

Moderne Elektroniktechnologie und Informationsbeschaffung im Zivilprozeß

Zur Jahrestagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales
Verfahrensrecht e.V. vom 5. bis 8. April 1995 in Rostock

von Dr. Helmut Rüßmann, Saarbrücken

Universitätsprofessor

Richter am Saarländischen Oberlandesgericht

A. Ein Blick in die Zukunft	2
B. Das Gericht als informationsverarbeitendes System.....	4
I. Informationsbeschaffung.....	5
II. Sachverhaltsinformationen	6
III. Das Beweisrecht elektronischer Dokumente	6
1. Das elektronische Dokument als Gegenstand des Urkunden- oder Augenscheinsbeweises.....	6
a) Die Bedeutung des § 416 ZPO für Wissenserklärungen.....	8
b) Die Bedeutung des § 416 ZPO für Willenserklärungen	9
(1) Beweiskraft für das Inverkehrbringen der Erklärung	9
(2) Beweiskraft für die Abgabe der Erklärung.....	10
c) Zwischenergebnis für das Beweisrecht der Privaturkunde.....	11
d) Der Ertrag für elektronische Dokumente.....	12
2. Der Beweiswert von elektronischen Dokumenten.....	13
a) Die elektronische Lüge.....	13
b) Unberechtigte Dateizugriffe Dritter.....	14
c) Elektronische Signaturen	15
IV. Ergebnis zum Beweisrecht elektronischer Dokumente (Deutschland)	18
V. Rechtsvergleichende Betrachtungen	19
1. Schweiz.....	20
2. Österreich.....	23
3. Frankreich.....	25
4. Belgien.....	28
5. Griechenland.....	31
6. England.....	34
7. Vereinigte Staaten von Amerika	40
VI. Ergebnis nach den rechtsvergleichenden Betrachtungen.....	48
VII. Mitwirkungslasten und -pflichten bei der Beweisführung mit Hilfe elektronischer Dokumente	49
1. Eigene elektronische Dokumente.....	49
2. Elektronische Dokumente in der Verfügungsgewalt des Prozeßgegners	49
3. Elektronische Dokumente in der Verfügungsgewalt Dritter	51
VIII. Rechtsvergleichende Betrachtungen.....	52
1. Vereinigte Staaten von Amerika	52
2. England.....	55
3. Österreich und Schweiz	56
4. Frankreich.....	58
IX. Ergebnis.....	59

Das Thema regt zu Visionen und zur Entwicklung von Szenarien über die künftige Gestaltung des Zivilprozesses an. Das folgende Szenario entstammt der „Feder“¹ und Phantasie von Jörg W. Britz².

A. Ein Blick in die Zukunft

Der Kläger betreibt am Unternehmenssitz in Saarhauptstadt eine elektronische Datenbank. Der in Saarheim ansässige Beklagte nimmt regelmäßig die Dienste des Klägers in Anspruch. Am 01.04.01 ermittelt die EDV-Anlage des Klägers, daß der Beklagte die Rechnung für den Monat Januar 01 trotz zweimaliger Mahnung nicht bezahlt hat. Der Kläger sendet daraufhin per Telekommunikation über das öffentliche Telefonnetz einen mit seiner elektronischen Unterschrift versehenen Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheides an das Amtsgericht in Saarhauptstadt.

Der Geschäftsstellenrechner des Amtsgerichts überprüft die elektronische Unterschrift, teilt dem Antrag ein Aktenzeichen zu, legt eine elektronische Akte auf der Speichereinheit an und veranlaßt die elektronische Übermittlung eines Mahnbescheides an die e-mail-Adresse des Beklagten. Der Beklagte überprüft seine Telebanking-Datei und kommt zu dem Ergebnis, daß für den Zeitraum Januar 01 eine Zahlung unter dem 17.02.01 verbucht ist. Er übermittelt daraufhin auf elektronischem Wege einen Widerspruch gegen den Mahnbescheid an das Amtsgericht.

Der Computer des Amtsgerichts Saarhauptstadt läßt dem Kläger automatisch eine Benachrichtigung vom Widerspruch zugehen. Nach Eingang eines klägerischen Antrags auf Durchführung des streitigen Verfahrens veranlaßt die Gerichts-EDV die Abgabe des Verfahrens an das Amtsgericht Saarheim. Der zuständige Amtsrichter in Saarheim legt an seinem Richterarbeitsplatz unter einem neuen Aktenzeichen eine elektronische Akte an und wählt aus der Formulardatei die Aufforderung zur Klagebegründung aus. Der Computer ergänzt das Formular um die Individualisierungsmerkmale des Mahnbescheides und sendet es telekommunikativ an den Kläger.

Der Kläger kopiert daraufhin die für den Abrechnungsmonat Januar 01 gespeicherten Informationen mittels eines Makros in ein Klageschriftformular, in dem als Beweis die elektronische Kundendatei angeboten wird. Die so erstellte Klageschrift sendet er per Faxmodem an das Amtsgericht. Der Richter kopiert die Klageschrift in seine elektronische Akte und leitet sie an den Beklagten telekommunikativ weiter. Auf dem gleichen Wege übermittelt der Beklagte eine Klageerwiderung, in der er sich auf seine Zahlung beruft und der er als Beweis eine elektronische Kopie seines Btx-Überweisungsauftrags und -Kontoauszugs seiner Hausbankverbindung beifügt. Die Klageerwiderung nebst beigefügtem Beweismittel wird in Kopie an den Kläger weitergeleitet.

¹ Es handelt sich selbstverständlich um eine Eingabe in das lehrstuhleigene Computersystem.

² Assessor und wissenschaftlicher Mitarbeiter an meinem Lehrstuhl, der an einer Dissertation mit dem Arbeitstitel „Prozeßrechtliche Probleme der elektronischen Dokumentation und Telekommunikation“ arbeitet und dessen Ideen und Ausarbeitungen in vielfältiger Form in die vorliegende Abhandlung eingegangen sind. Dank für aufopferungsvolle Mitarbeit schulde ich weiterhin Kay Diedrich, Sabine Nehlert und Alexander Weinland.

In der mündlichen Verhandlung, die der Amtsrichter im Sitzungssaal an einem allgemein einzusehenden Bildschirmtelefon in einer Konferenzschaltung mit den Parteien durchführt, stellen diese die angekündigten Anträge. Der Amtsrichter vergewissert sich mittels einer aktuellen Gesetzes-CD-ROM einiger Vorschriften des Erfüllungs- und des Beweisrechts, konsultiert zudem eine online-Datenbank, die gerichtliche Entscheidungen und Literaturbeiträge vorhält, und unterzieht daraufhin die als Beweis angebotenen Dateien des Beklagten einer Sicherheitskontrolle. Das Ergebnis wird mit den Parteien verhandelt, die erneut ihre Anträge stellen.

Das Urteil wird den Parteien nach Verkündung elektronisch übermittelt. Auf Antrag wird dem Kläger eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt. Die elektronische Akte wird in ein Archivverzeichnis übertragen und zusätzlich auf einem externen Datenträger gespeichert, der im Gerichtsarchiv inventarisiert wird.

So könnte in der Tat einmal der Prozeß der Zukunft aussehen. Von dieser Zukunft sind wir noch ein gutes Stück entfernt. Doch einige Schritte wurden schon gegangen. Man denke nur an das automatisierte Mahnverfahren³ und die Führung des Grundbuchs als automatisierte Datei⁴. Wesentlich weiter in dem Einsatz der EDV für die Bewältigung der verschiedensten Aufgaben sind Wirtschaft und freie Berufe.

In einer Entwicklungslinie liegt die steigende Bedeutung des telekommunikativen Geschäftsverkehrs. Dabei ist die Nutzung von Datenfernübertragungssystemen keineswegs auf bekannte Btx-Anwendungen wie Teleshopping und Telebanking beschränkt. Die Banken selbst stehen seit langem im beleglosen Datenaustausch. Ein nennenswerter Teil auch des industriellen Wirtschaftsverkehrs wird bereits heute im Wege des sog. EDI (Electronic Data Interchange) abgewickelt. Seit einigen Jahren gibt es internationale Bemühungen, die Voraussetzungen und Modalitäten des Datenfernaustauschs durch Richtlinien zu normieren⁵. Die Wirtschaftspraxis macht insoweit längst von dem gewaltigen Rationalisierungspotential der Telekommunikation Gebrauch, was sich insbesondere im Zeitvorteil gegenüber den herkömmlichen Postlaufzeiten sowie in einer manifesten Eindämmung der Papierflut, aber auch in einem erheblichen Ausbau von Automatisierungsvorgängen niederschlägt. So werden beispielsweise in der just-in-time-Produktion bei computererfaßten Warenbeständen im Bedarfsfalle von der EDV-Anlage automatisch Bestellungen an den Zulieferer übermittelt, dessen Rechner den Auftrag telekommunikativ bestätigt und die Lieferung veranlaßt.

³ Vgl. dazu *Hess*, Das automatisierte Mahnverfahren, CR 1991, 245; *Seidel*, Die Erprobung des DFÜ-Mahnverfahrens, CR 1990, 613.

⁴ In den Freistaaten Sachsen und Bayern ist die komplette Umstellung des Grundbuchs auf eine automatisierte Datei vorgesehen. Zum Stand der bayerischen Entwicklung vgl. *Joachimski*, Grundbuch online, NJW-CoR 1994, 280, zu Sachsen *Heitmann*, Das neue EDV-Grundbuch, WM 1994, 1612. Hamburg und Thüringen haben sich der Initiative angeschlossen. Einschätzungen aus der Sicht eines Notars bietet *Grziwotz*, Das EDV-Grundbuch, CR 1995, 68.

⁵ Siehe zuletzt und mit weiteren Nachweisen Empfehlung der Kommission vom 19. Oktober 1994 über die rechtlichen Aspekte des elektronischen Datenaustausches, 94/820/EG, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 28.12.94, Nr. L 338 S. 98.

In einer weiteren Entwicklungslinie gewinnt die elektronische Dokumentation zunehmend an Bedeutung. Als Anwendungsbeispiele seien hier die elektronische Speicherung von Kundenkarteien nebst Schriftverkehr, von Warenbeständen oder von industriellen Produktionsabläufen genannt. Mit der Hinwendung zur elektronischen Dokumentation geht in aller Regel ein Abbau oder gar Verzicht auf konventionelle Datenverarbeitungs- und Datensicherungsverfahren einher. Denn gerade aus diesem Rationalisierungseffekt schöpft die EDV ihre besondere Attraktivität. Umfangreiche Datenarchive, die ganze Lagerräume füllten, sind ohne weiteres auf kleinstem Raum elektronisch speicherbar und gewährleisten bei sorgfältiger Datenpflege gleichwohl einen ungleich schnelleren Zugriff auf die relevante Information. Zeit- und Personalaufwand können zu einem erheblichen Grade umverteilt oder eingespart werden.

Die Dimension dieser Entwicklung ist hinlänglich bekannt und braucht hier nicht in ihrer ganzen Breite dargestellt zu werden. Nur auf einige Bereiche, die mittlerweile eigenen gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelungen zugeführt wurden, sei an dieser Stelle hingewiesen. Nach § 257 Abs. 3 HGB⁶ können diejenigen kaufmännischen Unterlagen, die gemäß Abs. 1 geordnet aufzubewahren sind, also insbesondere die Handelsbücher, Inventare, der gesamte Schriftverkehr und sämtliche Buchungsbelege, mit Ausnahme der Eröffnungsbilanzen, Jahresabschlüsse und Konzernabschlüsse, auch als Wiedergabe auf einem Bild- oder anderen Datenträger aufbewahrt werden, sofern bestimmte Sicherheitsanforderungen gewährleistet sind. Auch für die ärztliche Dokumentation finden sich Zulässigkeitsregelungen sowohl berufsrechtlicher⁷, krankensicherungsrechtlicher⁸ als auch teilweise gesundheitsrechtlicher⁹ Art¹⁰. Insbesondere in Arzthaftungsprozessen drängt sich die Frage nach dem Beweiswert derartiger elektronischer Dokumentationen auf.

Es sind diese Entwicklungen, mit denen sich, wenn etwas schief läuft, die Gerichte schon heute auseinandersetzen müssen. Wie sollen die Gerichte mit EDV-gestützten Informationen umgehen?

B. Das Gericht als informationsverarbeitendes System

Ein mit der Entscheidung einer Zivilsache befaßtes Gericht läßt sich als informationsverarbeitendes System betrachten. Informationen der unterschiedlichsten Art werden verarbeitet, um zu Verfügungen, Beschlüssen, Urteilen oder auch Vorschlägen zur gütlichen Beilegung der Streitsache zu kommen. Es sind Informationen über Rechtsregeln, Gerichtsentscheidungen, Rechtsauffassungen im Schrifttum sowie Informationen über das, was sich

⁶ Ursprünglich §§ 43, 44 HGB in der Fassung vom 14.12.1976. Eine gleiche Regelung findet sich für Steuerunterlagen in §§ 146 f. AO 1977.

⁷ Vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 der Musterberufsordnung in der Fassung des Beschlußprotokolls des 91. Dt. Ärztetages in Frankfurt.

⁸ § 95 Abs. 3 SGB V i.V.m. mit den jeweiligen Manteltarifverträgen.

⁹ § 28 Abs. 1 und 2 RöntgenVO; § 43 Abs. 1 und 2 StrlSchVO.

¹⁰ Zu den Einzelheiten vgl. *Schmidt-Beck*, Rechtliche Aspekte der EDV-gestützten ärztlichen Dokumentation, NJW 1991, 2355 ff. sowie *Kilian*, Rechtliche Aspekte der digitalen medizinischen Archivierung von Röntgenunterlagen, NJW 1987, 695 ff.

tatsächlich zugetragen haben soll. Die Verarbeitung der Informationen wird gesteuert durch die Regeln des Prozeßrechts und die Regeln der kunstgerechten Begründung. Die ersteren sind vor allem für die Rekonstruktion des der Entscheidung zugrunde zu legenden tatsächlichen Geschehens, die letzteren für die Feststellung und gegebenenfalls Festsetzung des hic et nunc geltenden Rechts von Bedeutung. Insgesamt muß sich die Einzelfallentscheidung als deduktiv korrekt¹¹ erweisen, d.h. die im Tenor ausgesprochene Entscheidungsformel muß sich als logische Folge aus den angeführten Rechtsnormen, ihren Interpretationen und den Sachverhaltsfeststellungen darstellen (lassen). Allein das sichert den angeführten Rechtsnormen, ihren Interpretationen und den Sachverhaltsfeststellungen die Begründungserheblichkeit für die getroffene Entscheidung. Richtigkeit darf diese Entscheidung aber erst für sich beanspruchen, wenn sie über die deduktive Korrektheit hinaus mit Prämissen arbeitet, die sich ihrerseits als zutreffend, wahr und richtig erweisen. Die Rechtsnormen müssen gültig, die Interpretationen zutreffend und die Sachverhaltsfeststellungen wahr sein.

I. Informationsbeschaffung

Informationen über Rechtsnormen und die für ihre Interpretation wichtigen Gerichtsentscheidungen und Rechtsauffassungen im Schrifttum standen dem Juristen lange Zeit ausschließlich über Druckmedien zur Verfügung. Der Jurist verschaffte sie sich durch den mehr oder weniger kümmerlichen Handapparat oder durch den Gang in die Bibliothek. Für Informationen über das tatsächliche Geschehen standen ihm der Parteivortrag und im Falle der Beweisbedürftigkeit die Beweismittel des Augenscheins, der Urkunde, des Sachverständigen, des Zeugen und der Partei zu Gebote, aus denen er - von gesetzlichen Beweisregeln weitgehend unbehelligt - unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden hatte, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei. An dem letzterem Befund hat sich - von dem unklaren Status der amtlichen Auskunft in § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO einmal abgesehen - bis heute nichts geändert, auch wenn im Gegensatz zu früher manche der als relevant betrachteten Sachverhaltsinformationen statt auf Papier in elektronischer Form dokumentiert sind. Die Informationsbeschaffung über das Recht ist dagegen einem erheblichem Wandel unterworfen. Rechtsnormen, Gerichtsentscheidungen und Literaturmeinungen werden in elektronischer Form vorgehalten und vom Gericht abgerufen. Das Gericht ist mit Blick auf das Recht an keine Art der Informationsbeschaffung gebunden und wird sich an die Art halten, die die benötigte Information verlässlich mit dem geringsten Einsatz von Arbeitskraft und Kosten zur Verfügung stellt. Das mag der Griff zum Handapparat oder der Gang in die Bibliothek sein. Es mag aber auch die Recherche in elektronisch vorgehaltenen Informationen sein, mögen diese im eigenen Computer, im Computer der Bibliothek oder im Computer eines räumlich noch weiter entfernten Informationsanbieters liegen.

¹¹ Vgl. zur Entwicklung des Konzepts der deduktiven Korrektheit einer juristischen Einzelfallentscheidung *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, München 1982, 1. Teil, S. 14 ff.

II. Sachverhaltsinformationen

Es werden indessen nicht diese Informationen über das Recht gewesen sein, die die Verantwortlichen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht vor Augen hatten, als sie das Thema „Moderne Elektroniktechnologie und Informationsbeschaffung im Zivilprozeßrecht“ unter dem Generalthema „Informationsbeschaffung für den Zivilprozeß“ vergaben. Die Berücksichtigung der weiteren Themen zur „Informationsbeschaffung über schriftliche Unterlagen und Augenscheinsobjekte“ (*Hay*) und zur „Informationsbeschaffung über Aussagepersonen“ (*Junker*) ergibt in systematischer Auslegung, daß die moderne Elektroniktechnologie mit Blick auf Sachverhaltsinformationen auszuleuchten ist. Und dennoch wird ein Blick auf die elektronisch vorgehaltenen Rechtsinformationen unter Umständen das Bewußtsein dafür schärfen, warum wir gerade bei den Sachverhaltsinformationen Probleme verspüren, die sich bei den Rechtsinformationen nicht aufdrängen. Es gibt kaum einen Anreiz, Informationen über das Recht zu verfälschen: dem Gesetzgeber eine Norm zu unterschieben, die er nicht erlassen hat, oder aus der Rechtsprechungsdatenbank eine Entscheidung zu streichen, in der unangenehme Rechtsfolgen ausgesprochen sind. Denn der Fehler ließe sich leicht entdecken, weil noch zahlreiche andere Verlautbarungen der Normen und Entscheidungen existieren. Und dem Schönfelder auf CD-Rom vertrauen wir halt, weil er aus demselben Hause stammt wie der gedruckte Schönfelder und dieses Haus sich selber schaden würde, wenn es uns einen Schönfelder mit unrichtigen Gesetzeswiedergaben verkaufen wollte. Sachverhaltsinformationen sind dagegen häufig nur für einen konkreten Fall von Bedeutung. Sie werden u.U. nur an einer Stelle aufbewahrt. Das Entdeckungsrisiko einer Fälschung könnte gering und damit der Fälschungsanreiz groß sein.

III. Das Beweisrecht elektronischer Dokumente

Die gebotene Konzentration auf Sachverhaltsinformationen macht ein Fischen in Gewässern, die die Herren *Hay* und *Junker* schon befischt haben, unumgänglich. Mindestens *de lege lata* bleibt es für den deutschen Zivilprozeß bei der Beweismitteltrias Urkunde, Augenschein, Aussageperson, in die elektronisch vorgehaltene Informationen eingeordnet werden müssen. Nach meiner Einschätzung gibt es insoweit auch *de lege ferenda* keinen Änderungs- oder Erweiterungsbedarf.

1. Das elektronische Dokument als Gegenstand des Urkunden- oder Augenscheinsbeweises

Diese Einschätzung trifft allerdings nicht auf ungeteilte Zustimmung. Vor allem aus dem Lager derer, die dem elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr seit längerem ihre Aufmerksamkeit schenken, wird immer wieder der Ruf nach dem Gesetzgeber laut, dem elektronischen Dokument unter bestimmten Voraussetzungen (elektronische Unterschrift) Urkundenqualität zu verleihen¹² oder

¹² *Seidel*, Signaturverfahren und elektronische Dokumente. Rechtliche Bewertung und Regelungsvorschläge, in: Bestandsaufnahme über die elektronischen Signaturverfahren (Veröffentlichung der Gesellschaft für Mathematik und Datenverarbeitung - GMD), St. Augustin 1992, S. 80 ff.; *ders.*, Zertifizierung rechtsverbindlicher und

doch wenigstens dem elektronischen Dokument eine dem § 416 ZPO nachempfundene Beweisregel zur Seite zu stellen¹³. Die Alternative des Augenscheinsbeweises¹⁴ wird für unzureichend gehalten. Ja, man sieht sogar den Wirtschaftsstandort Deutschland in Gefahr, wenn nicht der Gesetzgeber im Sinne der Proponenten tätig werde¹⁵. Und Kilian nennt als einen Grund für die Aufnahme der Schiedsgerichtsklausel in den deutschen EDI-Rahmenvertrag die Ungeeignetheit der Beweisregeln des staatlichen Prozesses¹⁶.

Leider liegen diesen Forderungen allzu häufig unzureichende Analysen des Rechts des Urkundenbeweises zugrunde¹⁷. Tragen wir die Analyse nach, so kann man die öffentlichen Urkunden aus der weiteren Betrachtung ausscheiden. Sie erweisen sich als praktisch problemlos, weil, wenn man eine Papierdokumentation öffentlicher Stellen auf eine elektronische Dokumentation umstellt, in der Regel ausdrücklich bestimmt wird, welche Bedeutung einerseits ein Eintrag in die elektronische Dokumentation und andererseits Ausdrücke aus der elektronischen Dokumentation haben. So ist der Eintrag in das Grundbuch als automatisierte Datei

urkundensicherer Dokumentverarbeitung, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), *Elektronischer Rechtsverkehr, Digitale Signaturverfahren und Rahmenbedingungen*, Köln 1995, S. 89, 94; *ders.*, *Dokumentenschutz im elektronischen Rechtsverkehr*, CR 1993, Teil I S. 409 ff., Teil II S. 484 ff.; *Geis*, *Zivilprozeßrechtliche Aspekte des elektronischen Dokumentenmanagements*, CR 1993, 653, 656; *Bergmann/Streitz*, *Beweisführung durch EDV-gestützte Dokumentation*, CR 1994, 77, 79.

¹³ So regt etwa die Arbeitsgemeinschaft für Wirtschaftliche Verwaltung e.V. (AWV) in ihrer Projektgruppe „Prozeßrechtliche Aspekte des Dokumenten-Managements auf der Basis elektronischer Speichersysteme“ einen § 416a ZPO mit folgender Fassung an: „Gleich einer privaten Urkunde im Sinne von § 416 ZPO werden auf Datenträgern gespeicherte Dokumente und deren Ausdruck behandelt, wenn es sich um eine Gedankenäußerung handelt, die nach dem Stand der Technik geeignete Verfahren der Datenauthentizität und die Identität des Ausstellers erkennen läßt und durch geeignete Techniken und organisatorische Maßnahmen vor Verfälschung gesichert ist“ (AWV-Schrift 06 531, Eschborn 1993, S. 17 f.).

¹⁴ Für den Augenscheinsbeweis *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, 52. Aufl., München 1994, Übers § 415 Rdnr. 3; *Thomas/Putzo*, 17. Aufl., München 1991, Vorbem § 371 Anm. 3; *Geimer* in: *Zöller*, 18. Aufl., Köln 1993, Vor § 415 Rn 3; *AK-ZPO/Rüßmann*, Neuwied und Darmstadt 1987, vor § 415, RN 2; *MünchKommZPO-Schreiber*, Band 2, München 1992, § 415 Rdnr. 6; *Schumann* in: *Stein-Jonas*, 20. Aufl., Zweiter Band, Teilband 2, Tübingen 1989, vor § 371 Rdnr. 4; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, 15. Aufl., München 1993, § 121 (S. 697); vgl. auch *Redeker*, *Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtext*, NJW 1984, 2390, 2394.

¹⁵ So *Seidel* in einem Diskussionsbeitrag in: Bundesnotarkammer (a.a.O. Fußnote 12), S. 170: „Es geht hier wirklich um die Beweissicherheit und die Rechtsverbindlichkeit der elektronischen Kommunikation. Es befinden sich bereits Milliarden-Investitionen in der Pipeline, die gestaut werden, weil die Rechtslage so unsicher ist. Das muß man sich überlegen, und unter dem Aspekt ‘Wirtschaftsstandort Deutschland’ meine ich, daß wir diese rechtlichen Regelungen wirklich brauchen.“

¹⁶ *Kilian*, *Zweck und Inhalt des deutschen EDI-Rahmenvertrages*, CR 1994, 657, 660.

¹⁷ Geradezu ärgerlich sind Eigenheiten der Begriffsbildung, wenn ohne Not der „Formalbeweis“ des Urkundenbeweises (§ 416 ZPO) dem „Freibeweis“ des § 286 ZPO gegenübergestellt wird, statt sich der eingeführten Begriffsbildung „Beweisregel“ auf der einen Seite und „Freie Beweiswürdigung“ auf der anderen Seite zu bedienen. So durch *Seidel*, *GMD-Dokumentation* (a.a.O. Fußnote 12), S. 18 f. und *ders.* (a.a.O. Fußnote 12), CR 1993, 411. Der Begriffsverwirrung sitzt auch *Kilian* (a.a.O. Fußnote 16) auf.

materiellrechtlich die Eintragung in das Grundbuch, und prozeßrechtlich weist man den Inhalt des Grundbuchs durch Ausdrücke nach, von denen § 131 GBO bestimmt:

Wird das Grundbuch in maschineller Form als automatisierte Datei geführt, so tritt an die Stelle der Abschrift der Ausdruck und an die Stelle der beglaubigten Abschrift der amtliche Ausdruck. Die Ausdrücke werden nicht unterschrieben. Der amtliche Ausdruck ist als solcher zu bezeichnen und mit einem Dienstsiegel oder -stempel zu versehen; er steht einer beglaubigten Abschrift gleich.

Für die Analyse wichtiger als die öffentlichen Urkunden sind die Privaturkunden und die ihnen korrespondierenden privaten elektronischen Dokumentationen. In einer Privaturkunde kann eine Willenserklärung¹⁸ oder eine Wissenserklärung¹⁹ verbrieft sein. Für das erste mag die Annahme eines Vertragsangebots, für das zweite die ärztliche Dokumentation stehen. Ob die Beweisregel des § 416 ZPO nur die eine oder die andere Art der Erklärung erfaßt, ist streitig. Was sie für die jeweilige Erklärungsart bedeutet, kann indessen ohne eine Entscheidung des Streits festgehalten werden.

a) Die Bedeutung des § 416 ZPO für Wissenserklärungen

Für Wissenserklärungen bedeutet die Beweisregel des § 416 ZPO nichts. Dies zeigt das Zusammenspiel der §§ 439, 440 ZPO mit § 416 ZPO. Die Beweisregel des § 416 ZPO greift nur, wenn die Urkunde echt ist. Echtheit der Urkunde bedeutet, daß die Urkunde so von dem hergestellt ist, von dem sie nach der Behauptung des Beweisführers stammt. Über die Echtheit ist nach §§ 439, 440 ZPO zu befinden. Das geschieht ohne Bindung an Beweisregeln im Rahmen freier Beweiswürdigung²⁰. Nur wenn die Echtheit der Unterschrift feststeht, also anerkannt oder zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen ist, besteht eine widerlegliche Vermutung auch für die Echtheit der Urkunde. Kommt das Gericht auf diesem Wege zu dem Ergebnis, daß die Urkunde echt ist, gilt § 416 ZPO. Schon auf Grund der Begriffsmerkmale für die Echtheit steht damit fest, daß die Urkunde mit Inhalt vom Aussteller stammt. Eine Beweisregel, die in der Rechtsfolge das anordnet, was in den Tatbestandsvoraussetzungen für das Eingreifen der Beweisregel festgestellt werden muß, ist überflüssig. Im Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung habe ich das im Anschluß an eine in Logik und Sprachphilosophie eingeführte Begriffsbildung so ausgedrückt, daß die Beweisregel die Geltung eines analytisch wahren Satzes anordne²¹.

¹⁸ Häufig als Tatbestandsurkunde bezeichnet.

¹⁹ Die Wissenserklärung - häufig der Tatbestandsurkunde als Zeugniskunde gegenübergestellt - steht hier als Name für alle die Erklärungen, die nicht Willenserklärungen sind. Es geht dabei nicht allein um Beschreibungen dessen, was ist (Wissenserklärungen im engeren Sinne), sondern auch um schriftlich fixierte Wünsche, Drohungen, Beleidigungen, Liebeserklärungen oder Bewertungen.

²⁰ Von *Seidel*, GMD-Dokumentation (a.a.O. Fußnote 12), S. 19 verkannt. Zwar enthalten auch die §§ 439, 440 ZPO Regeln. Es handelt sich aber nicht um Beweisregeln, die die freie Beweiswürdigung ausschließen.

²¹ AK-ZPO/Rüßmann (a.a.O. Fußnote 14), § 416 Rdnr. 1.

b) Die Bedeutung des § 416 ZPO für Willenserklärungen

Für Willenserklärungen gilt das soeben für Wissenserklärungen Ausgeführte ebenso, wenn Inhalt der Beweisregel nur sein sollte, daß die Urkunde von dem stammt, der sie nach der Behauptung des Beweisführers errichtet haben soll²². Es könnten aber auch zwei andere Bedeutungen in Betracht kommen. Die eine geht dahin, nicht nur die Äußerung der Erklärung, den willentlichen Skripturakt, sondern auch die Tatsache, daß die Erklärung willentlich in den Verkehr gebracht wurde, als von der Beweisregel umfaßt anzusehen²³, die andere dahin, den materiellrechtlichen Tatbestand der Abgabe der Willenserklärung als jeder Widerlegung entzogen bewiesen zu betrachten²⁴. Das sind beides Bedeutungen, die der Beweisregel des § 416 ZPO einen über die zu ihrem Eingreifen erst festzustellende Echtheit der Urkunde hinausweisenden Regelungsgehalt geben und damit die Beweisregel überhaupt als sinnvoll erweisen. Auf den ersten Blick scheinen diese Bedeutungen deckungsgleich. Dem ist indessen nicht so. Das allerdings erschließt sich erst durch einen Blick auf die materiellrechtlichen Konsequenzen der beiden Auffassungen. Im materiellen Recht mögen im einzelnen die Rechtsfolgen umstritten sein, welche an Erklärungen geknüpft werden, die ohne Willen des Erklärenden seine Sphäre verlassen haben. Diskutiert wird insbesondere, ob eine Willenserklärung gar nicht erst abgegeben wurde, aber gleichwohl unter bestimmten Voraussetzungen Vertrauensschaden analog § 122 BGB ersetzt werden muß²⁵, oder aber ob die Willenserklärung vom Erklärenden durch Anfechtung beseitigt werden muß bzw. im Sinne eines Wahlrechts auch aufrechterhalten werden kann²⁶.

(1) Beweiskraft für das Inverkehrbringen der Erklärung

Die Diskussion um Anfechtungsmöglichkeit und/oder Vertrauensschadensersatz kann unter der Annahme der ersten Bedeutung der Beweisregel des § 416 ZPO nicht sinnvoll geführt werden, weil sie es nicht zuließe, im Prozeß geltend zu machen, daß die Erklärung die Sphäre des Erklärenden ohne seinen Willen verlassen habe.

Dies mag man sich an zwei Beispielen vergegenwärtigen, in denen schriftliche Erklärungen ohne Willen des Verfassers auf den Weg gebracht und später im Original im Prozeß als Gegenstand des Urkundenbeweises vorgelegt werden. Hinsichtlich des im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts klassischen Schulfalls einer Vertragsannahme, die fertig ausgefüllt und unterschrieben über Nacht zwecks weiteren Bedenkens liegen bleiben soll und von der Sekretärin

²² So AK-ZPO/Rüßmann (a.a.O. Fußnote 14), § 416 Rdnr. 1.

²³ So ausdrücklich *Schreiber* in MünchKommZPO (a.a.O. Fußnote 14), § 416 Rdnr. 10. Wohl auch *Baumbach/LauterbachAlbers/Hartmann* (a.a.O. Fußnote 14), § 416 Rdnr. 5; *Thomas/Putzo* (a.a.O. Fußnote 14), § 416 Anm. 2 b); *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (a.a.O. Fußnote 14), § 121 (S. 701) jeweils mit der Annahme, von der Beweisregel sei auch umfaßt, daß die Urkunde abgesendet worden sei.

²⁴ Diese Deutung wird insbesondere von *Britz* (oben Fußnote 2) vorgeschlagen.

²⁵ So z.B. *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989, § 21 (S. 419); BGHZ 65, 13, 15.

²⁶ So z.B. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Berlin u.a. 1979, § 20 a.E. (S. 414 f.).

versehentlich zur Post gebracht wird, könnten die materiellrechtlichen Fragen der Abgabe, der Anfechtung und des Vertrauensschadens nicht mehr beachtlich sein. Denn § 416 ZPO ordnet im Wege einer Fiktion an, daß die Urkunde willentlich in den Verkehr gebracht worden sei. Die daran anknüpfende Subsumtion führte zwingend zu dem Ergebnis, daß eine Abgabe und kein Anfechtungsgrund wegen „abhandengekommener Willenserklärung“ vorliege. Keine der Parteien könnte sich mehr auf Rechtsfolgen berufen, die tatbestandlich voraussetzen, daß die Erklärung nicht willentlich in den Verkehr gebracht wurde, selbst wenn dies mit anderen Beweismitteln sicher bewiesen werden könnte. Das gleiche Ergebnis würde eintreten im zweiten Beispiel einer Wissenserklärung im (oben Fußnote 19 erläuterten) weiteren Sinne, wenn man diese nicht ohnehin aus dem Anwendungsbereich des § 416 ZPO aussondert. Auch der Schmähbrief, mit dem der Verfasser sich seine Wut vom Leib schreiben, nicht aber den Adressaten erreichen wollte, mag aufgrund derselben Eilfertigkeit sein ungeplantes Ziel erreicht haben. Zu den materiellrechtlichen Fragen, ob die Persönlichkeitsverletzung dem Schreiber kausal zugerechnet werden kann und ob er sie zu vertreten hat, käme das erkennende Gericht regelmäßig nicht, weil es ohne Wertungsmöglichkeit nach § 416 ZPO daran gebunden wäre, daß die Erklärung gerade doch mit Willen des Verfassers in den Verkehr gebracht wurde.

Eine tatsächliche Vermutung für die willentliche Absendung der Erklärung mag daher bestehen, wenn der Beweisführer die Urkunde in Händen hält. Der Beweis, daß die Erklärung nicht willentlich in Umlauf gebracht wurde, muß aber, gleich wie man die materiellen Rechtsfolgen einer derartigen Sachlage genau ausgestaltet, prozessual zulässig sein. Daraus folgt, daß von der Beweisregel des § 416 ZPO nicht umfaßt sein kann, daß der Aussteller die Erklärung im tatsächlichen Sinne in den Verkehr gebracht hat.

(2) Beweiskraft für die Abgabe der Erklärung

Wenn die Beweisregel des § 416 ZPO überhaupt einen sinnvollen Anwendungsbereich haben soll, bleibt als einzige Deutung der Beweis für den materiellrechtlichen Abgabetatbestand.

Mit der soeben abgelehnten Deutung der Beweisanordnung, daß unwiderleglich die Erklärung willentlich in den Verkehr gebracht wurde, ist die Regelung einer Abgabe im Sinne von § 130 BGB nicht identisch. Denn nach diesem Normverständnis wird dem Aussteller, dem im Prozeß die von ihm stammende Privaturkunde vorgehalten wird, nur der Einwand abgeschnitten, er habe die hierin verkörperte Willenserklärung nicht abgegeben. Soweit es aus anderen Gründen als denen der Abgabe der Willenserklärung auf die Tatfrage ankäme, ob die Erklärung „abhandengekommen“ sei, könnte dieser Einwand nicht an § 416 ZPO scheitern. Insbesondere bliebe diese Tatsache als Voraussetzung der Anfechtbarkeit der als abgegeben geltenden Willenserklärung beweisbar.

Von vornherein nicht in diesen Zusammenhang gehört auch die mißbräuchliche Ausfüllung eines Unterschriftenblanketts. Dieses hat wegen der Echtheit der Unterschrift zwar nach § 440 Abs. 2 ZPO die Vermutung der Echtheit auch der Urkunde selbst. Doch kann hier der Aussteller den Gegenteilsbeweis gegen die Echtheitsvermutung nach § 292 ZPO führen und damit die Anwendbarkeit des § 416 ZPO ausschalten. Für diese Fälle gibt es demnach unzweifelhaft keine prozessuale Beweisregel, welche die materiellrechtlich zu beurteilende Frage der

Abgabe der Willenserklärung beeinflussen könnte²⁷. Auch darf die materiellrechtliche Abgabe, so sie von der Beweisregel umfaßt sein sollte, nicht verwechselt werden mit der bei speziellen Urkundsarten regelmäßig gebotenen Begebung (Grundfall in § 783 BGB)²⁸. Denn hierzu fehlt es, auch wenn die Abgabe der verkörperten Urkunde nach § 416 ZPO bewiesen sein sollte, an weiteren materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen (wie Übergabe der Urkunde, Zugang der Erklärung oder Begebungsvertrag), die weiterem Beweis zugänglich sind.

Allerdings verändert ein Verständnis, wonach § 416 ZPO die materiellrechtliche Abgabe fingiert, die methodische Struktur der Beweisregel. Denn bewiesen wird nicht mehr eine Tatsache - „der Aussteller hat diese Erklärung geäußert (und in den Verkehr gebracht)“ -, auf die aufgrund einer anderen Tatsachenbasis - „echte unterschriebene Urkunde“ - kraft formeller Regel und ohne Wertungsmöglichkeit geschlossen wird. Vielmehr handelt es sich nunmehr um den unwiderleglichen Schluß von der Tatsachenbasis auf die festgestellte Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals („Abgabe einer Willenserklärung“). Die Beweisregel entzieht demnach nicht (nur) die richterliche Befugnis zur freien Beweiswürdigung, sondern ersetzt auch die Subsumtion. Diese Normstruktur ist aber bei Vermutungen und Beweisregeln keineswegs ungewöhnlich. Auch § 417 ZPO umfaßt mit dem vollen Beweis des Inhalts amtlicher Entscheidungen nicht nur den Schluß auf eine Tatsache - „eine Entscheidung ist niedergeschrieben worden“ -, sondern füllt damit einen rechtlichen Tatbestand aus - „die Entscheidung ist ergangen“. Im übrigen bleibt die so verstandene Regel trotz ihrer methodischen Erweiterung im Umfang hinter dem reinen Tatsachenschluß zurück. Denn die den Tatbestand ausfüllenden Tatsachen werden ja gerade nicht fingiert und stehen daher für andere Subsumtionsvorgänge zur Disposition. Dagegen bezieht die andere Ansicht²⁹ zwar den Tatbestand der Abgabe nicht (ausdrücklich) in die Beweisregel ein; eine Beschränkung auf die Beweistatsache - „willentlich in den Verkehr gebracht“ - führte aber konsequenterweise und wie soeben exemplifiziert dazu, daß bei der an sich noch freien Subsumtion nicht nur bei der tatbestandlichen Abgabe der Willenserklärung³⁰ keine andere Entscheidung mehr möglich wäre, sondern auch beim daran anschließenden § 119 Abs. 1 BGB die Voraussetzungen einer Anfechtung zwingend abzulehnen wären.

c) Zwischenergebnis für das Beweisrecht der Privaturkunde

Fassen wir die beweisrechtliche Situation für Privaturkunden zusammen, so ergibt sich:

- der Echtheitsbeweis (§§ 439, 440 ZPO) unterliegt der freien Beweiswürdigung, es besteht lediglich eine widerlegliche Vermutung für die Echtheit der Urkunde, wenn die Unterschrift unstreitig oder nachweislich echt ist;

²⁷ Zum Unterschriftenblankett siehe *Geimer in: Zöller* (a.a.O. Fußnote 14), § 416 Rdnr. 1a m.w.N.

²⁸ Zur Begebung siehe *Geimer in: Zöller* (a.a.O. Fußnote 14), § 416 Rn 4.

²⁹ A.a.O. Fußnote 23.

³⁰ So für die Tatbestandsurkunden auch ausdrücklich *MünchKommZPO-Schreiber* (a.a.O. Fußnote 14), § 416 Rdnr. 7.

- für die echte Urkunde gilt die Beweisregel des § 416 ZPO, wenn die Urkunde unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet ist; für eine echte, aber nicht in dieser Weise gezeichnete Urkunde gilt keine Beweisregel, sondern der Grundsatz der freien Beweiswürdigung;
- enthält die echte und im Sinne des § 416 ZPO gezeichnete Urkunde keine Willenserklärung, so geht die Beweisregel ins Leere, weil die „Abgabe“ der Erklärung schon zur Feststellung der Echtheit zur Überzeugung des Gerichts bewiesen sein muß; der Wahrheitsgehalt der Wissensklärung unterliegt immer der freien Beweiswürdigung;
- enthält die echte und im Sinne des § 416 ZPO gezeichnete Urkunde eine Willenserklärung, so steht aufgrund der Beweisregel des § 416 ZPO der materiellrechtliche Tatbestand der Abgabe der Willenserklärung unwiderleglich fest. Daß die Urkunde ohne Willen des Ausstellers in den Verkehr gebracht worden ist, kann zur Begründung von Rechtsfolgen außerhalb des Abgabetatbestands immer noch bewiesen werden.

d) Der Ertrag für elektronische Dokumente

Was läßt sich aus diesen Regeln für elektronische Dokumentationen gewinnen, wenn wir sie *de lege lata* oder *de lege ferenda* den Urkunden gleichsetzen? Wenig!

- der Echtheitsbeweis des elektronischen Dokuments unterliegt der freien Beweiswürdigung; allenfalls bei einem elektronisch signierten Dokument könnte entsprechend § 440 Abs. 2 ZPO eine Vermutung auch für die Echtheit des Dokumentes gelten, wenn die elektronische Unterschrift nachweislich echt ist. Unter dieser Voraussetzung wird ein verständiger Richter aber auch ohne die gesetzliche Vermutung kaum zu einem anderen Ergebnis kommen können, als vom Beweisgegner den Nachweis des Mißbrauchs der echten Unterschrift zu verlangen;
- wollte man in der elektronischen Unterschrift ein Analogon zur Zeichnungsvoraussetzung des § 416 ZPO sehen, so käme die Beweisregel des § 416 ZPO nur für elektronisch dokumentierte Willenserklärungen zum Zuge. Sie entzöge den materiellrechtlichen Abgabetatbestand dem prozeßrechtlichen Zweifel, ließe es aber durchaus offen, das Inverkehrbringen des elektronischen Dokuments für Rechtsfolgen jenseits des Abgabetatbestandes zu bestreiten und zur Überzeugung des Gerichts zu widerlegen;
- für Wissensklärungen ist die „Abgabe“ schon mit dem Echtheitsbeweis, d.h. vor Eingreifen der Beweisregel geführt;
- der Inhalt der Wissensklärung unterliegt ohnehin der freien Beweiswürdigung.

Stellt man diesen Regeln der „urkundsähnlichen Behandlung“ elektronischer Dokumente die Regeln gegenüber, die sich bei einer Behandlung elektronischer Dokumente als Gegenstände des Augenscheinsbeweises ergeben, so sind die Unterschiede minimal und für alle praktischen Zwecke vernachlässigbar. Das elektronische Dokument unterliegt insgesamt der freien Beweiswürdigung, nicht nur die Fragen, ob das Dokument von dem durch den Beweisführer angegebenen Aussteller stammt, und ob denn das richtig ist, was im Inhalt des Dokuments dokumentiert wird, sondern auch die Frage, ob, wenn es denn einmal zu einer elektronischen Unterschrift kommt, die Voraussetzungen für den

materiellrechtlichen Abgabetatbestand erfüllt sind. Das Hauptaugenmerk der Praxis wird dem Echtheits- und dem Inhaltsproblem einer elektronischen Dokumentation gewidmet sein. Sind die mit ihm zusammenhängenden Fragen zur Überzeugung des Gerichts gelöst, so fällt, wenn eine Willenserklärung dokumentiert wird, der materiellrechtliche Abgabetatbestand regelmäßig als Nebenprodukt dieser Lösung ab, ohne daß es dafür einer eigenständigen Beweisregel bedürfte.

Die Befürchtung, ein unzureichendes Beweisrecht könne sich als Investitionshindernis riesigen Ausmaßes erweisen³¹, findet nach alledem im geltenden Beweisrecht keine Stütze. Auch im materiellen Recht der Rechtsgeschäftslehre verfügt die Rechtsdogmatik über hinreichende Möglichkeiten, dem elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr einen sicheren Boden zu bereiten³². Ob Formvorschriften - sie stehen in der Tat einem Vertragsschluß mittels EDV und Telekommunikation im Wege - den Siegeszug des elektronischen Geschäftsverkehrs hindern, müßte erst noch belegt werden. Für Grundstückskaufverträge und Bürgschaftserklärungen via Btx und EDI sehe ich keinen Bedarf. Ihr Ausschluß aus den telekommunikativ abzuschließenden Rechtsgeschäften kann doch kaum für die Zurückhaltung von Investitionen in Milliardenhöhe verantwortlich sein. Vor Psychosen kann allerdings auch die Rechtsdogmatik Unternehmen nicht bewahren, die schlecht beraten vor Investitionsentscheidungen zurückschrecken.

Die einzige Frage, die sich ernsthaft stellt, ist die, wie das Gericht das Echtheits- und Inhaltsproblem bei elektronischen Dokumenten im Rahmen der freien Beweiswürdigung lösen kann.

2. Der Beweiswert von elektronischen Dokumenten

Die Antwort auf die Frage hängt von den Gefahren ab, die die Verlässlichkeit der elektronischen Dokumentation bedrohen. Letztendlich ist das Gericht daran interessiert, daß das, was dokumentiert ist, auch der Wahrheit entspricht. Teilaspekte dieses Interesses sind die Authentizität und die Integrität der Dokumentation.

a) Die elektronische Lüge

Die Gefahren für die Verlässlichkeit der Dokumentation können von dem ausgehen, der die Dokumentation erstellt. Erstellt er die Dokumentation von vornherein so, daß sie nicht das dokumentiert, was tatsächlich geschehen ist, so enthält die Dokumentation eine Lüge oder auch eine irrtümliche Abweichung von der Wahrheit. Dagegen ist bei elektronischen Dokumentationen so wenig ein Kraut gewachsen wie gegen die schriftliche Lüge oder den Irrtum in an die Schriftform gebundenen Dokumentationen. Ob der Behandlungsverlauf bei einem Arzt schriftlich oder elektronisch dokumentiert wird, spielt für die Ursprungsverfälschung keine Rolle. Die Bewertung kann sich ändern, wenn eine ursprüngliche Fassung der Dokumentation nachträglich korrigiert wird. Während man das der schriftlichen Dokumentation unter Umständen ansehen oder durch

³¹ Siehe oben Fußnote 15.

³² Vgl. dazu die umfassende und vorbildliche Ausarbeitung von *Matthias Kuhn*, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Zurechenbarkeit und Haftung, München 1991.

besondere Analyseverfahren feststellen kann, sind nachträgliche Änderungen einer elektronischen Dokumentation prinzipiell spurlos und der Dokumentation als solcher nicht anzusehen. Hier können Urkunden - im Rahmen der freien Beweiswürdigung - mehr Sicherheit gewähren als elektronische Dokumente einschließlich ihrer Ausdrucke. Das sei an einem einfachen Beispiel erläutert.

Wenn ich meinem PC einen Bericht anvertraue und dieser Bericht in einem Beweisverfahren eine Rolle spielen sollte, kann der Bericht zum Zwecke der Vorlage an das Gericht manipuliert werden, ohne daß das Gericht oder ein gerichtlicher Sachverständiger diese Manipulation nachweisen könnte. Für den Ausdruck versteht sich das von selbst, weil man dem Ausdruck nicht ansehen kann, wann der Bericht verfaßt worden ist und ob in ihn nachträglich Änderungen eingefügt worden sind. Man kann das aber nicht nur dem Ausdruck nicht ansehen, man kann es auch durch eine Untersuchung der Datei auf der Platte, dem elektronischen Speichermedium, nicht feststellen. Obwohl das Betriebssystem des Computers den Zeitpunkt der Speicherung nach Datum und Zeit sekundengenau registriert und die Datei mit einem entsprechenden Zeitstempel versieht, ist diese Information nicht verlässlich für den wirklichen Zeitpunkt der Speicherung, weil ein kleiner Handgriff genügt, um die Systemzeit des Rechners umzustellen und einen Zeitstempel für die Speicherung zu erhalten, der mit dem tatsächlichen Zeitpunkt der Speicherung nichts gemein hat. Niemand kann dem elektronischen Speichermedium diese Manipulation ansehen. Das nur in dieser Form ohne weitere Vorkehrungen Gespeicherte erweist sich im Streitfalle als wertlos. Die Situation ändert sich, wenn das Gespeicherte einem nicht änderbaren Datenträger anvertraut oder der änderbare Datenträger einem vertrauenswürdigen Dritten zur Verwahrung übergeben und auf diese Weise sichergestellt wird, daß die unter Umständen an Änderungen interessierte Partei keine Möglichkeit zu Änderungen hatte. Sie ändert sich auch, wenn System-, Programm- und Dateizugriffe lückenlos dokumentiert werden und sich dieser Zusatzdokumentation entnehmen läßt, wann wer mit welchem Programm auf eine Datei zugegriffen hat³³. Die uns aus dem PC-Bereich vertrauten Betriebssysteme und Programme bieten solche Funktionen nicht standardmäßig an.

b) Unberechtigte Dateizugriffe Dritter

Die Gefahren können aber auch von Dritten ausgehen, die an sich mit der Erstellung der Dokumentation nichts zu tun haben. Die Dritten können am dokumentierenden Rechner selbst oder bei vernetzten Rechnern über das Netz in das Rechnersystem eindringen und die Dokumentation verändern. Sie können sich aber auch in eine Leitung hängen, das auf dem Transport befindliche Dokument abfangen, es ändern und in der geänderten Fassung wieder auf den Transportweg bringen. Das elektronische Dokument ist um so vertrauenswürdiger, je stärker die Vorkehrungen sind, um solche Verfälschungen oder Unterschiebungen von dritter Seite zu verhindern: paßwortgeschützter Rechnerzugang bei Einzelrechnern und in Rechnernetzen, Verteilung der Plattenzugriffs- sowie der Programm- und Dateinutzungsrechte nach Sachzuständigkeit und Zugriffsnotwendigkeit, Schutz einzelner Dateien durch Verschlüsselung mit Hilfe kryptografischer Methoden, Geheimhaltung der zur Verschlüsselung verwendeten Kennwörter, Schutz der

³³ Vgl. zu Protokolldateien allgemein *Runge*, Protokolldateien zwischen Sicherheit und Rechtmäßigkeit, CR 1994, 710.

Dateien durch elektronische Signaturen, Protokollierung aller Rechner-, Programm- und Dateizugriffe.

c) Elektronische Signaturen

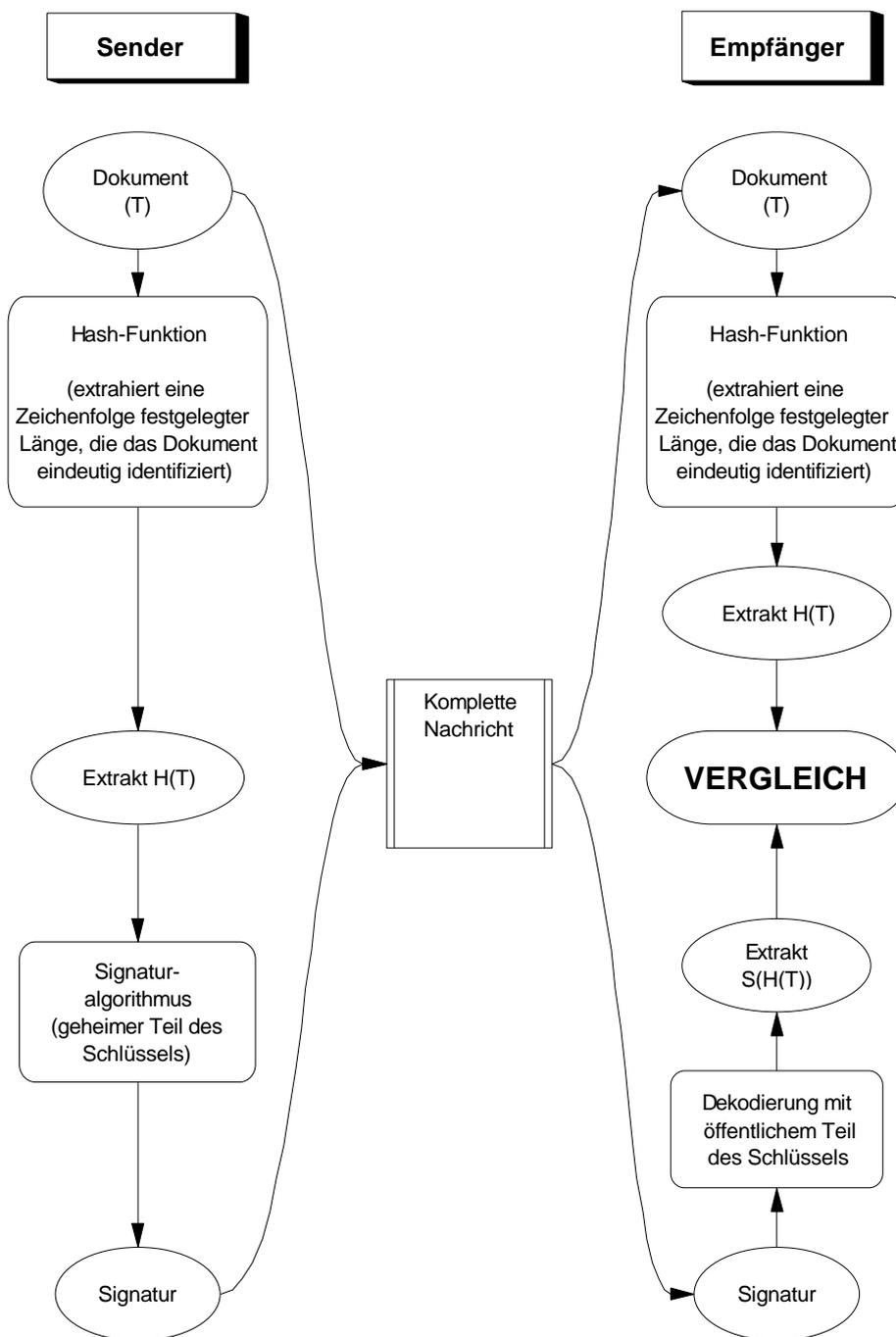
In Sonderheit die elektronischen Signaturen haben in jüngerer Zeit die Aufmerksamkeit der Juristen gefunden. Ihnen widmeten sich eine Studie der Gesellschaft für Mathematik und Datenverarbeitung (GMD) „Bestandsaufnahme über die elektronischen Signaturverfahren“³⁴, ein von der Bundesnotarkammer in Zusammenarbeit mit TeleTrusT Deutschland e.V. veranstaltetes Forum „Elektronischer Rechtsverkehr“³⁵ sowie mehrere Arbeitskreise des jährlich in Saarbrücken an der Universität des Saarlandes veranstalteten Deutschen EDV-Gerichtstages³⁶. Damit hat es folgendes auf sich: Die elektronische Signatur soll sicherstellen, daß eine Datei nicht unbemerkt von dritter Seite verändert wird. Dem dienen schon immer die Vergabe von Zugriffsrechten für eine einzelne Datei wie die Verschlüsselung der Datei mit Hilfe kryptografischer Verfahren. Laden, lesen und verändern kann ein solches Dokument nur, wer über den Schlüssel, das Kennwort, verfügt, mit dessen Hilfe das elektronische Dokument verschlüsselt worden ist. Will man einem anderen als sich selbst auch nur eine Leseberechtigung erteilen, so muß man ihm das Schlüsselwort offenbaren. Das wird jedenfalls dann unpraktisch, wenn man mit vielen verschiedenen Teilnehmern im elektronischen Verkehr kommunizieren will. Dann müßte man, weil man ja nicht jedem Zugriff auf alle Dokumente erlauben will, mit jedem einzelnen ein eigenes Schlüsselwort vereinbaren, mit dem man als Ersteller die Dokumente verschlüsselt und als Leser die Dokumente entschlüsselt. Ein weiteres kommt hinzu: Der Leser, der ein Dokument entschlüsseln kann, kann dieses Dokument auch verändern. Und diese Manipulationsmöglichkeiten könnten dem Rechts- und Geschäftsverkehr abträglich sein. Hier nun kommt die elektronische Signatur ins Spiel. Sie soll die Verschlüsselung des elektronischen Dokuments ermöglichen, seine Veränderung ausschließen und zudem für eine Vielzahl von Kommunikationspartnern geeignet sein, von denen die Adressaten das Dokument lesen können, ohne das Schlüsselwort zu kennen, mit dem das Dokument verschlüsselt worden ist. Technisch funktioniert das mit einem Paar von Schlüsseln, von dem jeder der Kommunikationspartner genau eines hat. Dieses Paar besteht aus einem geheimen Schlüssel, der zum Signieren verwendet wird und ausschließlich bei der signierenden Person verbleibt, und aus einem öffentlichen Schlüssel, der zur Prüfung der Signatur verwendet wird und jedem zur Verfügung gestellt werden kann. Ist ein Dokument mit der elektronischen Signatur versehen, kann es von niemandem mehr unentdeckt verändert werden. Ein unverändertes Dokument muß mithin von dem stammen, der das Dokument mit dem geheimen Schlüssel signiert hat.

³⁴ Mit den Teilstudien *Seidel*, Signaturverfahren und elektronische Dokumente. Rechtliche Bewertung und Regelungsvorschläge (siehe schon oben Fußnote 12); *Herda*, Technische und organisatorische Aspekte der digitalen Unterschrift; *Struif*, Die Smartcard. Signaturanwendungsfelder aus funktioneller Sicht und Signatur-Dienstleistungsinstanzen - alle dokumentiert in einer GMD-eigenen Veröffentlichung, St. Augustin 1992.

³⁵ In Buchform dokumentiert, a.a.O. Fußnote 12.

³⁶ Teilweise dokumentiert in *Bergmann/Streitz* (a.a.O. Fußnote 12) CR 1994, 77 ff.

Im Ablaufmodell gewinnt das Ganze folgende Gestalt:



Ablaufmodell der Versendung einer Nachricht mit elektronischer Signatur

Die elektronische Signatur verlangt für den praktischen Einsatz die Einrichtung einer Infrastruktur, die die eindeutige Vergabe der Schlüsselpaare organisiert, jeder Person einen eindeutigen öffentlichen Schlüssel zuordnet und den öffentlichen Schlüssel verfügbar macht. Man denkt an die Einrichtung eines oder mehrerer Trustcenter, das die Schlüsselpaare erzeugt und vergibt, den öffentlichen Schlüssel zertifiziert und verfügbar macht und für die aus sicherheitstechnischen Gründen favorisierte Hardwarelösung beim geheimen Schlüssel Chipkarten mit dem geheimen Schlüssel erzeugt, die nicht ausgelesen werden können und deren Verwendung allein durch den berechtigten Schlüsselinhaber man durch Bindung an

eine PIN, die deutlich länger als vier Stellen sein darf, oder durch biometrische Verfahren sichern kann.

Ein solches allgemein etabliertes Trustcenter gibt es in Deutschland bisher noch nicht. Allerdings bietet die Telekom mit Telesec einen Dienst an, der große Teile des beschriebenen Aufgabenspektrums zu erfüllen verspricht. Ich zitiere aus der telekom-eigenen Leistungsbeschreibung³⁷:

Eine der Voraussetzungen für die Kommunikationssicherheit mit Telesec ist das asymmetrische Verfahren auf Basis des RSA-Algorithmus³⁸. Mit diesem Verfahren kann sowohl eine personenbezogene Verschlüsselung vorgenommen als auch eine digitale Signatur erzeugt werden. Die Kommunikationspartner erhalten dabei zunächst jeweils ein individuelles Schlüsselpaar, bestehend aus einem öffentlichen und einem dazu komplementären geheimen Schlüssel.

Die öffentlichen Schlüssel sind beiden Partnern bekannt und darüber hinaus im Prinzip auch jedem weiteren potentiellen Kommunikationspartner zugänglich. Die geheimen Schlüssel dagegen verbleiben beim einzelnen Kommunikationspartner, sicher aufbewahrt in seiner persönlichen Chipkarte.

Die Verschlüsselung einer Botschaft

Um dem Kommunikationspartner B nun eine verschlüsselte Botschaft zukommen zu lassen, muß Partner A dessen öffentlichen Schlüssel benutzen. Mit diesem öffentlichen Schlüssel von B wird nun eine Klartextbotschaft in eine nicht interpretierbare scheinbare Zufallsfolge von Zeichen verwandelt (kryptographisches Verfahren).

Der Empfänger B kann nun mittels seines geheimen Schlüssels die Botschaft wieder entschlüsseln. Daß irgendein anderer die Botschaft mit seinem geheimen Schlüssel entziffert, ist dabei ausgeschlossen.

Denn um die mit dem öffentlichen Schlüssel von B codierte Nachricht zu dechiffrieren, ist nur der zum öffentlichen Schlüssel von B komplementäre geheime Schlüssel von B in der Lage.

Die elektronische Unterschrift

Zur elektronischen Signatur, das heißt zur Sicherung der Authentizität einer Nachricht, wird folgender Prozeß benutzt: Kommunikationspartner A erstellt einen Klartext, der dann zunächst einem Komprimierungsvorgang zugeleitet wird, einer sogenannten Hash-Funktion. Diese hat die Eigenschaft, daß sie einen beliebig langen Text zu einem Block von 512 bit reduziert. Ein Vorgang, der aus Effektivitätsgründen erfolgt und die Menge der zu übermittelnden Daten begrenzt³⁹.

³⁷ Hochglanzprospekt S. 4 bis 6. Die Fußnoten stammen nicht von der Telekom, sondern enthalten Erläuterungen und Anmerkungen von mir. Als Anschauungshilfe mag die Abbildung auf S. 16 dienen.

³⁸ Es handelt sich um eines der sogenannten „offenen Systeme“ zur Verschlüsselung von Daten, welche sich dadurch auszeichnen, daß sie mit gemeinhin bekannten Verschlüsselungsmodi arbeiten. Die Sicherheit der Verschlüsselung beruht auf dem Umstand, daß die Ermittlung des „Schlüssels“ - benutzt werden Primzahlen extremer Größe - auch unter Verwendung modernster Computertechnologie nur in einem Zeitraum erfolgen könnte, der schon den Versuch sinnlos erscheinen läßt. Eingeführt wurde der RSA-Algorithmus von *R.L. Rivest*, *A. Shamir* und *L. Aلمان* in ihrem Aufsatz: A method for obtaining digital signatures and public-key cryptosystems, *Comm. ACM*, vol. 21 (1978), S. 120-126.

³⁹ Hier bedarf die Aussage der Telekom wohlwollender Interpretation. Natürlich ist es technisch ausgeschlossen, ein Dokument beliebiger Größe auf einen Umfang von 512 bit

Das fertige Komprimat wird nun mit Hilfe des geheimen Schlüssel von A verschlüsselt und ist somit für jeden beliebigen Empfänger B zweifelsfrei dem Partner A als Absender zuzuordnen. Hierzu wird die Signatur, die dem Klartext beigefügt wurde, vom Empfänger B mit dem bekannten öffentlichen Schlüssel von A wieder entschlüsselt. So erhält B das von A gefertigte und signierte Hash-Komprimat.

Wendet nun B den gleichen Hash-Algorithmus auf den empfangenen Klartext von A an, kann er dieses Hash-Komprimat mit dem von Partner A übermittelten Komprimat vergleichen. Sind beide Komprimata identisch, so ist die Echtheit der Unterschrift und damit die Authentizität der Nachricht gewährleistet.

Wie hat der Benutzer die Gewähr, daß die ihm ausgehändigte Sicherheitstechnik, wie z.B. die Chipkarte, vertrauenswürdig ist und dem Stand der Technik entspricht?

Die Telekom läßt sowohl ihr Trust-Center für die Ausgabe der Chipkarten wie auch alle von ihr angebotenen Sicherheitsendgeräte von allseits anerkannten und unabhängigen Stellen überprüfen. Diese Überprüfungen oder Validierungen werden dabei natürlich nach den anerkannten Kriterien der Computersicherheit (COMPUSEC) und der Kommunikationssicherheit (COMSEC) durchgeführt. Die hierzu notwendigen Grundsatzregeln hat das BSI, das Bundesamt für Sicherheit und Informationstechnik, bereits in ihrem IT-Kriterien-Katalog festgelegt. Eben diese Kriterien sind in umfangreichen Prüfspezifikationen auf die konkreten Techniken bei Endgeräten und beim Trust-Center angepaßt worden.

Auf diesem Wege erreicht Telesec alle von Telekom anvisierten Voraussetzungen einer vertrauenswürdigen Sicherheitsdienstleistung: die Transparenz der eingesetzten Sicherheitstechniken ebenso wie die Öffentlichkeit des Kryptoverfahrens und die Standardisierung der Schnittstellen zwischen Sicherheits- und Anwendungskomponenten. Die Autarkie der Ende-zu-Ende-Kommunikation genauso wie die Konzentration der zentralen Sicherheitseinrichtungen für das Schlüsselmanagement in einem Trust-Center und die Prüfung aller Sicherheitskomponenten durch den RWTÜV als neutrale technische Instanz.

IV. Ergebnis zum Beweisrecht elektronischer Dokumente (Deutschland)

Die beweisrechtlichen Überlegungen zur Behandlung elektronischer Dokumente lassen sich nach diesem kursorischen Überblick über die Möglichkeiten zur Sicherung von Authentizität und Integrität von elektronischen Dokumenten wie folgt zusammenfassen:

- Das deutsche Zivilprozeßrecht kennt keine rechtlichen Schranken für die Beweisführung mit Hilfe elektronischer Dokumente. Elektronische Dokumente sind zulässige Beweismittel. Sie unterfallen dem Augenscheins- und dem Sachverständigenbeweis. Der Augenscheinsbeweis ist angesprochen, soweit das Gericht den visualisierten Inhalt der elektronischen Datei selbst zur Kenntnis nimmt. Um einen Sachverständigenbeweis handelt es sich, wenn die Visualisierung oder auch die Prüfung der zur Sicherung der Authentizität und

zu komprimieren. Gemeint ist vielmehr die Erstellung eines Datenextraktes aus dem zu verschickenden Dokument. Die im Wege des Hash-Algorithmus extrahierten Daten identifizieren das Dokument derart, daß jede Veränderung im Dokument sich auch in einer Veränderung des Hash-Extrakts niederschlägt. Das Hash-Extrakt dient nun als Grundlage des Signiervorgangs. Dem Empfänger wird sowohl das Dokument als auch die in diesem Wege erstellte elektronische Unterschrift zugeleitet.

Integrität eingesetzten Verfahren besondere Kenntnisse und Fertigkeiten voraussetzen.

- Für eine Gleichstellung der elektronischen Dokumente mit den Schriftdokumenten (Urkunden) gibt es unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten keinen Bedarf. Abgesehen davon, daß gesetzliche Beweisregeln ein anachronistisches Restbollwerk gegen den Siegeszug der freien Beweiswürdigung sind, hat die Rekonstruktion der Beweisregeln für private Dokumente ergeben, daß die in aller Regel entscheidenden Fragen nach der Echtheit, Unverfälschtheit und Vertrauenswürdigkeit eines Dokuments schon jetzt der freien Beweiswürdigung unterliegen und von keiner Beweisregel erfaßt werden.

V. Rechtsvergleichende Betrachtungen

Bereits die Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung e.V. (AWV) hat sich um einige rechtsvergleichende Betrachtungen bemüht⁴⁰. Die sollen hier vertieft und ergänzt werden⁴¹. Dabei werden insbesondere die Normtexte, die nicht jedem Leser ohne weiteres verfügbar sein dürften, wörtlich wiedergegeben, soweit sie für den Gegenstand dieser Bearbeitung von unmittelbarem Interesse sind.

Die rechtsvergleichenden Betrachtungen stehen vor der Schwierigkeit, daß in den unterschiedlichen Rechtsordnungen ganz verschiedene Fragen zur Diskussion stehen, wenn es um elektronische Dokumentationen und den elektronischen Rechtsverkehr geht⁴². Will man versuchen, die Fragen zu systematisieren, so könnte das in folgender Weise geschehen. Zunächst sind zwei Bereiche zu unterscheiden. In dem einen geht es solche Erklärungen, die in der deutschen Diskussion um den Urkundenbeweis als Tatbestandserklärungen bezeichnet werden. In dem anderen Bereich sind die Wissens- oder Zeugnisserklärungen angesprochen.

Für den Bereich der Tatbestandserklärungen können wir drei Fragenkomplexe unterscheiden:

- Wird für die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften die Einhaltung einer Formvorschrift verlangt?
Welche Beweise sind für die Einhaltung der Formvorschrift zugelassen?
- Wird für die Durchsetzung von rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen die Einhaltung einer Formvorschrift verlangt?
Welche Beweise sind für die Einhaltung der Formvorschrift zugelassen?

⁴⁰ AWV-Schrift 06 531 (a.a.O. Fußnote 13), S. 15 ff. Nahezu wortgleich mit der AWV-Schrift *Geis* (a.a.O. Fußnote 12).

⁴¹ Einen informativen Überblick über ausländische Beweisrechte, wenn auch ohne Berücksichtigung elektronischer Dokumente, bietet *Nagel*, Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Münster 1991, Kapitel VII. Eine umfassende Würdigung der kollisionsrechtlichen Fragen des Beweisrechts mit Hinweisen zum Inhalt verschiedener ausländischer Beweisrechte findet sich bei *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht, Ebelsbach 1984.

⁴² Darauf nimmt die AWV-Schrift (a.a.O. Fußnote 13) zu wenig Bedacht.

- Wird für den Nachweis einer vertraglichen Verpflichtung ein bestimmtes Beweismittel vorgeschrieben?
Welche Ausnahmen gibt es für den Beweis mit dem bestimmten Beweismittel?

Für den Bereich der Wissens- oder Zeugnisserklärungen bleibt ein Fragenkomplex:

- Gibt es Beweismittelbeschränkungen oder Beweisregeln für den Nachweis mit Hilfe elektronischer Dokumente?

Das Recht der Bundesrepublik Deutschland enthält mit Blick auf das Beweisrecht für elektronische Dokumente die liberalste aller nur erdenklichen Regelungen. Selbst wo materiellrechtlich die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der Einhaltung der Schriftform abhängt, kann die Einhaltung der Schriftform mit allen nur erdenklichen Beweismitteln bewiesen werden. Über die Tauglichkeit der Mittel wird im Rahmen der freien Beweiswürdigung und nicht bei der Zulassung als Beweismittel befunden. Vergleichbar liberale Gestaltungen finden wir in der Schweiz und in Österreich. Andere Rechte sind durch mehr oder weniger große Beschränkungen bei der Zulassung der Beweismittel gekennzeichnet.

Zum ersten Bereich der Tatbestandserklärungen verlangt das common law unter dem Aspekt der best evidence rule den Nachweis mit dem Original. Das gilt sowohl dort, wo die materiellrechtliche Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der Einhaltung der Form abhängt, als auch dort, wo durch das statute of frauds für die gerichtliche Durchsetzung von rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen die Einhaltung einer Formvorschrift verlangt wird. Das französische Recht und ihm nachgebildete Rechte schreiben ab einem bestimmten Streitwert den Beweis vertraglicher Verpflichtungen mit schriftlichen Urkunden vor. In dem einem wie dem anderen Bereich stellt sich die Frage, welche Ausnahmen von den jeweiligen Geboten gemacht werden und wie sich in diesem Rahmen elektronische Dokumente ausmachen.

Zum zweiten Bereich der Wissens- und Zeugnisserklärungen stellt sich nur im anglo-amerikanischen Rechtskreis die Zulassungsfrage für elektronische Dokumente unter dem Gesichtspunkt des hearsay Verbots und der best evidence rule.

Damit ist schon vor der Analyse der ausländischen Rechte die Einschätzung gerechtfertigt, daß für die beweisrechtliche Behandlung elektronischer Dokumente das von Zulassungsbeschränkungen und Beweisregeln freie Recht der Bundesrepublik Deutschland Vorbildcharakter hat.

1. Schweiz

Für das schweizerische Recht gilt es zunächst festzuhalten, daß das Prozeßrecht in die Gesetzgebungskompetenz der Kantone fällt, so daß im ersten Zugriff eine allgemein gültige rechtsvergleichende Betrachtung schwierig erscheint. Hinsichtlich des Urkundenbegriffs fällt auf, daß in einzelnen Kantonen nicht nur Sachen umfaßt sind, die der Aufzeichnung eines Gedankens dienen (Schriftstücke, Pläne von Projekten und dergleichen), sondern auch solche, welche die Dinge der Außenwelt

wiedergeben (Photographien, Schallaufnahmen und dergleichen)⁴³. Wie im Handelsrecht der Bundesrepublik Deutschland⁴⁴ schuf auch der Schweizer Bundesgesetzgeber in Artikel 962 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) eine gesetzliche Regelung, wonach einige handels- und steuerrechtliche Unterlagen auch als Aufzeichnungen auf Bild- oder Datenträgern aufbewahrt werden dürfen. Unter Datenträgern versteht man beispielsweise Lochkarten, Magnetbänder, CD-ROM, Disketten oder andere Speicher, auf welchen der Inhalt nicht bildlich gespeichert ist, sondern schematisch⁴⁵. Ausdrücke oder sonstige lesbare Reproduktionen müssen unter bestimmten Voraussetzungen zur Verfügung gestellt werden. Über den Regelungsgehalt der deutschen § 257 Abs. 3 HGB und § 147 Abs. 2 und 5 AO hinaus wurde aber auch die prozeßrechtliche Bedeutung derartiger Dokumente als Beweismittel bestimmt. Eine besondere Regelung für die Vorlage derartiger Dokumente als Beweismittel findet sich in Art. 963 Abs. 2 OR.

Die Vorschriften lauten wörtlich:

Art. 962 OR:

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

(2) Betriebsrechnung und Bilanz sind im Original aufzubewahren; die übrigen Geschäftsbücher können als Aufzeichnungen auf Bildträgern, Geschäftskorrespondenz und Buchungsbelege als Aufzeichnungen auf Bild- oder Datenträgern aufbewahrt werden, wenn die Aufzeichnungen mit den Unterlagen übereinstimmen und jederzeit lesbar gemacht werden können. Der Bundesrat kann die Voraussetzungen näher umschreiben.

(3) (Fristbeginn)

(4) Aufzeichnungen auf Bild- oder Tonträgern haben die gleiche Beweiskraft wie die Unterlagen selbst.

Art. 963 OR:

(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 der Richter diese Unterlagen für den Nachweis als notwendig erachtet.

(2) Aufzeichnungen auf Bild- und Datenträgern sind so vorzulegen, daß sie ohne Hilfsmittel lesbar sind⁴⁶.

Der Bundesrat hat aufgrund der Ermächtigung in Art. 962 Abs. 2 S. 2 OR die Verordnung vom 2. Juni 1976 über die Aufzeichnung von aufzubewahrenden Unterlagen (SR 221.431) erlassen, deren Inhalt von *Neuhaus*⁴⁷ wie folgt

⁴³ *Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, § 38 (S. 332); *Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Bern 1992, 10. Kap., Rdnr. 107; *Kummer*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Bern 1978, S. 130.

⁴⁴ Siehe Fußnote 6.

⁴⁵ *Neuhaus* in: *Honsell/Vogt/Watter* (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel und Frankfurt am Main 1994, Art. 962 Rdnr. 14.

⁴⁶ Zitiert nach *Schönenberger/Gauch*, Schweizerisches Obligationenrecht, 40. Aufl., Zürich 1994.

⁴⁷ *Neuhaus* (a.a.O. Fußnote 45), Art. 962 Rdnr. 18.

zusammengefaßt wird: „Danach sind Arbeitsanweisungen zu erstellen, in welchen Organisation, Zuständigkeit und technische Verfahren für Aufzeichnungen und Wiedergabe enthalten sind (VO Art. 1). Insbesondere sind alle Unterlagen systematisch und lückenlos aufzuzeichnen (VO Art. 3). Zudem müssen die Aufzeichnungen jederzeit verfügbar sein und lesbar gemacht werden können, was bedingt, dass die technischen Systeme während der gesamten Dauer der Aufbewahrungsfrist betriebsbereit sind (VO Art. 4). Im weiteren sind die Aufzeichnungen mit Zusatzinformationen bezüglich des Aufzeichnungsverfahrens zu versehen (VO Art. 6) und sämtliche Aufzeichnungen sind auf Mängel hin zu überprüfen (VO Art. 7).“ Überdies bleibt der Aufbewahrungspflichtige für die sorgfältige Aufzeichnung, Aufbewahrung und Wiedergabe verantwortlich, auch wenn er einen Dritten damit beauftragt (VO Art. 10).⁴⁸

Es ist anerkannt, daß die Vorschrift des Art. 962 Abs. 4 OR ebenso wie Art. 963 OR trotz ihrer Regelung im materiellen Recht zivilprozeßrechtliche Qualität besitzt; beide sind zwingende, öffentlichrechtliche Bestimmungen des Bundesrechts, die in die Rechtsdomäne der Kantone eingreifen⁴⁹. Die obligationenrechtliche Vorschrift soll verhindern, daß die Aufzeichnungen durch kantonale Prozeßordnungen oder Anschauungen der Richter als Beweismittel ausgeschlossen werden oder daß ihnen von vornherein kein Beweiswert zugebilligt wird⁵⁰. Der im Revisionsentwurf in Art. 962 Abs. 4 OR vorgesehene Hinweis auf die freie Beweiswürdigung:

Aufzeichnungen auf Bild- oder Tonträgern haben die gleiche Beweiskraft wie die Unterlagen selbst; im übrigen unterstehen sie der freien Beweiswürdigung durch den Richter.

ist nicht Gesetz geworden; er erschien überflüssig, weil der Grundsatz der freien Beweiswürdigung in allen modernen Prozeßordnungen in den Kantonen bereits verwirklicht sei⁵¹. Das gilt insbesondere auch für die Handelsbücher, denen frühere Rechte eine besondere Beweiskraft zuerkannten, während heute das Maß der Beweiskraft wesentlich davon abhängt, ob die Buchführung im Einzelfall beim Richter den Eindruck der Vollständigkeit, Zuverlässigkeit und Ordnung erweckt⁵². § 962 Abs. 4 OR stellt also lediglich klar, daß die Dokumente im Rahmen freier Beweiswürdigung nicht wegen ihrer Speicherung auf Bild- oder Datenträgern eine Einbuße an Beweiskraft⁵³ erleiden. Im übrigen haben private Zeugniskunden Beweiswert nur dafür, daß der Verfasser der Urkunde sich im betreffenden Sinne geäußert habe, während ein besonderer Beweiswert nur öffentlichen Urkunden zukommt⁵⁴. Die Beweiskraft der Privaturkunde würdigt der Richter frei⁵⁵.

⁴⁸ Die Verordnung findet sich in vollständigem Wortlaut in *Schönenberger/Gauch* (a.a.O. Fußnote 46), Fußnote 2 zu Art. 962 OR.

⁴⁹ *Käfer* in: *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VIII, 2. Abteilung, Obligationenrecht*, Bern 1981, Artikel 963 N 146.

⁵⁰ *Käfer* in: *Berner Kommentar* (a.a.O. Fußnote 49), Artikel 963 N 157.

⁵¹ *Käfer* in: *Berner Kommentar*, (a.a.O. Fußnote 49) Artikel 963 N 143.

⁵² *Guhl/Koller/Druey*, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8. Aufl., Zürich 1991, § 87 (S. 789)

⁵³ *Guhl/Koller/Druey* (a.a.O. Fußnote 49), § 87 (S. 790).

⁵⁴ *Walder-Bohner*, *Der neue Zürcher Zivilprozeß*, 2. Aufl., Zürich 1979, S. 337, 339.

2. Österreich

In Österreich hat der Einsatz moderner Technologien (insbesondere der sog. automationsunterstützten Datenverarbeitung - ADV) bei der Lösung justizieller Aufgaben eine deutlich umfänglichere Berücksichtigung erfahren als in Deutschland⁵⁶. Das allgemeine Grundbuch ist seit dem 20.11.1992 vollständig elektronisch erfaßt⁵⁷. Auch die Umstellungsarbeiten für ein ADV-Firmenbuch sind im Dezember 1994 zum Abschluß gekommen; schon seit Ende 1993 besteht die Möglichkeit einer „Auswärtigen Abfrage“⁵⁸. Nicht nur das Mahnverfahren, das bei Geldklagen (90% aller Klagen) seit 1. Juli 1993 bis zum Wert von 100.000 Schilling obligatorisch ist⁵⁹, erfolgt automationsunterstützt, sondern auch Klagsrückweisungen wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit, Zurückweisungen verspäteter Einsprüche, Ladungen und andere Erledigungen können im Zivilprozeß über das für das Mahnverfahren entwickelte System abgefertigt werden⁶⁰. Besondere Hervorhebung verdient der 1990 mit den §§ 89a ff. des Gerichtsorganisationsgesetzes⁶¹ eingeführte und grundsätzlich für alle gerichtlichen Verfahrensarten vorgesehene sog. Elektronische Rechtsverkehr (ERV), der die papierlose Kommunikation zwischen Parteien und Gericht zum Gegenstand hat. Seit 30. Juli 1994 steht er nicht nur Rechtsanwälten, Notaren und der Finanzprokuratur als Vertreter der Gebietskörperschaften, sondern allgemein den Körperschaften des öffentlichen Rechts und bestimmten anderen Rechtsträgern, vor allem Banken und Versicherungen, offen. 1994 wurden bereits 142.000 und damit knapp ein Drittel der überhaupt dafür in Frage kommenden Klagen im Wege des ERV eingebracht⁶². Die Namen weiterer praktizierter Anwendungen wie ADV-Außerstreitverfahren, ADV-Exekutionsverfahren, ADV-Insolvenzverfahren, ADV-Gebühreneinhebung, ADV-Sozialversicherungsanfrage sprechen für sich. Die Behauptung, daß die österreichische Justiz mit dem Einsatz elektronischer Datenverarbeitung den Spitzenplatz in Europa eingenommen hat⁶³, ist nach diesem Befund nicht übertrieben.

⁵⁵ *Kummer* (a.a.O. Fußnote 43), S. 130.

⁵⁶ Einen instruktiven Überblick verschafft die Schrift „Erneuerung des Justizbetriebes - Rationalisierung durch IT-Einsatz, Projektstand - Perspektive“, Nummer 71 der Schriftenreihe des Bundesministers für Justiz, Wien 1995, S. 30.

⁵⁷ „Erneuerung des Justizbetriebes ...“ (a.a.O. Fußnote 56), S. 30; Einzelheiten zum ADV-Grundbuch in: „Das moderne Grundbuch“, Nummer 58 der Schriftenreihe des Bundesministers für Justiz, Wien 1992.

⁵⁸ „Erneuerung des Justizbetriebes ...“ (a.a.O. Fußnote 56), S. 32. Auch hier Einzelheiten in einer eigenen Schrift: „Vom Handelsregister zum Firmenbuch“, Nummer 63 der Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz, Teil II, Die Automatisationsunterstützung im österreichischen Firmenbuch, Wien 1993, siehe insb. S. 87 ff..

⁵⁹ „Erneuerung des Justizbetriebes ...“ (a.a.O. Fußnote 56), S. 34 ff.

⁶⁰ „Erneuerung des Justizbetriebes ...“ (a.a.O. Fußnote 56), S. 38.

⁶¹ Österreichisches BGBl Nr. 343/1989.

⁶² Zum Elektronischen Rechtsverkehr siehe „Erneuerung des Justizbetriebes ...“ (a.a.O. Fußnote 56), S. 40 ff.

⁶³ „Erneuerung des Justizbetriebes ...“ (a.a.O. Fußnote 56), S. 14.

Trotz dieser gesetzgeberischen Aufgeschlossenheit für die Verwendung der Computertechnologie sind eigene Vorschriften für die beweisrechtliche Behandlung elektronischer Dokumente bisher nicht ergangen, obwohl gerade die Regelung von Augenscheins- und Urkundenbeweises im wesentlichen der Rechtslage in Deutschland entspricht. Gesetzliche Beweisregeln für öffentliche und Privaturkunden in §§ 292 ff. öZPO beschränken die freie Beweiswürdigung, sofern die Echtheit der Urkunde feststeht. Insbesondere gilt nach § 294 öZPO, daß echte Privaturkunden vollen Beweis dafür begründen, „daß die in ihnen enthaltenen Erklärungen vom Aussteller stammen“. Allerdings wird anders als in Deutschland der Beweis des Gegenteils für zulässig gehalten, obgleich nach §§ 312 ff. öZPO ohnehin die Echtheit zu beweisen ist⁶⁴. Der inhaltliche Beweiswert unterliegt wie bei allen anderen Beweismitteln der freien Beweiswürdigung nach § 277 öZPO. Datenspeicherungen werden von der Literatur nicht als Urkunden angesehen, weil sie nicht mit dem Medium der menschlichen Schrift aufzeichnen; vielmehr werden sie unter der Kategorie „neue Beweismittel“ behandelt⁶⁵. Auf „neue Beweismittel“ sollen, sofern sie nicht einem der klassischen Beweismittel zugerechnet werden können, die Vorschriften über die nächstverwandten Beweismittel sinngemäß angewendet werden; als Beispiel hierfür werden gerade die Regeln über die Vorlage von Urkunden auf mit Hilfe eines Computers gespeicherte Texte genannt⁶⁶. Das gleiche Ergebnis will *Walther*⁶⁷ erreichen, indem er elektronische Dokumente den sog. Auskunftssachen im Sinne von § 318 öZPO zuordnet, für die nach § 318 Abs. 2 öZPO die Verfahrensvorschriften des Urkundenbeweisrechts der §§ 303 ff. öZPO entsprechend gelten. Auskunftssachen werden definiert als Verkörperungen von Gedanken mit anderen Mitteln als der menschlichen Schrift; darunter fallen außer den ausdrücklich im Gesetz genannten Gegenständen z.B. auch Pläne und Zeichnungen⁶⁸. Für Auskunftssachen gilt:

§ 318 öZPO

Inwieweit durch Denkmäler, Grenzzeichen, Marksteine, Eich- und Heimpfähle und ähnliche Zeichen oder durch Kerb- und Spannhölzer, welche die Parteien für ihren Verkehr erwiesenermaßen gebraucht haben, ein Beweis geliefert werde, hat das Gericht nach sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurteilen.

Die Bestimmungen der §§ 303 bis 309 sind auch auf die Vorlegung von Auskunftssachen sinngemäß anzuwenden.

Beide Ansätze verfolgen also das Ziel, die Vorschriften über die Urkundenedition auf elektronische Dokumente entsprechend anzuwenden. Denn die Urkundenregeln sind für den Beweisführer in Sonderheit, wenn sich die Beweismittel in Händen

⁶⁴ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, Wien 1990, Rdnr. 954.

⁶⁵ *Fasching* (a.a.O. Fußnote 64) Rdnr. 926, 929.

⁶⁶ *Bajons*, Zivilverfahren, Wien 1991, Rdnr. 144; *Rechberger* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, Vor § 292 Rdnr. 8.

⁶⁷ *Walther*, Zur Abgrenzung von Urkundenbeweis, Beweis durch Auskunftssachen und Augenschein im österreichischen Zivilprozeßrecht, Österreichische Richterzeitung 1993, 47 ff.

⁶⁸ *Fasching*, Rdnr. 945; *Rechberger/Simotta*, Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts, 4. Aufl., Wien 1994, Rdnr. 619; *Rechberger* (a.a.O. Fußnote 66), Vor § 292 Rdnr. 10; *Bajons* (a.a.O. Fußnote 66), Rdnr. 148: „Gegenstände, denen eine Mitteilungsfunktion in nicht sprachlicher Form zukommt“.

Dritter befinden, günstiger als die Vorschriften über den Augenscheinsbeweis. Darauf werde ich später zurückkommen⁶⁹. Die österreichische Entwicklung führt uns, jedenfalls was die in Deutschland dringlich beschworene gesetzliche Beweisregel angeht, zu einer interessanten Erkenntnis: Trotz ausgeprägter „Elektrophilie“, nahezu identischer Beweiskraftregeln und sogar Bemühungen, die Computerspeicherungen bestimmten Verfahrensvorschriften des Urkundenbeweisrechts gleichzustellen, soll gerade der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht angerührt werden.

3. Frankreich

In Frankreich⁷⁰ hat die praktische Nutzung elektronischer Dokumente zu beweisrechtlichen Problemen geführt, die in der besonderen Beweisregel des Art. 1341 Code civil wurzeln⁷¹. Nach dieser Vorschrift ist außer in Handelssachen ab einem summenmäßig bestimmten Streitwert ein Beweis durch Schriftstücke erforderlich. Art. 1341 Abs. 1 und 2 Code civil lauten wörtlich:

Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

Die Streitwertgrenze wurde durch das Dekret vom 15. Juli 1980⁷² auf 5.000,- FF festgesetzt. Spätestens ab dieser Summe, aber auch wenn der Zeugenbeweis aus tatsächlichen Gründen keinen Erfolg verspricht, kommt es daher darauf an, ob elektronische Dokumente oder ihre Reproduktionen zulässige Beweismittel sind. Diese Frage hat konkreten Niederschlag gefunden in zwei praktischen Anwendungsbereichen moderner Technologien.

Banken und sonstige Großunternehmen standen im Hinblick auf handelsrechtliche Fristregelungen⁷³ vor der Frage, ob sie ihre Geschäftsunterlagen ohne Beweisrisiko statt in Form schriftlicher Originale auch unter Einsatz effizienterer Speichermedien aufbewahren könnten. Durch Gesetz vom 12. Juli 1980⁷⁴ wurde mit Art. 1348 Abs. 2 eine neue Vorschrift in den Code civil aufgenommen, wonach neben bestehenden Ausnahmen zu der Beweisregel des Art. 1341 Code civil auch die Vorlage einer Kopie des Originals genügt, wenn letzteres nicht aufbewahrt wurde, aber sichergestellt ist, daß die Kopie nicht nur originalgetreu, sondern auch dauerhaft, also insbesondere unauslöschbar und unveränderlich ist.

⁶⁹ Siehe dazu unten S. 56.

⁷⁰ Allgemein zum Urkundenbeweisrecht in Frankreich siehe die rechtsvergleichende Dissertation von *Teske*, Der Urkundenbeweis im französischen und deutschen Zivil- und Zivilprozeßrecht, Göttingen 1990.

⁷¹ Vgl. dazu auch *Coester-Waltjen* (a.a.O. Fußnote 41), Rdnrn. 446 ff.

⁷² Décr. n° 80-533.

⁷³ Art. 189 bis Code de Commerce, Art. 2 Loi n° 77-4, 3.1.1977.

⁷⁴ N° 80-525, Journal Officiel vom 13. Juli 1980.

Art. 1348:

Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support.

Rechtsprechung dazu, inwieweit elektronische Dokumente diesen Anforderungen gerecht werden, insbesondere ob über den Einzelfall hinaus Sicherheitsstandards für die Authentizität und Identifizierung der Dokumente aufgestellt werden, ist nicht bekannt geworden.

Für den zweiten Anwendungsbereich, die Telekommunikation (insbesondere mittels Bildschirmtext, „minitel“), konnte die Regel des Art. 1348 Abs. 2 Code civil nichts austragen, weil es hier regelmäßig an einem schriftlichen Original fehlt. Eine gesetzliche Beweisregel für diesen Fall ist bisher, soweit ersichtlich, lediglich angekündigt. Am 30.12.1991 teilte der Justizminister auf eine parlamentarische Anfrage hin mit, daß ein Bericht über die Beziehungen von neuen Technologien und Beweisrecht 1990 angefertigt worden sei und gegenwärtig vor allem der Bereich der elektronischen Unterschrift (signature informatique) bearbeitet werde; für die Zwischenzeit seien die Parteien nicht gehindert, im Rahmen der Rechtsprechung zu den Beweisvereinbarungen die herkömmlichen Beweisregeln abzubedingen⁷⁵, und sei es auch nur stillschweigend (serait-ce tacitement)⁷⁶. Die bloße Tatsache, daß die Parteien einen Vertrag per Bildschirmtext abschließen, bedeute nicht, daß sie sich deswegen des Schutzes des Art. 1341 Code civil begeben wollten.

In der französischen Rechtsprechung wurden vor allem Fälle mit Magnetkarten konkret. Kreditkarteninstitute vereinbarten regelmäßig bei Kartenausgabe mit ihren Kunden, daß als Beweis für die Inanspruchnahme entgegen Art. 1341 Code civil die Benutzung der Karte und das Eintippen der Geheimzahl genüge. Die Gültigkeit solcher Vereinbarungen wurde zwar vom Tribunal d'Instance von Sète⁷⁷ mit der Begründung verneint, die elektronische Unterschrift stamme nicht vom Kunden, sondern aus einer Maschine, über die das Kreditkarteninstitut die freie und vollständige Verfügungsgewalt habe. Daher verstoße die Abrede gegen das Grundprinzip, daß niemand sich selbst mit Beweisen versorgen könne („Nul ne peut se constituer de preuve lui-même“). Die Beweisvereinbarung über die elektronische Unterschrift wurde aber in der Folgezeit von den höherinstanzlichen Gerichten, der Cour d'Appel von Montpellier⁷⁸ sowie der Cour de Cassation⁷⁹, für wirksam erachtet.

⁷⁵ J. C. P. 1992, Ausgabe G, V, S. 23.

⁷⁶ Juris Classeur, Artt. 1334 à 1337 CC n° 5.

⁷⁷ T. I. Sète, 9.5.1984, Recueil Dalloz 1985, S. 359 mit Anm. M. Boizard.

⁷⁸ 1ère Ch., sect. D, 9.4.1987, J. C. P. 1988, Ausgabe G, II, n° 20984 mit Anm. M. Boizard.

⁷⁹ Civ. 1ère, 8.11.1989, J. C. P. 1990, Ausgabe G, II, n° 21576 mit Anm. G. Virassamy.

Nach Art. 1322 Code civil stehen vom Gegner anerkannte oder kraft Gesetzes als anerkannt geltende Privaturkunden hinsichtlich ihres Beweiswertes zwischen den Parteien den öffentlichen Urkunden gleich; im Unterschied zu den deutschen Privaturkunden erbringen die actes sous seing privé auch inhaltlich vollen, wenn auch widerleglichen Beweis⁸⁰. Damit kommt zwar auch der elektronischen Unterschrift ein hoher Beweiswert zu, weil die Beweisvereinbarungen nach Art. 1134 Abs. 1 Code civil zwischen den Parteien an Gesetzes Statt gelten. Allerdings werden Zweifel geäußert, ob bei Formularverträgen (contrats d'adhésion) von einer freien Beweisvereinbarung gesprochen werden könne⁸¹. Auch hier die Normen im Wortlaut:

Art. 1322 Code civil:

L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leur héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

Art. 1134 Code civil:

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Demnach läßt sich zum französischen Recht folgendes zusammenfassen: Eine gesetzliche Regelung gibt es insoweit, als eine Speicherung von Daten unter Vernichtung der Originale beweisrechtlich keine Nachteile nach sich zieht, sofern eine identische und manipulationsfreie schriftliche Reproduktion erzeugt wird. Im übrigen sind im Rahmen des Vertragsrechts auch Vereinbarungen über den Beweis mittels elektronischer Dokumente zulässig. Beide Regelungsbereiche sind allerdings der speziellen Beweisvorschrift des Art. 1341 Code civil geollt, die unter bestimmten Voraussetzungen unter Ausschluß anderer Beweismittel den Beweis durch Urkunden erfordert und damit den Beweisführer mit der generellen Unzulässigkeit seiner Beweismittel konfrontieren kann. Eine derartige Ausschließlichkeit des Urkundenbeweises kennt das deutsche Recht nicht, vorbehaltlich des Urkundenprozesses, der aber mit dem Nachverfahren immer die Möglichkeit eröffnet, alle verfügbaren und geeigneten Beweismittel zur Geltung zu bringen. Die Bemühungen des französischen Gesetzgebers, der Rechtsprechung und der Rechtspraxis, in bestimmten Bereichen des Rechtsverkehrs eine spezifische Beweisnot zu vermeiden⁸², sind daher auf das deutsche Recht nicht unmittelbar übertragbar.

⁸⁰ Teske (a.a.O. Fußnote 70), S. 134.

⁸¹ Virassamy, a.a.O. Fußnote 79.

⁸² Dazu zählt vor allem auch das Rechtsinstitut des commencement de la preuve par écrit, mit dem der Weg zu allen anderen Beweismitteln geöffnet werden kann, wenn es einen Anfangsbeweis für die rechtlich erhebliche Tatsache gibt. Nach Art. 198 Nouveau code de procédure civile hat das Gericht die Möglichkeit, auch das Verhalten einer Partei bei der comparation personnelle als commencement de la preuve par écrit anzusehen: „Le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et eu faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit.“ Vgl. auch Coester-Waltjen (a.a.O. Fußnote 41), Rdnr. 449.

4. Belgien

Wie im französischen Recht so entstehen auch im belgischen Recht die beweisrechtlichen Schwierigkeiten vornehmlich bei der Frage des Vorliegens eines Schriftstücks bzw. bei der Archivierung von Dokumenten. So ordnet auch Art. 1341 des belgischen Code civil ab einem Streitwert von 15.000,- bfr den Beweis durch Schriftstücke an. Diese summenmäßige Obergrenze findet sich im Gegensatz zu Frankreich im Gesetz selbst, ihre Festsetzung ist nicht der Exekutive übertragen. So lautet Art. 1341 des belgischen Code civil wörtlich:

Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de 15 000 francs, même pour dépôts volontaires et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

Zwar erfüllt z.B. die elektronische Unterschrift bei Bankautomaten und Home banking (banque à domicile) nicht nur alle Funktionen einer Unterschrift im Sinne des Art. 1341 des belgischen Code civil, sondern garantiert je nach der technischen Ausgestaltung sogar, daß keine Veränderungen im Dokument vorgenommen wurden⁸³. Doch fallen elektronische Dokumente noch nicht unter den traditionellen Begriff des Schriftstücks im Rahmen des Art. 1341 des belgischen Code civil⁸⁴.

Zwei Wege bieten sich an, die beweisrechtlichen Schwierigkeiten dennoch in den Griff zu bekommen. So können die Parteien nach der Rechtsprechung⁸⁵ die Vorschrift des Art. 1341 des belgischen Code civil durch Parteivereinbarung abbedingen. Macht eine Bank hier eine Forderung geltend, so trifft sie nicht nur nach Art. 1315 des belgischen Code civil die Beweislast hinsichtlich der Existenz und der Höhe der Forderung. Sie muß vielmehr auch die Zuverlässigkeit des Systems beweisen⁸⁶. Da es im Bereich der Verwendung solcher Aufzeichnungen durch den Automaten als Beweismittel noch keine belgische Rechtsprechung gibt, rekurriert die Literatur auf die vom Tribunal d'Instance von Sète, von der Cour d'Appel de Montpellier und von der Cour de Cassation⁸⁷ gefällten französischen Urteile. Dabei wird zu der als sehr weitgehend empfundenen Entscheidung der Cour de Cassation angemerkt, daß die Beweisvereinbarungen gewissen Grenzen unterliegen⁸⁸.

Die Privatautonomie der Parteien schränkt in Belgien etwa das Gesetz vom 14.7.1991 betreffend die kaufmännischen Übungen und die Information und den

⁸³ Antoine/Eloy, in: *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Namur 1992, S. 62.

⁸⁴ Antoine a.a.O. Fußnote 83, S. 40 f.; Larrieu, *Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé?*, Cahiers de Droit de l'Informatique (Lamy), 1988, H, S. 11 f.

⁸⁵ Cassation vom 5.1.1950, Pasirisie, 1950, I, S. 287.

⁸⁶ Thunis/Schauss, *Aspects juridiques du paiement par carte*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit 1, Brüssel 1988.

⁸⁷ Siehe oben S. 26.

⁸⁸ Antoine (a.a.O. Fußnote 83), S. 111.

Schutz des Verbrauchers⁸⁹ ein. Hiernach können die Parteien z.B. keine Vereinbarung treffen, die einer Partei die Möglichkeit, ein Beweismittel anzugreifen, nähme und ihr deswegen die Wahrnehmung ihrer Rechte verwehrt. Darüber hinaus können in Anbetracht des wirtschaftlichen Ungleichgewichts ebenfalls Einschränkungen geboten sein, wenn ein Individuum einem Unternehmen gegenübersteht⁹⁰. Hinzu kommt, daß die Vereinbarung zwar neue Beweisarten für zulässig erklären kann, daß deren Beweiswert aber im Grunde der Würdigung durch den Richter überlassen ist⁹¹. Für den Fall, daß die Parteien keine Vereinbarung getroffen haben, kann eine Lösung in den Ausnahmen von Art. 1341 des Code civil gefunden werden. So ist im kaufmännischen Bereich nach Art. 1341 Abs. 2 des belgischen Code civil der freie Beweis und damit auch der Beweis durch elektronische Dokumente gestattet⁹².

Die beweisrechtlichen Schwierigkeiten hinsichtlich der neuen Technologien lassen sich am Beispiel des elektronischen Notars (electronic notary, notaire électronique oder certificateur électronique) aufzeigen⁹³. Ein solches Zertifikat ließe sich, da es nach überwiegender Auffassung kein Schriftstück im Sinne des Art. 1341 Abs. 1 des belgischen Code civil darstellt, als commencement de la preuve par écrit ansehen. Unter diesem auch in Frankreich bekannten Rechtsinstitut versteht man jeden schriftlichen Akt, der vom Klagegegner oder von dem, den er vertritt, herrührt (émaner) und der die behauptete Tatsache wahrscheinlich macht, Art. 1347 Abs. 2. Einige Autoren⁹⁴ legen „herrühren“ (émaner) im Sinne des Art. 1347 weit aus und fassen hierunter auch ein Zertifikat, das auf die persönliche Intervention des Kunden zurückgeht, der durch die Benutzung einer Geheimzahl identifiziert wird. Die Zurechnung des Dokuments rechtfertigt sich durch die Einwilligung des Kunden in die elektronische Aufzeichnung. Das müsse erst recht gelten, wenn ein unabhängiger Dritter das Dokument vorlege. Andere⁹⁵ meinen, da der Vertragspartner die Aufzeichnung nicht kontrollieren könne, dürfe sie ihm auch nicht zugerechnet werden. Das Zertifikat rühre allein vom Aufzeichnenden her, er allein könne damit den commencement de la preuve par écrit führen. Hingegen rühre die Nachricht nicht vom Aufzeichnenden, weshalb die Aufzeichnung in dieser Konstellation keinen commencement de la preuve par écrit darstelle.

Indessen haben die Zertifikate in jedem Gang des Verfahrens den Wert von Vermutungen (Art. 1349), die sowohl angegriffen als auch mit weiteren

⁸⁹ Monitor Belge, 29.8.1991, Artt. 32, 18.

⁹⁰ *L'Heureux*, Le transfert électronique de fonds en regard du contrat bancaire, in: La revue du barreau canadien, 1986, S. 147 (179 ff.).

⁹¹ *Antoine* (a.a.O. Fußnote 83), S. 52.

⁹² *Antoine* (a.a.O. Fußnote 83), S. 46.

⁹³ Dabei handelt es sich um eine Dienstleistung, die sowohl die Datenübertragung sichert als auch den Beweis über die jeweiligen Übertragungen führen soll. Siehe *Chamoux*, Electronic notary, in: The TEDIS-EDI legal workshop, Brüssel, 19.-20.6.1989, S. 130. Es geht hier letztlich um das Trustcenter, um dessen Einrichtung und Führung sich für Deutschland die Telecom bemüht (siehe oben S. 16).

⁹⁴ *Fontaine*, La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles, in: La preuve, Actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve les 12 et 13 mars 1987, S. 16.

⁹⁵ Vergleiche *Denis*, in: Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, Namur 1992, S. 191.

Vermutungen bekräftigt werden können⁹⁶. Mit den Sicherheitsstandards des jeweiligen Verfahrens verringert sich dabei die Gefahr, daß der Richter das Zertifikat aufgrund von Fehler- oder Manipulationsmöglichkeiten ablehnt.

Den zweiten Problemkreis bildet das Bedürfnis der Großunternehmen und Banken nach effizienter Speicherung von Daten ohne Beweisrisiko. Diese Schwierigkeiten entstehen durch lange Aufbewahrungsfristen. Art. 9 § 2 des Gesetzes vom 17.7.1975 z.B. ordnet an:

... les entreprises sont tenues de conserver leurs livres pendant 10 ans à partir du premier janvier de l'année qui suit leur clôture.

Hier fehlt es in Belgien an einer dem Art. 1348 Abs. 2 des französischen Code civil entsprechenden allgemeinen Regel, die Vorlage einer Kopie wäre also grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahmeregelung findet sich etwa auf dem Kreditsektor⁹⁷.

Ausgehend von dieser gegenüber Frankreich noch erschwerten beweisrechtlichen Lage mangelt es daher nicht an Vorschlägen zur Reform. Exemplarisch soll im folgenden auf die Ideen von *Antoine*⁹⁸ eingegangen werden. Sie hält es für notwendig, den Begriff der Kopie in Art. 1334 des belgischen Code civil so zu definieren, daß jegliche Wiedergabe der Speicherung einer Privaturkunde davon erfaßt wird⁹⁹. Die freiwillige Zerstörung des Originals müsse ermöglicht werden, wenn die Kopie die in der Empfehlung R (81) 20 des Europarates vom 11.12.1981 aufgestellten Sicherheitskriterien genüge. Um Rechtssicherheit bei der Einbeziehung elektronischer Dokumente zu gewährleisten, solle der Gesetzgeber im Rahmen des Art. 1347 des belgischen Code civil den Begriff des Schriftstückes wie folgt definieren¹⁰⁰:

Constitue un écrit tout document reproduisant la volonté d'une personne par des signes susceptibles d'être lus grâce à une procédé approprié.

Was den commencement de la preuve par écrit anbetreffe, so empfehle sich die Einführung einer Vermutung, die jede weitere Beweisführung überflüssig mache. Die Vermutung könnte für Schriftstücke bestehen, die nach bestimmten Sicherheitskriterien angefertigt wurden. Die so geschaffene einfache Vermutung müßte den Gegenteilsbeweis zulassen. Schließlich wird die Reduktion der Aufbewahrungsfrist und der Zulässigkeit von Kopien im Rechnungswesen empfohlen.

⁹⁶ Denis, in: Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, Namur 1992, S. 191.

⁹⁷ Vgl. Art. 196 des Gesetzes vom 17.6.1991 ergänzt durch das Gesetz vom 22.7.1991.

⁹⁸ A.a.O. Fußnote 83, S. 211-214.

⁹⁹ *Antoine* (a.a.O. Fußnote 83), S. 211 f.

¹⁰⁰ *Antoine* (a.a.O. Fußnote 83), S. 212.

5. Griechenland

Das griechische Prozeßrecht¹⁰¹ folgt unterschiedlichen Traditionslinien. Zum einen enthält es Beweisregeln im Recht des Urkundenbeweises, die den deutschen Beweisregeln ähnlich sind, zum anderen kennt es Verfahrensarten, in denen nicht alle Beweismittel zugelassen sind. Zu nennen sind hier vor allem die sich aus Art. 393 bis 395 grZPO ergebenden Beschränkungen des Zeugenbeweises, die der französischen und belgischen Regelung gleichen.

Art. 393 grZPO:

1. Verträge und kollektive Handlungen dürfen nicht mit Zeugen bewiesen werden, soweit ihr Gegenstandswert 500.000 Drx übersteigt.
2. Der Beweis mit Zeugen gegen den Inhalt einer Urkunde ist nicht erlaubt, auch wenn der Gegenstandswert des Rechtsgeschäfts niedriger ist als 500.000 Drx.
3. Zusätzliche Vereinbarungen vor, während oder nach einem Rechtsgeschäft, das schriftlich abgefaßt wurde, dürfen nicht mit Zeugen bewiesen werden, auch wenn sie dem Inhalt der Urkunde nicht zuwiderlaufen.

Art. 394 grZPO:

1. Der Beweis mit Zeugen ist auf jeden Fall erlaubt, wenn
 - a) ein Anfang eines schriftlichen Beweises vorliegt, der von einer Urkunde mit Beweiskraft stammt,
 - b) eine physische oder moralische Unmöglichkeit zum Urkundenerwerb vorlag,
 - c) es bewiesen wird, daß die abgefaßte Urkunde zufällig verloren gegangen ist,
 - d) nach der Natur des Rechtsgeschäfts oder den besonderen Umständen, unter denen das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, insbesondere wenn es sich um Handelsgeschäfte handelt, der Beweis mit Zeugen gerechtfertigt ist.
2. Wenn das Gesetz oder die Parteien bestimmen, daß für das Rechtsgeschäft entweder als Wirksamkeits- oder als Beweisvoraussetzung eine Urkunde erforderlich ist, ist der Beweis des Rechtsgeschäfts mit Zeugen nur im Falle des Absatzes 1 Buchstabe c erlaubt.

Art. 395 grZPO:

Wenn der Beweis mit Zeugen ausgeschlossen ist, ist auch der Beweis mit Hilfe gerichtlicher Vermutungen nicht erlaubt.

Insbesondere aus der in Art. 393 Nr. 2 und 3 grZPO geregelten Unzulässigkeit des Zeugenbeweises gegen den Inhalt einer Urkunde gewinnt der Urkundenbeweis seine besondere Bedeutung. Das griechische Prozeßrecht unterscheidet zwischen unterschriebenen und nicht unterschriebenen Urkunden. Relevant ist diese Unterscheidung für die Beweiskraft der Urkunde.

Art. 443 grZPO:

Damit die private Urkunde Beweiskraft hat, muß sie mit der eigenhändigen Unterschrift des Ausstellers versehen sein. An die Stelle der Unterschrift kann ein Zeichen des Ausstellers treten, das durch einen Notar oder eine andere öffentliche Amtsstelle beglaubigt wurde, welche bestätigen, daß das Zeichen anstelle der Unterschrift abgegeben wurde und der Aussteller erklärt hat, nicht unterschreiben zu können.

¹⁰¹ Für die Hinweise zum griechischen Recht habe ich meiner Doktorandin *Elizabeth N. Kapnopoulou* zu danken, die auch die Übersetzungen der griechischen Gesetzestexte besorgt hat.

Die besondere Beweiskraft der unterschriebenen privaten Urkunde ist in Art. 445 grZPO geregelt:

Art. 445 grZPO:

Private Urkunden, die nach den gesetzlichen Formen abgefaßt wurden, erbringen vollen Beweis dafür, daß die darin enthaltene Erklärung vom Aussteller der Urkunde stammt, soweit ihre Echtheit anerkannt oder bewiesen wurde. Der Beweis des Gegenteils ist möglich.

Der zweite Satz nimmt Wunder, weil Art. 457 grZPO dem deutschen § 440 ZPO ähnliche Vermutungen zwischen echter Unterschrift und echter Urkunde enthält. Der Gegenteilsbeweis des Art. 445 grZPO wird wohl nur im Kontext des Art. 457 Nr. 3 grZPO zur Anwendung kommen können.

Art. 457 grZPO:

1. Wird die Echtheit einer privaten Urkunde angezweifelt, so muß derjenige, der sich auf die Urkunde beruft und die Urkunde vorlegt, deren Echtheit beweisen, es sei denn, daß die Urkunde so offensichtlich verändert worden ist, daß das Gericht unmittelbar und sicher feststellen kann, daß sie nicht echt ist.
2. Derjenige, gegen den eine private Urkunde vorgelegt wird, ist verpflichtet, unmittelbar zu erklären, ob er die Echtheit der Unterschrift anerkennt oder ablehnt, andernfalls gilt die Urkunde als anerkannt.
3. Wird die Echtheit der Unterschrift anerkannt oder bewiesen, so ist anzunehmen, daß die Echtheit ihres Inhalts festgestellt wurde, unter dem Vorbehalt, daß ihre Fälschung geltend gemacht wird.
4. Bei fotografischen oder filmischen Wiedergaben und jeder anderen mechanischen Aufzeichnung muß die Echtheit im Zweifel von demjenigen bewiesen werden, der sich auf sie beruft und sie vorlegt.

Für private Urkunden, die mit keiner Unterschrift versehen sind, bietet das griechische Zivilprozeßrecht ein eigenes Regelprogramm. Dazu heißt es zunächst in

Art. 444 grZPO:

Als private Urkunden gelten auch

- 1) die Bücher, die Kaufleute oder andere Gewerbetreibende nach dem Handelsgesetz oder nach anderen Bestimmungen führen,
- 2) die Bücher, die Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Ärzte, Apotheker und Hebammen nach den geltenden Bestimmungen führen,
- 3) photographische oder filmische Wiedergaben, Tonaufnahmen sowie jede andere mechanische Aufzeichnung.

Diese besondere Kategorie der privaten Urkunden ohne Unterschrift wurde eingeführt, um auch Fotos und andere mit neuen Technologien hergestellten mechanischen Wiedergaben im Zivilprozeß zuzulassen¹⁰². Nur für diese unter Nr. 3) angesprochenen Aufzeichnungen gibt es auch eine eigene Beweisregel in

Art. 448 Nr. 2:

Die in Art. 444 Abs. 3 erwähnten Urkunden erbringen vollen Beweis für die Ereignisse oder Sachen, die sie beschreiben. Der Beweis des Gegenteils ist möglich.

¹⁰² Vgl. *Kerameus*, Das griechische Beweisrecht unter dem Einfluß der modernen Technologie, D 1972, 34 ff.

Die Echtheit und die Beweiskraft der in Computern gespeicherten Daten werden zwar in der Literatur erwähnt¹⁰³, finden aber keine nähere rechtliche Würdigung. Die Problematik der digitalen Unterschrift ist der griechischen Literatur und Rechtsprechung wohl noch unbekannt. Allerdings hat der griechische Gesetzgeber kürzlich den sog. Distanzvertrag geregelt. Darunter ist zu verstehen:

Art. 4 des Gesetzes Nr. 2251/1994:

1. Distanzvertrag im Sinne dieses Artikels ist ein Erzeugnisse oder Dienstleistungen betreffender Vertrag, der ohne die gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Lieferanten und des Verbrauchers, unter Verwendung einer Telekommunikationstechnik zur Übermittlung der Aufforderung zum Vertragsabschluß und der Annahme, abgeschlossen wird.

Nach Nr. 5. Abs. 2 dieses Gesetzes fällt unter den Begriff der Verwendung einer Telekommunikationstechnik die Verwendung:

des Fernsprechers, des Voice-mail-Systems, der Fernkopie, der elektronischen Post oder eines anderen elektronischen Telekommunikationsmittels.

Das Gesetz enthält aber lediglich Verbraucherschutzregeln und regelt demnach weder die allgemeinen materiellrechtlichen noch prozessuale Rechtsfolgen dieser Techniken.

Dies ist nicht der Ort, die noch ausstehende Zuordnung der elektronischen Dokumente in das griechische Beweisrecht zu leisten. Man wird aber feststellen können, daß für solche elektronischen Dokumente, mit denen die Buchführungspflichten nach Art. 444 Nrn. 1 und 2 grZPO erfüllt werden können¹⁰⁴, eine Behandlung nach Nr. 3 i.V.m. der Beweisregel des Art. 448 Nr. 2 ausscheidet. Denn die Fälle der Nr. 3 sind dadurch gekennzeichnet, daß mit den beschriebenen Methoden in der Regel die ursprünglich unverfälschte Abbildung eines tatsächlichen Geschehens möglich ist. Der Eingabe von Berichten und Erklärungen in Computer fehlt es an einer vergleichbaren Eigenschaft. Das mag sich ändern, wenn Dokumente via Telekommunikation von dem einen Computer zu einem anderen übertragen werden. Das Bild im Empfängercomputer könnte in der Tat den in Nr. 3 geregelten Fällen gleichgestellt werden, mit der Folge, daß der widerlegliche Beweis dafür geführt wäre, daß das Dokument im Empfangszustand auch auf den Weg gebracht wurde. Die griechische Rechtsprechung hat jedenfalls die nur beispielhafte Aufzählung des Art. 444 Nr. 3 dafür benutzt, Tonbänder im Ehescheidungsverfahren als private Urkunden zu verwerten¹⁰⁵, Videobänder als private Urkunden für den Beweis eines Schadens zuzulassen¹⁰⁶ oder Fotos und Zeitungen¹⁰⁷ als private Urkunden zu berücksichtigen¹⁰⁸.

¹⁰³ Passias, Computer und juristische Bildung: Begriffliche Begrenzung, Methodologie und Techniken, in: Informatik und Recht 1: Thessaloniki 1987, S. 118 f. und Inzessizoglou, Elektronische Bearbeitung des Rechts: Kritische Einführung in den Dialog des Juristen mit dem Computer, Thessaloniki 1988, S. 23.

¹⁰⁴ Diese Möglichkeit besteht nach griechischem Handelsrecht wohl noch nicht.

¹⁰⁵ Areopag 60/1969, EEN 1969, 344 ff.; Areopag 87/1972 EEN 1972, 384 ff.; Areopag 71/1973, NoB 1973, 758 ff.; Areopag 572/1976, NoB 1976, 1081 ff.; Areopag 566/1981, EEE 1982, 23 ff.; Areopag 673/1983, D 1983, 445 ff..

¹⁰⁶ Landgericht Piräus 953/1994, D 1994, 1057.

¹⁰⁷ Areopag 432/1971, EEN 1971, 623; vgl. auch Areopag 214/1973, NoB 1973, 1068 über Baupläne.

Im übrigen bleibt festzuhalten, daß jenseits der besonderen Regeln für die Beweiskraft eines Beweismittels der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt.

Art. 340 grZPO:

Wenn nicht im Gesetz etwas anderes bestimmt ist, bewertet das Gericht die Beweismittel frei und entscheidet nach seiner Überzeugung, ob die Behauptungen wahr sind. In der Entscheidung müssen die Gründe angegeben werden, die den Richter zu seiner Meinungsbildung geführt haben.

6. England

In England kann die Beweisführung mit Hilfe elektronischer Dokumente in mehrfacher Hinsicht Schwierigkeiten bereiten. In der einen Hinsicht geht es um Regeln, die zu Beweismittelbeschränkungen führen können, die den Beschränkungen des Art. 1341 Code civil ähnlich sind (statute of frauds und parol evidence rule). In der anderen Hinsicht begegnen uns Regeln, die der dem common law eigentümlichen best evidence rule oder dem hearsay Verbot geschuldet sind. Die den Beschränkungen des Art. 1341 Code civil ähnlichen Regeln haben eine gewisse Verwandtschaft zu materiellrechtlichen Formvorschriften und werden namentlich im Bereich der Tatbestandserklärungen relevant, während das hearsay Verbot seinen Schwerpunkt im Verfahrensrecht hat und vor allem Zeugnisserklärungen betrifft. Zum Teil überlappen sich auch die Regelungsbereiche.

Das hearsay Verbot und die best evidence rule schließen Beweismittel vom Verfahren aus, wenn es andere Beweismittel gibt, die näher zum Beweisthema stehen. Das Original einer Urkunde steht dem Beweisthema „Inhalt der Urkunde“ näher als eine Kopie des Originals. Die Aussage eines Zeugen steht dem Beweisthema „Beobachtungen des Zeugen“ näher als eine Aussage über den mitgehörten Bericht des Zeugen, aber auch als ein schriftlicher Bericht des Zeugen selbst.

Betrachten wir zunächst den Bereich der sog. Tatbestandserklärungen.¹⁰⁹

Wenn es um eine Verpflichtung geht, deren Durchsetzung an den Nachweis einer schriftlichen Erklärung gebunden ist, dann ist für den Nachweis des Inhalts der Erklärung die Vorlage des Originals (primary evidence) erforderlich. Doch sind hiervon Ausnahmen möglich. Secondary evidence ist für den Inhalt der im Original enthaltenen Erklärung in folgenden (nicht abschließenden) Fällen zugelassen:

- Das Original befindet sich in den Händen des Prozeßgegners, der es trotz notice to produce nicht vorlegt.
- Das Original befindet sich in den Händen eines Dritten, der sich gegen die Vorlageanordnung (subpoena duces tecum) mit gegebenen Verweigerungsrechten wehrt.
- Das Original ist - after due search - nicht auffindbar.

¹⁰⁸ Vgl. dazu *Golias/Golliopoulos*, Das Tonband im Zivilprozeß, D 1990, 691 ff.

¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen *Cross on Evidence*, 6th ed. 1985, chapter XVI, page 600 ff.; *Keane*, The Modern Law of Evidence, 3rd ed. 1994, page 178 ff.

- Das Original ist zwar vorhanden, kann aber aus tatsächlichen (Wandinschrift) oder rechtlichen (Verbot der Ortsveränderung) Gründen nicht vorgelegt werden.
- Das Original befindet sich in den Händen einer Bank, die nach dem Bankers' Books Evidence Act 1879 von der Vorlage des Originals befreit ist und statt dessen eidesstattliche Erklärungen oder Zeugenbeweis vom Inhalt der ordnungsgemäß geführten Bücher anbieten darf¹¹⁰.

Soweit danach im Rahmen des documentary evidence der Beweis mit secondary evidence zugelassen ist, kommen selbstverständlich auch elektronische Dokumentationen als Beweismittel in Betracht.

Wenden wir uns als nächstes den Zeugnisserklärungen zu, so betreten wir einen vom hearsay Verbot geprägten Bereich. Hierzu enthält der Civil Evidence Act 1968 eine Reihe von Regelungen, die Ausnahmen vom allgemeinen hearsay Verbot festlegen und „statements“ zum Verfahren zulassen, die auch elektronische Dokumente erfassen¹¹¹.

Section 2(1) sieht vor¹¹²:

In any civil proceedings a statement made, whether orally or in a document or otherwise, by any person, whether called as a witness in those proceedings or not, shall, subject to this section and to rules of court, be admissible as evidence of any fact stated therein of which direct oral evidence by him would be admissible.

Zusammen mit der Definition von document in Section 10(1)

... 'document' includes, in addition to a document in writing -

- (a) any map, plan, graph or drawing;
- (b) any photograph;
- (c) any disc, tape, sound track or other device in which sounds or other data (not being visual images) are embodied so as to be capable (with or without the aid of some other equipment) of being reproduced therefrom; and
- (d) any film, negative, tape or other device in which one or more visual images are embodied so as to be capable (as aforesaid) of being reproduced therefrom;

ergibt sich die Geltung dieser umfassenden Ausnahmeregel vom hearsay Verbot auch für elektronische Dokumente.

Allerdings sind auch die (für elektronische und nicht elektronische Dokumente gleichermaßen geltenden) Einschränkungen in Absatz 2 zu beachten, die eine besondere Zulassungsanordnung des Gerichts erforderlich machen, wenn der Verfasser des Dokuments als Zeuge gehört werden soll:

Where in any civil proceedings a party desiring to give a statement in evidence by virtue of this section has called or intends to call as a witness in the proceedings the person by whom the statement was made, the statement -

- (a) shall not be given in evidence by virtue of this section on behalf of the party without the leave of the court; and

¹¹⁰ Siehe hierzu noch weiter unten bei Fußnote 114.

¹¹¹ Vgl. zum Ganzen *Cross* (a.a.O. Fußnote 109), chapter XVI, page 481 ff.; *Keane* (a.a.O. Fußnote 109), page 246 ff.

¹¹² Hier wie im folgenden zitiert aus Halsbury's Statutes, 4th ed. 1993, Vol. 17.

(b) without prejudice to paragraph (a) above, shall not be given in evidence by virtue of this section on behalf of a party before the conclusion of the examination-in-chief of the person by whom it was made, except -

(i) where before that person is called the court allows evidence of the making of the statement be given on behalf of that party by some other person; or

(ii) in so far as the court allows the person by whom the statement was made to narrate it in the course of his examination-in-chief on the ground that to prevent him from doing so would adversely affect the intelligibility of his evidence.

Section 4 enthält eine sich mit Section 2 überschneidende Ausnahmeregel für Dokumente, die Teil einer Dokumentation sind, welche in Erfüllung einer Pflicht erstellt worden ist. Hier mag man etwa an Handelsbücher oder an ärztliche Aufzeichnungen über die Krankenbehandlung denken. Ihre Besonderheit gegenüber der Ausnahme in Section 2 liegt darin, daß sie auch second hand hearsay statements zuläßt¹¹³. Absatz 1 von Section 4 lautet:

Without prejudice to section 5 of this Act, in any civil proceedings a statement contained in a document shall, subject to this section and to rules of court, be admissible as evidence of any fact stated therein of which direct oral evidence would be admissible, if the document is, or forms part of, a record compiled by a person acting under a duty from information which was supplied by a person (whether acting under a duty or not) who had, or may reasonably be supposed to have had, personal knowledge of the matters dealt with in that information and which, if not supplied by that person to the compiler of the record directly, was supplied by him to the compiler of the record indirectly through one or more intermediaries each acting under a duty.

Und schließlich gibt es in Section 5 des Civil Evidence Act 1968 eine eigene Regelung über die Zulässigkeit von 'statements', die mittels Computer erzeugt wurden. Danach werden sie als Beweismittel zugelassen, wenn zum Nachweis solcher Tatsachen auch eine Zeugenaussage zulässig wäre (Abs. 1) und einige Anforderungen an Computer und Dokument erfüllt sind. Dazu gehört nach Abs. 2 (zusammengefaßt) insbesondere,

- daß das Computerdokument, in dem das 'statement' enthalten ist, während einer Zeitspanne hergestellt wurde, in welcher der Computer regelmäßig zur Speicherung und Verarbeitung von Informationen genutzt wurde und zwar im Rahmen der zu dieser Zeit ordnungsgemäß betriebenen Tätigkeiten gleich welcher Art,
- daß während dieser Zeitspanne im gewöhnlichen Ablauf dieser Tätigkeiten regelmäßig Informationen in den Computer eingegeben wurden, wie sie in dem 'statement' enthalten oder jedenfalls hiervon ableitbar sind,
- daß während des gesamten relevanten Teils dieser Zeitspanne der Computer korrekt gearbeitet hat oder, falls nicht, hiervon die Herstellung des Dokuments, seine Integrität oder sein Inhalt nicht berührt wurde und schließlich
- daß die im 'statement' enthaltene Information derjenigen entspricht oder von derjenigen abgeleitet ist, die im gewöhnlichen Ablauf dieser Tätigkeiten eingegeben wurde.

Neben einer begrifflichen Klarstellung für den Fall vernetzten oder nachgeordneten Einsatzes mehrerer Computer (Abs. 3) sieht Section 5 als Beweismittel auch ein

¹¹³ *Cross* (a.a.O. Fußnote 109), page 495.

Sachverständigentestat vor, daß eines oder mehrere der aufgestellten Zulässigkeitskriterien zu belegen geeignet ist (Abs. 4). In Abs. 5 und 6 finden sich schließlich noch Begriffsbestimmungen dafür, wann eine Information als in den Computer eingegeben gilt, wann dies im Rahmen der betriebenen Tätigkeit erfolgt ist, wann ein Dokument als vom Computer erzeugt gilt und was unter einem Computer in Abs. 3 sowie unter einer abgeleiteten Information zu verstehen ist.

Auch hier sei die Norm wörtlich zitiert.

5 Admissibility of statements produced by computers

(1) In any civil proceedings a statement contained in a document produced by a computer shall, subject to rules of court, be admissible as evidence of any fact stated therein of which direct oral evidence would be admissible, if it is shown that the conditions mentioned in subsection (2) below are satisfied in relation to the statement and computer in question.

(2) The said conditions are -

(a) that the document containing the statement was produced by the computer during a period over which the computer was used regularly to store or process information for the purposes of any activities regularly carried on over that period, whether for profit or not, by any body, whether corporate or not, or by any individual;

(b) that over that period there was regularly supplied to the computer in the ordinary course of those activities information of the kind contained in the statement or of the kind from which the information so contained is derived;

(c) that throughout the material part of that period the computer was operating properly or, if not, that any respect in which it was not operating properly or was out of operating during that part of that period was not such as to affect the production of the document or the accuracy of its contents; and

(d) that the information contained in the statement reproduces or is derived from information supplied to the computer in the ordinary course of those activities.

(3) Where over a period the function of storing or processing information for the purposes of any activities regularly carried on over that period as mentioned in subsection (2) (a) above was regularly performed by computers, whether -

(a) by a combination of computers operating over that period; or

(b) by different computers operating in succession over that period; or

(c) by different combinations of computers operating in succession over that period; or

(d) in any other manner involving the successive operation over that period, in whatever order, of one or more computers and one or more combinations of computers,

all the computers used for that purpose during that period shall be treated for the purposes of this Part of this Act as constituting a single computer; and references in this Part of this Act to a computer shall be construed accordingly.

(4) In any civil proceedings where it is desired to give a statement in evidence by virtue of this section, a certificate doing any of the following things, that is to say -

(a) identifying the document containing the statement and describing the manner in which it was produced;

(b) giving such particulars of any device involved in the production of that document as may be appropriate for the purpose of showing that the document was produced by a computer;

(c) dealing with any of the matters to which the conditions mentioned in subsection (2) above relate,

and purporting to be signed by a person occupying a responsible position in relation to the operation of the relevant device or the management of the relevant activities (whichever is appropriate) shall be evidence of any matter stated in the certificate; and for the purposes of this subsection it shall be sufficient for a matter to be stated to the best of the knowledge and belief of the person stating it.

(5) For the purposes of this Part of this Act -

(a) information shall be taken to be supplied to a computer if it is supplied thereto in any appropriate form and whether it is so supplied directly or (with or without human intervention) by means of any appropriate equipment;

(b) where, in the course of activities carried on by any individual or body, information is supplied with a view to its being stored or processed for the purposes of those activities, that information, if duly supplied to that computer, shall be taken to be supplied to in the course of those activities;

(c) a document shall be taken to have been produced by a computer whether it was produced by it directly or (with or without human intervention) by means of any appropriate equipment.

(6) Subject to subsection (3) above, in this Part of this Act „computer” means any device for storing and processing information, and any reference to information being derived from other information is a reference to its being derived therefrom by calculation, comparison or any other process.

Die in Section 5 niedergelegte Regel erlaubt hearsay statements, die in Dokumenten aus elektronischen Dokumentationen enthalten sind, gleichgültig ob das Dokument ohne oder mit menschlicher Intervention aus der elektronischen Dokumentation entstanden ist.

Eine vergleichbar gelagerte Ausnahme vom hearsay Verbot gab es schon im Bankers' Books Evidence Act von 1879. Da kannte man zwar noch keine Computer; man erlaubte aber die Vorlage von Kopien aus den Büchern

Subject to provisions of this Act, a copy of an entry in a banker's book shall in all legal proceedings be received as prima facie evidence of such entry, and of the matters, transactions, and accounts therein recorded¹¹⁴.

und erstreckte durch Banking Act von 1979 die Definition der „Bankers' books” auf „other records used in ordinary business of the bank, whether those records are in written form or are kept on microfilm, magnetic tape or any other form of mechanical or electronic data retrieval mechanism”¹¹⁵.

Das Verhältnis der in Section 2, 4 und 5 geregelten Ausnahmen vom hearsay Verbot untereinander ist nicht klar. Überschneidungsmöglichkeiten liegen auf der Hand. Computeraufzeichnungen können unter jede der Ausnahmebestimmungen fallen. Nur Section 4 erklärt seinen Anwendungsbereich „without prejudice to section 5“. Das soll nach Cross¹¹⁶ bedeuten:

- Computerdokumente, die die Voraussetzungen von Section 4 nicht, wohl aber die Voraussetzungen von Section 5 erfüllen, sind zugelassen.

¹¹⁴ Sec. 3 zitiert nach *Keane* (a.a.O. Fußnote 109), page 183.

¹¹⁵ Sec. 9 in der Fassung des Banking Act von 1979, zitiert nach *Keane* (a.a.O. Fußnote 109), page 183.

¹¹⁶ A.a.O. Fußnote 109, page 498 mit deutlicher Zurückhaltung des Autors.

- Computerdokumente, die die Voraussetzungen von Section 5 nicht, wohl aber die Voraussetzungen von Section 4 erfüllen, sind nicht zugelassen.
- Computerdokumente, die die Voraussetzungen von Section 2 nicht, wohl aber die Voraussetzungen von Section 5 erfüllen, sind nicht zugelassen.

Das macht - so auch die Einschätzung bei Cross - am Ende wenig Sinn. Man wird abwarten müssen, ob nicht die gerichtliche Praxis zu einem anderen Verständnis kommt, bei dem alle Ausnahmen nebeneinander und unabhängig voneinander zur Anwendung gebracht werden können.

Für die praktische Handhabung der im Civil Evidence Act für statements in Dokumenten festgelegten Ausnahmen vom hearsay Verbot wichtig ist, daß nicht nur Originale zugelassen sind, sondern in weitem Umfang auch die Vorlage von Kopien gestattet wird. Section 6(1) bestimmt insoweit:

Where in civil proceedings a statement contained in a document is proposed to be given in evidence by virtue of section 2, 4 or 5 of this Act it may, subject to any rules of court, be proved by the production of that document or (whether or not that document is still in existence) by the production of a copy of that document, or of the material part thereof, authenticated in such manner as the court may approve.

Und was eine copy ist, legt Section 10(2) in folgender Weise fest:

... any reference to a copy of a document includes -

(a) in the case of a document falling within paragraph (c) but not (d) of the definition of 'document' in the foregoing subsection, a transcript of the sounds or other data embodied therein;

(b) in the case falling within paragraph (d) and not (c) of that definition, a reproduction or still reproduction of the image or images embodied therein, whether enlarged or not;

(c) in the case of a document falling within both those paragraphs, such a transcript together with such a still reproduction; and

(d) in the case of a document not falling within the said paragraph (d) of which a visual image is embodied in a document falling within that paragraph, a reproduction of that image, whether enlarged or not,

and any reference to a copy of the material part of a document shall be construed accordingly.

Es ist weiterhin zu beachten, daß alle Ausnahmen 'subject to rules of court' ausgestaltet sind. Für Verfahren vor dem High Court finden sich die Regeln in RSC Ord 38, rules 20-34 und für Verfahren vor dem County Court in CCR Ord 20, rules 14-26. Die Regeln enthalten zum Teil zusätzliche Voraussetzungen für die Zulassung der Ausnahmen vom hearsay Verbot und regeln vor allem eine 'notice procedure', die Überraschungseffekte ausschließen soll.¹¹⁷ Eine Partei, die um die Zulassung eines 'statements' nach Section 2, 4 oder 5 nachsucht, muß dartun, daß sowohl die Voraussetzungen dieser Vorschriften wie die Voraussetzungen der notice procedure erfüllt sind. Dazu legt schließlich Section 6(2) fest, daß das Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen unter Heranziehung und Würdigung aller Umstände festzustellen hat:

For the purpose of deciding whether or not a statement is admissible in evidence by virtue of section 2, 4 or 5 of this Act, the court may draw any reasonable inference

¹¹⁷ Siehe dazu *Keane* (a.a.O. Fußnote 109), page 258 ff.

from the circumstances in which the statement was made or otherwise came into being or from any other circumstances, including, in the case of a statement contained in a document, the form and contents of that document.

Zusammenfassend kann zum englischen Recht festgehalten werden, daß jedenfalls das hearsay Verbot und die best evidence rule eine Beweisführung mit Hilfe elektronischer Dokumente nicht nennenswert beeinträchtigen.

Eine andere Wertung mag sich mit Blick auf die Regelungen ergeben, die Verträgen die Durchsetzbarkeit nehmen, wenn sie nicht in einer Urkunde schriftlich fixiert sind (statute of frauds), oder die gegen den Inhalt von in schriftlichen Urkunden festgehaltenen vertraglichen Verpflichtungen einen anderen als mit Urkunden geführten Beweis nicht zulassen (parol evidence rule).

Doch soll diesen Fragen für England nicht weiter nachgegangen werden, weil ihnen für den hier im Zentrum der Diskussion stehenden Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Dokumentation kaum noch praktische Bedeutung zukommt. Der zunächst allumfassende Geltungsanspruch des statute of frauds von 1677 ist im Zuge der Entwicklung auf in Einzelregelungen festgelegte Schriftformerfordernisse für Geschäfte geschrumpft¹¹⁸, die kaum elektronisch abgewickelt werden dürften, und die zunächst so klare parol evidence rule¹¹⁹ ist durch eine so große Zahl von Ausnahmeregelungen betroffen, daß schon 1976 die Law Commission die Abschaffung der Regel vorgeschlagen hat, weil, wie es bei Cross¹²⁰ heißt, „its scope has become so limited by exceptions that its continuance leads to uncertainty in law“.

7. Vereinigte Staaten von Amerika

Auch das amerikanische Recht kennt mit dem statute of frauds Regeln, die die Durchsetzung vertraglicher Verpflichtungen an ein vom Verpflichteten unterschriebenes Schriftstück binden. Als Beispiel sei die Regelung für Kaufverträge über bewegliche Sachen im Uniform Commercial Code (UCC)¹²¹ angeführt.

¹¹⁸ Vgl. *Coester-Waltjen* (a.a.O. Fußnote), Rdnr. 446.

¹¹⁹ „Parol evidence cannot be received to contradict, vary, add to or subtract from the terms of a written contract or the terms in which the parties have deliberately agreed to record any part of their contract“ (Lord *Morris* in: *Bank of Australia v Palmer* [1897] AC 540 at 545).

¹²⁰ *Cross* (a.a.O. Fußnote 109), page 624. *Keane* (a.a.O. Fußnote 109), page 176, note 2, verzichtet von vornherein auf eine Darstellung der mit 'extrinsic evidence affecting the contents of a document' zusammenhängenden Fragen.

¹²¹ Der Uniform Commercial Code wird im Internet mit Annotations elektronisch vorgehalten vom Legal Information Institute der Cornell University Law School. Er ist via Datenautobahn erreichbar und abrufbar, wenn man einen Zugang zum Internet hat. Die Universität des Saarlandes stellt diesen Zugang allen ihren Mitgliedern kostenlos zur Verfügung. Das Zauberwort heißt World Wide Web. In ihm sind weltweit unzählige Informationen über sog. Hypertextlinks verbunden. Ein guter Ausgangspunkt für Rechtsinformationen im Internet ist der Rechtsweb-Server der Universität des Saarlandes (betreut vom Lehrstuhl für Rechtsinformatik, Prof. Dr. *Maximilian Herberger*). Wer über einen Zugang zum Internet verfügt und ein Programm zum Navigieren im World Wide Web hat, erreicht den Rechtsweb-Server der Universität des Saarlandes mit „<http://www.jura.uni-sb.de/>“. Von hier aus kann er sich zum Legal Information Institute der Cornell University Law School weiterreichen lassen. Direkt dorthin kommt man mit

Section 2-201. Formal Requirements; Statute of Frauds.

(1) Except as otherwise provided in this section a contract for the sale of goods for the price of \$500 or more is not enforceable by way of action or defense unless there is some writing sufficient to indicate that a contract for sale has been made between the parties and signed by the party against whom enforcement is sought or by his authorized agent or broker. A writing is not insufficient because it omits or incorrectly states a term agreed upon but the contract is not enforceable under this paragraph beyond the quantity of goods shown in such writing.

(2) Between merchants if within a reasonable time a writing in confirmation of the contract and sufficient against the sender is received and the party receiving it has reason to know its contents, it satisfies the requirements of subsection (1) against such party unless written notice of objection to its contents is given within 10 days after it is received.

(3) A contract which does not satisfy the requirements of subsection (1) but which is valid in other respects is enforceable

(a) if the goods are to be specially manufactured for the buyer and are not suitable for sale to others in the ordinary course of the seller's business and the seller, before notice of repudiation is received and under circumstances which reasonably indicate that the goods are for the buyer, has made either a substantial beginning of their manufacture or commitments for their procurement; or

(b) if the party against whom enforcement is sought admits in his pleading, testimony or otherwise in court that a contract for sale was made, but the contract is not enforceable under this provision beyond the quantity of goods admitted; or

(c) with respect to goods for which payment has been made and accepted or which have been received and accepted (Sec. 2-606).

Hier begegnet uns einerseits eine Wertgrenze von \$ 500, von der an die Durchsetzung vertraglicher Verpflichtungen an ein unterschriebenes Schriftstück gebunden ist. Die offiziellen Definitionen in Section 1-201 UCC lassen für die Unterschrift alles genügen, was das Schriftstück „authentifiziert“

(39) „Signed“ includes any symbol executed or adopted by a party with present intention to authenticate a writing.

und binden das Schriftstück an ein gegenständliches Substrat.

(46) „Written“ or „writing“ includes printing, typewriting or any other intentional reduction to tangible form.

Ein elektronisches Dokument dürfte keine „tangible form“ sein. Andererseits sieht die Regelung Ausnahmen vom Schriftformerfordernis zur Durchsetzung der Verpflichtung vor, wenn besondere Erfüllungsvorbereitungen getroffen oder Erfüllungshandlungen vollzogen worden sind. Dies kann jedenfalls im Rahmen von EDI-Geschäftsverbindungen dazu führen, daß es auf Schriftstücke gar nicht ankommt.

Für den Fall, daß die Ausnahmeregelungen vom Schriftformerfordernis nicht eingreifen, stellt sich die Frage, wie die Wahrung des Schriftformerfordernisses bewiesen

„<http://www.law.cornell.edu/>“. Bei den nachfolgenden Zitierungen amerikanischer Normtexte stütze ich mich jeweils auf die nachgewiesenen elektronischen Dokumentationen.

werden kann. Die Antwort findet sich in der best evidence rule und hat etwa im Staate Kalifornien¹²² folgenden gesetzlichen Ausdruck gefunden¹²³:

Section 1500 California Evidence Code

Except as otherwise provided by statute, no evidence other than the original of a writing is admissible to prove the content of a writing. This section shall be known and may be cited as the best evidence rule.

Die best evidence rule muß aber nicht das letzte Wort sein. Wie in England unter bestimmten Voraussetzungen secondary evidence erlaubt wird, so finden wir auch in Kalifornien eine Reihe von Ausnahmen von dem Gebot, das Original vorzulegen. Nach dem California Evidence Code ist ein anderes Beweismittel, etwa eine Kopie,

not made inadmissible by the best evidence rule, if

- the writing is lost or has been destroyed without fraudulent intent on the part of the proponent of the evidence (Section 1501).
- the writing was not reasonably procurable by the proponent by use of the court's process or by other available means (Section 1502).
- at a time when the writing was under the control of the opponent, the opponent was expressly or impliedly notified, by the pleadings or otherwise, that the writing would be needed at the hearing, and on request at the hearing the opponent has failed to produce the writing (Section 1503).
- the writing is not closely related to the controlling issues and it would be inexpedient to require its production (Section 1504).
- the writing is a record or other writing that is in the custody of a public entity (Section 1506).
- the writing has been recorded in the public records and the record or an attested or a certified copy thereof is made evidence of the writing by statute (Section 1507).

Und wenn es auch nicht möglich ist, eine Kopie des Originals vorzulegen, dann wird der Weg zu weiteren Beweismitteln (other secondary evidence) geöffnet.

Section 1505

If the proponent does not have in his possession or under his control a copy of a writing described in Section 1501, 1502, 1503, or 1504, other secondary evidence of the content of the writing is not made inadmissible by the best evidence rule.

Section 1508

If the proponent does not have in his possession a copy of a writing described in Section 1506 or 1507 and could not in the exercise of reasonable diligence have obtained a copy, other secondary evidence of the content of the writing is not made inadmissible by the best evidence rule.

¹²² Bei den hier behandelten prozeßrechtlichen Fragen sind die einzelstaatlichen Regeln innerhalb des US-amerikanischen Rechts von tragender Bedeutung. Bei einem der modernen Computertechnologie gewidmeten Beitrag liegt es nahe, das Recht des Staates herauszugreifen, der Silicon Valley beheimatet. Weiter unten S. 44 werden die Analysen durch eine Betrachtung des Bundesrechts ergänzt.

¹²³ Den California Evidence Code habe ich im Internet gefunden bei der Indiana Law School. Die Direktverbindung läßt sich im World Wide Web (oben Fußnote 121) mit „<http://www.law.indiana.edu/codes/ca/evid/evid.html>“ herstellen.

Schließlich können auch Zusammenfassungen aus umfangreichen Büchern und Ablagen entgegen der best evidence rule zum Beweise zugelassen werden.

Section 1509

Secondary evidence, whether written or oral, of the content of a writing is not made inadmissible by the best evidence rule if the writing consists of numerous accounts or other writings that cannot be examined in court without great loss of time, and the evidence sought from them is only the general result of the whole; but the court in its discretion may require that such accounts or other writings be produced for inspection by the adverse party.

Als secondary evidence können insoweit natürlich auch elektronische Dokumentationen herangezogen werden.

Unabhängig vom Nachweis des Inhalts von Schriftstücken durch Originale (primary evidence) und in (zahlreichen) Ausnahmen durch andere Beweismittel (secondary evidence) enthält der California Evidence Code eine eigenständige Beweisregelung für den Inhalt nicht an die Schriftform gebundener elektronischer Dokumentationen und Programme.

Section 1500.5

Notwithstanding the provisions of Section 1500, a printed representation of computer information or a computer program which is being used by or stored on a computer or computer readable storage media shall be admissible to prove the existence and content of the computer information or computer program. Computer recorded information or computer programs, or copies of computer recorded information or computer programs, shall not be rendered inadmissible by the best evidence rule. Printed representations of computer information and computer programs will be presumed to be accurate representations of the computer information or computer programs that they purport to represent. This presumption, however, will be a presumption affecting the burden of producing evidence only. If any party to a judicial proceeding introduces evidence that such a printed representation is inaccurate or unreliable, the party introducing it into evidence will have the burden of proving, by a preponderance of evidence, that the printed representation is the best available evidence of the existence and content of the computer information or computer programs that it purports to represent.

Für diese Dokumentationen ist im weiteren zu beachten, daß ihre Zulassung auch die Hürde des hearsay Verbots überwinden muß. Doch sollte das für alle wesentlichen Bereiche der elektronischen Dokumentation durch die business records exception gewährleistet sein, die für das kalifornische Recht in Section 1271 und 1272 geregelt ist:

Section 1271

Evidence of a writing made as a record of an act, condition, or event is not made inadmissible by the hearsay rule when offered to prove the act, condition, or event if:

- (a) The writing was made in the regular course of a business;
- (b) The writing was made at or near the time of the act, condition, or event;
- (c) The custodian or other qualified witness testifies to its identity and the mode of its preparation; and
- (d) The sources of information and method and time of preparation were such as to indicate its trustworthiness.

Section 1272

Evidence of the absence from the records of a business or a record of an asserted act, condition, or event is not made inadmissible by the hearsay rule when offered to prove the nonoccurrence of the act or event, or the nonexistence of the condition, if:

- (a) It was the regular course of that business to make records of all such acts, conditions, or events at or near the time of the act, condition, or event and to preserve them; and
- (b) The sources of information and method and time of preparation of the records of that business were such that the absence of a record of an act, condition, or event is a trustworthy indication that the act or event did not occur or the condition did not exist.

Was unter business zu verstehen ist, regelt Section 1270:

As used in this article, „a business“ includes every kind of business, governmental activity, profession, occupation, calling, or operation of institutions, whether carried on for profit or not.

Im US-amerikanischen Bundesrecht treffen wir beweisrechtlich auf eine durchaus vergleichbare Situation. Die einschlägigen Regeln finden sich hier in den Federal Rules of Evidence¹²⁴.

Beginnen wir mit der zuletzt erörterten Frage nach den Schranken, die das hearsay Verbot dem Beweis mit Hilfe elektronischer Dokumentationen setzen könnte, so treffen wir in Rule 803 (6) und (7) Federal Rules of Evidence auf die einschlägigen Bestimmungen der business records exception to hearsay.

Rule 803. Hearsay exceptions; availability of declarant immaterial

The following are not excluded by the hearsay rule, even though the declarant is available as a witness:

...

(6) Records of regularly conducted activity. - A memorandum, report, record, or data compilation, in any form, of acts, events, conditions, opinions, or diagnoses, made at or near the time by, or from information transmitted by, a person with knowledge, if kept in the course of a regularly conducted business activity, and if it was the regular practice of that business activity to make the memorandum, report, record, or data compilation, all as shown by the testimony of the custodian or other qualified witness, unless the source of information or the method or circumstances of preparation indicate lack of trustworthiness. The term 'business' as used in this paragraph includes business, institution, association, profession, occupation, and calling of every kind, whether or not conducted for profit.

(7) Absence of entry in records kept in accordance with the provisions of paragraph (6). - Evidence that a matter is not included in the memoranda reports, records, or data compilations, in any form, kept in accordance with the provisions of paragraph (6), to prove the nonoccurrence or nonexistence of the matter, if the matter was of a kind of which a memorandum, report, record, or data compilation was regularly made and preserved, unless the sources of information or other circumstances indicate lack of trustworthiness.

¹²⁴ Die Federal Rules werden kraft des Rules Enabling Act (28 USC § 2072) vom Supreme Court erlassen. Die Federal Rules of Evidence stammen aus dem Jahre 1975 und sind zuletzt 1993 geändert worden. Sie können ebenfalls elektronisch abgerufen werden beim Legal Information Institute der Cornell University Law School. Den direkten Zugriff hat man mit „<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/overview.htm>“.

Ist die Hürde des hearsay Verbots genommen, kommen als Beweismittel praktisch in erster Linie Computerausdrucke oder ähnliche 'outputs' in Betracht. Diese gelten nach den Definitionen in Rule 1001(3) und (4) der Federal Rules of Evidence selbst als Originale.

Rule 1001. Definitions

(3) Original. An „original“ of a writing or recording is the writing or recording itself or any counterpart intended to have the same effect by a person executing or issuing it. An „original“ of a photograph includes the negative or any print therefrom. If data are stored in a computer or similar device, any printout or other output readable by sight, shown to reflect the data accurately, is an „original“.

(4) Duplicate. A „duplicate“ is a counterpart produced by the same impression as the original, or from the same matrix, or by means of photography, including enlargements and miniatures, or by mechanical or electronic re-recording, or by chemical reproduction, or by other equivalent techniques which accurately reproduces the original.

Nach der in Rule 1002 festgelegten Verpflichtung ist grundsätzlich das Original vorzulegen.

Rule 1002. Requirement of original

To prove the content of a writing, recording, or photograph, the original writing, recording, or photograph is required, except as otherwise provided in these rules or by Act of Congress.

Die Beweisführung kann aber auch einerseits mittels Duplikat erfolgen, sofern nicht gerade die Authentizität des Originals in Frage steht oder die Zulassung des Duplikats treuwidrig wäre¹²⁵, und andererseits sogar mittels anderer Beweise zulässig sein, insbesondere wenn das Original verloren gegangen, zerstört, rechtlich nicht zu erlangen oder (in bestimmten Fällen) in den Händen des Beweisgegners ist¹²⁶. Für die Praxis macht es demnach nur geringen Unterschied, ob Reproduktionen elektronischer Daten als Original oder Duplikat gelten¹²⁷. Die Rechtsprechung hat sie denn auch schon frühzeitig in einem Präzedenzfall als

¹²⁵ Rule 1003. Admissibility of Duplicates

A duplicate is admissible to the same extent as an original unless (1) a genuine question is raised as to the authenticity of the original or (2) in the circumstances it would be unfair to admit the duplicate in lieu of the original.

¹²⁶ Rule 1004. Admissibility of Other Evidence of Contents

The original is not required, and other evidence of the contents of a writing, recording, or photograph is admissible if -

- (1) Originals lost or destroyed. - All originals are lost or have been destroyed, unless the proponent lost or destroyed them in bad faith; or
- (2) Original not obtainable. - No original can be obtained by any available judicial process or procedure; or
- (3) Original in possession of opponent. - At a time when an original was under the control of the party against whom offered, that party was put on notice, by the pleadings or otherwise, that the contents would be a subject of proof at the hearing, and that party does not produce the original at the hearing; or
- (4) Collateral matters. - The writing, recording, or photograph is not closely related to a controlling issue.

¹²⁷ *Weinstein`s Evidence*, Volume 5, New York 1994, page 1001-112 f.

Beweismittel zugelassen, weil personell und technisch hinreichende Sicherheit gewährleistet war¹²⁸.

Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß auch das elektronische Dokument selbst zu Beweis Zwecken herangezogen werden kann. Insoweit sind die Feststellungen der AWW, im US-amerikanischen Recht gelte anders als nach der britischen Lösung nur der Ausdruck als zivilprozeßrechtliches Beweismittel¹²⁹, zumindest mißverständlich. Denn Rule 1001(3) erweitert lediglich die beweisrechtliche Zulässigkeit aus Gründen der Praktikabilität auch auf die Reproduktionen. Das elektronische Dokument fällt dagegen bereits unter die Begriffsdefinition in Rule 1001(1) der Federal Rules of Evidence und ist als solches beweisrechtlich grundsätzlich zulässig:

(1) Writings and recordings. - Writings and recordings consist of letters, words, or numbers, or their equivalent, set down by handwriting, typewriting, printing, photostating, photographing, magnetic impuls, mechanical or electronic recording, or other form of data compilation.

Die angeführten Regeln beantworten implizit auch die Frage, was denn beweisrechtlich zu tun ist, wenn nach dem statute of frauds die Durchsetzung einer Verpflichtung von einem unterzeichneten Schriftstück abhängig gemacht wird: Es muß das Schriftstück im Original vorgelegt werden. Duplikate kommen in Betracht, wenn es nicht gerade auf das Original ankommt. Stehen weder das Original noch Duplikate zur Verfügung, so kann unter ähnlichen Voraussetzungen, wie sie das englische und das kalifornische Recht kennen, der Inhalt des Schriftstücks mit anderen Beweismitteln (secondary evidence) bewiesen werden¹³⁰.

Und auch der Umgang mit umfangreichen Dokumentationen, Sammlungen und Ablagen ist eigens geregelt:

Rule 1006. Summaries

The contents of voluminous writings, recordings, or photographs which cannot conveniently be examined in court may be presented in the form of a chart, summary, or calculation. The originals, or duplicates, shall be made available for examination or copying, or both, by other parties at reasonable time and place. The court may order that they be produced in court.

Weitere Einzelheiten zum Verhältnis zwischen elektronischen Dokumenten und ihren Reproduktionen¹³¹ ergeben sich aus dem Manual for Complex Litigation¹³².

¹²⁸ Transport Indemnity Co. v. Seib, 178 Neb. 253 (259), N.W. 2d 871 (1965).

¹²⁹ AWW-Schrift 06 531 (a.a.O. Fußnote 13), S. 16.

¹³⁰ Siehe oben Fußnote 126.

¹³¹ Eine bundesrechtliche Vorschrift erlaubt die elektronische Dokumentation unter Zerstörung der nicht elektronischen Ursprungsdokumente ohne beweisrechtliche Nachteile:
28 USC § 1732. Record made in regular course of business; photographic copies
If any business, institution, member of a profession or calling, or any department or agency of government, in the regular course of business or activity has kept or recorded any memorandum, writing, entry, print, representation or combination thereof, of any act, transaction, occurrence, or event, and in the regular course of business has caused any or all of the same to be recorded, copied, or reproduced by any photographic, photostatic, microfilm, micro-card, miniature photographic, or other process which accurately reproduces or forms a durable medium for so reproducing the original, the original may be destroyed in the regular course of business unless its preservation is required by law. Such

Umfangreiche oder komplizierte Daten sollen zwar nach Möglichkeit in Form von Ausdrucken, sogar in mündlichen Berichten oder in sonstigen unmittelbar wahrnehmbaren Vergegenständlichungen dargelegt werden. Soweit die Beweiseignung derartiger Reproduktionen dabei offen bleibt, können und müssen die elektronischen Speichereinheiten aber selbst (via Bildschirm oder in ähnlicher Weise) in Augenschein genommen werden. Hier von Interesse sind insoweit folgende Auszüge aus dem *Manual for Complex Litigation (1981)* in Section 2.71¹³³:

Voluminous or complicated data of an admissible character should, whenever possible, be presented through written or oral summaries, tabulations, charts, graphs, or extracts. The underlying data, together with the proposed exhibits or summary testimony, should be made available to opposing counsel well in advance of the time they are to be offered, to permit all objections to be raised and if possible resolved prior to the offer. Underlying data should not be placed in evidence in the ordinary case. (Section 2.711)

When computer-maintained records and computer analyses of raw data are valuable sources of evidence, their use and admissibility should be promoted and facilitated. Computer inputs and outputs, the underlying data, and the program method employed should be made available to the opposing party in advance of trial as condition of admissibility. (Section 2.714)

Summaries and analyses of masses of data made by a computer should be admitted on the same basis as other summaries of analyses. Computer inputs and outputs, the underlying data, and the program method employed should be made available to the opposing party in advance of trial as condition of admissibility. (Section 2.717)

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß im US-amerikanischen Recht, soweit nicht für die Durchsetzung vertraglicher Verpflichtungen unterzeichnete Schriftstücke verlangt werden, kraft ausdrücklicher Regelung sowohl die elektronischen Dokumente selbst als auch ihre Reproduktionen, sofern sie mit den

reproduction, when satisfactorily identified, is as admissible in evidence as the original itself in any judicial or administrative proceeding whether the original is in existence or not and an enlargement or facsimile of such reproduction is likewise admissible in evidence if the original reproduction is in existence and available for inspection under direction of court. The introduction of a reproduced record, enlargement, or facsimile does not preclude admission of the original. This subsection shall not be construed to exclude from evidence any document or copy thereof which is otherwise admissible under the rules of evidence.

¹³² Bei dem *Manual for Complex Litigation* handelt es sich um eine Handreichung des Federal Judicial Center (siehe 28 USC § 620) zur Behandlung von Großverfahren. Das Federal Judicial Center hat die Aufgabe, Richter zu unterstützen und fortzubilden. Es bedient sich dazu modernster Technologien der elektronischen Dokumentation und Information. Es unterhält nämlich - wie viele andere öffentliche Stellen in den Vereinigten Staaten auch - einen eigenen, für jedermann zugänglichen WorldWideWeb-Server im Internet mit Informationen zu seiner Tätigkeit und den Ergebnissen seiner Tätigkeit (Publikationen wie dem *Manual for Complex Litigation*). Dort steht etwa ein komplettes Handbuch zum Sachverständigenbeweis zur Verfügung, das es gedruckt noch gar nicht gibt. Wer Zugang zum Internet und ein Programm hat, mit dem er im WWW navigieren kann, kann sich zum Federal Judicial Center verbinden mit „<http://www.fjc.gov/>“.

¹³³ First, Fourth and Seventh Recommendations, *Manual for Complex Litigation*, zitiert nach *David Bender, Computer Law - Software Protection, Volume 3, New York 1994, Page 5-70 f.* Bender zitiert aus der ersten Auflage des Manuals. 1985 hat es eine zweite Auflage gegeben, die mir indessen bei der Abfassung des Textes nicht vorlag. Inzwischen ist vom Federal Judicial Center für 1995 eine dritte Auflage angekündigt.

gespeicherten Daten übereinstimmen, als Originale grundsätzlich beweisgeeignet sind. Sie müssen allerdings dem im common law (noch) allgemein vorherrschenden Anliegen gerecht werden, nur beste Beweismittel zuzulassen und die auch im Zivilprozeß mögliche Geschworenen-Jury vor unsachlicher Beeinflussung zu schützen¹³⁴. Es geht daher vor allem um die Frage, inwieweit die in Rede stehenden Dokumente als sachnächste Beweismittel zuzulassen oder als „Beweis vom Hörensagen“¹³⁵ zurückzuweisen sind. Demzufolge diskutiert auch die Rechtsprechung US-amerikanischer Gerichte die Beweisqualität überwiegend im Zusammenhang mit der „Best Evidence Rule“ sowie insbesondere der „Business Records Exception to Hearsay Rule“¹³⁶. Kriterien für das erforderliche Maß an Authentizität und Identifikation sind insbesondere: Zuverlässigkeit von Hard- und Software, Integrität der Dateneingabe, Verfahren zur Verhinderung von Datenverlusten sowie Termine und Verfahren zum Erstellen von Reproduktionen¹³⁷.

VI. Ergebnis nach den rechtsvergleichenden Betrachtungen

Die wenigsten Probleme bei der Beweisführung mit Hilfe elektronischer Dokumente haben die civil law Länder des europäischen Kontinents, die wie die Bundesrepublik Deutschland, Österreich und die Schweiz nicht den Urkundenbeweis ab bestimmten Streitwerten vorschreiben. Die Beweisführung mit Hilfe elektronischer Dokumente ist dort für alle Fragen ohne weiteres zugelassen. Man mag allenfalls noch darüber diskutieren, ob die Zuordnung der elektronischen Dokumente zum Augenscheinsbeweis (und nicht zum Urkundenbeweis) zu einer unangemessenen Behandlung der elektronischen Dokumente führt. Das ist indessen nicht der Fall, da die entscheidende Frage nach der Verlässlichkeit der elektronischen Dokumente sich bei dem einen wie dem anderen Beweismittel in gleicher Weise stellt und vom Gericht - gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen - im Rahmen freier Beweiswürdigung entschieden werden muß.

Wo wie in Frankreich und in den vom französischen Recht beeinflussten Ländern Belgien und Griechenland ein Urkundenbeweis ab bestimmten Streitwerten verlangt wird, hat man mit den elektronischen Dokumenten ein ernsthaftes Problem. Wenn man die elektronischen Dokumente nicht den Urkunden gleichstellen kann, sind sie als Beweismittel entweder ganz ausgeschlossen oder nur über „Krücken“ wie dem commencement de la preuve par écrit eingeschränkt verwendbar.

In den common law Ländern gibt es mit dem statute of frauds vergleichbare Probleme. Überdies muß man die Frage beantworten, ob elektronische Dokumente vor dem Hintergrund der best evidence rule und des allgemeinen hearsay Verbots

¹³⁴ Vgl. *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozeßrecht, München 1988, S. 58.

¹³⁵ Geregelt in den hearsay rules der Federal Rules of Evidence, rules 801 ff.

¹³⁶ Eine umfangreiche Rechtsprechungsübersicht hierzu findet sich bei *David Bender* (a.a.O. Fußnote 133), page 5-76 bis 5-106.

¹³⁷ *Skupsky*, Legal requirements for Microfilm, Computer and Optical Disc Records, Denver 1991, page 42-45, nachgewiesen in AWV - Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung e.V., AWV-Schrift 06 531, S. 16.

als Beweismittel zugelassen werden können. Die Frage wird in England wie in den Vereinigten Staaten von Amerika weitestgehend positiv beantwortet.

VII. Mitwirkungslasten und -pflichten bei der Beweisführung mit Hilfe elektronischer Dokumente

Eine bislang nicht aufgeworfene und von der Zulässigkeit elektronischer Dokumente als Beweismittel und der Anwendung von Beweisregeln des Urkundenbeweises zu trennende Frage ist die nach den Mitwirkungslasten und -pflichten der Prozeßparteien und außerhalb des Prozesses stehender Dritter bei der Beweisführung mit Hilfe elektronischer Dokumente¹³⁸. Diese Frage kann sich in den unterschiedlichsten Zusammenhängen stellen. Es ist denkbar, daß die beweisbelastete Partei einen Beweis mit eigenen elektronischen Dokumenten oder mit fremden elektronischen Dokumenten führen will. Die fremden Dokumente können sich in der Verfügungsgewalt des Prozeßgegners, der insoweit nicht beweisbelasteten Partei, oder in der Verfügungsgewalt einer dritten Person befinden.

1. Eigene elektronische Dokumente

Will die beweisbelastete Partei einen Beweis mit eigenen elektronischen Dokumenten führen, muß sie dem Gericht (und dem Gegner) nicht nur den Zugang zu dem fraglichen Dokument (beginnend in der Regel mit der Vorlage eines Computerausdrucks) eröffnen, sondern auch alle Informationen offenbaren, die für die Prüfung der Verlässlichkeit erforderlich sind, und in diesem Rahmen dem Gericht oder einem gerichtlichen Sachverständigen Zugang zu dem System selbst verschaffen. Tut sie das nicht, läuft sie Gefahr, den ihr obliegenden Beweis nicht führen zu können und den Prozeß aufgrund der sie treffenden Beweislast zu verlieren. Insoweit regelt die Beweislast das zur Wahrheitsfindung gewünschte Aktivitäts- und Mitwirkungs niveau. Wir haben es mit einem Fall der Mitwirkungs last zu tun.

2. Elektronische Dokumente in der Verfügungsgewalt des Prozeßgegners

Will die beweisbelastete Partei einen Beweis mit elektronischen Dokumenten führen, die sich in der Verfügungsgewalt des Prozeßgegners befinden, so versagt das Lastenmodell. Nach dem quasi naturrechtlichen Prozeßrechtsgrundsatz „Nemo contra se edere tenetur!“ soll niemandem zugemutet werden, gegen sein eigenes Fleisch zu wüten. Der Prozeßgegner könnte also trotz der ihm ungünstigen Dokumentationslage die Hände in den Schoß legen, sein Gegenüber beweislos stellen und seine fehlende Mitwirkung mit dem Prozeßsieg belohnt finden. Dieses Ergebnis wird von manchen zumindest in abgemilderter Form akzeptiert. Man beschränkt den Grundsatz lediglich mit Blick auf materiellrechtliche Auskunfts- und Offenbarungsansprüche oder konzidiert minimale Korrekturen im Rahmen des

¹³⁸ Mit dieser Frage rückt die Informationsbeschaffung ins Blickfeld. Ihr sind schwerpunktmäßig die Beiträge von *Hay* und *Junker* in diesem Bande gewidmet. Da die elektronischen Dokumente entweder Urkunden oder Augenscheinsobjekte sind, tut der Leser gut daran, mindestens die den Urkunden und Augenscheinsobjekten geltenden Ausführungen von *Hay* ergänzend zu meinen Einschätzungen heranzuziehen.

Lastenmodells und auch am Modell selbst durch Herabsetzung der Substantiierungslast der beweisbelasteten Partei unter gleichzeitiger Steigerung der Last zur substantiierten Verteidigung der nicht beweisbelasteten Partei oder durch Heranziehung der Rechtsfigur der Beweisvereitelung¹³⁹. Andere versuchen dagegen dem deutschen Zivilprozeß den Weg in die „prozessuale Moderne“¹⁴⁰ zu weisen und eine allgemeine prozessuale Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei zu begründen¹⁴¹.

Es könnte sich hier auch abermals ein Streitfeld zur Einordnung der elektronischen Dokumente in den Bereich des Augenscheinsbeweises oder in den Bereich des Urkundenbeweises auftun, wenn nämlich de lege lata beim Urkundenbeweis stärkere Offenbarungs- und Mitwirkungspflichten gelten sollten als beim Augenscheinsbeweis. Eine solche Position wird in der Tat bei *Steeger*¹⁴² entwickelt, der mit guten Gründen eine allgemeine Urkundeneditionspflicht annimmt und mit weniger guten Gründen eine allgemeine Pflicht zur Duldung und Ermöglichung des Augenscheins verwirft. Doch scheint mir der Zuordnungstreit hier wie bei dem Beweiswert elektronischer Dokumente wenig fruchtbar zu sein. Zum einen herrscht trotz der Entwicklungen *Steegers* in der zivilprozessualen Dogmatik durchaus keine Einigkeit über eine die Regeln der §§ 422 und 423 ZPO transzendierende allgemeine Urkundeneditionspflicht. Im Gegenteil machen sich gewichtige Stimmen dafür stark, die in den §§ 143, 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO angelegten Möglichkeiten nach Maßgabe der §§ 142, 422 und 423 ZPO einzuschränken¹⁴³. Zum anderen sollte man sich nicht ohne Not an der Erweiterung des um das Recht auf Information und Beweis geknüpften deutschen Flickenteppichs um einen zusätzlichen Flicker beteiligen, sondern stattdessen die beweisrechtlichen Überlegungen zu einem modernen Dokumentations- und Kommunikationsinstrument nutzen, dem deutschen Zivilprozeß auch mit Blick auf die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei das Tor zur prozessualen Moderne zu öffnen, durch das im internationalen Vergleich viele der uns politisch wie wirtschaftlich verbundenen Staaten längst gegangen sind. Es gilt Abschied zu nehmen vom Grundsatz: „Nemo contra se edere tenetur!“ Gerechte Entscheidungen können nur auf der Grundlage der Wahrheit der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalte ergehen. Und jede der streitbeteiligten Parteien ist gehalten, das Ihre dazu beizutragen, daß die Wahrheit ans Licht komme. Selbstverständlich nicht um jeden Preis! Man wird sich über Privilegien verständigen und häufig in einen Abwägungsprozeß über miteinander

¹³⁹ *Stein/Jonas/Leipold* (a.a.O. Fußnote 14), § 138 Rdnr. 22; *Lüke, Gerhard*, Der Informationsanspruch im Zivilrecht, JuS 1986, 2 (3); *Greger* in: *Zöller* (a.a.O. Fußnote 14), § 138 Rdnr. 8a.

¹⁴⁰ *Schlösser*, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JZ 1991, 599.

¹⁴¹ Grundlegend *Stürmer*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976; *ders.*, Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß, ZJP 98 (1985), 237. Der Alternativkommentar zur ZPO (a.a.O. Fußnote 14) hat darin schon immer die bessere Alternative gesehen, *AK-ZPO/Eike Schmidt*, § 138 Rdnr. 17 ff.

¹⁴² Die zivilprozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien beim Urkunden- und Augenscheinsbeweis, Diss. Hamburg 1981.

¹⁴³ *Stein/Jonas/Leipold* (a.a.O. Fußnote 14), § 142 Rdnr. 3; vgl. *Greger* in *Zöller* (a.a.O. Fußnote 14), § 142 Rdnr. 2; *Baumbach/LauterbachAlbers/Hartmann* (a.a.O. Fußnote 14), § 142 Rdnr. 2.

konkurrierende Gerechtigkeitsprinzipien eintreten müssen. Doch liegt die Begründungslast nicht einseitig bei der prozessualen Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei. Vielmehr bedarf die Zulassung von Ausnahmen vom Gebot der Entscheidung auf der Grundlage wahrer und nicht fiktiver Sachverhalte der Begründung. Sie kann nur in höherwertigen Gütern als dem Gut auf Wahrheit beruhender Entscheidungen gefunden werden.

Wer sich, wie die traditionelle deutsche Prozeßrechtswissenschaft¹⁴⁴ und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁴⁵, weiterhin zum Grundsatz: „Nemo contra se edere tenetur!“ bekennt, der bleibt darauf angewiesen, auch für elektronische Dokumente in der Verfügungsgewalt des Prozeßgegners des Ausnahmepotential auszuschöpfen, das zu diesem Grundsatz entwickelt worden ist. Er muß nach materiellrechtlichen Ansprüchen fahnden¹⁴⁶, prozessuale Sonderregeln ausfindig machen¹⁴⁷, Überlegungen zum Umfang der Substantiierungslast für Behauptungen und Gegenbehauptungen anstellen¹⁴⁸ und eventuell zum Instrument der Beweisvereitelung mit seinen prozessualen Sanktionen greifen¹⁴⁹.

3. Elektronische Dokumente in der Verfügungsgewalt Dritter

Unbeantwortet ist schließlich noch die Frage, wie die beweisbelastete Partei einen Beweis mit Hilfe elektronischer Dokumente führen kann, die sich in der Verfügungsgewalt eines nicht am Prozeß beteiligten Dritten befinden. Das deutsche Prozeßrecht hält dafür auch keine Antwort bereit. Beim Urkundenbeweis wie beim Augenscheinsbeweis können außerhalb des Prozesses stehende Dritte nur dann in Pflicht genommen werden, wenn der Beweisführer aufgrund materiellrechtlicher Bestimmungen einen Anspruch auf Urkundenvorlage oder auf Duldung des Augenscheins gegen den Dritten hat.

Rechtspolitisch ist diese Regelung mißglückt. Sie verschließt unnötig Aufklärungsmöglichkeiten und steht in einem unaufgelösten Wertungswiderspruch zu der fast uneingeschränkten Pflicht eines jeden Dritten, als Zeuge oder

¹⁴⁴ Arens, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZJP 96 (1983), 1; Lüke (a.a.O. Fußnote 139), JuS 1986, 2; Stein/Jonas/Leipold (a.a.O. Fußnote 14), § 138 Rdnr. 22; Rosenberg/Schwab/Gottwald (a.a.O. Fußnote 14), § 117 IV (S. 680); mit Abstrichen auch MünchKommZPO-Peters (a.a.O. Fußnote 14), § 138 Rdnr. 22.

¹⁴⁵ Vgl. BGH, 11. Juni 1990, II ZR 159/89, ZJP 104 (1991), 203 mit dem amtlichen Leitsatz: „Die Zivilprozeßordnung kennt keine - über die anerkannten Fälle der Pflicht zum substantiierten Bestreiten hinausgehende - allgemeine Aufklärungspflicht der nicht darlegungs- und beweispflichtigen Partei.“ Dem BGH stimmt zu Schreiber, Zur Frage, inwieweit die Parteien eines Zivilprozesses eine allgemeine Aufklärungspflicht trifft, JR 1991, 415. Eine kritische Anmerkung stammt aus der Feder von Stürmer, Zur allgemeinen Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZJP 104 (1991), 208.

¹⁴⁶ Etwa für die Offenlegung ärztlicher Dokumentationen.

¹⁴⁷ Wie § 258 Abs. 1 HGB für Handelsbücher.

¹⁴⁸ Das ist die Lösung des Bundesgerichtshofs in Fußnote 145.

¹⁴⁹ Eine geschickte Handhabung des Gesamtinstrumentariums mag da durchaus zu denselben Ergebnissen führen, die die Anerkennung der prozessualen Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei mit sich brächte.

Sachverständiger zur Aufklärung eines streitigen Sachverhalts beizutragen. Warum man aber nicht soll zeigen müssen, worüber man unter Zwang (§ 390 ZPO) zum Sprechen angehalten werden kann, ist letztlich nicht begründbar. Die Kommission für das Zivilprozeßrecht hatte deshalb mit Recht einen Novellierungsvorschlag unterbreitet, der Dritte in Kongruenz zu ihrer Zeugnispflicht¹⁵⁰ auch verpflichtete, eine Sache vorzulegen oder bereitzuhalten¹⁵¹. Dem trägt der mit dem Rechtspflegevereinfachungsgesetz vom 17.12.1990 in die Zivilprozeßordnung eingefügte § 378 ZPO leider keine Rechnung. Zwar wird dem Zeugen die Verpflichtung auferlegt, „Aufzeichnungen und andere Unterlagen einzusehen und zu dem Termin mitzubringen, wenn ihm dies gestattet und zumutbar ist“ (Abs. 1 Satz 1). Das soll aber nicht bedeuten, daß der Zeuge dem Gericht oder den Parteien Einblick in die Unterlagen geben muß. Vielmehr bleibt es insoweit bei dem in § 429 ZPO angelegten Verweis auf materiellrechtliche Verpflichtungen des Zeugen zur Offenlegung (§ 378 Abs. 1 Satz 2 ZPO). § 378 Abs. 1 Satz 1 ZPO enthält keine Offenlegungs-, sondern lediglich eine Erinnerungsauffrischungs- und -stützungspflicht. Diese gilt selbstverständlich auch mit Blick auf Computerausdrucke und elektronische Dokumente.

VIII. Rechtsvergleichende Betrachtungen

Das Recht auf Information und Beweis ist in anderen Rechtsordnungen wesentlich stärker ausgeprägt als im Recht der Bundesrepublik Deutschland. Auch in diesen Rechtsordnungen galt einmal der Grundsatz: „Nemo contra se edere tenetur!“ Sie haben den Grundsatz aber in zum Teil dramatischen Kehrtwendungen verabschiedet.

1. Vereinigte Staaten von Amerika

Am radikalsten geschah dies mit der Einführung des discovery-Verfahrens¹⁵² in den Vereinigten Staaten von Amerika durch die Federal Rules of Civil Procedure¹⁵³ im Jahre 1938. Rule 26(b)(1) lautete damals und lautet heute:

Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, which is relevant to the subject matter involved in the pending action, whether it relates to the claim or defense of the party seeking discovery or to the claim or defense of any other party, including the existence, description, nature, custody, condition and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. It is not ground for objection that the information sought will be inadmissible at the trial if the information sought appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.

¹⁵⁰ Die Bindung an die Zeugnispflicht gibt über die Zeugnisverweigerungsrechte genügend Raum für die Berücksichtigung von legitimen Interessen des Dritten, seine Informationen im Einzelfall nicht preiszugeben.

¹⁵¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, 1977, S. 151 ff.

¹⁵² Umfassende Darstellung (naturgemäß ohne die 1993 eingeführten Neuerungen) bei *Junker*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, Heidelberg 1987.

¹⁵³ Zur Entstehung der Federal Rules vgl. oben Fußnote 124. Elektronisch erreicht man die Federal Rules of Civil Procedure im World Wide Web (oben Fußnote 121) mit „<http://www.law.cornell.edu/rules/fre/overview.html>“.

Dabei ist zunächst bemerkenswert, daß die discovery nicht durch die Zulassungsregeln des Beweisrechts beeinträchtigt wird und deshalb auch solche Informationen zugänglich gemacht werden müssen, die als Beweis in das trial-Verfahren nicht eingeführt werden dürfen, die aber den Weg zu Beweismitteln weisen können, welche ihrerseits auch in das trial-Verfahren eingeführt werden dürfen. Durch die 1970 geänderte Rule 34(a) wird klargestellt, daß auch in Computern gespeicherte Informationen zugänglich gemacht werden müssen:

Any party may serve on any other party a request (1) to produce and permit the party making the request, or someone acting on the requestor's behalf, to inspect and copy, any designated documents (including writings, drawings, graphs, charts, photographs, phono records, and other data compilations from which information can be obtained, translated, if necessary, by the respondent through detection devices into reasonably usable form), or to inspect and copy, test, or sample any tangible things which constitute or contain matters within the scope of Rule 26(b) and which are in the possession, custody or control of the party upon whom the request is served; or (2) to permit entry upon designated land or other property in the possession or control of the party upon whom the request is served for the purpose of inspection and measuring, surveying, photographing, testing, or sampling the property or any designated object or operation thereon, within the scope of Rule 26(b).

Durch eine Reform im Jahre 1993 ist das discovery-Verfahren durch die Einführung von required automatic disclosures grundlegend verändert worden, und zwar nicht im Sinne eines Abbaus des Rechts auf Information und Beweis, sondern im Sinne der Stärkung dieses Rechts durch ungefragt zu erfüllende Offenbarungs- und Aufdeckungspflichten¹⁵⁴. Die knappe alte Rule 26(a)

Parties may obtain discovery by one or more of the following methods: depositions upon oral examination or written questions; written interrogatories, production of documents or things or permission to enter upon land or other property, for inspection and other purposes; physical and mental examinations; and request for admission.

wurde mit Wirkung vom 1. Dezember 1993 durch die neue Rule 26(a) ersetzt:

(1) *Initial Disclosures*. Except to the extent otherwise stipulated or directed by order or local rule, a party shall, without awaiting a discover request, provide to other parties:

(A) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information relevant to disputed facts alleged with particularity in the pleadings, identifying the subjects of the information;

(B) a copy of, or a description by category and location of, all documents, data compilations, and tangible things in the possession, custody, or control of the party that are relevant to disputed facts alleged with particularity in the pleadings;

(C) a computation of any category of damages claimed by the disclosing party, making available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, not privileged or protected from disclosure, on which such computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; and

¹⁵⁴ Einführend *Reimann*, Beyond Fishing - Weitreichende Neuerungen im amerikanischen Discovery-Verfahren, IPRax 1994, 152 und mit Blick auf elektronische Dokumente *Karger*, >Discovery< computergespeicherter Daten im US-amerikanischen Zivilprozeß, CR 1994, 660.

(D) for inspection and copying as under Rule 34 any insurance agreement under which any person carrying on an insurance business may be liable to satisfy part or all of a judgment which may be entered in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment.

Unless otherwise stipulated or directed by the court, these disclosures shall be made at or within 10 days after meeting of the parties under subdivision (f). A party shall make its initial disclosures based on the information then reasonably available to it and is not excused from making its disclosures because it has not fully completed its investigation of the case or because another party has not made its disclosures.

(2) *Disclosure of Expert Testimony.*

(A) In addition to the disclosures required by paragraph (1), a party shall disclose to other parties the identity of any person who may be used at trial to present evidence under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence.

(B) Except as otherwise stipulated or directed by the court, this disclosure shall, with respect to a witness who is retained or specially employed to provide expert testimony in the case or whose duties as an employee of the party regularly involve giving expert testimony, be accompanied by a written report prepared and signed by the witness. The report shall contain a complete statement of all opinions to be expressed and the basis and reasons therefore; the data or other information considered by the witness in forming the opinions, any exhibits to be used as a summary of or support for the opinions, the qualifications of the witness, including a list of all publications authored by the witness within the preceding ten years; the compensation to be paid for the study and testimony; and a listing of any other cases in which the witness has testified as an expert at trial or by deposition within the preceding four years.

(C) These disclosures shall be made at the times and in the sequence directed by the court. In the absence of other directions from the court or stipulation by the parties, the disclosures shall be made at least 90 days before the trial date or the date the case is to be ready for trial or, if the evidence is intended solely to contradict or rebut evidence on the same subject matter identified by another party under paragraph (2)(B), within 30 days after the disclosure made by the other party. The parties shall supplement these disclosures when required under subdivision (e)(1).

(3) *Pretrial Disclosures.* In addition to the disclosures required in the preceding paragraphs, a party shall provide to other parties the following information regarding the evidence that it may present at trial other than solely for impeachment purposes:

(A) the name and if not previously provided, the address and telephone number of each witness, separately identifying those whom the party expects to present and those whom the party may call if the need arises;

(B) the designation of those witnesses whose testimony is expected to be presented by means of a deposition and, if not taken stenographically, a transcript of the pertinent portions of the deposition testimony; and

(C) an appropriate identification of each document or other exhibit, including summaries of other evidence, separately identifying those which the party expects to offer and those which the party may offer if the need arises.

Unless otherwise directed by the court, these disclosures shall be made at least 30 days before trial. Within 14 days thereafter, unless a different time is specified by the court, a party may serve and file a list disclosing (i) any objections to the use under Rule 32(a) of a deposition designated by another party under subparagraph (B) and (ii) any objection, together with the grounds therefor, that may be made to the admissibility of materials identified under subparagraph (C). Objections not so disclosed, other than objections under Rules 402 and 403 of the Federal Rules of

Evidence, shall be deemed waived unless excused by the court for good cause shown.

(4) *Form of Disclosures; Filing.* Unless otherwise directed by order or local rule, all disclosures under paragraphs (1) through (3) shall be made in writing, signed, served, and promptly filed with the court.

(5) *Methods to Discover Additional Matter.* Parties may obtain discovery by one or more of the following methods: depositions upon oral examination or written questions, written interrogatories, production of documents or things or permission to enter upon land or other property under Rule 34 or 45(1)(1)(C), for inspection and other purposes; physical and mental examinations; and requests for admission.

Da es bei der automatic disclosure an Anhaltspunkten dafür fehlt, was denn alles ohne Anforderung aufgedeckt werden soll, muß das, was sonst der Anforderung entnommen werden kann, hier erstmals gesetzlich geregelt werden. Das geschieht mit dem Merkmal „relevant to disputed facts alleged with particularity in the pleadings“. Damit ist eine Art Substantiierungsgebot formuliert.

Über die den Gegner in Pflicht nehmende discovery und disclosure hinaus eröffnen die Federal Rules of Civil Procedure auch den Zugriff auf Informationen, die sich in der Verfügungsgewalt Dritter befinden. Das geschieht durch eine Erstreckung der in Rule 34(a) für Parteien geregelten umfassenden Vorlagepflicht auf Dritte in Rule 34(c):

A person not a party to the action may be compelled to produce documents and things or submit to an inspection as provided in Rule 45.

Und Rule 45¹⁵⁵ bestimmt in (a)(1)(C):

Every subpoena shall

command each person to whom it is directed to attend and give testimony or to produce and permit inspection and copying of designated books, documents or tangible things in the possession, custody or control of that person, or to permit inspection of premises, at the time and place therein specified.

2. England

Die Einfügung der required disclosures in das neue Discovery-Verfahren geschah u.a. nach englischem und kanadischem Vorbild¹⁵⁶. Da nimmt es nicht wunder, wenn wir auch in England auf eine Rechtslage stoßen, in der für den Grundsatz: „Nemo contra se edere tenetur!“ kein Raum ist. Das entscheidende Rechtsinstitut dort heißt automatic reciprocal discovery of documents. Wie die required automatic disclosures der neuen Federal Rules of Civil Procedure hält dieses Institut die Parteien ohne Antrag der Gegenseite und ohne eine Anordnung des Gerichts an, der jeweils anderen Partei eine Liste aller Dokumente zu übermitteln, die sich in ihrem Besitz befinden oder befanden und die sich auf irgendeine zwischen ihnen streitige Behauptung im Zusammenhang mit dem Rechtsstreit

¹⁵⁵ Sie enthält die subpoena-Bestimmung. Die subpoena wird zur subpoena duces tecum, wenn sie das Mitbringen und Offenlegen von Materialien anordnet.

¹⁵⁶ Advisory Committee's Note to 1993 Amendment of Rule 26, hier zitiert nach Moore's Federal Practice, 1994, Federal Rules of Civil Procedure, Part 1, page 329.

beziehen¹⁵⁷. Die andere Partei hat ein Recht auf Einsicht und die Anfertigung von Auszügen, sofern nicht ausnahmsweise über sog. privilegiertes Einsichtsverweigerungsrechte begründet sind. Und das alles geht auf eine mehr als hundertjährige Tradition zurück. Denn schon in *Compagnie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Co* (1882) 11 Queen's Bench Division 55 (62 f.) heißt es, daß jedes Dokument offenbart werden muß, von dem vernünftigerweise vermutet werden kann, daß es die Information enthält, die die Partei, welche discovery verlangt, in die Lage versetzt, ihr eigenes Prozeßziel zu fördern oder das des Gegners zu behindern, sofern es sich um ein Dokument handelt, das zu erfolgsversprechenden Nachforschungen in die eine oder andere Richtung führen kann („... any document which, it is reasonable to suppose, contains information which may enable the party (applying for discovery) either to advance his own case or to damage that of his adversary, if it is a document which will fairly lead him to a train of inquiry which may have either of these two consequences“).

Zu der automatic reciprocal discovery of documents ist in den siebziger Jahren noch die „Anton-Piller-Order“ getreten, bei der es um eine richterlich erlaubte Raumdurchsuchung durch den Antragsteller, seinen Anwalt und Experten geht mit dem Ziel einer zivilprozeßrechtlichen Informations- und Beweismittelbeschlagnahme. Ursprünglich nur für Fälle des Verdachts der Verletzung gewerblicher Schutzrechte gedacht, steht die „Anton-Piller-Order“ inzwischen für alle Fälle zur Verfügung, in denen ein schneller Zugriff auf die beim Gegner befindlichen Informationen geboten erscheint.

In England können wie in den Vereinigten Staaten von Amerika auch Dritte angehalten werden, die in ihrer Verfügungsgewalt stehenden Dokumente zur Verfügung zu stellen. Das geschieht mit der subpoena duces tecum, die allerdings das zu offenbarende Dokument genau bezeichnen muß, um durchsetzbar zu sein¹⁵⁸.

3. Österreich und Schweiz

Auch im kontinental-europäischen Rechtskreis finden sich deutliche Abstandnahmen vom Grundsatz: „Nemo contra se edere tenetur!“

In Österreich haben die Mitwirkungs- und Aufklärungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei eine schon längere Tradition. Sie gehen auf *Franz Klein* zurück - „ein rein juristisches Turnier gewesen, ist der Prozeß vom Standpunkt der Gesellschaft vergeudetete Arbeit“¹⁵⁹ - und werden von *Fasching* mit der Feststellung belegt: „Im Prozeß soll nicht der Aktivere und Geschicktere siegen, sondern derjenige, der Recht hat. Das läßt sich nur durch eine Verstärkung der

¹⁵⁷ Documents which are or have been in its possession custody or power relating to any matter in question between them in the action (Rule of the Supreme Court Order 24 rule 2 (1)).

¹⁵⁸ Re Emma Silver Mining Co (1875) 10 Cr App 194: Die Order, „die Bücher vorzulegen“, war zu weit gefaßt.

¹⁵⁹ Zitiert nach *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, Neuwied u.a. 1978, S. 11. Dort findet sich auch eine umfassendere Würdigung des Klein'schen Werks, S. 52 ff. Zu *Franz Klein* siehe auch *Böhm* in: *Brauneder* (Hrsg.), Juristen in Österreich (1200 - 1980), Wien 1987, S. 234 ff. sowie *Hofmeister* (Hrsg.), Forschungsband *Franz Klein* (1854 -1926), Wien 1986.

Parteipflichten und der aktiven Rolle des Richters erreichen”¹⁶⁰. Im einzelnen reichen die Pflichten von der nicht durch materiellrechtliche Vorlagepflichten abhängigen prozessualen Vorlagepflicht von Urkunden und Gegenständen des Augenscheinsbeweises (§§ 303 ff. und 369 öZPO) über die allgemeine Wahrheitspflicht (§ 178 öZPO) und die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage in der (nicht subsidiären) Parteivernehmung (§ 377 Abs. 3 öZPO) bis zur Pflicht, dem Fragerecht der anderen Partei nach § 184 Abs. 1 öZPO über alle für den Prozeß erheblichen Umstände und auch über das Vorhandensein von weiteren Beweismitteln nachzukommen¹⁶¹.

Bei Dritten unterscheidet das österreichische Recht zwischen Urkunden und Augenscheinsobjekten. Für Urkunden und entsprechend auch für Auskunftssachen (§ 318 Abs. 2 öZPO) besteht nach § 308 öZPO eine unbedingte¹⁶² und mit vollstreckbarem Beschluß durchsetzbare¹⁶³ Vorlagepflicht des Dritten, wenn er nach bürgerlichem Recht zur Ausfolgung oder Vorlage verpflichtet ist oder wenn die Urkunde ihrem Inhalt nach eine für den Beweisführer und den Dritten gemeinschaftliche ist. Nach § 369 öZPO gelten die Vorschriften über die Urkundenvorlage zwar für Augenscheinsobjekte entsprechend, allerdings nur für solche, die die Gegenpartei, nicht aber ein Dritter in Händen hält¹⁶⁴. Da keine Verweisung auf § 308 öZPO erfolgt, gibt es demnach keine an einen Dritten gerichtete Anordnung der Vorlage eines Augenscheinsgegenstandes¹⁶⁵. Trotz dieser Unterschiede wird man für beide Beweismittel nicht von einer allgemeinen prozessualen Mitwirkungspflicht des Dritten sprechen können. Deshalb wird gerade in Anbetracht der „neuen Beweismittel“ die grundsätzliche Frage gestellt, ob eine gesetzgeberische „Vereinfachung des vertrackten Kapitels der Differenzierung der körperlichen Beweisgegenstände nicht wünschenswert wäre“¹⁶⁶.

In den Prozeßordnungen der Schweiz ist im Beweisverfahren regelmäßig eine allgemeine Mitwirkungspflicht des Prozeßgegners zwecks Aufklärung des

¹⁶⁰ *Fasching* (a.a.O. Fußnote 65), Rdnr. 651.

¹⁶¹ Eine zusammenfassende Darstellung der Rechtslage in Österreich findet der Leser bei *Klicka*, Aufklärungspflichten der Prozeßparteien im österreichischen Zivilprozeßrecht, JBI 1992, 231. Das Verhältnis von Richter und Parteien bei der Sachaufklärung erörtert am Beispiel der Handelsbücher ferner *Bajons*, Die Beweisführung durch Handelsbücher, NZ 1993, 51 ff.

¹⁶² Weigerungsgründe sieht das Gesetz nicht vor; vgl. dazu *Rechberger/Simotta* (a.a.O. Fußnote 68), Rdnr. 626.

¹⁶³ Nur wenn der Beweisführer den vom Dritten geleugneten Besitz der Urkunde nicht glaubhaft machen kann, ist er zur Klagsführung nach Art. XLIII öEGZPO genötigt; vgl. *Bajons*, (a.a.O. Fußnote 66), Rdnr. 148.

¹⁶⁴ Siehe dazu *Bajons* (a.a.O. Fußnote 66), Rdnr. 151; eingehend *Walther* (a.a.O. Fußnote 67).

¹⁶⁵ *Rechberger/Simotta* (a.a.O. Fußnote 68), Rdnr. 641.

¹⁶⁶ Unter ausdrücklichem Hinweis auf *Stürner*, Die Aufklärungspflichten der Parteien des Zivilprozesses, *Walther* (a.a.O. Fußnote 67).

Sachverhalts in Form von Urkundenedition, Augenscheinsduldung und Aussage im Parteiverhör vorgesehen¹⁶⁷.

Darüber hinaus können auch Dritte in Pflicht genommen werden. So hat nach § 184 der Zürcher ZPO ein Dritter die in seinem Besitz befindlichen Urkunden dem Gericht einzureichen, sofern er nicht bei sinngemäßer Anwendung der die Zeugnisverweigerung regelnden Vorschriften der §§ 158 bis 160 Zürcher ZPO zur Weigerung berechtigt ist. Die unbefugte Weigerung zieht den Zeugniszwang nach sich¹⁶⁸. Und bei Vogel heißt es im Grundriss des Zivilprozessrechts schlicht und einfach zur Urkunde¹⁶⁹: „Dritte haben Urkunden vorzulegen, wenn sich diese nicht auf Tatsachen beziehen, bezüglich welcher sie das Zeugnis verweigern können. Bei Weigerung wird der Dritte gleich einem widerspenstigen Zeugen behandelt“ und zum Augenschein¹⁷⁰: „Parteien und Dritte sind verpflichtet, an ihrer Person und an den in ihrem Gewahrsam stehenden Sachen den Augenschein zu dulden. Der Einlass in Liegenschaften kann erzwungen werden. Dritten steht ein dem Zeugnisverweigerungsrecht analoges Weigerungsrecht zu.“

4. Frankreich

In Frankreich ist es erst in den siebziger Jahren unseres Jahrhunderts¹⁷¹ - sieht man einmal von den Ausnahmenvorschriften der Artt. 14 bis 17 Code de commerce¹⁷² ab - zu einer der US-amerikanischen Einführung der Federal Rules of Civil Procedure vergleichbaren Aktion des Gesetzgebers gekommen. Zunächst wurde mit dem Gesetz vom 5.7.1972¹⁷³ ein neuer Art. 10 in den Code civil von 1804 eingefügt. Abs. 1 lautet:

Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

Er enthält den entscheidenden Grundsatz, den der Nouveau Code de procédure civile von 1976 in Art. 11 näher ausführt:

Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

¹⁶⁷ Meier, Isaak, Privatrecht und Prozeßrecht, in: Schlosser (Hrsg.), Materielles Recht und Prozeßrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung, Bielefeld 1992, S. 1, 67 ff.; Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 18; Kummer (a.a.O. Fußnote 43), S. 131. Siehe zum Ganzen auch Müller, Rosmarie, Der Ausforschungsbeweis, Eine Untersuchung zur Substanziierung des Beweisthemas und zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei Beweisnot im Zivilprozess, Zürich 1991.

¹⁶⁸ Walder-Bohner (a.a.O. Fußnote 54), S. 342.

¹⁶⁹ Vogel (a.a.O. Fußnote 43), Kapitel 10, Rdnrn. 118 und 119.

¹⁷⁰ Vogel (a.a.O. Fußnote 43), Kapitel 10, Rdnr. 148.

¹⁷¹ Die Cour de Cassation (Chambre de requêtes vom 17.6.1879, Recueil Dalloz périodique 1880, 1, S. 427) hatte schon früh die Anordnung der Urkundenvorlage nur ausnahmsweise für zulässig erklärt und im zu entscheidenden Fall abgelehnt.

¹⁷² Diese statuieren eine Vorlagepflicht für Handelsbücher („communication des livres de commerce“).

¹⁷³ Loi n^o 72-626.

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.

Die Unterschiede zum amerikanischen discovery-Verfahren sind eher technischer Natur. Einmal ordnet der französische Richter an, daß ihm (und nicht der Partei) die Informationen geliefert werden. Zum anderen wird die Inpflichtnahme („production forcée“) in Frankreich durch eine stärker detaillierte Tatsachenbehauptung¹⁷⁴ sowie eine bestimmte Angabe des Beweisstücks beschränkt.

Man darf indessen nicht außer Acht lassen, daß im französischen Recht zwei weitere Behelfe zur Verfügung stehen, die in ihrem Einsatz nicht an diese Voraussetzungen gebunden und in ihrer Funktion der Ausforschungsmöglichkeit des amerikanischen Rechts vergleichbar sind. Der eine ist die Ernennung eines Ermittlungsgehilfen, der andere die zivilprozessuale Beweismittelbeschlagnahme. Zur Ernennung eines Ermittlungsgehilfen bestimmt Art. 232 Nouveau Code de procédure civile:

Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.

Der zweite Behelf, die saisie contrefaçon¹⁷⁵, ermöglicht die Beschlagnahme von Beweisstücken. Sie ist auf Fälle der Verletzung von Rechten des gewerblichen Rechtsschutzes beschränkt, bietet dort aber ein umfassendes Ausforschungsinstrument, zu dessen effektiver Nutzung auch Sachverständige hinzugezogen werden können¹⁷⁶.

Gemäß Art. 11 Abs. 2 S. 2 Nouveau Code de procédure civile ist in Frankreich auch ein Dritter zur Vorlage von Urkunden verpflichtet. Da der Dritte in das Verfahren einbezogen wird, ist der Beweisführer bei dessen Weigerung nicht genötigt, in einem gesonderten Prozeß auf Vorlegung zu klagen¹⁷⁷.

IX. Ergebnis

Die rechtsvergleichenden Hinweise¹⁷⁸ zum Recht auf Information und Beweis zeigen, daß es dem deutschen Zivilprozeßrecht nicht schlecht zu Gesicht stünde, die Dissonanzen im internationalen Konzert der Informationsgewinnung zu beseitigen und ein Recht auf Information und Beweis anzuerkennen. Nur wir halten an dem Prinzip: „Nemo contra se edere tenetur!“ fest und lassen Dritte das

¹⁷⁴ Schlosser (a.a.O. Fußnote 140), JZ 1991, 599, 602, Einzelheiten bei *Vincent/Guinchard*, Procédure civile, 23. Aufl., Paris 1994, S. 621 f.

¹⁷⁵ Geregelt im décret n° 69-190 vom 15.2.1969; zum Begriff der contrefaçon (Fälschung) siehe Art. L. 615-1 Abs. 1 Code de la propriété intellectuelle.

¹⁷⁶ Schlosser (a.a.O. Fußnote 140) JZ 1991, 599, 603.

¹⁷⁷ Teske (a.a.O. Fußnote 70), S. 145 f.

¹⁷⁸ Zu Griechenland siehe *Koutsouradis*, Die Informationsbeschaffung im materiellen Recht und im Prozessrecht - gezeigt am Beispiel des griechischen Rechts, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder, Zürich 1994, S. 25 ff.

verbergen, worüber sie als Zeugen unter Zwang zum Sprechen angehalten werden können.

Was dagegen das Beweisrecht mit der Zulassung von Beweismitteln und der Normierung von Beweisregeln anlangt, so verfügt das deutsche Zivilprozeßrecht über eine moderne Lösung, die auch den elektronischen Dokumenten und der modernen Computertechnologie gerecht wird.