

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

E-Evidence in der Schweiz

Ein US-amerikanischer Fall, übertragen auf schweizerische Verhältnisse

MARTIN KAUFMANN

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	704
1.	E-Evidence	704
2.	Thema dieser Arbeit	704
II.	Der Fall «Zubulake vs. UBS Warburg LLC»	705
1.	Der Sachverhalt	705
2.	Vorbemerkungen zur Rechtslage in der Schweiz	707
III.	Herausgabepflicht eines ganzen E-Mail-Verkehrs	707
1.	Situation vor dem Prozess	707
a)	Materiellrechtliche Auskunftsansprüche	708
b)	Begründung der Kündigung	709
c)	Auskunftsrecht nach DSG	711
d)	Vorsorgliche Beweiserhebung	711
2.	Situation im Vorverfahren bzw. im Schriftenwechsel	712
a)	Substantiiertes Behaupten als Voraussetzung für die Beweisabnahme	712
b)	Flexible Anforderungen an das Substantiiieren	714
c)	Pflicht der Beklagten zum substantiierten Bestreiten	715
3.	Situation im Beweisverfahren (während der Hauptverhandlung)	717
a)	Mitwirkungslast der nicht beweisbelasteten Beklagten	717
b)	Mitwirkungsverweigerungsrecht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses	718
4.	Zusammenfassung	719
IV.	Beweiswürdigung	720
1.	Keine Verletzung der Mitwirkungspflicht der UBS	720
2.	Erleichterungen im schweizerischen Recht	720
a)	Vermutungen	720
b)	Absenken des Beweismasses für die Kausalität eines Kündigungsgrundes	721
c)	Umkehr der Beweislast	721
V.	Fazit	722

I. Einleitung

1. E-Evidence

«E-Evidence» oder «Digital Evidence» ist ein Beweismittel, das in digitaler Form übertragen oder aufbewahrt wird¹. Darunter fallen Textdokumente, digitale Photos, E-Mails, Internet-Browser Verläufe, ganze Backups von Computern, Instant Message Verläufe, Spuren im Global Positioning System (GPS), Aufzeichnungen von Überwachungskameras und vieles mehr². Der Gebrauch von E-Evidence wirft v.a. Fragen nach der Echtheit und nach der Unversehrtheit von elektronischen Beweisdokumenten auf. Digital gespeicherte Beweismittel unterscheiden sich von den herkömmlichen Beweismitteln aber auch durch ihre *Menge* und die *Suchmöglichkeiten*³.

2. Thema dieser Arbeit

Ich werde in diesem Artikel keine umfassende Abhandlung zum Thema «E-Evidence» liefern. Stattdessen möchte ich mich auf den Fall Zubulake vs. UBS Warburg beschränken, der in den Jahren 2003–2005 vor dem United States District Court for the Southern District of New York geführt wurde. Anhand dieses Falles möchte ich als hauptberuflich erstinstanzlicher Richter und nebenberuflicher Lehrbeauftragter für Zivilprozessrecht und Beweisführung untersuchen, ob die schweizerische Justiz unter Anwendung der schweizerischen Rechtslage zu einem ähnlichen Ergebnis wie das New Yorker Gericht gekommen wäre oder nicht. Ich möchte vergleichen, ob die Möglichkeit zur beinahe unbegrenzten Beschaffung von Information durch «E-Evidence» bzw. durch die «E-Discovery» zu besseren Lösungen führt als die wesentlich eingeschränkteren Möglichkeiten in der Schweiz.

Dabei kann ich bei weitem nicht alle Fragen behandeln, die in diesem Fall aufgeworfen wurden. Ich werde mich auf folgende zwei Fragen konzentrieren:

¹ Vgl. z.B. EOGHAN CASEY, Digital Evidence and Computer Crime, 3. Aufl. 2011, S. 7 ff.

² Vgl. NELSON SHARON D./OLSEN BRUCE A./SIMEK JOHN W., The Electronic Evidence and Discovery Handbook, American Bar Association, 2006, S. 4 f.; aber auch: FANGER RETO, Digitale Dokumente als Beweis im Zivilprozess, Diss., Basel 2005, S. 41 ff.

³ Vgl. z.B. GASSER URS/THURMAN JAMES M., E-Discovery – wichtige Neuerungen im amerikanischen Prozessrecht, ZZZ 2006, S. 445 ff., S. 445 f. – Zum regelmässig sehr grossen Aufwand bei e-Discovery vgl. auch FAVELLI DANIELE, Dokumentenedition im internationalen Verhältnis – e-Discovery und Rechtshilfe, in: Kren Kostkievicz et al. (Hrsg.), Beweisrecht der neuen ZPO – Chancen und Risiken, Bern 2012, S. 13 ff., S. 14 f.

1. Wäre der Fall Zubulake vs. UBS vor schweizerischen Gerichten geführt worden, hätte die Arbeitnehmerin Chancen, an *Informationen aus den E-Mail-Konten der Mitarbeitenden der Arbeitgeberin* zu kommen?
2. Wäre der Fall Zubulake vs. UBS vor schweizerischen Gerichten geführt worden, hätten schweizerische Gerichte *ein ähnliches Urteil* gefällt wie der United States District Court for the Southern District of New York?

II. Der Fall «Zubulake vs. UBS Warburg LLC»

1. Der Sachverhalt

Laura A. Zubulake war Bankerin und liess sich im August 1999 als «Director, Senior Equity Institutional Salesperson» des «U.S. Asian Equities Sales Desk» der UBS Warburg LLC in New York anstellen⁴. Sie bekundete bereits vor ihrer Anstellung ihr Interesse an der Stelle ihres Vorgesetzten, falls und sobald dieser seine Position verlasse. Nach dessen Weggang nach London Ende des Jahres 2000 wurde ihr Interesse an der vakanten Stelle aber nicht beachtet. Sie bekam einen neuen, männlichen Vorgesetzten. Im Laufe des Jahres 2001 fühlte sich Zubulake in zunehmendem Masse schikaniert, z.B. indem ihr Arbeitsplatz beim Umzug von Stamford nach Manhattan nicht bei den ihr gleichgestellten Arbeitskollegen (alle männlich), sondern bei den (weiblichen) Assistentinnen eingeplant wurde. Von einem Kundenanlass im Strip-Club war sie ausgeschlossen. Ihr Vorgesetzter soll sie an einer Teamsitzung vor all ihren Kollegen gefragt haben, ob sie glaube, dass jemand hier sie «liebe». Ihre ganze berufliche Glaubwürdigkeit fühlte sie zunehmend untergraben und schliesslich, aus heiterem Himmel, warf ihre Arbeitgeberin ihr schlechte Resultate vor. Am 16. August 2001 reichte Zubulake eine Beschwerde wegen Geschlechterdiskriminierung bei der «Equal Employment Opportunity Commission» (EEOC) ein.

Weniger als zwei Monate später, am 9. Oktober 2001 wurde Laura Zubulake entlassen, angeblich wegen Verfehlung der nötigen Resultate und mangelnder Teamfähigkeit. Laura Zubulake sah in der Entlassung hingegen einen Racheakt auf ihre Beschwerde wegen Geschlechterdiskriminierung bei der EEOC. Deshalb entschied sie sich, gegen ihre Arbeitgeberin zu klagen und erhob am 16. Oktober 2001 Klage mit der Begründung, sie sei aus Rache entlassen worden.

Die entlassene Bankerin hatte als eine der ersten in der Justizgeschichte der USA die Idee, von ihrer ehemaligen Arbeitgeberin den gesamten sie betreffenden E-Mail-

⁴ Die Detailinformationen sind entnommen aus: ZUBULAKE LAURA A., *Zubulake's e-Discovery – The untold story of my quest for justice*, New York 2012.

Verkehr herauszuverlangen⁵. Sie vermutete bereits im Jahr 2001, dass der Meinungsaustausch bei UBS zu einem grossen Teil per E-Mail erfolgt sein könnte. E-Mails werden niederschwelliger als Papierbriefe geschrieben und werden häufig an mehr Empfänger gesandt, sind aber – vorausgesetzt, sie wurden nicht verfälscht – ebenso dauerhaft wie Papierbriefe. Damit konnte sie mit authentischen Informationen die internen Entscheidungsfindungen ihrer früheren Arbeitsgeberin und jetzigen Prozessgegnerin einsehen und insbesondere auch die im Prozess zu erwartenden Zeugenaussagen kontrollieren⁶.

Im Rahmen des vorprozessualen Discovery-Verfahrens verlangte Laura Zubulake deshalb die Herausgabe aller Dokumente (v.a. E-Mails), die irgendwelche Kommunikation von oder zwischen UBS-Angestellten über sie enthielten. Nachdem UBS etwa 100 Seiten E-Mail Verkehr eingereicht hatte, legte sie selber ca. 450 relevante Seiten mit E-Mails vor. Damit zeigte sie, dass UBS ihrem Editionsantrag bei Weitem nicht vollständig nachkam.

Der Fall zog sich über fünf Etappen hin, in denen das Gericht zuerst über die Herausgabepflicht von UBS und die Übernahme der immensen Kosten dafür entschied⁷. Nachdem UBS keine ausreichenden Daten eingereicht hatte, wurde festgestellt, dass die Backup-Bänder die wohl entscheidenden E-Mails nicht (mehr) enthielten. Darauf ordnete das Gericht an, dass auf Kosten der UBS gewisse Zeugen zu befragen seien, eingeschränkt auf die Frage der Zerstörung der elektronisch gespeicherten Beweismittel⁸. In der fünften und letzten Etappe stellte das Gericht u.a. fest, dass UBS entgegen gerichtlicher Verfügungen willentlich E-Mails zerstört habe. Es äusserte sich auch kritisch zum Verhalten der Rechtsanwälte. Diese seien zumindest teilweise verantwortlich, dass Dokumente zerstört worden seien. Es sei aber ihre Pflicht, dass «[c]ounsel must take affirmative steps to monitor compliance so that all sources of discoverable information are identified and searched»⁹. Die Rechtsanwälte müssten dafür garantieren, dass die relevanten Dokumente aufbewahrt würden, indem sie einen «litigation hold» einrichten, d.h. dass bei sich abzeichnendem Rechtsstreit alle relevanten Daten aufbewahrt würden. In ihren Instruktionen an die «Jury» ging Richter Shira Scheindlin von einer möglichen *Verletzung der Mitwirkungspflichten* durch UBS aus und ordnete Folgendes an:

⁵ Vgl. ZUBULAKE (Fn. 4), S. 67 f.

⁶ Vgl. ZUBULAKE (Fn. 4), S. 48.

⁷ Zubulake I, Zubulake vs. UBS Warburg, 13. Mai 2003, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003) und Zubulake III, Zubulake vs. UBS Warburg, 24. Juli 2003, 216 F.R.D. 280 (S.D.N.Y. 2003).

⁸ Zubulake IV, Zubulake vs. UBS Warburg, 22. Oktober 2003, 220 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003).

⁹ Zubulake V, Zubulake v. UBS Warburg, 20. Juli 2004, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004).

«If you find that UBS could have produced this evidence, the evidence was within its control, and the evidence would have been material in deciding facts in dispute in this case, you are permitted, but not required, to infer that the evidence would have been unfavorable to UBS»¹⁰.

Nachdem das erstinstanzliche Gericht Laura Zubulakes Klage gutgeheissen hatte, einigte sich die ehemalige Bankerin mit UBS, wonach diese Schadenersatz und «Punitive Damages» in der Höhe von ca. USD 29,3 Mio. an Laura Zubulake bezahlte.

2. Vorbemerkungen zur Rechtslage in der Schweiz

Laura Zubulake machte in diesem Verfahren geltend, sie sei zufolge ihres weiblichen Geschlechts diskriminiert worden. Deshalb habe sie eine Schlichtungsstelle in Gleichstellungsfragen angerufen. Weniger als zwei Monate später sei sie entlassen worden. Für Laura Zubulake war das eine Racheündigung.

Eine arbeitsrechtliche Racheündigung ist in der Schweiz durch Art. 336 OR sanktioniert. Gemäss Art. 336 OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (Art. 336 Abs. 1 Bst. d OR). Die missbräuchlich kündigende Partei hat der anderen eine Entschädigung zu bezahlen. Einen speziellen Kündigungsschutz gewährt überdies das Gleichstellungsgesetz, das als «lex specialis» vorgeht. Gemäss Art. 10 Abs. 1 GIG gilt Folgendes:

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber ist anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer folgt.

Kommt Art. 10 GIG zur Anwendung, kommt die Beweiserleichterung von Art. 6 GIG zur Anwendung. Auf diese werde ich in Kapitel IV. eingehen.

III. Herausgabepflicht eines ganzen E-Mail-Verkehrs

1. Situation vor dem Prozess

Laura Zubulake musste beweisen, dass sie diskriminiert und anschliessend aus Rache für ihre Beschwerde bei der EEOC entlassen wurde. Im Verfahren vor dem Gericht in

¹⁰ Zubulake V (Fn. 9).

Manhattan musste sie den *direkten Beweis* für die Diskriminierung und insbesondere das (innere) Motiv der Rachekündigung antreten.

In dieser Konstellation gilt es Tatsachen zu beweisen, die typischerweise schwierig beweisbar sind. Einerseits muss die gekündigte Partei als *Kündigungsgrund* innere Tatsachen beweisen, für die sie in der Regel gar keine Beweismittel haben kann. Andererseits muss die gekündigte Partei den *Kausalzusammenhang* zwischen Kündigungsgrund und Kündigung beweisen.

Laura Zubulake müsste auch vor einem Prozess in der Schweiz so viel Tatsachenkenntnis wie möglich zusammentragen mit dem Ziel, ihre Klage möglichst gut substantiieren zu können¹¹. Als präparatorische Informationsmöglichkeiten kommen in Betracht: (a) das Geltendmachen von materiellrechtlichen Auskunftsansprüchen, (b) das Verlangen einer Begründung der Kündigung und (c) vorsorgliche Beweiserhebungen (Art. 158 ZPO).

a) **Materiellrechtliche Auskunftsansprüche**

Hätte die Arbeitnehmerin ein materiellrechtliches Auskunftsrecht gegenüber ihrer ehemaligen Arbeitgeberin, wäre ihr stark geholfen, denn dann könnte sie entweder vorprozessual ihre Auskunftsansprüche geltend machen oder eine Stufenklage (Art. 85 ZPO) erheben. Überdies wäre ihre Gegenpartei verpflichtet, die verlangten Auskünfte zu liefern und hätte nicht bloss eine Obliegenheit dazu. Die Unterschiede zwischen der Situation mit und ohne materiellrechtliche Auskunftsrechte sehen zusammengefasst wie folgt aus:

	Beweiserhebung gestützt auf materiellrechtliche Auskunftsrechte	Beweiserhebung ohne materiellrechtliche Auskunftsrechte
Rechtsgrundlage	Materielles Recht	Nur Prozessrecht
Zeitpunkt der Geltendmachung	Vor oder im Prozess (Stufenklage)	Im Prozess
Substantiierung	Entbindet von der Substantiierung in der Klage bis längstens zum Erfüllen der Pflicht	Setzt eine möglichst genaue Substantiierung voraus
Verweigerungsrechte	Keine	Prozessrechtliche Verweigerungsrechte gemäss Art. 165 ZPO
Konsequenz bei einer Pflichtverletzung	Zwang, Strafe	Keine, Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung

¹¹ Vgl. unten Kapitel 2a.

Vereinzelt wird in der schweizerischen Lehre eine materiellrechtliche Auskunftspflicht auch da bejaht, wo das Gesetz eine solche nicht ausdrücklich vorsieht¹². WALDMANN sieht zwei Quellen als Ursprung dieser Lehrmeinungen¹³: Die eine findet sich im deutschen Recht. Das deutsche Reichsgericht hat bereits im Jahr 1923 die Formel geprägt, wonach als Ausfluss aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ein Vertragspartner verpflichtet ist, Auskünfte zu erteilen, deren der andere Partner zur Berechnung seiner vertraglichen Ansprüche bedarf¹⁴. Die andere Quelle wird in MERZ' Kommentierung zu Art. 2 ZGB gesehen. MERZ leitet ebenfalls aus Treu und Glauben eine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht im Zuge der Vertragsabwicklung ab¹⁵. Eine auf Treu und Glauben abgestützte, ansonsten ungeschriebene materiellrechtliche Auskunftspflicht hat sich in der Schweiz aber (noch) nicht durchgesetzt. Vielmehr haben in letzter Zeit gleich zwei Dissertationen eine dem widersprechende Meinung geäußert. WALDMANN verneint eine planwidrige Unvollständigkeit der Rechtslage, die die Annahme einer Lücke und deren Füllen erlauben würde¹⁶. STÄUBER hält das Zivilprozessrecht allein durch Verweis auf seine dienende Funktion nicht für legitimiert, ein materiellrechtliches Auskunftsinstrumentarium dort vorzusehen, wo das materielle Recht selbst kein solches vorsieht¹⁷.

Abschliessend lässt sich sagen, dass Laura Zubulake in der Schweiz kein materiellrechtliches Auskunftsrecht gehabt hätte und gestützt auf Art. 2 ZGB kaum wesentliche Informationen über die wahren Kündigungsgründe erhalten hätte.

b) Begründung der Kündigung

Das schweizerische Recht sieht die Möglichkeit vor, dass die Vertragspartei, der gekündigt wird, eine Begründung der Kündigung verlangen kann (Art. 335 Abs. 2 OR). Hätte sich der Fall in der Schweiz zugetragen, hätte Laura Zubulake sicherlich eine

¹² Vgl. MERZ HANS, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Einleitung – Artikel 1–10 ZGB, Bern 1966, Art. 2 Rz. 260 ff.; LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Basel 2005, S. 9 ff.; AFFOLTER MARKUS, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Diss., St. Gallen 1994, S. 10.

¹³ Vgl. WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Diss., Basel 2009, S. 184 f.

¹⁴ BGHZ 10, 387, vgl. RGZ 108 1, 7. Vgl. v.a. auch DERNBURG HEINRICH, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussen, Bd. II, 1. Abteilung: Die Schuldverhältnisse, 4. Aufl. Halle a.d.S. 1909, § 38 I, S. 100 f.

¹⁵ Vgl. MERZ (Fn. 12), Art. 2 Rz. 278.

¹⁶ Vgl. WALDMANN (Fn. 13), S. 187.

¹⁷ Vgl. STÄUBER RICHARD, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess, Diss., St. Gallen 2011, S. 99. – Ähnlich DROESE LORENZ, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss., Zürich 2008, S. 261.

solche Begründung verlangt. Die Begründungspflicht ist aber nicht zu vergleichen mit einer materiellrechtlichen Auskunftspflicht. Der Bundesrat schreibt in der Botschaft sogar nur von einer «Anstandspflicht»¹⁸. Mit der Begründungspflicht ist auf jeden Fall keine Pflicht zur Herausgabe von Beweismaterial verbunden.

Die Nichterfüllung der Begründungspflicht hat vorerst keine direkten Konsequenzen¹⁹. Überdies gilt die Begründungspflicht selbst dann als erfüllt, wenn die kündigende Partei sich in wenig aussagekräftige Floskeln flüchtet und sich davor hütet, einen Kündigungsgrund zu nennen, der vom Gesetz verpönt wird und weitreichende finanzielle Folgen hätte. Immerhin kann ein solches Verhalten Auswirkungen auf die Verlegung der Kosten eines nachfolgenden Prozesses haben²⁰.

Ist der Arbeitnehmer mit der erhaltenen Begründung nicht einverstanden oder behauptet er, die angeführte Begründung sei nicht kausal für die Kündigung, liefert ihm die Begründung «Stoff», um die angeführten Gründe zu bestreiten. Der wirkliche Kündigungsgrund ist damit aber noch nicht bewiesen. Die gesetzliche Beweislastregelung gemäss Art. 8 ZGB, wonach die gekündigte Partei, die eine missbräuchliche Entlassung behauptet, die Beweislast für den Kündigungsgrund trägt, bleibt unverändert bestehen²¹. Das Bundesgericht hat aber immerhin in BGE 121 III 60 erklärt, dass im Rahmen der Beweismwürdigung berücksichtigt werden dürfe, dass der Arbeitgeber die Kündigung nicht richtig begründet habe. Eine unrichtige Begründung mache eine Kündigung aber noch nicht missbräuchlich²². Auch eine gesetzliche Vermutung der Missbräuchlichkeit bei falscher Begründung gebe es nicht²³. Diese Rechtsprechung entwickelte das Bundesgericht weiter in BGE 130 III 669. Das höchste Gericht erlaubte in diesem Entscheid eine (natürliche) Vermutung anzunehmen mit dem Inhalt, dass eine Kündigung dann missbräuchlich sei, wenn das von der kündigenden Partei angegebene Motiv nicht der Realität entspreche²⁴.

¹⁸ Vgl. BBl 1984 II 113 ff.

¹⁹ Sie macht insbesondere die Kündigung nicht ungültig. Vgl. BGE 121 III 60; STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. Zürich 2012, Art. 335 Rz. 14.

²⁰ Vgl. BBl I 1984 II 596. Vgl. AGer Zürich JAR 1993, S. 202 und PORTMANN WOLFGANG, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I – Art. 1–529 OR, 5. Aufl. Basel 2011, Art. 335 Rz. 26; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 19), Art. 335 Rz. 14.

²¹ Vgl. BGE 130 III 699, 703 E. 4.1 und 121 III 60, 62 E. 3b. – Vgl. auch REHBINDER MANFRED, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht – Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014, Art. 335 Rz. 10.

²² Vgl. BGE 121 III 60, 63 E. 3c.

²³ Vgl. BGE 121 III 60, 62 E. 3b und STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 19), Art. 335 Rz. 14.

²⁴ Vgl. BGE 130 III 699, 703 E. 4.1. Vgl. auch die Urteile des Bundesgerichts 4C.121/2001 vom 16. Oktober 2001, E. 3; 4A_444/2007 vom 17. Januar 2008, E. 5; 4C.282/2006 vom 1. März 2007; 4A_665/2010 vom 1. März 2011 E. 7.3.

Die ehemalige Arbeitgeberin begründete die Kündigung gegenüber Laura Zubulake mit ungenügenden Ergebnissen sowie mangelnder Teamfähigkeit. In der Schweiz würde die entlassene Arbeitnehmerin sicherlich diese Begründung zu bestreiten versuchen. Sie würde damit aber die wirklichen Gründe weder kennen noch wäre sie in der Lage, diese zu beweisen.

c) **Auskunftsrecht nach DSG**

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Art. 8 DSG in diesem Fall keinen Anspruch auf Urkundenedition verschafft. Dieser Gesetzesartikel verschafft zwar einen Auskunftsanspruch in eine Datensammlung. Gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG ist das DSG aber nicht anwendbar im Rahmen von Zivilprozessen. Da Laura Zubulake Informationen im Hinblick auf die gerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche braucht, besteht der Informationsanspruch gemäss Art. 8 DSG nicht²⁵.

d) **Vorsorgliche Beweiserhebung**

Laura Zubulake könnte in schweizerischen Verhältnissen prüfen, ob sie in Anwendung von Art. 158 ZPO vor Einleitung des Verfahrens Beweismaterial beschaffen könnte. Diese Bestimmung sieht vor, dass das Gericht jederzeit Beweis abnimmt, wenn eine Partei ein schutzwürdiges Interesse²⁶ geltend macht.

Wesentlich ist aber die Erkenntnis, dass Art. 158 ZPO keine Informationsansprüche einräumt, die das übrige materielle und formelle Recht nicht ohnehin vorsieht. Logischerweise gilt: «[D]er Umfang der Beweiserhebung im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung [...] [kann] nicht weiter sein als die Beweiserhebung in einem penden-ten Prozess»²⁷.

Zusätzlich müsste die entlassene Arbeitnehmerin die Beweismittel genau bezeichnen bzw. ihre Beweisanträge genau substantiieren²⁸. Wird eine vorsorgliche Beweiserhe-

²⁵ Vgl. BGE 138 III 425 E. 4.4. Vgl. auch SCHMID HANS, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkomentar ZPO*, 2. Aufl. Basel 2014, Art. 158 Rz. 4b.

²⁶ Mit dem Hinweis in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., 7315, wonach die Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten ein ausreichendes schutzwürdiges Interesse sei, ist dieses i.d.R. gegeben.

²⁷ BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO – insbesondere zur Klärung der Prozessaussichten, in: Kren Kostkievicz et al. (Hrsg.), *Beweisrecht der neuen ZPO – Chancen und Risiken*, Bern 2012, S. 1 ff., S. 4.

²⁸ Vgl. BRÖNNIMANN (Fn. 27), S. 4; GÄUMANN STEFAN/MARGHITOLA RETO, Editions-pflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, in: Jusletter vom 14. November 2011, Rz. 47; SCHWEIZER MARK, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, in: ZZZ 2010, S. 1 ff., S. 12.

bung beantragt, ist der materiellrechtliche und mit Klage zu definierende Anspruch zwar noch nicht genau festgelegt. Deshalb können in Frage kommende Beweismittel «breiter» erhoben werden. Es ist nur die *mögliche Tauglichkeit* zur Begründung der Klage zu prüfen²⁹. Dennoch besteht die Gerichtspraxis zu Art. 158 ZPO auf einer genauen Umschreibung des vorsorglich zu erhebenden Beweismittels³⁰. Es ist nicht möglich, im Verfahren von Art. 158 ZPO Ausforschungsbeweise zu erheben. Art. 158 ZPO gewährt *kein dem US-amerikanischen Recht ähnliches Discovery-Verfahren*³¹. Namentlich wird das Verfahren der vorsorglichen Beweiserhebung nicht dazu taugen, Urkunden zu beschaffen, von deren Existenz die Gesuchstellerin keine Kenntnis hat³².

Würde der eingangs geschilderte Fall auf schweizerische Verhältnisse übertragen, könnte Laura Zubulake folglich nicht damit rechnen, im Verfahren von Art. 158 ZPO bisher unbekannte Fakten oder Beweismittel zu beschaffen, um sie dann zur Begründung der Klage verwenden zu können.

2. Situation im Vorverfahren bzw. im Schriftenwechsel

a) Substantiiertes Behaupten als Voraussetzung für die Beweisabnahme

In der Schweiz wäre Laura Zubulake gleich wie in den anderen kontinentaleuropäischen Ländern mit dem Grundsatz konfrontiert gewesen, dass sie die Tatsachen, auf die sie ihren Anspruch stützt, *substantiiert behaupten* muss. Die Pflicht (Last) zu behaupten und zu substantiieren wird aus der *Verhandlungsmaxime*³³ abgeleitet. Sie

²⁹ KILLIAS LAURENT/KRAMER MICHAEL/ROHNER THOMAS, Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht?, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Innovatives Recht*, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 933 ff., S. 942.

³⁰ Vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_317/2014 vom 17. Oktober 2014, E. 2.2, und 4A_269/2011 vom 10. November 2011, E. 3.3. Zur Problematik des Substantiierens beim Behaupten der Beweismittel, vgl. nachfolgend Kap. III/2a.

³¹ Vgl. BRÖNNIMANN JÜRGEN, in: in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung – Art. 150–352, Art. 400–406 ZPO*, Bern 2012–2014, Art. 158 Rz. 14; FELLMANN WALTER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenbohrer/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2. Aufl. Zürich 2013, Art. 158 ZPO Rz. 17a; SCHMID HANS (Fn. 25), Art. 158 Rz. 4b; ZÜRCHER JOHANN, in: Dominik Gasser/Brigitte Rickli (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kurzkomentar*, 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 158 ZPO Rz. 16; KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 29), S. 942; GÄUMANN/MARGHITOLA (Fn. 28), Rz. 48.

³² Vgl. SCHWEIZER (Fn. 28), S. 15.

³³ Es wird hier davon ausgegangen, dass die geltend gemachte Forderung den Betrag von CHF 30'000 übersteigt und die für arbeitsvertragliche Streitigkeiten geltende Untersuchungsmaxime mit Streitwert bis zu CHF 30'000 gemäss Art. 247 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO nicht zur Anwendung kommt.

aufgelegt einer Partei die Pflicht (Last), die Tatsachen, mit denen sie ihren Anspruch begründet, detailliert in den Prozess einzuführen.

Die Behauptungs- und Substantiierungslast folgt der (objektiven) Beweislast gemäss Art. 8 ZGB³⁴. Die Arbeitnehmerin trägt folglich nicht nur die Folgen der Beweislosigkeit. Sie trägt (logischerweise) auch die Folgen davon, dass sie die entscheidenden Tatsachen nicht ins Verfahren einbrachte bzw. einbringen konnte. Sie muss folglich die Tatsachen bereits kennen, die sie im Beweisverfahren von der Gegenpartei zu erfahren wünscht. Der umgekehrte Vorgang, nämlich das Beschaffen von bisher nicht gekannten Tatsachen durch das Beweisverfahren, ist ein für die Schweiz und die anderen kontinentaleuropäischen Staaten unzulässiger Suchbeweis, ein Ausforschungsbeweis oder eine «fishing expedition»³⁵.

Das Substantiieren ist das detaillierte Vorbringen einer Behauptung. Gemäss der alten Rechtsprechung zu den kantonalen Zivilprozessordnungen, die wohl auch für die Anwendung der schweizerischen Zivilprozessordnung zu übernehmen ist³⁶, ist das Substantiieren nicht nur Voraussetzung für die rechtliche Subsumtion, sondern auch Voraussetzung für ein substantiiertes Bestreiten durch die Beklagte sowie für die beweismässige Abklärung des Sachverhaltes³⁷.

In einem Fall wie dem hier vorgestellten, hat die entlassene Arbeitnehmerin zwar regelmässig eine Ahnung aber kein gesichertes Wissen, welche Tatsachen zu ihrer Entlassung führten. Und sie kennt schon gar nicht die Beweismittel für die Tatsachen, die zum Entscheid ihrer Gegenpartei führten. Sie kann sie gar nicht kennen, und ihre Gegenpartei wird sich hüten, ihr die Gründe zu nennen, falls sie missbräuchlich (Art. 336 OR) oder sonst irgendwie von der Rechtsordnung verpönt sind. Die Beweismöglichkeiten der Arbeitnehmerin werden zudem dadurch erschwert, dass ihre Gegenpartei lediglich «belastet» und nicht «verpflichtet» ist, Beweismittel herauszuge-

³⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichtes 4C.166/2006 vom 25. August 2006, E. 3; HURNI CHRISTOPH, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung – Art. 1–149 ZPO, Bern 2012–2014,, Art. 55 Rz. 15; GLASL DANIEL, in: Dominik Gasser/Brigitte Rickli (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kurzkommentar, 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 55 Rz. 6; BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Behauptungs- und Substantiierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Bern 1989, S. 158.

³⁵ Vgl. BGE 127 III 365 E. 2c, 108 II 337 E. 2; HURNI (Fn. 34), Art. 55 Rz. 29; LEU CHRISTIAN, in: Dominik Gasser/Brigitte Rickli (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kurzkommentar, 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 152 Rz. 79 ff.; BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Behauptungslast, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 53 f.; MÜLLER ROSMARIE, Der Ausforschungsbeweis, Diss., Zürich 1991, S. 5 ff.; KAUFMANN MARTIN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Zürich/St. Gallen 2009, S. 126.

³⁶ Vgl. BRÖNNIMANN (Fn. 31), Art. 152 Rz. 34.

³⁷ Vgl. BGE 127 III 365, 369 E. 2c mit Hinweis auf BGE 108 II 337, 341 E. 3.

ben. Kennt sie also doch einzelne Urkunden (oder E-Mails), kann sich die Arbeitgeberin einfach passiv verhalten, wenn sie ihre Nachteile für den Fall der Mitwirkung grösser einschätzt als ihre Nachteile im Fall der Nicht-Mitwirkung.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass Laura Zubulake in einem Zivilprozess vor schweizerischen Gerichten keine einzige E-Mail erhalten würde, von deren Existenz sie zuvor noch keine Kenntnis hatte.

b) Flexible Anforderungen an das Substantiieren

Ähnliche Fälle wie der vorliegende kommen immer wieder vor und wurden auch in der Schweiz diskutiert. Es wurde erkannt, dass es unsinnig ist, einer Partei das Vorbringen von Tatsachen aufzubürden, die sie gar nicht kennen kann.

Ausgehend von den bis zum Jahr 2010 geltenden, unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen für das materielle Zivilrecht (Bund) und für das Zivilprozessrecht (Kantone)³⁸, wurde immer wieder betont, dass die Kantone die Verwirklichung des bundesrechtlichen Zivilrechts nicht verhindern dürften. Deshalb sei das Zivilprozessrecht *dienend*. Das kantonale Zivilprozessrecht habe Instrumente für die Durchsetzung des übergeordneten, bundesrechtlichen Zivilrechts zu schaffen, damit die Rechtsverwirklichung auch in diesen Konstellationen möglich sei. Ein Ansatz ist, das Mass der geforderten Substantiierung zu flexibilisieren. Es sind folgende Ansätze ersichtlich:

- Festlegung des Ausmasses der erforderlichen Substantiierung im *Einzelfall*³⁹,
- Festlegung des Ausmasses der erforderlichen Substantiierung nach dem Kriterium der *Zumutbarkeit*: Eine Substantiierung der Tatsachen soll nur insoweit verlangt werden, als dies zumutbar ist⁴⁰. Eine so geartete Reduktion des verlangten Masses an Substantiierung sieht Art. 42 Abs. 2 OR vor. In Analogie zu diesem Gesetzesartikel wird gefordert, eine derartige Reduktion auf das Mass der Zumutbarkeit ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in ähnlichen Fällen genügen zu lassen⁴¹.

³⁸ GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 50; KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl. Bern 1984, S. 3; LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BÉATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2011, S. 1 f.; AFFOLTER (Fn. 12), S. 95.

³⁹ Vgl. KILIAS LAURENT, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung – Art. 150–352, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012–2014, Art. 221 Rz. 23; LEUENBERGER CHRISTOPH, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenbohrer/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. Zürich 2013, Art. 221 Rz. 45 f.; BRÖNNIMANN (Fn. 35), S. 200.

⁴⁰ Vgl. HENCKEL WOLFRAM, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, S. 20.

⁴¹ Vgl. AFFOLTER (Fn. 12), S. 106; ähnlich GULDENER (Fn. 38), S. 167, für den es ausreicht, wenn der Kläger in so einem Fall den Sachverhalt «in Umrissen behauptet». – Vgl. auch WALDMANN (Fn. 13), S. 285 ff.

- Festlegung des Ausmasses der erforderlichen Substantiierung nach dem Kriterium der *Plausibilität*: MARKUS AFFOLTER geht davon aus, dass einerseits das Substantiierungserfordernis das missbräuchliche, haltlose Einleiten von Zivilprozessen verhindern und die Geltung der Verhandlungsmaxime bewahren soll. Andererseits aber dürfe das Substantiierungserfordernis nicht zur Rechtsschutzsperre werden. Deshalb schlägt er vor, dass die Klägerin ihren Anspruch bzw. die relevanten Tatsachen dazu wenigstens plausibel zu machen habe. Dabei ist nicht zu übersehen, dass dies faktisch einer Verlagerung der Substantiierungslast gleichkommt⁴².

c) Pflicht der Beklagten zum substantiierten Bestreiten

Aus diesen Überlegungen wird auch in der Schweiz die Anforderung des *substantiierten Bestreitens von Tatsachen durch die Gegenpartei* für den Fall diskutiert, dass die Gegenpartei näher an den relevanten Tatsachen ist⁴³. Eine derartige Mitwirkungspflicht kann auf die Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben abgestützt werden⁴⁴. Das Bundesgericht schien eine derartige Last zum substantiierten Bestreiten zu bejahen⁴⁵, relativierte eine solche Annahme in einer späteren Entscheidung jedoch wieder⁴⁶.

Gegen eine solche Bestreitungslast sprechen sich RICHARD STÄUBER und YVES WALDMANN aus. Aus ihrer Sicht machen die materiellrechtliche und die allgemeine prozessrechtliche Mitwirkungspflicht der Parteien im Beweisverfahren eine solche Bestreitungslast der Gegenpartei überflüssig⁴⁷. Sie verweisen darauf, dass die Herleitung einer solchen (ungeschriebenen) Last zum substantiierten Bestreiten aus dem deutschen Recht übernommen wurde. Die Bewältigung von Informationsdefiziten der nicht beweisbelasteten Partei hauptsächlich durch materiellrechtliche Informationsansprüche sei im

⁴² Vgl. AFFOLTER (Fn. 12), S. 110 ff.

⁴³ Vgl. HURNI (Fn. 34), Art. 55 Rz. 44; BRÖNNIMANN (Fn. 34), S. 184.

⁴⁴ Vgl. BGE 133 III 43 E. 4.3, BGer 4P.196/2005 E. 5.1; vgl. SUTTER-SOMM THOMAS/VON ARX GREGOR, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhrer/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. Zürich 2013, Art. 55 Rz. 28; HURNI (Fn. 34), Art. 55 Rz. 44; FELLMANN WALTER, Substantiierungspflicht nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011 – Substantiierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Prozess gegen mehrere, unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung, S. 13. ff., S. 32, WALTER HANS PETER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Einleitung und Personenrecht, Artikel 1–9 ZGB, Art. 8 Rz. 192 ff.

⁴⁵ Vgl. BGE 105 II 143 E. 6a.

⁴⁶ Vgl. BGE 115 II 1. – Vgl. auch KUMMER MAX, Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer 1979 – Zivilprozessrecht, in ZBJV 1981, S. 160 ff.

⁴⁷ Vgl. STÄUBER (Fn. 17), S. 110 f.; WALDMANN (Fn. 13), S. 184 ff.

internationalen Vergleich ein deutsches Unikum⁴⁸. Dessen Übernahme sei für die Schweiz abzulehnen, da das schweizerische Prozessrecht eine prozessrechtliche Mitwirkungslast der nicht beweisbelasteten Partei im Beweisverfahren kenne. Die dienende Funktion des Prozessrechts dürfe nicht zum Selbstzweck erhoben werden, indem das Prozessrecht Informationsansprüche vorsehe, die das materielle Recht nicht kenne⁴⁹.

Art. 222 ZPO sieht nicht ausdrücklich eine Last zum substantiierten Bestreiten vor. Art. 222 Abs. 2 ZPO verpflichtet die beklagte Partei darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Demgegenüber sah Art. 211 Abs. 2 Bst. c VE-ZPO wenigstens noch vor, die Klageantwort enthalte eine «Darlegung, ob und *inwiefern*⁵⁰ die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei bestritten werden». Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurden die Meinungen, die das Vorsehen einer Last zum substantiierten Bestreiten forderten, nicht berücksichtigt⁵¹. Deshalb ist davon auszugehen, dass die geltende ZPO nicht ausdrücklich eine Last zum substantiierten Bestreiten vorsehen will, wenn der klagenden Partei das Wissen um die anspruchsbegründenden Fakten fehlt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Laura Zubulake in ihrer Klage zu behaupten und zu beweisen versuchen wird, dass einerseits die von der UBS genannten Kündigungsgründe (Verfehlen der Ziele, mangelnde Teamfähigkeit) nicht zutreffen. Überdies wird sie die ihr bekannten Tatsachen als Indizien vorbringen, dass sie diskriminiert wurde, z.B. durch die Umplatzierung ihres Arbeitsplatzes anlässlich des

⁴⁸ Vgl. STÄUBER (Fn. 17), S. 99.

⁴⁹ Vgl. STÄUBER (Fn. 17), S. 99 f.

⁵⁰ Hervorhebung nicht im Original.

⁵¹ Zwar ist der Botschaft ZPO (Fn. 26) zu entnehmen, dass generell ein substantiiertes Bestreiten verlangt wird. «Andererseits nützt einer Partei auch die beliebte Floskel nichts, wonach alles bestritten sei, was nicht ausdrücklich zugestanden werde. Bestreitungen haben substantiiert zu erfolgen (Art. 219 Abs. 2). Bei bloss pauschaler Bestreitung darf das Gericht eine unbestrittene Tatsache annehmen, denn das Beweisverfahren soll nicht durch haltlose Behauptungen verlängert und verteuert werden können» (Botschaft ZPO [Fn. 26], 7311). Folgender, zuvor in der Vernehmlassung der Universität Zürich ausdrücklich angebrachter Hinweis scheint aber nicht beachtet worden zu sein: «Eine schwerwiegende Fehlleistung stellt Art 145 Abs. 2 Vorentwurf dar. Diese Bestimmung beseitigt mit der Substantiierungslast des nicht Beweisbelasteten ein praktisch überaus wichtiges Instrument, nämlich die Möglichkeit des Gerichts, bei einer bloss unsubstantiierten Bestreitung vom Vorbringen des Beweisführers auszugehen. Die geplante Neuregelung bringt daher nicht nur einen sinnlos vergrösserten Verfahrensaufwand, sondern verteilt auch die prozessualen Lasten zwischen den Parteien unsachgerecht. Auch hierin stellt sich der Entwurf ganz gegen die internationale rechtspolitische Diskussion, in welcher die Stärkung der Mitwirkungslasten der nicht beweisbelasteten Partei zum Zweck der Verbesserung der Sachaufklärung im Prozess eine wesentliche Rolle spielt» (Vernehmlassungen zu Art. 145 VE-ZPO, S. 398).

Umzuges, durch Ausschluss von Kundenevents (im Strip-Club) oder durch Blossstellen vor ihren (ausschliesslich männlichen) Kollegen. Sie könnte überdies auf ihre Beschwerde bei der Gleichstellungsbehörde (EEOC) verweisen und behaupten, ein zeitlicher Zusammenhang von ihrer Beschwerde und mit der Kündigung lege die Annahme einer Rache Kündigung nahe. Dies sind aber alles nur Indizien, die auf den wahren Kündigungsgrund hindeuten. Zu diesem selber kann die entlassene Arbeitnehmerin nur Vermutungen anstellen. Die Arbeitnehmerin wird aber kaum Beweismittel anrufen können, mit denen ihr ein direkter Beweis gelingen könnte. So wird sie sich durchaus überlegen, ob sie die Befragung der Entscheidungsträger der UBS als Zeugen beantragen soll. Dies erscheint aber wenig aussichtsreich. Würde sie die Edition des gesamten E-Mail-Verkehrs der Entscheidungsträger der Arbeitgeberin beantragen, wäre dieser Antrag mangels Substantiierung nicht zulässig. Die Klägerin hätte lediglich eine Chance, an einzeln bezeichnete E-Mails zu kommen. Solche könnten ihr aufgrund von E-Mails bekannt sein, die ihr selber zugestellt wurden oder von Arbeitskollegen zugänglich gemacht wurden.

3. Situation im Beweisverfahren (während der Hauptverhandlung)

a) Mitwirkungslast der nicht beweisbelasteten Beklagten

Gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO sind die Parteien zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet. Für die Parteien selber ist diese Pflicht indessen nur eine Last bzw. eine Obliegenheit⁵². Deren Verletzung führt nicht zu einer Vollstreckung der Mitwirkungspflicht sondern ist einzig durch Art. 164 ZPO sanktioniert, wonach das Gericht dies bei der Beweiswürdigung berücksichtigt.

Art. 160 Abs. 1 ZPO verpflichtet eine Partei u.a. zur Herausgabe von Urkunden. Indessen ist zu beachten, dass Art. 160 Abs. 1 ZPO eine Partei nicht verpflichtet etwas zu tun, wozu sie gestützt auf das materielle oder formelle Recht nicht ohnehin verpflichtet ist⁵³. Gestützt auf das Zivilprozessrecht besteht eine Editionsspflicht aber nur

⁵² H.L., vgl. Botschaft ZPO (Fn. 26), 7316.

⁵³ Vgl. WALDMANN (Fn. 13), S. 230 ff., STÄUBER (Fn. 17), S. 102 ff.

da, wo ein Sachverhalt detailliert behauptet ist und ein substantiierter Beweisanspruch vorliegt⁵⁴.

In einem Prozess vor schweizerischen Gerichten wäre es Laura Zubulake höchstwahrscheinlich nur punktuell oder gar nicht gelungen, die Voraussetzungen einer Beweisabnahme (Herausgabe von E-Mails) zu erfüllen. Folglich würde im Beweisverfahren gar keine oder höchstens eine punktuelle Mitwirkungspflicht der ehemaligen Arbeitgeberin bestehen.

b) Mitwirkungsverweigerungsrecht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses

Wenn die entlassene Arbeitnehmerin einen direkten Beweis für den Kündigungsgrund führen will, muss sie interne Tatsachen aus der Entscheidungsfindung innerhalb der Arbeitgeberin erstens kennen und zweitens beweisen können. Könnte die entlassene Arbeitnehmerin einzelne E-Mails bezeichnen, die sie einsehen wollte, ist zu fragen, ob die Arbeitgeberin deren Edition mit Hinweis auf ihr Geschäftsgeheimnis verweigern könnte.

Im US-amerikanischen Verfahren spielte der Schutz des Geschäftsgeheimnisses der Beklagten offensichtlich keine Rolle. In den USA wird dieses ohnehin nur sehr eng gefasst⁵⁵.

Für schweizerische Verhältnisse ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Art. 160 bzw. 163 ZPO kein generelles Verweigerungsrecht einer Prozesspartei kennt, das die Privatsphäre bzw. das Geschäftsgeheimnis wahrt⁵⁶. Die Editionsspflicht im Rahmen eines Zivilprozesses verstösst auch nicht generell gegen den verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV)⁵⁷. Die prozessuale Editionsspflicht ist aber verhältnismässig zu gestalten, weshalb eine Interessabwägung stattzufinden hat. Ist ein Schriftstück z.B. zu rein persönlichem Gebrauch erstellt, führt eine Interessenabwä-

⁵⁴ Vgl. HASENBÖHLER FRANZ, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenbohrer/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. Zürich 2013, Art. 160 Rz. 9 ff.; RÜETSCHI SVEN, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung – Art. 150–352, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012–2014, Art. 160 Rz. 17; HIGI PETER, in: Dominik Gasser/Brigitte Rickli (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kurzkommentar, 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 160 Rz. 19 ff.; SCHMID HANS (Fn. 25), Art. 160 Rz. 6.

⁵⁵ Vgl. DRUEY JEAN NICOLAS, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, S. 365.

⁵⁶ Vgl. RÜETSCHI (Fn. 54), Art. 160 Rz. 17.

⁵⁷ Vgl. BRACHER NICOLAS, Mitwirkungs- und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, Diss., Basel 2011, Rz. 275 und v.a. Fn. 711.

gung zwischen dem Interesse an der Herausgabe und dem Schutz an der Privatsphäre in der Regel zum Ergebnis, dass es nicht ediert werden muss⁵⁸.

STÄUBER unterscheidet im Anschluss an DRUEY zwischen funktionalem und individualrechtlichem Geheimnisschutz. «Der funktionale Geheimnisschutz dient der Optimierung von Abläufen, während durch den individualrechtlichen Schutz die Stellung eines Individuums gegenüber seiner Umwelt gestaltet wird»⁵⁹. Die Bedeutung des individualrechtlichen Geheimnisschutzes, z.B. des Schutzes der Privatsphäre, wird auf die zwei grundlegenden Rechtsinstitute des Persönlichkeitsrechts und das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben zurückgeführt. Die Rechtsgrundlagen funktionaler Geheimnisse, z.B. eines Produktionsgeheimnisses, sind vielfältiger Natur⁶⁰.

M.E. kann diese Unterscheidung hier eingesetzt werden. Zu unterscheiden ist zwischen den Tatsachen, in denen sich die Arbeitgeberin in Bezug auf ihre Aussenwelt, d.h. auch in Bezug auf ihre Arbeitnehmer, bewegt. Diesbezüglich kann sie keine Geheimhaltung beanspruchen. Vielmehr war die Arbeitnehmerin selber Teil dieser Tatsachen und sind ihr deswegen gar nicht geheim. Hingegen wird sich die Arbeitgeberin dort mit Erfolg auf ihren individualrechtlichen Geheimnisschutz berufen, wo es um die interne Entscheidungsfindung ging. Der Einsatz der niederschwellig gebrauchten elektronischen Post kann daran nichts ändern, weshalb der Arbeitgeberin das Recht zuzugestehen ist, die Edition dieser internen – aber elektronisch verfügbaren – Informationen zu verweigern.

Somit lässt sich sagen, dass es Laura Zubulake in einem Prozess vor schweizerischen Gerichten wohl misslungen wäre, an einzelne interne E-Mails und schon gar nicht an den gesamten E-Mail-Verkehr der Angestellten ihrer ehemaligen Arbeitgeberin zu gelangen, die Aufschluss über die interne Diskussion einer allfälligen Kündigung und somit des Kündigungsgrundes gegeben hätten.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Laura Zubulake in der Schweiz nicht erwarten könnte, den direkten Beweis des wirklichen Entlassungsgrundes mittels herausverlangten E-Mails führen zu können, von denen sie vorprozessual keine Kenntnis

⁵⁸ Vgl. LEUENBERGER CHRISTOPH/UFER-TOBLER BÉATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen – Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990, Bern 1999, Art. 123 Rz. 2e, mit Hinweis auf HERZOG PETER, Die Editionsspflicht nach neuer zürcherischer Zivilprozessordnung, unter Berücksichtigung der Editionsspflichten aufgrund des Bundesprivatrechtes, Diss., Zürich 1980, S. 50 ff.

⁵⁹ STÄUBER (Fn. 17), S. 37, mit Hinweis auf DRUEY JEAN NICOLAS (Fn. 55), S. 170 ff.

⁶⁰ Vgl. STÄUBER (Fn. 17), S. 37.

hatte. Zum einen fehlen ihr die Informationsansprüche. Zum anderen fehlen ihr die Tatsachenkenntnisse, um an weitere Informationen heranzukommen. Würde UBS ihr keine E-Mails edieren, beginge sie damit *keine Verletzung ihrer Mitwirkungspflichten*. In der Schweiz bliebe Laura Zubulake nichts Anderes übrig, als mit ihren vorhandenen Kenntnissen möglichst viele Indizien zu beweisen, die auf das Vorhandensein des von ihr vermuteten Kündigungsgrundes hindeuten. Wie folglich zu zeigen sein wird, sieht das schweizerische Recht diverse *Erleichterungen vor, die im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung* zu berücksichtigen sind und letztlich zu einem ähnlichen Ergebnis wie in New York führen.

IV. Beweiswürdigung

1. Keine Verletzung der Mitwirkungspflicht der UBS

Es sei in Erinnerung gerufen, dass der zuständige United States District Court for the Southern District of New York im Verfahren Zubulake vs. UBS letzterer eine Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht anlastete. Richterin Shira Scheindlin erlaubte der Jury anzunehmen, dass das nicht eingereichte Beweismaterial (E-Mails) den behaupteten Sachverhalt bewiesen hätte⁶¹.

Demgegenüber würde in einem ähnlichen Verfahren vor den schweizerischen Gerichten die Klägerin ohne einen (direkten) Beweis des wirklichen Kündigungsgrundes dastehen, ohne dass die Beklagte eine Mitwirkungspflicht verletzt hätte. Es erübrigt sich folglich, über die Konsequenzen einer (nicht vorhandenen) Verletzung der Mitwirkungspflicht nachzudenken.

2. Erleichterungen im schweizerischen Recht

a) Vermutungen

Eine Vermutung lässt auf aufgrund einer bewiesenen *Vermutungsbasis (Indiz)* eine andere Tatsache als (mehr oder weniger) wahrscheinlich erscheinen. Während die gesetzlichen Vermutungen auf einer ausdrücklichen Gesetzesnorm basieren, werden die natürlichen oder tatsächlichen Vermutungen mit Erfahrungstatsachen begründet.

Wird eine missbräuchliche Kündigung geltend gemacht, gilt es eine in der Regel innere Tatsache zu beweisen. Da dies zumeist nicht möglich ist, liess es die bisherige

⁶¹ Zubulake V (Fn. 8).

Praxis genügen, wenn anhand von *Indizien* das Vorliegen von missbräuchlichen Motiven als überwiegend wahrscheinlich erschien⁶².

«Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau»⁶³.

Diese Art der Erleichterung ist demnach keineswegs mit einer Umkehr der Beweislast zu verwechseln. Eine solche ist in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten rund um Art. 336 OR (missbräuchliche Kündigung) gesetzlich nicht vorgesehen.

b) Absenken des Beweismasses für die Kausalität eines Kündigungsgrundes

Neben dem eigentlichen Kündigungsgrund ist nach schweizerischem Recht auch dessen Kausalität für die Kündigung zu beweisen. Für diesen sozusagen unmöglich zu führenden Beweis lässt die Rechtsprechung das Beweismass der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* genügen⁶⁴. Liegen Indizien für einen missbräuchlichen Kündigungsgrund vor, wird dessen Kausalität vermutet⁶⁵.

c) Umkehr der Beweislast

Art. 6 GLG sieht eine Beweislastumkehr in Streitigkeiten gestützt auf das Gleichstellungsgesetz vor, für den Fall, dass eine Diskriminierung glaubhaft gemacht ist.

«Bezüglich der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung wird eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.»

Besonders streng ist der Kündigungsschutz gemäss Art. 10 GLG. Kündigt die Arbeitgeberin ein Arbeitsverhältnis ohne begründeten Anlass unmittelbar im Nachgang auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichtes durch die Arbeitnehmerin, ist

⁶² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2007 vom 17. Januar 2008, in: JAR 2009, S. 17, E. 5.1, und Urteil des Bundesgerichts 4C.282/2006 vom 1. März 2007, E. 4.2; Urteil des OGer AG vom 7. September 1989 in: JAR 1991, S. 231; Urteil des KGer VS in: RVJ 1994 S. 176.

⁶³ Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2007 vom 17. Januar 2008, E. 5.1.

⁶⁴ Vgl. BGE 130 III 699 E. 4.1 und 125 III 277 E. 3c; Urteil des CAPH GE vom 7. April 1992 in: JAR 1993, S. 269; Urteil des OGer OW vom 20. Februar 1992 in: JAR 1994, S. 205.

⁶⁵ Vgl. auch PORTMANN WOLFGANG, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I – Art. 1–529 OR, 5. Aufl. Basel 2011, Art. 336 Rz. 31; BRÜHWILER JÜRG, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. Basel 2014, S. 424, Art. 336 OR Rz. VI.

die Kündigung anfechtbar. Diese Bestimmung auferlegt der Arbeitgeberin den Beweis eines begründeten Anlasses für die Kündigung.⁶⁶

Im hier behandelten Fall bedeutet dies, dass es an UBS gelegen wäre zu beweisen, dass sie begründeten Anlass für die Auflösung des Arbeitsvertrages mit Laura Zubulake hatte. Mit Blick auf den Prozessausgang vor dem Gericht in New York ist anzunehmen, dass UBS mit diesem Beweis gescheitert wäre und die Arbeitnehmerin Anspruch auf Entschädigung gehabt hätte.

V. Fazit

Mit dem Titel dieser Arbeit habe ich die Frage aufgeworfen, ob Beweisausforschungen in den elektronisch gespeicherten Beweismitteln in der Schweiz möglich seien oder ob es diese in der Schweiz brauche. Dazu möchte ich als Fazit folgende Thesen aufstellen:

1. Im Verfahren vor dem United States District Court for the Southern District of New York hatte Laura Zubulake primär den *direkten Beweis* der Diskriminierung und der Rachekündigung zu führen. Mit Hilfe der ihr vorliegenden E-Mails konnte sie diesen Beweis weitgehend erbringen.
2. Demgegenüber hätte Laura Zubulake in einem Verfahren in gleicher Sache vor schweizerischen Gerichten keine Chance, an einen vollständigen E-Mail-Verkehr zu gelangen und damit einen direkten Beweis des Kündigungsgrundes zu erbringen. Dies wäre in der Schweiz aber auch *nicht nötig*. Erleichterungen wie Vermutungen, Absenkungen des Beweismasses und insbesondere die Umkehr der Beweislast gemäss Art. 10 i.V.m. Art. 6 GIG würden ihr den Prozessgewinn bringen.
3. Während Laura Zubulake im US-amerikanischen Verfahren ihre gesamten Ressourcen, die sie als entlassene Top-Bankerin hatte, für den Prozess einsetzen musste⁶⁷, wäre dies in einem schweizerischen Prozess nicht in gleichem Masse notwendig gewesen.
4. Eine Abwägung der Vor- und Nachteile der beiden Behandlungsarten des Rechtsstreites lassen m.E. die Vorteile der Behandlung durch schweizerische Gerichte als überwiegend erscheinen. Zwar erscheint die US-amerikanische Behandlung als eher auf den Einzelfall zugeschnitten. Die schweizerische Behandlung demgegenüber schon aufgrund der abstrakt gefassten, gesetzlichen Erleichterungen die Ressourcen sowohl in finanzieller als auch zeitlicher Hinsicht. Überdies ist zu sehen, dass heute

⁶⁶ Vgl. PORTMANN (Fn. 65), Art. 336 Rz. 38; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 19), Art. 336 OR Rz. 8.

⁶⁷ Vgl. ZUBULAKE (Fn. 3), S. 53.

und in Zukunft der Einsatz von E-Mails bewusster stattfindet oder sogar ganz gemieden wird und deshalb nicht mehr in gleichem Masse ergiebig sein wird wie zu den Anfangszeiten dieser Technologie⁶⁸.

5. Will die schweizerische Rechtsordnung die Instrumente des Ausforschungsbeweises bzw. der E-Evidence weiterhin als unnötig erscheinen lassen, wird sorgfältig darauf zu achten sein, wo Rechtsschutzprobleme bestehen bzw. entstehen und sie angemessenen Lösungen – wahrscheinlich weiterhin mit den Instrumenten der Vermutungen, Beweismasssenkungen und Umkehr der Beweislast – zuzuführen.

⁶⁸ Vgl. z.B. das Verfahren USA vs. Raoul Weil vor dem Bundesgericht in Fort Lauderdale (Florida). Die Beweisnot der Anklage bzw. der Freispruch des Angeklagten wird auch darauf zurückgeführt, dass unter den UBS-Topmanagern die Abmachung gegolten haben soll, einander keine E-Mails zu senden. Vgl. den Bericht von LANZ MARTIN, Die Anklage auf verlorenem Posten, NZZ vom 4. November 2014.