

Recht im digitalen Zeitalter

Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Abteilung
der Universität St. Gallen von

Lukas Gschwend
Peter Hettich
Markus Müller-Chen
Benjamin Schindler
Isabelle Wildhaber



Das Kunstwerk auf dem Umschlagbild stammt von Felice Varini «Dix disques évidés plus neuf moitiés et deux quarts», 2014, Acryl und Folien. Es befindet sich im Bibliotheksgebäude der Universität St. Gallen.

Abgedruckt mit freundlicher Genehmigung des Künstlers. Das Copyright liegt bei Felice Varini und der Universität St. Gallen (HSG).

Fotografie: Hannes Thalmann

Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2015
ISBN 978-3-03751-708-6

www.dike.ch

Elektronische Aktenedition von Banken an Strafuntersuchungsbehörden

OTHMAR STRASSER*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	654
II.	Heutige Praxis der elektronischen Aktenedition von Banken an Strafuntersuchungsbehörden	657
1.	Fallbeispiel	657
2.	Praktischer Ablauf	657
a)	Schriftliche Verfügung der Staatsanwaltschaft	657
b)	Verlangte Akten	658
c)	Bearbeitung durch die Bank	658
d)	Bearbeitung bei der Staatsanwaltschaft	659
3.	Rechtliche Einordnung der Aktenedition bei Banken	659
a)	Herausgabepflicht nach Art. 265 StPO	659
b)	Aktenedition als Durchsuchung und Beschlagnahme	659
c)	Besonderheiten der elektronischen Aktenedition	660
III.	Rechtliche und technische Probleme (Überblick)	660
1.	Elektronische Zustellung von Akten als Eingabe gemäss Art. 110 Abs. 2 StPO	660
2.	Grundsätze für den elektronischen Rechtsverkehr zwischen Banken und Strafuntersuchungsbehörden	661
a)	Vorbemerkung	661
b)	Grundsatz der Identität	661
c)	Grundsatz der Integrität (Unversehrtheit)	662
d)	Grundsatz der Vertraulichkeit	663
e)	Grundsatz der Fristwahrung	663
3.	Beweiskraft bzw. Verwertbarkeit der elektronisch übermittelten Akten im Strafprozess	663
4.	Rechtsstaatliche Verfahrensgarantien beim elektronischen Rechtsverkehr zwischen Banken und Strafuntersuchungsbehörden	664
a)	Schutz von Geheimhaltungsinteressen Dritter durch Siegelung gemäss Art. 248 StPO	664
b)	Recht auf Akteneinsicht gemäss Art. 101 ff. i.V.m. Art. 192 Abs. 3 StPO	664
5.	Kosten- und Effizienzfragen	665
a)	Kostenfrage	665
b)	Datenmenge als Problem	665
c)	Elektronische Aktenedition als Standard für alle Behörden	665
IV.	Gegenstand der elektronischen Aktenedition	666
1.	Begriff der Akten	666
a)	Arten	666
b)	Originale oder Kopien?	666

* Prof. Dr. Othmar Strasser ist als General Counsel für die Zürcher Kantonalbank tätig.

2. Besondere Anforderungen an die Beweiskraft von elektronischen Akten im Strafprozess?	669
3. Zeitliche Schranken für die Aktenedition	671
V. Gesetzliche Anforderungen an die elektronische Herausgabe von Akten	671
1. Notwendigkeit einer qualifizierten elektronischen Signatur	671
a) De lege lata	671
b) Elektronischer Rechtsverkehr juristischer Personen mit Strafuntersuchungsbehörden de lege ferenda	674
2. Verwendung einer gesetzlich anerkannten Zustellplattform	676
a) Vorbemerkung	676
b) Zur Anforderung der Interoperabilität von mehreren Zustellplattformen im Besonderen	677
3. Fristwahrung	678
VI. Mögliche Rolle und Pflichten der Bank nach erfolgter elektronischer Aktenedition	679
1. Problemstellung	679
2. Nachbearbeitung der auf elektronischem Wege edierten Akten durch die Strafuntersuchungsbehörden	680
3. Sicherstellung der Akteneinsicht gemäss Art. 192 Abs. 3 StPO	681
4. Die Siegelung elektronischer Akten	681
VII. Fazit	682

I. Einleitung

Von Vertretern der Wirtschaft ist oft die Klage über ungenügende wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu hören. Sie kritisieren nicht selten den Umstand, dass die bestehenden Gesetze den Realitäten im dynamischen Wirtschaftsleben hinterherhinken. Was den elektronischen Rechtsverkehr anbelangt, scheint ganz offensichtlich das Gegenteil der Fall zu sein. Obwohl schon am 1. Mai 2000 die Zertifizierungsdiensteverordnung¹ in Kraft getreten ist und der Gesetzgeber mit Datum vom 19. Dezember 2003 ein Bundesgesetz über die elektronische Signatur² erlassen hat, haben die Wirtschaft und Private von den neuen rechtlichen Möglichkeiten des elektronischen Rechtsverkehrs (ERV) bislang nicht oder nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Der Bundesrat hat deshalb Handlungsbedarf geortet und am 15. Januar 2014 seinen Vorschlag zur Totalrevision des ZertES publiziert.³ Als einen der Hauptgründe für die geplante Änderung führt er an, dass mit der Beschränkung der qualifizierten elektronischen Signatur auf natürliche Personen nach dem geltenden ZertES die Latte zu hoch gesetzt worden sei und sich aus diesem Grund die Anwendung für das Mas-

¹ Verordnung über Dienste der elektronischen Zertifizierung (Zertifizierungsdiensteverordnung, ZertDV) vom 12. April 2000 (SR 784.103, aufgehoben).

² Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES) vom 19. Dezember 2003 (SR 943.03).

³ Curia Vista 14.015, abrufbar unter <www.parlament.ch>; BBl 2014 1001 ff.

sengeschäft zu kompliziert gestaltet habe.⁴ Diese Feststellung machte BLÖCHLINGER schon einige Jahre zuvor.⁵ Er übt harsche Kritik und spricht von wunderschönen Konzepten, wunderschöner Technologie, die schwierig anzuwenden sei, von wunderschöner Rechtsetzung, die «aber noch lückenhaft, wenig praxisbezogen und ohne praktische Bedeutung wohl noch auf lange Zeit hinaus» sei.⁶ Weiter führt er aus, es munde lächerlich an, glauben zu wollen, mit dem Signaturgesetz eine Grundlage für die Entwicklung von E-Commerce geschaffen zu haben.⁷ Der Endbenutzer verlange eine einfache und vor allem eine leichter erlernbare Technologie. Der Autor fügt an, dass diese Einschätzung offenbar auch die Wirtschaft teile, andernfalls sich schon viele Unternehmen als Anbieter von qualifizierten elektronischen Signaturen im Markt betätigt und über die Konkurrenz für günstige Preise gesorgt hätten.⁸ Die zögerliche Entwicklung des elektronischen Rechtsverkehrs im EU-Raum begründet ROSSNAGEL demgegenüber mit mangelndem Vertrauen in die Rechtssicherheit von elektronischen Transaktionen.⁹ Ähnlich argumentieren Anwälte, die sich vor einer Haftung wegen Nichteinhaltung von gesetzlichen Fristen bei elektronischen Eingaben an Gerichte oder Behörden fürchten.¹⁰

Bei dem in diesem Beitrag untersuchten Thema geht es um einen bislang wenig beachteten Aspekt des elektronischen Rechtsverkehrs, nämlich jenen zwischen Banken als juristische Personen und den Strafuntersuchungsbehörden. Obwohl es sich hier nicht um ein Massenproblem handelt, stehen dabei wichtige öffentliche und auch private Interessen auf dem Spiel. Die Bedeutung des Themas belegt die Tatsache, dass die Kommission für Wirtschaftskriminalität der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) sich in ihren Empfehlungen vom 16. September 1993 u.a. mit dem Thema der mit der Edition von Akten an Strafuntersuchungsbehörden für die Banken entstehenden Kosten befasste, und dass die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) am 27. Oktober 2005 für die Edition von Bankunterlagen ein Dreistufenmodell wie folgt festlegte: zuerst Edition der Kontoeröffnungsunterlagen, dann Edition der benötigten Konto- und

⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. Januar 2014 zur Totalrevision des ZertES (Curia Vista 14.015), abrufbar unter <www.parlament.ch>.

⁵ BLÖCHLINGER ADRIAN, ZertES-konforme Signaturen als Hemmschuh für den elektronischen Rechtsverkehr?, Elektronischer Rechtsverkehr mit Verwaltungsstellen, in: Jusletter vom 11. Dezember 2006, Rz. 20.

⁶ BLÖCHLINGER (Fn. 5), Rz. 7.

⁷ BLÖCHLINGER (Fn. 5), Rz. 9.

⁸ BLÖCHLINGER (Fn. 5), Rz. 10.

⁹ ROSSNAGEL ALEXANDER, Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen, Die EU-Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste, in: NJW 2014, S. 3686.

¹⁰ Vgl. dazu CHANSON GEORGES, Augenmass beim ERV – zwei wichtige Entscheide, in: Anwaltsrevue 2014, S. 139 ff.

Depotauszüge, dann erst Edition der benötigten Detailbelege.¹¹ Der Grund für die Relevanz des Themas der vorliegenden Ausführungen liegt zudem darin, dass sich das Wirtschaftsstrafrecht in jüngster Zeit zu einer wichtigen Disziplin entwickelt hat. Namentlich zur Überführung von Wirtschaftskriminellen sind Auskünfte und Unterlagen von Banken unverzichtbare Beweismittel.

Der Aufwand für Strafuntersuchungsbehörden und Banken ist in grösseren Wirtschaftsstraffällen nicht nur sehr zeit- und personalintensiv geworden, sondern hat auch – was den Umfang der zu bearbeitenden Informationen betrifft – ein Ausmass erreicht, das nach effizienteren und damit auch kostengünstigeren Methoden der Datenverarbeitung geradezu ruft. Ohne Einsatz modernster technischer Hilfsmittel bzw. ohne elektronischen Rechtsverkehr lassen sich derartige Verfahren nicht mehr sach- und zeitgerecht bewältigen. Der Druck auf die Strafuntersuchungsbehörden und damit auch auf die Banken, rasch Aufklärungserfolge hervorzubringen, wird immer grösser. Die Qualität darf dabei nicht auf der Strecke bleiben. Rechtsstaatliche Garantien unbeteiligter Dritter, aber auch beschuldigter Personen sind allemal zu beachten. Ebenso sind an die Qualitätsstandards des Beweismaterials hohe Anforderungen zu stellen. Aus all diesen Überlegungen ist die Initiative entstanden, in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe von Bundesanwaltschaft, der grösseren kantonalen Staatsanwaltschaften und Bankenvertretern nach effizienten und praktikablen sowie gesetzeskonformen Lösungen für die elektronische Aktenedition von Banken an Strafuntersuchungsbehörden zu suchen. Davon soll im Folgenden die Rede sein. Im Vordergrund steht die Rolle der Bank als herausgabepflichtige Drittperson im Strafverfahren. Nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen ist ihre Stellung als Anzeigerstatterin, Prozesssubjekt oder als Melderin im Sinne von Art. 9 GwG¹² oder Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB.¹³ Im Zentrum der Betrachtungen steht der elektronische Rechtsverkehr zwischen Banken und Strafuntersuchungsbehörden, die gestützt auf die Schweizerische Strafprozessordnung¹⁴ rückwirkend Daten bei Banken erheben.¹⁵ Nicht behandelt wird die (geheime) laufende Überwachung von Bankbeziehungen

¹¹ HANSJAKOB THOMAS/FELS MICHEL-ANDRÉ, Bankeditionen nach StPO, in: ZStrR 2011, S. 24 Fn. 7.

¹² Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0).

¹³ Vgl. dazu LENTJES MEILI CHRISTIANE, Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung – insbesondere bei Bankabfragen und Beschlagnahmen, Diss., Zürich 1996, S. 149 ff.

¹⁴ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

¹⁵ Vgl. dazu HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 28.

nach Art. 284 f. StPO.¹⁶ Nicht untersucht werden Aspekte der internationalen Rechtshilfe.¹⁷

II. Heutige Praxis der elektronischen Aktenedition von Banken an Strafuntersuchungsbehörden

1. Fallbeispiel

Gestützt auf Art. 265 StPO stellen Staatsanwaltschaften den Banken mit Fristansetzung eine Editionsverfügung zu, in welcher sie die verlangten Dokumente genau bezeichnen, beispielsweise wie folgt (Auszug):

«[...]verfügt:

1. Die XY Bank wird verpflichtet, der Staatsanwaltschaft folgende Dokumente in gut lesbarer Kopie und ohne Abdeckung innert 10 Bankwerktagen ab Empfang einzureichen:

a) sämtliche Dokumente wie vollständige Eröffnungsunterlagen ab Eröffnungsdatum bis und mit heute und – für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis aktuell – Konto- und Depotauszüge von Konto Nr. [...].

b) sowie die in den monatlichen Auszügen am 01.01.2010 bis heute enthaltenen Zahlungsdaten (Datum, Information, Belastungen, Gutschriften, Valuta, Kontostand) der Konten gemäss lit. a in elektronischer Form und zwar in einem bearbeitbaren Format (z.B. Excel)

c) die Einzelbelege (namentlich Gutschrifts- und Belastungsanzeigen, Vergütungsaufträge, Kassabelege, Checks mit Vorder- und Rückseite, SIC- und SWIFT-Belege) gemäss einer nachzureichenden Liste.»

2. Praktischer Ablauf

a) Schriftliche Verfügung der Staatsanwaltschaft

Noch heute stellen die Staatsanwaltschaften den Banken ihre Editionsverfügungen in Papierform per Post¹⁸ zu. Gemäss Art. 86 StPO kann mit dem Einverständnis der

¹⁶ HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 31 ff.

¹⁷ Vgl. dazu SCHMID NIKLAUS, Strafprozessuale Fragen im Zusammenhang mit Computerdelikten und neuen Informationstechnologien im Allgemeinen, in: ZStrR 1993, S. 107 ff.

¹⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung stellt die Aktenedition vorerst eine blossе Durchsuchung dar, auf die dann in aller Regel eine Beschlagnahme folgt (vgl. dazu hinten II.3.b)). Gemäss

betroffenen Person jede Zustellung elektronisch erfolgen. Von dieser Möglichkeit wird bislang kein Gebrauch gemacht.

b) Verlangte Akten

Nebst den im Beispiel erwähnten Unterlagen sind noch weitere «Akten», wie etwa die folgenden, zu erwähnen:¹⁹

- Formular A zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 3 und 4 VSB 08²⁰,
- Transaktions- und Saldierungsbelege (mit sämtlichen Details),
- Wertschriftenabrechnungen (Kauf- und Verkaufsabrechnungen),
- Korrespondenz (inkl. E-Mails) und interne Aktennotizen,
- Kontakteinträge sowie
- Videoaufnahmen und -prints (in Papierform oder auf CD-ROM).

Wichtig ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass Banken Dokumente teils in Papierform und teils elektronisch aufbewahren. Dabei ist zu beachten, dass die Banken einen Grossteil der ursprünglich in Papierform vorhandenen Dokumente in elektronische bzw. digitalisierte Dokumente umwandeln und darüber hinaus sehr viele Dokumente (z.B. Konto- und Depotauszüge) genuin digitale Urkunden²¹ sind, welche die Strafuntersuchungsbehörden heute noch – wie im eingangs geschilderten Beispiel – in Papierform herausverlangen.

c) Bearbeitung durch die Bank

In aller Regel startet eine Bank nach Erhalt einer Editionsverfügung einen entsprechenden Suchlauf sowohl in den digitalen Dateien als auch im Archiv der in Papierform aufbewahrten Dokumente. Die solchermassen ermittelten Akten kopiert (sic!) die Bank und stellt sie der Staatsanwaltschaft zu. Wie im Beispiel verlangt, stellt die

Art. 241 Abs. 1 StPO werden Durchsuchungen und Untersuchungen in einem schriftlichen Befehl angeordnet. Die Form der Schriftlichkeit für die Verfügung der Staatsanwaltschaft scheint daher auch für die mildere Massnahme der Herausgabe von Akten angemessen zu sein.

¹⁹ SCHMID (Fn. 17), S. 84; LENTJES MEILI (Fn. 13), S. 180 ff.; AEPLI MICHAEL, Die strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten, Diss., Zürich 2004, S. 107 ff.; DONATSCH ANDREAS, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 192 Rz. 2–5; KELLER ANDREAS J., in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 247 Rz. 10.

²⁰ Formular A der Schweizerischen Bankiersvereinigung, abrufbar unter <www.swissbanking.org>.

²¹ Nach Art. 177 ZPO gelten als Urkunden auch elektronische Dateien und dergleichen.

Bank der Staatsanwaltschaft die gelieferten Unterlagen auch in elektronischer Form zu, damit sie die Staatsanwaltschaft im Excel-Format bearbeiten kann. Solche Begehren seitens der Staatsanwaltschaften werden indessen nur in ganz wenigen Fällen gestellt.²² Es bedarf wohl keiner weiteren Erläuterung, dass mit diesem Vorgehen auf beiden Seiten ein beträchtlicher personeller, zeitlicher und finanzieller Aufwand verbunden ist. Die seltenen elektronischen Akteneditionen bringen insbesondere der Bank so keinen Nutzen.

d) Bearbeitung bei der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft bearbeitet die ihr von der Bank zugestellten Akten, um jene Dokumente herauszufiltern, welche sie beschlagnahmen will (zur Mehrstufigkeit des Akteneditionsverfahrens vgl. hinten VI.2.).

3. Rechtliche Einordnung der Aktenedition bei Banken

a) Herausgabepflicht nach Art. 265 StPO

Nach Art. 265 Abs. 1 StPO ist die Bank als Inhaberin verpflichtet, Gegenstände und Vermögenswerte, die beschlagnahmt werden sollen, herauszugeben.²³ Ein Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht steht nach Art. 265 Abs. 2 StPO in der vorliegend untersuchten Konstellation (vgl. dazu I. am Ende) weder der Bank noch deren Mitarbeitenden zu. Nach Aufhebung von Art. 963 aOR durch die Neuregelung des Rechnungslegungsrechts vom 23. Dezember 2011 ist die in Art. 963 aOR materiell-rechtlich geregelte Editionsspflicht bedeutungslos geworden.

b) Aktenedition als Durchsuchung und Beschlagnahme

Mit HANSJAKOB/FELS handelt es sich bei der Edition von Bankunterlagen in der Regel vorerst um eine blossе Durchsuchung, auf die dann in aller Regel eine Beschlagnahme folgt.²⁴ Sie begründen diese Auffassung überzeugend, indem sie darauf hinweisen, dass nicht von vornherein klar sei, «welche der editierten Bankunterlagen beweiser-

²² Bei der Zürcher Kantonalbank ist das im Jahr ca. ein Dutzend Mal der Fall.

²³ So schon LENTJES MEILI (Fn. 13), S. 172 f., für die Zürcher Strafprozessordnung; ebenso SCHMID (Fn. 17), S. 93 f.; a.A. noch AEPLI (Fn. 19), S. 108, für die alte Zürcher Strafprozessordnung für das Problem der Edition von digitalen Daten.

²⁴ HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 30 mit Hinweisen auf andere Auffassungen in der Literatur in Fn. 15 und 16; ebenso HEIMGARTNER STEFAN, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 265 Rz. 1 f.

levant sein werden».²⁵ HEIMGARTNER weist zu Recht darauf hin, dass es zum Vollzug der Beschlagnahme, welche auf die Durchsuchung folgt, in aller Regel vorgängiger Massnahmen bedürfe, und verweist ausdrücklich auf die Zwangsmassnahme der Durchsuchung gemäss Art. 241 StPO und das Institut der Edition.²⁶ Auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen in Bezug auf die Beschwerdemöglichkeiten bei der Durchsuchung einerseits und bei der Beschlagnahme andererseits ist hier nicht näher einzutreten.²⁷

c) Besonderheiten der elektronischen Aktenedition

Auf die Besonderheiten der rechtlichen Qualifikation der elektronischen Aktenedition ist später zurückzukommen (vgl. IV.). An dieser Stelle sei nur schon so viel bemerkt, dass sich SCHMID vor mehr als 20 Jahren eingehend mit diesem Thema befasst hat.²⁸ Dessen Beitrag aus dem Jahre 1993 mutet in verschiedenerlei Hinsicht visionär an (vgl. dazu VI.2.).

III. Rechtliche und technische Probleme (Überblick)

1. Elektronische Zustellung von Akten als Eingabe gemäss Art. 110 Abs. 2 StPO

Die Zustellung von Akten durch eine Bank als Dritte (vgl. dazu vorn I. am Ende) ist wohl keine Verfahrenshandlung einer Partei.²⁹ Es geht aber immerhin um eine förmliche Beweiserhebung gestützt auf eine schriftliche³⁰ Verfügung der zuständigen Staatsanwaltschaft. Es gibt keinen Sachgrund, die Herausgabe von Daten und Akten durch Banken als Dritte in formeller Hinsicht anders zu behandeln als Eingaben von Parteien nach Art. 110 Abs. 2 StPO. Dies bedeutet, dass für die elektronische Aktenedition von Banken die Bestimmungen des ZertES und VeÜ-ZSSV³¹ anwendbar sind. Das geltende ZertES wie auch der vom Bundesrat am 15. Januar 2014 präsentierte Entwurf für eine Totalrevision des ZertES behalten das qualifizierte Zertifikat als Grundlage der qualifizierten elektronischen Signatur der natürlichen Person vor.³² Mit

²⁵ HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 28.

²⁶ HEIMGARTNER (Fn. 24), Art. 265 Rz. 1; ähnlich schon SCHMID (Fn. 17), S. 94.

²⁷ Vgl. dazu HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 28.

²⁸ SCHMID (Fn. 17), S. 84 ff.

²⁹ Die Überschrift im dritten Titel, 1. Kapitel, 2. Abschnitt der StPO lautet: «Verfahrenshandlungen der Parteien».

³⁰ Vgl. dazu vorn II.2.a).

³¹ Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (VeÜ-ZSSV) vom 18. Juni 2010 (SR 272.1).

³² BBl 2014 1007 ff.

der Revision des ZertES ist auch eine Änderung der entsprechenden Bestimmung der StPO verbunden.³³ Der neu gefasste Abs. 2 von Art. 110 E-StPO verlangt für elektronische Eingaben eine qualifizierte elektronische Signatur gemäss Entwurf des Bundesrates für ein totalrevidiertes ZertES.³⁴ Der Bundesrat schreibt in seiner Medienmitteilung vom 15. Januar 2014, dass die qualifizierte elektronische Signatur weiterhin den natürlichen Personen vorbehalten sei. Für juristische Personen schlägt er in der Totalrevision ein geregeltes Zertifikat vor.³⁵ Im vorliegenden Beitrag interessiert daher die Frage, welche Bedeutung der geänderte Abs. 2 von Art. 110 StPO für die elektronische Aktenedition von Banken an Strafuntersuchungsbehörden hat, die ein Anwendungsfall des elektronischen Rechtsverkehrs zwischen juristischen Personen einerseits und Behörden andererseits darstellt (vgl. dazu weiter hinten V.1.b)).

2. Grundsätze für den elektronischen Rechtsverkehr zwischen Banken und Strafuntersuchungsbehörden

a) Vorbemerkung

Kommuniziert die Bank mit den Strafuntersuchungsbehörden, wie im eingangs geschilderten Fallbeispiel, mit konventioneller E-Mail, bestehen folgende Gefahren:³⁶

- Der Absender ist leicht fälschbar (Problem der Identität),
- Der Inhalt der E-Mail ist veränderbar (Problem der Integrität),
- Der Inhalt der E-Mail ist einsehbar (Problem der Vertraulichkeit) und
- Der Empfang der E-Mail wird nicht bestätigt (Problem der Abstreitbarkeit des Empfangs).

Aus dieser Risikolage lassen sich vier Anforderungen in Form von Grundprinzipien für den elektronischen Rechtsverkehr zwischen Banken und Strafuntersuchungsbehörden wie folgt ableiten:

b) Grundsatz der Identität

Bei diesem Prinzip geht es darum, dass im elektronischen Rechtsverkehr die Strafuntersuchungsbehörde Gewissheit darüber haben muss, dass die ihr zugestellten Akten von derjenigen Bank stammen, die sie mit ihrer Verfügung angeschrieben hat. Die Botschaft zur Totalrevision des ZertES spricht in diesem Zusammenhang von «Authen-

³³ BBl 2014 1054.

³⁴ BBl 2014 1054.

³⁵ Vgl. Fn. 4.

³⁶ GUYAN PETER/HUBER LUKAS, Elektronischer Rechtsverkehr nach VeÜ-ZSSchK, in: AJP 2011, S. 74 ff.

tizität des Absenders».³⁷ Den Begriff «Authentizität» verwendet demgegenüber SCHMID im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Übereinstimmung von registrierten und ausgedruckten Akten. Er verwendet also den Begriff «Authentizität» nicht in Bezug auf den Absender, sondern in Bezug auf die zugestellten Akten.³⁸ Aufgrund dieser unterschiedlichen Verwendung des Begriffs «Authentizität» wird dieser Begriff in den vorliegenden Ausführungen nicht benutzt. In Bezug auf die Gewissheit der Person des Absenders ist im Folgenden immer vom Prinzip der Identität die Rede. Was die Anforderungen an die Qualität der von der Bank den Strafuntersuchungsbehörden zugestellten elektronischen Akten anbelangt, wird vom

c) Grundsatz der Integrität (Unversehrtheit)

gesprochen. Nach diesem Grundsatz sollen die Strafuntersuchungsbehörden als Empfängerinnen der von der Bank gelieferten elektronischen Akten die Gewissheit haben, dass diese unversehrt bzw. unverfälscht oder eben nicht manipuliert worden sind.³⁹ Art. 9 GeBüV⁴⁰ definiert, was zulässige Informationsträger sind. Gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a GeBüV sind zur Aufbewahrung von Unterlagen unveränderbare Informationsträger, namentlich Papier, Bildträger und unveränderbare Datenträger, zulässig. Art. 9 Abs. 1 Bst. b GeBüV zufolge sind auch veränderbare Informationsträger zugelassen,

- wenn nach Ziff. 1 technische Verfahren zur Anwendung kommen, welche die Integrität der gespeicherten Informationen gewährleisten (z.B. digitale Signaturverfahren),
- wenn nach Ziff. 2 der Zeitpunkt der Speicherung der Informationen unverfälschbar nachweisbar ist (z.B. durch Zeitstempel),
- wenn nach Ziff. 3 die zum Zeitpunkt der Speicherung bestehenden weiteren Vorschriften über den Einsatz der betreffenden technischen Verfahren eingehalten werden, und

³⁷ BBI 2014 1016.

³⁸ SCHMID (Fn. 17), S. 89.

³⁹ GUYAN/HUBER (Fn. 36), S. 74 f.; FÄSSLER LUKAS, Durchklick: Elektronische Aktenführung – Beweisführung mit eingescannten Dokumenten, in: Anwaltsrevue 2014, S. 385; Art. 3 Abs. 1 Bst. c der Verordnung des EFD über elektronische Daten und Informationen (EIDI-V) vom 11. Dezember 2009 (SR 641.201.511) verwendet in diesem Zusammenhang ebenfalls den Begriff der Integrität. Die gleiche Bestimmung verwendet den Begriff «Authentizität» ganz offensichtlich im Sinne des oben genannten Grundsatzes der Identität.

⁴⁰ Verordnung über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher (Geschäftsbücherverordnung; GeBüV) vom 24. April 2002 (SR 221.431).

- wenn nach Ziff. 4 die Abläufe und Verfahren zu deren Einsatz festgelegt und dokumentiert sowie die entsprechenden Hilfsinformationen (wie Protokolle und Log files) ebenfalls aufbewahrt werden.

Art. 9 GeBüV befasst sich nur mit dem zulässigen Informationsträger. Nicht geregelt ist indessen die Frage der Umwandlung von genuinen Papierdokumenten in elektronische Daten und umgekehrt das Erstellen eines Ausdrucks aus einer elektronischen Datei (vgl. dazu hinten IV.1.b)bd) und IV.2.).

d) Grundsatz der Vertraulichkeit

Nach dem Grundsatz der Vertraulichkeit soll der Empfänger im elektronischen Rechtsverkehr die Gewissheit haben, dass Unbefugte keinen Zugriff auf den Inhalt der zugestellten Sendung haben.⁴¹

e) Grundsatz der Fristwahrung

Nach diesem Grundsatz soll der Absender im elektronischen Rechtsverkehr durch eine entsprechende Bestätigung die Gewissheit haben, dass er mit seiner elektronischen Zustellung bzw. Sendung die vorgeschriebene Frist eingehalten hat (vgl. dazu hinten V.3.).⁴²

3. Beweiskraft bzw. Verwertbarkeit der elektronisch übermittelten Akten im Strafprozess

Diese Problematik beschlägt die Frage, ob die elektronisch gelieferten Daten mit den bei der Bank liegenden (physischen) Originalen bzw. mit den dort elektronisch vorhandenen Akten übereinstimmen.⁴³ In diesem Zusammenhang ist die Frage von Interesse, ob – und wenn ja, welche – Anforderungen an die Aufbewahrung von Akten zu stellen sind, damit sie im Strafprozess als Beweismittel verwertbar sind. SCHMID behandelt dieses Thema unter dem Titel «Authentizität» (siehe vorn III.2.b).⁴⁴ Die Frage der Beweiskraft geht somit über den elektronischen Rechtsverkehr im engeren Sinne, d.h. den eigentlichen Übermittlungsvorgang, hinaus und betrifft auch das vorgelagerte Problem der Archivierung.

⁴¹ GUYAN/HUBER (Fn. 36), S. 74 f.

⁴² GUYAN/HUBER (Fn. 36), S. 75.

⁴³ Grundlegend zu dieser Frage SCHMID (Fn. 17), S. 86 ff., insb. S. 90.

⁴⁴ SCHMID (Fn. 17), S. 89.

4. Rechtsstaatliche Verfahrensgarantien beim elektronischen Rechtsverkehr zwischen Banken und Strafuntersuchungsbehörden

a) Schutz von Geheimhaltungsinteressen Dritter durch Siegelung gemäss Art. 248 StPO

Kann die Bank erkennen, dass die von den Strafuntersuchungsbehörden verlangten elektronischen Akten dem Beschlagnahmeverbot gemäss Art. 264 StPO unterliegen, so kann sie als Inhaberin der in Papierform vorhandenen Akten wie auch der elektronisch gespeicherten Daten als Gewahrsamsträgerin des Archivs sowie des elektronischen Speichermediums gemäss Art. 248 StPO eine Siegelung verlangen.⁴⁵ Ob sie bankvertraglich dazu verpflichtet ist, die Siegelung zu verlangen, wie das ISENRING/KESSLER⁴⁶ fordern, ist eine andere Frage. Vorliegend wird zu prüfen sein, wie bei einer elektronischen Aktenedition das Siegelungsverfahren gegebenenfalls auszugestalten ist, oder ob die elektronische Aktenedition zum Vornherein nicht in Betracht kommt (vgl. dazu hinten VI.4.). Im Rahmen der Totalrevision des ZertES hat der Bundesrat keine entsprechende Änderung der Bestimmungen über die Siegelung vorgesehen.⁴⁷

b) Recht auf Akteneinsicht gemäss Art. 101 ff. i.V.m. Art. 192 Abs. 3 StPO

Nach Art. 101 i.V.m. Art. 192 Abs. 3 StPO steht den Parteien, anderen Behörden und Dritten ein Akteneinsichtsrecht bei hängigem Verfahren zu. Auf den ersten Blick scheint die Gewährung des Rechts auf Akteneinsicht auch bei elektronisch edierten Akten keine besonderen Probleme aufzuwerfen, weil die Akteneinsicht ganz offensichtlich nur das Verhältnis zwischen Berechtigten und Strafuntersuchungsbehörden betrifft. Allerdings kann man sich fragen, ob das Akteneinsichtsrecht die Banken insofern betrifft, als Einsichtsberechtigte bestreiten, dass bei der elektronischen Aktenedition die vorn (vgl. dazu III.2.) dargelegten Grundsätze des elektronischen Rechtsverkehrs eingehalten wurden (vgl. dazu hinten VI.3.). Dieser Aspekt betrifft aber vielmehr die Frage der Beweiskraft der von der Bank elektronisch gelieferten Akten (vgl. dazu hinten I.V.2.) als die Frage des Einsichtsrechts der Berechtigten an sich.

⁴⁵ KELLER (Fn. 19), Art. 248 Rz. 5; HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 42.

⁴⁶ ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Strafprozessuale «Bank-Editionen» – Die Rechtlosigkeit des Kontoinhabers und der beschuldigten Person, in: AJP 2012, S. 322 ff.

⁴⁷ BBl 2014 1054.

5. Kosten- und Effizienzfragen

a) Kostenfrage

Umfangreiche Wirtschaftskriminalfälle verursachen den Banken hohe Kosten bei der bislang praktizierten Aktenedition in Papierform. Kostentreiber sind wohl nicht nur die eigentlichen Rechercharbeiten, sondern auch das Erstellen von Kopien.⁴⁸ Die Banken wollten diesen Aufwand nicht mehr ohne Weiteres entschädigungslos tragen und stellten daher entsprechende Kostenersatzbegehren.⁴⁹ Diesem Anliegen hat der Gesetzgeber jedoch nicht Rechnung getragen und die im Vorentwurf zur Strafprozessordnung (VE-StPO) noch vorgesehene Bestimmung von Art. 272 Abs. 5 aus dem Gesetz gestrichen.⁵⁰ Angesichts dieser Rechtslage sind die Banken daran interessiert, das aufwändige Kopierverfahren durch eine elektronische Aktenedition zu ersetzen. Selbstverständlich bringt die elektronische Aktenedition auch auf Seiten der Strafuntersuchungsbehörden praktische Vorteile. Unnötiges Abschreiben aus zugestellten Unterlagen und unnötige Kopiarbeiten erschweren und verzögern die Strafuntersuchung und verursachen auch da unnötige Kosten. Allerdings entfällt der praktische Nutzen der elektronischen Aktenedition, wenn eine Staatsanwaltschaft nebst elektronischer Zustellung auch noch Kopien in Papierform verlangt, wie das im eingangs dargestellten Beispiel der Fall ist.

b) Datenmenge als Problem

In technischer Hinsicht ist für den elektronischen Rechtsverkehr zu fordern, dass die Banken die verlangten Datenmengen technisch einfach übermitteln können. Kapazitätsbeschränkungen, wie sie bei den bisher üblichen elektronischen Übermittlungen existieren, stehen einem elektronischen Rechtsverkehr derzeit noch im Wege.⁵¹

c) Elektronische Aktenedition als Standard für alle Behörden

Kosteneinsparungen und Beseitigung von administrativen Leerläufen sind nur möglich, wenn alle Beteiligten sich den Regeln des elektronischen Rechtsverkehrs unter-

⁴⁸ HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 25.

⁴⁹ HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 25.

⁵⁰ KELLER (Fn. 19), Art. 247 Rz. 11.

⁵¹ Eingaben samt Beilagen sind nach heutiger gebräuchlicher Praxis im Format PDF zu übermitteln. Die maximale Dateigröße für Eingaben beträgt derzeit in der Regel 8–15 MB (inkl. Beilagen).

werfen. Dies bedeutet u.a. auch, dass die verwendeten Zustellplattformen interoperabel sein müssen.⁵²

IV. Gegenstand der elektronischen Aktenedition

1. Begriff der Akten

a) Arten

Welche Arten von Akten und Daten Strafuntersuchungsbehörden von Banken herausverlangen, ergibt sich schon aus den Ausführungen weiter vorn (vgl. II.2.b)). Letztlich kommen alle Akten und Daten in Frage, welche gemäss Art. 263 Abs. 1 Bst. a StPO als Beweismittel gebraucht und demzufolge beschlagnahmt werden können.⁵³ Wie schon SCHMID vor über 20 Jahren vorausschauend ausgeführt hat, kann es «nicht darauf ankommen, ob die beweisrelevante Information auf Papier materialisiert oder aber immateriell, d.h. elektronisch oder in vergleichbarer Weise gespeichert ist».⁵⁴ Nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist jedoch die Beschlagnahme von Festplatten, Disketten, Bild- und Tonträgern etc., welche die Strafuntersuchungsbehörden wie Sachgegenstände beschlagnahmen können, bei deren Auswertung hingegen ähnliche Regeln wie bei der Verwertung von elektronisch übermittelten Daten Anwendung finden können.

b) Originale oder Kopien?

ba) Vorbemerkung

Nach Art. 192 Abs. 1 StPO nehmen die Strafuntersuchungsbehörden die Beweisgegenstände vollständig und im Original zu den Akten. Nach Art. 192 Abs. 2 StPO werden von Urkunden und weiteren Aufzeichnungen Kopien erstellt, wenn dies für die Zwecke des Verfahrens genügt. Für die folgenden Ausführungen ist die Unterscheidung zwischen Originalen und Kopien insofern von Bedeutung, als Originale nicht in elektronischer Form übermittelt werden können. Ist von Kopien die Rede, ist damit zweierlei gemeint: nämlich die Kopie von Papieroriginalen und der Ausdruck in Papierform, der einer Aufzeichnung in einer Datenanlage entspricht. Eine solche Da-

⁵² Zum Erfordernis der Interoperabilität von Zustellplattformen vgl. CHANSON GEORGES, «Durchklick» – Fristwahrung auf elektronischem Weg, in: *Anwaltsrevue* 2012, S. 249; vgl. dazu hinten V.2.b).

⁵³ HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 28; HEIMGARTNER (Fn. 24), Art. 263 Rz. 1a; LENTJES MEILI (Fn. 13), S. 179 ff.; SCHMID (Fn. 17), S. 92.

⁵⁴ SCHMID (Fn. 17), S. 92.

tenanlage ist auch ein Server, auf dem E-Mails abgespeichert sind (vgl. dazu sogleich unter bc)).

bb) Genuine «Papierakten»

Ist für die Beweisführung das Original erforderlich, um beispielsweise eine Urkundenfälschung nachweisen zu können, ist von der Bank das verlangte Dokument im Original herauszugeben, sofern es noch vorhanden ist.⁵⁵ Nur mit dem originalen Papierdokument lassen sich bei einem Schriftstück sowohl der Schriftträger wie auch die darauf verwendete Tinte etc. mit physikalischen und chemischen Methoden untersuchen.⁵⁶ Das Originalschriftstück kann daher notwendig sein, wenn es darum geht, Fälschungen auf Eröffnungsunterlagen (Kontoeröffnungsantrag, Formular A), Verträgen, Zahlungs- und Börsenaufträgen, etc. nachzuweisen. Lässt sich der Nachweis nicht ohne Originalschriftstück erbringen, kann die Übermittlung nicht auf elektronischem Wege erfolgen. Lässt sich hingegen der Nachweis der Fälschung auf andere Weise erbringen, so ist zu prüfen, ob die elektronisch übermittelten Akten dazu genügen.⁵⁷ Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäss Art. 10 Abs. 2 StPO kann der Richter auch aufgrund von anderen Beweismitteln zur Überzeugung gelangen, dass die fragliche Urkunde gefälscht ist (vgl. zur Frage der Beweiskraft von elektronischen Akten hinten IV.2.).⁵⁸

bc) Genuin elektronische Akten

Zahlreiche Unterlagen, welche für Strafuntersuchungsbehörden von Interesse sind, sind genuin elektronische Daten. Als Beispiele zu nennen sind etwa Konto- und Depotauszüge sowie E-Mails⁵⁹. Lehre und Praxis gehen davon aus, dass Ausdrücke bzw. Kopien solcher genuin elektronischer Daten für die Beweisführung gemäss Art. 192

⁵⁵ LENTJES MEILI (Fn. 13), S. 254; DONATSCH (Fn. 19), Art. 192 Rz. 4.

⁵⁶ DONATSCH (Fn. 19), Art. 192 Rz. 4; BÜRGISSEY MARTIN, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung – Art. 1–195 StPO, 2. Aufl. Basel 2014, Art. 192 Rz. 6.

⁵⁷ In der Bankpraxis sind elektronische Unterschriftsvergleiche bei der Überprüfung von Geldbezügen am Schalter durchaus üblich.

⁵⁸ Zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung vgl. WOHLERS WOLFGANG, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 10 Rz. 25 ff.

⁵⁹ Gemäss BGE 138 IV 209 sind E-Mails materiellrechtliche Urkunden im Sinne von Art. 110 Abs. 4 StGB. Im vorliegenden Zusammenhang ist dies jedoch nicht weiter von Belang, weil es in diesem Beitrag lediglich um Urkunden im prozessrechtlichen Sinne geht, deren Begriff weiter gefasst ist als derjenige im materiellrechtlichen Sinne gemäss Art. 110 Abs. 4 StGB (BÜRGISSEY [Fn. 56], Art. 192 Rz. 5).

Abs. 2 StPO ausreichen.⁶⁰ Begründet wird diese Auffassung damit, dass Kopien bzw. Ausdrucke aus elektronischen Dateien jedenfalls dann für die Beweisführung genügen, wenn es ausschliesslich auf den gedanklichen Inhalt der Urkunden ankommt und nicht etwa auf den Träger der Information selbst (vgl. dazu vorn unter bb)).⁶¹ Zur Herausgabe von Kopien durch Banken in der Strafuntersuchung führt KELLER Folgendes aus:⁶²

«Die Aufforderung an den Inhaber zur Erstellung und Herausgabe von Kopien anstelle der Vornahme der Durchsuchung durch die Behörde stellt auch ein Entgegenkommen gegenüber dem Inhaber dar, kann dieser damit doch die sichtbare Präsenz von Polizeibeamten in seinen Räumen vermeiden. Eine derartige Aufforderung kommt nur bei Personen infrage, die nicht selbst beschuldigt sind und deren Vertrauenswürdigkeit derart hoch ist, dass ein kolludierender Umgang mit den Aufzeichnungen, etwa eine Vernichtung oder Manipulation von Daten, auszuschliessen ist. [...] Die Aufforderung zum Erstellen von Kopien ist bei Bankerhebungen die übliche Vorgehensweise.»

Nicht üblich ist, dass Banken die von ihnen übermittelten Kopien gemäss Art. 192 Abs. 2 StPO beglaubigen müssen. Gegen eine Beglaubigung der zu übermittelnden Akten sprächen nicht nur die damit verbundenen unverhältnismässigen Kosten, sondern auch der Umstand, dass die Beglaubigung des Ausdrucks einer genuin elektronischen Urkunde den Strafuntersuchungsbehörden keine erhöhte Glaubwürdigkeit verschaffen könnte, weil sie den an sich kritischen Vorgang des Medienbruchs nicht erfassen kann (vgl. dazu hinten IV.2.). Obwohl in der Strafprozessordnung eine ausdrückliche Regelung fehlt, sind elektronische Daten als Akten im Sinne von Art. 192 Abs. 2 StPO zu qualifizieren, weshalb sie als Augenscheinsobjekte gemäss Art. 193 StPO ausscheiden.⁶³

Wie im folgenden Abschnitt zu zeigen sein wird, gelten im Zivilprozessrecht andere Regeln. Im Zweifels- oder Bestreitungsfall muss die Bank als Partei gemäss Art. 178 ZPO⁶⁴ beweisen können, dass die von ihr erstellten Ausdrucke elektronischer Akten nicht nachträglich manipuliert worden sind.⁶⁵

⁶⁰ DONATSCH (Fn. 19), Art. 192 Rz. 15 f.; HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 28; LENTJES MEILI (Fn. 13), S. 183 ff.; SCHMID (Fn. 17), S. 85 ff., insb. S. 88 ff. und 92.

⁶¹ DONATSCH (Fn. 19), Art. 192 Rz. 16; ausführlich dazu SCHMID (Fn. 17), S. 88 ff.

⁶² KELLER (Fn. 19), Art. 247 Rz. 10.

⁶³ DONATSCH (Fn. 19), Art. 193 Rz. 5; SCHMID (Fn. 17), S. 87.

⁶⁴ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

⁶⁵ FÄSSLER (Fn. 39), S. 381.

bd) In elektronische Akten umgewandelte Papierschriftstücke

Nach Art. 957a Abs. 3 OR⁶⁶ gelten als Buchungsbeleg alle schriftlichen Aufzeichnungen auf Papier oder in elektronischer oder vergleichbarer Form, die notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall oder Sachverhalt nachvollziehen zu können. Art. 2 Abs. 2 GeBüV bestimmt, dass die Grundsätze der ordnungsgemässen Datenverarbeitung einzuhalten sind, wenn die Geschäftsbücher elektronisch oder auf vergleichbare Weise geführt und aufbewahrt und die Buchungsbelege elektronisch oder auf vergleichbare Weise erfasst und aufbewahrt werden. Art. 3 GeBüV zufolge sind Geschäftsbücher so zu führen und Buchungsbelege so zu erfassen und aufzubewahren, dass sie nicht geändert werden können, ohne dass sich dies feststellen lässt. Von dieser Möglichkeit, Geschäftsbücher elektronisch zu führen und Buchungsbelege elektronisch aufzubewahren, haben die Banken bekanntlich schon seit mehreren Jahrzehnten Gebrauch gemacht. Die Banken sind deshalb dazu übergegangen, ursprünglich in Papierform geschaffene Dokumente nach einer bestimmten Frist nur noch elektronisch zu speichern und die Papieroriginale zu vernichten. Diesen Vorgang nennt man Medienbruch.⁶⁷ Dass bei einem solchen Vorgang Möglichkeiten für Manipulationen bestehen, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Dabei darf man nicht vergessen, dass die Gefahr der Manipulation nicht nur bei der Umwandlung von Papieroriginalen in elektronische Akten, sondern auch beim Erstellen eines Ausdrucks von genuin digitalen Daten besteht. Es mag daher erstaunen, dass es bislang im Strafprozessrecht keine Bestimmungen über elektronische Beweismittel gibt.⁶⁸ Davon soll im folgenden Abschnitt die Rede sein.

2. Besondere Anforderungen an die Beweiskraft von elektronischen Akten im Strafprozess?

Wie schon vorn IV.1.b)bb ausgeführt, gilt gemäss Art. 10 Abs. 2 StPO im Strafprozess der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.⁶⁹ Ebenso ist schon dargelegt worden, weshalb sich Strafuntersuchungsbehörden vor allem bei Banken mit der Herausgabe von Kopien begnügen (vgl. dazu vorn IV.1.b)bc)). Soweit überblickbar, finden sich in Lehre und Rechtsprechung keine Hinweise dafür, wie vorzugehen ist, falls Zweifel an der Echtheit bzw. Unversehrtheit der von der Bank gelieferten elektronischen Akten

⁶⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

⁶⁷ FÄSSLER (Fn. 39), S. 382. Den umgekehrten Vorgang, nämlich die Erstellung eines Ausdrucks einer elektronischen Eingabe, bezeichnen GUYAN/HUBER als Trägerwandel (GUYAN/HUBER [Fn. 36], S. 81).

⁶⁸ FÄSSLER (Fn. 39), S. 381 f.

⁶⁹ WOHLERS (Fn. 58), Art. 10 Rz. 25 ff.

bestehen. Damit will nicht gesagt sein, dass sich bislang weder Strafgerichte noch Strafuntersuchungsbehörden mit der Frage der Manipulation sowohl von ursprünglichen Papieroriginalen wie auch von genuin digitalen Daten hätten befassen müssen. Dem Autor dieses Beitrags ist als Handelsrichter ein Fall bekannt, in welchem die Frage der Manipulierbarkeit von banklagernd zugestellten Bankauszügen auch im parallel geführten Strafprozess eine Rolle gespielt hat. Wie im Strafverfahren gilt auch im Zivilprozess gemäss Art. 157 ZPO der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Im Unterschied zur Strafprozessordnung definiert die ZPO den Begriff der Urkunde in Art. 177 und legt in Art. 178 das Verfahren bei Bestreitung der Echtheit einer Urkunde fest.⁷⁰ In einem Zivilverfahren kann eine Bank als Partei mit der Situation konfrontiert sein, dass die Gegenpartei den Beweiswert der von ihr vorgelegten elektronischen Akten in Zweifel zieht.⁷¹ Sie muss daher entsprechende Vorkehren treffen, um im Rahmen der freien Beweiswürdigung das Gericht davon überzeugen zu können, dass die vorgelegte Kopie bzw. der Ausdruck der elektronischen Akte dem nicht mehr vorhandenen Original in Papierform entspricht bzw. auch elektronisch nicht manipuliert worden ist. Mit der Frage, wie dieser Beweis zu erbringen ist, hat sich FÄSSLER eingehend am Beispiel der Beweisführung mit eingescannten Dokumenten befasst.⁷²

Im vorliegend untersuchten Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Banken im Strafverfahren dazu verpflichtet sind, den Strafuntersuchungsbehörden im Zweifels- oder Bestreitungsfalle darzulegen, dass die von ihnen edierten elektronischen Akten originalkonform, unverändert bzw. unversehrt sind (Grundsatz der Integrität) und auch tatsächlich von der Bank stammen (Grundsatz der Identität) oder, falls man eine solche Mitwirkungspflicht zu Recht ablehnt, mindestens darzutun hat, nach welchen Grundsätzen sie ihre Akten aufbewahrt und verwaltet. Auch wenn die Bank in der Lage wäre, diesen Nachweis zu erbringen, weil sie aus zivilprozessualen Überlegungen – wie soeben gezeigt – ihre Archivierungsprozesse entsprechend gestaltet hat, fehlen bei der Datenedition gesetzliche Grundlagen für eine solche Mitwirkungspflicht der Bank (als Dritte).⁷³

Demgegenüber bestehen im Verwaltungsverfahren weitergehende Mitwirkungspflichten. Im vorliegenden Zusammenhang sind die Vorschriften über die Beweiskraft

⁷⁰ Vgl. dazu eingehend FÄSSLER (Fn. 39), S. 381 ff.

⁷¹ FÄSSLER (Fn. 39), S. 382.

⁷² FÄSSLER (Fn. 39), S. 381 ff.

⁷³ Gl.M. SCHMID (Fn. 17), S. 93.

elektronischer Daten im Verfahrensrecht für die Inland- und die Bezugssteuer gemäss Art. 122–124 MWSTV⁷⁴ und der dazugehörigen EIDI-V⁷⁵ zu erwähnen.⁷⁶

Wird Originalkonformität, Identität oder Unverändertheit eines Beweismittels im Strafprozess angezweifelt oder gar bestritten, bleibt wohl nichts anderes übrig, als über diese Frage ein Gutachten eines Sachverständigen nach Art. 182 ff. StPO einzuholen.

3. Zeitliche Schranken für die Aktenedition

Nach Art. 958f Abs. 1 OR sind die Geschäftsbücher und die Buchungsbelege sowie der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht während 10 Jahren aufzubewahren. Die Aufbewahrungsfrist beginnt mit dem Ablauf des Geschäftsjahres. Zusätzlich ist die Dokumentationspflicht nach Art. 7 Abs. 3 GwG zu beachten. Demgemäss hat der Finanzintermediär die Belege nach Beendigung der Geschäftsbeziehung oder nach Abschluss der Transaktion mindestens während 10 Jahren aufzubewahren. Bewahrt eine Bank Belege und Geschäftsbücher länger auf, so hat sie bei einem entsprechenden Begehren einer Strafuntersuchungsbehörde auch die über die gesetzlichen Vorschriften hinaus aufbewahrten Daten und Akten herauszugeben.⁷⁷ In der Praxis kommt nicht selten vor, dass Banken aus reinem Eigeninteresse insbesondere Originale und wichtige Verträge länger aufbewahren, als gesetzlich vorgeschrieben.

V. Gesetzliche Anforderungen an die elektronische Herausgabe von Akten

1. Notwendigkeit einer qualifizierten elektronischen Signatur

a) De lege lata

Bei der elektronischen Aktenedition von Banken an Strafuntersuchungsbehörden handelt es sich um einen elektronischen Rechtsverkehr im Sinne von Art. 110 Abs. 2 StPO (vgl. dazu vorn III.1.). Art. 86 StPO betreffend die elektronische Zustellung ist vorliegend nicht anwendbar, da es nicht um eine Mitteilung der Strafuntersuchungs-

⁷⁴ Mehrwertsteuerverordnung (MWSTV) vom 27. November 2009 (SR 641.201).

⁷⁵ Verordnung des EFD über elektronische Daten und Informationen (EIDI-V) vom 11. Dezember 2009 (SR 641.201.511).

⁷⁶ Vgl. dazu FÄSSLER (Fn. 39), S. 384.

⁷⁷ HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 31.

behörden an die Bank geht.⁷⁸ Nach Art. 110 Abs. 2 StPO muss bei elektronischer Übermittlung die Eingabe mit einer *anerkannten elektronischen Signatur* versehen sein. Basierend auf Art. 110 Abs. 2 StPO bestimmt Art. 7 VeÜ-ZSSV, was als elektronische Signatur gemäss Art. 110 Abs. 2 StPO gilt. Nach dieser Bestimmung ist für eine Eingabe eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin beruht.⁷⁹ Die qualifizierte elektronische Signatur ist der natürlichen Person vorbehalten.⁸⁰ Der Grund dafür, dass in Zivil- und Strafprozessen, in Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren sowie im Rechtsverkehr mit dem Bundesgericht nach Art. 42 Abs. 4 BGG⁸¹ eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich ist, begründen KOLLER/REY damit, dass der entsprechende kryptografische Schlüssel nur einer natürlichen Person mit Sicherheit zugeordnet werden könne. Nur die qualifizierte elektronische Signatur vermöge privatrechtlich die eigenhändige Unterschrift zu ersetzen und nur für diese bestehe eine explizite (deliktische) Haftungsnorm für den Fall eines Missbrauchs.⁸² Bei dieser Rechtslage drängt sich die Frage auf, ob juristische Personen, welche über keine qualifizierte elektronische Signatur verfügen können, vom elektronischen Rechtsverkehr mit Behörden im Allgemeinen und mit Strafuntersuchungsbehörden im Besonderen ausgeschlossen sind, oder ob es andere, gleichwertige Lösungen für die elektronische Übermittlung von Eingaben bzw. von Akten gibt.

Im Gegensatz zum Zivil-, Straf- und Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren ist im Verwaltungsverfahren eine Ausnahme von der qualifizierten elektronischen Signatur in der VeÜ-VwV⁸³ statuiert. Art. 6 Abs. 2 VeÜ-VwV bestimmt, dass eine anerkannte elektronische Signatur im Sinne von Art. 21a Abs. 2 VwVG⁸⁴ nicht erforderlich ist, wenn die Identifizierung der Absenderin oder des Absenders und die Integrität der Übermittlung in anderer geeigneter Weise sichergestellt sind. Genau um diese Zielsetzung geht es auch bei der elektronischen Aktenedition einer juristischen Person.

⁷⁸ BRÜSCHWEILER DANIELA, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 86 Rz. 1 und 2.

⁷⁹ Qualifizierte elektronische Signatur gemäss Art. 2 Bst. c ZertES und qualifiziertes Zertifikat gemäss Art. 2 Bst. f ZertES.

⁸⁰ BBl 2014 1005, 1008 f.; KOLLER THOMAS/REY MATTHIAS, Haftungsrisiken beim elektronischen Rechtsverkehr mit Gerichten und Behörden des Bundes, in: Jusletter vom 11. Dezember 2006, Rz. 29.

⁸¹ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

⁸² KOLLER/REY (Fn. 80), Rz. 30.

⁸³ Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (VeÜ-VwV) vom 18. Juni 2010 (SR 172.021.2).

⁸⁴ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

In der Botschaft zur Totalrevision des ZertES vom 15. Januar 2014 ist dazu Folgendes zu lesen:

«Für einen gedeihlichen elektronischen Geschäftsverkehr unter Privaten sowie auch mit Behörden ist es für die teilnehmenden Partner wichtig, sicher zu sein, mit wem genau sie kommunizieren, bzw. sicher zu sein, ob die andere Seite auch wirklich die ist, die sie vorgibt zu sein.»⁸⁵

Im vorliegend untersuchten Zusammenhang ist somit für die Strafuntersuchungsbehörde von grosser Bedeutung, darüber Gewissheit zu haben, dass die elektronisch überlieferten Akten von der herausgabepflichtigen Bank stammen. Ist das elektronische Schreiben der Bank lediglich mit – in aller Regel zwei – qualifizierten elektronischen Signaturen von zeichnungsberechtigten Bankmitarbeitenden versehen, hat die Strafuntersuchungsbehörde noch keine Gewissheit darüber, ob die für die Bank als juristische Person handelnden Mitarbeitenden auch wirklich zeichnungsberechtigt und damit ermächtigt sind, ihr diese Akten zu liefern. In der Praxis behilft man sich bei Eingaben an Gerichte, die elektronisch signiert verschickt werden, damit, in die Signatur einen Firmeneintrag aufzunehmen.⁸⁶ Nach GUYAN/HUBER bietet diese Lösung den Vorteil, dass sie eine Zuordnung der Unterschrift zur juristischen Person bzw. zum Unternehmen sowie deren Revozierung erheblich erleichtert.

Das Problem der Zuordnung von qualifizierten elektronischen Unterschriften von natürlichen Personen zu juristischen Personen stellt sich auch im elektronischen Grundbuchverkehr.⁸⁷ Nach Art. 40 GBV⁸⁸ können elektronische Eingaben an Grundbuchämter über die Zustellplattformen nach Art. 2 und 4 VeÜ-ZSSV oder über Internetseiten des Bundes oder der Kantone erfolgen, sofern diese die Vertraulichkeit (Verschlüsselung) gewährleisten und eine mit einem Zertifikat und einem Zeitstempel einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten signierte Quittung über die Eingabe ausstellen. Die auch in dieser Bestimmung nicht gesetzlich geregelte Zuordnung von qualifizierten elektronischen Signaturen der handelnden natürlichen Personen zu juristischen Personen erfolgt durch den von der «Terravis» beauftragten Zertifizierungsdienst «Quo Vadis» gemäss den Angaben der juristischen Person. Das Unternehmen bzw. die juristische Person verpflichtet sich dazu, das Zertifikat des Mitarbeitenden zu revozieren, falls dieser das Unternehmen verlässt oder in einer anderen Rolle tätig ist als im Zertifikat vermerkt.⁸⁹

⁸⁵ BBl 2014 1010.

⁸⁶ GUYAN/HUBER (Fn. 36), S. 78 Fn. 27.

⁸⁷ PFÄFFLI ROLAND, Der elektronische Geschäftsverkehr mit besonderer Berücksichtigung der elektronischen Grundbuchanmeldung, in: Jusletter vom 28. April 2014.

⁸⁸ Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011 (SR 211.432.1).

⁸⁹ Angaben gemäss SuisseID, abrufbar unter <www.suisseid.ch>.

Obwohl diese Lösungen aus praktischer Sicht geeignet sind, das auch vom Gesetzgeber erkannte Ziel zu erreichen – nämlich beim Empfänger einer elektronischen Sendung die Gewissheit zu verschaffen, dass die andere Seite (Bank) auch wirklich die ist, die sie vorgibt zu sein⁹⁰ –, sind sie im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen.⁹¹ Einen weiteren Mangel kann man darin erblicken, dass die Zuordnung der für die juristische Person handelnden natürlichen Personen auf Angaben eben dieser juristischen Personen beruht und nicht durch eine anerkannte Anbieterin von Zertifizierungsdiensten als neutrale Stelle erfolgt. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass im traditionellen Schriftverkehr einer juristischen Person der Empfänger diese Gewissheit auch nicht hat. Es bleibt diesem nichts anderes übrig, als die Zeichnungsberechtigung der handelnden natürlichen Personen mit dem Handelsregistereintrag abzugleichen oder auf andere geeignete Weise zu überprüfen, wenn eine juristische Person nicht im Handelsregister eingetragen ist. Es verwundert daher nicht, dass der Gesetzgeber zwischenzeitlich aktiv geworden ist. Mit der in der Botschaft vom 15. Januar 2014 vorgeschlagenen Totalrevision des ZertES will der Bundesrat mit der Einführung eines elektronischen Siegels den Einsatz elektronischer Zertifikate für juristische Personen und Behörden vereinfachen.⁹² Die qualifizierte elektronische Signatur soll nach Auffassung des Bundesrates jedoch weiterhin nur natürlichen Personen zugänglich bleiben. Von dieser Revision soll im Folgenden nun die Rede sein.

b) Elektronischer Rechtsverkehr juristischer Personen mit Strafuntersuchungsbehörden de lege ferenda

Gemäss Vorschlag des Bundesrates zur Totalrevision des ZertES vom 15. Januar 2014 soll Art. 110 Abs. 2 E-StPO wie folgt lauten:

«Bei elektronischer Einreichung muss die Eingabe mit einer qualifizierten elektronischen Signatur gemäss Bundesgesetz vom [...] über die elektronische Signatur versehen werden. Der Bundesrat regelt:

- a. das Format der Eingabe und ihrer Beilagen;*
- b. die Art und Weise der Übermittlung;*
- c. die Voraussetzungen, unter denen bei technischen Problemen die Nachreichung von Dokumenten auf Papier verlangt werden kann.»*

Der Bundesrat hält also auch in der neu formulierten Bestimmung an der qualifizierten elektronischen Signatur fest und regelt, was Gegenstand der bundesrätlichen

⁹⁰ BBl 2014 1010.

⁹¹ Nur nebenbei sei bemerkt, dass sich das vorliegend untersuchte Problem auch bei Eingaben von Anwälten stellt, die sich als Aktiengesellschaft konstituiert haben.

⁹² Vgl. Fn. 4.

Verordnung bilden kann. In der Botschaft hebt er klar und deutlich hervor, dass die qualifizierte elektronische Signatur weiterhin natürlichen Personen vorbehalten sein soll.⁹³ Gleichzeitig anerkennt er, dass tatsächlich im elektronischen Geschäfts- und Behördenverkehr «ein grosser Bedarf nach Unternehmens- resp. Behördenzertifikaten» bestehe.⁹⁴ Auch anerkennt er den Wunsch der Wirtschaft nach einem vom Staat geregelten Zertifikat, das durch seinen offiziellen Charakter und eine geregelte Qualität zusätzliche Sicherheit in die Verhältnisse bringen könne.⁹⁵ Zu diesem Zweck hat er neu die geregelte elektronische Signatur,⁹⁶ das geregelte elektronische Siegel für juristische Personen⁹⁷ und zusätzlich auch das geregelte Zertifikat als Grundlage für die geregelte elektronische Signatur und das geregelte elektronische Siegel⁹⁸ in den Entwurf für das neue Zertifizierungsgesetz eingeführt.⁹⁹

Für den elektronischen Rechtsverkehr einer juristischen Person ist somit das neu ins Gesetz aufgenommene geregelte Zertifikat gemäss Art. 2 Bst. g E-ZertES und das darauf beruhende, ebenfalls neu geschaffene geregelte elektronische Siegel gemäss Art. 2 Bst. d E-ZertES von besonderem Interesse. Gemäss Legaldefinition in Art. 2 Bst. d E-ZertES ist das geregelte elektronische Siegel eine fortgeschrittene elektronische Signatur, die unter Verwendung einer sicheren Siegelerstellungseinheit nach Art. 6 E-ZertES erstellt wurde und auf einem geregelten, auf eine UID-Einheit gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. c UIDG¹⁰⁰ ausgestellten und zum Zeitpunkt der Erzeugung des elektronischen Siegels gültigen Zertifikat beruht. Das geregelte elektronische Siegel ist somit von Gesetzes wegen einer gesetzlichen UID-Einheit zugeordnet. Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c UIDG geht der Anwendungsbereich über im Handelsregister eingetragene Rechtsträger hinaus und umfasst einen grossen Kreis von Akteuren des Wirtschaftslebens. Art. 3 Abs. 1 Bst. a UIDG zufolge ist die UID-Nummer eine unveränderliche Nummer, die eine UID-Einheit eindeutig identifiziert. Eine Verbindung zwischen UID-Nummer und zeichnungsberechtigten Personen der entsprechenden im Handelsregister eingetragenen Rechtseinheit bzw. juristischen Person findet jedoch nicht statt. Verwendet eine juristische Person dieses solchermassen neu geschaffene geregelte elektronische Siegel, kann der Empfänger – im vorliegenden Fall die Strafuntersuchungsbehörde – mit Gewissheit davon ausgehen, dass die Absenderin die herausgabepflichtige Bank ist. Nicht verifizieren kann der Empfänger, ob diejenigen

⁹³ BBl 2014 1005, 1007 ff.

⁹⁴ BBl 2014 1005.

⁹⁵ BBl 2014 1011.

⁹⁶ Art. 2 Bst. c E-ZertES, BBl 2014 1040.

⁹⁷ Art. 2 Bst. d E-ZertES, BBl 2014 1040.

⁹⁸ Art. 2 Bst. f E-ZertES, BBl 2014 1040.

⁹⁹ Vgl. dazu die anschauliche Darstellung in BBl 2014 1008.

¹⁰⁰ Bundesgesetz über die Unternehmens-Identifikationsnummer (UIDG) vom 18. Juni 2010 (SR 431.03).

natürlichen Personen, welche für die juristische Person handeln, dazu befugt sind, das geregelte elektronische Siegel für die juristische Person einzusetzen. Wie bei der behelfsmässigen Verwendung der qualifizierten elektronischen Signatur im elektronischen Rechtsverkehr einer juristischen Person, muss die Verbindung zwischen juristischer Person und den für sie handelnden natürlichen Personen auf andere Weise sichergestellt werden. Darin mag man vielleicht einen Mangel erblicken. Es ist aber davor zu warnen, an die Sicherheit im elektronischen Rechtsverkehr im Vergleich zum «herkömmlichen» Schriftverkehr der juristischen Person mit einer Behörde nicht sachgerechte und damit übertreibende Anforderungen zu stellen. Auf diesen Umstand hat schon BLÖCHLINGER hingewiesen, indem er am bestehenden Konzept des elektronischen Abbildes der einfachen Schriftlichkeit kritisiert, dass dieses weit über die qualifizierte Schriftlichkeit hinausgehe.¹⁰¹

Das vom Bundesrat neu geschaffene Institut des elektronischen Siegels für juristische Personen sollte nach der hier vertretenen Auffassung nun auch in die Verfahrensgesetze Eingang finden. Der Gesetzgeber täte gut daran, nach dem Vorbild der Regelung des Verwaltungsverfahrens die entsprechenden Voraussetzungen auf der Verordnungsstufe zu regeln.¹⁰²

2. Verwendung einer gesetzlich anerkannten Zustellplattform

a) Vorbemerkung

Zur Sicherstellung der Identität, Integrität und Vertraulichkeit der elektronischen Aktenedition an eine Strafuntersuchungsbehörde muss die Übermittlung über eine gesetzlich anerkannte Zustellplattform erfolgen.¹⁰³ Die Voraussetzungen für die Anerkennung einer Zustellplattform für den elektronischen Rechtsverkehr mit Strafuntersuchungsbehörden sind in Art. 2 VeÜ-ZSSV geregelt. Nach dieser Vorschrift wird eine Plattform für die sichere Zustellung anerkannt, wenn sie für Signatur und Verschlüsselung Schlüsselpaare einsetzt, die auf Zertifikaten einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten gemäss ZertES basieren (Art. 2 Bst. a VeÜ-ZSSV), unverzüglich eine Quittung ausstellt mit dem Zeitpunkt des Eingangs einer Eingabe auf der Zustellplattform oder der Übergabe durch die Plattform an die Adressatin oder den Adressaten, diese Quittung und der von einem synchronisierten Zeitstempeldienst bestätigte Zeitpunkt mit einer elektronischen Signatur versehen sind, die auf einem Zertifikat einer anerkannten Anbieterin basiert (Art. 2 Bst. b VeÜ-ZSSV) und der Nachweis erbracht wird, welche Dokumente übermittelt wurden (Art. 2 Bst. c

¹⁰¹ BLÖCHLINGER (Fn. 5), Rz. 5.

¹⁰² Vgl. Art. 6 Abs. 2 VeÜ-VwV. Sedes materiae für den Strafprozess ist die VeÜ-ZSSV.

¹⁰³ GUYAN/HUBER (Fn. 36), S. 78; CHANSON (Fn. 52), S. 249; KOLLER/REY (Fn. 80), Rz. 7.

VeÜ-ZSSV). Nach Art. 2 Bst. d VeÜ-ZSSV sind Eingaben und Verfügungen in geeigneter Weise vor dem Zugriff durch Unberechtigte zu schützen (Vertraulichkeit). Zur Sicherstellung der Vertraulichkeit schreibt Art. 2 VeÜ-ZSSV weitere Anforderungen vor, die erfüllt sein müssen.

Zuständig für die Anerkennung von Zustellplattformen ist gemäss Art. 3 Abs. 1 VeÜ-ZSSV das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD). Das bis zum 30. Juni 2013 gemäss Art. 3 VeÜ-ZSSV zuständige Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) hat bislang folgende Zustellplattformen anerkannt:

- am 22. Dezember 2010 die Zustellplattform der Firma PrivaSphere AG,
- am 24. Dezember 2010 die Zustellplattformen der Schweizerischen Post (IncaMail Version 3.0) und des Kantons Bern (heute überführt in PrivaSphere AG), und
- am 1. Juli 2011 die von der Firma fence IT AG im Auftrag des Bundesamtes für Justiz (BJ) betriebene Eingabeplattform Open eGov Secure Inbox System für die Bundesverwaltung (OSIS-BV).¹⁰⁴

b) Zur Anforderung der Interoperabilität von mehreren Zustellplattformen im Besonderen

Art. 2 Bst. g VeÜ-ZSSV verlangt für die Anerkennung von Zustellplattformen, dass sie den Verkehr mit den anderen anerkannten Zustellplattformen sicherstellen und die Nutzung von Vermittlerfunktionen und Teilnehmerverzeichnissen unentgeltlich zur Verfügung stellen. Die mit dieser Bestimmung verlangte Interoperabilität von verschiedenen Plattformen ist für den elektronischen Rechtsverkehr und dessen künftige Entwicklung von eminenter Bedeutung.¹⁰⁵ Die Strafuntersuchungsbehörden der Kantone und des Bundes einerseits und die Banken andererseits verwenden unterschiedliche Zustellplattformen. Deren Zahl wird in Zukunft noch ansteigen. Interoperabilität ist aber nicht nur ein Problem der Anzahl vorhandener Plattformen, sondern auch von deren technischen Beschaffenheit und der von den jeweiligen Betreibern verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen.¹⁰⁶ Mit Bezug auf die Frage der Fristwahrung (vgl. dazu den folgenden Abschnitt unter 3.) ist zu berücksichtigen, dass die Betreiber jederzeit mit Systemunterbrüchen rechnen, indessen aber unterschiedliche Haftungs-

¹⁰⁴ Publikation «Elektronische Zustellplattformen» des für das EFD zuständigen Informatiksteuerungsorgans des Bundes ISB, abrufbar unter <www.isb.admin.ch>.

¹⁰⁵ CHANSON GEORGES, «Durchklick» – technische Mängel beim ERV oder Fehlurteil?, in: *Anwaltsrevue* 2012, S. 427 f.; SCHREIBER CLAUDIA, Elektronische Eingaben – eine erste Bilanz, in: *dubio* 4_12, S. 168 ff., welche die Interoperabilität als wichtigsten Problemkreis bezeichnet (zit. nach BIERI ROGER, Auch das ist ERV: Rundschau in den AGB der Betreiber, in: *Anwaltsrevue* 2013, S. 396 in Fn. 35).

¹⁰⁶ Vgl. dazu BIERI (Fn. 105), S. 393 ff.

ausschlussklauseln für den Schadenersatz verwenden.¹⁰⁷ Die gemeinsame Arbeitsgruppe der Bundesanwaltschaft, der grösseren kantonalen Staatsanwaltschaften und der Banken tut gut daran, bei der praktischen Umsetzung ihrer gemeinsamen Lösung diesem Problem grosse Beachtung zu schenken.

3. Fristwahrung

Gemäss Art. 91 Abs. 3 StPO ist bei elektronischer Übermittlung die Frist gewahrt, wenn der Empfang bei der Strafbehörde spätestens am letzten Tag der Frist durch ihr Informationssystem bestätigt worden ist. In BGE 139 IV 257 hat das Bundesgericht klargestellt, massgebend sei allein die automatische Empfangsbestätigung, der Zeitpunkt des tatsächlichen Zugriffs auf das Dokument durch einen Angestellten der betreffenden Behörde bleibe ohne Belang.¹⁰⁸ Noch nicht entschieden ist damit die Frage, wann die Frist bei einem plattformübergreifenden elektronischen Rechtsverkehr eingehalten ist. Genügt die Quittung der Plattform des Absenders oder kommt es auf die Quittung der Plattform des Empfängers an? CHANSON weist darauf hin, dass technisch noch zu regeln sei, wie dem eGov-Adressaten die Fristwahrung angezeigt werde.¹⁰⁹ Technisch geschieht die Anzeige der Fristwahrung an den eGov-Adressaten mit «gesendet» oder mit «eGov Sendedatum», «obwohl dieser Zeitpunkt den Empfang bei der ersten Plattform meint».¹¹⁰ CHANSON führt aus, dass einem Empfänger unter Umständen nicht die eben genannte zertifizierte «Sende»-Zeit angezeigt werde, sondern dass es plattformübergreifende Abweichungen gebe. Schliesslich fordert CHANSON zu Recht, dass für die Fristwahrung auch bei plattformübergreifendem elektronischem Rechtsverkehr die Quittung der ersten Plattform genügen muss.¹¹¹

De lege ferenda besteht auch bei der Regelung der Zustellplattformen auf Verordnungsstufe noch Handlungsbedarf. Wenn die Betreiber von Zustellplattformen, wie BIERI ausführt,¹¹² ihren Kunden keinen bestimmten Verfügungsgrad garantieren und dies möglicherweise aus technischen Gründen auch nicht garantieren können, weil Zustellplattformen Kapazitätsgrenzen haben und technische Pannen nicht gänzlich vermeidbar sind oder die Verfügbarkeit und Funktionsfähigkeit aus andern Gründen (z.B. durch Wartungsarbeiten) eingeschränkt ist, können dem Absender im elektronischen Rechtsverkehr durch Nichteinhalten einer Frist erhebliche Nachteile entste-

¹⁰⁷ BIERI (Fn. 105), S. 395 mit weiteren Hinweisen auf Literatur in Fn. 35 und 36.

¹⁰⁸ BGE 139 IV 260 f.; RIEDO CHRISTOF/GISI DIANA, Auch vor der Zeit ist schon zu spät, in: Baurecht BR 2013, S. 322 ff.

¹⁰⁹ CHANSON (Fn. 52), S. 251.

¹¹⁰ CHANSON (Fn. 52), S. 251.

¹¹¹ CHANSON (Fn. 52), S. 251.

¹¹² BIERI (Fn. 105), S. 395.

hen. Dies kann auch bei einer Bank als Dritte im Strafverfahren der Fall sein. Lässt sich bei einer verpassten Frist zwischen Bank und Strafuntersuchungsbehörde keine pragmatische Lösung finden, käme u.U. eine Durchsuchung vor Ort mit sichtbarer Präsenz von Polizeibeamten in den Räumlichkeiten der Bank in Betracht,¹¹³ was mindestens zu Reputationsschäden auf Seiten der Bank führen könnte. Falls sich das Nichteinhalten von Fristen wiederholen würde, wäre wohl auch die Gewährsfrage nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG¹¹⁴ ein Thema. In solchen Fällen, statt die elektronische Zustellform zu wählen, den Gang an den Postschalter zu unternehmen, mutet in der heutigen Zeit beinahe archaisch an.¹¹⁵ Der Einwand von CHANSON, der elektronische Rechtsverkehr sei ohnehin nicht für 5-vor-12-Eingaben gedacht,¹¹⁶ hilft nicht weiter. Sowohl in technischer als auch in rechtlicher Hinsicht (auf Verordnungsstufe) ist dieses Problem einer vernünftigen Lösung zuzuführen.

VI. Mögliche Rolle und Pflichten der Bank nach erfolgter elektronischer Aktenedition

1. Problemstellung

Was nach erfolgter elektronischer Aktenedition mit den digitalen Daten zu geschehen hat, bestimmen selbstverständlich die Strafuntersuchungsbehörden. Die nachfolgenden Ausführungen gehen der Frage nach, ob die Bank mit der Übermittlung der elektronischen Akten ihre gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt hat, oder ob aus der Nachbearbeitung durch die Strafuntersuchungsbehörden noch weitere Aufgaben auf die Bank zukommen können.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist mit HANSJAKOB/FELS davon auszugehen, dass der Edition von Bankunterlagen ein zweistufiges Verfahren zugrunde liegt.¹¹⁷ Da nicht zum Vornherein klar ist, welche der zu edierenden Bankunterlagen beweisrelevant sein werden, sollte die Editionsverfügung vorerst als Durchsuchung ausgestaltet sein. Erst in einem zweiten Schritt sind die triagierten beweisrelevanten Unterlagen dann zu beschlagnahmen (vgl. dazu vorn II.3.a) und b)).¹¹⁸ Wie schon weiter vorn erwähnt, hat die Bank bei der Edition vorab zu prüfen, ob die Strafuntersuchungsbehörden

¹¹³ Vgl. dazu vorn IV.1.b)bc).

¹¹⁴ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0).

¹¹⁵ BIERI (Fn. 105), S. 395.

¹¹⁶ CHANSON (Fn. 52), S. 251.

¹¹⁷ HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 27.

¹¹⁸ HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 28 f.

Daten bzw. Akten herausverlangen, die gemäss Art. 264 StPO nicht beschlagnahmt werden dürfen. In einem solchen Fall kann sie die Siegelung nach Art. 248 StPO verlangen (vgl. nachfolgend 4.).

2. Nachbearbeitung der auf elektronischem Wege edierten Akten durch die Strafuntersuchungsbehörden

Wie im eingangs dieses Beitrages geschilderten Fallbeispiel erwähnt, verlangen die Strafuntersuchungsbehörden von den Banken Dokumente in gut lesbarer Kopie und in elektronischer Form, und zwar in einem bearbeitbaren Format (vgl. dazu vorn I.). Diese zusätzliche elektronische Zustellung soll es den Strafuntersuchungsbehörden erlauben, die verlangten Unterlagen weiter zu bearbeiten, insbesondere um herauszufinden, welche Daten bzw. Akten für die Beweisführung nötig und daher zu beschlagnahmen sind. Häufig wird ein Excel-File oder eine Zustellung im Format PDF verlangt. Dieses Vorgehen erspart einer Staatsanwaltschaft die unnötige Arbeit, die von der Bank erhaltenen Auszüge in Kopie ihrerseits in ein Excel-Format zu übertragen und weiter zu bearbeiten. Durch die elektronische Zustellung lassen sich nicht nur Leerläufe, sondern auch Eingabefehler bei den Staatsanwaltschaften vermeiden.

Haben die Strafuntersuchungsbehörden aus der Fülle der gelieferten Unterlagen jene Akten identifiziert, welche sie gemäss Art. 263 StPO beschlagnahmen und nach Art. 192 StPO entweder im Original oder in Kopie zu den Akten nehmen wollen, verlangen sie von der Bank, nötigenfalls das entsprechende Original herauszugeben und zu übermitteln.¹¹⁹ Sind sie bereits im Besitze von Kopien der Originale oder von Kopien der Ausdrücke aus genuin digitalen Daten, ist die erneute Zustellung von Kopien seitens der Bank überflüssig. Ist die Aktenedition seitens der Bank allerdings nur elektronisch erfolgt, und besteht die Strafuntersuchungsbehörde auf Kopien in Papierform, so wird die Bank nicht umhin kommen, dem Begehren der Strafuntersuchungsbehörde nach Herausgabe von Kopien nachzukommen. Mit Fug darf man sich fragen, ob ein solches Vorgehen heute noch zeitgemäss ist. Diese Feststellung gilt indes auch für Originale.

Wie weiter vorn dargestellt (vgl. IV.1.b)bb)), ist ein Original im Strafverfahren nur dann erforderlich, wenn bei einem Schriftstück sowohl der Schriftträger wie auch die darauf verwendete Tinte etc. mit physikalischen und chemischen Methoden untersucht werden müssen.¹²⁰ Diese Ausführungen zeigen wohl mit aller Deutlichkeit auf, dass die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 noch nicht auf das

¹¹⁹ Zur Frage, ob die Herausgabe des Originals notwendig ist oder ob eine Kopie genügt, sei auf die Ausführungen vorn unter IV.1.b) verwiesen.

¹²⁰ DONATSCH (Fn. 19), Art. 192 Rz. 4; BÜRGISSE (Fn. 56), Art. 192 Rz. 6.

«papierlose Büro» der Strafuntersuchungsbehörden ausgerichtet ist, wie das SCHMID in seinem Beitrag aus dem Jahre 1993 für die Bereiche der Wirtschaft als Zukunftsvision beschrieben hat.¹²¹

3. Sicherstellung der Akteneinsicht gemäss Art. 192 Abs. 3 StPO

Nach Art. 192 Abs. 3 StPO können die Parteien im Rahmen der Vorschriften über die Akteneinsicht die Beweisgegenstände einsehen. Von diesem Vorgang sind die Banken eigentlich gar nicht betroffen. Die Strafuntersuchungsbehörden haben indessen sicherzustellen, dass den einsichtsberechtigten Personen keine elektronisch übermittelten Akten zur Einsicht offengelegt werden, die sie nicht beschlagnahmt haben und daher der Bank analog der für die Siegelung geltenden Regelung von Art. 248 Abs. 2 StPO zurückgeben oder vernichten müssen.¹²² Hat die Bank die Siegelung von elektronischen Akten verlangt, dürfen diese nicht zu den Akten erhoben und zur Einsicht offengelegt werden.¹²³ Bestreitet eine einsichtsberechtigte Person die Echtheit der zu den Akten erhobenen Urkunden (auch elektronische Daten), so ist die Bank nach der hier vertretenen Auffassung mangels gesetzlicher Grundlage nicht verpflichtet, wie etwa im Zivilprozess gemäss Art. 178 ZPO, die Echtheit zu beweisen (vgl. dazu vorn IV.2.). Dies könnte allenfalls Aufgabe eines Sachverständigen gemäss Art. 182 ff. StPO sein.

4. Die Siegelung elektronischer Akten

Sind digitale Daten auf elektronischen Datenträgern, wie Festplatten, CD-ROM etc., gespeichert, lassen sich solche wie Sachgegenstände nach den herkömmlichen Regeln versiegeln.¹²⁴ Stammen die elektronisch überlieferten Daten indessen aus einer Datenanlage der Bank, so bleibt der Weg, für den Ausdruck in Papierform die Siegelung zu verlangen. Versiegelte Akten darf die Strafuntersuchungsbehörde bis zum Abschluss des Entsiegelungsverfahrens weder einsehen noch verwenden (Art. 248 Abs. 1 StPO).¹²⁵ Wollte man auf der elektronischen Aktenedition bestehen, bliebe die Möglichkeit offen, die elektronisch überlieferten Akten bei einer Revisionsgesellschaft

¹²¹ SCHMID (Fn. 17), S. 85.

¹²² Für die Praxis bei Verstreichen der Frist zur Stellung eines Entsiegelungsgesuchs vgl. HANSJAKOB/FELS (Fn. 11), S. 42 bei Fn. 47.

¹²³ DONATSCH (Fn. 19), Art. 192 Rz. 13.

¹²⁴ THORMANN OLIVIER/BRECHBÜHL BEAT, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung – Art. 196–457 StPO, Art. 248 Rz. 14; KELLER (Fn. 19), Art. 248 Rz. 5.

¹²⁵ KELLER (Fn. 19), Art. 248 Rz. 3.

bis zur rechtsgültigen Aufhebung der Siegelung unter Verschluss zu halten. Für den elektronischen Rechtsverkehr zwischen Bank und mandatierter Revisionsgesellschaft kämen die gleichen Regeln, wie sie in diesem Beitrag beschrieben worden sind, zur Anwendung (vgl. vorn IV. und V.).

VII. Fazit

1. Der elektronische Rechtsverkehr zwischen Banken und Strafuntersuchungsbehörden steckt noch in den Kinderschuhen. Wo die Strafuntersuchungsbehörden Originale benötigen, kann der elektronische Rechtsverkehr zum Vornherein keine Anwendung finden.
2. Die Strafprozessordnung sowie die Gesetze und Verordnungen über den elektronischen Rechtsverkehr tragen den legitimen Bedürfnissen von Behörden und Wirtschaft noch zu wenig Rechnung.
3. De lege ferenda ist im Rahmen der Totalrevision des Zertifizierungsgesetzes und der Verfassungsgesetze zu fordern, dass der Gesetzgeber für den elektronischen Rechtsverkehr juristischer Personen praktikable Regeln erlässt. Dies kann sowohl auf Gesetzes- wie auch auf Verordnungsstufe geschehen.
4. Soll der elektronische Rechtsverkehr von Privaten, Unternehmen und Behörden diesen wirklich einen Nutzen bringen, ist dem Bedürfnis nach Sicherheit einerseits und dem Gebot der Einfachheit andererseits in ausgewogener Weise Rechnung zu tragen.