

Beweisrechtliche Hindernisse bei der Digitalisierung von Unternehmensinformationen



URS GASSER,
RA Prof. Dr. iur.,
LL.M. (Harv.)



DANIEL MARKUS HÄUSER-
MANN, lic. iur. HSG

Inhaltsübersicht:

1. Einleitung
2. Beweisrechtliche Konsequenzen der Digitalisierung im Zivilprozess
 - 2.1. Anwendungsbereich von Art. 957 Abs. 4 OR
 - a. Aufbewahrungspflichtige Dokumente
 - b. Freiwillig aufbewahrte Dokumente?
 - 2.2. Regelungsgehalt von Art. 957 Abs. 4 OR
 - 2.3. Praktische Konsequenzen
 - a. Fallgruppe 1: Original und Kopie nicht unterscheidbar
 - b. Fallgruppe 2: Original und Kopie unterscheidbar
 - 2.4. Mögliche Gegenmassnahmen
3. Digitale Datenaufbewahrung und rechtliche Formen
 - 3.1. Formvorschriften als Gültigkeitsform
 - 3.2. Öffentliche Urkunden des Privatrechts (Art. 9 ZGB)
 - 3.3. Urkunden des öffentlichen Rechts
 - 3.4. Beweisformvorschriften
 - a. Allgemeines
 - b. Beweisformen des Rechtsöffnungsverfahrens insbesondere
4. Schlussfolgerungen
 - 4.1. Würdigung der Risiken und Empfehlungen für die Praxis
 - 4.2. Wünsche an den Gesetzgeber

1. Einleitung

Das in diesem Artikel bereichsweise beleuchtete rechtstatsächliche Phänomen der Digitalisierung von Unternehmensinformation weist zwei analytisch zu trennende, aber dennoch in enger Beziehung stehende Aspekte auf. Zum einen geht es generell um die Einführung der elektronischen Datenverarbeitung bzw. den konsequenten Ausbau des elektronischen Datenmanagements im Unternehmen. Zum andern wird dabei in einem engeren Sinne auf einen Vorgang Bezug genommen, in welchem auf physischen Medien vorhandene Informationen in digitale Systeme eingespielen und dabei namentlich Papierdokumente eingescannt werden (im Folgenden "Digitalisierung i.e.S." genannt). Während die elektronische Datenverarbeitung seit langem Einzug in den unternehmerischen Alltag gehalten hat, sind derzeit vor allem grosse und international tätige Schweizer Unternehmen daran, komplexe "Enterprise Con-

tent Management"-Systeme einzuführen und ihre Papierarchive in digitale Archive umzuwandeln, um u.a. Informationen jederzeit und zu tieferen Kosten verfügbar zu haben¹ sowie die mit dem digitalen Datenmanagement verbundenen Effizienzpotentiale zu realisieren.²

Die Verfasser des vorliegenden Artikels haben sich im Rahmen gutachterlicher Tätigkeit mit einer Reihe von Rechtsfragen befasst, mit welchen sich Unternehmen konfrontiert sehen, die auf *Digital Records Management* umstellen. Der vorliegende Text baut auf diesen Arbeiten auf und thematisiert eine in der Praxis besonders bedeutsame Fragestellung, nämlich jene nach den beweisrechtlichen Konsequenzen der Digitalisierung i.e.S. – und damit zusammenhängend der digitalen Bewirtschaftung – von Dokumenten. Eine vertiefte Analyse ergibt in der Tat, dass Eigenheiten des Beweisrechts, welches aus (technologie-)historischen Gründen im Wesentlichen (noch) einem "Papierparadigma" verhaftet ist, ein substantielles Hindernis für Digitalisierungsprojekte darstellen. Die Folgen dieses Befundes für laufende und anstehende Digitalisierungsprojekte akzentuieren sich dadurch, dass im schweizerischen Raum (im Gegensatz etwa zum amerikanischen) eine Rechtsprechung zu diesem spezifischen Problemkreis praktisch inexistent ist, die Literatur nur Schlaglichter auf die Problematik wirft und sich somit Entscheidträger beim Übergang von der Papierwelt zur digitalen Informationsumgebung mit erheblicher Rechtsunsicherheit konfrontiert sehen.

Vor diesem Hintergrund hat der vorliegende Text zum Ziel, die zentralen beweisrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Digitalisierung von Unternehmensinformation stellen, herauszuarbeiten, dazu Stellung zu nehmen und deren praktische Relevanz zu beurteilen³. Damit soll zum einen ein Beitrag zu einer fundierten beweisrechtlichen Risikobeurteilung durch Unternehmen geleistet

- 1 Weil dabei trotz Komprimierung vergleichsweise grosse Datenmengen anfallen – die Scans werden als Bilddateien aufbewahrt –, ist die Digitalisierung von Akten erst in der letzten Dekade und v.a. für Grossunternehmen mit komplexen Informationsbedürfnissen wirtschaftlich rentabel geworden. Zumal die Kosten der digitalen Informationsverarbeitung auch in Zukunft sinken werden, lässt sich prognostizieren, dass sich die digitale Datenaufbewahrung für eine wachsende Zahl von Unternehmungen lohnen wird.
- 2 Zur Illustration: Die Papierakten einer der grossen Schweizer Banken nehmen aneinandergereiht über 300 Kilometer Raum ein.
- 3 Ausgeblendet wird die Frage, ob und unter welchen Modalitäten digitale Daten beim Gericht elektronisch eingereicht werden können.

werden, welche Digitalisierungsprojekte ausarbeiten. Zum andern sollen daraus einige Vorschläge *de lege ferenda* abgeleitet werden, die beispielsweise im Rahmen der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung berücksichtigt werden könnten.

Im Fokus dieses Beitrags liegen dabei die relevanten beweisrechtlichen Fragen, wie sie sich im *Zivilprozess* stellen. Auf eine detaillierte Erörterung der öffentlich-rechtlichen Verfahren wird verzichtet. Aufgrund analoger Fragestellungen im Straf- und Verwaltungsverfahren können indes die vorliegenden Betrachtungen zu einem wesentlichen Teil – *mutatis mutandis* – auch für diese Rechtsgebiete fruchtbar gemacht werden. Festzuhalten bleibt sodann, dass sich die Ausführungen auf die schweizerische Rechtsordnung beschränken. Die juristisch ebenso faszinierenden wie komplexen Fragestellungen, welche sich für international tätige Unternehmungen stellen und sich namentlich aus signifikanten Unterschieden in den Verfahrensordnungen der jeweiligen Länder ergeben, bleiben in diesem Beitrag ausgeklammert.

2. Beweisrechtliche Konsequenzen der Digitalisierung im Zivilprozess

Wie einleitend erwähnt, befassen sich derzeit mehrere Grossunternehmen mit der konsequenten Umstellung von einer (analogen) Papierumgebung auf ein vorwiegend oder gar ausschliesslich digitalen Informations- und Dokumentationssystem, in dessen Rahmen informationsintensive Geschäftsprozesse einerseits genuin elektronisch ablaufen und andererseits bestehende Papierdossiers, -archive, etc. digitalisiert und die Originale aus Effizienz- und Datenmanagementüberlegungen anschliessend vernichtet werden sollen. Mit Blick auf den zweitgenannten Aspekt scheint es für heutige Juristen durchaus (noch) plausibel, dass Dokumente, die nicht mehr im Original vorliegen, sondern lediglich als Ausdruck einer eingescannten Vorlage vorhanden sind, im Zivilprozess nicht *a priori* gleich zu behandeln sind wie Originale. Es drängt sich daher eine detaillierte Analyse der beweisrechtlichen Konsequenzen auf, welche die Digitalisierung von Unternehmensinformationen mit sich bringt.

Ausgangspunkt für diese Analyse bildet dabei Art. 957 Abs. 4 OR. Wiewohl sich diese Gesetzesbestimmung nicht spezifisch mit der *Umstellungsproblematik* von Papieroriginal auf elektronische Repräsentation befasst, ist sie für die vorliegende Fragestellung bedeutsam, indem die Bestimmung (zumindest bereichsweise) die rechtliche Bedeutung der in elektronischer Form aufbewahrten Dokumente zu regeln sucht. Präziser gesagt, ordnet Art. 957 Abs. 4 OR für den wichtigen Bereich der von Handelsrechts wegen aufbewahrungspflichtigen Unterlagen an, dass in elektronischer Form aufbewahrte Dokumente die "gleiche Beweiskraft" hätten wie solche, die ohne Hilfsmittel lesbar sind. Wie zu zeigen sein wird, kann Art. 957 Abs. 4 OR nicht alle denkbaren prozessualen Nachteile der Dokumentenauf-

bewahrung in digitalisierter Form ausgleichen, was weniger an dessen beschränktem Anwendungsbereich (Abschnitt 2.1) als an seinem Regelungsgehalt (Abschnitt 2.2) liegt. Die aus der Digitalisierung i.e.S. resultierenden beweisrechtlichen Konsequenzen sind dementsprechend je nach Dokumententyp verschieden (Abschnitt 2.3).

2.1. Anwendungsbereich von Art. 957 Abs. 4 OR

a. Aufbewahrungspflichtige Dokumente

Art. 957 Abs. 4 OR gilt nach Wortlaut und Systematik nur mit Bezug auf jene Privaturkunden, die von *Handelsrechts* wegen aufbewahrt werden müssen. Ist ein Dokument nicht nach Handelsrecht, sondern kraft spezialgesetzlicher Anordnung aufbewahrungspflichtig, gilt Art. 957 Abs. 4 OR indes in manchen Fällen aufgrund ausdrücklicher Verweisung (z.B. Art. 126 Abs. 3 DBG). In andern Fällen aber schweigen die Spezialgesetze zur Frage seiner Anwendbarkeit, wobei u.E. auch in diesen Konstellationen mit Fug von einer sinngemässen Anwendung von Art. 957 Abs. 4 OR ausgegangen werden kann.⁴

Was den *Umfang* der handelsrechtlichen Aufbewahrungspflicht betrifft, gilt in Kürze was folgt⁵. Aufbewahrungspflichtig sind neben den für die Buchführung relevanten Dokumenten – nach einer Umschreibung in der Lehre – auch "alle erhaltenen und die Kopien der ausgegangenen und die für interne Zwecke erstellten Schriftstücke von Bedeutung für die den Buchungen zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen und für die Verwaltung der Unternehmung"⁶. Die Abgrenzung zu nicht aufbewahrungspflichtigen Dokumenten ist indes unscharf und umstritten⁷. Nach der hier vertretenen Auffassung sind nach schweizerischem Recht⁸

4 Wie im Folgenden (Abschnitt b) näher erläutert, vertreten wir die Auffassung, dass überwiegende Gründe dafür sprechen, den Regelungsgehalt von Art. 957 Abs. 4 OR auch auf freiwillig und handelsrechtskonform aufbewahrte Dokumente zu übertragen. Daraus folgt, dass er erst recht für Dokumente gelten muss, die einer spezialgesetzlichen Aufbewahrungspflicht unterliegen.

5 Weil die am 1.6.2002 in Kraft getretene Revision von Art. 957 ff. OR zwar die Unterscheidung zwischen Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher (sowie weiterer Dokumente) aufheben wollte (BBl 1999 5162), soweit ersichtlich aber am sachlichen Umfang der Aufbewahrungspflicht nichts ändern wollte, kann hier auf die einschlägige Literatur zum alten Recht zurückgegriffen werden.

6 ZK-BOSSARD, Art. 962 OR N 29.

7 Vgl. BK-KÄFER, Art. 962 OR N 49a ff.; ZK-BOSSARD, Art. 962 OR N 28.

8 Weitergehende Aufbewahrungspflichten können sich namentlich aus ausländischem Recht für international tätige Unternehmen ergeben, wobei der *Sarbanes-Oxley Act* hier als Illustration weitreichender Dokumentationspflichten dienen mag.

insbesondere jene Dokumente aufzubewahren, welchen die Rechte und Pflichten der Unternehmung gegenüber Dritten zu entnehmen sind. Dazu zählen die entsprechende ein- und ausgehende, schriftliche Korrespondenz⁹, Dokumente, welche Rechtsgeschäfte festhalten (insbes. schriftliche Verträge) und deren Abwicklung dokumentieren, sowie Prozessakten. Aufzubewahren sind daneben auch wichtige interne Dokumente wie Betriebsordnungen, allgemeine Weisungen und andere¹⁰. Grundsätzlich nicht aufzubewahren sind nach schweizerischem Recht dagegen u.a. interne Notizen, Schriftstücke aus dem unternehmensinternen Verkehr (falls keine Zweigniederlassung beteiligt ist)¹¹ und belanglose Korrespondenzen.

Aus praktischer Sicht ist anzufügen, dass der Kreis der aufbewahrungspflichtigen Dokumente – wie im Übrigen auch die Modalitäten der Aufbewahrung (z.B. Dauer, Zugriffsregelung, etc.) – in Grossunternehmen zunehmend automatisiert im Rahmen vordefinierter Regeln ("rules") bestimmt wird, welche einen integralen Bestandteil von hochkomplexen, workflow-basierten "Enterprise Content Management"-Systemen bilden¹².

b. Freiwillig aufbewahrte Dokumente?

Auf Dokumente, die nach den oben ausgeführten Grundsätzen nicht aufbewahrt werden müssen, aber freiwillig und nach den handelsrechtlichen Standards aufbewahrt werden, ist Art. 957 Abs. 4 OR nach einer Lehrmeinung grundsätzlich nicht anwendbar; in solchen Fällen gälte ausschliesslich das kantonale Zivilprozessrecht¹³. Die Botschaft zur Revision von Art. 957 ff. OR äussert sich zu dieser Frage jedoch differenzierter, wenn sie festhält: "Schliesslich hat das Obligationenrecht auch eine Auswirkung auf das Prozessrecht, indem es ... sich über die Beweiskraft von Aufzeichnungen auf Bild- und Datenträgern äussert ... In diesem Sinne gelten die Art. 957 ff. OR als Richtschnur dafür, wie rechtsrelevante Unterlagen bzw. Daten, die nicht unmittelbar kaufmännischer Natur sind (wie z.B. Produktionsdaten, Daten aus Computer Aided Design und Computer Aided Manufacturing), aufbewahrt und im Rechtsstreit gewürdigt werden müssen."¹⁴ Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich noch nie zu der Frage geäussert.

Der hier vertretenen Auffassung nach sprechen mindestens zwei Gründe für eine sinngemässe Anwendung von Art. 957 Abs. 4 OR auf nicht aufbewahrungspflichtige, aber dennoch handelsrechtskonform aufbewahrte elektronische Dokumente. Zunächst gebietet u.E. schon der verfassungsmässige Anspruch auf Beweis, konkretisiert unter dem Titel des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV), dass die nach den handelsrechtlich festgelegten Standards aufbewahrten (aber nicht aufbewahrungspflichtigen) Dokumente dem Sinngehalt von Art. 957 Abs. 4 OR entsprechend behandelt werden: Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist bekanntlich namentlich dann verletzt, wenn einem Beweismittel zum vornherein jede Erheblichkeit oder Tauglichkeit abgesprochen wird, ohne dass dafür sachliche Gründe angegeben werden können¹⁵, das Willkürverbot, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines

Beweismittels offensichtlich nicht verstanden oder ohne ernsthaften Grund ein entscheidungswesentliches Beweismittel nicht berücksichtigt hat^{16, 17}.

Sodann gebietet u.E. die in Art. 957 Abs. 4 OR ausgedrückte *Wertung des Gesetzgebers*, dass ein Gericht den Nachweis, wonach die handelsrechtlichen Standards zur Aufzeichnung und Aufbewahrung eines ins Recht gelegten digitalisierten Dokuments (oder von dessen Ausdruck) eingehalten wurden, im sogleich (Abschnitt 2.2) dargelegten Sinne berücksichtigen muss. Mit anderen Worten: Der Bundesgesetzgeber hat für eine offenkundig besonders wichtige Kategorie von Dokumenten Aufbewahrungsstandards erlassen, deren Einhaltung an bestimmte beweisrechtliche Folgen geknüpft ist. Es ist nun u.E. kein überzeugender Grund ersichtlich, weshalb die Richterinnen oder der Richter im Falle der freiwilligen Einhaltung derselben (strengen) Standards im Bereich der nicht-aufbewahrungspflichtigen Dokumente zu einem anderen als dem in Art. 954 Abs. 4 OR festgelegten Ergebnis gelangen sollte¹⁸.

Aus diesen Gründen wird in der nachstehenden Analyse davon ausgegangen, dass der materielle Gehalt von Art. 957 Abs. 4 OR für alle nach handelsrechtlichen Standards aufbewahrten Dokumente gleichermaßen gelte.

2.2. Regelungsgehalt von Art. 957 Abs. 4 OR

Art. 957 Abs. 4 OR lautet wörtlich: "Elektronisch oder in vergleichbarer Weise aufbewahrte Geschäftsbücher, Buchungsbelege und Geschäftskorrespondenzen haben die

9 Vgl. BK-KÄFER, Art. 962 OR N 52.

10 Ähnlich ZK-BOSSARD, Art. 962 OR N 29; BK-KÄFER, Art. 962 OR N 60 f.

11 BK-KÄFER, Art. 962 OR N 56.

12 Das Formulieren solcher "rules", welche offenkundig in Einklang mit den einschlägigen rechtlichen Anforderungen stehen müssen, ist nur eine der anspruchsvollen juristischen Aufgaben bei der Einführung solcher Systeme.

13 CHRISTOPH MEYER, Rechtliche Probleme der elektronischen Datenaufbewahrung, ST 2001, 587 ff., 590.

14 BBl 1999 5159 f.

15 BGE 114 II 289, E. 2a.

16 BGE 129 I 8, E. 2.1.

17 Nach dem verfassungsrechtlichen Ansatz KOFMELS (SABINE KOFMEL, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern 1992) gehört das Recht auf Abnahme sämtlicher (form- und fristgerecht beantragter, nicht gegen schützenswerte Rechte des Gegners oder Dritter verstossender) objektiv tauglicher Beweismittel, bis das Gericht vom Vorliegen der behaupteten Tatsache überzeugt ist, gar zum Kerngehalt des Rechts auf Beweis (147). Diese Ansicht deckt sich im Ergebnis mit der hier vertretenen.

18 Vgl. demgegenüber die Botschaft 1975: "Die Bestimmungen über die Beweiskraft gelten selbstverständlich nur für Aufzeichnungen, die Aufbewahrungsobjekte im Sinne von Artikel 962 OR darstellen und den Anforderungen von Gesetz und Verordnung genügen" (Herv. nur hier), BBl 1975 I 1787.

gleiche Beweiskraft wie solche, die ohne Hilfsmittel lesbar sind."¹⁹ Es fragt sich, ob jene Dokumente folglich im Zivilprozess so zu behandeln seien, wie wenn sie auf Papier aufbewahrt worden wären und in dieser "Originalversion" ins Recht gelegt würden. Diese Frage wird insbesondere dort virulent, wo Dokumente, die ursprünglich in Papierform vorgelegen haben, nunmehr ausschliesslich in elektronischer Form aufbewahrt werden, d.h. das Papieroriginal nach dem Digitalisierungsvorgang vernichtet worden ist.

In erster Linie verlangt Art. 957 Abs. 4 OR, dass elektronisch (etc.) aufbewahrte Dokumente grundsätzlich zum Beweis zugelassen werden müssen, was vor drei Jahrzehnten, als die praktisch gleich lautende²⁰ Vorgängernorm von Art. 957 Abs. 4 OR (Art. 962 Abs. 4 aOR) erlassen wurde, offenbar noch nicht als gesichert galt²¹: Damals erschien es notwendig zu verhindern, "dass die Aufzeichnungen als Beweismittel von vorneherein ausgeschlossen w[ü]rden oder dass ihnen, da sie nicht Originale sind, bei der Beweiswürdigung kein Beweiswert zugebilligt [würde]"²². Folglich müsse sie "[d]er Richter [...] zu den Akten erkennen und würdigen und ihre allfällige Untauglichkeit als Beweismittel begründen, wie es mit Originalen zu geschehen hätte"²³.

Die Frage bleibt, ob Art. 957 Abs. 4 OR darüber hinaus in die freie Beweiswürdigung eingreift, indem er verlangte, dass elektronisch aufbewahrte Dokumente den Originalen beweisrechtlich *absolut* gleichgestellt würden. Eine dergestalt umfassende Gleichstellung mag man allenfalls einzelnen Passagen der Botschaft 1975 entnehmen, wo der Bundesrat eine beweisrechtlich weitgehende Gleichstellung von *archivierten* (Papier-)Originalen einerseits und deren Abbildern *auf Mikrofilm* bzw. den Wiedergaben davon andererseits erreichen wollte²⁴. Allerdings wurde nicht auf die entscheidende Frage eingegangen, wie zu verfahren sei, wenn im Prozess über die Echtheit eines auf Mikrofilm aufzubewahrenden Dokuments Beweis abzunehmen ist (z.B. wenn eine Partei glaubhaft behauptet, die abgebildete Unterschrift sei nicht von ihr persönlich ausgeführt worden), und auch der Berner Kommentar gelangt nach Prüfung der Materialien zu Art. 962 Abs. 4 aOR zum Ergebnis, dass eine absolute Gleichstellung weder möglich noch beabsichtigt gewesen sei²⁵.

Der geltende Art. 957 OR bezieht sich in erster Linie auf den früheren Spezial- und heutigen bzw. künftigen Regelfall der *genuin elektronischen Dokumente*²⁶, wo zwischen Original und Kopie überhaupt nicht mehr sinnvoll unterschieden werden kann²⁷. Konsequenterweise wurde in der Revision von 1999 der Unterschied zwischen "Aufzeichnung" (i.S.v. Art 962 Abs. 4 aOR) und "Original" aufgehoben, obwohl ein solcher in Bezug auf die hier interessierenden (nachträglich) digitalisierten Dokumente immer noch besteht. In seinem Kern befasst sich daher auch Art. 957 Abs. 4 OR gerade nicht mit der "Umwandlungsfrage" und damit dem Verhältnis Original und Abbild, sondern betrifft vorderhand die Beweiskraft elektronisch erzeugter Dokumente. Mit Bezug auf "umgewandelte" Dokumente gilt die Bestimmung erst – aber immerhin – ab der "logischen Sekunde" der Digitalisierung, wo ein Dokument quasi eine digitale "Reinkarnation" erfährt. Ab diesem Zeitpunkt ver-

hindern nämlich die handelsrechtlichen Anforderungen an die elektronische Aufbewahrung, dass das Dokument unbeeinträchtigt manipuliert werden kann (vgl. Art. 3 GeBüV). Sind diese Anforderungen erfüllt, so *vermutet*²⁸ Art. 957 Abs. 4 OR, dass das Dokument während dieses Zeitraums nicht manipuliert wurde. Über die vorige Existenz des Dokuments als Papier kann und will Art. 957 Abs. 4 hingegen keine Aussage machen.

- 19 Einzige Voraussetzung dieser "gleichen Beweiskraft" ist der Nachweis, dass bei der Aufzeichnung und Aufbewahrung Art. 957 ff. OR und die GeBüV eingehalten worden sind; vgl. BBl 1999 5165; MEYER (FN 13), 590; BSK OR II-NEUHAUS/BINZ, Art. 957 N 42. Da die Anforderungen an die Aufbewahrung sich mit der Zeit und dem technischen Fortschritt ändern (vgl. Art. 2 Abs. 2 GeBüV, der auf die "Grundsätze der ordnungsgemässen Datenverarbeitung" abstellt), ist dabei jeweils der im Zeitpunkt der (erstmaligen) Speicherung anerkannte Standard massgebend (BRUNO WILDHABER, Die elektronische Beweisführung, digma 2005, 78 ff., 80).
- 20 Materiell wollte der Gesetzgeber bei der Reform von 1999 nichts ändern: BBl 1999 5165.
- 21 Vgl. BBl 1975 I 1786.
- 22 BBl 1975 I 1787; vgl. auch BK-KÄFER, Art. 963 OR N 142 und ZK-BOSSARD, Art. 963 OR N 45.
- 23 BBl 1975 I 1787.
- 24 Vgl. etwa BBl 1975 I 1787. An anderer Stelle argumentiert die Botschaft, dass Verfälschungen in den meisten Fällen auch anhand des Mikrofilms nachweisbar seien (BBl 1975 I 1785). In dieselbe Richtung geht auch ZK-BOSSARD, Art. 963 OR N 46.
- 25 BK-KÄFER, Art. 963 OR N 156 m.H.
- 26 Vgl. insb. BBl 1999 5162: "Mit dem vorgeschlagenen Absatz 2 anerkennt der Gesetzgeber ausdrücklich eine weit verbreitete ... Praxis, nämlich dass Bücher, Buchungsbelege und Geschäftskorrespondenz *rein elektronisch geführt werden*, bevor der dabei aufgezeichnete Buchungsstoff nach Ablauf der Rechnungsperiode den Vorschriften über die Aufbewahrung untersteht." (Herv. weggelassen bzw. hinzugefügt.) BBl 1999 5163: "Der vorgeschlagene Absatz 3 gibt den auslegungsbedürftigen und *bei papierlosen* Korrespondenz- und Buchführungsformen problematischen Begriff ..." (Herv. hinzugefügt.) BBl 1999 5164: "Bei *elektronisch erzeugten* und übermittelten Informationen müssten somit ... als Original gelten, ..." (Herv. hinzugefügt).
- 27 So ausdrücklich BBl 1999 5152.
- 28 Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich hierbei also um eine gesetzliche Tatsachenvermutung (und nicht um eine tatsächliche Vermutung). Um sie umzustossen, müsste die Gegenpartei folglich beweisen, dass ein bestimmtes Dokument tatsächlich manipuliert wurde. Sie kann sich also nicht damit begnügen, im Sinne eines Gegenbeweises einfach Zweifel an der Integrität des Dokuments zu schüren (vgl. OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. A., Bern 2000, 10 N 51).

Die Botschaft 1999 steht dem nicht entgegen, wenn sie am Rande und eher implizit dennoch auf die Umwandlung von bestehenden schriftlichen Unterlagen in elektronische Abbilder Bezug nimmt, weil sie dort lediglich die formale Zulassung elektronisch aufbewahrter Informationen zum Beweis diskutiert und gleichzeitig betont, dass sich das Gericht erst nach dem Nachweis der ordnungsgemässen Aufbewahrung "eine Meinung über den Wahrheitsgehalt der auf diesen Medien aufbewahrten Informationen bilden" könne²⁹. Auch dem ist folglich kein Wille zur absoluten Gleichstellung zwischen Original und elektronischem Abbild zu entnehmen.

Dieses Auslegungsergebnis von Art. 957 Abs. 4 OR macht auch aus funktionalem Blickwinkel Sinn. Das Einscannen und der anschliessende Ausdruck eines Dokuments ist technisch nichts anderes als eine Fotokopie. Der einzige Unterschied, der hier von Belang ist, liegt bei der elektronischen Aufbewahrung darin, dass die Kopie nicht sofort, sondern mit – möglicherweise jahrelanger – Verzögerung ausgedruckt wird³⁰. Würde Art. 957 Abs. 4 das elektronische Abbild in jeder Hinsicht einem – gegebenenfalls von Hand unterzeichneten – Original gleichstellen, bedeutete dies eine Privilegierung des elektronischen Dokuments im Vergleich zu einer Fotokopie. Die Privilegierung wäre schon deshalb nicht angemessen, weil die GeBüV lediglich die Nicht-Manipulierbarkeit des elektronischen Dokuments sicherstellen kann und will, aber beispielsweise nicht verlangt, dass nur Originale eingescannt würden. Die handelsrechtskonforme Aufbewahrung vermag m.a.W. keine Garantie bezüglich der Qualität der Vorlagen zu liefern.

Aus alledem folgt, dass Art. 957 Abs. 4 OR in der derzeitigen Fassung keine absolute Gleichstellung von digitaler Kopie und Original erreichen kann und will. Die Vorschrift verlangt nur (aber immerhin), dass

- elektronische Dokumente nicht aufgrund ihrer Form vom Beweis ausgeschlossen werden dürfen,
- deren Beweiswert dort, wo es sich nicht um genuin elektronische Dokumente handelt, nicht von vornherein und alleine aufgrund der Tatsache reduziert werden darf, dass die Aufbewahrung in elektronischer statt in Papierform erfolgt.

Folglich *kann* die Digitalisierung von Dokumenten bei anschliessender Vernichtung der Originale trotz Art. 957 Abs. 4 OR in gewissen Fällen durchaus beweisrechtliche Auswirkungen haben, wie namentlich auch die Vorlage einer Fotokopie bei Verlust des Originals mit Nachteilen behaftet sein kann. Worin die möglichen Nachteile bestehen und wo diese überhaupt praktische Bedeutung erlangen, wird im nächsten Abschnitt näher beleuchtet.

2.3. Praktische Konsequenzen

a. Fallgruppe 1: Original und Kopie nicht unterscheidbar

Die Beweiskraft eines Dokuments kann sich – Gewähr für ordnungsgemässe Aufbewahrung vorausgesetzt – durch

einen Kopier- bzw. Digitalisierungsvorgang dann nicht verringern, wenn eine (digitale) Kopie von einem Original, grob gesprochen, nicht zu unterscheiden ist. In diesen Fällen hat die Digitalisierung von Dokumenten im Lichte von Art. 957 Abs. 4 OR keine prozessrechtlichen Konsequenzen, sieht man von der Last ab, die handelsrechtskonforme Aufbewahrung der Dokumente zu beweisen.

Ein Original ist von einer Kopie dann nicht sinnvoll zu unterscheiden, wenn bei der Verarbeitung – also beispielsweise beim Einscannen und Ausdrucken – *keine relevante Information* verloren geht, d.h. die Kopie nicht weniger rechtserhebliche Information enthält als das Original³¹. Zwei Typen von Dokumenten fallen in die hier diskutierte Fallgruppe, bei welcher die Relevanz der Unterscheidung zwischen Original und Kopie verwischt ist: Einerseits Dokumente, welche in ihrer endgültigen Form schon einmal kopiert worden sind, und andererseits Dokumente mit ausschliesslich nicht-handschriftlichem Zusatz.

In die beweisrechtlich unproblematische Kategorie von Dokumenten, die bereits einmal kopiert worden sind, fallen erstens diejenigen Unterlagen, welche *ausschliesslich elektronisch erstellt*, aber ausgedruckt und später ohne weiteres abgelegt werden. Als Beispiel mag man an einen Kontoauszug oder einen Vertragsentwurf denken, wobei hier das "Original" (im Sinne der Scan-Vorlage) in Wirklichkeit eine Kopie ("hard-copy") der elektronisch erzeugten Version ist³². Zum zweiten ändert sich der Beweiswert derjenigen Dokumente nicht, welche schon bisher bloss als *Fotokopie* vorhanden waren – z.B. die Kopien ausgehender Korrespondenz. In beiden Fällen greift und genügt die Tatsachenvermutung von Art. 957 Abs. 4 OR³³.

29 BBl 1999 5165.

30 Die Analogie zur Fotokopie darf indes nicht unbeschränkt und unesehen auf alle Aspekte des Digitalisierungsphänomens übertragen werden. Digitale Repräsentationen können – anders als Fotokopien – mit *Metadaten* versehen werden, die rechtliche Relevanz erlangen können. Dabei handelt es sich aber um eine zusätzliche Qualität, welche das Original selbst nicht aufweist und somit für die hier diskutierte Frage des Verhältnisses von Original und digitalem Abbild nicht ausschlaggebend sein kann.

31 Zivilrechtlich regelmässig irrelevant sind dabei dem Papier anhaftende und nicht digitalisierbare Informationen wie Fingerabdrücke, Papierbeschaffenheit oder Druckpigmente. Anders kann sich die Ausgangslage indes dort gestalten, wo mit kriminalistischen Mitteln Beweis geführt werden muss.

32 Dass bei diesem ersten Medienbruch sehr wohl (Meta-)Daten verloren gegangen sind, ist hier ohne Bedeutung.

33 Wie hoch der Beweiswert der einen wie der anderen Dokumentenklasse im Einzelnen ist, ist eine andere Frage, die hier nicht interessiert, weil sie sich bereits mit Blick auf die in Papierform aufbewahrte Vorlage stellt.

Ähnlich (wiewohl nicht identisch) verhält es sich mit Originaldokumenten, bei welchen auf dem Papier ein *Zusatz* angebracht wurde, der nicht von Hand geschrieben wurde, also beispielsweise ein Eingangsstempel oder ein Vermerk mit Schreibmaschine. In der Regel wird hier durch die Digitalisierung keine Information vernichtet, womit die Unterscheidung zwischen Original und Kopie im oben beschriebenen Sinne an Relevanz verliert. Ausnahmen sind jedoch denkbar, z.B. wenn in einem Unternehmen gleichartige Stempel unterschiedlicher Farbe benützt werden, die (digitale oder reprographische) Kopie aber nur schwarzweiss ist. Weil aber die meisten dieser Dokumente erfahrungsgemäss auch eine Unterschrift tragen, haben diese Sonderfälle für die hier interessierende Fragestellung kaum eine selbständige praktische Bedeutung.

b. Fallgruppe 2: Original und Kopie unterscheidbar

Sind Original und gestützt darauf angefertigte (digitale) Kopie eines Dokuments unterscheidbar³⁴, kann die elektronische Aufbewahrung beweisrechtliche Konsequenzen haben, die gemäss dem oben vertretenen Auslegungsergebnis durch Art. 957 Abs. 4 OR nicht beseitigt werden können. Diese sind aus den dargelegten Gründen in Art und Umfang ähnlich denjenigen, welche die betreffende Partei zu gewärtigen hätte, wenn ihr anstelle des Originals nur eine Fotokopie als Beweisurkunde zur Verfügung stünde. Es kann daher auf die prozessrechtliche Behandlung von Fotokopien verwiesen werden, welche im Folgenden anhand des wichtigsten Vertreters der vorliegenden Fallgruppe skizziert wird, nämlich der Dokumente, die *von Hand unterzeichnet* worden sind.

Das Gericht kann nach den meisten kantonalen Prozessordnungen die Vorlage der Originaldokumente verlangen, wenn Zweifel an der Echtheit einer Kopie geweckt werden, und nach einzelnen Zivilprozessordnungen besteht sogar ein unbedingter Anspruch der Gegenpartei auf Vorlage des Originals³⁵. Nach Art. 173 Abs. 1 VE ZPO-CH dagegen kann das Gericht ohne besondere Begründung die Einreichung des Originals verlangen, während die Parteien dafür begründete Zweifel an der Echtheit der Urkunde dartun müssen³⁶. Mit Blick auf die *Beweiskraft* von Fotokopien ist die Lehre gespalten. Nach BÜHLER³⁷ haben Fotokopien nach den meisten Prozessgesetzen denselben Beweiswert wie Originalurkunden. Eine Extremposition in entgegengesetzter Richtung nimmt SCHLAURI ein, welcher die Beweiskraft von Kopien ähnlich niedrig einschätzt wie diejenige nicht unterzeichneter Dokumente³⁸.

In der Gerichtspraxis spielt die Unterscheidung zwischen Fotokopie bzw. digitaler Kopie und Original namentlich im Blick auf die Frage der *Echtheit* der Beweisurkunde eine Rolle – ein Thema, zu welchem Art. 957 Abs. 4 OR keine Stellung nimmt. In diesem Zusammenhang relevant ist insbesondere die kantonale Praxis, welche sich zu den Anforderungen an die Bestreitung der Echtheit einer Urkunde bzw. einer Unterschrift geäussert hat. Hervorzuheben ist namentlich ein Luzerner Entscheid, welcher verlangt,

dass die Echtheit einer fotokopierten Unterschrift *glaubhaft* bestritten werde³⁹, und damit der allgemeinen Regel folgt, dass begründete Zweifel an der Echtheit einer Urkunde bestehen müssen, damit darüber Beweis erhoben wird⁴⁰. Diese Praxis kann indes nicht als gefestigt bezeichnet werden, womit hier wiederum eine gewisse Rechtsunsicherheit verbleibt.

Ist die Echtheit einer Unterschrift auf einem digitalisierten Dokument strittig, muss die beweisbelastete Partei wie im Falle einer gewöhnlichen Fotokopie die Echtheit der Unterschrift beweisen⁴¹. Zu diesem Zweck wird in der Praxis ein Schriftgutachten eingeholt, wozu dem Gutachter regelmässig die umstrittene Unterschrift im Original vorliegen muss. Wurde die Original-Unterschrift nach dem Einscannen vernichtet, setzt sich die beweisbelastete Partei einem *erheblichen Risiko* aus, dass der Echtheitsbeweis misslingt, sofern sich nicht andere Beweismittel (v.a. Zeugen) finden lassen.

Insgesamt birgt also ausgerechnet – aber nicht zufällig – die in der Praxis überaus bedeutsame Kategorie all jener Dokumente, die eine Unterschrift tragen, die grössten Risiken einer ausschliesslich digitalen Aufbewahrung. Daneben gibt es mindestens *zwei weitere Konstellationen*, in welchen die Unterscheidung zwischen Original und Kopie beweisrechtliche Relevanz erlangen kann.

Im einen Fall geht es um die Digitalisierung von *im Wesentlichen handgeschriebenen Dokumenten*. Zu denken ist etwa an eine handschriftliche Gesprächsnotiz, die ein Mit-

34 Wie erwähnt wurde mit der Revision von 1999 die Unterscheidung zwischen Original und Kopie im Gesetz getilgt (dazu eingehend BBl 1999 5163 f.); vollständig ihre Bedeutung verloren hat sie indes nicht, solange es Dokumente gibt, die *nicht* (nur) elektronisch erstellt worden sind.

35 Z.B. Art. 103 Abs. 1 ZPG-SG; § 162 Abs. 2 ZPO-SO; zum Ganzen ALFRED BÜHLER, Die Beweiswürdigung, in: CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, 71 ff., 80.

36 FRANZ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, 33.

37 BÜHLER (FN 35), 80.

38 SIMON SCHLAURI, Elektronische Signaturen, Zürich 2002, Rz. 655.

39 OGer LU in LGVE 1986 I N. 18.

40 VOGEL/SPÜHLER (FN 28), 10 N 113; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 104 Ziff. 1.a; BARBARA MERZ, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 189 Ziff. 1.

41 Vgl. RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997–2000, § 187 N 1.

arbeiter während eines Kundengesprächs angefertigt hat. Während die Grundprobleme dieselben sind wie bei Dokumenten, deren einziger handschriftlicher Vermerk in einer Unterschrift besteht, stehen in diesem Szenario die Chancen wahrscheinlich besser als im Falle der Unterschrift, dass der Echtheitsbeweis trotz Vernichtung des Originals gelingt: Gestützt auf die einschlägigen Vorschriften des kantonalen Prozessrechts⁴² kann das Gericht eine Schriftprobe des angeblichen Urhebers einholen und diese in freier Beweiswürdigung mit dem Ausdruck der elektronisch aufbewahrten Notiz vergleichen. Weil die Fälschung einer grösseren Textmenge wohl schwieriger ist als die Nachahmung einer einzigen Unterschrift, wird das Gericht in der Praxis die Echtheit der Notiz eher als erwiesen erachten als die einer Unterschrift.

Der andere Fall betrifft die Digitalisierung von *Originaldokumenten mit besonderen (Sicherheits-)Merkmalen*, z.B. Wasserzeichen oder Sicherheitsunterdruck. Hier wird in Fällen glaubhafter Bestreitung der Echtheitsbeweis regelmässig misslingen, da kaum eine Möglichkeit besteht, das Vorhandensein eines derartigen Merkmals bei einem längst vernichteten Stück Papier zu beweisen. Dokumente dieser Art sind aber nicht besonders häufig, weshalb sich die praktische Bedeutung der dieser Kategorie eigenen Problematik in engen Grenzen halten dürfte.

Ob sich die soeben skizzierten Risiken für die Unternehmung, welche ihre Originaldokumente digitalisiert und anschliessend vernichtet hat, aktualisieren oder nicht, lässt sich nicht allgemein prognostizieren, weil dies von den prozessualen Umständen im Einzelfall abhängt. Zunächst einmal muss die Unternehmung überhaupt die objektive Beweislast für eine rechtsrelevante Tatsache tragen, auf welche sich das digitale Dokument bezieht. Weiter hängt es vom Verhalten der Parteien und vor allem von der *freien richterlichen Beweiswürdigung* im Einzelfall ab, ob der Beweis tatsächlich – und gerade wegen Fehlens des Originals – scheitert. Keine Rolle spielt indes, ob das Verfahren der Verhandlungsmaxime oder der Untersuchungsmaxime (wie z.B. im arbeitsrechtlichen Prozess, Art. 343 Abs. 4 OR) untersteht, da das Beweisverfahren für sämtliche ordentlichen Prozesse gleich ist⁴³.

Freie Beweiswürdigung bedeutet, dass die Richterin nach ihrer frei gebildeten Überzeugung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls befindet, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache (z.B. Echtheit der Unterschrift) erbracht worden ist oder nicht. Obschon jede Beweisentscheidung auf objektive Gesichtspunkte gestützt werden muss⁴⁴ und einer objektiv nachvollziehbaren Begründung bedarf⁴⁵, hat die richterliche Beweiswürdigung regelmässig eine Komponente, die der rein rationalen Betrachtung nicht zugänglich ist⁴⁶. Dementsprechend kann beispielsweise eine Richterin – aus welchen Gründen auch immer – Zweifel an der Echtheit einer Urkunde haben, die ein anderer Richter nicht hätte, ihr persönlich aber so gewichtig erscheinen, um einen Beweis zu verhindern⁴⁷. Daraus folgt, dass das "Gegenbeweismass", das nötig ist, um einen Beweis misslingen zu lassen, variieren und sich im Extremfall gar auf eine nicht weiter begründete Bestreitung reduzieren kann⁴⁸.

2.4. Mögliche Gegenmassnahmen

An dieser Stelle ist kurz auf mögliche Kautelen einzugehen, welche darauf abzielen, die dargestellten (beweis-)rechtlichen Risiken einer ausschliesslich elektronischen Aufbewahrung von Dokumenten mindestens teilweise aufzufangen. Ein erster Ansatz kann darin bestehen, dass eine Unternehmung mit ihren Vertragspartnern (Kunden, Lieferanten, aber auch Arbeitnehmern) vereinbart, dass jeweils der Vertragspartner die Fälschung seiner Unterschrift unter Dokumente beweisen muss, die bei der Unternehmung digital archiviert werden. Solche *Beweislastverträge* sind nach wohl herrschender Auffassung zulässig, sofern die Parteien über das betreffende Rechtsverhältnis verfügen können⁴⁹. Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Beweislastvertrag auch via AGB gültig vereinbart werden kann, muss an dieser Stelle indes offen bleiben.

42 Z.B. § 187 ZPO-ZH oder Art. 104 ZPG-SG.

43 HANS-PETER EGLI, Das arbeitsrechtliche Verfahren nach Art. 343 OR, ZZZ 2004 21 ff., 44.

44 MICHAEL NONN, Die Beweiswürdigung im Zivilprozess, Basel 1996, 4.

45 Nw. bei URS GASSER, Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem, München 2002, 102 in FN 570.

46 Nw. bei GASSER (FN 45), 102 in FN 571; daneben vgl. ISAAK MEIER, Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989, 57 ff., 60; KOFMEL (FN 17), 20.

47 Dazu ein Beispiel: In einem arbeitsrechtlichen Prozess um ein Konkurrenzverbot bestreitet die Arbeitnehmerin, dass sie ein Zusatzblatt zum Arbeitsvertrag unterschrieben habe, welches das Konkurrenzverbot enthält. Traut ihr ein Richter nicht zu, dass sie dies wider besseres Wissen tun könnte, und ist er zusätzlich gegenüber digitalen Medien skeptisch eingestellt, werden ihm seine Zweifel an der Echtheit der nunmehr nur noch in digitalisierter Form vorhandenen Unterschrift unter Umständen so gewichtig erscheinen, dass er darüber Beweis erhebt, ohne dass die Arbeitnehmerin ihre Bestreitung substantiiert hätte.

48 Das Beispiel in FN 47 zeigt allerdings auch, dass solche Situationen in der Praxis eher selten sein werden; viel eher werden wohl die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen des Konkurrenzverbots der Hauptstreitpunkt sein. Es kann daher mit Fug behauptet werden, die in diesem Abschnitt skizzierten Risiken einer digitalen Aufbewahrung von Dokumenten aktualisierten sich beileibe nicht in allen Gerichtsfällen, wo sie potenziell vorhanden sind.

49 Nw. bei BSK ZGB I-SCHMID, Art. 8 N 91; ebenso VOGEL/SPÜHLER (FN 28), 10 N 57 und MAX GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, 70; differenzierend HANS SCHMID, Zum Beweislastvertrag, SJZ 2004, 477 ff., 480 ff.; a.A. BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 373 ff. Zulasten des Arbeitnehmers sind Einschränkungen also nur ausserhalb des Geltungsbereichs von Art. 341 Abs. 1 OR, der die Disponibilität gewisser Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis einschränkt, möglich: SCHMID, 481.

Sodann mag der Einsatz von sog. *Beweisführungsverträgen* erwogen werden, in welchen vereinbart wird, dass der Beweis der Echtheit einer Unterschrift mittels des Ausdrucks der digitalisierten Urkunde als erbracht zu betrachten sei⁵⁰. Solche Vereinbarungen sind im Gegensatz zu reinen Beweislastverträgen nach fast einhelliger Lehre unzulässig⁵¹. Im (soweit ersichtlich) einzigen bekannt gewordenen Gerichtsentscheid zu dieser Frage betrachtete das Zürcher Obergericht eine Beweisführungsabrede im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs als nichtig⁵².

Ein anders gearteter, dritter Ansatz mag darin bestehen, die *Originaldokumente* nach dem Einscannen an den Vertragspartner – allenfalls gegen Quittung – *auszuhändigen*. Dieses Vorgehen hat keinen sicheren, direkten beweisrechtlichen Effekt, weil der Vertragspartner (z.B. Arbeitnehmer, Privatkunde) in vielen Fällen nicht verpflichtet sein wird, die Originale aufzubewahren. Immerhin können sich erwünschte indirekte Auswirkungen ergeben: Man stelle sich zur Illustration eine Situation vor, in welcher dem Vertragspartner das Original (z.B. eines Arbeitsvertrags) ausgehändigt wird und dieser in einem nachfolgenden Prozess geltend macht, das von der Unternehmung als Beweismittel eingereichte digitale Abbild des Dokuments sei nicht echt, auf ein entsprechendes Editionsbegehren hin aber erklärt, er hätte das ihm ausgehändigte Original nicht aufbewahrt. In einer solchen Konstellation scheint es nahe liegend, dass das Verhalten vom Gericht bei der Beweiswürdigung zumindest mitberücksichtigt wird (vgl. auch Art. 123 Abs. 2 ZPG-SG). Freilich wird der beträchtliche organisatorische Aufwand, um die Originale auszuhändigen, die Kosten einer separaten Aufbewahrung wichtiger Dokumente in vielen Fällen übersteigen.

3. Digitale Datenaufbewahrung und rechtliche Formen

Wenn man bedenkt, dass die Digitalisierung von Dokumenten einen Medienbruch bedeutet, so überrascht nicht, dass aus diesem Vorgang unter Umständen Konflikte oder Spannungsverhältnisse mit Vorschriften entstehen können, die an die Einhaltung einer bestimmten Form eine (wie auch immer geartete) Rechtsfolge knüpfen. Zu solchen Vorschriften gehören *prima vista* die materiellrechtlichen Formvorschriften als Gültigkeitsvoraussetzungen (Abschnitt 3.1), die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Urkunden des Privatrechts (Abschnitt 3.2) wie des öffentlichen Rechts (Abschnitt 3.3) und die verfahrensrechtlichen Beweisformvorschriften (Abschnitt 3.4)⁵³. Nicht eingegangen wird im Folgenden auf Wertpapiere, zumal hier unbestritten ist, dass die wertpapierrechtliche Präsentation der Urkunde nicht mittels eines elektronisch gespeicherten Dokuments oder dessen Ausdruck vorgenommen werden kann⁵⁴.

3.1. Formvorschriften als Gültigkeitsform

Ist eine materiell formgültige Urkunde untergegangen, kann die Einhaltung der (gesetzlichen oder vertraglichen) Gül-

tigkeitsform auch durch andere Mittel bewiesen werden⁵⁵. Für Urkunden, welche die gültige Abgabe formbedürftiger rechtsgeschäftlicher (oder rechtsgeschäftsähnlicher) Erklärungen beweisen, gilt deshalb mit Ausnahme gewisser Spezialfälle (dazu sogleich) nichts anderes als das in Abschnitt 2 Gesagte; sie sind eben nur ganz "gewöhnliche" Beweisurkunden.

3.2. Öffentliche Urkunden des Privatrechts (Art. 9 ZGB)

Auch die Einhaltung der Gültigkeitsform der öffentlichen Beurkundung kann mit allen möglichen Beweismitteln bewiesen werden. Eine andere Frage ist, ob eine öffentliche Urkunde des Bundesprivatrechts⁵⁶ ihre gemäss Art. 9 ZGB erhöhte Beweiskraft behält, wenn sie digitalisiert wird. Aus praktischer Sicht stellt sich die Frage freilich nur mit Bezug auf Urkunden, welche bei der Partei im *Original* vorhanden sind – die Digitalisierung einer Fotokopie ist immer unbedenklich⁵⁷. Daneben sind auch jene Fälle unproblematisch, in welchen die Urschrift von Beurkundungsrechts wegen ohnehin bei der Urkundsperson bzw. beim Amtsnotariat aufbewahrt wird. Die Digitalisierung von Auszügen aus öffentlichen Registern schliesslich schafft ebenfalls nur geringe Probleme, da diese beim Register jederzeit wiederzubeschaffen sind. Die Bedeutung der soeben aufgeworfenen Fragestellung reduziert sich also auf öffentliche Urkunden i.e.S.⁵⁸, die bei der Unternehmung im Original vorhanden und nicht hinterlegt sind.

Laut Botschaft zur Revision der kaufmännischen Buchführung verliert eine eingescannte und elektronisch aufbewahrte öffentliche Urkunde i.S.v. Art. 9 ZGB die erhöhte

50 Vgl. BSK ZGB I-SCHMID, Art. 8 N 90.

51 BSK ZGB I-SCHMID, Art. 8 N 90 m.w.H.; GULDENER (FN 49), 70 f. Anders jedoch ROLF H. WEBER, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, Zürich 2001, 325.

52 Näheres dazu bei FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 41), § 56 N 12a.

53 Zur Unterscheidung Gültigkeitsform-Beweisform siehe ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, Nachdruck der 3. A., Zürich 1984, 235 f.; BK-KUMMER, Art. 10 ZGB N 2 f.; BGE 101 II 211, E. 4.b; mit hier nicht interessierender Differenzierung ZK-JÄGGI, Art. 11 OR N 105 f.

54 BBl 1975 I 1784 und 1999 5166; MEYER (FN 13), 590.

55 So ausdrücklich zum Testament BGE 101 II 211, E. 4.b und JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, 9 N 34, zur Bürgschaft von TUHR/PETER (FN 53), 236.

56 Nur diese fallen unter Art. 9 ZGB: BK-KUMMER, Art. 9 ZGB N 12.

57 Siehe vorne, Abschnitt 2.3.a.

58 Zur Terminologie siehe BSK ZGB I-SCHMID, Art. 9 N 7.

Beweiskraft, die das Original kraft Art. 9 ZGB hat⁵⁹. Diese Aussage erscheint zu apodiktisch: Die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Urkunden beruht auf der Wahrheitspflicht, welcher die Urkundsperson wie auch die vor ihr erscheinenden Parteien unterliegen, und nicht auf dem Papier als Trägermedium⁶⁰. Können also die frühere Existenz und der Inhalt einer öffentlichen Urkunde bewiesen werden, was u.a. mittels einer elektronischen Kopie geschehen kann, spricht u.E. nichts dagegen, dem Urkundeninhalt im selben Masse⁶¹ eine erhöhte Beweiskraft zukommen zu lassen, wie wenn die Urkunde im Original vorläge⁶². Diese Ansicht steht auch im Einklang mit der anerkannten Regel, dass sich Art. 9 ZGB nicht auf die Echtheit der Urkunde bezieht⁶³. Weil es jedoch unsicher ist, ob sich die hier vertretene, soweit ersichtlich neue Auffassung durchsetzen wird und Art. 957 Abs. 4 OR, wie dargelegt, nicht alle beweisrechtlichen Risiken ausgleichen kann, ist für die Praxis dringend zu empfehlen, öffentliche Urkunden im Sinne von Art. 9 ZGB im Original aufzubewahren.

3.3. Urkunden des öffentlichen Rechts

Bei Urkunden (z.B. Gerichtsurteile, Verfügungen) und Registerauszügen (z.B. Strafregisterauszug) des öffentlichen Rechts ist eine allfällige erhöhte Beweiskraft dem die Urkunde beherrschenden Recht zu entnehmen⁶⁴. Gilt für die öffentlich-rechtliche Urkunde eine dem Art. 9 ZGB entsprechende Regel, stellt sich im Prinzip die gleiche Frage wie für öffentliche Urkunden des Bundesprivatrechts. Indes werden viele Urkunden des öffentlichen Rechts leichter wieder zu beschaffen sein als Urkunden des Privatrechts: Eine Verwaltungsbehörde wird z.B. eine Kopie der von ihr ausgestellten Verfügungen bei ihren Akten haben; Auszüge aus öffentlichen Registern werden in aller Regel auch wiederzubeschaffen sein. Anders ist dies zwar beim Strafregister, wo die Einträge bekanntlich nach Ablauf einer bestimmten Frist gelöscht werden (Art. 80 StGB), doch wird es in solchen Fällen das Erforderlichkeitskriterium bei der Datenbearbeitung (als Teil des in Art. 4 Abs. 2 DSG verankerten Verhältnismässigkeitsprinzips) gebieten, einen veralteten Strafregisterauszug aus den Akten – bspw. einem Personaldossier – zu entfernen⁶⁵.

3.4. Beweisformvorschriften

a. Allgemeines

Während das Bundesprivatrecht keine Beweisformvorschriften kennt (vgl. Art. 11 Abs. 2 OR), enthält das SchKG mit Art. 80 Abs. 1 und 82 Abs. 1 zwei prominente Vertreter dieses Normentypus (siehe sogleich Abschnitt b)⁶⁶. Daneben kennt auch das öffentliche Recht Beweisformen, welche hier – abgesehen vom nachstehenden Beispiel – nicht weiter zu vertiefen sind.

(Urkunden-)Beweisformvorschriften – und nur um diese kann es hier gehen – stellen regelmässig qualifizierte Anforderungen an die Urkunde, sei es, dass sie bestimmte Angaben enthalten (Art. 37 MwstG) oder z.B. eine Unterschrift

tragen (Art. 82 Abs. 1 SchKG betr. unterzeichnete Schuldanerkennungen) muss. Die Frage, welche für jede Vorschrift gesondert beantwortet werden muss, lautet nun, ob die Einhaltung dieser qualifizierten Anforderungen nur durch "Originale" bewiesen werden kann oder ob dies auch mittels (elektronisch aufbewahrter) Kopien möglich ist⁶⁷.

Ein Beispiel für die Relevanz dieser Unterscheidung liefert das Mehrwertsteuerrecht: Zur Geltendmachung des Vorsteuerabzugs muss unter anderem entweder eine Rechnung vorliegen, die den Anforderungen von Art. 37 MwstG genügt (Art. 38 Abs. 1 lit. a MwstG), oder ein Einfuhrsteuerbeweis der Eidgenössischen Zollverwaltung (Art. 38 Abs. 1 lit. c MwstG)⁶⁸. Während der Vorsteuerabzug auch gestützt auf elektronisch aufbewahrte Rechnungen gewährt wird⁶⁹, werden Einfuhrsteuerbeweise (wie im Übrigen auch Ausfuhrdokumente) wegen angeblicher Missbrauchsgefahr⁷⁰

59 BBl 1999 5165; gleicher Ansicht MEYER (FN 13), 590.

60 BSK ZGB I-SCHMID, Art. 9 N 23 m.H.

61 Dazu BGE 110 II 1, E. 3a und BSK ZGB I-SCHMID, Art. 9 N 24.

62 Art. 173 Abs. 1 VE ZPO-CH geht diesbezüglich in die richtige Richtung, weil er auch die Einreichung einer öffentlichen Urkunde in Kopie zulässt. Allerdings geht die Bestimmung weiterhin davon aus, dass daneben noch das Original vorhanden ist, womit den rechtstatsächlichen Bedürfnissen im Bereich Digital Enterprise Content Management nur sehr beschränkt Rechnung getragen wird.

63 BSK ZGB I-SCHMID, Art. 9 N 21.

64 BK-KUMMER, Art. 9 ZGB N 17; BSK ZGB I-SCHMID, Art. 9 N 5. – Kantonale Gerichtsprotokolle haben bspw. keine Wirkung nach Art. 9 ZGB (BSK ZGB I-SCHMID, Art. 9 N 4).

65 Vgl. DSG-MAURER, Art. 4 N 22 m.w.H.

66 VON TUHR/PETER (FN 53), 236; ZK-JÄGGI, Art. 11 OR N 106. – Auf das im Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgeschlagene neue Institut der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde (Art. 337 ff. VE ZPO-CH) wird hier nicht weiter eingegangen.

67 Im letzteren Fall besteht also eine Parallele zu den Gültigkeitsformen, wobei der Unterschied darin besteht, dass die Einhaltung der Gültigkeitsform mit beliebigen Beweismitteln (statt nur mit Urkundenkopien) bewiesen werden kann.

68 ALOIS CAMENZIND/NIKLAUS HONAUER/KLAUS A. VALLENDER, Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz (MWSTG), 2. A., Bern etc. 2003, Rz. 1312.

69 Vgl. Wegleitung 2001 zur Mwst, Rz. 947, und MARC STEIN-EGGER/EDITH FREI, Aufbewahrung von Geschäftsbüchern und Belegen: Besondere Aspekte bei international tätigen Firmen, ST 2005, 106 ff., 108.

70 Die Missbrauchsgefahr wird mit der "Möglichkeit der fotografischen Wiedergabe in beliebiger Anzahl" begründet (Wegleitung 2001 zur Mwst, Rz. 948). Warum diese bei Einfuhrdokumenten, welche Zollstempel tragen, grösser sein soll als bei Rechnungen i.S.v. Art. 37 MwstG, die auch blosser Computerausdrucke sein können, ist nicht ersichtlich.

nur im Original akzeptiert⁷¹. M.a.W. werden die beiden Beweisformvorschriften Art. 38 Abs. 1 lit. a und c MwStG von der EStV im oben beschriebenen Sinne unterschiedlich ausgelegt.

b. Beweisformen des Rechtsöffnungsverfahrens insbesondere

Gemäss Botschaft 1999 entbindet Art. 957 Abs. 4 OR nicht davon, Beweismittel immer dann in qualifizierter Form vorzulegen, wenn besondere gesetzliche Bestimmungen dies vorsehen⁷². Sie nennt dabei u.a. den Artikel 82 Abs. 1 SchKG, der für die provisorische Rechtsöffnung den Beweis des Bestehens der Forderung mittels öffentlicher Urkunde oder unterzeichneter Schuldanerkennung verlangt. Im gleichen Zug wäre hier auch Art. 80 SchKG zu erwähnen, welcher für die definitive Rechtsöffnung den Beweis mittels vollstreckbaren gerichtlichen Urteils, Vergleichs, gerichtlicher Schuldanerkennung oder gewisser Verfügungen von Verwaltungsbehörden vorschreibt.

Zur Beantwortung der Frage, ob die Einhaltung der qualifizierten Anforderungen an den Urkundenbeweis gemäss Art. 80 und 82 Abs. 1 SchKG nur durch "Originale" oder auch mittels digitaler Kopien bewiesen werden kann, muss – soweit sich eine solche überhaupt herausgebildet hat – die Praxis zur Rechtsöffnung gestützt auf Kopien (Fotokopie, Mikrofilm, etc.) herbeigezogen werden. Während eine Gerichtspraxis zu Art. 80 SchKG diesbezüglich (soweit ersichtlich) nicht existiert, genügt nach einer Lehrmeinung eine unbeglaubigte Fotokopie des Gerichtsurteils, wenn der Schuldner nicht glaubhaft deren Fälschung behauptet⁷³.

Mit Bezug auf Art. 82 Abs. 1 SchKG sind höchstgerichtliche Entscheide, die sich mit der vorliegenden Frage befassen, sehr selten. Neben dem kaum mehr zeitgemässen BGE 26 I 1⁷⁴ ist nur ein Bundesgerichtsentscheid bekannt, gemäss welchem es nicht willkürlich sei, die Rechtsöffnung gestützt auf eine Vergrösserung eines Mikrofilms *nicht* zu bewilligen⁷⁵. Die kantonale Praxis zur Rechtsöffnung gestützt auf Fotokopien schliesslich ist reichhaltig, aber heterogen: Eine Kopie genügt unter der Voraussetzung, dass der Gesuchsgegner die Rechtsgültigkeit des Beweismittels oder seiner Unterschrift nicht bestreitet, in den Kantonen St. Gallen⁷⁶, Thurgau⁷⁷, Aargau⁷⁸, Uri⁷⁹, Basel-Land⁸⁰, Luzern, Neuenburg, Waadt und Graubünden⁸¹. Nach der schon etwas älteren baselstädtischen Praxis kann Rechtsöffnung gestützt auf eine Kopie nur erteilt werden, wenn der Schuldner *ausdrücklich* zugesteht, dass das Original der Urkunde besteht und mit der Fotokopie übereinstimmt⁸². Eine Ausnahmestellung nimmt ein älterer Basler Entscheid ein, der die Rechtsöffnung aufgrund einer ab Mikrofilm erstellten Kopie der Schuldurkunde und gestützt auf Art. 962 Abs. 4 aOR bewilligt hat⁸³. Zusammenfassend reicht das Spektrum der kantonalen Praxen also von der Notwendigkeit, dass der Schuldner die Echtheit der Kopie ausdrücklich anerkenne, bis zum Erfordernis, dass der Schuldner die Echtheit substantiiert bestreite, wenn er die Rechtsöffnung abwenden will. Die Lehrmeinungen zur Frage sind allgemein geteilt⁸⁴.

Was die provisorische Rechtsöffnung betrifft, herrscht somit zumindest eine beträchtliche Tendenz, die Einhaltung der qualifizierten Anforderungen an den Urkundenbeweis auch mittels Urkundenkopien zuzulassen. Diese Praxis ist u.E. auf digitalisierte Dokumente bzw. digitale Kopien zu erstrecken: Wird der nach Art. 957 Abs. 4 OR geforderte Nachweis handelsrechtskonformer Aufbewahrung erbracht, so spricht nichts dagegen, die Rechtsöffnung gestützt auf Ausdrucke eingescannter Rechtsöffnungstitel unter den gleichen Voraussetzungen zu gewähren, wie sie auch gestützt auf Fotokopien gewährt wird⁸⁵. Um dem summarischen Charakter des Rechtsöffnungsverfahrens Rechnung zu tragen, wäre u.E. zu verlangen, dass der Nachweis handelsrechtskonformer Aufbewahrung hier ausschliesslich mittels Urkunden (z.B. Attest der Revisionsstelle; Vorlage der Digitalisierungs-, Zugriffs- und Änderungsprotokolle) zu erbringen sei.

Es bleibt abzuwarten, ob sich die hier vertretene Auffassung durchsetzen wird. Allemal ist somit gegenwärtig der Aussage MEYERS zuzustimmen, wonach die Beweiskraft elektronisch archivierter Schuldbekenntnisse im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung nicht absolut gesichert sei, weshalb sich die Aufbewahrung solcher Dokumente im Original empfehle⁸⁶. Sodann sind mangels Gerichtspraxis zur behandelten Frage betreffend die definitive Rechtsöffnung all jene Dokumente, die einen definitiven Rechtsöffnungstitel abgeben, bis zu ihrer Vollstreckung unbedingt im Original aufzubewahren.

71 Rz. 948 der Wegleitung 2001 zur MwSt; STEINEGGER/FREI (FN 69), 107.

72 BBl 1999 5165 f. – Das Gleiche muss für den Ausländerarrest gelten, weil Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG die Vorlage einer Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG verlangt.

73 SCHKG-STAEHELIN, Art. 80 N 53.

74 Dazu CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, (Kommentar zum) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bände, 4. A., Zürich 1997–2000, Art. 82 N 4.

75 Entscheid des BGer vom 6.3.1984 i.S. *Secura c. Geinoz*, RJN 1984, 72.

76 Auskunft Kreisgerichte St. Gallen und Gaster-See.

77 Seit 1982: RBOG 1996 N. 19 E. 2, wo übrigens die Echtheit der Unterschrift genügend substantiiert bestritten wurde; RBOG 2003 N. 18.

78 AGVE 2002 N. 9 E. 1a, betr. Schuldbrief.

79 RBUR 1992 N. 16 E. 2.

80 OGer BL in SJZ 1993, 344.

81 SCHKG-STAEHELIN, Art. 82 N 17.

82 AppGer BS in BJM 1982, 325; EUGEN FISCHER, Rechtsöffnungspraxis in Basel-Stadt, BJM 1980 113 ff., 132.

83 Erwähnt bei FISCHER (FN 82), 132.

84 Nw. in SCHKG-STAEHELIN, Art. 82 N 17.

85 So im Ergebnis auch STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, 165 f.

86 MEYER (FN 13), 590 f.

4. Schlussfolgerungen

Der einleitend formulierten Zielsetzung dieses Artikels folgend, werden nachfolgend die beweisrechtlichen Risiken einer Digitalisierung zusammenfassend gewürdigt sowie Schlussfolgerungen für die Praxis abgeleitet (Abschnitt 4.1.) Abschliessend werden Reformvorschläge zu Handen des Gesetzgebers unterbreitet (Abschnitt 4.2.).

4.1. Würdigung der Risiken und Empfehlungen für die Praxis

Nach der gegenwärtigen Lage besteht (zumindest bereichsweise) eine erhebliche Rechtsunsicherheit betreffend die beweisrechtliche Behandlung digitalisierter Dokumente im Zivilprozess. Soweit die Digitalisierung i.e.S., d.h. die Umwandlung von Papierunterlagen in digitale Repräsentationen mit anschliessender Vernichtung der Originale im Fokus liegt, variieren die Risiken je nach Dokumententyp stark und können gerade beim praktisch bedeutsamen Typus des unterzeichneten Dokuments ganz erheblich sein. Die Aktualisierungswahrscheinlichkeit dieser mit der Digitalisierung i.e.S. verbundenen Risiken kann, wie in Abschnitt 2.3 am Ende dargelegt, kaum abstrakt beurteilt werden, weil zu viele Faktoren von der konkreten Prozesssituation im Einzelfall abhängen.

Der juristische Rat geht vor diesem Hintergrund denn im Allgemeinen auch dahin, so viel "Papier" wie möglich aufzubewahren. Dem stehen aber in der Praxis die eingangs schlaglichtartig erwähnten betriebswirtschaftlichen Überlegungen gegenüber. Wie kann dieses Spannungsverhältnis unter geltendem Recht abgebaut werden? Der hier vertretenen Auffassung nach lässt sich durchaus eine *vermittelnde Position* einnehmen, welche – regelmässig im Hinblick auf einen einschlägigen Management-Entscheid, der ein "Go" oder "No Go" eines Digitalisierungsprojekts betrifft – auf einer systematischen Identifikation und angemessenen Bewertung der vorgenannten Risiken beruht. Im Sinne eines solchen Ansatzes empfiehlt es sich, bei der Beurteilung eines konkreten Digitalisierungsprojekts in einem ersten Schritt (rechts-)bereichsweise Fallgruppen mit jenen typischen Prozesssituationen zu bilden, welchen die Unternehmung realistischweise ausgesetzt ist bzw. sein kann, um alsdann im zweiten Schritt basierend auf den Erfahrungswerten des Rechtsdienstes (z.B. betreffend den Streitwert oder die Häufigkeit, in der die Echtheit bestimmter Urkunden bestritten wird) das finanzielle Risiko im Falle des Eintritts von Beweislosigkeit zu ermitteln. Dieses Ergebnis ist im dritten Schritt letztlich den Effizienzgewinnen des Digitalisierungsprojekts gegenüberzustellen.

Beim gegenwärtigen Stand der Dinge wird, basierend auf einer dergestalt differenzierten Analyse, in den meisten Fällen eine *hybride Lösung* die kostengünstigste sein, wo gewisse Dokumenttypen wie z.B. provisorische Rechtsöffnungstitel, öffentliche Urkunden und wichtige Verträge (auch) auf Papier aufbewahrt werden, der grosse Rest der Akten aber nach dem Einscannen vernichtet wird. Entsprechend kommt derzeit in der Unternehmenspraxis hybriden

"Enterprise Content Management"-Systemen besondere Aufmerksamkeit zu. Am Rande sei nochmals auf die in Abschnitt 2.4 diskutierten, risikovermindernden Massnahmen hingewiesen.

4.2. Wünsche an den Gesetzgeber

Einige der in diesem Aufsatz diskutierten Probleme sind bei entsprechender Interpretation der einschlägigen Vorschriften schon *de lege lata* lösbar. Trotzdem scheinen u.E. aus Gründen der Rechtssicherheit einige punktuelle Änderungen im Prozessrecht wünschenswert, die im Zuge des Erlasses der schweizerischen Zivilprozessordnung berücksichtigt werden könnten. Wiederum ist analytisch zu unterscheiden zwischen Regelungsvorschlägen, welche die Digitalisierung i.e.S., d.h. das Umstellen von "Papier" auf "elektronisch" betreffen, und Vorschlägen, welche sich primär auf die digitale Führung und Aufbewahrung von genuin elektronischen Dokumenten beziehen.

Mit Blick auf den erstgenannten Aspekt ist zu erwägen, den in diesem Artikel herausgearbeiteten Regelungsgehalt von Art. 957 Abs. 4 OR, welcher anerkanntermassen eine Norm des Prozessrechts darstellt⁸⁷, in eine allgemeine Norm zu giessen und in der schweizerischen ZPO zu verankern. Damit würde im Ergebnis klargestellt, was der hier vertretenen Auffassung nach auch *de lege lata* gelten sollte, dass nämlich der materielle Gehalt von Art. 957 Abs. 4 OR auf alle Dokumente anwendbar ist, die unter Einhaltung der GeBüV aufbewahrt werden⁸⁸. Würde eine solche Norm in die ZPO aufgenommen, könnte die Streichung von Art. 957 Abs. 4 OR erwogen werden.

Mit Bezug auf die Digitalisierung i.e.S. ergeben sich zwei Vorschläge, die andernorts im Einzelnen auszuarbeiten sind. Der erste Vorschlag zielt auf eine Beseitigung der Rechtsunsicherheit bezüglich der digitalen Kopie ("Scan") im Vergleich namentlich zur Fotokopie. So ist u.E. eine Vorschrift zu erwägen, welche beispielsweise in Art. 173 des Vorentwurfs eingefügt werden könnte und bestimmen müsste, dass Dokumente, welche ursprünglich auf einem ohne Hilfsmittel lesbaren Medium vorhanden waren, mittels eines fotomechanischen Verfahrens digitalisiert wurden und fortan nunmehr als Datei aufbewahrt werden, gleich zu behandeln seien wie Fotokopien, sofern die Person, welche sich darauf beruft, nachweist, dass bei der Digitalisierung und Aufbewahrung die Vorschriften von Art. 957 ff. OR und der GeBüV eingehalten worden sind.

87 BK-KÄFER, Art. 963 OR N 146.

88 Siehe vorne Abschnitt 2.1.b.

Der zweite Vorschlag in dieser Rubrik betrifft das Verhältnis von (digitaler) Kopie und Original. Um eine wichtige, in diesem Artikel identifizierte Hürde der Digitalisierung i.e.S. herabzusetzen, müsste u.E. Art. 173 Abs. 1 des Vorentwurfs geändert werden: Nach der aktuellen Fassung dieser Bestimmung kann eine Urkunde zwar in Kopie eingereicht werden, doch darf das Gericht *ohne Begründung*⁸⁹ die Vorlage des Originals verlangen – offenkundig selbst dann, wenn dieses nach einer Digitalisierung gar nicht mehr existiert. Der hier vertretenen Meinung nach wäre es sachgerecht und entspräche auch der Verhandlungsmaxime besser, wenn nur die Partei, welche die Echtheit der Urkunde mit zureichenden Gründen bestreitet (vgl. Art. 171 VE ZPO-CH), die Vorlage des Originals oder einer amtlich beglaubigten Kopie verlangen könnte.

Art. 80 und 82 SchKG schliesslich wären dahingehend zu präzisieren, dass (a) der Rechtsöffnungstitel als Kopie eingereicht werden kann, wenn der Schuldner nicht glaubhaft deren Fälschung behauptet⁹⁰, und (b) Dokumente, welche ursprünglich auf Papier oder einem ähnlichen Medium vorhanden waren und mittels eines fotomechanischen Verfahrens digitalisiert wurden, der Kopie gleichgestellt werden, sofern der Gläubiger mittels Urkunden nachweist, dass bei der Digitalisierung und Aufbewahrung die Vorschriften von Art. 957 ff. OR und der GeBüV eingehalten worden sind⁹¹.

89 So ausdrücklich der Kommentar zu Art. 173 VE ZPO-CH.

90 Das im Vergleich zu Art. 171 VE ZPO-CH strengere "Gegenbeweismass" ist gerechtfertigt, da der Rechtsöffnungsentscheid lediglich provisorischer Natur ist; ähnlich SCHLAURI (FN 38), Rz. 663.

91 Zur Begründung vgl. vorne Abschnitt 3.4.b.

De plus en plus d'entreprises envisagent de scanner leurs documents existant sous forme-papier, entre autres pour des raisons financières, et de détruire les originaux par la suite. Toutefois, elles en redoutent les inconvénients juridiques, étant donné qu'en cas de procès seuls des scans seraient disponibles. En effet, l'art. 957 al. 4 CO ne peut ni ne veut aplanir toutes les incidences d'une conservation digitale en matière de preuves, ce qui a des conséquences pratiques en premier lieu pour les documents munis d'une signature dont l'authenticité est contestée par la partie adverse. D'autres désavantages peuvent résulter de la forme des preuves prescrite par la loi, en particulier s'agissant de la mainlevée provisoire. Alors que les entreprises ont tout intérêt à inclure ces facteurs dans leur prise de décision, le législateur pourrait, selon les auteurs, supprimer plusieurs désavantages liés à la digitalisation de documents d'entreprises qui ne se justifient pas à leur avis.

(trad. LT LAW-TANK, Fribourg)