nicht buchführungspflichtig sind.
- Da die standesrechtlichen Aufbewahrungsvorschriften den Interessen der Klienten dienen, sind sie generell dispositiver Natur. Sie können somit durch Mandatsvereinbarungen modifiziert werden. Steuerrechtliche, buchführungsrechtliche oder andere spezialgesetzliche Aufbewahrungsanforderungen werden dadurch aber nicht berührt.
- Rechtlich relevante Dokumente, welche in elektronischer Form übermittelt wurden (z.B. E-Mails), sollten in digitaler Form archiviert werden. Um jederzeit nachweisen

<sup>130</sup> Siehe zu den Anforderungen an Datenmigrationen auch Kap. 4.6.

zu können, dass diese nicht manipuliert worden sind, muss dazu spezifische Archivierungssoftware verwendet werden.

- Ausschliesslich in Papierform übermittelte Dokumente müssen nicht nachträglich eingescannt werden. Um die Vorteile eines elektronischen Zugriffs zu nutzen, empfiehlt sich jedoch eine fortlaufende Digitalisierung und OCR-Text-Hinterlegung. Die Files sollten zudem mit geeigneten Metainformationen versehen werden.
- Alle elektronischen Daten sind regelmässig zu sichern und Backupmedien an einem sicheren Ort ausserhalb des Büros aufzubewahren (z.B. in einem Banktresor).
- Archivierte Daten müssen gekennzeichnet und mit einem voraussichtlichen Vernichtungsdatum versehen werden. Klientendossiers sollten grundsätzlich während 10 Jahren nach der letzten Handlung im Mandat archiviert werden. Faktura-, Zahlungs- und Korrekturbelege sollten während 10 Jahren ab dem Ende des Geschäftsjahres, auf welches sie sich beziehen, aufbewahrt werden. Daten, welche zur Prüfung von Interessenkonflikten erforderlich sind, müssen darüber hinaus verfügbar bleiben, solange die Klienten daran ein Interesse haben.
- In elektronischen Archiven müssen Löschungen und Datenmigrationen protokolliert werden. Bei Archivräumen sind der Zutritt (Datum und Personen) sowie die durchgeführten Aktivitäten zu protokollieren.
- Wenn alleine mandatsverantwortliche Anwälte aus einer Kanzlei ausscheiden, sollten sie ihre Klientendaten mitnehmen. Sofern die Kanzlei ein eigenständiges Steuersubjekt darstellt, sind aber die steuerrechtlichen Aufbewahrungsvorschriften weiter zu beachten.

Les avocats, notaires et juristes d'entreprise doivent conserver les informations figurant sur papier et celles qui se présentent sous forme électronique sur une longue durée. Ils doivent le faire dans le respect des lois et de manière efficace. La généralisation des dossiers électroniques entraîne des exigences plus strictes pour leur conservation tout en accroissant l'utilité pratique qui en découle. Le présent article voue une attention particulière à l'archivage des dossiers électroniques.

(trad. LT LAW-TANK, Berne)