

Vorentwurf und Bericht

zur Revision der Bestimmungen über die

kaufmännische Buchführung

im Obligationenrecht

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	4
2	Allgemeine Bemerkungen zur Revision der Vorschriften über die kaufmännische Buchführung	6
21	<i>Technische Rahmenbedingungen</i>	6
211	Stand der Technik 1975.....	6
212	Stand der Technik 1997.....	7
213	Künftige Entwicklung.....	8
22	<i>Anlass der Revision</i>	9
23	<i>Ziele der Revision</i>	10
24	<i>Zur Arbeitsweise</i>	12
3	Die vorgeschlagene Revision des OR	13
31	<i>Gegenstand und Tragweite</i>	13
32	<i>Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen</i>	14
321	Artikel 957 Absatz 2 (neu).....	14
322	Artikel 961.....	15
323	Artikel 962.....	16
324	Artikel 963.....	24
325	Artikel 964.....	25
4	In der Revision nicht aufgenommene Neuerungen	26
41	<i>Keine Erwähnung spezifischer Technologien</i>	26
42	<i>Keine Verkürzung der Aufbewahrungsfrist</i>	26
43	<i>Kein umfassendes und abschliessendes Aufbewahrungsrecht</i>	27
	Vorentwurf	28

1 Einleitung

Seit der Revision vom 19. Dezember 1975 der Artikel 962 und 963 des Obligationenrechts (OR) können die Buchführungspflichtigen ihre Geschäftsbücher, Korrespondenz und Belege unter Verwendung zeitgemässer Technologien aufbewahren.

Bei dieser Revision wurden Unterscheidungen getroffen, welche die Anwendung der heute auf dem Markt vorhandenen Technologien der Datenverarbeitung, -kommunikation und -speicherung empfindlich einschränken. Diese Unterscheidungen betreffen drei Bereiche:

- *Unterscheidung bezüglich "Führung" und "Aufbewahrung" der Bücher*

Nach der Konzeption des Gesetzgebers von 1975 endet die eigentliche Führung der Bücher (Art. 957 ff. OR) mit dem Kalenderjahr, und die Pflicht zur Aufbewahrung derselben beginnt zu diesem Zeitpunkt (allenfalls nach vorausgehender Aufzeichnung oder Übertragung auf andere Informationsträger). Seit der Einführung der sog. "Speicherbuchführung" entspricht diese Unterscheidung nicht mehr der Wirklichkeit, denn das Führen der Bücher setzt immer (eine Aufzeichnung und) eine Aufbewahrung der entsprechenden Daten voraus. Die künstliche Unterscheidung zwischen "Führung" und "Aufbewahrung" der Bücher ergibt keinen Sinn mehr, wenn die Geschäftsbücher mit Hilfe der elektronischen Datenverarbeitung geführt werden. Der Gesetzgeber soll somit die elektronische Führung der Bücher ausdrücklich anerkennen.

- *Unterscheidung zwischen "Original" und "Aufzeichnung"*

In den 70er Jahren fielen Korrespondenz und Buchungsbelege weitestgehend auf Papier an. Diese auf physischen Informationsträgern verkörperten, ohne Hilfsmittel lesbaren Informationen hatten damals den Charakter von Originalen. In einer späteren Phase wurden sie aus Gründen der Rationalisierung (grössere Zugriffsgeschwindigkeit, höherer Organisationsgrad, geringerer Raumbedarf) auf moderne Informationsträger (Bild- oder Datenträger) übertragen bzw. aufgezeichnet. Bei elektronisch abgewickelter Geschäftskorrespondenz, die von Anfang an auf Datenträgern entsteht, bei elektronisch erstellten Belegen und bei elektronisch geführten Büchern stösst das bisherige Verständnis der Begriffe "Original" und "Aufzeichnung" daher an Auslegungsgrenzen.

- *Unterscheidung zwischen "Bildträger" und "Datenträger"*

Nach geltendem Recht stehen Bild- und Datenträger nicht in gleicher Weise für alle aufbewahrungspflichtigen Informationen zur Verfügung: Während der Mikrofilm (als Bildträger) für alle Geschäftsbücher, ausgenommen Betriebsrechnung und Bilanz, verwendet werden kann, sind maschinell lesbare Datenträger nur für die Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz und der Buchungsbelege zugelassen, und bei den sog. "übrigen Geschäftsbüchern" genügt die Aufzeichnung und Aufbewahrung auf Datenträgern den gesetzlichen Anforderungen nicht. Infolge der technologischen Entwicklung ist aber die Unterscheidung zwischen Bild- und Datenträgern nicht mehr so klar wie noch 1975.

Moderne Informationsträger wie WORM (Write Once Read Many – eine Speichertechnologie, bei welcher das Medium nur einmal beschrieben werden kann und dann unveränderlich bleibt), CD-ROM (Compact Disk-Read Only Memory – ein vom Benutzer nur lesbarer, nicht beschreibbarer, Musik-CD ähnlicher Speicher) oder Bildplatten (Speicher, auf dem Informationen nicht elektromagnetisch, sondern optisch mit einem Laserlichtstrahl eingebrannt und gelesen werden) eignen sich grundsätzlich auch zur Aufzeichnung digitalisierter Bildinhalte. Werden diese Medien deswegen als Bildträger eingestuft, so sind sie je nach Informationsinhalt bald als Bild-, bald als Datenträger zu betrachten; an diese Qualifikationen knüpft aber das geltende Recht wesentlich verschiedene Folgen in bezug auf ihre Zulässigkeit für die Aufzeichnung und Aufbewahrung des Schriftguts eines Geschäftsbetriebs.

In Zeiten wachsenden grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs und verschärfter internationaler Konkurrenz spielen die rechtlichen Rahmenbedingungen eine immer wichtigere Rolle. Diese Rahmenbedingungen können auch dadurch verbessert werden, dass zur Erfüllung der gesetzlichen Aufbewahrungs- und Dokumentationspflichten neue Technologien zugelassen werden und auf überholte gesetzliche Unterscheidungen verzichtet wird. Dies wird der schweizerischen Wirtschaft und insbesondere ihren Chancen im internationalen Verhältnis dienen und weder einen Verlust an Qualität (namentlich Vollständigkeit, Sicherheit, Genauigkeit, Revisionsfähigkeit usw.) der Aufzeichnungen noch andere Nachteile bewirken.

Für Informationen, die nach Artikel 962 und 963 OR und den darauf gestützten Vorschriften nicht aufzubewahren sind oder die in Unternehmen verarbeitet wer-

den, welche nicht der Buchführungspflicht des OR unterstehen, werden bereits heute auf breiter Basis neue Technologien eingesetzt, beispielsweise um die interne Dokumentation sicherzustellen oder spezialgesetzlichen Dokumentationspflichten nachzukommen (z.B. bei Arzneidokumentationen oder bei der Qualitätssicherung).

Die handelsrechtlichen Aufbewahrungsvorschriften kommen auch bei der Erfüllung der steuerrechtlichen Aufbewahrungspflichten zur Anwendung, was sich am augenfälligsten in den *Richtlinien für die Ordnungsmässigkeit des Rechnungswesens unter steuerlichen Gesichtspunkten, sowie über die Aufzeichnung von Geschäftsunterlagen auf Bild- oder Datenträgern und deren Aufbewahrung* äusserte, welche im Jahre 1979 von der Konferenz staatlicher Steuerbeamter in Zusammenarbeit mit der Eidg. Steuerverwaltung (EStV) und dem Bundesamt für Justiz (BJ) herausgegeben wurden (in der Folge: Richtlinien 1979). Eine Revision des OR soll daher eine parallele Wirkung auf die steuerrechtlichen Anforderungen an die Ordnungsmässigkeit der Rechnungslegung haben.

Aufgrund der Reflexwirkung des Privatrechts auf das Verwaltungsrecht wird schliesslich auch die öffentliche Verwaltung, die nicht dem 32. Titel des OR untersteht, moderne und effiziente Medien zur Bewältigung des Schriftverkehrs und des Rechnungswesens einsetzen und von der damit verbundenen Synergie profitieren können.

2 Allgemeine Bemerkungen zur Revision der Vorschriften über die kaufmännische Buchführung

21 Technische Rahmenbedingungen

211 Stand der Technik 1975

Zur Zeit der Revision von 1975 wurden praktisch nur *Lochkarten und Magnetbänder auf Spulen* benutzt, um Informationen zum Zwecke der Aufbewahrung auf Datenträgern aufzuzeichnen. Diese Medien zeichneten sich durch eine begrenzte Haltbarkeit (Magnetbänder: maximal 10 Jahre), einen langsamen Zugriff und relativ hohe Kosten bei geringer Datendichte aus. Die *Magnetplatten*, die einen rascheren Datenzugriff erlaubten, dienten wegen der sehr hohen Kosten nur der temporären und kurzfristigen Speicherung von Daten im laufenden Verarbeitungsprozess.

212 Stand der Technik 1997

Seit 1975 hat sich die Technik stark entwickelt. Die heute üblichen Taschenrechner weisen dieselbe Datenverarbeitungsleistung auf wie früher ein ganzes Rechenzentrum. Die Speicherkapazität der Datenträger ist ebenfalls enorm gestiegen. Die Lochkarte ist als Medium verschwunden, und die klassischen Magnetbänder auf Spulen sind kaum noch anzutreffen. *Disketten, Wechselplatten, CD-ROM, DAT-Kassetten*, auf welchen die Informationen magnetisch, magneto-optisch oder optisch aufgezeichnet werden, beherrschen heute den Alltag. Die Preise sind auf einen Bruchteil des Niveaus der 70er Jahre gesunken, und die Benutzerfreundlichkeit wurde so verbessert, dass diese Technologien in praktisch jedem Unternehmen zur Anwendung kommen. Der Mikrofilm, welcher sich bloss zur Aufzeichnung und Aufbewahrung, jedoch nicht zur Bearbeitung der darauf aufgezeichneten Informationen eignet, wird in den Unternehmen nach und nach von den neuen Speichertechnologien verdrängt.

Auch die *Korrespondenz*, insbesondere die Massenkorrespondenz (Bestellungen, Rechnungen usw.) wird immer mehr auf elektronischem Wege abgewickelt. Rechtsgeschäftliche Erklärungen, die früher als Briefe per Post versandt wurden, werden heute immer häufiger per Fernschreiber (Telex), Fernkopierer (Telefax) oder als sog. *elektronische Post* (E-Mail) übermittelt. Diese Übermittlungen lehnen sich in Form und Struktur noch eng an den klassischen Geschäftsbrief auf Papier an, können jedoch auch ohne Papier auskommen. So ist beispielsweise bei den sog. Fernkopien (Telefax) ein Original auf Papier überflüssig, wenn der Sender die Meldung direkt vom Bildschirm aus übermittelt, die Fernkopie direkt in den Datenspeicher der EDV-Anlage des Empfängers eingelesen wird und die Kenntnisnahme ihres Inhalts nur noch am Bildschirm stattfindet, ohne auf dem Telefax-Empfangsgerät als Ausdruck materialisiert zu werden. Werden elektronische Dateien (files) oder einzelne Meldungen als standardisierte elektronische Formulare (*electronic data interchange*, EDI, elektronischer Datenaustausch i.e.S.) übermittelt, so fehlt oft sogar dieser minimale äussere Anschein eines Briefes.

Die elektronische Korrespondenz ist schneller als die Briefpost und ermöglicht zudem unmittelbar eine *weitere automatisierte Verarbeitung* des Inhalts der Meldungen, ohne dass Menschen die übermittelten Informationen empfangen, lesen und erneut von Hand in eine Datenverarbeitungsanlage eingeben müssen. Die Wirtschaft geht dazu über, Dokumente, die sich wiederholende Standardgeschäfte betreffen (Offerten, Bestellungen, Rechnungen), vor ihrem Versand automatisch zu generieren bzw. nach deren Empfang automatisch zu verarbeiten.

Bei solchen Standardgeschäften ist nämlich der Mensch erheblich langsamer und fehleranfälliger als die Maschine. Dazu bestehen bereits internationale Standards (z.B. UN-EDIFACT).

Auch der klassische Geschäftsbrief kann heute durch OCR-Leser (optical character recognition, optische Belegleser) erfasst, elektronisch aufbereitet am Bildschirm angezeigt und in maschinell lesbarer Form auf einem Datenträger abgelegt werden, wobei die auf dem Postweg eingegangene Korrespondenz nur in Ausnahmefällen im Original aufbewahrt wird. Bei sehr fortgeschrittener Büroautomation erfolgen fast sämtliche Abläufe papierlos, mit Ausnahme der wenigen Fälle (z.B. Art. 165 Abs. 1, 226a und 227a OR), in denen das Gesetz Schriftlichkeit im Sinne von Artikel 11 ff. OR verlangt.

213 Künftige Entwicklung

Ein Ende der technischen Entwicklung ist nicht absehbar. Im Bereich der Informationsspeicherung entwickelt beispielsweise die Wissenschaft Verfahren zur holographischen Aufzeichnung von Daten auf kristallinen oder auf biologischen Speichern. Dabei sollen die Speicherdichte wiederum sehr stark erhöht und die Kosten solcher Medien im Verhältnis zur Datenmenge erneut massiv gesenkt werden; weiter soll die Zeitbeständigkeit solcher Aufzeichnungen verbessert werden. Auch die Fälschungssicherheit wird dank *digitalem Signaturverfahren* (sog. *elektronische Unterschrift*) künftig erheblich verbessert werden, so dass nachträgliche Veränderungen des aufgezeichneten Inhalts mit vertretbarem Aufwand ausgeschlossen werden können. Was die eigentliche Informationsverarbeitung betrifft, werden sowohl quantitative (Taktrate der Prozessoren) als auch qualitative Verbesserungen (z.B. Vereinfachung der Rechenoperationen durch Reduktion des Befehlsvorrates, sog. RISC-Technologie) neue Formen der Zusammenarbeit zwischen Mensch und Maschine (z.B. durch Stimmsteuerung) ermöglichen. Die Multimedia-Technologie wird die herkömmliche Vorstellung und Unterscheidung von Informationskategorien (Papierdokumente, feste und bewegliche Bilder, Ton) faktisch aufheben. Auch wird der Anschluss der Datenverarbeitungsanlagen an elektronische Netze sehr bald genauso selbstverständlich sein wie ein Telefonanschluss an jedem Arbeitsplatz.

Bei dieser Entwicklung kann davon ausgegangen werden, dass die Bedeutung der Kopien von Dokumenten auf Papier und der Bildträger abnehmen und sich auf besondere Anwendungen beschränken wird (z.B. Sicherheitskopien in herkömmlich betriebenen Ablagen). Am ehesten werden diese Aufbewahrungsmittel

wohl in Archiven und Bibliotheken oder bei schwer auf Datenträger übertragbaren, insbesondere älteren Informationsbeständen zum Einsatz kommen. Auch die heute verwendeten Speichermedien könnten durch andere Formen ersetzt werden, wenn insbesondere folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Erfassung grosser Datenmengen, rascher Zugriff, Langlebigkeit (hohe Zuverlässigkeit bezüglich Verlust oder Veränderung).

22 Anlass der Revision

Die zunehmende Verbreitung der elektronischen Geschäftsabwicklung, die Einführung neuer Medien zur Aufzeichnung von Geschäftsvorfällen in maschinell lesbarer Form (E-Mail) und das wachsende Interesse der Wirtschaft an der rechtlichen Anerkennung solcherart abgewickelter Korrespondenz hat in letzter Zeit zu zahlreichen Anfragen an die Bundesverwaltung geführt. Angesichts des Bestrebens der Aufbewahrungspflichtigen, die geltenden Vorschriften auch beim Einsatz neuer Technologien einzuhalten, ergaben sich komplexe Auslegungsfragen und eine gewisse Rechtsunsicherheit. Da sich die Gerichte - meist im Zusammenhang mit Straftatbeständen - nur bei offensichtlichen und klaren Verletzungen der Vorschriften zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher äusserten, konnte sich dazu keine Gerichtspraxis herausbilden. Andererseits erscheint es für einen Aufbewahrungspflichtigen nicht zumutbar, den Einsatz neuartiger Aufbewahrungsmittel wie Bildplatte oder CD-ROM vom Ausgang eines Rechtsstreits abhängig zu machen, bei dem er im Fall des Unterliegens die zivil-, steuer- und strafrechtlichen Nachteile tragen müsste. So bestehen heute offensichtliche Parallelen zur Lage, die in den 70er Jahren zur Revision der Aufbewahrungsvorschriften geführt hat.

Eigentlicher Anstoss zur Revision waren die sich häufenden Anfragen an die Steuerverwaltungen bezüglich der Zulässigkeit neuartiger Speichermedien und der Aufbewahrung elektronisch ausgetauschter Korrespondenz. Diese ergaben sich meist im Zusammenhang mit bevorstehenden Erneuerungen oder Neuanschaffungen von Dokumentations- und/oder Büroautomationssystemen.

Hinsichtlich der Pflicht zur Buchführung und Aufbewahrung verweist das Steuerrecht regelmässig auf die entsprechenden Bestimmungen des OR (vgl. Art. 47 der Mehrwertsteuerverordnung vom 22. Juni 1994, MWSTV, SR 641.201). Bereits 1975 war es ein Anliegen des Gesetzgebers, die Aufbewahrungsvorschriften nicht nur in den Dienst des Handelsrechts, sondern auch des Steuerrechts zu stellen, um zu vermeiden, dass die Steuerpflichtigen sich mit verschiedenen konkurrierenden Aufbewahrungsvorschriften auseinandersetzen müssen. Infolge dieser Re-

flexwirkungen auf das Steuerrecht, auf das Prozessrecht (Beweiseignung von Datenträgern, vgl. Art. 962 Abs. 4 OR) und auf andere Rechtsgebiete kommt einer Revision der Artikel 957 ff. OR somit eine über das Obligationenrecht hinausreichende Bedeutung zu.

Erwähnt sei noch, dass am 1. Januar 1995, als die Arbeiten an der vorliegenden Revision bereits im Gang waren, die revidierten Bestimmungen des Vermögens- und Urkundenstrafrechts in Kraft getreten sind. Dabei wurde auch ein umfassender strafrechtlicher Schutz der Datenträger vor Fälschungen eingeführt. In der Legaldefinition der *Urkunde* in Artikel 110 Ziffer 5 StGB werden nun Aufzeichnungen auf Bild- und Datenträgern den Urkunden konventioneller Art gleichgestellt. Die ersteren geniessen somit heute den gleichen strafrechtlichen Schutz wie die klassische Schrifturkunde: Die Tatbestände des Urkundenstrafrechts sind nun ohne weiteres auch auf Bild- und Datenträger anwendbar, welche "bestimmt oder geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen".

23 Ziele der Revision

Das wichtigste Ziel der Revision besteht darin, die *rechtliche Unterscheidung zwischen Bild- und Datenträgern* aufzuheben, d.h. Bildträger im Verhältnis zu Datenträgern nicht mehr zu privilegieren. Unter Voraussetzung der Einhaltung der Grundsätze der Ordnungsmässigkeit von Buchführung und Aufbewahrung sollen Bild- und Datenträger gleichermassen zur Aufbewahrung von Informationen zugelassen sein. Unterscheidungen in bezug auf die Art der aufgezeichneten Informationen, wie sie im geltenden Recht enthalten sind, durch die technische Entwicklung aber obsolet wurden, sollen aufgehoben werden.

Gleichzeitig soll die Terminologie, welche noch stark von den herkömmlichen Korrespondenzformen mittels Papier geprägt ist, im Hinblick auf die Abwicklung von Geschäftsvorfällen mittels elektronischer Systeme angepasst werden. Die Verwendung von Begriffen wie "Original", "Unterlage" oder "Aufzeichnung" stösst bei der elektronischen Geschäftsabwicklung an Grenzen, welche die Rechtssicherheit in Frage stellen.

Die *Verordnung vom 2. Juni 1976 über die Aufzeichnung von aufzubewahrenden Unterlagen* (SR 220.431) enthält unter anderem gewisse Grundsätze, welche sich auf die Ordnungsmässigkeit der Buchführung als solche beziehen. Aus diesen Grundsätzen können auch die Kriterien der *Ordnungsmässigkeit der Aufbewahrung* abgeleitet werden. Dadurch wird auch zum Ausdruck gebracht, dass

hinsichtlich der Führung und Aufbewahrung der Bücher keine unterschiedlichen Anforderungen an die Ordnungsmässigkeit gestellt werden.

Die Ordnungsmässigkeit der Buchführung ist das Ergebnis der Einhaltung jener allgemeinen Grundsätze, welche ihre Grundlagen in Artikel 957 OR und der darauf fussenden Lehre und Rechtsprechung haben. Die Ordnungsmässigkeit der Aufbewahrung wird dagegen in Artikel 962 Absatz 2 OR und in der erwähnten Verordnung des Bundesrats umschrieben.

Diese Verordnung, nötigenfalls angepasst an die neuste Aufzeichnungsmittel und -verfahren, die Richtlinien 1979, das "Revisionshandbuch der Schweiz 1992" der Schweizerischen Kammer der Bücher-, Steuer- und Treuhandexperten und die Empfehlungen des Berufsverbands der Informatik-Revisoren (Information Systems Audit and Control Association, ISACA, Switzerland Chapter) werden weiterhin ihre Bedeutung als wichtige Quellen und Hilfsmittel behalten.

Wie bereits erwähnt, sind die handelsrechtlichen Aufbewahrungsvorschriften auch steuerrechtlich von Bedeutung. Kantonale wie eidgenössische Bestimmungen zum Steuerrecht beziehen sich regelmässig auf die Normen des 32. Titels des OR, so dass diesen faktisch die Wirkung einer Grundnorm des Aufbewahrungsrechts zukommt. Wer nach OR aufbewahrungspflichtig und zugleich auch Steuersubjekt ist, kann somit seinen Aufbewahrungspflichten nach den gleichen Bestimmungen nachkommen. Es wäre wenig sinnvoll, wenn die im Bereich des Aufbewahrungsrechts erreichte Einheit von Handels- und Steuerrecht preisgegeben würde. Zwar kann das Steuerrecht durchaus die handelsrechtlichen Aufbewahrungsbestimmungen derogieren; von dieser Möglichkeit macht aber der Steuergesetzgeber zurückhaltend und nur aus sachlich zwingenden Gründen Gebrauch.

In der *Wegleitung für Mehrwertsteuerpflichtige*, herausgegeben von der ESTV im Herbst 1994, wird in Randziffer 781 festgelegt, dass bei EDI-Korrespondenz die für den Vorsteuerabzug relevanten Rechnungen in Papierform oder auf Mikrofiche vorgelegt und überdies vom Leistenden erstellt werden müssen, obwohl Artikel 962 Absatz 2 OR dem Aufbewahrungspflichtigen seit 1975 die Aufzeichnung solcher Belege generell auf Datenträgern erlaubt. Durch den Einsatz der sog. "elektronischen Unterschrift" (oder anderer digitaler Signaturverfahren), welche einen extrem hohen Grad an Fälschungssicherheit aufweisen, ist gemäss neuerer Ansicht der Steuerbehörden den Anforderungen an die Dokumentensicherheit Genüge getan.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass sich die Rechnungsführung öffentlicher Verwaltungen am Aufbewahrungsrecht des 32. Titels des OR orientiert (vgl. Ziff. 300.60.6 der Wegleitung über den Kassen-, Zahlungs- und Buchhaltungsdienst, KZB, der Eidgenössischen Finanzverwaltung, Abteilung Kassen- und Rechnungswesen), teils durch Verweis auf die Richtlinien 1979, teils durch Verwendung der Terminologie und der Kriterien von Artikel 962 OR.

24 Zur Arbeitsweise

Nachdem die Revisionsbedürftigkeit der Aufbewahrungsvorschriften verwaltungsintern bejaht worden war, kontaktierte der Rechtsdienst des *Bundesamts für Informatik* (BFI) interessierte Kreise der Wirtschaft mit dem Ziel, eine Arbeitsgruppe zu bilden, welche sowohl die technischen als auch die rechtlichen Aspekte der Aufbewahrung praxisbezogen prüfen sollte. Dabei bot die *Schweizerische Vereinigung für die Vereinfachung der Verfahren im internationalen Handel* (SWISSPRO) ihre administrative Unterstützung an. Die SWISSPRO bezweckt, durch die Entwicklung rationeller moderner Verfahren und Methoden Lösungen zur Vereinfachung der Abwicklung des internationalen Verkehrs von Gütern und Dienstleistungen zu realisieren und die Zusammenarbeit in Fragen der Automatisierung der administrativen und technischen Abwicklung der Abläufe zu fördern. Bezüglich des EDI-Standards der Vereinten Nationen (UN-EDIFACT) ist die SWISSPRO das Bindeglied zwischen der Schweiz und verschiedenen europäischen bzw. internationalen Fachgremien. Zu ihren Mitgliedern gehören die wichtigsten nationalen und internationalen Konzerne der Schweiz, Verbände, Banken und weitere grosse, mittlere und kleine Unternehmen in der Schweiz und in Liechtenstein.

Im Rahmen der Arbeitsgruppe "Recht und EDI" wurde eine Kommission gebildet, welche das BFI bei seinen Revisionsarbeiten tatkräftig unterstützte. Mitglieder dieser Kommission waren Juristen, welche aufgrund ihrer Tätigkeit über qualifizierte Kenntnisse des Informatikrechts verfügen: RA Dr. Peter Neuenschwander, Zollikon (DEC Digital Equipment Corporation AG, Zürich; Vorsitz der Kommission), RA Dr. Rico Baumgartner, Herrliberg (Anova AG), RA Jacques Beglinger, Zürich (ABB Management AG), Fürsprecher Christian Blaser, Muri bei Bern (KMPG Fides), Dr. Thomas Bühlmann, Zollikon (IBM Schweiz), Dr. Pierre E. Jaccard, Puidoux (Société de Banque Suisse), Fürsprecher Beat Lehmann, Suhr (Alusuisse-Lonza Holding AG), Dr. Bruno Wildhaber, Schwerzenbach (r³ security engineering AG) sowie Fürsprecher Claudio G. Frigerio, Bern (BFI). Die Kommis-

sion trat erstmals im März 1994 zusammen, führte neun Sitzungen durch und schloss ihre Arbeiten Ende 1995 ab. Im Rahmen ihrer Tätigkeit wurde mehrfach Kontakt mit dem Fachstab Informatik der Schweizerischen Kammer der Bücher-, Steuer- und Treuhandexperten aufgenommen. Die Ergebnisse der Kommissionsarbeiten dienten als Grundlage bei der Verfassung des vorliegenden Berichts.

3 Die vorgeschlagene Revision des OR

31 Gegenstand und Tragweite

Gegenstand dieser Revision sind die Bestimmungen zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher, die im 32. Titel des OR (Die kaufmännische Buchführung) zu finden sind. Die Aufbewahrungspflicht nach Artikel 962 OR folgt aus der Pflicht zur Buchführung (Art. 957 OR), und diese knüpft ihrerseits an die Eintragungspflicht im Handelsregister gemäss Artikel 934 OR an. Folglich gelten die Bestimmungen über die Aufbewahrung der Geschäftsbücher an sich nur für eintragungspflichtige und damit buchführungspflichtige Unternehmen.

Allerdings orientieren sich an diesen Bestimmungen auch Gewerbetreibende und Unternehmen, welche zwar kraft OR nicht buchführungspflichtig sind, jedoch z.B. von den Steuerbehörden angehalten werden, ihr Rechnungswesen nach den Grundsätzen der Ordnungsmässigkeit zu führen (Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen vor 957, N. 405-408) und ihre Bücher ordnungsmässig aufzubewahren. Im übrigen verweist das Steuerrecht selbst unmittelbar auf Artikel 962 OR (z.B. in Art. 47 Abs. 2 MWSTV). Öffentliche Verwaltungen und Anstalten, welche nicht der Eintragungspflicht im Handelsregister unterstehen, wären an sich frei, ihre Informationen in beliebiger Form aufzubewahren. Doch auch diese Institutionen orientieren sich an den obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Führung und Aufbewahrung der Bücher (Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen vor 957 OR, N. 385-404). Schliesslich haben die Artikel 962 ff. OR auch eine Auswirkung auf das Prozessrecht, indem Artikel 963 OR die Pflicht zur Vorlage ("Edition") der zu führenden Bücher vorsieht und der Bundesgesetzgeber sich in Artikel 962 Absatz 4 OR über die Beweiskraft von Aufzeichnungen auf Bild- und Datenträgern äussert. In diesem Sinne gelten die Artikel 957 ff. 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.

Der Vorentwurf enthält eine "kleine Revision", welche das materielle Buchführungsrecht des 32. Titels des OR grundsätzlich nicht berührt. Revidiert werden lediglich Bestimmungen, die sowohl die Führung wie die Aufbewahrung der Bücher unmittelbar betreffen. Im wesentlichen geht es bloss um eine notwendige Anpassung der Aufbewahrungsvorschriften an die seit 1975 erfolgte technische Entwicklung. Es werden jedoch auch punktuelle Änderungen anderer Vorschriften im 32. Titel des OR vorgeschlagen, wo dies für unverzichtbar gehalten wird (entweder aufgrund der geänderten Bestimmungen über die Aufbewahrung oder in bezug auf Positionen, welche gesicherter Lehre und der Judikatur entsprechen und der einfacheren Rechtsanwendung dienen). Der Vorentwurf hält sich so weit wie möglich an die jetzige Struktur und Terminologie der Artikel 962 und 963 OR; er berücksichtigt die Reflex- und Parallelwirkungen der OR-Regelung auf andere Rechtsgebiete.

32 Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen

321 Artikel 957 Absatz 2 (neu)

Die Führung der Geschäftsbücher umfasst notwendigerweise auch die Aufzeichnung und Aufbewahrung von Daten über die zugrunde liegenden Geschäftsvorfälle, mindestens bis zur Feststellung des Jahresabschlusses. Dazu gehört eine Technik der dauerhaften Registrierung des festgestellten Sachverhaltes (Berner Kommentar, N. 16 ad Art. 962 OR). Die Aufbewahrung beginnt somit genau genommen frühestens bei der Entstehung des zu einer Buchung führenden Geschäftsvorfalles und spätestens mit der Buchung selbst. Die Aufbewahrung ist daher nicht nur ein unerlässliches Mittel zur Erfüllung der Buchhaltungszwecke, sondern Teil der Buchführung an sich. Indessen geht das geltende Recht stillschweigend davon aus, dass Führung (Art. 957 bis 961 OR) und Aufbewahrung (Art. 962 bis 963 OR) der Bücher verschiedene Tätigkeiten darstellen. Gestützt auf Artikel 962 Absatz 3 OR, wonach "mit dem Ablauf des Kalenderjahres, in dem die letzten Eintragungen vorgenommen wurden", die aufzubewahrenden Informationen auf die zulässigen Informationsträger übertragen werden müssen, wird es dem Pflichtigen im Rahmen der ordnungsmässigen Buchführung grundsätzlich freigestellt, in welcher Form er die Informationen der laufenden Rechnung verfügbar hält. Die heute allgemein verbreitete Verwendung von EDV-Anlagen und Datenträgern dient der effizienten Führung der Bücher (integrierte Speicherbuchführung). Die in diesem Zusammenhang vorgenommene Aufzeichnung von Geschäftsvorfällen auf Datenträgern während der laufenden

Jahresperiode wird unterschieden von der Erfüllung der Aufbewahrungspflichten nach Artikel 962 OR, welche der langfristigen Beweissicherung dienen sollen. In bezug auf den Einsatz von Datenträgern zur Aufzeichnung des Buchungsstoffes kann die Grenze zwischen Führung (laufende Rechnung) und Aufbewahrung der Geschäftsbücher immer weniger klar gezogen werden.

Wenn die Bücher somit gemäss weitverbreiteter und von den Revisionsstellen anerkannter Praxis rein elektronisch geführt werden, bevor der dabei aufgezeichnete Buchungsstoff nach Ablauf der Rechnungsperiode den Vorschriften über die Aufbewahrung gemäss Artikel 962 OR unterstellt wird, soll der Gesetzgeber dies auch ausdrücklich anerkennen. Dies geschieht mit dem vorgeschlagenen *neuen Absatz 2* von Artikel 957. Die Bestimmung ist so formuliert, dass künftige technologische Entwicklungen nicht verhindert werden. So können auch andere, mit der elektronischen Führung der Bücher vergleichbare Formen zugelassen werden, sofern die Voraussetzungen an die Ordnungsmässigkeit gewährleistet bleiben. Es wird Aufgabe von Lehre, Rechtsprechung und Praxis der Fachverbände sein, die Anforderungen an die Ordnungsmässigkeit bei Verwendung solcher neuer Technologien zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen.

322 Artikel 961

Während in der Bilanz gleichartige Aktiva und Passiva zwecks Erleichterung der Übersicht und zeitlicher Vergleichbarkeit zu Sammelposten zusammengezogen und einheitlich gegliedert werden, muss das Inventar grundsätzlich jeden Einzelposten nach Bezeichnung, Menge, Preis und Wert ausweisen. Bei mittleren und grösseren Unternehmen stellt das Inventar daher eine umfangreiche Dokumentation dar, wobei es sich in der Regel um die auf Papier ausgedruckte Auflistung der von einem Datenverarbeitungssystem erfassten Inventarpositionen handelt.

Der geltende Artikel 961 OR sieht ausdrücklich vor, dass neben der Betriebsrechnung und der Bilanz auch das Inventar unterzeichnet werden muss. Andererseits schreibt der geltende Artikel 962 Absatz 2 OR die Aufbewahrung im Original nur für die Betriebsrechnung und die Bilanz vor. Das Inventar, welches als Teil der "übrigen Geschäftsbücher" auf einem Bildträger aufgezeichnet werden darf (Berner Kommentar, N. 25 ad Art. 961 OR in fine) und 10 Jahre lang aufbewahrt werden muss, dürfte also unmittelbar nach der Unterzeichnung vernichtet werden.

Der deutsche Gesetzgeber hat bereits mit der Revision von § 41 des Handelsgesetzbuches vom 29. Juli 1976 die Verpflichtung zur Unterzeichnung des Inventars beseitigt. Dadurch sollte ermöglicht werden, das mit Hilfe der EDV erstellte Inventar auf Datenträgern, welche als solche nicht eigenhändig unterzeichnet werden können, aufzuzeichnen und aufzubewahren. Es wurde als ausreichend betrachtet, wenn die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen die Bilanz als Dokument, welches unter anderem die Summe der Inventarpositionen zusammenfasst, unterzeichnen. Zudem war in der Praxis die Unterzeichnung des Inventars kaum noch zu beobachten (Berner Kommentar, N. 22 ad Art. 961 OR). Auch die schweizerische Praxis ist inzwischen zu einem ähnlichen Vorgehen übergegangen, obwohl das Gesetz weiterhin die Unterzeichnung des Inventars fordert und nach Revisionshandbuch die Feststellung der Unterzeichnung des Inventars als Prüfungshandlung vorsieht (Berner Kommentar, N. 23 ad Art. 961 OR).

Nachdem der Schweizer Gesetzgeber schon 1975 darauf verzichtete, für das Inventar die Aufbewahrung im Original zu fordern, sondern dessen Aufzeichnung und Aufbewahrung auf einem Bildträger zuliess, erscheint ein Festhalten an der Unterzeichnungspflicht für das Inventar als wenig sinnvoll: Sonst müsste das ganze Inventar jeweils nur zum Zwecke der Unterzeichnung auf Papier ausgedruckt und dürfte hierauf, nach Abschluss der Revision, vernichtet werden.

Hingegen soll an der Pflicht zur Unterzeichnung und Aufbewahrung der Betriebsrechnung und der Bilanz in ohne Hilfsmittel lesbarer Form nichts geändert werden. Mit der Unterzeichnung der Bilanz erklären die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen die materielle Richtigkeit aller darin aufgeführten Aktiven und Passiven. Wie bereits erwähnt, ist die Zusammenfassung der Inventarpositionen in der Bilanz enthalten. Der Wegfall der Pflicht zur Unterzeichnung des Inventars ändert somit nichts an der Verantwortung desjenigen, welcher mit der Unterzeichnung der Bilanz auch für die materielle Richtigkeit der ihr zugrunde gelegten Informationen einsteht.

323 Artikel 962

Der *geltende Artikel 962* Absatz 1 OR schreibt dem Buchführungspflichtigen die Aufbewahrung der Geschäftsbücher für eine Dauer von 10 Jahren vor. Im weiteren erlaubt Artikel 962 Absatz 2 OR (mit Ausnahme von Betriebsrechnung und Bilanz) die Aufzeichnung auf Bildträgern generell, auf Datenträgern dagegen nur für bestimmte Informationen; die Aufzeichnung muss auf jeden Fall mit den

Unterlagen übereinstimmen und jederzeit lesbar gemacht werden können. Es fällt auf, dass der Gesetzgeber bei der näheren Umschreibung des Begriffs der Ordnungsmässigkeit der Buchführung (Art. 957 OR) sehr zurückhaltend war und dessen Entwicklung der Lehre, der Rechtsprechung und der Praxis der Fachverbände überlassen hat. Die Festlegung der organisatorischen und technischen Rahmenbedingungen für die Aufzeichnung und Aufbewahrung, die man auch als Grundsätze formaler Ordnungsmässigkeit bezeichnen kann, hat er an den Bundesrat delegiert.

Gestützt auf diese Delegationsnorm erliess der Bundesrat am 2. Juni 1976 die *Verordnung über die Aufzeichnung von aufzubewahrenden Unterlagen* (SR 222.431). Sie enthält organisatorische Vorschriften, die sich weitgehend aus dem Begriff der Ordnungsmässigkeit der Buchführung von Artikel 957 OR sowie der entsprechenden Lehre und Rechtsprechung ergeben. Die Verordnung wurde durch die Richtlinien 1979 ergänzt.

Die Aufzeichnung und Aufbewahrung des Buchungsstoffes im Sinne der obigen Ausführungen (vgl. Ziff. 321) ist als integrierender Bestandteil der Führung der Geschäftsbücher zu betrachten. Daher wird vorgeschlagen, den als umfassend verstandenen *Begriff der "Ordnungsmässigkeit"* ausdrücklich auch *auf den Bereich der Aufbewahrung anzuwenden*. Die Ordnungsmässigkeit (der Buchführung) umschreibt eine besondere, gesetzlich geforderte Qualität der Buchführung (Berner Kommentar, N. 415 ad Art. 957 OR), welche erlaubt, "die Vermögenslage des Geschäftes und die mit dem Geschäftsbetriebe zusammenhängenden Schuld- und Forderungsverhältnisse sowie die Betriebsergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festzustellen" (Art. 957 OR). Die Ordnungsmässigkeit als Mittel zur Erfüllung des gesetzlichen Buchführungszwecks ist die buchführungsrechtliche Seite einer betriebswirtschaftlich-buchhalterischen Aufgabe (Berner Kommentar a.a.O., N. 429 ad Art. 957 OR). Dieser Begriff stellt eine Art "Generalklausel" dar, die das Gesetz von Einzelheiten entlastet. Bei der "Ordnungsmässigkeit der Aufbewahrung" werden Lehre, Rechtsprechung und Praxis der Fachverbände - analog zu Artikel 957 OR - primär vom gesetzlichen Zweck der Buchführung und der Hauptanforderung an auf Bild- oder Datenträgern aufbewahrten Buchungsstoff (Verlässlichkeit und Möglichkeit des jederzeitigen Lesbarmachens) auszugehen haben (vgl. dazu auch das Standardwerk von R. Schuppenhauer, Grundsätze für eine ordnungsmässige Datenverarbeitung (GoDV), Handbuch der EDV-Revision, Düsseldorf 1992).

Die Kriterien der Ordnungsmässigkeit der Aufbewahrung ergeben sich somit teils aus dem Zweck der Buchführung und den durch Lehre, Rechtsprechung und Praxis davon abgeleiteten mittelbaren Normen (Richtigkeit, Vollständigkeit, Übereinstimmung der Regeln/Widerspruchsfreiheit, Kontinuität/Stetigkeit, Willkürfreiheit/Vergleichbarkeit, Prüfbarkeit). Die Richtlinien 1979, das Revisionshandbuch der Schweizerischen Kammer der Bücher-, Steuer- und Treuhandexperten, die Empfehlungen von Berufsverbänden wie demjenigen der Informatik-Revisoren (ISACA Switzerland Chapter, vorm. Electronic Data Processing Auditors Association, EDPAA) und die Verkehrssitte stellen weitere zu beachtende sekundäre Quellen der Grundsätze über die Ordnungsmässigkeit der Aufbewahrung dar. Diese sekundären Quellen haben das Ziel, den vom OR vorausgesetzten Begriff der "Ordnungsmässigkeit" der Aufzeichnung und Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen im Hinblick auf die praktische Anwendung im buchführungspflichtigen Unternehmen gemäss dem jeweiligen Stand der Technik zu konkretisieren. Die erwähnten Fachgremien weisen sich durch ihre fachliche Kompetenz, Praxisnähe und Marktkenntnis aus, so dass sie auf die technologische Entwicklung und auf die bei der Umsetzung der sich daraus ergebenden Folgen für die Aufzeichnung und Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen rasch, sachgerecht und praxisbezogen reagieren können.

An der *Pflicht zur Aufbewahrung von Betriebsrechnung und Bilanz im Original* soll materiell *nichts geändert* werden. Artikel 962 OR geht allerdings von vorbestehenden "Original"-Unterlagen und deren Übertragung als Aufzeichnung auf einen Bild- oder Datenträger aus. Die elektronischen Kommunikationsformen machen es heute nötig, den Begriff des "Originals" zu überdenken. Die grammatikalische Auslegung ergibt, dass (bei Informationen und Informationsträgern) mit diesem Begriff das von einem bestimmten Urheber geschaffene unveränderte Werk gemeint ist. Ein "Original" ist so immer das zuerst Dagewesene, eine Aufzeichnung immer etwas nachträglich Geschaffenes.

Bei elektronisch erzeugten und übermittelten Informationen müssten somit die in der Zentraleinheit des Rechners erzeugten bzw. die auf dem Bildschirm des Urhebers erzeugten Daten (Buchstaben, Zahlen, Zeichen und Grafiken) als Original gelten. Dagegen würde selbst die erste und unveränderte Aufzeichnung der Daten - beim Absender oder beim Empfänger - kein Original mehr darstellen. Würde man - weniger streng - auch die erste Aufzeichnung der im Rechner erzeugten Daten als Original betrachten, dann hätten beispielsweise bei der integrierten Speicherbuchführung auch die Magnetbänder als Original zu gelten.

Folglich sollten dann auch die daraus rechnerisch gewonnene Betriebsrechnung und Bilanz auf Magnetband (als Original) aufbewahrt werden können. Zwar ergäben sich aus der Unterzeichnungspflicht von Artikel 961 OR gewisse Probleme bei Magnetbändern oder anderen Datenträgern, doch würde diese Pflicht die auf diese Weise hergeleitete Befugnis zur Aufzeichnung und Aufbewahrung des Buchungsstoffes auf Magnetband nicht berühren.

Eine solche Betrachtungsweise führt in eine Sackgasse und entspricht wohl kaum der Intention des Gesetzgebers. Es kann aufgrund der Entstehungszeit des Gesetzes davon ausgegangen werden, dass mit "Original" auf Papier abgedruckte Dokumente gemeint waren; diese eignen sich - im Gegensatz zu Bild- oder Datenträgern - zur eigenhändigen Unterzeichnung und ermöglichen die Kenntnisnahme ohne weitere Hilfsmittel. Die Erschliessung des Inhalts des Begriffs des "Originals" kann auch aus der Pflicht zur Unterzeichnung von Betriebsrechnung und Bilanz gewonnen werden. Wenn Betriebsrechnung und Bilanz einerseits unterzeichnet (Art. 961 OR) und andererseits im Original aufbewahrt werden müssen (Art. 962 Abs. 2 Satz 1 OR), so ist daraus ohne weiteres zu schliessen, dass sich die Aufbewahrungspflicht bei Betriebsrechnung und Bilanz auf dieses unterzeichnete Exemplar bezieht: Die Unterzeichnung macht das auf Papier ausgedruckte Dokument erst zum Original. Die Pflicht zur Aufbewahrung "im Original" von Betriebsrechnung und Bilanz kann auf diese Weise der Pflicht zur Aufbewahrung des unterzeichneten Exemplars in ausgedruckter, ohne Hilfsmittel lesbarer Form gleichgesetzt werden.

Der vorgeschlagene *erste Satz von Absatz 2 gibt den* auslegungsbedürftigen und bei papierlosen Korrespondenz- und Buchführungsformen *problematischen Begriff "Original" auf und stellt auf die eigentlich wesentliche Eigenschaft ab: Die Unterzeichnung durch die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen* (Art. 961 OR).

Bei den heute üblichen und rechtlich anerkannten Formen der Unterzeichnung (eigenhändige Unterschrift gemäss Art. 14 Abs. 1 OR) stellt der vorgeschlagene Text keine materielle Änderung dar. Es zeichnet sich allerdings ab, dass in Zukunft neue "elektronische" Formen der Willenserklärung aufkommen werden, welche ohne eigenhändige Unterschrift auskommen und vom Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen mit der herkömmlichen Unterschrift gleichgestellt werden könnten. Entsprechende parlamentarische Vorstösse zur Einführung der "elektronischen Unterschrift" (oder besser "digitaler Signaturverfahren") im Rahmen einer Ergänzung von Artikel 14 OR sind bereits eingebracht worden (N

94.3115, Motion Spoerry vom 16.3.1994, Rechtsverbindlichkeit elektronischer Unterschriften. Aenderung Artikel14 OR). Im Falle der künftigen Zulassung anderer Formen der Unterzeichnung als durch eigenhändige Unterschrift würde die Vorschrift, dass Betriebsrechnung und Bilanz "unterzeichnet" aufzubewahren sind, auch die "elektronische Unterschrift" erfassen, sofern der Gesetzgeber dazumal im Text der Vorschrift oder in den Materialien nicht etwas anderes bestimmt.

Das geltende Recht macht bei den Informationsträgern eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen Bildträgern und Datenträgern. Wenn eine Aufzeichnung an Stelle des Originals treten soll, darf der Aufbewahrungspflichtige je nach Gegenstand der aufzuzeichnenden Unterlagen (übrige Geschäftsbücher, Geschäftskorrespondenz oder Buchungsbelege) entweder nur Bildträger oder auch Datenträger verwenden. Die Privilegierung des Bildträgers durch den Gesetzgeber von 1975 hatte mehrere Gründe: Durch die optisch wahrnehmbare, "bildgetreue" Wiedergabe, insbesondere auch von Briefköpfen und Unterschriften, schien die Fälschungssicherheit von Bildträgern besser gewährleistet zu sein als bei der Aufzeichnung auf Datenträgern. Ausserdem waren die Kosten für eine qualitativ hochwertige Aufzeichnung von Bildinformationen auf Datenträgern prohibitiv hoch. Heute sieht die Situation ganz anders aus: Die Preise für Datenträger sind drastisch gesunken; im Verhältnis zu Bildträgern ist bei gleicher Informationsmenge der Platzbedarf von Datenträgern geringer, das Einlesen von Bildinformationen schneller und besser, die Qualität beim Ausdrucken auf Papier genau so gut wie beim Ausdrucken ab Bildträger. Keines der damaligen Argumente zugunsten der Bildträger und gegen die Datenträger hält einer heutigen Prüfung stand.

In den letzten Jahren ist die Verwaltung verschiedentlich mit der Frage konfrontiert worden, ob bestimmte moderne Speichermedien als Bild- oder Datenträger zu betrachten seien. Aufbewahrungspflichtige Unternehmen aus dem Banken- und Versicherungssektor, Treuhandgesellschaften und Anbieter von Informatiklösungen wollten insbesondere wissen, ob sog. "Bildplatten" als Bildträger betrachtet werden können, was zur Folge gehabt hätte, dass sämtliche Geschäftsbücher, mit Ausnahme von Betriebsrechnung und Bilanz, auf diesen neuen Medien hätten aufbewahrt werden können. Die Frage wurde bis heute nicht schlüssig beantwortet. Die herrschende Meinung zur Frage der Unterscheidung zwischen Bild- und Datenträger kann wie folgt zusammengefasst werden: Digitale Informationsspeicher sind Datenträger i.S.v. Artikel 962 Absatz 2 OR, un-

geachtet der auf ihnen gespeicherten Informationen; analoge Informationsspeicher mit Bildinformationen (Mikrofilm, Fotokopien, Fotografien) sind Bildträger; analoge Informationsspeicher mit anderen als Bildinformationen (konventionelle Tonbänder, Schallplatten) fallen in keine dieser beiden Kategorien.

Wie auch immer die Unterscheidung zwischen Bild- und Datenträgern vorgenommen wird, erscheinen die unterschiedlichen Rechtsfolgen, insbesondere die Vorschrift, dass nur gewisse Teile des Buchungsstoffes auf Datenträgern aufgezeichnet werden dürfen, heute überholt. Diese Unterscheidung wurde in der Literatur schon früh als unverständlich bezeichnet (Beat Schumacher, Die Aufzeichnung von Geschäftsunterlagen auf Bild- oder Datenträger und deren Aufbewahrung, Diss. iur. Bern 1981, S. 116). Sie mag ihren Grund darin haben, dass man die umfassende Verwendung von Datenträgern für die Aufzeichnung aller aufbewahrungspflichtigen Informationen für "wirtschaftlich kaum realisierbar" hielt, weil "der Aufwand dem Ertrag nicht entsprechen" würde (Schumacher, a.a.O.). Heute jedoch, wo die aufbewahrungspflichtigen Informationen zum grössten Teil bereits mit Unterstützung der EDV erzeugt werden, verursachen die unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Verwendung von Bild- oder Datenträgern Behinderungen oder zumindest Verzögerungen bei anstehenden Beschaffungen im Bereich der integrierten Büroautomation, Bürokommunikation, Buchführung und Archivierung.

Mit dem vorgeschlagenen *zweiten Satz von Absatz 2* werden künftig – mit Ausnahme von Betriebsrechnung und Bilanz – alle Geschäftsbücher (Hauptbuch, Hilfsbücher und die übrigen Geschäftsbücher), *die Geschäftskorrespondenz und die Buchungsbelege sowohl auf Papier wie auch auf Bild- oder Datenträgern aufbewahrt werden können.*

Beim Einsatz moderner Mittel zur Büroautomation können Führung und Aufbewahrung der Bücher praktisch nicht mehr auseinandergehalten oder abgegrenzt werden. Der Begriff des *Originals* als papierener, zuerst vorliegender, ursprünglicher Informationsträger kommt bei elektronisch ausgetauschter Korrespondenz an seine Grenzen (vgl. Ausführungen zu Art. 962 Abs. 1 OR), da es keine Originale im ursprünglichen Sinn mehr gibt. Das gleiche gilt auch für die Begriffe *Unterlage*, im Gesetz als Synonym von Original verstanden, und *Aufzeichnung*, als in einer zeitlich späteren Phase entstandene, von einem Original abgeleitete und auf Bild- oder Datenträger übertragene Information. Da bei der integrierten Speicherbuchführung und bei der elektronischen Korrespondenz keine auf Papier ausgedruckten Dokumente mehr anfallen bzw. solche nur noch vorübergehend zu

Kontrollzwecken eingesetzt werden, fehlt es an der Unterlage im Sinn eines körperlichen, papierenen Schriftträgers. Die auf dem Datenträger enthaltene Information ist zwar eine Aufzeichnung, jedoch mit originärem Charakter und nicht bloss ein von einer Unterlage abhängiges Derivat.

Aus diesen Gründen werden im vorgeschlagenen Text die Begriffe "*Unterlage*" und "*Aufzeichnung*" aufgegeben: Es wird in Zukunft nur noch generell von *Büchern, Korrespondenz* oder *Belegen* die Rede sein, die auf konventionelle Weise oder elektronisch erzeugt und *auf Bild- oder Datenträgern* aufgezeichnet und aufbewahrt werden können.

Infolge der geänderten Konzeption und Terminologie muss die "Übereinstimmung der Aufzeichnungen mit den Unterlagen" nicht mehr vorgegeben werden, da bei elektronischer Geschäftsabwicklung die auf Bild- oder Datenträgern anfallenden Informationen als solche als Geschäftsbücher, Korrespondenz oder Belege und nicht als eine Aufzeichnung derselben anzusehen sind.

Wie im geltenden Recht wird die Aufbewahrung auf Bild- oder Datenträgern an die Bedingung geknüpft, dass der aufgezeichnete *Buchungsstoff* "*jederzeit lesbar*" gemacht werden kann. Diese Bedingung ergänzt die Kriterien der *Ordnungsmässigkeit der Aufbewahrung* nach Artikel 962 Absatz 1 OR. Vom geltenden Recht wird auch die Bestimmung (Abs. 2, 2. Satz) übernommen, die dem Bundesrat ermöglicht, die Voraussetzungen der Aufbewahrung von Aufzeichnungen auf Bild- und Datenträgern näher zu umschreiben.

Die Aufzeichnung und Aufbewahrung des Buchungstoffes ist ein integraler Bestandteil der Buchführung, so dass die Aufbewahrung frühestens beim Auftreten der zu einer Buchung führenden Information, spätestens jedoch mit der Buchung selbst beginnt. Im Anschluss an diese aus der Pflicht zur ordnungsgemässen Buchführung resultierenden Aufbewahrungspflicht schreibt das Gesetz eine weitergehende längerfristige Aufbewahrung von 10 Jahren vor (Art. 962 Abs. 1). Die Bilanzpflicht von Artikel 958 OR schreibt "auf Schluss eines jeden Geschäftsjahres" die Aufstellung von Inventar, Betriebsrechnung und Bilanz vor. Geschäftsjahr und Kalenderjahr fallen zusammen, sofern ein Unternehmen nicht ausdrücklich einen anderen Tag als den 31. Dezember als massgeblichen Bilanz- oder Abschlussstichtag wählt. Die Wahl eines anderen Stichtages hängt meist von betriebswirtschaftlichen Überlegungen ab. In diesem Falle wird das Ende des Kalenderjahres zu einem formalen Datum ohne zwingende Relevanz für den Geschäftsbetrieb. Nach dem vorgeschlagenen *Absatz 3* soll künftig das Ende des

Geschäfts- und nicht mehr dasjenige des Kalenderjahres als Beginn der 10jährigen Aufbewahrungsfrist gelten, bilden doch auch die Bücher eines Geschäftsjahres eine Einheit. In der Botschaft vom 7. Mai 1975 über die Aenderung des Schweizerischen Obligationenrechts (Aufbewahrung von Geschäftsbüchern und -korrespondenz auf Bild- und anderen Datenträgern) wurde ausgeführt, dass "gewisse Geschäftsbücher, so Betriebsrechnung und Bilanz, erst nach Ablauf des Geschäftsjahres erstellt werden können, was in der Praxis gelegentlich mit monate- oder gar jahrelanger Verspätung" erfolge, so dass dann "die effektive Einhaltung der Aufbewahrungsfristen nicht immer gewährleistet" sei. Da jedoch bereits Artikel 958 Absatz 2 OR eine Abschlussfrist vorgibt, deren Verletzung u.U. sogar strafrechtlich geahndet werden kann (insbesondere Art. 166 und 325 StGB), erscheinen diese Bedenken erheblich relativiert. Für all jene Unternehmen, die keinen besonderen Bilanzstichtag festgelegt haben und für welche damit Geschäfts- und Kalenderjahr zusammenfallen, ändert sich ohnehin nichts.

Bei *Absatz 4* handelt sich um eine *redaktionelle Anpassung* an die geänderte Konzeption und Terminologie: Anstelle von "Aufzeichnungen auf Bild- oder Datenträgern" treten nun "auf Bild- oder Datenträgern aufbewahrte Geschäftsbücher, Geschäftskorrespondenz und Buchungsbelege"; aus den "Unterlagen", womit bisher Dokumente in Papierform gemeint waren, werden nun "Aufzeichnungen, die ohne Hilfsmittel lesbar sind", wobei der Begriff "Aufzeichnung" allgemein und nicht als von einem Original auf ein anderes Medium überführte Kopie (wie in Abs. 2) zu verstehen ist.

Die geltende *Bestimmung über die Beweiskraft von auf Bild- oder Datenträgern aufbewahrten Informationen* erfährt in dieser Revision *keine materielle Änderung*, bedarf aber einiger Präzisierungen. Bild- und Datenträger bedürfen zur formalen Zulassung als Beweismittel immer auch des *Nachweises der ordnungsmässigen Aufzeichnung und Aufbewahrung*. Ohne diesen Nachweis ist ein Bild- oder Datenträger wegen der Fälschungsgefahr als Beweismittel kaum verwertbar. Das Gericht muss also auch Erhebungen über die Entstehung und die näheren Umstände der Aufzeichnung anstellen, um dadurch den Wahrheitsgehalt der auf den Medien aufgezeichneten Informationen beurteilen zu können. Erst danach kann sich das Gericht eine Meinung zum Wahrheitsgehalt der auf diesen Medien aufbewahrten Informationen bilden. Auch wenn in der Lehre den Geschäftsbüchern eine "besondere Beweiseignung", sogar eine "erhöhte Beweiskraft" zugeschrieben wird, setzt dies bei Bild- oder Datenträgern immer auch

eine *richterliche Würdigung der Entstehungsgeschichte* des die Information enthaltenden *Mediums* voraus. So würdigt das Gericht im Zivilprozess auch diese Beweismittel unter Prüfung der Verhältnisse “nach freier Überzeugung” (Art. 40 BZP; § 148 ZH-ZPO 1975; Art. 219 BE-ZPO). Nicht anwendbar ist Absatz 4 auf öffentliche Register und öffentliche Urkunden, die “für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis” erbringen, “solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist” (Art. 9 Abs. 1 ZGB). Wenn solche, aus Registern oder öffentlichen Urkunden gewonnenen Informationen (z.B. Registerauszüge, Verträge, Verlustscheine) auf Bild- oder Datenträgern aufgezeichnet werden, so verlieren die auf diesen Medien aufgezeichneten Informationen - in Abweichung zum Grundsatz von Artikel 962 Absatz 4 OR - die erhöhte Beweiskraft nach Artikel 9 ZGB. Vorbehalten bleibt die einschlägige Spezialgesetzgebung. Schliesslich entbindet Artikel 962 Absatz 4 OR nicht davon, Beweismittel immer dann in qualifizierter Form vorzulegen, wenn besondere gesetzliche Bestimmungen dies vorsehen (Vorlage des Forderungstitels im Original, Art. 73 Abs. 1 SchKG; schriftliche Schuldanerkennung im Rechtsöffnungsverfahren, Art. 82 Abs. 1 SchKG, vgl. auch Entscheidung der 2. Zivilkammer des Bundesgerichts vom 6.3.1984, P 879/83, auf eine staatsrechtliche Beschwerde; Art. 52 BZP; Präsentation im Wertpapierrecht). Eine Information auf Bild- oder Datenträgern stellt somit kein absolut gleichwertiges Surrogat für eine ursprünglich auf Papier vorgelegene Information dar.

324 Artikel 963

Absatz 1 wird redaktionell angepasst, wobei im Rahmen der sprachlichen Gleichbehandlung der Geschlechter entsprechend den Empfehlungen der Bundeskanzlei eine geschlechtsneutrale Formulierung (“das Gericht” statt “der Richter”) eingeführt wird.

Im Gegensatz zur Situation anlässlich der Revision von 1975 kann heute davon ausgegangen werden, dass die allermeisten schweizerischen Gerichte mit EDV-Systemen als Arbeitswerkzeugen ausgestattet sind und dass die Gerichtsbehörden in der Regel über Mindestkenntnisse der Datenverarbeitung verfügen. Es ist daher naheliegend, diese EDV-Mittel und -Kenntnisse im Dienste einer beförderlichen und effizienten Prozesserledigung einzusetzen. So kann die Verwendung moderner Such-, Analyse- und Auswertungsprogramme (Retrieval-Software, Volltext-Suche) dem Gericht dienen, mit geringem Aufwand aus einer grossen, unübersichtlichen Datenfülle schnell auf die relevanten Informationen

zuzugreifen. Heute kann ein Gericht nur anordnen, dass Geschäftsbücher so vorgelegt werden, "dass sie ohne Hilfsmittel lesbar sind", faktisch also nur die Edition in Papierform fordern. Je nach Prozessumständen könnte das Gericht dann mit Stapeln von Papier so eingedeckt werden, dass eine Aktenprüfung erheblich erschwert und der Prozess verzögert wird, was im Ausland in Einzelfällen zu einer Form der Prozessstrategie geworden ist. Künftig soll daher nach Absatz 2 das Gericht die Edition der Geschäftsbücher in jeder Form verlangen können. Wo es die Umstände angezeigt erscheinen lassen, soll das Gericht vom Editionsspflichtigen die Vorlage der auf Datenträgern aufbewahrten Informationen im ursprünglichen EDV-Format, samt den zum Lesen und Bearbeiten benötigten Geräten und Programmen verlangen können. Allenfalls kommt auch die Installation eines Terminals samt Datenleitung für online-Zugriffe in Frage. Die gesetzliche Herausgabepflicht geht dabei allfälligen Lizenzbestimmungen vor. Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird die Grenzen dieser Editionsform bestimmen: Der einer Partei aufgebürdete Editions Aufwand muss in einem vernünftigen Verhältnis zu ihren Möglichkeiten und zum Prozessgegenstand stehen.

Sofern das Gericht auf diese Form der Edition verzichtet, kann es wie bisher anordnen, dass die zu edierenden Bücher "ohne Hilfsmittel lesbar", d.h. in unverschlüsselter und unkodierter Form auf Papier vorgelegt werden.

325 Artikel 964

Der geltende Vorbehalt von Strafbestimmungen kann ersatzlos gestrichen werden. In der jetzigen Fassung enthält Artikel 964 OR keinen Rechtssatz, sondern nur eine Erklärung über einen bestehenden Zustand (Berner Kommentar, N. 10 ad Art. 964 OR); er sieht weder konkrete Pflichten für die buchführungs- und -aufbewahrungspflichtigen Personen noch einen eigenständigen strafrechtlichen Tatbestand vor.

Die Bestimmung stammt aus der Zeit vor Inkrafttreten des eidgenössischen Strafgesetzbuches, als Artikel 880 des OR von 1881 den Kantonen die Befugnis einräumte, in ihren Einführungsgesetzen zum OR oder in ihren Strafgesetzen entsprechende Strafbestimmungen aufzunehmen. Seit dem Inkrafttreten des eidgenössischen Strafgesetzbuches im Jahre 1942 wird die Verletzung der Buchführungspflicht ausschliesslich nach Artikel 166 (Unterlassung der Buchführung), Artikel 325 (Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher), allenfalls im Zusammenhang mit Artikel 163 (betrügerischer Konkurs), Artikel 170 (Erschleichung eines Nachlassvertrages), Artikel 152 (unwahre Angaben über

Handelsgesellschaften und Genossenschaften) oder Artikel 251 (Urkundenfälschung) geahndet. Die Verletzung der Aufbewahrungspflicht ist in den Strafbestimmungen von Artikel 166 und 325 StGB ausdrücklich erwähnt. Die Strafstatistik weist jährlich kaum mehr als 10 Verurteilungen nach Artikel 166 oder 325 StGB aus.

4 In der Revision nicht aufgenommene Neuerungen

41 Keine Erwähnung spezifischer Technologien

Durch die neu vorgesehene Befugnis, Geschäftsunterlagen gleichermassen auf Bild- wie auf Datenträgern aufzubewahren, ist die Frage, ob ein bestimmter neuartiger Informationsträger als Bild- oder als Datenträger einzustufen sei, erheblich entschärft worden. Die technologische Entwicklung ist aber nicht abgeschlossen. Daher sieht der Vorentwurf davon ab, einzelne Technologien ausdrücklich zu erwähnen oder gar als zulässig zu erklären: Die jetzige Terminologie ("Bild- und Datenträger") hat sich grundsätzlich bewährt. Wo heute WORMs, CD-ROMs und magneto-optische Speicher für die Erfüllung der Aufbewahrungspflicht eingesetzt werden, können morgen bereits ganz andere (z.B. biologische oder kristalline) Medien im Zentrum des Interesses stehen. Das Gesetz soll daher möglichst technologie-neutral formuliert sein. Die Auseinandersetzung mit einzelnen Technologien und die daraus resultierenden spezifischen Anforderungen an die Ordnungsmässigkeit der Führung und Aufbewahrung von Büchern, Geschäftskorrespondenz und Belegen soll auch in Zukunft der Lehre, der Rechtsprechung und der Praxis überlassen bleiben.

42 Keine Verkürzung der Aufbewahrungsfrist

Wie bereits bei der Revision von 1975 wurde die Verkürzung der Aufbewahrungsfrist in Erwägung gezogen, insbesondere weil das europäische Ausland kürzere Fristen kennt. Auch hat diese lange Aufbewahrungsdauer Kosten zur Folge, welche jedoch weniger mit der Aufbewahrung der aufgezeichneten Geschäftsunterlagen als mit der vorgeschriebenen Verfügbarkeit von funktionstüchtigen Lese- und Auswertungsgeräten samt Programmen und Dokumentation zusammenhängen. Es ist heute üblich, alte Datenbestände auf neue Systeme zu überführen; doch entspricht die Verfügbarkeit solcherart migrierter Informationen, welche nicht mehr aktuell bearbeitet, sondern nur noch archiviert werden müssen, nicht immer den gesetzlichen Anforderungen. Ein Vorteil der geltenden Lösung liegt sicher darin, dass sich die Aufbewahrungsdauer mit der ordentlichen Verjäh-

rungsfrist des OR (vgl. Art. 127) und weitgehend auch des Straf- und Verwaltungsrechts deckt. Gegen eine Verkürzung der Aufbewahrungsfrist spricht zudem, dass einzelne Gesetze in letzter Zeit längere Verjährungsfristen eingeführt haben: So können nach Artikel 10 Absatz 1 des Kernenergiehaftpflichtgesetzes vom 18. März 1983 (SR 732.44) Spätschäden bis 30 Jahren nach dem Schadenereignis geltend gemacht werden, und gemäss BG vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG, SR 642.11) und dem Steuerharmonisierungsgesetz vom 14. Dezember 1990 (StHG SR 642.14) treten die absolute Veranlagungsverjährung (Art. 120 Abs. 4 DBG, Art. 47 Abs. 1 StHG) und die Nachsteuerverjährung (Art. 152 Abs. 3 DBG, Art. 53 Abs. 3 StHG) erst nach 15 Jahren ein. Schliesslich verwirken die Ansprüche nach Produktehaftpflichtgesetz (Art. 10 PrHG, SR 221.112.944) erst 10 Jahre nach Inverkehrbringung des fehlerhaften Produkts, das den Schaden verursacht hat.

In Abwägung der verschiedenen Interessen übernimmt der Vorentwurf die 10jährige Aufbewahrungsdauer des geltenden Rechts. Diese Lösung trägt auch der Tatsache Rechnung, dass die Kosten und der Platzbedarf von Datenträgern in den letzten 20 Jahren erheblich kleiner geworden sind; der Wunsch der Wirtschaft nach einer Verkürzung der Aufbewahrungsfrist dürfte daher an Aktualität und Dringlichkeit verloren haben.

43 Kein umfassendes und abschliessendes Aufbewahrungsrecht

Die Aufbewahrung von Unterlagen im Original ist auch in zahlreichen Fällen angezeigt, in denen keine handels-, steuer- oder spezialgesetzliche Aufbewahrungspflicht besteht. Wo eine Urkunde ein Recht verkörpert, kann das Recht nur mit dem Papier, nicht mit einer Aufzeichnung (Art. 965 OR) geltend gemacht werden. Wenn die Urkunde nach ihrer Aufzeichnung auf einem Bild- oder Datenträger vernichtet wird, kann das darin verkörperte Recht nur nach erfolgter Kraftloserklärung geltend gemacht werden (Art. 971 und 972 OR). Der vorsichtige Kaufmann sollte im übrigen Vertragsurkunden mit qualifizierter Schriftlichkeit oder über langfristige Vertragsverhältnisse auch nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist von Artikel 962 Absatz 1 OR nicht vernichten, will er nicht in Beweisnotstand geraten. Er wird vielmehr im Einzelfall anhand des massgeblichen Prozessrechts entscheiden, ob noch ein Interesse an der Urkunde bestehen könnte. Das Recht über die kaufmännische Buchführung im 32. Teil des OR kann solche Fragen nicht für jedes vorkommende Rechtsverhältnis und abschliessend beantworten.

Obligationenrecht

(Die kaufmännische Buchführung)

Änderung vom

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom ...,
beschliesst:*

I

Der Zweiunddreissigste Titel des Obligationenrechts wird wie folgt geändert:

Art. 957 Abs. 2 (neu)

A. Pflicht zur
Buchführung

2 Die Bücher, die Geschäftskorrespondenz und die Buchungsbelege können schriftlich, elektronisch oder in vergleichbarer Weise geführt werden.

Art. 961

III. Unter-
zeichnung

Betriebsrechnung und Bilanz sind von dem Firmainhaber, gegebenenfalls von sämtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern und, wenn es sich um eine Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Genossenschaft handelt, von den mit der Geschäftsführung betrauten Personen zu unterzeichnen.

C. Pflicht zur
Aufbewahrung
der Geschäfts-
bücher

Art. 962

1 Wer zur Führung von Geschäftsbüchern verpflichtet ist, hat diese, die Geschäftskorrespondenz und die Buchungsbelege während zehn Jahren ordnungsgemäss aufzubewahren.

² Betriebsrechnung und Bilanz sind unterzeichnet aufzubewahren. Die übrigen Geschäftsbücher, die Geschäftskorrespondenz und die Buchungsbelege können auf Bild- oder Datenträgern aufbewahrt werden, wenn sie jederzeit lesbar gemacht werden können. Der Bundesrat kann die Voraussetzungen näher umschreiben.

³ Die Aufbewahrungsfrist beginnt mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, in dem die letzten Eintragungen vorgenommen wurden, die Geschäftskorrespondenz ein- oder ausgegangen ist und die Buchungsbelege entstanden sind.

⁴ Auf Bild- oder Datenträgern aufbewahrte Geschäftsbücher, Geschäftskorrespondenz und Buchungsbelege haben die gleiche Beweiskraft wie Aufzeichnungen, die ohne Hilfsmittel lesbar sind.

Art. 963

D. Editions-
pflicht

¹ Wer zur Führung von Geschäftsbüchern verpflichtet ist, kann bei Streitigkeiten, die das Geschäft betreffen, angehalten werden, Geschäftsbücher, Geschäftskorrespondenz und Buchungsbelege vorzulegen, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen wird und das Gericht diese für den Beweis als notwendig erachtet.

² Das Gericht kann anordnen, dass auf Bild- oder Datenträgern aufbewahrte Geschäftsbücher, Geschäftskorrespondenz und Buchungsbelege so vorgelegt werden, dass sie ohne Hilfsmittel lesbar sind.

Art. 964

Aufgehoben

II

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.