

**XXIV. Internationaler Kongress  
des Lateinischen Notariats  
Mexiko City 2004**

**Thema II:  
Notar und Vertragsabschluss  
im elektronischen Rechtsverkehr**

**Länderbericht Deutschland**

**Sigrun Erber-Faller, Notarin  
Hallhof 6  
87700 Memmingen**

Stand: 14. April 2004

## Inhaltsübersicht

A. Vorbemerkung.....	4
B. Einsatz von EDV und Signaturverfahren .....	5
I. Verfügbare statistische Angaben .....	5
1. Situation der privaten Haushalte .....	5
2. Situation der Unternehmen.....	6
3. Schlussfolgerungen für die Nutzung von Signaturverfahren .....	6
II. Staatliche Gesetzgebung, Projekte und Aktivitäten seitens des Notariats.....	7
1. Gesetzgebung .....	7
2. Projekte des Bundes .....	7
3. Projekte der Länder .....	8
4. Aktivitäten seitens des Notariats .....	9
C. Rechtsgrundlagen der Sicherungsinfrastruktur .....	10
I. Technische Grundlagen der elektronischen Signatur .....	10
II. Signaturgesetz und Signaturverordnung.....	11
1. Verweisung der elektronischen Form auf das Signaturgesetz .....	11
2. Das Signaturgesetz als technisch-administrativer Rahmen von Signatur und Sicherungsinfrastruktur .....	11
D. Rechtsgrundlagen des elektronischen Vertragsschlusses.....	15
I. Vorbemerkung zum Formvorschriftengesetz .....	15
II. Allgemeines .....	15
1. Moderne Formen des Vertragsschlusses .....	15
2. Problematik .....	16
3. Technisch-organisatorische Grundlagen einer Lösung .....	16
4. Konsequenzen für die Formvorschriften.....	17
III. Einzelfragen .....	17
1. Bedeutung des Gesetzes .....	17
2. Die einfache Schriftform als Grundlage für die höheren Schriftformen.....	23
3. Die elektronische Form als Äquivalent zur Schriftform .....	23
4. Hindernisse bei der Einführung des elektronisch signierten Dokuments .....	24
IV. Verfassungsrechtliche Aspekte .....	25
1. Gesetzgebungskompetenz .....	25
2. Grundrechtsbezüge .....	25
V. Europarechtliche Bezüge.....	27
1. Signaturrechtlinie und E-Commerce-Richtlinie als Rechtsquellen .....	27
2. Vorgaben für das nationale Recht .....	28
VI. Würdigung .....	30
E. Das elektronische Dokument als Beweismittel vor Gericht .....	31
I. Vorbemerkung .....	31
II. Die Rechtslage im einzelnen .....	32
1. Behandlung der Schrifturkunde im Beweisrecht .....	32
2. Behandlung des elektronischen Dokuments im Beweisrecht .....	34
III. Europarechtliche Bezüge.....	37
1. Form und Beweiskraft .....	37
2. Europarechtliche Anforderungen an die Beweiskraft .....	37

IV. Würdigung .....	37
F. Notariat und elektronischer Rechtsverkehr .....	38
I. EDV-Einsatz und elektronische Kommunikation im Notariat .....	38
1. Situation der Notare .....	38
2. Situation der Standesorganisationen .....	39
3. Das maschinelle Grundbuch und Handelsregister als wichtigste externe Kommunikationspartner .....	39
II. Die elektronische Notarurkunde .....	42
1. Aktueller Diskussionsstand .....	42
2. Die elektronische Unterschriftsbeglaubigung .....	43
3. Die elektronische Abschriftsbeglaubigung .....	44
4. Die elektronische Urkunde .....	45
5. Die elektronische Fernbeurkundung und -beglaubigung .....	45
6. Umsetzung in der Praxis .....	47
7. Funktionsäquivalenz der notariellen elektronischen Form .....	47
III. Neue notarielle Dienstleistungen im elektronischen Rechtsverkehr .....	48
IV. Zwischenresümee .....	48
V. Berufsständische Zertifizierung des Notariats .....	49
1. Pilotprojekt „Zertifizierung der Notare nach dem Signaturgesetz und Notarnetz“ .....	49
2. Zukunftsperspektiven .....	52
G. Zusammenfassende Thesen .....	54
Gesetzestexte .....	56
Literaturverzeichnis .....	60
Anhang (Abbildungen) .....	63

## A. Vorbemerkung

Anlässlich des XX. Internationalen Kongresses des lateinischen Notariats vom 27. April bis 02. Mai 1992 in Cartagena/Kolumbien stand mit dem Thema „EDV-Dokumente und Rechtssicherheit“ erstmals die Frage auf der Tagesordnung des internationalen Notariats, welche **Auswirkungen die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien auf die notarielle Urkunde und ihre Stellung im Recht** haben werden.

Der seinerzeitige deutsche Berichterstatter, Notar Jörg Bettendorf, untersuchte<sup>1</sup> verschiedene Aspekte der Themenstellung, wie das Konzept eines elektronischen Dokuments, seine spezifischen Gefahren, das EDV-Dokument als private Urkunde, das elektronische Dokument und die notarielle Tätigkeit sowie den Vertragsabschluss auf Distanz. In seiner Schlusszusammenfassung führte er entsprechend dem damaligen Stand der Rechtsentwicklung aus, dass der Einsatz von EDV-Dokumenten **nur bei formfreien Rechtsgeschäften möglich** sei und das EDV-Dokument im Beweisrecht den **Grundsätzen der freien Beweiswürdigung** unterliege. Die Einführung des EDV-Dokuments im Bereich des förmlichen Rechts hielt er nur bei Einsatz zusätzlicher technischer Sicherungen wie einer „**elektronischen Unterschrift**“ für vertretbar und wies darauf hin, dass deren Ausgestaltung der Abstimmung mit Technikern und Gesetzgeber bedürfe und außerdem die Einbettung in eine Zertifizierungshierarchie erforderlich sei. Im Beweisrecht hielt er die **Gleichstellung des EDV-Dokuments mit der Privaturkunde** für möglich, im materiellen Recht überwogen seine Bedenken gegen eine Gleichstellung im Hinblick auf die Schwierigkeit, die elektronische Unterschrift mangels individueller Merkmale mit hinreichender Sicherheit auf den Aussteller zurückzuführen. Er wies ferner auf die Problematik der unerlaubten Erstellung und Versendung von EDV-Dokumenten, der Manipulation, des Zugangsnachweises, der Sicherung der Vertraulichkeit und des Schutzes vor Sabotageakten hin. Zur sinnvollen Nutzung der in den modernen Techniken liegenden Chancen hielt er es für erforderlich, dass ein den herkömmlichen Methoden entsprechender **Sicherheitsstandard** entwickelt wird.

Seither sind 12 Jahre vergangen. Die Entwicklung, die das Recht der elektronischen<sup>2</sup> Signatur, des elektronischen Dokuments und der elektronischen Kommunikation in Deutschland genommen hat, ist enorm. 1992 gab es weder im Zivilrecht noch im Prozessrecht spezifische Regelungen für elektronische Dokumente, es gab kein Signaturgesetz und erst recht kein europäisches Recht zu diesem Thema. Die der elektronischen Signatur zu Grunde liegenden Technologien waren zwar wissenschaftlich bekannt, wurden jedoch nur im Bereich von Militär und Staatssicherheit zur Verschlüsselung eingesetzt. Vorschlägen, eine allgemeine Zertifizierungsinfrastruktur aufzubauen und leistungsfähige asymmetrische Kryptoverfahren jedermann zur Erzeugung sicherer elektronischer Signaturen sowie zur Verschlüsselung zum Zweck der vertraulichen Kommunikation zur Verfügung zu stellen, wurde von staatlicher Seite mit Misstrauen begegnet. Wie immer jedoch, wenn eine Produktidee und die dazugehörige Technologie existiert und eine entsprechende Nachfrage vermutet wird, lässt sich in marktwirtschaftlich organisierten Systemen die Entwicklung nicht aufhalten. Bettendorfs Beitrag zum XX. U.I.N.L.- Kongress hat diese Entwicklung erahnt und die Diskussion der damit zusammenhängenden rechtlichen Fragen wesentlich gefördert. Es wird Aufgabe des nachfolgenden Beitrags sein, den **derzeitigen Stand** und mögliche **weitere Entwicklungen** aufzuzeigen.

---

<sup>1</sup> Veröffentlicht in: XX. Internationaler Kongress des Lateinischen Notariats Cartagena/Kolumbien 27.4.-2.5.1992, Berichte der deutschen Delegation, herausgegeben durch die Bundesnotarkammer.

<sup>2</sup> Die Begriffe der digitalen und der elektronischen Signatur werden nachfolgend synonym verwendet.

## **B. Einsatz von EDV und Signaturverfahren**

### **I. Verfügbare statistische Angaben**

Offizielle Statistiken zu bestimmten Aspekten der Informationsgesellschaft sind, so weit ersichtlich, derzeit nicht aktueller als für die Jahre 2000 bis 2002 erhältlich.

#### **1. Situation der privaten Haushalte**

##### **a) Internetzugang**

Das Eurostat-Jahrbuch 2003<sup>3</sup> stellt die Internetzugangsdichte der privaten Haushalte mit Internetzugang der Jahre 2000 und 2001 gegenüber. Danach lag 2000 die Zugangsdichte EU-weit bei etwa 19 Prozent mit einer Schwankungsbreite zwischen sechs und 48 Prozent, in Deutschland bei etwa 12 Prozent. 2001 hatten EU-weit etwa 36 Prozent aller privaten Haushalte einen Internetzugang. Die Schwankungsbreite bewegte sich zwischen 11 und 64 Prozent. In Deutschland lag die Zahl 2001 bei etwa 38 Prozent. Das statistische Bundesamt<sup>4</sup> teilt in einer Pressemitteilung vom sechsten Februar 2003 mit, dass im ersten Quartal 2002 rund 16 Millionen Haushalte über einen Internetzugang verfügten. Dies entspricht einem Anteil von 43 Prozent. Damit lag Deutschland im Jahr 2002 etwas über dem EU Durchschnitt von 40 Prozent, jedoch immer noch unter den führenden EU-Ländern.

##### **b) PC-Ausstattung**

Die Ausstattung mit PC lag nach der Pressemitteilung des statistischen Bundesamts im ersten Quartal 2002 bei 55 Prozent, wobei 92 Prozent aller Haushalte mit Internetanschluss den PC (auch) als Zugangsggerät zum Internet nutzen. Laptops machten hier nur 15 Prozent und Handys nur acht Prozent der Zugangsggeräte aus, wobei Mehrfachnennungen möglich waren.

##### **c) Soziale Aspekte**

Das Vorhandensein eines Internetzugangs ist mit dem Einkommen verknüpft: 77 Prozent der Haushalte mit einem monatlichen Nettoeinkommen ab 3600 € hatten 2002 einen Internetanschluss, jedoch nur 24 Prozent der Einkommensgruppe unter 1300 €. Im Übrigen nutzten mehr Männer als Frauen das Internet, mehr Jüngere als Ältere und mehr Personen mit hohem Bildungsstand als Personen mit niedrigem Bildungsstand.

##### **d) Zwecke der Internet-Nutzung**

Nutzungszwecke waren 2002 hauptsächlich das Senden und Empfangen von E-Mails (75 Prozent), die Suche nach Informationen über Produkte und Dienstleistungen (65 Prozent) sowie die Recherche für Schule oder Studium (42 Prozent). eGovernment-Angebote nutzten 26 Prozent, wobei nur 12 Prozent Formulare herunter luden und nur sechs Prozent die ausgefüllten Formulare wieder per Internet an die Behörden zurückschickten. 22 Prozent nutzten das Internet zu Hause auch für berufliche Zwecke.

---

<sup>3</sup> Die nachfolgend zitierten Daten von Eurostat wurden der Website für Deutschland <http://www.eu-datashop.de> entnommen.

<sup>4</sup> Die nachfolgend zitierten Daten des Statistischen Bundesamts stammen von dessen Website <http://www.destatis.de>.

#### **e) e-Commerce**

45 Prozent der Internetnutzer im Alter von 10 Jahren und älter und 51 Prozent der volljährigen Internetnutzer kauften 2002 online ein, wobei Bücher, Zeitschriften, gefolgt von Kleidung und Sportartikel vor Audio- und Videoaufnahmen, Software, Hardware und Elektronik rangierten. Diejenigen Internetnutzer, die nicht online einkaufen wollten, nannten fehlendes Vertrauen, wie z. B. Sicherheitsbedenken bei Kreditkartenzahlungen, Angst vor dem Missbrauch persönlicher Angaben, Zweifel an der Durchsetzbarkeit von Reklamationen und Bedenken hinsichtlich der Lieferbedingungen und des Rückgaberechts als Gründe.

### **2. Situation der Unternehmen**

#### **a) Internetzugang**

Bei den Unternehmen weist die EU-Statistik für 2001 eine durchschnittliche Internetzugangsichte von etwas über 70 Prozent auf. Zahlen für Deutschland sind in dieser Übersicht nicht enthalten. Die Schwankungsbreite der Länder bewegt sich in diesem Bereich in Europa zwischen 50 und 90 Prozent. Das statistische Bundesamt teilt für 2002 mit, dass 71 Prozent der deutschen Unternehmen das Internet für ihre Geschäftsabläufe nutzten, mit einer Schwankungsbreite zwischen dem verarbeitenden Gewerbe von 76 Prozent, dem Handel und Beherbergungsgewerbe von 63 Prozent und dem Dienstleistungsbereich von 78 Prozent.

#### **b) Technische Ausstattung**

Bei Unternehmen über 19 Beschäftigten wurde für 2002 festgestellt, dass unabhängig von der Branche flächendeckend Computer eingesetzt werden. Größere Unternehmen nutzten nahezu alle das Internet und waren per E-Mail erreichbar. Bei Unternehmen unter 20 Beschäftigten waren dies knapp unter 60 Prozent. Mehr als jeder zweite Beschäftigte hatte einen Computerarbeitsplatz und die Hälfte von diesen einen Internetzugang, wobei der Anteil an Computerarbeitsplätzen in Unternehmen der Datenverarbeitung sowie im Bereich Forschung und Entwicklung über 90 Prozent betrug.

#### **c) Zwecke der Internet-/Intranetnutzung**

Zweck der Internetnutzung war bei kleineren Unternehmen das Online-banking, bei größeren die Informationsbeschaffung und Marktbeobachtung. Intranets wurden hauptsächlich von großen Unternehmen eingesetzt: Bei mehr als 250 Beschäftigten hatten 84 Prozent der Unternehmen im Jahr 2002 ein Intranet, bei kleineren Unternehmen mehr als 15 Prozent. Von den Unternehmen hatte fast ein Drittel eine Homepage oder eine Website, bei den großen Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten sogar fast 90 Prozent.

#### **d) e-Commerce**

Als Absatzmarkt wurde das Internet 2002 lediglich von acht Prozent der Unternehmen genutzt. Die Klientel kam dabei zu 90 Prozent aus Deutschland. 24 Prozent der Unternehmen haben das Internet zur Waren- und Dienstleistungsbeschaffung genutzt, vorwiegend jedoch nur, um sich zu informieren. Der Anteil der über das Internet bestellten Waren und Dienstleistungen betrug nämlich nur ein Prozent. Die Umsätze und Aufwendungen für Waren und Dienstleistungen waren bei anderen Netzwerken wie z.B. EDI zwei- bis dreifach höher als beim Internethandel.

### **3. Schlussfolgerungen für die Nutzung von Signaturverfahren**

Da sämtliche vorgenannten Anwendungen **ohne Signaturverfahren möglich** sind und keinerlei statistische Daten für die Verbreitung und Verwendung von Signatur- und Sicherheitstechnologien im allgemeinen Wirtschaftsleben und in der Verwaltung verfügbar sind, kann hieraus nur der Schluss gezogen werden, dass diesem Technologiebereich in der Praxis noch nicht die Bedeutung beigemessen wird, die ihm eigentlich zukommen sollte<sup>5</sup>. Dies kann nicht zuletzt daran liegen, dass insbesondere die an die Schriftform gebundenen Rechtsgeschäfte noch nicht in wesentlicher Zahl mittels elektronischer Fernkommunikation geschlossen und abgewickelt werden, obwohl die rechtlichen Rahmenbedingungen hierfür bereits geschaffen sind und nachfolgend dargestellt werden. Im formfreien Bereich werden aber offenbar die **Sicherheitsrisiken** immer noch **unterschätzt**.

## II. Staatliche Gesetzgebung, Projekte und Aktivitäten seitens des Notariats

### 1. Gesetzgebung

Der Staat fördert den elektronischen Rechtsverkehr zum einen durch Gesetzgebung. Das hierfür erforderliche Grundgerüst ist inzwischen geschaffen, nachdem zunächst die technischen Vorgaben im Signaturgesetz und der Signaturverordnung des Bundes (im Jahr 1997/2001), dazu unten C., dann die zivil- und prozessrechtlichen Änderungen im (Bundes-)Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr (im Jahr 2001), dazu unten D., und zuletzt die Regelungen über den elektronischen Verwaltungsakt im Dritten Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften des Bundes (im Jahr 2002) und entsprechenden Gesetzen der Länder geschaffen wurden. Der elektronische Verwaltungsakt ist nicht Gegenstand dieses Berichts.<sup>6</sup>

### 2. Projekte des Bundes

Eine weitere Fördermöglichkeit des Staats ist, einer Zukunftstechnologie durch Projekte Anwendungsfelder zu erschließen.

Die Ziele der Bundesregierung zur Förderung der Informationsgesellschaft in Deutschland sind ehrgeizig. Dem Aktionsplan der Europäischen Union eEurope 2005<sup>7</sup> folgend wurde zunächst die Initiative BundOnline 2005<sup>8</sup> geschaffen. Mittlerweile hat die Bundesregierung darüber hinaus das „Aktionsprogramm Informationsgesellschaft Deutschland 2006“<sup>9</sup> beschlossen. In dem

---

<sup>5</sup> vgl. hierzu Entschließung des Rates der EU vom 18. Februar 2003, Amtsblatt der EU C 48/8 vom 28.2.2003, über die Umsetzung des Aktionsplans eEurope 2005, die im Eingang die hierzu zuvor ergangenen Dokumente von Rat und Kommission zitiert und im Anhang allgemeine Leitlinien für den Leistungsvergleich und den Entwurf einer Liste von Benchmarking –Indikatoren für den Aktionsplan enthält, auf der u.a. die sichere Informationsinfrastruktur als einer der Hauptpunkte erscheint.

<sup>6</sup> Zum Verständnis ist allerdings nicht unwesentlich, dass die schon bisher geltende grundsätzliche Verweisung der Verwaltungsgesetze im Bereich des schriftlich zu erlassenden Verwaltungsakts auf die Schriftform des BGB für die elektronische Form nachvollzogen wurde. Soweit die öffentliche Hand nicht durch Verwaltungsakt, sondern durch öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, ist dem hier ebenfalls kein eigenes Kapitel gewidmet, da sich die im Rahmen dieses Berichts zu untersuchenden Fragen des § 126 a BGB für den öffentlich-rechtlichen Vertrag analog stellen.

<sup>7</sup> S. Fn. 5

<sup>8</sup> nähere Informationen sind unter <http://www.bund.de/BundOnline-2005-.6164.htm> verfügbar.

<sup>9</sup> Das Aktionsprogramm ist im Volltext nachzulesen auf der Website des Bundesministeriums für Bildung und Forschung <http://www.bmbf.de>

entsprechenden vom Bundesministerium für Bildung und Forschung herausgegebenen Dokument wird zunächst festgestellt, dass sich Deutschland in der Wertung des Weltwirtschaftsforums im Ranking der IT-Länder von Platz 17 im letzten Jahr auf derzeit Platz 10 verbessert habe. Es ist vorgesehen, noch deutlich weiter nach vorn zu rücken. Die konkreten Ziele bis 2006 umfassen die Bereiche **digitale Wirtschaft, Forschung und Technologieentwicklung, Bildung, eGovernment, digitale Signaturen, eHealth und IT-Sicherheit**. Im Einzelnen ist zum Beispiel vorgesehen, die Internetnutzung auf 75 Prozent der Bevölkerung anzuheben, eine umfassende eBusiness-Nutzung durch mindestens 40 Prozent der KMU zu erreichen, 50 Prozent der Deutschland-Online-Vorhaben von Bund, Ländern und Kommunen umzusetzen, alle 440 internetfähigen Dienstleistungen des Bundes online anzubieten, die Vergabeverfahren des Bundes vollständig elektronisch abzuwickeln, Bankkarten mit digitaler Signierfunktion herauszugeben und den digitalen Personalausweis zu entwickeln.

Allein für den Bereich eGovernment, der Bund, Länder und Gemeinden erfassen soll, investiert der Bund 1,65 Milliarden Euro.

Die Rechtsgrundlage für den elektronischen Verwaltungsakt auf Bundesebene existiert, wie oben erwähnt, bereits: Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und andere Verwaltungsgesetze wurden mit dem Dritten Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 21. August 2002 geändert und dann neu bekannt gemacht.<sup>10</sup> Dabei hat der Gesetzgeber u. a. mit § 3a VwVfG die Möglichkeit der Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form und mit § 34 a die Möglichkeit der elektronischen Verwaltungsbeglaubigung eingeführt.

### 3. Projekte der Länder

Auch die Länder haben ihre eGovernment-Konzepte entwickelt und arbeiten hier besonders eng mit den Kommunen zusammen. Durch den Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnik soll die **Entstehung einer „digitalen“ Verwaltung** möglich und manche Gänge zur Behörde in Zukunft überflüssig werden. Die erste Stufe von E-Government besteht wie beim Bund aus allgemeinen Informationsangeboten, die ohne Sicherheitsprobleme bereitgestellt und abgerufen werden können. Fast alle Länder und Kommunen haben inzwischen solche Angebote und bieten sie auf ihren Internetseiten für den Bürger an. Dazu gehört die Bekanntgabe der Schwimmbadöffnungszeiten genauso wie beispielsweise das Herunterladen von bestimmten Formularen im virtuellen Rathaus.

Die gleichen Schwierigkeiten wie beim Bund bereitet das Angebot eigentlicher Online-Dienstleistungen wie zum Beispiel die Stellung eines Antrags. Auch bei den Ländern gibt es aber bereits zahlreiche Beispiele: In Bremen kann man mit Hilfe der elektronischen Signatur den Stadtwerken den Zählerstand mitteilen oder beim Standesamt eine Heiratsurkunde bestellen. Die Stadt Esslingen bietet Signaturlinhabern die Online-Anmeldung zur Hundesteuer und die Online-Baugenehmigung. In Nürnberg kann man seinen Anwohnerparkausweis im Internet bestellen.

Beispielhaft für das Vorgehen der Länder sei verwiesen auf das eGovernment Konzept der Bayerischen Staatsregierung vom 16. Juli 2002.<sup>11</sup> Darin sind zwei zentrale Handlungsfelder beschrie-

---

<sup>10</sup> BGBl. I, 102 ff.

<sup>11</sup> Das Dokument und eine Übersicht über die Projekte sind verfügbar auf der Website der Bayerischen Staatsregierung unter <http://www.bayern.de>

ben, nämlich zunächst das **Angebot elektronischer Verwaltungsleistungen** an den Bürger und sodann die **Verbesserung der Binnenstruktur der Verwaltung**. Elektronische Signaturverfahren werden in diesem Zusammenhang ausdrücklich genannt, für deren Einsatz in Zusammenarbeit mit dem Innenministerium ein Konzept erarbeitet wurde.<sup>12</sup> Qualifizierte **elektronische Signaturen** sind demnach insbesondere im Bereich des **formgebundenen Verwaltungshandelns** vorgesehen. Der Website der bayerischen Staatsregierung sind 62 Projekte im Bereich eGovernment zu entnehmen, die bereits realisiert sind oder noch realisiert werden, von denen den Notar die elektronische Flurkarte, der elektronische Rechtsverkehr mit Gerichten, die elektronische Steuererklärung, sowie der elektronische Abruf aus dem Grundbuch und dem Handelsregister am meisten interessieren.

Auch hier existiert die Rechtsgrundlage für den elektronischen Verwaltungsakt schon: Am 24. Dezember 2002 wurde das Gesetz zur Stärkung elektronischer Verwaltungstätigkeiten erlassen und am 31. Dezember 2002 im bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlicht<sup>13</sup>. Damit wurden insbesondere in das bayerische Verwaltungsverfahrensgesetz, aber auch in einige spezielle Verwaltungsgesetze die rechtlichen Regelungen eingefügt, die zum Erlass elektronischer Verwaltungsakte landesrechtlich erforderlich waren.

#### 4. Aktivitäten seitens des Notariats

Die vorstehende Darstellung der statistischen Daten und der Errungenschaften im Bereich der Wirtschaft sowie der Verwaltung des Bundes und der Länder darf nicht den Blick dafür verstellen, dass Vorreiter der Rechtsgrundlagen im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs weder die Wirtschaft noch der Staat war. Die **Notwendigkeit sicherer, vertrauenswürdiger Kommunikation** wurde vielmehr zunächst im Bereich des **Notariats** und sodann der anderen freien Berufe erkannt. Dabei stand nicht das elektronische Verwaltungshandeln im Vordergrund, sondern die **Gestaltung der Privatrechtsbeziehungen**.

Die Bundesnotarkammer hat im unmittelbaren Anschluss an den XX. U.I.N.L.-Kongress noch im Jahr 1992 mit ihrem **Projekt „Elektronischer Rechtsverkehr“** die Grundlagen geschaffen für eine Entwicklung, die letztlich zur Einführung der elektronischen Form als Äquivalent für die Schriftform in das bürgerliche Gesetzbuch und zu spezifischen Regelungen über das elektronische Dokument in der Zivilprozessordnung geführt hat.

1993, 1995 und 1997 fanden maßgeblich von der Bundesnotarkammer konzipierte interdisziplinäre Fachveranstaltungen unter der Bezeichnung **„Forum Elektronischer Rechtsverkehr“** statt, die zum Ziel hatten, das Problembewusstsein des Gesetzgebers, der staatlichen Behörden, der Wirtschaft und der Wissenschaft zu schärfen sowie die digitale Signatur als Mittel zur Gestaltung des Rechts bekannt zu machen.

Die Bundesnotarkammer suchte bewusst in verschiedenen Arbeitskreisen die Zusammenarbeit mit Vertretern der Wirtschaft, der Verbände und der zuständigen Verwaltungen, um ihre Vorstellungen in breit angelegte Lösungen einzubringen.

---

<sup>12</sup> Das Konzept ist ebenfalls auf der Website der Bayerischen Staatsregierung verfügbar.

<sup>13</sup> GVBl. 962

Ab 1995 führte die Bundesnotarkammer in Zusammenarbeit mit dem Sächsischen und dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz ein **Pilotprojekt zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Grundbuchwesen** durch.

1997 wurde das erste Signaturgesetz erlassen, das Anregungen des 1995 **von der Bundesnotarkammer entworfenen „Gesetzes über den elektronischen Rechtsverkehr“** aufgriff. 2001 wurde das Signaturgesetz auf der Grundlage der zwischenzeitlich gemachten Erfahrungen und der Vorgaben der EU-Signaturrechtlinie novelliert. Die wesentlichen Grundgedanken des ursprünglichen Gesetzes fanden jedoch in die Richtlinie Eingang und konnten so auch im neuen Signaturgesetz Bestand haben. Die „genehmigten“, nunmehr „akkreditierten“ Zertifizierungsstellen sind ein Beispiel.

2001 wurde durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr die elektronische Form als grundsätzliches Äquivalent zur Schriftform im Bürgerlichen Gesetzbuch eingeführt, wobei die entsprechende Vorschrift auf das Signaturgesetz Bezug nimmt. Das Vorbild für die Vorschrift stammt aus dem oben erwähnten, von der Bundesnotarkammer entworfenen Text **„Gesetz über den elektronischen Rechtsverkehr“**. Für eine der Schriftform entsprechende Signatur genügt eine fortgeschrittene Signatur im Sinn der EU-Richtlinie.

Die notarielle Form blieb von den Änderungen zunächst unberührt. Ein Arbeitskreis der Bundesnotarkammer setzt sich aber bereits mit der Entwicklung von entsprechenden Gesetzgebungsvorschlägen auseinander. Diese wurden jüngst in einem Rechtsetzungsvorschlag des Bundesministeriums der Justiz, dem später noch zu besprechenden Justizkommunikationsgesetz, aufgegriffen, der die **elektronische Beglaubigung** vorsieht. Auch der elektronischen Übermittlung notarieller Urkunden, z. B. zu **Grundbuch** und **Handelsregister**, sollte in absehbarer Zukunft zumindest rechtlich nichts entgegenstehen.

Die vorgenannten, vom deutschen Notariat maßgeblich mitgestalteten Gesetze und Gesetzgebungsüberlegungen, werden anschließend im Einzelnen dargestellt.

## **C. Rechtsgrundlagen der Sicherungsinfrastruktur**

### **I. Technische Grundlagen der elektronischen Signatur**

Es soll hier nicht nochmals die **Funktionsweise der elektronischen Signatur** ausführlich dargestellt werden. Hierzu existieren inzwischen zahlreiche Veröffentlichungen.<sup>14</sup> Auch die Gremien der U.I.N.L. haben sich hiermit schon eingehend befasst.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Als Beispiel für viele: Reisen/Mrugalla, Digitale Signaturen – Prinzip und Sicherheitsinfrastruktur sowie Bieser, Das Signaturgesetz – Die gesetzliche digitale Signatur unter rechtlichen und praktischen Aspekten, beide Beiträge in: Erber-Faller (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr.

<sup>15</sup> Die Mitgliederversammlung der U.I.N.L. hat anlässlich ihrer Sitzung im Oktober 1998 in Buenos Aires, Argentinien, ein Arbeitspapier und eine Resolution beschlossen, die anschließend allen Mitgliedsnotariaten zur Verfügung gestellt wurden. Darin wird ebenfalls ausführlich auf die Funktionsweise der digitalen Signatur und ihre möglichen Auswirkungen auf das Notariat eingegangen. Anlässlich der Sitzungen des Ständigen Rats und der Mitgliederversammlung der U.I.N.L. in Quebec, Kanada, Anfang Oktober 2003 wurde die von der Kommission für Informatik und Rechtssicherheit vorgeschlagene „Politik für die Zertifizierung elektronischer Unterschriften von

Digitale Signaturen basieren auf **asymmetrischen kryptographischen Verfahren**. Mit einem geheim gehaltenen privaten Schlüssel wird die Signatur in einem komplexen mathematischen Verfahren so erzeugt, dass sie mit den signierten Daten untrennbar verbunden ist. Mit einem öffentlichen Schlüssel, der in einem allgemein zugänglichen Verzeichnis verfügbar ist, wird sie verifiziert. Für den Inhaber des Schlüsselpaars wird ein ebenfalls über ein öffentlich zugängliches Verzeichnis nachprüfbares Zertifikat ausgestellt, mittels dessen der Rückschluss auf die Identität des Signierenden möglich ist. Die Erzeugung der Schlüssel und die Führung der Verzeichnisse obliegen der Zertifizierungsstelle.

Die Kenntnis dieser Zusammenhänge wird nachfolgend als bekannt vorausgesetzt.

## II. Signaturgesetz und Signaturverordnung

### 1. Verweisung der elektronischen Form auf das Signaturgesetz

Verträge können in Deutschland **grundsätzlich formfrei** geschlossen werden. Soweit der Vertragsschluss einer gesetzlich vorgeschriebenen Form unterliegt, steht im Vordergrund der Betrachtungen als Hauptanwendungsfall die in § 126 BGB geregelte **Schriftform**. Daneben kennt das BGB seit Erlass des Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001<sup>16</sup> die in § 126 a BGB neu geschaffene **elektronische Form** als Äquivalent zur Schriftform. Um die elektronische Form zu erfüllen „muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen. Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleich lautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.“ Die in § 126 b ebenfalls neu in das Gesetz eingefügte **Textform** verlangt solche Sicherungen nicht und ist deshalb nicht als Äquivalent zur Schriftform zugelassen. Auf sie und auf die höheren Formen der notariellen Beglaubigung und der notariellen Beurkundung wird später noch eingegangen.

Die elektronische Form ist somit nur über die Verweisung auf das Signaturgesetz zivilrechtlich greifbar.

### 2. Das Signaturgesetz als technisch-administrativer Rahmen von Signatur und Sicherungsinfrastruktur

#### a) Entstehungsgeschichte

Das Signaturgesetz ist erstmals am 1.8.1997 in Kraft getreten. Am 1.11.1997 folgte die Signaturverordnung mit ergänzenden Vorschriften. Deutschland war damit eines der ersten Länder in Europa und auf der Welt mit solchen Regelungen. Infolge der anschließenden Diskussion insbesondere auf europäischer Ebene und des Erlasses der europäischen Signaturrichtlinie wurden Signaturgesetz und Signaturverordnung unter Berücksichtigung der ersten Erfahrungen in der Praxis und der Vorgaben der Richtlinie novelliert. Die aktuell geltende Fassung des Signaturge-

---

Notaren in den Mitgliedsländern der U.I.N.L.“ verabschiedet und die Kommission beauftragt, hieran weiter zu arbeiten.

<sup>16</sup> veröffentlicht im BGBl. I, 1542

setzes ist am 22.5.2001 als „Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen“ in Kraft getreten,<sup>17</sup> die neue Signaturverordnung am 16. November 2001.<sup>18</sup>

#### **b) Anwendungsbereich**

§ 1 Abs. 2 des Signaturgesetzes regelt ausdrücklich, dass die **Anwendung von Signaturen freigestellt** ist, so weit nicht bestimmte elektronische Signaturen **durch Rechtsvorschrift vorgeschrieben** sind. Solche Vorschriften enthalten etwa der bereits erwähnte, nachfolgend noch näher zu besprechende § 126 a BGB für die elektronische Form und die weiter oben bereits erwähnten Verwaltungsverfahrensgesetze beziehungsweise speziellen Verwaltungsgesetze für elektronische Verwaltungsakte.

#### **c) Zertifizierungsinfrastruktur**

Das Signaturgesetz widmet seinen zweiten Abschnitt der Tätigkeit der Zertifizierungsstellen, vom Gesetz **„Zertifizierungsdiensteanbieter“** genannt. Eine solche Tätigkeit ist in Deutschland grundsätzlich **genehmigungsfrei**. Mit Rücksicht darauf, dass die Sicherheit einer elektronischen Signatur wesentlich von der Sicherheit der Tätigkeit der Zertifizierungsstelle abhängt, verlangt § 4 Abs. 2 des Signaturgesetzes jedoch vom Anbieter die für den Betrieb eines Zertifizierungsdienstes erforderliche Zuverlässigkeit und Fachkunde, eine Deckungsvorsorge (Haftpflichtversicherung) und weitere Voraussetzungen. Als zuverlässig gilt, wer die Gewähr dafür bietet, als Zertifizierungsdiensteanbieter die für den Betrieb maßgeblichen Rechtsvorschriften einzuhalten. Zum Nachweis der Fachkunde ist auf die im Betrieb tätigen Personen abzustellen. Die weiteren Voraussetzungen liegen vor, wenn aus einem Sicherheitskonzept hervorgeht, dass das Signaturgesetz und die Signaturverordnung eingehalten werden.

#### **d) Virtuelle Zertifizierungsstellen**

Das neue Signaturgesetz lässt im Gegensatz zu seinem Vorgänger auch die Bildung „virtueller Zertifizierungsstellen“ zu. § 4 Abs. 5 erlaubt nämlich, dass ein Zertifizierungsdiensteanbieter „unter Einbeziehung in sein Sicherheitskonzept ... **Aufgaben ... an Dritte**“ **überträgt**. Diese Vorschrift macht sich etwa die Bundesnotarkammer zu Nutze. Sie selbst ist als Zertifizierungsdiensteanbieter akkreditiert, die Technologie stammt jedoch von der Deutsche Post eBusiness GmbH.

#### **e) Identifizierung**

Voraussetzung für die Vergabe von qualifizierten Zertifikaten ist die zuverlässige Identifizierung von Personen, die solche Zertifikate beantragen, da sonst die **Zuordnung von Signaturen** zum (tatsächlich oder angeblich) Signierenden später gefährdet ist. Ein qualifiziertes Zertifikat kann berufsbezogene oder sonstige **Angaben zur Personen (Attribute)** enthalten. Soweit darin eine Berufsträgereigenschaft bescheinigt wird, wird im Rahmen der Zertifizierungstätigkeit der Berufskammern hierauf noch einzugehen sein, da dies die **Rechtsgrundlage für den elektronischen Notarausweis** ist.

#### **f) Begriff des qualifizierten Zertifikats**

Das qualifizierte Zertifikat ist mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu signieren und hat einen gesetzlich festgelegten Inhalt, zu dem insbesondere der Name des Signaturschlüsselinhabers, der ihm zugeordnete Signaturprüfchlüssel, die zugrunde liegenden Algorithmen, die

---

<sup>17</sup> BGBl. I, 876

<sup>18</sup> BGBl. I, 3074

laufende Zertifikatsnummer, die Gültigkeitsdauer des Zertifikats, die Bezeichnung des ausstellenden Zertifizierungsdiensteanbieters, Angaben über die Beschränkung der Nutzung des Signaturschlüssels, die Bezeichnung als qualifiziertes Zertifikat und ggf. Attribute gehören.

#### **g) Pflichten der Zertifizierungsstelle bei qualifizierten Zertifikaten**

Qualifizierte Zertifikate sind vom Zertifizierungsdiensteanbieter unverzüglich zu **sperr**en, wenn der Signaturschlüsselinhaber oder sein Vertreter es verlangen, der Diensteanbieter seine Tätigkeit beendet und diese nicht von einem anderen Anbieter fortgeführt wird oder die Aufsichtsbehörde die Sperrung anordnet. Bei berufsbezogenen Attributen kann auch die zuständige Berufskammer die Sperrung verlangen.

#### **h) Dokumentationspflichten und Haftung**

Alle vorgeschriebenen Sicherheitsmaßnahmen hat der Zertifizierungsdiensteanbieter so zu dokumentieren, dass die Daten und ihre Unverfälschtheit **jederzeit nachprüfbar** sind und die Dokumentation **nicht nachträglich unbemerkt verändert** werden kann. Der Diensteanbieter haftet für die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben und die Funktionsfähigkeit seiner Produkte und Dienste. Zur Deckung dieses Risikos dient die bereits erwähnte Haftpflichtversicherung in Höhe von mindestens 250.000 € je Schadensfall.

#### **i) Beendigung der Tätigkeit einer Zertifizierungsstelle**

Beendet der Zertifizierungsdiensteanbieter seine Tätigkeit, hat er dies der Aufsichtsbehörde **anzuzeigen** und dafür zu sorgen, dass seine Zertifikate von einem anderen Anbieter **übernommen** werden. Andernfalls hat er sie zu **sperr**en.

#### **j) Freiwillige Akkreditierung**

Über die vorstehenden, für alle Zertifizierungsdiensteanbieter geltenden Anforderungen hinaus besteht die Möglichkeit der freiwilligen Akkreditierung. Auf die Akkreditierung besteht ein **Rechtsanspruch**, wenn der Anbieter nachweist, dass die Vorschriften des Signaturgesetzes und der Signaturverordnung erfüllt sind. Mit der Akkreditierung wird ein **Gütesiegel** erteilt. Damit darf im Wettbewerb mit nicht akkreditierten Anbietern geworben werden. Die Akkreditierung wird nur erteilt, wenn das Sicherheitskonzept umfassend auf seine Eignung und praktische Umsetzung geprüft und bestätigt ist.

#### **k) Aufgaben der „Wurzelinanz“**

Die akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieter erhalten ihr Zertifikat von der „zuständigen Behörde“, das ist die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in Bonn, der sog. „Wurzelinanz“. Diese veröffentlicht<sup>19</sup> die Namen, Anschriften und Kommunikationsverbindungen der akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieter, den Widerruf oder die Rücknahme einer Akkreditierung, die von ihr ausgestellten qualifizierten Zertifikate und ihre Sperrung sowie gegebenenfalls die Beendigung und die Untersagung des Betriebs eines akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieters auf ihrer Homepage. Im Bereich der Zertifizierung durch die Wurzelinanz bedarf es somit nicht der so genannten „cross certification“ mit all ihren Problemen des Nachweises der Vertrauenswürdigkeit der beteiligten Zertifizierungsstellen. Im Bereich der Wurzelinanz und derjenigen Zertifizierungsdiensteanbieter, die von der Wurzelinanz ihr Zertifikat ableiten, übernimmt der Staat unmittelbar die Verantwortung für die Überwachung von Güte und Qualität.

---

<sup>19</sup> <http://www.regtp.de>

Im akkreditierten Bereich ist die **Zertifizierungsinfrastruktur** wegen der vorstehenden Vorgaben zwingend **zweistufig** (Wurzelinstantz/akkreditierte Zertifizierungsstelle). Da entsprechende Vorgaben im (nur) qualifizierten Bereich fehlen, sind dort unter dem neuen Signaturgesetz anders als unter seinem Vorgänger jetzt **mehrstufige Zertifizierungsinfrastrukturen** möglich.

Durch die Inanspruchnahme eines akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieters wird somit sowohl ein **sehr hohes Maß an Sicherheit** der verwendeten Produkte und Dienstleistungen erreicht, als auch eine lückenlose Kette hochsicherer Zertifikate.

#### **l) Ausländische elektronische Signaturen und Produkte für elektronische Signaturen**

Das Signaturgesetz geht von der **Gleichwertigkeit** von Signaturen aus der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums aus, wenn diese den Vorgaben des Signaturrechtlinie entsprechen. Signaturen aus Drittstaaten sind gleichgestellt, wenn das Zertifikat „als qualifiziertes Zertifikat ausgestellt und für eine elektronische Signatur ... (i. S. der Richtlinie) ... bestimmt ist“ und außerdem der Zertifizierungsdiensteanbieter in einem EU- oder EWR-Staat akkreditiert ist oder ein richtlinienkonformer Zertifizierungsdiensteanbieter innerhalb der EU für das Zertifikat einsteht oder das Zertifikat im Rahmen einer bilateralen oder multilateralen Vereinbarung zwischen der Europäischen Union und dem Drittstaat oder einer internationalen Organisation anerkannt ist.

#### **m) Einsatzfelder qualifizierter und akkreditierter Signaturen**

Es war eine politische und durchaus umstrittene Entscheidung des Gesetzgebers, die nicht zuletzt vor dem Hintergrund der europäischen Signaturrechtlinie getroffen wurde, für die elektronische Signatur im Rahmen der elektronischen Form von § 126 a BGB qualifizierte Signaturen ausreichend zu lassen. Den Berufskammern genügen diese Signaturen wegen der bekannten, von der EU aus Wirtschaftlichkeitserwägungen in Kauf genommenen Sicherheitslücken jedoch nicht. Sie verwenden für ihre Projekte Produkte und Dienstleistungen akkreditierter Zertifizierungsstellen, wie sich durch einen Blick auf die Website der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post jederzeit feststellen lässt. Aus der dort veröffentlichten **Liste der akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieter** geht hervor, dass bereits am 22. Dezember 1998 das Produktzentrum Telesec der Deutschen Telekom AG als erste Zertifizierungsstelle nach dem alten Signaturgesetz genehmigt<sup>20</sup> wurde, anschließend die Deutsche Post Signtrust (23. Februar 2000) und die Bundesnotarkammer (14. Dezember 2000). Ebenfalls noch nach dem alten Gesetz wurden die Deutsche Post eBusiness GmbH als Rechtsnachfolgerin der Deutsche Post Signtrust, die Datev eG als berufsständische Einrichtung aus den Steuerberaterbereich, sowie die Steuerberaterkammern Nürnberg, Bremen und Saarland genehmigt.

Es gibt heute insgesamt 23 akkreditierte Zertifizierungsdienstleister. Diese Zahl berücksichtigt bereits, dass im Jahr 2003 eine - die bisher einzige - Akkreditierung widerrufen wurde. Von den verbleibenden Anbietern sind 18 berufsständische Einrichtungen aus dem Notar-, Steuerberater- und Anwaltsbereich. Nur die übrigen fünf Anbieter sind dem eigentlichen kommerziellen Bereich zuzuordnen.

---

<sup>20</sup> Unter dem ersten Signaturgesetz gab es das freiwillige Akkreditierungsverfahren noch nicht, sondern nur die Möglichkeit, eine Genehmigung zu beantragen. Das neue Signaturgesetz enthält im Hinblick auf das gleiche Anforderungsprofil eine Überleitungsvorschrift, nach der die seinerzeitigen Genehmigungen als Akkreditierungen gelten.

## D. Rechtsgrundlagen des elektronischen Vertragsschlusses

### I. Vorbemerkung zum Formvorschriftengesetz

Mit dem **Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr** (im Folgenden: Formvorschriftengesetz) wollte der Gesetzgeber das deutsche Privatrecht den Entwicklungen des modernen Rechtsverkehrs, der Entwicklung im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien und den EG-Richtlinien vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und vom 8. Juni 2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr anpassen.<sup>21</sup>

Das Gesetz ändert das Bürgerliche Gesetzbuch im Bereich des Allgemeinen Teils und des Rechts der Schuldverhältnisse, weitere Gesetze des Zivilrechts, die Zivilprozessordnung und andere Verfahrensordnungen, einschließlich solcher aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und schließlich Einzelvorschriften aus anderen Bereichen des öffentlichen Rechts, die auf Formvorschriften Bezug nehmen. **Kernpunkte** des Gesetzes sind die **Einführung der elektronischen Form** in das BGB auf der Ebene der Schriftform und der **Textform** im Rang darunter, die im folgenden behandelt werden, sowie der Umgang mit elektronischen Dokumenten im Rahmen der gerichtlichen Verfahrensordnungen und die Beweisführung mittels des elektronisch signierten Dokuments, die Gegenstand von Abschnitt E. dieses Berichts sind.<sup>22</sup>

Das Problem der „**opposabilité**“ war im deutschen Recht nicht zu lösen, da es hier nicht möglich ist, ein Rechtsgeschäft ohne Einhaltung der vorgeschriebenen Form zu schließen, so dass es nur inter partes wirkt, anderen aber nicht entgegengesetzt werden kann. Ein formbedürftiges Rechtsgeschäft entspricht entweder der Form und ist dann inter omnes wirksam oder es ist vollständig unwirksam. Dies entspricht der grundsätzlich konstitutiven Wirkung der Eintragung im Grundbuch oder Handelsregister. Auf Fragen dieser Art ist somit nachfolgend nicht einzugehen.

## II. Allgemeines

### 1. Moderne Formen des Vertragsschlusses

Die technische Vielfalt der modernen Arbeits- und Kommunikationsmittel spiegelt sich wider in der Art, wie im modernen Rechtsverkehr Willenserklärungen jeder Art abgegeben, Verträge geschlossen und daraus entstandene Rechte durchgesetzt werden. Telefon, Fax und E-mail etwa sind aus dem Rechts- und Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Sie haben in der Praxis auch die Gerichte längst erobert.<sup>23</sup> Ihre selbstverständliche Nutzung im Individual- und im

<sup>21</sup> So die amtliche Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 14/4987, 1.

<sup>22</sup> Amtliche Begründung, BT-Drs. 14/4987, 1.

<sup>23</sup> Die durch die divergierende Rechtsprechung verschiedenster Gerichte entstandene Unsicherheit, ob eine eingescannte Unterschrift die Schriftform bei bestimmten Schriftsätzen wahrt, hat der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes mit seinem Beschluss vom 5.4.2000 zwar beseitigt, sich durch deren Zulassung jedoch von der allgemeinen Schriftform des BGB endgültig entfernt. Die Entscheidung macht deutlich, dass sich die Rechtsprechung damit abseits der Gesetzgebung für elektronische Kommunikation geöffnet hat, ohne sich jedoch

Massenrechtsverkehr, die zunehmende Verdrängung des Papiers als Kommunikations- und Dokumentationsmedium im rechtlich relevanten Bereich und die dadurch zwangsläufige Befassung von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung mit der dogmatischen Einordnung solcher Willenserklärungen haben das Bewusstsein für die Eigenart der nicht schriftlichen Erklärungsformen im Rechtsverkehr und die Schwierigkeit der Beweisführung durch sie geschärft.<sup>24</sup>

## 2. Problematik

Was bei der mündlichen Erklärung immer schon offensichtlich war, nämlich deren leichte Verfügbarkeit und geringen Kosten einerseits, aber auch deren Flüchtigkeit, Manipulierbarkeit und Abstreitbarkeit, insbesondere die Unsicherheit über den Urheber, zeigte sich zunehmend als Problem von modernen Kommunikationsformen außerhalb der herkömmlichen Schriftform.<sup>25</sup> Solcherart abgegebene Erklärungen führen im Ernstfall zu einem erheblichen Prozessrisiko desjenigen, der sich auf sie beruft.

## 3. Technisch-organisatorische Grundlagen einer Lösung

Die Probleme nicht verkörperter Erklärungen sind seit langem Gegenstand der Diskussion unter Technikern und Juristen.<sup>26</sup> Bemerkenswert ist deshalb nicht so sehr, dass der technische Fortschritt nach Mitteln suchte, die erkannten Schwächen auszumerzen,<sup>27</sup> während die Rechtsprechung sich auf der Grundlage der damals geltenden Gesetze schwer tat, mit derartigen Fällen umzugehen und teilweise eine kaum nachvollziehbare Einzelfallkasuistik entstand.<sup>28</sup> Erstaunlich ist vielmehr, dass bereits relativ früh ein breit angelegter interdisziplinärer Dialog unter Beteiligung von Wissenschaftlern verschiedener Fachrichtungen, der Politik und Verwaltung, der Industrie und des Gewerbes, der Berufsverbände, der Interessenvertretungen der Verbraucher und anderer Interessierter die Grundlagen für allgemeine Lösungsansätze schuf.

Die digitale Signatur wurde bald als Hoffnungsträger zur Lösung verschiedenster technischer und rechtlicher Probleme der modernen Informations- und Kommunikationstechnik ausgemacht. Definition, Ausgestaltung und organisatorische Einbindung sind in dem bereits unter C. besprochenen Signaturgesetz<sup>29</sup> und in der Signaturverordnung<sup>30</sup> geregelt, wodurch es möglich ist, dass die

---

mit den Sicherheitsfragen auseinanderzusetzen, die die bisherige Praxis aufgeworfen hatte und die auch Gegenstand des Formvorschriftengesetzes waren. Die Praxis hat dies begrüßt, vgl. *Lewinska* und *Römermann/van der Moolen*.

<sup>24</sup> Die Dissertation von *Kuhn* stellt mit umfassenden Nachweisen den Stand der Diskussion um elektronische Rechtshandlungen vor Beginn der Diskussion um eine elektronische Form mit eigenen Lösungsansätzen vor. Die Dissertation von *Rapp* untersucht ebenfalls unter umfassender Auswertung von Rechtsprechung und Literatur vor dem Hintergrund des Formvorschriftengesetzes und unter Einbeziehung europäischer und rechtsvergleichender Aspekte die Eignung elektronischer Signaturen, Formqualität zu gewährleisten.

<sup>25</sup> Die von der Bundesnotarkammer und TeleTrusT Deutschland e.V. am 18./19.11.1993 durchgeführte Tagung Elektronischer Rechtsverkehr – Digitale Signaturverfahren und Rahmenbedingungen, die als Tagungsband dokumentiert ist, wies dies anhand von Co-Referaten je eines Technikers und eines Juristen anschaulich nach.

<sup>26</sup> *Fritzsche/Malzer, Kuhn* je m.w.N.

<sup>27</sup> Hierzu wurden die in Abschnitt C. behandelten Verfahren entwickelt.

<sup>28</sup> Im Bereich der bestimmenden Schriftsätze vgl. oben Fn. 23; weniger kompromissbereit war die Rechtsprechung bei materiell-rechtlichen Formerfordernissen, vgl. BGH 121, 224, wonach für die „schriftliche Erteilung“ der Bürgschaftserklärung bei § 766 BGB die Übersendung per Telefax nicht ausreicht.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu insbesondere die Kommentierung von *Roßnagel* in Recht der Multimediadienste.

<sup>30</sup> *Roßnagel* wie vor.

verschiedensten Gesetze durch Bezugnahme Regelungen treffen konnten, die die digitale Signatur voraussetzen.

#### 4. Konsequenzen für die Formvorschriften

Das Formvorschriftengesetz macht die **qualifizierte elektronische Signatur** zum **wesentlichen Merkmal der neu geschaffenen elektronischen Form**. Es verzichtet bei der ebenfalls neu geschaffenen Textform bewusst auf ein vergleichbares Sicherungsmerkmal. Das Gesetz schafft so eine Basis für eine differenzierte Dogmatik der nicht mündlichen und nicht auf Papier verkörperten Willenserklärung, der entsprechenden Verfahrenshandlung und der Würdigung des Beweises mittels solcher Erklärungen. Die Schriftform in ihrer herkömmlichen Ausgestaltung und die qualifizierten Schriftformen der öffentlichen Beglaubigung und der notariellen Beurkundung sowie bestimmte Sondervorschriften<sup>31</sup> werden durch das Gesetz nicht berührt.

### III. Einzelfragen

#### 1. Bedeutung des Gesetzes

Die Einführung neuer Erklärungsformen in das BGB stellt einen Meilenstein der Rechtsentwicklung dar, dessen rechtlich-dogmatische Bedeutung nicht hoch genug eingeschätzt werden kann. Bisher gab es nur die formlose – nicht besonders geregelte – Erklärung und die Schriftform mit ihren verschiedenen Ausprägungen. Die elektronische Erklärung hatte ihren Platz ausschließlich im formlosen Bereich, unabhängig davon, wie aufwändig ihre Sicherung betrieben wurde. Nunmehr gibt es ein **elektronisches Äquivalent zur Schriftform**.

Der Schriftform kommen nach wie vor wesentliche Funktionen zu, an denen die neuen Formen der elektronischen Form und der Textform zu messen sind. Der grundsätzlichen Gleichstellung von Schriftform und elektronischer Form war daher eine eingehende Diskussion über die **Funktionsäquivalenz** vorangegangen.<sup>32</sup>

Die Gründe dafür, dass das Gesetz bisher keine größere praktische Bedeutung erlangt hat, sind vielfältig und im technischen, im wirtschaftlichen sowie im rechtstatsächlichen Bereich zu suchen. Es mag zunächst daran liegen, dass das Gesetz noch jung ist und die deutsche Rechtsordnung Formvorschriften nur als Ausnahme kennt, der überwiegende Teil des Rechtsverkehrs, der auf die Schriftform zurückgreift, dies also ohne rechtlichen Zwang tut. In diesem Bereich war keine Rechtsetzung erforderlich. Im Formbereich dürften die Notwendigkeit geeigneter Ausstattung mit der erforderlichen Technik und die noch nicht zufrieden stellend gelöste Frage nach der Interoperabilität verschiedener Signaturverfahren das größte Hindernis darstellen. Derzeit noch bestehende sozio-kulturelle Vorbehalte gegen elektronische Signaturverfahren werden vermutlich mit zunehmender Verbreitung, sinkenden Kosten und Gewöhnung an Bedeutung verlieren. Insofern sei auch auf die weiter oben dargestellte statistische Entwicklung hingewiesen.

#### a) Der Begriff der Schriftform in § 126 Abs. 1 BGB

---

<sup>31</sup> Z.B. die Auflassung, § 925 BGB, oder das privatschriftliche Testament, § 2247 BGB.

<sup>32</sup> Bettendorf in: Elektronischer Rechtsverkehr, 16.

Dreh- und Angelpunkt des Schriftformbegriffs ist § 126 BGB. Praktisch jede Vorschrift, die die Schriftform vorsieht, nimmt direkt oder indirekt hierauf Bezug und hat sich mit dieser grundlegenden Norm auseinanderzusetzen: Das BGB selbst und andere zivilrechtliche Regelungen benutzen die Schriftform an zahlreichen Stellen entweder unverändert oder mit Einzelfallmodifikationen.<sup>33</sup> Die Verfahrensordnungen<sup>34</sup> haben sich mit der Zeit ihren spezifischen Schriftformbegriff geschaffen, der aber regelmäßig in Abgrenzung und Ableitung von dem des BGB definiert wird, ebenso die Schriftform im Verwaltungsrecht.<sup>35</sup> Verständnis für die Bedeutung des Formvorschriftengesetzes erfordert daher zunächst Verständnis für die **Bedeutung der Schriftform**.

#### aa) Urkunde

Die Schriftform setzt zunächst eine „Urkunde“ voraus. Was eine Urkunde in diesem Zusammenhang ist, lässt sich dem Gesetz selbst nicht entnehmen. Die Rechtswissenschaft umschreibt den Begriff als „**in einer Schrift verkörperte Gedankenerklärung**“.<sup>36</sup> Sicher ist der Urkundenbegriff des BGB in einem etwas anderen Sinn zu verstehen als etwa im Strafrecht.<sup>37</sup>

Nach allgemeiner Meinung kommt zur **Verkörperung** grundsätzlich jedes mit Händen greifbare Material als Trägermedium der Urkunde in Betracht, von der Ton-, Stein- oder Wachstafel, über die Papyrus- oder die Pergamentrolle bis hin zum Papier heutiger Art. Die Dauerhaftigkeit des Mediums kann allenfalls einen graduellen Unterschied bedeuten, ebenso die Art, wie das Medium mit Schrift bzw. Text erfüllt wird. Was Schrift oder Text als Ausdruck einer Gedankenerklärung ist, schien dem Gesetzgeber offenbar so klar, dass diese Begriffe weder im BGB definiert, noch überhaupt Bestandteil des Gesetzestextes sind. Daraus folgt, dass sogar das in den Sand geschriebene Testament grundsätzlich die Schriftform erfüllen kann, auch wenn dieses extreme Beispiel kaum praktische Bedeutung erlangen wird.<sup>38</sup>

Im heutigen Rechts- und Wirtschaftsleben wird man es regelmäßig mit **Papierurkunden** zu tun haben. Papier ist ein standardisiertes Produkt, das preisgünstig für jedermann verfügbar ist, sich in die üblichen Geschäfts- und Bearbeitungsabläufe nahtlos einfügt und für dessen Transport funktionierende Wege existieren. Da in einer entwickelten Gesellschaft westlicher Prägung die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung lesen und schreiben kann, stellt die derart „verkörperte Gedankenerklärung“ einen leicht zu erfüllenden **Alltagstatbestand** dar.

#### b) Namensunterschrift oder Handzeichen

Auch der Begriff der **Namensunterschrift**<sup>39</sup> ist im Gesetz nicht definiert. In der Regel ist dies auch nicht erforderlich, weil es sich um einen im Bewusstsein der Bevölkerung als selbstverständlich verankerten Tatbestand handelt, über den sich niemand im Alltag Gedanken macht. Die Konvention fordert auch außerhalb der Formvorschriften des BGB und anderer Gesetze, dass Schriftstücke verschiedenster Art unterschrieben werden. Dass die Unterschrift häufig in **rechts-**

<sup>33</sup> Vgl. Überblick bei *Palandt/Heinrichs* § 126 Rn. 1.

<sup>34</sup> Für die ZPO etwa *Zöller/Greger*, zu § 130.

<sup>35</sup> *Schmitz/Schlatmann*, NVwZ 2002, 1284, *Roßnagel*, DÖV 2001, 223, je m.w.N.

<sup>36</sup> *Bettendorf*, in: EDV-Dokumente und Rechtssicherheit, 36.

<sup>37</sup> *Palandt/Heinrichs* § 126 Rn. 2 ff. gegenüber *Tröndle/Fischer*, § 267 Rn. 2.

<sup>38</sup> Das RG hatte in seiner in DJZ 15, 594 veröffentlichten Entscheidung über ein auf einer Schiefertafel geschriebenes Testament zu befinden.

<sup>39</sup> *Palandt/Heinrichs*, § 126 Rn. 5 ff.

**erheblichem Zusammenhang** erfolgt und dann auch **Rechtsfolgen** nach sich zieht, wird als selbstverständlich angesehen.

In den Fällen, in denen sich die Rechtsprechung mit der Frage zu befassen hatte, ob eine Unterschrift im Rechtssinn vorliegt, war der Begriff in der Regel von der sog. **Paraphe**<sup>40</sup> abzugrenzen, also einem Namenkürzel, das etwa verwendet wird, um zu signalisieren, dass der Betreffende einen Text gesehen hat, diesen aber nicht notwendig mit seiner Unterschrift abschließen und damit zu „seiner“ Erklärung machen wollte. Leserlichkeit der Unterschrift wird nicht verlangt, wohl aber die **Erkennbarkeit als Namenszug**.<sup>41</sup> Neuerdings hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, ob die Unterschrift unter eine Notarurkunde nur mit dem Vornamen genügt<sup>42</sup> und dies in seiner von notarieller Seite heftig kritisierten<sup>43</sup> Entscheidung verneint. Die fragliche Urkunde war also nichtig. Es ist in der Tat schwer einzusehen, warum dies bei der Notarurkunde, die im Urkundseingang alle zur genauen Identifizierung notwendigen Angaben über die Beteiligten enthält, so sein soll, ein privatschriftliches Testament aber nur mit dem Vornamen unterschrieben sein kann, ohne dass dies seiner Wirksamkeit Abbruch tut.<sup>44</sup>

Es ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass die **elektronische Signatur eher dem Handzeichen als der Unterschrift ähnelt**.<sup>45</sup> Die neben der Unterschrift vom Gesetz vorgesehene notarielle Beglaubigung eines Handzeichens zur Erfüllung der Schriftform ist in der Praxis jedoch bedeutungslos. Dies mag daran liegen, dass sich Analphabeten in unserer von Schriftlichkeit geprägten Gesellschaft bemühen, sich einen Namenszug zurechtzulegen, den sie bei Bedarf reproduzieren. Dadurch gelingt es vielen, unerkannt zu bleiben, da Analphabetismus als sozialer Makel gilt. Die Fähigkeit des Urhebers einer Erklärung, diese insgesamt lesen und schreiben zu können, ist kein wesensimmanentes Erfordernis der Schriftform,<sup>46</sup> so dass derart unterschriebene Erklärungen formwirksam sind.<sup>47</sup> Entsprechendes gilt für in einer fremden, dem Unterzeichner nicht geläufigen Sprache abgefasste Erklärungen.

### c) Der Aussteller

Aussteller der Urkunde ist derjenige, auf den die in ihr verkörperte Gedankenerklärung im tatsächlichen Sinn zurückzuführen ist, d.h. **diejenige Person, die die auf der Urkunde befindliche Unterschrift geleistet hat**. Bei Unterzeichnung durch einen Vertreter ist also der Vertreter Aussteller, nicht der Vertretene, dem die Erklärung rechtlich zuzurechnen ist. Auch beim gestatteten Handeln unter fremdem Namen, bei dem der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt und diesen damit rechtswirksam verpflichtet, bleibt der Vertreter der Aussteller der Urkunde im Sinn der Formvorschrift. Unterschreibt jemand mit fremdem Namen in der Absicht, über den Aussteller zu täuschen, ist ebenfalls der Unterzeichner der Aussteller. Es liegt dann jedoch kein Fall vor, der der Vertretung gleichzustellen ist, sondern ggf. strafbare Urkundenfälschung.

---

<sup>40</sup> BGH, NJW 1967, 2310.

<sup>41</sup> BGH, NJW 1987, 1334; BGH NJW 1994, 55.

<sup>42</sup> BGH, DNotZ 2003, 269.

<sup>43</sup> Heinemann, DNotZ 2003, 243 m.w.N.

<sup>44</sup> Die Frage, ob der Urhebernachweis damit tatsächlich gelingt, ist eine andere.

<sup>45</sup> *Fritzsche/Malzer*, a.a.O.

<sup>46</sup> Im Verfahren der notariellen Beurkundung gelten für Schreibunkundige besondere Vorschriften.

<sup>47</sup> Ob sie inhaltlich zutreffend zustande gekommen sind, insbesondere ob sie ggf. wegen Irrtum oder Täuschung angefochten werden können, ist eine anderer Frage.

Aus den beiden vorgenannten Fällen wird ein wesentlicher **Unterschied zur elektronischen Signatur** deutlich. Erzeugt jemand mit ihm zu diesem Zweck überlassenen Signaturwerkzeugen eine elektronische Signatur, lassen sich die gesetzlichen Regelungen über das Handeln unter fremdem Namen zwanglos übertragen. Wurden die Signaturwerkzeuge jedoch entwendet, kann man bei den vom Dieb erzeugten Signaturen nicht von Fälschungen sprechen. Die Signatur als solche ist echt, das Zertifikat weist weiterhin zutreffend auf die Person hin, der es erteilt wurde. Im Gegensatz zur handschriftlichen Unterschrift ist die elektronische Signatur nicht körperlich mit der Person verbunden. Die **Zurechnung elektronische Signaturen** muss wegen dieser „**Mensch-Maschine-Schnittstelle**“ deshalb auf einer anderen Ebene erfolgen. Pro und Contra von zivilrechtlichen und prozessrechtlichen Zurechnungsmechanismen ist deshalb im Zusammenhang mit § 292 a ZPO unter Abschnitt E. noch zu erörtern.<sup>48</sup>

#### d) Die Formzwecke

Die Unterschrift als ein wesentlicher Bestandteil der Schriftform und die Schriftform als Ganzes verfolgen verschiedene von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft herausgearbeitete **Formzwecke**:<sup>49</sup>

**aa)** Die **Identitätsfunktion** lässt über die Unterschrift den Aussteller der Erklärung erkennen. Der Aussteller wird bei einer leserlichen Unterschrift direkt deutlich, bei einer unleserlichen ist der Namenszug in der Regel so individualisiert, dass er dennoch „erkannt“ werden kann.

Bei einer elektronischen Signatur muss diese Funktion vom Zertifikat übernommen werden, was dieses wiederum nur leisten kann, wenn der Signaturverwender vor dessen Ausstellung zutreffend identifiziert wird. Deshalb legen das Signaturgesetz und die Signaturverordnung auf die Identifizierung so großen Wert, wie oben gezeigt wurde.

Bei der Textform genügt es gar, wenn die Person des Erklärenden „genannt“ wird.

**bb)** Die **Echtheitsfunktion** der Unterschrift soll das Herrühren der Erklärung vom Aussteller nachweisen, also die Authentizität der Unterschrift. Im Fall des Bestreitens der Echtheit kann etwa durch Schriftvergleich und Sachverständigengutachten über die Echtheit Beweis erhoben werden, wobei die öffentliche Beglaubigung hier das Prozessrisiko nahezu auf Null reduziert.

Wie schon angesprochen, ist dies bei der elektronischen Signatur anders. Viele Missverständnisse in den kontroversen Diskussionen um die Äquivalenz von handschriftlicher Unterschrift und elektronischer Form rühren aus dem im rechtlichen Sinn speziellen Bedeutungsgehalt des Begriffs **Authentizität**. Anders als für den Signaturspezialisten ist eine Signatur für den Juristen nicht schon dann authentisch, wenn sie mittels Zertifikat auf eine Person zurückgeführt werden kann entsprechend oben aa), sondern erst, wenn sie im Einzelfall wirklich von ihm stammt. Der Unterschied wirkt sich vor allem in den Fällen der entwendeten Signaturwerkzeuge aus.

---

<sup>48</sup> Von Seiten der Internetvertreiber und der Kreditwirtschaft wurde eine Zurechnung im Gesetzgebungsverfahren vehement gefordert, vgl. *Schröter*, J.: Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr, WM 2000, 2134. Verbraucherverbände und Bundesnotarkammer sprachen sich dagegen aus, da andernfalls dem Signierenden das Risiko von technischem Versagen und Manipulationen aufgebürdet wird.

<sup>49</sup> Ein eingehender Vergleich der Formzwecke von Schriftform und elektronischer Form findet sich bei *Rapp*, 156 ff.

Die Textform erhebt schon qua gesetzlicher Begründung keinen Anspruch, Authentizität im rechtlichen Sinn bieten zu können.

**cc)** Die **Abschlussfunktion** der handschriftlichen Unterschrift deutet auf den Nachweis der Vollendung und der willentlichen Abgabe einer Erklärung hin. Deshalb hat die Rechtsprechung Bedenken gegen die „Oberschrift“ auf Überweisungsaufträgen der Banken geäußert, da eine solche den Text, auf den sie sich beziehen soll, nicht räumlich abschließt.<sup>50</sup>

Die Abschlussfunktion ist bei der elektronischen Signatur unproblematisch, weil sie den signierten Text notwendig als Ganzes erfasst.

Die Textform bleibt hier unscharf, wenn sie erfordert, dass der „Abschluss der Erklärung durch Nachbildung des Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden“ muss.

**dd)** Die **Warnfunktion** von Unterschrift und Schriftform machen sich zahlreiche Vorschriften zunutze, wenn es darum geht, dem Erklärenden bewusst zu machen, dass ein Rechtsgeschäft für ihn bindende Rechtsfolgen haben kann. In der Bevölkerung ist seit Jahrhunderten das Bewusstsein dafür verankert, dass die Unterschrift unter ein Schriftstück in der Regel dazu führt, dass klagbare Ansprüche entstehen, die auch durchgesetzt werden können, und die Unterschrift auch aus genau diesem Grund von der Gegenseite verlangt wird. Der Warnfunktion kommt somit eine besondere soziale Bedeutung zu, denn sie soll vor der übereilten Eingehung von Rechtsbeziehungen schützen.<sup>51</sup>

Die Frage, ob die elektronische Form die Warnfunktion erfüllen kann, gehörte zu den umstrittensten Fragen dieses Teils des Formvorschriftengesetzes.<sup>52</sup> Sie wurde aber letztlich und im Ergebnis für den Regelfall zutreffend bejaht.

Bei der Textform geht der Gesetzgeber selbst davon aus, dass sie eine Warnfunktion nicht erfüllen kann.

**ee)** Neben der Warn- steht die **Beweisfunktion** im Alltag im Vordergrund. Die Durchsetzung von Ansprüchen ist in den Rechtssystemen des geschriebenen Zivilrechts auf der Grundlage von Schrifturkunden wesentlich erleichtert. Die Zivilprozessordnung sieht für die **Beweisführung mit Urkunden** spezielle Regelungen vor, im **Urkundsprozess** kann mit erleichterten Mitteln ein Urteil erwirkt werden. Urkunden stellen somit in der Praxis eine spezifische Art der Beweisführung von hoher Sicherheit zur Verfügung. Die Beweisfunktion dürfte in den meisten Fällen der gewillkürten Schriftform das Motiv dafür sein, dass sich die Beteiligten auf eine Form einigen, der sie sich von Gesetzes wegen nicht unterwerfen müssten. Sie dürfte weiter der Grund dafür sein, dass der große Umfang der schriftlichen Dokumentation im Rechtsleben in einem umgekehrt proportionalen Verhältnis zu der relativ geringen Anzahl der Formvorschriften steht.

Im Bereich der Beweisfunktion wird besonders deutlich, dass die elektronische Signatur zwar einen Tatbestand darstellt, der mit der handschriftlichen Unterschrift im Sinn eines **Funktions-**

---

<sup>50</sup> BGH 113, 48.

<sup>51</sup> Einhellige Meinung, vgl. z.B. *Palandt/Heinrichs* § 125 Rn. 1.

<sup>52</sup> Zweifelnd mit eingehender Begründung und w.N. *Rapp*, 163.

**äquivalents** vergleichbar ist. Daraus folgt aber eben *nicht*, dass es sich um gleichartige Vorgänge handelt. Während die „Mensch-Maschine-Schnittstelle“ der elektronischen Signatur trotz – oder gerade wegen – der Entscheidung des Gesetzgebers, mit § 292 a ZPO eine Beweisregel für elektronisch signierte Dokumente zu schaffen, Anlass zur kontroversen Diskussionen betreffend die Sicherheit der Zurechnung elektronisch signierter Dokumente gibt,<sup>53</sup> ist ihr Beweiswert bei der Frage nachträglicher Manipulationen am signierten Dokument unter normalen Umständen anerkannt.<sup>54</sup>

Die **Textform** erhebt auch hier **keinen Anspruch, Formzwecke erfüllen zu können**. Da der Gesetzgeber sie u.a. für geeignet hält, in Bereichen Einsatz zu finden, wo Rechtsbeziehungen leicht rückgängig gemacht werden können,<sup>55</sup> wäre eine Beweisfunktion diesem Formzweck sogar eher abträglich. Der traditionell ausgebildete Jurist stößt hier allerdings auf das befremdliche Ergebnis, dass die (bewiesene) mündlich oder anderweit formlos abgegebene Erklärung uneingeschränkt bindend ist und bleibt, während dies bei der Textform anscheinend nicht so sein soll.<sup>56</sup>

**ff) Die Kontrollfunktion** der Schriftform ist im Zusammenhang mit § 34 UWG a.F. für kartellrechtlich relevante Vorgänge belegt, dürfte aber auch etwa im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei den höheren Schriftformvorschriften wie der notariell beglaubigten und beurkundeten Erklärung von Bedeutung sein, wenn es um die Publizität in öffentlichen Registern geht. Hier ist die Kontrollfunktion möglicherweise deshalb bislang „unentdeckt“ geblieben, weil die Rolle des Notars als Garant aller anderen Funktionen zu Recht stark betont wird. Den genauen Inhalt der Satzungen von Kapitalgesellschaften, von Grundstücksgeschäften oder von Erbscheinsanträgen – um nur einige praktisch bedeutende Beispiele zu nennen – kann der Notar nur dann überprüfen, zutreffend formulieren und damit gerichtsentlastend wirken, wenn hierüber ein Schriftstück erichtet wird, das die Vermutung der Vollständigkeit für sich hat.<sup>57</sup> Ebenso setzt die richterliche Kontrolle dieser Verträge voraus, dass sie schriftlich eingereicht werden.

Bei der Einführung der elektronischen Form als Äquivalent der einfachen Schriftform spielte die Kontrollfunktion **keine Rolle**, obwohl sie aus den gleichen Gründen wie bei der Beweisfunktion von dieser Form in dem dort genannten Umfang geleistet werden könnte. Sobald den höheren Schriftformen aber ein elektronisches Äquivalent an die Seite gestellt werden wird, wird man sich damit auseinandersetzen müssen.<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> *Fritzsche/Malzer* a.a.O.; Der Beweiswert digitaler Signaturen betreffend den Aussteller hängt nicht zuletzt von der Qualität der Sicherungsinfrastruktur ab, vgl. *Rapp*, 163, und *Jungermann*, der seine gesamte Dissertation der Untersuchung dieser Frage widmet.

<sup>54</sup> Zu den Faktoren der Sicherheit digitaler Signaturen *Roßnagel*, *Recht der Multimediendienste*, Einl SigG Rn. 27.

<sup>55</sup> Amtliche Begründung BT-Drs. 14/4987, 18.

<sup>56</sup> Die dogmatische Begründung für die Einführung der Textform bleibt an dieser Stelle besonders unklar. Es liegt aber im Trend, Vertragsbeziehungen leicht lösbar auszugestalten, wie die meist aufgrund europäischer Richtlinien in Verbraucherschutzgesetzen eingeführten Widerrufsrechte zeigen. Zu deren destabilisierender Wirkung im Rahmen von Vertragsbeziehungen vgl. *Richter*, G.: *Vorsorge als Prinzip einer sozialen Rechtsordnung in Europa*, Sonderheft 2002 der DNotZ mit den Beiträgen beim 26. Deutschen Notartag vom 19. bis 22.6.2002 in Dresden.

<sup>57</sup> Dies wird durch das notarielle Beurkundungsverfahren gewährleistet.

<sup>58</sup> Für die Beglaubigung gibt es bereits eine Initiative des Bundesministeriums der Justiz, die auf Vorschlägen der Bundesnotarkammer beruht.

Die Textform muss auch in diesem Zusammenhang passen. Es wäre zu leicht, mit der von ihr dargestellten „qualifizierten Formlosigkeit“<sup>59</sup> die jeweiligen Kontrollzwecke zu umgehen.

gg) Bei der **notariellen Beurkundung** tritt schließlich zu den vorstehenden Formzwecken als vornehmste Aufgaben die **Beratungs- und Betreuungsfunktion** hinzu, die jedoch nicht vom materiellen Träger der Erklärung abhängt, sondern durch die vor allem in der Bundesnotarordnung und im Beurkundungsverfahren niederlegten persönlich zu erfüllenden **Amtspflichten des Notars** gewährleistet wird. Es ist klar, dass weder die einfache Schriftform, noch die elektronische Form, noch die öffentliche Beglaubigung und erst recht nicht die Textform eine solche Funktion erfüllen können, dass dies aber auch von diesen Formen nicht gefordert werden kann.

## 2. Die einfache Schriftform als Grundlage für die höheren Schriftformen

Schriftlichkeit beherrscht die herkömmliche Formenwelt des BGB. § 126 ist dabei stets die Grundnorm, auf die sich die **höheren Formen** beziehen, jeweils um **zusätzliche Merkmale** ergänzt.

§ 128 BGB regelt für die notarielle **Beurkundung** selbst nichts, sondern verweist auf die **Regelungen des Beurkundungsgesetzes** über die notarielle Beurkundung, die ihrerseits ebenfalls keine Definition der Notarurkunde enthalten. Das Beurkundungsgesetz ist von seinem System her vielmehr ein Verfahrensgesetz, das den Entstehungsprozess der Notarurkunde regelt und dabei als selbstverständlich voraussetzt, dass das Endprodukt dieses Prozesses ein Papierdokument ist, das eine verkörperte Gedankenerklärung enthält, die von dem oder den Aussteller/n unterschrieben ist. Die Verfahrensvorschriften sollen zusätzlich Authentizität in dem Sinn gewährleisten, dass sowohl das Herrühren vom Aussteller (Identifizierung der Beteiligten) als auch die inhaltliche Richtigkeit der abgegebenen Erklärungen, insbesondere durch Beratung und Belehrung gemäß § 17 BeurkG, gewährleistet ist.

§ 129 BGB bestimmt für die öffentliche **Beglaubigung**, dass die „Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden“ muss. Auch hier steht also die Papierurkunde im Vordergrund, mit der in diesem Fall nach den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes über die Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen zu verfahren ist, wobei hier in erster Linie der **Identifizierung** der Beteiligten wesentliche Bedeutung zukommt, sich darin aber nicht erschöpft.<sup>60</sup>

## 3. Die elektronische Form als Äquivalent zur Schriftform

Der im Zusammenhang mit den Formzwecken gezogene **Vergleich zwischen einfacher Schriftform und elektronischer Form** führte im Gesetzgebungsverfahren zu dem Ergebnis, dass beide Sachverhalte zwar nicht identisch sind, jede Form ihre spezifischen Stärken und Schwächen aufweist, jedoch eine grundsätzliche **Funktionsäquivalenz**<sup>61</sup> gegeben ist, die es rechtfertigt, einfa-

---

<sup>59</sup> So die Empfehlung des die Textform ablehnenden Rechts- und des Innenausschusses des Bundesrats für dessen Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren, BR-Drs. 535/1/00.

<sup>60</sup> Zu den über die Identifizierung hinausgehenden Funktionen der Beglaubigung *Bettendorf*, Elektronischer Rechtsverkehr und Schriftform des Zivil- und Prozessrechts, 424.

<sup>61</sup> Mit Ausnahmen: Der Gesetzgeber hat sich vorbehalten, die elektronische Form als Schriftformersatz nicht an allen Stellen zuzulassen, sondern schreibt weiterhin ausschließlich Schriftform vor in §§ 484 Abs. 1 S. 2, 492 Abs. 1 S. 2

che Schriftform und elektronische Form grundsätzlich gleich zu stellen. Diese Entscheidung war keinesfalls zwingend, sondern sie ist zu einem wesentlichen Teil politisch motiviert.<sup>62</sup>

Die **Gleichstellung** wird im Zivilrecht **nicht strikt durchgehalten**. So hat der Gesetzgeber zwar angeordnet, dass die schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden kann, jedoch nur, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Ein anderes ergibt sich aus dem Gesetz überall dort, wo der Gesetzgeber der Meinung war, dass einzelne Formzwecke von der elektronischen Form nicht bzw. noch nicht hinreichend erfüllt werden können. Meist handelt es sich um **Normen mit Verbraucherschützendem Charakter**, bei denen die Frage umstritten war, ob die Warnfunktion durch die elektronische Form gewährleistet werden kann.<sup>63</sup>

Ungeachtet aller Bedenken zeigen das Formvorschriftengesetz und die mit ihm verbundene Diskussion dennoch, dass sowohl eine vollständige als auch eine abgestufte **Gleichstellung** von Schrifturkunde und elektronisch signiertem Dokument rechtstechnisch **möglich** ist. Nachträgliche Korrekturen würden das Grundprinzip nicht erschüttern.

Da sich auch die höheren Formen von der Schrifturkunde ableiten, wurde schon frühzeitig vorgeschlagen, diese in das Gesetzgebungsvorhaben mit einzubeziehen bzw. die elektronische Form später hierauf zu erstrecken. Dies ist in Deutschland bislang de lege lata nicht erfolgt.

#### 4. Hindernisse bei der Einführung des elektronisch signierten Dokuments

Gegen die elektronische Form wurde in den Anhörungen zum Gesetzentwurf eingewandt, dass sie im Vergleich zur Schriftform hohe **Kosten** verursache und **Spezialwissen** erfordere, das nicht Gemeingut sei. Elektronisch signierte Dokumente könne nur derjenige versenden und empfangen, der einen Computer mit entsprechender Hard- und Software besitze und bedienen könne. Damit seien weite Teile der Bevölkerung von der Nutzung ausgeschlossen. Darüber hinaus bestehe die Gefahr, dass der wirtschaftlich stärkere Teil eines Rechtsgeschäfts dem schwächeren die für diesen u.U. nachteilige elektronische Form **aufdränge**. Ebenso war den Bundesländern daran gelegen, die Einführung der elektronischen Kommunikation im Prozess selbst gestalten zu können und nicht etwa zu **Investitionen** verpflichtet zu werden, die in ihren Haushalten nicht vorgesehen sind.

Es trifft zu, dass bei einem **Vergleich der Kosten** für die Neuanschaffung der jeweiligen technischen Voraussetzungen die Schriftform besser abschneidet. Es war aber keineswegs immer so, dass die Schriftform für alle kostengünstig und verfügbar war. Dasselbe gilt in neuerer Zeit für die Verwendung von technischen Kommunikationsmitteln wie Telefon und Fax, die nach ihrer Erfindung und Markteinführung z.T. noch Jahre gebraucht haben, um sich in breiten Bevölkerungskreisen durchzusetzen. So wird auch bei der elektronischen Form die massenweise Verbreitung erst bei Erreichen einer kritischen Masse einsetzen. Auch hier wird wie in den vor-

---

623, 630 S. 2, 761 S. 2, 766 S.2, 780 S. 2, 781 S.2 BGB, 73 S. 2 HGB, und 2 Abs. 1 S. 2 NachweisG. Auf das Problem, ob die Ausnahmen europarechtskonform sind, weist *Rapp*, S. 166 zutreffend hin.

<sup>62</sup> Die Diskussion um die Zukunftsfähigkeit des Standorts Deutschland wurde u.a. mit diesem Argument geführt. Von Bedeutung war sicherlich auch der Wunsch der Bundesregierung, sich zunächst bei der Gestaltung und später bei der Umsetzung der beiden EG-Richtlinien zur elektronischen Signatur und zum elektronischen Geschäftsverkehr nicht in einem politischen Abseits zu platzieren.

<sup>63</sup> Vgl. die in Fn. 61 aufgelisteten Vorschriften.

genannten Fällen der **gewerbliche Bereich Vorreiter** sein, bevor Privathaushalte, Gerichte und Behörden von ihr erreicht werden.

Der wirtschaftliche Druck ist allerdings bei der elektronischen Form besonders groß, da auf dem **Internet als Vertriebsmedium** große Hoffnungen ruhen und die bisherigen telekommunikativen Vertriebsformen als zu unsicher gelten. Durch die Möglichkeit des **Fernabrufs aus Grundbuch und Handelsregister** und die **Akzeptanz des Telefaxes** wurden auch für die streitige Gerichtsbarkeit weitergehende Erwartungen geweckt.<sup>64</sup> Es dürfte also ungeachtet der unvermeidlichen Rückschläge nur eine Frage der Zeit sein, bis sich das elektronisch signierte Dokument durchsetzt.

#### IV. Verfassungsrechtliche Aspekte

##### 1. Gesetzgebungskompetenz

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 stand dem **Bund** für die **Gesetzgebung zum Bürgerlichen Recht** die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zu. Der Regierungsentwurf<sup>65</sup> erachtet die in ihm enthaltenen Regelungen gemäß Art. 72 Abs. 2 GG als notwendig zur Herstellung gleicher Lebensverhältnisse im Bundesgebiet.

##### 2. Grundrechtsbezüge

Die Frage der **Formvorschriften** ist – soweit ersichtlich – bisher nicht speziell unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten in Rechtsprechung und Literatur untersucht worden. Ursache hierfür mag wohl sein, dass das herkömmliche Gefüge der Formvorschriften und ihre Stellung im Recht im Bewusstsein der Bevölkerung tief verwurzelt und weithin akzeptiert sind.

##### a) Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG als Garanten der Privatautonomie

Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt sind Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, die im Rahmen des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen und der allgemeinen Handlungsfreiheit die **Privatautonomie** gewährleisten, die ihrerseits das Recht auf aktive Gestaltung der Lebensführung umfasst.<sup>66</sup> Die Vertragsfreiheit ist eine ihrer Haupterscheinungsformen. Vertragsfreiheit ist die Freiheit des einzelnen, seine Lebensverhältnisse durch Verträge eigenverantwortlich zu gestalten.<sup>67</sup> Sie ist deshalb mehr als nur ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Die beiden vorgenannten Grundrechte haben diesbezüglich vielmehr eine echte Ausstrahlungswirkung, die sich als sog. **Drittwirkung** auch auf die **Anwendung des Privatrechts** erstreckt.<sup>68</sup> Soweit die Grundrechte eine objektive Wertordnung statuieren, erwächst für den Gesetzgeber die positive Verpflichtung, einen Rechtszustand zu schaffen, der die Gefahr von Grundrechtsgefährdungen eindämmt, wobei hieraus selten eine Pflicht für den Gesetzgeber zur Schaffung bestimmter Regelungen erwächst.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> Liwinska, a.a.O.

<sup>65</sup> BT-Drs. 14/49/4987, 13.

<sup>66</sup> Lepa, Art. 2 Rn. 6; Palandt, Überbl v §104 Rn. 1 f. m.w.N.

<sup>67</sup> Palandt, Einf v §145 Rnr. 7

<sup>68</sup> Lepa, VI, VIII f.

<sup>69</sup> Lepa a.a.O.

## b) Grenzen der Privatautonomie

Die Privatautonomie als unverzichtbarer Grundwert einer freiheitlichen Rechts- und Verfassungsordnung<sup>70</sup> hat jedoch gem. Art. 2 Abs. 2 GG ihre **Grenzen** wie jede Form der Handlungsfreiheit dort, wo die **Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz** tangiert sind. Wegen der Gefahr des Missbrauchs, etwa gegenüber wirtschaftlich und sozial Schwächeren oder als Instrument gesellschaftlicher Machtausübung, sehen sich Gesetzgebung und Rechtsprechung außerdem aus dem **Sozialstaatsprinzip** des Art. 20 Abs. 1 GG heraus veranlasst, Auswüchsen zu begegnen.<sup>71</sup> Gesetzliche Verbote, die nach § 134 BGB zur Nichtigkeit eines dennoch abgeschlossenen Rechtsgeschäfts führen, oder die Generalklausel des § 138 BGB und die hierzu ergangene Rechtsprechung sind Beispiele hierfür.<sup>72</sup>

## c) Form im Recht als Garant der Vertragsfreiheit

Das BGB geht gemäß obigen Überlegungen zur Privatautonomie grundsätzlich von der **Formfreiheit** von Willenserklärungen aus. Die **Form** stellt eine Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit dar und ist deshalb als **Ausnahme** ausgestaltet, die der Rechtfertigung bedarf. Diese ist an den bereits weiter oben behandelten **Formzwecken** zu messen.

Die bisherigen Formen und ihre Formzwecke streben dabei nicht etwa – so wie §§ 134, 138 BGB – einen prohibitiven Schutz durch Verbote<sup>73</sup> oder - wie die in europäischen Richtlinien so beliebten Widerrufsrechte<sup>74</sup> - einen Schutz durch ex-post-Mechanismen an. Sie stellen dem Rechtsverkehr vielmehr ein abgestuftes **System präventiver Regeln** zur Verfügung, das mit unterschiedlichen Anforderungen auf die Abgabe „richtiger“ Willenserklärungen hinführen soll. Es entspricht dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**, dass die Anforderungen mit der Bedeutung eines Rechtsgeschäfts steigen. Den Kosten, die diese Anforderungen mit sich bringen, kann dabei ein erheblicher Nutzen für den Einzelnen und die Allgemeinheit gegenüberstehen.<sup>75</sup> Der Gesetzgeber darf dabei davon ausgehen, dass ein solches Regelwerk den Grundsätzen der Privatautonomie Rechnung trägt, weil es im idealtypischen Fall dem Einzelnen, und zwar gerade dem schwächeren Teil einer Vertragsbeziehung, ermöglicht, selbstverantwortete und selbstgesteuerte Rechtshandlungen vorzunehmen.

Der Staat war – wie oben gezeigt – zwar nicht gezwungen, die Privatautonomie gerade in der vorstehend geschilderten Weise im BGB zu gewährleisten, aber er hat es damit in einer seit gut hundert Jahren im Grundsatz tragfähigen Weise getan. Nicht zuletzt durch den Einfluss des euro-

---

<sup>70</sup> Palandt, Überbl v §104 Rnr. 1

<sup>71</sup> Palandt, a.a.O.

<sup>72</sup> Palandt, § 138 Rnr. 1

<sup>73</sup> Darin liegt eine besonders starke Einschränkung der Privatautonomie, die auf besonders unerwünschte Sachlagen beschränkt bleiben muss.

<sup>74</sup> Widerrufsrechte sind unserer Rechtsordnung zwar nicht grundsätzlich systemfremd, sie sind jedoch eine Ausnahme von der Regel pacta sunt servanda und sollten deshalb nicht überhand nehmen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Vertragsfreiheit im umgekehrten Sinn beeinträchtigt wird, wenn nämlich kein Verlass mehr ist auf wirksam geschlossene Verträge und somit die Rechtssicherheit leidet.

<sup>75</sup> Die Rechtsverfolgungskosten in den USA, wo es keine Formvorschriften für den Privatrechtsverkehr gibt, sind im Vergleich zu den Ländern des geschriebenen Zivilrechts vier bis sieben Mal so hoch. Hierzu m.w.N. *Schwachtgen*, A.: Auf dem Weg zur weltumspannenden Authentizität – Ein Berufsstand als Garant der Rechtssicherheit wirtschaftlicher Entwicklung, DNotZ 1999, 268, 270 f.

päischen Rechts haben daneben **weitere Schutzmechanismen** an Bedeutung gewonnen, wie die eben schon erwähnten Widerrufsrechte, außerdem aber auch Informationspflichten, Verbandsklagerechte, richterliche Inhaltskontrolle und andere Erscheinungsformen. Entsprechend viele rechtssystematische Probleme und Gesetzesänderungen waren zu bewältigen. Die **Formvorschriften des BGB** jedoch blieben bis zur Einführung der elektronischen Form und der Textform unverändert. Ihre **Fortentwicklung** systemgerecht auszugestalten war deshalb eine besondere Herausforderung. Die neuen Formen werden sich auch daran messen lassen müssen, wie gut sie sich in die existierende Abstufung einfügen und durch die Erfüllung der jeweiligen Formzwecke geeignet sind, die Privatautonomie zu gewährleisten.

## V. Europarechtliche Bezüge

### 1. Signaturrechtlinie und E-Commerce-Richtlinie als Rechtsquellen

**Signaturgesetz** und **Formvorschriftengesetz** setzen gemeinsam den zivilrechtlichen Teil und die für die zivilrechtliche Verweisung erforderlichen technisch-organisatorischen Aspekte der digitalen Signatur aus der **Signaturrechtlinie**<sup>76</sup> und der **E-Commerce-Richtlinie**<sup>77</sup> um.<sup>78</sup> Die inhaltliche Abgrenzung zwischen den Richtlinien entspricht ungefähr dem Schema Signaturrechtlinie/Signaturgesetz und E-Commerce-Richtlinie/Zivilrechtsfragen, ist aber nicht durchgängig eingehalten, da einerseits nicht alle in der Europäischen Union vertretenen Rechtssysteme die Abgrenzung zwischen öffentlichem und Privatrecht kennen und andererseits die Regelungsansätze sich überschneiden.

Die Richtlinien bringen jedoch beide zum Ausdruck, dass ein **möglichst hoher Integrations- und Harmonisierungsgrad** im Bereich der Informations- und Kommunikationsdienste sowie der zugrunde liegenden Technologien einerseits und im Bereich der elektronisch angebahnten oder elektronisch durchgeführten Rechtsbeziehungen andererseits für die künftige **wirtschaftliche Entwicklung im Binnenmarkt** von erheblicher Bedeutung ist. Die Richtlinien konnten nur einen Rahmen abstecken, innerhalb dessen den Mitgliedstaaten **Umsetzungsspielraum** bleibt. Rechtliche Abweichungen sind deshalb abzusehen. Aber auch technisch können die Richtlinien die **Interoperabilität** von Hardware, Software und Verfahrensweisen nicht von oben herab verordnen. In der Zukunft sind deshalb noch erhebliche Entwicklungsleistungen von Industrie und Gewerbe zu erbringen, bis auch eine weitgehende tatsächliche **Konvergenz** der Rechtsordnungen wie der Produkte erreicht sein wird. Hierfür eine Grundlage zu schaffen war wesentlicher Zweck der Richtlinien.

Die Herstellung des rechtlichen Rahmens für eine spätere technische Interoperabilität der digitalen Signatur, ihre grenzüberschreitende rechtliche Anerkennung, die grenzüberschreitende Erbringung von Informations- und Kommunikationsdiensten – etwa von Zertifizierungsdienstleistungen – und der rechtssichere elektronische Vertragsschluss und seine Anforderungen unter

---

<sup>76</sup> Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. L 13/12 vom 19.01.2000.

<sup>77</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)

<sup>78</sup> Der sonstige Umsetzungsbedarf dieser Richtlinien bleibt hier außer Betracht, vgl. hierzu etwa die verschiedenen in *Roßnagel* (Hrsg.), *Recht der Multimediadienste*, enthaltenen Beiträge.

Berücksichtigung der Interessen der Mitgliedstaaten, von Gewerbe und Industrie, Berufsgruppen und Verbrauchern gleich der Quadratur des Kreises. Beide Richtlinienverfahren verliefen deshalb außerordentlich **kontrovers**. Manche Ungereimtheit der Texte ist auch auf die geschlossenen Kompromisse zurückzuführen, die notwendig waren, um überhaupt zu einer Einigung zu kommen. Diese Ungereimtheiten haben natürlich die Umsetzung in nationales Recht erschwert.

## 2. Vorgaben für das nationale Recht

Insbesondere folgende **Umsetzungsprämissen** ergeben sich aus den Richtlinien:

### a) Begriff der elektronischen Signatur

Die „**elektronische Signatur**“ ist in Art. 2 der Signaturrechtlinie definiert, ebenso die „fortgeschrittene elektronische Signatur“, die wiederum, wenn sie auf einem qualifizierten Zertifikat beruht, über die „**qualifizierte elektronische Signatur**“ in das Signaturgesetz und damit auch in die elektronische Form Eingang gefunden hat.

### b) Rechtliche Gleichstellung von Unterschrift und Signatur

Nach Art. 5 Abs. 1 der Signaturrechtlinie müssen „fortgeschrittene Signaturen, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruhen,...a) die **rechtlichen Anforderungen an eine Unterschrift** in Bezug auf in elektronischer Form vorliegende Daten in gleicher Weise erfüllen wie handschriftliche Unterschriften in Bezug auf Daten, die auf Papier vorliegen, und b) in Gerichtsverfahren als **Beweismittel** zugelassen sein.“

Anders als die Zulassung als Beweismittel – dazu unten E. - stellte die **Formqualität** elektronischer Signaturen ein erhebliches Problem dar. Qualifizierte Signaturen können nach dem neuen Signaturgesetz entsprechend den Vorgaben von Art. 3 der Richtlinie leichter als nach dem bisherigen Signaturgesetz erbracht werden. Jetzt darf die Erbringung von Zertifizierungsdiensten nämlich nicht mehr von einer **vorherigen Genehmigung** abhängig gemacht werden. Bei Zertifizierungsstellen, die qualifizierte Signaturen unterstützen, sieht das Signaturgesetz lediglich **repressive Eingriffe** vor, wenn bereits Probleme aufgetreten sind.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich, wie weiter oben dargestellt, gleichwohl entschlossen, dem System des ersten Signaturgesetzes entsprechend an den z.T. bereits existierenden genehmigten Zertifizierungsstellen festzuhalten und diese in das System der nach der Signaturrechtlinie gestatteten **freiwillig akkreditierten Zertifizierungsstellen** überzuleiten. Diejenigen Stellen, die das Akkreditierungsverfahren durchlaufen, werden wie seinerzeit die genehmigten Stellen einer eingehenden **präventiven Überprüfung** unterzogen, die es rechtfertigt, diesen Stellen die Akkreditierung als „**Gütesiegel**“ zu verleihen. Der europäische Gesetzgeber erlaubt dies zur Steigerung des Niveaus der erbrachten Zertifizierungsdienste, nachdem gerade diese Frage zu den Streitigsten des Richtlinienverfahrens gehört hatte. Für die in Art. 5 der Signaturrechtlinie geregelten Rechtswirkungen darf aber nicht auf das höhere Niveau abgestellt werden.

§ 126 a BGB verweist daher lediglich auf die qualifizierte elektronische Signatur und lässt für die elektronische Form somit auch Verfahren genügen, die nicht vor einer Akkreditierung behördlich überprüft und für gut befunden wurden. Darin liegt ein deutliches **Zurückstecken der Anforderungen** gegenüber den Vorstellungen im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens zum Formvor-

schriftengesetz, als auf das Signaturgesetz alter Fassung verwiesen wurde, das nur die genehmigten Zertifizierungsstellen regelte. Danach hätten nur von solchen, den akkreditierten Zertifizierungsstellen entsprechenden Stellen angebotene Verfahren die elektronische Form erfüllen können.

Das nunmehr gefundene Niveau stellt einen **Kompromiss** dar, um den heftig gerungen wurde. Letztlich gewann das wirtschaftspolitische Argument Oberhand, dass nur durch die europäische Harmonisierung der technologischen Vorherrschaft der USA in diesem Bereich Paroli geboten werden könne, da sich die USA rechtssystembedingt mit einer Harmonisierung ihrer Signaturgesetze noch schwerer tun als die EU.

Die **Problematik der dynamischen Verweisung**, die bei Änderungen der Signaturrechtlinie zu einer weiteren Anpassung des Anforderungsniveaus des Signaturgesetzes nach unten, und in der Folge zu einer Entwertung der elektronischen Form und damit zu einem gesetzgeberischen Einfluss der Europäischen Union auf einen Kernbereich des Zivilrechts, in dem die EU keine Rechtssetzungskompetenz besitzt, führen kann, wurde im Vorfeld des Formvorschriftengesetzes durchaus gesehen und kontrovers diskutiert. Insbesondere der Einfluss des nach Art. 9 der Richtlinie gebildeten Ausschusses ist noch nicht ganz klar. Er könnte von den Regierungen der Mitgliedstaaten, deren Interessen sich in der derzeitigen Ausgestaltung der Richtlinie in geringerem Umfang wieder finden, dazu genutzt werden, das Thema immer wieder auf die Tagesordnung zu bringen mit der Folge, dass die Beständigkeit und letztlich die Rechtssicherheit in diesem sensiblen Bereich immer wieder in Frage gestellt würde.

### c) Elektronischer Vertragsschluss

Die E-Commerce-Richtlinie geht in ihrem Art. 9 noch einen Schritt weiter als Art. 5 der Signaturrechtlinie. Abs. 1 bestimmt, dass der **Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege** ermöglicht werden muss. Insbesondere dürfen Rechtsvorschriften nicht den Abschluss solcher Verträge behindern oder diese für unwirksam erklären. Dingliche Verträge über Immobilien, der Bereich der öffentlichen Beglaubigung und Beurkundung, Bürgschaftsverträge und die sonstige Gewährung von Sicherheiten durch Private sowie Verträge im Bereich des Familienrechts oder des Erbrechts sind nach Abs. 2 ausgenommen.

Soweit elektronische Verträge möglich sein müssen, bestand für den nationalen Gesetzgeber die Wahl, **Formfreiheit** vorzusehen<sup>79</sup> oder an **Formvorschriften** festzuhalten, dann aber ein **elektronisches Äquivalent** anzubieten. Da die öffentliche Beglaubigung und Beurkundung nicht von Art. 9 Abs. 1 erfasst wird, bestand für die höheren Formen kein Umsetzungsbedarf.<sup>80</sup> Betroffen war aber die Schriftform, die nach deutschem Recht künftig durch die elektronische Form ersetzt werden kann, allerdings nur dann, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Der Vorbehalt ist sicherlich im Bereich der Ausnahmen gemäß Art. 9 Abs. 2 unbedenklich. Soweit darüber hinaus Schriftformvorschriften betroffen sind, bei denen die Ersetzung ausgeschlossen

---

<sup>79</sup> Dies wurde im Vorfeld des Formvorschriftengesetzes intensiv geprüft, hat letztlich aber nicht zu einer Abschaffung von Formvorschriften, sondern in einigen Fällen lediglich zur Herabstufung von der Schriftform auf die Textform geführt, so etwa in §§ 5 Abs. 3 S. 1 und 8 Nr. 1 des Bundeskleingartengesetzes, § 5 Abs. 1 S. 1 des Grundbuchbereinigungsgesetzes, 6 Abs. 1 der Nutzungsentgeltverordnung etc.

<sup>80</sup> Gleichwohl hat die Bundesnotarkammer bereits mehrfach vorgeschlagen, auch hier ein elektronisches Äquivalent zu schaffen.

ist, wird ggf. durch den EuGH im Einzelfall zu klären sein, ob der Vorbehalt europarechtskonform ist.<sup>81</sup>

#### d) Textform

Bei der Textform waren **europäische Kollisionen nicht zu befürchten**, weil sie definitionsgemäß nicht an ein bestimmtes Medium gebunden ist.

### VI. Würdigung

Ungeachtet der kontroversen Diskussion um das Gesetzgebungsverfahren und vorbehaltlich der bei einzelnen Vorschriften noch vorzunehmenden differenzierten Bewertung kommt dem Formvorschriftengesetz das Verdienst zu, mit der **elektronischen Form** dem Rechtsverkehr ein zeitgemäßes **Angebot für die rechtssichere Abgabe von Willenserklärungen** zu machen. Die Eingliederung der elektronischen Form in den allgemeinen Teil des BGB ist in sprachlich knapper, systemgerechter Form gelungen. Durch die dynamische Verweisung auf Signaturgesetz und -verordnung war es möglich, technische Regelungen bei der Definition der Form und den einzelnen Formvorschriften zu vermeiden, gleichzeitig aber sicherzustellen, dass die elektronische Form stets auf die aktuellen technischen Anforderungen Bezug nimmt. Es spricht einerseits für das Formvorschriftengesetz, andererseits aber auch für die Qualität der über ein Jahrhundert alten Regelungen von Willenserklärung und Rechtsgeschäft im BGB, dass eine derartige **Fortschreibung** – auch unter Einbeziehung europäischer Vorgaben – **ohne grundlegende Eingriffe in die Rechtsgeschäftslehre** erfolgen konnte.

Die **Textform** bildet demgegenüber einen Fremdkörper, für den weder ein Regelungsbedarf noch die Erreichung von Formzwecken nachgewiesen sind. Sie wird wohl über die ihr schon bisher zugewiesenen Bereiche<sup>82</sup> hinaus keine wesentliche praktische Bedeutung erlangen. Ihr eigentlicher Schaden liegt in der in ihr zum Ausdruck kommenden Überregulierung und der Verwischung der bisher scharfen dogmatischen Abgrenzung zwischen der Formfreiheit als Regelfall und der Schriftform als der bisher untersten Formschwelle als Ausnahmefall.

Eine **Bewährung** der elektronischen Form in der Praxis steht noch aus. Die Anwendungen für elektronische Signaturverfahren mit oder ohne Rechtsgeschäftsbezug im Bereich der qualifizierten elektronischen Signatur sind bisher nicht zahlreich.<sup>83</sup> Auch bei anderen heute unverzichtbaren technischen Neuerungen wie Telefon und Fax verging jedoch zwischen Erfindung und Marktdurchbruch viel Zeit. Mangelnde Interoperabilität und Kostengründe wirken stets dämpfend auf die Entwicklung von Massenanwendungen. Bei ausreichender Verbreitung aber sinkt der Preis und die Einsatzmöglichkeiten vervielfältigen sich. Es ist zu wünschen, dass die „kritische Masse“ der Teilnehmer möglichst bald überschritten wird, damit der mit dem Formvorschriftengesetz verfolgte Zweck, der Allgemeinheit sicheren elektronischen Rechtsverkehr zu ermöglichen, auch erreicht wird.

---

<sup>81</sup> Vgl. Fn. 61.

<sup>82</sup> Eine Definition der Textform existierte bisher nicht. Einige Sondertatbestände der erleichterten Schriftform bildeten jedoch das Vorbild für die Textform und fallen heute in ihren Anwendungsbereich, so insbesondere das MHG.

<sup>83</sup> Die Arbeitsgemeinschaft Wirtschaftliche Verwaltung (AWV) bereitet hierzu eine Veröffentlichung vor, die demnächst erscheinen soll.

## E. Das elektronische Dokument als Beweismittel vor Gericht

### I. Vorbemerkung

Mit dem **Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr** (Formvorschriftengesetz) hat der Gesetzgeber neben den im vorstehenden Abschnitt D. behandelten Rechtsgrundlagen für den elektronischen Vertragsschluss, wie dort bereits erwähnt, auch den Umgang mit elektronischen Dokumenten im Rahmen der gerichtlichen Verfahrensordnungen und die Beweisführung mittels des elektronisch signierten Dokuments geregelt.

Das elektronische Dokument als Teil der **elektronischen Verfahrensakte** soll hier ausgeklammert bleiben, da es sich dabei um einen speziell und unabhängig vom elektronischen Vertragsschluss und der Beweisführung mittels elektronischen Dokumenten in den Verfahrensordnungen geregelten Fragenkreis handelt. Die Entscheidung für oder gegen Signaturverfahren ist in diesem Zusammenhang mit Rücksicht auf Bedenken insbesondere der Bundesländer noch stärker von Kostengesichtspunkten diktiert worden als bei der elektronischen Form des § 126 a BGB, da die Auswirkungen unmittelbar die öffentlichen Haushalte, insbesondere die Länderhaushalte, treffen.<sup>84</sup> Der Wunsch, über die elektronische Form im Bereich des Zivilrechts und der Prozessordnungen wieder zu insgesamt vereinheitlichten Anforderungen und Definitionen zu gelangen, hat sich deshalb aus politischen und finanziellen Gründen nicht verwirklichen lassen. Das ist bedauerlich, hat aber auf die Form des elektronisch geschlossenen Vertrages und die gerichtliche Entscheidung über die darauf gegründeten Rechtsstreitigkeiten keinen direkten Einfluss.

Die **Beweisführung** und die **Beweiswürdigung** auf der Grundlage von Urkunden sowie der **Beweiswert** einer Urkunde stellt ein unmittelbar mit der jeweiligen zivilrechtlichen Form verknüpftes Problem dar. Es handelt sich sozusagen um die in den Gerichtsprozess hinein verlängerte Frage nach den **Funktionen der Form**, wobei hier die **Beweisfunktion** im Vordergrund steht. Darzustellen ist also, wo das elektronische Dokument seinen Platz im System der Beweismittel hat.

Die Zivilprozessordnung (ZPO) kennt fünf verschiedene Arten der Beweisführung:

- den Beweis durch Augenschein, §§ 371 ff ZPO,
- den Zeugenbeweis, §§ 373 ff. ZPO,
- den Beweis durch Sachverständige, §§ 402 ff ZPO,
- den Beweis durch Urkunden, §§ 415 ff. ZPO,
- den Beweis durch Parteivernehmung, §§ 445 ff. ZPO.

Anders als das neue Recht der Formvorschriften nahe gelegt hätte, konnte sich der Gesetzgeber nicht entschließen, das in der Form des § 126 a BGB vorliegende elektronische Dokument in das

---

<sup>84</sup> Vgl. hierzu etwa die Erwägungen in dem in Fn. 12 zitierten Konzept des Bayerischen Staatsministeriums des Innern.

System des Urkundsbeweises einzuordnen. Er hat mit § 292 a ZPO vielmehr erstmals einen **Fall des Anscheinsbeweises** gesetzlich geregelt.

## II. Die Rechtslage im Einzelnen

### 1. Behandlung der Schrifturkunde im Beweisrecht<sup>85</sup>

Der Beweis durch Urkunden ist in der ZPO in den §§ 415 ff. geregelt. Die **Verfahrensvorschriften** für die Führung des Urkundsbeweises sind in §§ 420 ff. ZPO enthalten. So erfolgt insbesondere gemäß § 420 die **Beweisführung durch Vorlegung der Urkunde**. Wesentliches Merkmal der Vorschriften über den Urkundsbeweis ist, dass das Gesetz für **echte und unversehrte** (§ 419) **Urkunden gesetzliche Beweisregeln** aufstellt, die den **Grundsatz der freien Beweiswürdigung** gemäß § 286 ZPO weitgehend **einschränken**. Weist die Urkunde äußerliche Mängel auf, gilt gem. § 419 der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

Das Gesetz unterscheidet im Übrigen zwischen öffentlichen Urkunden und Privaturkunden:

#### a) Öffentliche Urkunden

##### aa) Definition

Öffentliche Urkunden sind von **Behörden** oder hierfür **öffentlich bestellten Personen (Notare, Konsularbeamte usw.)** erstellte **Zeugnisse** über privat- oder öffentlich-rechtliche Erklärungen Dritter (§ 415), über behördliche Erklärungen und Entscheidungen (§ 417) und über Wahrnehmungen (§ 418). Das Verfahren und die Zuständigkeit für die Erstellung öffentlicher Urkunden regelt das **Beurkundungsgesetz**.

##### bb) Beweiswert

§ 415 Abs. 1 bestimmt, dass **Zeugnisurkunden den vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorgangs** erbringen, wenn die gesetzlichen Formvorschriften erfüllt sind und die Urkundsperson innerhalb ihrer Amtsbefugnisse gehandelt hat. Bewiesen ist dann die **Abgabe** der beurkundeten Erklärung, nicht die inhaltliche Richtigkeit. Bei der Notarurkunde umfasst der Umfang der Beweiskraft auch die **Personenidentität** des Erklärenden sowie die **Vollständigkeit und Richtigkeit** der beurkundeten rechtsgeschäftlichen Willenserklärung. Gemäß Abs. 2 ist der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, zulässig. Die Beweislast hierfür obliegt aber demjenigen, der sich darauf beruft.

Gemäß § 417, der die öffentlichen Urkunden über eigene **Willenserklärungen einer Behörde** betrifft, begründen diese **vollen Beweis ihres Inhalts**. Der Beweis, dass die Behörde die beurkundete Erklärung abgegeben hat (formelle Beweiskraft), ist unwiderleglich. Der zulässige Gegenbeweis kann sich hier nur gegen die innere (materielle) Beweiskraft richten. Am Beispiel des Erbscheins erläutert bedeutet dies, dass kein Gegenbeweis möglich ist über die Frage der Erteilung des Erbscheins, wenn dieser unversehrt und echt vorliegt. Der Gegenbeweis muss sich ge-

---

<sup>85</sup> Die nachfolgende Darstellung fasst die Ausführungen von *Geimer* in *Zöller, Zivilprozessordnung zum Urkundsbeweis* zusammen.

gen die inhaltliche Richtigkeit wenden, also darauf, dass das Erbrecht falsch bezeugt sei. Die Motive bzw. Entscheidungsgründe nehmen weder an der formellen noch an der materiellen Beweiskraft solcher Urkunden teil.

§ 418 betrifft öffentliche **Urkunden über Wahrnehmungen der Urkundsperson**, also Urkunden, die weder Erklärungen Dritter (§ 415) noch Willenserklärungen der Behörde selbst (§ 417) bezeugen. Solche Urkunden begründen **vollen Beweis der darin bezeugten Tatsachen**. Gemäß Abs. 2 der Vorschrift ist der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken. Auch hier ist Voraussetzung, dass die Urkunde unversehrt und echt ist. Eine Sterbeurkunde beweist somit den Tod einer Person (nicht jedoch die Todesursache).

Es gibt öffentliche Urkunden, deren verschiedene Teile unter mehrere der vorbehandelten Vorschriften einzuordnen sind. Das notarielle Testament beispielsweise enthält Feststellungen des Notars über die Person und die Testierfähigkeit des Erblassers. Es beweist somit gemäß § 415 die Abgabe der Erklärungen über die letztwilligen Verfügung des Erblassers durch diesen, gemäß § 418 Abs. 3 i. V. m. §§ 10, 28 Beurkundungsgesetz die Identität des Testators und gemäß § 418 Abs. 1 die Feststellung der eigenhändigen Unterschriftsleistung, nicht jedoch die vom Notar in der Urkunde festgestellte Geschäfts- oder Testierfähigkeit, da es sich hierbei um die durch den Notar erfolgte rechtliche Würdigung seiner Wahrnehmungen handelt.

## **b) Privaturkunden**

### **aa) Definition**

Privaturkunden (§ 416) sind **von Privatpersonen erstellte und unterschriebene Erklärungen**, auch wenn die Unterschrift öffentlich beglaubigt ist. Wichtigster Anwendungsfall sind Erklärungen, die unter Einhaltung der Anforderungen der Schriftform gemäß § 126 BGB erstellt wurden. Auch Urkunden, die als öffentliche Urkunden gewollt waren, deren Wirksamkeit als solche aber an Formmängeln scheitert, können möglicherweise noch als Privaturkunde wirksam sein.

Zivilprozessrechtlich stellt die **Unterschrift kein Wesensmerkmal** der Urkunde dar, wenn die Urheberschaft der Urkunde aus deren sonstigen Inhalt erkennbar ist (§ 439 Abs. 2). Darin liegt ein Unterschied zu den Anforderungen der Schriftform, die die Unterschrift als Wesensmerkmal erfordert. Es gibt somit Schriftdokumente, die die zivilrechtliche Schriftform nicht erfüllen, im Zivilprozess aber Gegenstand des Urkundsprozesses sein können. Bisher waren dies nicht unterschriebene Privaturkunden im formfreien Bereich. Nunmehr deckt den Bereich dieser Urkunden die Textform ab. Der weitere Anwendungsbereich der Textform außerhalb der verkörperten Gedankenerklärung, also insbesondere der Bereich der elektronisch gespeicherten, aber nicht oder nicht qualifiziert signierten Erklärungen, liegt nach wie vor außerhalb des Urkundsbeweises. Hier bleibt es bei der Beweisführung durch Augenschein oder durch Sachverständige.

### **bb) Beweiswert**

Gemäß § 416 begründen Privaturkunden, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, **vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind**. Auch hier ist erforderlich, dass die Urkunde äußerlich unversehrt ist. Im Unterschied zur öffentlichen Urkunde ist es

bezüglich der Echtheit jedoch nicht erforderlich, den Gegenbeweis anzutreten, sondern es genügt, die **Echtheit zu bestreiten**. Gemäß § 440 Abs. 1 muss dann der Beweisführer die Echtheit beweisen. § 440 Abs. 2 bringt insoweit eine Erleichterung, als die Echtheit bezüglich der über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehenden Schrift vermutet wird, wenn die Echtheit der Namensunterschrift fest steht oder das Handzeichen notariell beglaubigt ist. In diesem Fall muss wiederum der Beweisgegner bezüglich der Echtheit der Schrift den Gegenbeweis führen. Im Regelfall wird sich somit der Streit darauf konzentrieren, wer die Urkunde unterzeichnet hat.

## 2. Behandlung des elektronischen Dokuments im Beweisrecht

### a) Allgemeines

Das **elektronische Dokument** wird in der Regel über den **Augenscheinsbeweis** in den Prozess eingeführt, wobei das Gericht stattdessen oder ergänzend erforderlichenfalls durch Einvernahme von Sachverständigen Beweis erhebt.

Für das elektronische Dokument gab es deshalb **nie Zugangsschwierigkeiten im Prozess**. Insbesondere das angelsächsische Problem der „**admissibility**“, also das Erfordernis, dass zunächst ein Richter die Verwertbarkeit des elektronischen Dokuments als Beweismittel im Prozess für zulässig erklären muss, ist dem deutschen Prozessrecht fremd. Jedes Beweismittel lässt sich in eine der vorgenannten fünf Arten der Beweisführung einordnen. Über die Einführung in den Prozess entscheiden allein die Parteien.

Das deutsche Prozessrecht kennt auch nicht den Vorrang des Zeugenbeweises wie angelsächsische Prozessordnungen. Umgekehrt kennt das deutsche Prozessrecht allerdings auch **nicht den Vorrang des Urkundsbeweises**. Faktisch spielt jedoch der Urkundsbeweis im Zivilrecht schon immer eine herausragende Rolle. Auch wenn ihm innerhalb der oben genannten Arten der Beweisführung bei der Einführung in den Prozess keine Sonderrolle zukommt, gilt der Urkundsbeweis als **zuverlässiger** als die anderen Beweisarten und genießt deshalb **Privilegien** nicht nur durch die **gesetzlichen Beweisregeln**, die die freie Beweiswürdigung einschränken, sondern auch mit Blick auf §§ 592 ff. ZPO, die für den Fall, dass insbesondere bei Ansprüchen auf Zahlung einer Geldsumme sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können, den **Urkundenprozess** als vereinfachte Prozessart zur Verfügung stellen.

Im Vergleich Schriftdokument/elektronisches Dokument ist hervorzuheben, dass für das Schriftdokument die oben dargestellten gesetzlichen Beweisregeln gelten, die bei der öffentlichen Urkunde bis zur Vermutung der Richtigkeit des Inhalts der Erklärung gehen können. Das **Prozessrisiko** ist somit bei Urkunden generell relativ **gering, bei öffentlichen Urkunden sehr gering**. Dies dürfte der Grund dafür sein, dass die Schriftlichkeit in ihren verschiedenen Ausprägungen seit jeher auch im formfreien Bereich dort üblich ist, wo vertragliche Ansprüche begründet werden. Es verwundert deshalb nicht, dass die Diskussion über das elektronische Dokument von Anfang an nicht nur die elektronische Form als Äquivalent zur Schriftform umfasste, sondern auch im Prozessrecht stets der Vergleich zum Schriftdokument gesucht wurde.

### b) Rechtslage aufgrund des Formvorschriftengesetzes

### c) Das elektronische Dokument

aa) Das **elektronische öffentliche Dokument** ist de lege lata im Beurkundungsgesetz bisher nicht vorgesehen. Dies wird sich aber voraussichtlich bald ändern.<sup>86</sup>

bb) Das **private elektronische Dokument** ist in den §§ 126 a ff. BGB geregelt. Elektronische Dokumente unterliegen aber herkömmlich – wie gezeigt – nicht dem Urkunds- sondern dem Augenscheinsbeweis mit freier Beweiswürdigung. In der Diskussion um das Formvorschriftengesetz wurde dies nicht zuletzt von technischer Seite kritisiert, da sich der Einsatz von hochwertigen Signaturverfahren wegen des verbleibenden **Prozessrisikos** nicht lohne. Es wurde allerdings auch darauf hingewiesen, dass bei richtiger Bewertung der Sicherungsfunktion der Signaturverfahren die freie Beweiswürdigung dahin gehen müsse, dass zumindest bei Einhaltung der Anforderungen des Signaturgesetzes eine Fälschung praktisch ausgeschlossen sei. Inwieweit der Rechtsprechung zugetraut werden könne, zu der für die Rechtssicherheit nötigen einheitlichen hohen Wertschätzung der qualifizierten und akkreditierten Signaturverfahren bei gleichzeitig zutreffender Würdigung der vorhandenen Sicherheitsunterschiede zu den anderen Verfahren zu gelangen, war umstritten.

Es hätte nahe gelegen, einen § 416 a ZPO zu schaffen, der analog § 416 **qualifiziert signierten elektronischen Dokumenten die gleiche Beweiskraft zuerkennt wie den in § 416 genannten privaten Schriftdokumenten**. § 440 ZPO hätte sich dann unschwer weiterentwickeln lassen für die Fälle der nicht anerkannten elektronischen Urkunde. Dann wäre auch hier die Echtheit von der beweispflichtigen Partei zu beweisen gewesen. Der Echtheitsnachweis im Sinn von § 440 Abs. 2 hätte sich bei der qualifizierten Signatur allerdings leichter führen lassen als beim Schriftdokument, da über das qualifizierte Zertifikat eine Rückführung auf den Aussteller im Regelfall gelingen dürfte.

Da dem Gesetzgeber diese Art der Einordnung des qualifiziert signierten elektronischen Dokuments in das Beweissystem der ZPO im Hinblick auf die mangelnde Erfahrung mit solchen Dokumenten im Prozess als verfrüht erschien, im Gesetzgebungsverfahren aber aus interessierten Kreisen der Wirtschaft<sup>87</sup> gleichwohl immer wieder massiv gefordert wurde, die Interessen der Empfänger elektronisch signierter Dokumente zu schützen, bestand erheblicher politischer Handlungsdruck. Die in diesem Zusammenhang alternativ vorgeschlagene Einführung einer **materiellrechtlichen Zurechnungsvorschrift** nur für elektronische Dokumente, die systemfremd und ohne Vorbild gewesen wäre, wurde schließlich abgelehnt und stattdessen der nachstehend zu behandelnde neue, ebenso systemfremde § 292 a ZPO geschaffen.

Zwar erfährt nunmehr die elektronische Form bei der Würdigung des elektronisch signierten Dokuments im **Beweisrecht** der ZPO eine gewisse Hervorhebung. Der neu eingeführte § 292 a ZPO betritt jedoch gesetzessystematisch Neuland. § 292 a ZPO stellt nämlich das elektronisch signierte Dokument nicht der **Schrifturkunde** gleich, wie dies im Vorfeld gefordert worden war.<sup>88</sup> Er belässt es zwar grundsätzlich, aber nicht ohne weiteres im **Bereich des Augenscheinsbeweises**, wo es sich zuvor befunden hatte und wie dies von anderer Seite im Vorfeld vorgeschlagen wurde.<sup>89</sup> Das Formvorschriftengesetz führt vielmehr erstmals eine **gesetzlich geregelte Form des**

---

<sup>86</sup> Vgl. den bereits erwähnten Entwurf des Bundesministeriums der Justiz, der bisher nicht zitierfähig veröffentlicht ist.

<sup>87</sup> *Schröter, J.*: Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr, WM 2000, 2134; vgl a. Fn. 41.

<sup>88</sup> *Erber-Faller*, Gesetzgebungsvorschläge der Bundesnotarkammer zur Einführung elektronischer Unterschriften, a.a.O.

<sup>89</sup> *Mellullis, K.*: Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklärung, MDR 1994, 109.

**Anscheinsbeweises** für das Augenscheinsobjekt ein, die entgegen allen zuvor geäußerten systematischen und rechtspolitischen Bedenken vermutet, dass die qualifizierte elektronische Signatur im Regelfall von der Person stammt, der das zugehörige Zertifikat erteilt wurde. So wird dem qualifiziert signierten elektronischen Dokument im Prozess eine außerordentlich **starke Stellung** verschafft, die dem Urkundsbeweis in der prozessentscheidenden Wirkung mindestens vergleichbar ist, aber bisher kein Äquivalent im Prozessrecht hat.

Beim **Anscheinsbeweis** oder **prima-facie-Beweis** handelt es sich nicht um eine sechste Form eines Beweismittels, sondern um eine von der Rechtsprechung entwickelte **Möglichkeit der Beweiswürdigung**. Mit ihm ist der Nachweis von Ursächlichkeit oder Verschulden bei typischen Geschehensabläufen auch ohne exakte Tatsachengrundlagen aufgrund von **Erfahrungssätzen** möglich. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist z.B. der Erfahrungssatz, dass Fingerabdrücke einmalig sind. Die Rechtsprechung hat aber abgelehnt, einen Erfahrungssatz anzunehmen, dass ein Telefax von demjenigen stammt, der aus dem Empfangsprotokoll hervorgeht. Liegt ein Erfahrungssatz vor, ist ein **vorläufiger Beweis** geführt, der durch einen **vereinfachten Gegenbeweis** erschüttert werden kann, wenn die ernsthafte Möglichkeit eines anderen als des erfahrungsgemäßen Ablaufs bewiesen wird.

Vor allem von Bankenseite wurde im Zusammenhang mit **EC-Karten-Missbrauchsfällen** vorgeschlagen, die Regeln des Anscheinsbeweises auch hier anzuwenden. Die Argumentation der Bankinstitute ging dahin, dass bei behaupteter Verwendung von EC-Karten durch unbefugte Dritte der Karteninhaber die PIN-Nummer absichtlich oder unabsichtlich offenbart haben müsse, da eine Ausspähung der PIN aus technischen Gründen wegen der hohen Sicherheit der verwendeten Technik praktisch nicht möglich sei. Die Rechtsprechung der Untergerichte hatte sich zunächst der Argumentation der Bankinstitute angeschlossen, rückte davon aber wieder ab, als durch Gutachter begründete Zweifel an der Sicherheit dargelegt wurden. Trotz ungleich größerer Erfahrungswerte im Umgang mit EC-Karten verglichen mit der noch wesentlich jüngeren Signaturtechnologie nimmt die Rechtsprechung bei den EC-Karten bisher **keinen Erfahrungssatz** dahingehend an, dass EC-Karten-Transaktionen üblicherweise vom Karteninhaber veranlasst werden. Die Grundsätze des Anscheinsbeweises gelten hier also bisher nicht.<sup>90</sup>

Um so mehr verwundert, dass der Gesetzgeber mit § 292 a ZPO losgelöst von allen Erfahrungswerten in einem Bereich, zu dem es noch keine einzige Gerichtsentscheidung gibt, den gesetzlich geregelten Anscheinsbeweis eingeführt hat, eine Gleichstellung mit dem Urkundsbeweis aber zunächst abgelehnt hat.

Möglicherweise wird jedoch diese Fehlentscheidung in absehbarer Zeit durch das **Justizkommunikationsgesetz**,<sup>91</sup> dessen Entwurf vorliegt, zumindest teilweise wieder korrigiert. Danach soll § 292 a ZPO aufgehoben und durch eine systemgerechtere Regelung ersetzt werden. So wird voraussichtlich der neue § 371 a ZPO bestimmen, dass auf private elektronische Dokumente, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind, die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden entsprechende Anwendung finden. Anschließend findet sich allerdings wieder der gesetzlich geregelte Anscheinsbeweis. Für elektronische öffentliche Urkunden gilt § 437 entsprechend. Außerdem soll ein neuer § 416 a ZPO die Beweiskraft des Ausdrucks eines öffentlichen elektronischen Dokuments regeln. Die Vorschrift stellt den Ausdruck, der einen Be-

---

<sup>90</sup> Bettendorf, Elektronischer Rechtsverkehr, 23, m.w.N.

<sup>91</sup> Abrufbar und <http://www.bmj.bund.de>

glaubigungsvermerk trägt, einer beglaubigten Abschrift einer öffentlichen Urkunde gleich. Der Gesetzgeber will durch die Neuregelung ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf einerseits klarstellen, dass das elektronische Dokument systematisch in den Bereich des Augenscheinsbeweises gehört, es von den Beweiskwirkungen her aber künftig dem Urkundsbeweis weitgehend gleichstellen.

### III. Europarechtliche Bezüge

#### 1. Form und Beweiskwirkung

Europarechtlich wurde die Diskussion der Form und der Beweiskwirkungen parallel geführt, sodass für den zum Verständnis der Diskussion notwendigen Hintergrund auf die europarechtliche Ausführungen in Abschnitt D. verwiesen werden kann.

#### 2. Europarechtliche Anforderungen an die Beweiskwirkung

Nach Art. 5 Abs. 1 der Signaturrechtlinie müssen „fortgeschrittene Signaturen, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruhen,... b) in Gerichtsverfahren als **Beweismittel** zugelassen sein.“

Was die grundsätzliche Stellung des elektronisch signierten Dokuments im Prozess anbelangt, hatte Deutschland keinen Umsetzungsbedarf, da elektronische Dokumente jeder Art, wie oben gezeigt, unter der Geltung der ZPO seit jeher als **Augenscheinsobjekt** mit oder ohne Beziehung eines Sachverständigen problemlos Eingang in das gerichtliche Verfahren finden konnten. Die Richtlinie zielt in diesem Punkt auf das vorstehend geschilderte Problem der „admissibility“ der angelsächsisch geprägten Rechtsordnungen, in deren System des Zeugenbeweises derartige Beweismittel nicht recht passen wollen und deshalb ein Zulassungsverfahren passieren müssen.

§292 a ZPO bzw. eine Nachfolgeregelung in einem neuen § 371 a ZPO war also nicht europarechtlich indiziert.

### IV. Würdigung

Es bleibt somit festzuhalten, dass die elektronische Form im BGB zwar nach dem Vorbild der Schriftform gestaltet und dieser in ihren Wirkungen weitgehend angeglichen wurde, ein elektronisches Dokument aber auch dann in der ZPO weiter als Augenscheinsobjekt behandelt wird, wenn es der elektronischen Form entspricht, allerdings mit stärkeren Einschränkungen der freien Beweiswürdigung als beim Urkundsbeweis. Den darin liegenden Systembruch und Wertungswiderspruch hat der Gesetzgeber nicht schlüssig erklären können.

Zu erwarten ist, dass sich die Rollen der Parteien im Prozess durch die neue Vorschrift zu Gunsten desjenigen verschieben, dem die Beweislast für den elektronischen Vertragsschluss zufällt. Da dem Beweisführer bei Vorlage eines elektronisch signierten Dokuments nämlich nun nicht entsprechend dem Schriftdokument bei Bestreiten der Echtheit der Signatur die **volle Beweislast** hierfür obliegt, sondern der **Beweisgegner den Beweis erschüttern muss**, dürfte die Beweislast in aller Regel zu Ungunsten des tatsächlich oder vermeintlich Signierenden ausschlagen, und das, obwohl der Gesetzgeber sich wegen der technischen Eigenart der elektronischen Signatur *gegen* eine zivilrechtliche Zurechnungsvorschrift und *gegen* eine uneingeschränkte zivilrechtliche

Gleichstellung entschieden hat. Es muss sich erst erweisen, wie die Rechtsprechung mit der neuen Form des Anscheinsbeweises umgehen wird.

## **F. Notariat und elektronischer Rechtsverkehr**

### **I. EDV-Einsatz und elektronische Kommunikation im Notariat**

#### **1. Situation der Notare**

In Deutschland praktizierten am 1.1.2003 1.654 hauptberufliche Notare und 8.370 Notare, die diese Tätigkeit neben dem Anwaltberuf ausüben, insgesamt somit 10.024 Berufsangehörige.<sup>92</sup> Offizielle statistische Erhebungen über den EDV-Einsatz für das Notariat liegen nicht vor.

Generell dürften sich aber die **Tendenzen wie bei der Entwicklung der Unternehmen** darstellen.<sup>93</sup> Aus einer nicht repräsentativen und nicht veröffentlichten Umfrage, die die Bundesnotarkammer zur Vorbereitung ihres Pilotprojekts zur elektronischen Kommunikation mit Grundbuchämtern bei Notaren verschiedenster regionaler Bereiche und unterschiedlich strukturierter Kanzleien im Jahr 1994 durchgeführt hat, ist bekannt, dass zum damaligen Zeitpunkt ca. 80 Prozent der Notare Computer in ihrer Kanzlei einsetzten. Dieser Prozentsatz dürfte mittlerweile, d.h. zehn Jahre nach der damaligen Bestandsaufnahme, gegen 100 Prozent gehen.

Sehr viele Kanzleien, insbesondere jüngere Berufsangehörige, sind per **E-Mail** erreichbar. Über **individuelle Homepages** verfügen jedoch nur wenige Kollegen, da die Werbemöglichkeiten für den Berufsstand beschränkt sind und die Erbringung notarieller Dienstleistungen im Internet in berufsrechtskonformer Weise nur in geringem Umfang möglich ist.<sup>94</sup> Die Einrichtung einer Homepage mit attraktiver Aufmachung zu dem damit verbundenen Kosten- und Pflegeaufwand lohnt deshalb im Allgemeinen nicht. Die Beschaffung von Büromaterial oder juristische Literatur über das Internet dürfte im Notariat einen verschwindend geringen Prozentsatz ausmachen.

Um das Internet dennoch als Informations- und Selbstdarstellungsmedium für den Berufsstand zu erschließen, bieten jedoch mehrere **Notarkammern** im Rahmen ihrer elektronischen Notarverzeichnisse ihren Mitgliedern die Möglichkeit, eine nach standardisierten Kriterien gestaltete Homepage zu nutzen. Auf dieser können insbesondere Daten zur Erreichbarkeit wie Anschrift, Telefonnummern, Telefaxnummer, Öffnungszeiten oder sonstige für den Kontakt des Notars mit der Öffentlichkeit wichtige Daten wie Sprachkenntnisse o.ä. im Internet kostenlos und berufsrechtlich unbedenklich online verfügbar gehalten werden.

---

<sup>92</sup> Quelle: Notarstatistik der Bundesnotarkammer, abrufbar auf deren Website. Die 488 Notare im Landesdienst, die in Baden-Württemberg im württembergischen Landesteil als Beamte neben hauptberuflichen Notaren und Anwaltsnotaren praktizieren sowie die 150 Richternotare im badischen Landesteil sind nicht Mitglieder einer Notarkammer und unterliegen nicht unmittelbar der Bundesnotarordnung. Als Beamte bzw. Richter sind sie nicht selbständig tätig. Ihre berufliche Situation stellt eine historisch begründete Ausnahme dar. Aufgrund ihrer geringen Zahl und aufgrund der nicht zu vergleichenden Unterschiede bei dem hier zu betrachtenden Thema bleiben sie nachstehend außer Betracht.

<sup>93</sup> Vgl. oben B. I. 2.

<sup>94</sup> *Becker* setzt sich in seinem Beitrag in NotBZ 99,239 ff. mit den rechtlichen Gegebenheiten der Nutzung des Internets durch Notare eingehend auseinander.

Diejenigen Notare, die am **Notarnetz** teilnehmen, haben die Möglichkeit, eine hochsichere qualifizierte elektronische Signatur innerhalb und außerhalb eines standesinternen Kommunikationsnetzes mit gesichertem Übergang zum Internet zu nutzen. Bisher machen 138 Kollegen in 84 Notarkanzleien von dieser Möglichkeit Gebrauch. Daneben bietet die Bundesnotarkammer denjenigen Kollegen, die nicht auch am Notarnetz teilnehmen wollen, an, nur das Signaturverfahren zu nutzen. Bisher wurden nach Angabe der Bundesnotarkammer (Stand Januar 2004) 209 derartige Zertifikate ausgegeben.

## 2. Situation der Standesorganisationen

Die Standesorganisationen, das heißt die **Bundesnotarkammer**<sup>95</sup> und die **Notarkammern** in den Ländern,<sup>96</sup> das deutsche **Notarinstitut**,<sup>97</sup> das deutsche Anwaltsinstitut - **Fachinstitut für Notare**<sup>98</sup> und die **Deutsche Notar-Zeitschrift**,<sup>99</sup> stellen sich umfassend im Internet vor, bieten ihren Mitgliedern über dieses Medium fachliche Angebote und sind auch per E-Mail erreichbar. Die **Fortbildungsveranstaltungen** des Fachinstituts für Notar werden beispielsweise auf der Website des Instituts stets aktuell angekündigt und können auch online gebucht werden. Die Buchungsbestätigung kommt umgehend auf elektronischem Weg zurück. Die Rechnung, die Tagungsunterlagen und später die Teilnahmebescheinigung werden jedoch aus rechtlichen bzw. Praktikabilitätsgründen auf herkömmlichem Postweg versandt. Die Websites der Notarkammern enthalten außer **allgemeinen Informationen** über das Notariat und seine Organisationen **Texte von beruflicher Relevanz** sowie eine Fülle von Hilfestellungen für die Allgemeinheit, wie das **Verzeichnis der Notarkammern bzw. der der jeweiligen Notarkammer angehörenden Notare** oder **Links** zu anderen Websites von Interesse. Die Website des deutschen Notarinstituts widmet sich insbesondere den Rechtsfragen der notarrelevanten Gebiete in **Gutachten, Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung**. Über den Einstieg auf der Website einer der Standesorganisationen ist es für jeden Notar mit Internetanschluss somit heute schon möglich, gezielt in den für ihn relevanten Bereichen zu recherchieren. Die Online-Recherche in der Datenbank des deutschen Notarinstituts ist jedoch nur für Teilnehmer des Notarnetzes möglich. Die elektronische Signatur dient hier als Zugangssicherung.

## 3. Das maschinelle Grundbuch und Handelsregister als wichtigste externe Kommunikationspartner

Die §§ 126 bis 134 der Grundbuchordnung und 8a des Handelsgesetzbuchs wurden durch das Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz<sup>100</sup> vom 20.12.1993 eingeführt. Sie bilden die Rechtsgrundlage für das maschinell geführte Grundbuch und Handelsregister. Damit wird den Bundesländern die Möglichkeit eröffnet, die Vorteile der EDV zur Rationalisierung und Beschleunigung der Registerverfahren zu nutzen sowie dem Rechtsverkehr eine verbesserte Leistung anzubieten. Insbesondere können regelmäßige Nutzer den Registerinhalt online abrufen. Für das Grundbuch wird die Verbindung für den Online-Abfrage durch ein Telefonwählverfahren aufgebaut, das die Zugangsberechtigung über Hard- und Softwaremerkmale überprüft. Die Einführung von Internet-Technologie ist hier geplant. Der Online-Abfrage aus dem Handelsregister

---

<sup>95</sup> <http://www.bnotk.de>

<sup>96</sup> Die Notarkammern sind über Links von der Website der Bundesnotarkammer aus erreichbar.

<sup>97</sup> Über die Website der Bundesnotarkammer per Link erreichbar.

<sup>98</sup> Über die Website der Bundesnotarkammer per Link erreichbar.

<sup>99</sup> Über die Website der Bundesnotarkammer per Link erreichbar.

<sup>100</sup> BGBl. I, 2355.

erfolgt bereits über Internet.

### **a) Papierene Führung**

Herkömmlich wird das Grundbuch in verschiedener äußerer Form – ursprünglich als fest gebundener Band, in modernerer Art als Loseblattgrundbuch – auf Papier geführt, ebenso das Handelsregister auf Karteiblättern. Darin liegt die Gemeinsamkeit der ansonsten im Laufe der Geschichte des Grundbuchs bzw. Handelsregisters unterschiedlichen Formen der Dokumentation<sup>101</sup>. Die Führung auf Papier bestimmt maßgeblich auch die Gestaltung von Eintragungsverfahren, Einsichtnahme, Fertigung von Abschriften<sup>102</sup> u.s.w. Der Übergang von der handschriftlichen zur maschinenschriftlichen Führung stellte zwar bereits eine wesentliche Erleichterung und Verbesserung der Grundbuchführung, jedoch keine grundsätzliche Änderung der durch das Medium Papier vorgegebenen Verfahrensweisen dar.

### **b) Automationsunterstützte Führung**

Erste Überlegungen, das Grundbuch mit Hilfe von EDV-Systemen rationeller zu führen, gehen auf das Jahr 1970 zurück<sup>103</sup>. Die Pläne zur Vollautomatisierung des Grundbuchs mussten Anfang der 80-er Jahre jedoch mit Rücksicht auf die Nichtverfügbarkeit praktikabler Verfahren zur Erfassung der Altdatenbestände und die hohen Kosten des benötigten Speicherumfangs bis auf weiteres aufgegeben werden.

Statt dessen entstanden in verschiedenen Bundesländern Verfahren zur automationsunterstützten Grundbuch- und Handelsregisterführung, bei denen elektronische Datenverarbeitungsanlagen zur komfortablen Abfassung der Eintragungstexte mit Hilfe von Textbausteinen und zum Ausdruck der Eintragungstexte, Vollzugsmitteilungen, des Schriftverkehrs mit den Katasterbehörden und anderer Schriftstücke eingesetzt wurden.

Diesen Verfahren ist gemeinsam, dass der Einsatz der EDV auf die Rolle intelligenter Schreibsysteme zur Herstellung papierener Grundbücher und Handelsregister beschränkt bleibt. Mit der Verkörperung der erfassten Daten auf Papier endet die elektronische Datenhaltung, weshalb grundsätzliche Änderungen der Gesetze über die Grundbuch- bzw. Handelsregisterführung zur Regelung dieser Art des EDV-Einsatzes nicht veranlasst waren.

### **c) Vollelektronische Führung**

Die durch das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz eingeführte Neuerung besteht darin, dass das Grundbuch bzw. das Handelsregister als „automatisierte Datei“ geführt werden kann, d.h. nicht durch Ausdruck auf Papier verkörpert werden muss, denn der Inhalt des Datenspeichers selbst stellt das Grundbuch bzw. Handelsregister dar.

Das maschinell geführte Grundbuch bzw. Handelsregister hat drei Hauptbestandteile:

**aa) Das Produktionssystem** ermöglicht insbesondere die Herstellung der Eintragungstexte.

**bb) Eine Archivierungskomponente** muss hinzutreten. Sie ist die „automatisierte Datei“, also das Kernstück des elektronischen Registers. Ihre Ausgestaltung wird ebenso wie das Produktionssystem durch die Arbeitsabläufe in der zuständigen Behörde bestimmt.

---

<sup>101</sup> Vgl. den ausführlichen Überblick bei *Meikel/Böhringer* Einleitung A (m.w.N)

<sup>102</sup> *Demharter* § 126 Rnr. 1

<sup>103</sup> Vgl. den knappen Überblick bei *Schöner/Stöber* Rnr. 84 f. m.w.N.

**cc)** Mit Hilfe der **Recherchekomponente** erfolgt das für die Einsicht in das maschinelle Grundbuch oder Handelsregister unerlässliche Wiederauffinden der gespeicherten Daten.

Von der elektronischen Führung bisher nicht betroffen sind die Grund- bzw. Registerakten. Die Rechtsgrundlagen existieren in § 10 a der Grundbuchordnung bzw. § 8 a Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs bereits. Eine technische Umsetzung ist bisher beim Grundbuch allerdings nicht ansatzweise erkennbar. Von der Möglichkeit, gemäß § 8 a Abs. 1 S. 3 bestimmte Unterlagen wie Jahres- und Konzernabschlüsse elektronisch einzureichen, wird gelegentlich Gebrauch gemacht.

#### **d) Datenformate und Erfassung der Altdatenbestände**

Es existieren **verschiedene Systeme, bisher aber keine offenen Schnittstellen**: Wie bei den unterschiedlichen technischen Gegebenheiten der automationsunterstützten Verfahren ist auch beim elektronischen Grundbuch oder Handelsregister keine bundeseinheitliche Vorgabe vorgesehen. Die Länder entscheiden eigenständig über die zum Einsatz gelangenden Systeme und die Vorgehensweise bei der Umstellung. Die Gesetze beschreiben keine technischen Verfahren und sehen dementsprechend auch keine ausdrücklichen Anforderungen an Datenformate vor. Diese werden vielmehr von den tatsächlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten bestimmt und können daher in den Ländern unterschiedlich sein. Dadurch entsteht die Gefahr, dass spezifische Vorteile des maschinellen Grundbuchs bzw. des maschinellen Handelsregisters, wie die Möglichkeit der Übergabe und Übernahme von Daten, der Online-Abfrage o.ä. an den Ländergrenzen enden. Vermieden werden kann dies nur, wenn offene Schnittstellen vorgesehen werden, von denen die einzelnen Systeme Gebrauch machen. Andernfalls wird eine bundesweite und einheitliche Fernabfrage ohne mehrfaches Durchlaufen des Zulassungs- und des Gebührensystems nicht möglich sein.

**CI- und NCI-Daten**: Mit Hilfe von Textverarbeitungssystemen erfasste Daten werden normalerweise als Textdaten in Form codierter Information gespeichert (CI). So entstehen etwa Eintragungstexte im Produktionssystem. Das Handelsregister umfasst weniger Daten und wurde deshalb von Anfang an durch manuelle Eingabe aller Texte neu erfasst. Dies hat sich beim Grundbuch in Bayern als wirtschaftlich nicht machbar erwiesen<sup>104</sup>, während in Sachsen nach der „Wende“ die Grundbücher insgesamt neu gefasst und dabei auch textlich wiedererfasst werden mussten<sup>105</sup>. Bayern entschied sich demgemäß für die Erfassung durch Scannen, wobei von den einzelnen Seiten ein Bild gefertigt, digitalisiert und als sog. nichtcodierte (NCI) Information abgespeichert wird. Zwar ist der benötigte Speicherplatz bei NCI-Daten um den Faktor 10 höher, der Preisverfall bei Datenspeichern führt aber dennoch dazu, dass diese Art der Erfassung der Eingabe von CI-Daten bei großen Datenbeständen wirtschaftlich überlegen ist. Die kombinierte Darstellung von neu erfassten CI- und gescannten NCI-Daten auf dem Bildschirm erfolgt so, dass der Benutzer keine Brüche wahrnehmen kann.

**OCR-Nachbearbeitung**: Die nachträgliche Umwandlung von NCI- in CI-Daten ist grundsätzlich jederzeit mittels sog. OCR-Programme (OCR = Optical Character Recognition) möglich. Die Qualität der Umwandlung wird jedoch wesentlich von der Qualität der Vorlagen bestimmt. Handschriftliche Eintragungen, unterschiedliche Schriftqualität, Überschneidungen von Linien und Text, wie bei Papiergrundbüchern häufig, führen zu einer so schlechten Erkennungsquote,

---

<sup>104</sup> Schätzungen ergaben, dass allein beim Grundbuchamt München 6 Mio. Seiten an Altdaten zu erfassen waren.

<sup>105</sup> Vgl. hierzu *Göttlinger* a.a.O.

dass die erforderliche manuelle Nachbearbeitung diese Verfahren derzeit ebenfalls als nicht praktikabel erscheinen lässt.

**Künftige Entwicklungen:** Pilotversuche der Bundesnotarkammer in Zusammenarbeit mit den Justizverwaltungen des Freistaats Bayern und des Freistaats Sachsen haben gezeigt<sup>106</sup>, dass weitere Rationalisierungs- und Entlastungseffekte durch eine stärkere Integration der Datenverarbeitung von Grundbuchamt bzw. Handelsregister und Notaren erreicht werden können, etwa durch die Übernahme und Übergabe von elektronischen Daten, wobei im Einzelnen zahlreiche organisatorische, technische und rechtliche Probleme zu lösen sind. Als unmittelbar realisierbar erwies sich die elektronische Vollzugsmittelung. Sie wurde gleichwohl noch nicht realisiert. Immerhin gibt es beim maschinellen Grundbuch nunmehr den „Notarping“, eine automatische Benachrichtigung über eine vorgenommene Eintragung, die dem Notar ermöglicht, daraufhin gezielt seinerseits das Grundbuch einzusehen.

#### **e) Grundsätze ordnungsgemäßer Datenverarbeitung**

Bei der maschinellen Grundbuch- bzw. Handelsregisterführung sind die Grundsätze ordnungsgemäßer Datenverarbeitung zu beachten. Es handelt sich um eine Gesamtheit von Anforderungen, die sich aus der Natur der maschinellen Datenhaltung ergeben.<sup>107</sup>

Gefordert werden **Vorkehrungen gegen den unbefugten Zugang** von Personen zu den Datenverarbeitungsanlagen sowie zu den gespeicherten Daten. Dies bedingt die entsprechende räumlich abgetrennte Unterbringung der Anlagen, die nur Befugten Benutzern den Zutritt ermöglicht, sowie geeignete Identifikations- und Authentifikationsmechanismen an Hard- und Software (PIN, Passwortschutz). Ist die Anlage an Telekommunikationseinrichtungen angeschlossen, muss der Zugriff außenstehender Dritter (Hacking) ausgeschlossen sein.

Sodann müssen **Datenverlust und –manipulation** verhindert werden. Neben der allgemeinen Sicherstellung eines störungsfreien Betriebs durch Schaffung geeigneter Betriebsbedingungen und Wartung, gegen Fehleingaben weitgehend gesicherte Ablaufgestaltung und progammeigene Plausibilitätsprüfungen gehören hierzu entsprechende Speichertechnologien (WORM, CD-ROM), die Anfertigung von Sicherungskopien und deren räumlich getrennte Aufbewahrung, die Protokollierung vorgenommener Veränderungen und schließlich auch die elektronische Unterschrift zum Abschluss einer Eintragung.

Der **dauerhaften Verfügbarkeit der gespeicherten Inhalte** kommt besondere Bedeutung zu. Dies kann entsprechend dem technischen Fortschritt und veränderten Sicherheitsanforderungen einen Wechsel der zum Einsatz gelangenden Komponenten bedingen.

## **II. Die elektronische Notarurkunde**

### **1. Aktueller Diskussionsstand**

Die Entwicklung in Deutschland geht derzeit davon aus, dass es sich bei der elektronischen Notarurkunde wie bei der auf Papier verkörperten Notarurkunde um das **Ergebnis des herkömmlichen Beurkundungsverfahrens** handelt. Dieses regelt in seinen Kernbereichen die Beratungs- und Betreuungstätigkeit des Notars. Nur soweit die Behandlung der Urkunden betroffen ist, wä-

---

<sup>106</sup> Berichte über die Tätigkeit der Bundesnotarkammer im Jahr 1995, DNotZ 96, 720 f. und 1996, DNotZ 97, 520 f. sowie Projektabschlussbericht (nicht veröffentlicht)

<sup>107</sup> § 126 Nr. 1 Grundbuchordnung, Anlage zu § 126 Nr. 3 und §§ 64 bis 66 der Grundbuchverordnung.

ren ergänzende Regelungen aufzunehmen. Die derzeitige Meinung der Gremien des Notariats in Deutschland dazu ist, dass die Urkunde bis auf weiteres beim Notar noch in Papierform erstellt werden sollte. Dies ist nicht auf Dauer zwingend, wie das bereits voll elektronisch geführte Grundbuch und Handelsregister zeigt. Die ausschließlich in einem elektronischen Datenspeicher vorhandene Urkunde wirft jedoch enorme Probleme der Datensicherheit auf, denen sich das Notariat derzeit nicht aussetzen möchte. Für das maschinelle Grundbuch ist der Zugang zum und Umgang mit dem elektronischen Datenspeicher deshalb technisch und administrativ ausführlichst geregelt.<sup>108</sup> Ein zeitweiser oder vollständiger Ausfall des Grundbuchs, das sich ja nicht wie im französischen System auf die Publizität des Urkundstextes beschränkt, sondern die Rechtsverhältnisse bei konstitutiver Wirkung der Eintragung verlaubar, würde unabsehbare Schäden nach sich ziehen, so dass der Aufwand für die Sicherheit des Grundbuchs entsprechend hoch sein muss. Anders als beim Fernabruf aus dem Grundbuch als öffentlichem Register existiert aber ein solches Bedürfnis für die maschinelle Datenhaltung bei der Notarurkunde im Rechtsverkehr derzeit noch nicht. Hier steht vielmehr das Bedürfnis im Vordergrund, Urkunden elektronisch übermitteln zu können, insbesondere an die öffentlichen Register, verbunden mit einem Eintragungsantrag und eventuell sogar in einer Form, die die direkte Weiterverarbeitung ermöglicht.

## 2. Die elektronische Unterschriftsbeglaubigung

§ 129 BGB stellt die Referenznorm für alle Rechtsvorschriften dar, die die öffentliche Beglaubigung von Unterschriften vorschreiben. Danach ist erforderlich, dass „die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt“ wird. Der unmittelbare Bedarf einer äquivalenten elektronischen Form entstünde, wie erwähnt, etwa mit Rücksicht auf **§ 29 der Grundbuchordnung und § 12 des Handelsgesetzbuchs bei elektronischer Einreichung von Anträgen** zum Grundbuch oder in entsprechender Weise zum Handelsregister.

Die schriftliche Abfassung der Erklärung durch den Beteiligten bzw. durch den Notar für den Beteiligten könnte durch die geplante (einfache) elektronische Form nach § 126 a BGB unschwer auch im Zusammenhang von § 129 BGB ersetzt werden, erfordert aber, dass der Beteiligte als Inhaber eines Signaturschlüssels den Anforderungen der elektronischen Signatur genügende Signaturen erzeugen kann. Ist dies nicht der Fall, könnte man eine Art „Huckepack-Verfahren“ dazwischenschalten in Form eines Vermerks, in dem der Notar erklärt, dass der Beteiligte die betreffende Erklärung abgegeben hat, sie mangels eigenen Signaturschlüssels nicht elektronisch signieren kann, und der Notar deshalb die Erklärung mit seinem eigenen Schlüssel für den Beteiligten signiert.

Die darüber hinaus vom Gesetz geforderte Beglaubigung der Unterschrift durch einen Notar regelt nicht das BGB selbst, sondern hierfür sind **§§ 39, 40 des Beurkundungsgesetzes** einschlägig. Aus ihnen wird deutlich, dass der Vorgang der **Beglaubigung nicht nur eine Unterschriftsbescheinigung** darstellt, die schriftliche Dokumentationspflichten umfasst, die der Notar seinerseits beachten muss, sondern **Feststellungen und Wertungen**, die der Notar zuvor treffen muss.<sup>109</sup> Der Beglaubigungsvermerk ist also das Ergebnis eines intellektuellen, an die persönliche Dienstleistung des Notars gebundenen Prozesses, der der Elektronisierung nicht zugänglich ist. Der Vermerk selbst jedoch kann wie die Erklärung des Beteiligten, dessen Unterschrift zu be-

---

<sup>108</sup> S. vorstehende Fn. 107.

<sup>109</sup> dazu eingehender Bettendorf, Elektronischer Rechtsverkehr und Schriftform des Zivil- und Prozessrechts, in: Notar und Rechtsgestaltung, Köln 1998.

glaubigen ist, in Form digitaler Daten vorliegen, und dann analog zur (einfachen) elektronischen Form mit der elektronischen Signatur des Notars als Unterschriftsäquivalent und diese wiederum mit dem notariellen Berufsträgerattribut als Äquivalent zum Siegel versehen werden.

Eine derartige elektronisch übermittelte Erklärung könnte beim Grundbuchamt zunächst durch Überprüfung der Signatur hinsichtlich der namentlichen Identität des Notars und sodann durch Überprüfung des Attributzertifikats hinsichtlich der Notareigenschaft verifiziert werden.

Mit dem **Entwurf des Justizkommunikationsgesetzes**<sup>110</sup> ist eine solche elektronische Beglaubigung in greifbare Nähe gerückt. Sein primärer Zweck ist, den Zivilprozess und die Fachgerichtsbarkeiten für eine elektronische Aktenbearbeitung zu öffnen. Die Verfahrensbeteiligten - Richter, Rechtsanwälte, Bürger - sollen künftig die Möglichkeit haben, elektronische Kommunikationsformen gleichberechtigt neben der - herkömmlich papiergebundenen - Schriftform oder der mündlichen Form rechtswirksam zu verwenden. Die bisherigen Formerfordernisse sollen jedoch auch bei der Nutzung eines elektronischen Übertragungswegs qualitativ unverändert bleiben. Um die Unterschiede des geltenden Rechts auf die elektronische Arbeit zu übertragen, differenziert der Entwurf zwischen einfacher, fortgeschrittener, qualifizierter oder einer elektronischen Signatur, die auf einem dauerhaft überprüfbareren Zertifikat beruht. Letztere wird derzeit nur von akkreditierten Zertifizierungsdienstleistern (sog. Trustcenter) angeboten. Der Entwurf ändert das Beurkundungsgesetz durch Einfügung eines neuen § 39 a mit dem Titel „Einfache elektronische Zeugnisse“, der lautet: „Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse im Sinne des § 39 können elektronisch errichtet werden. Das hierzu erstellte Dokument muss mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz** versehen sein, die auf einem Zertifikat beruht, das **dauerhaft überprüfbar** ist. Mit dem Zeugnis muss eine **Bestätigung der Notareigenschaft** durch die zuständige Stelle verbunden sein. Das Zeugnis soll Ort und Tag der Ausstellung angeben.“ Das Gesetz soll im Bereich der Notare bis 1. April 2005 eingeführt sein, d.h. ab dann müssen – falls der Entwurf pünktlich Gesetz wird – alle Notare über die erforderlichen Einrichtungen verfügen, um elektronische Beglaubigungen vornehmen zu können.

### 3. Die elektronische Abschriftsbeglaubigung

Die in § 42 geregelte Beglaubigung von Abschriften könnte neuartige Bedeutung erlangen, wenn bei der elektronischen Vorgangsbearbeitung in Wirtschaft und Behörden digitale Dokumente benötigt werden, die Originale aber nur in papierener Verkörperung vorliegen. Etwa bei Zeugnissen, Personenstandsurkunden, Verträgen oder sonstigen rechtlich relevanten Dokumenten wird man sich kaum mit digitalen „Kopien“ begnügen können, die ein Beteiligter - etwa ein Antragsteller gegenüber der öffentlichen Verwaltung - sich selbst, etwa durch Scannen oder andere Arten der Datenerfassung herstellt. Umgekehrt wäre denkbar, dass die elektronische Vorgangsbearbeitung ausschließlich digitale Dokumente hervorbringt, ein Beteiligter aber einen glaubwürdigen papierenen Nachweis benötigt, ein einfacher Ausdruck also nicht genügt.<sup>111</sup> Ein heute schon existierendes Beispiel hierfür aus dem notariellen Bereich ist das maschinelle Grundbuch, von dem das Grundbuchamt „amtliche Ausdrücke“ erstellt, die gem. § 131 GBO rechtlich die Funktion der beglaubigten Grundbuchblattabschriften übernehmen.

---

<sup>110</sup> Abrufbar auf der Website des Bundesministeriums der Justiz unter <http://www.bmj.bund.de>

<sup>111</sup> Dieser Fall ist im Bereich des Verwaltungsverfahrens bereits in § 33 VwVfG geltendes Recht. Eine entsprechende Regelung im Rahmen des Beurkundungsgesetzes schlägt das bereits mehrfach erwähnte Arbeitsdokument des Bundesministeriums der Justiz für die öffentliche Beglaubigung vor.

In den für die notarielle Praxis relevanten Fällen wäre zunächst vom Notar eine Würdigung vorzunehmen, von welcher Art und Qualität das Dokument ist, von dem eine beglaubigte Abschrift<sup>112</sup> gewünscht wird. Ist das Original ein Papierdokument, kann § 42 BeurkG insoweit entsprechend wie bisher zur Anwendung kommen. Liegt dem Beglaubigungsvorgang ein digitales Dokument zu Grunde, wäre etwa festzustellen, ob es eine elektronische Signatur trägt oder nicht bzw. ob sich bei deren Prüfung Auffälligkeiten ergeben haben. Für den abschließenden Beglaubigungsvermerk, die Unterschrift des Notars und die Anbringung des Siegels bleibt es bei der geltenden Regelung, wenn das Original ein digitales Dokument und das gewünschte Ergebnis ein Papierdokument ist. Im umgekehrten Fall gilt das zu 2. Gesagte analog. Das oben erwähnte Justizkommunikationsgesetz sieht in dem künftigen § 42 Abs. 4 bei der Beglaubigung eines Ausdrucks eines elektronischen Dokuments, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen ist, vor, dass das Ergebnis der Signaturprüfung dokumentiert wird.

#### 4. Die elektronische Urkunde

§ 128 BGB enthält wie § 129 einen Referenztatbestand, der das notarielle Beurkundungsverfahren voraussetzt, aber nicht selbst regelt. Hierfür ist wiederum das BeurkG einschlägig.

Für die Beurkundung von Willenserklärungen und für sonstige Beurkundungsvorgänge, die nicht unter die oben erörterten Gruppen fallen, gilt zunächst keine von diesen abweichende Würdigung. Im Gegenteil, gerade die Beurkundung von Willenserklärungen wurde vom Gesetzgeber besonders eingehend geregelt, um zu gewährleisten, dass das Beurkundungsverfahren dort seinen Zweck erfüllt, wo der **Beteiligte vor übereilten Vertragsschlüssen gewarnt, besondere Beweissicherheit erreicht werden soll oder Rechtssicherheit und -klarheit im Hinblick auf die Publizität öffentlicher Register erforderlich ist**. Der Unterschied zu den Beglaubigungsvorgängen liegt deshalb darin, dass durch zahlreiche Verfahrensvorschriften sichergestellt werden soll, dass die abgegebenen Erklärungen „**authentisch**“, von den Beteiligten also nicht nur so geäußert, sondern auch so gewollt sind. Dies bedingt in besonderem Maße die **persönliche Anwesenheit der Beteiligten** und die **persönliche Erfüllung der Verfahrensvorschriften durch den Notar**. Eine Ersetzung durch elektronische Medien ist mit den Zwecken des Beurkundungsverfahrens im Bereich der notariellen Formvorschriften daher unvereinbar.

Anders liegt der Fall hinsichtlich des **Ergebnisses** des Beurkundungsverfahrens, der **Niederschrift**. Diese kann ebenso wie die Ergebnisse von Beglaubigungsvorgängen in elektronischer wie in papierener Form in Umlauf gebracht werden. Diesbezüglich kann daher auf die Ausführungen zur elektronischen Beglaubigung verwiesen werden.

#### 5. Die elektronische Fernbeurkundung und -beglaubigung

Die vorstehenden Ausführungen richten sich in keiner Weise gegen den Wunsch, dass der Notar als "neutraler Dritter" die übereinstimmenden, per Fernkommunikation übermittelten Willenserklärungen von zwei nicht am selben Ort befindlichen Vertragspartnern entgegennimmt, deren Eingang dokumentiert und ein elektronisches oder papierenes Beweismittel über den Vorgang

---

<sup>112</sup> Bei digitalen Dokumenten wäre es besser, in Anlehnung an § 131 GBO vom beglaubigten oder vom amtlichen Ausdruck zu sprechen.

schaft. Auch rechtliche Beratung oder gutachtliche Vorbereitung sowie Vollzugstätigkeiten sind in einem solchen Rahmen durchaus nahe liegend. Auch um die Vornahme beglaubigungsähnlicher Handlungen im elektronischen Rechtsverkehr könnte der Notar gebeten werden. Für derartige Dienstleistungen könnte sich im elektronischen Rechtsverkehr ein Bedürfnis bilden, das zu befriedigen den herkömmlichen Funktionen des Notars entsprechend und schon heute im Rahmen von § 24 der Bundesnotarordnung außerhalb der Urkundstätigkeit als „**sonstige**“ **Betreuungstätigkeit** für die Beteiligten erfüllbar ist. Solche neuartigen Dienstleistungen sind als wünschenswerte Erweiterungen des Spektrums der Nachfrage nach notarielle Rechtsbetreuung anzusehen, für die das Notarnetz oder eine andere technische Konzeption eine besonders geeignete Basis bildet. Sie dürfen derzeit allerdings nicht mit der gesetzlich angeordneten notariellen Beurkundung verwechselt werden, die vom Gesetzgeber im Einzelfall festgelegte Zwecke verfolgt, die weder zur Disposition durch den Notar noch durch die Beteiligten stehen.

Die Entscheidung, die „**elektronische Fernbeurkundung**“ auch im Bereich der notariellen Formvorschriften zuzulassen, könnte ausschließlich der Gesetzgeber anhand einer zuvor zu treffenden Bewertung fällen, welche Formzwecke damit erreicht werden sollen. So wäre zunächst denkbar, anhand der bereits dargestellten Formzwecke abzuschichten und künftig eine zusätzliche neue notarielle Form zu schaffen, die ermöglicht, zeitgleich auf Distanz ein Rechtsgeschäft elektronisch abzuschließen, bei dem die Parteien zwar keinen physischen Kontakt miteinander haben, jede Partei sich jedoch vor einem Notar einfindet. So würde lediglich die Unmittelbarkeit der Verhandlung leiden. Die Formzwecke der Beurkundung könnten jedoch wie dargestellt beibehalten werden. Für internationale Unternehmens- oder Grundstückskaufverträge etwa wäre ein solches Vorgehen nicht undenkbar, da solchen Geschäften meist eine längere Prüfungsphase vorangeht und Entwürfe ausgetauscht werden, die sich in der Regel auf Vorschläge der Berater stützen. Die abschließende Richtigkeitskontrolle würde wie gewohnt der jeweils vor Ort präsente Notar übernehmen, der nach seinen Vorschriften mit dem vor ihm erschienenen Beteiligten den Vertragstext vor der elektronischen Signierung durch den Beteiligten und den Notar durchzugehen hätte. Nach der anschließenden Übersendung könnten die andere Vertragsseite und ihr Notar den Text elektronisch gegenzeichnen und das Dokument anschließend wieder zurücksenden. Die beteiligten Notare müssten den Vertragstext nebst Zeitstempel in ein elektronisches Archiv aufnehmen, aus dem papierene und elektronische Abschriften erteilt werden könnten. Diese Form der Fernbeurkundung würde sich nicht wesentlich von der schon bisher vertrauten Beurkundung mit Vollmachten, der Beurkundung unter Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung oder der Aufspaltung eines Rechtsgeschäfts in Angebot und Annahme unterscheiden, deren bekanntes Problem darin liegt, dass im Missbrauchsfall durch solche Gestaltungen ein Vertragsteil von der effizienten Beratung und Betreuung durch den Notar ausgeschlossen werden kann.

Eine weitere Abschichtung würde **ohne** die derzeit unerlässliche **persönliche Präsenz der Beteiligten beim Notar** auskommen. Dies erscheint etwa im Bereich der Tatsachenbeurkundungen und der Beglaubigungen möglich, wo es überwiegend auf den Beweis der inhaltlich richtigen Übersendung einer Willenserklärung ankommt und der übersandte Text vielleicht mit einem zuverlässigen Zeitstempel versehen werden soll. Für bestimmte Tatsachenbeurkundungen, wie zum Beispiel urheberrechtliche Prioritätsverhandlungen, wäre ein solches Vorgehen denkbar und dann ausreichend, wenn aufgrund der Güte und Qualität des Signaturverfahrens eine Identifizierung der Beteiligten mit hinreichender Sicherheit möglich ist und das zu schützende Werk elektronisch vorliegt. Der Notar würde dann den fehlerfreien Empfang dokumentieren, etwaige Fragen durch elektronische Fernkommunikation klären und den empfangenen Text sodann mit seiner Signatur und einem Zeitstempel versehen in sein Archiv aufnehmen, aus dem

dann eine elektronische oder papierene Abschrift nebst einem Zeugnis über den Zeitpunkt des Empfangs erstellt werden kann. Da der Notar bis auf weiteres auch papierene Abschriften einer elektronischen Urkundensammlung erteilen können muss, käme es dabei auf die Frage, ob der Adressat solcher Erklärungen bereits elektronisch signierte Dokumente entgegennehmen kann, nicht an.

Im deutschen **Grundbuch- und Registerrecht** hingegen wäre die Zulassung einer solchen „elektronischen Fernbeglaubigung“ mit Grundprinzipien der jeweiligen Rechtsmaterien unvereinbar. Das hier einschlägige Verfahrensrecht verlangt die persönliche Abgabe der relevanten Beteiligterklärungen in öffentlich beglaubigter Form und schließt verdeckte Stellvertretung aus; eine Fernbeglaubigung würde eine solche verdeckte Stellvertretung aber gerade ermöglichen, da die Verfügungsgewalt über Signaturschlüssel immer auch Dritten eingeräumt werden kann. Diese Formenstrenge hat ihre Ursache in der Formalisierung der Registerverfahren, derzufolge die erheblichen Rechtswirkungen einer Eintragung (Rechtsverlust, öffentlicher Glaube) im wesentlichen auf die Beteiligterklärungen gestützt werden. Ganz praktisch würde die präsenzlose Beglaubigung dem Gericht die Prüfung wichtiger Daten unmöglich machen, die wie Volljährigkeit, Anschrift oder Güterstand des Betroffenen dem elektronischen Zertifikat nicht entnommen werden können. Im Registerrecht sind zudem bestimmte strafrechtliche Sicherungsmechanismen nur durch höchstpersönliche strafbewehrte Versicherungen realisierbar. In dem Erfordernis der persönlichen Präsenz liegt dementsprechend ein Kernelement der öffentlichen Urkunde, die den nachträglichen (zivil- oder strafrechtlichen) Streit darüber vermeiden soll, ob Erklärungen von der richtigen Person und frei von Zwang, Täuschung und Beeinträchtigungen der Geschäftsfähigkeit abgegeben wurden.

## 6. Umsetzung in der Praxis

Ein erster Schritt hin zur vollelektronischen Notarurkunde in der Praxis wird darin bestehen, dass die auf Papier erstellten Originalurkunden vom Notar zwar weiterhin aufbewahrt werden, daneben aber elektronisch gespeichert und übermittelt werden können. Der bereits erwähnte, auf Initiative der Bundesnotarkammer vom Bundesministerium der Justiz vorgelegte Vorschlag zur Änderung des Beurkundungsgesetzes setzt deshalb bei der elektronischen Beglaubigung an, mit der die Übereinstimmung von papieremem Dokument und elektronischer Kopie bzw. elektronisch vorgelegtem Dokument und Papierausdruck nachgewiesen werden kann. Diese Art der Beglaubigung ist der Abschriftsbeglaubigung wesens- und systemverwandt. In diesem Rahmen wird sich die Tätigkeit des Notars durch die neuen Medien nicht in ihrem Wesen verändern. Sie würde es allerdings auch nicht, wenn der Text der Urkunde, gleich ob er sich in einer Unterschriftsbeglaubigung oder einer Registerbescheinigung erschöpft, oder das Rechtsgeschäft insgesamt erfasst, künftig in einer **ausschließlich elektronischen Urkundensammlung** verwahrt würde.<sup>113</sup>

## 7. Funktionsäquivalenz der notariellen elektronischen Form

Eine andere Frage ist die **Funktionsäquivalenz** der herkömmlichen notariellen Form und der elektronischen notariellen Form. Sie beschränkt sich nicht darauf, nachzuvollziehen, wie die notarielle Urkunde zu Stande kommt, sondern führt insbesondere zu einem Vergleich der **Verwen-**

---

<sup>113</sup> Ein Vorbild, wie ein elektronisches Urkundsarchiv aussehen kann, zumal ein zentrales, das den einzelnen Notar der Problematik enthebt, hat das österreichische Notariat entwickelt.

**dung im Rechtsverkehr.** Hier stehen wegen der **verstärkten Beweisfunktion**<sup>114</sup> die sichere elektronische Übermittlung und die Vorlage als Beweismittel im Prozess im Vordergrund. Eine so verstandene elektronische Form kann mit Einsatz elektronischer Signaturverfahren sicherlich realisiert werden. Qualifizierte Signaturen werden in diesem Zusammenhang allerdings nicht genügen. Vielmehr ist der Einsatz akkreditierter Verfahren geboten, über die das deutsche Notariat bereits verfügt.

### III. Neue notarielle Dienstleistungen im elektronischen Rechtsverkehr

Soweit von neuen Dienstleistungen die Rede ist, wie etwa der beweissicheren Dokumentation von Kommunikationsvorgängen, der Dokumentation von auf Distanz abgeschlossenen Privatverträgen außerhalb des notariellen Wirkungskreises, der unkörperlichen Verwahrung von Daten beim Notar oder der oben schon erörterten Fernbeurkundung und –beglaubigung etc., ist deren Entwicklung und Angebot für den allgemeinen Rechtsverkehr aus Sicht eines deutschen Notars durchaus möglich, wünschenswert und mit seiner Stellung als Träger eines öffentlichen Amtes vereinbar. Solche Tätigkeiten bleiben derzeit noch **außerhalb der Beurkundungstätigkeit** und fallen wie schon erwähnt zur Zeit noch unter den Begriff der **sonstigen Rechtsbetreuung**. Ihre Bedeutung ist gegenwärtig wegen des großen Gewichts beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte neben der elektronisch übermittelten „klassischen“ Notarurkunde marginal. Ob sich dies auf absehbare Zeit und für eine größere Zahl von Vorgängen ändert, ist noch nicht abzusehen. Es könnte jedoch für das Notariat weltweit von Vorteil sein, sich frühzeitig Gedanken darüber zu machen, wie ein solches Bedürfnis, insbesondere des Rechtsverkehrs auf große Distanzen - wie z.B. des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs, der daraus den größten Gewinn ziehen würde - von Notaren befriedigt werden kann.

### IV. Zwischenresümee

Die oft beschworene explosionsartige Entwicklung des elektronischen Rechtsverkehrs ist zumindest im Umfeld des Notars bisher ausgeblieben. Dies mag daran liegen, dass über die Einführung der elektronischen Notarurkunde nicht der allgemeine Rechtsverkehr, sondern der Staat entscheidet. Da von dort eine eher verhaltene Innovationspolitik betrieben wird, die sich auf die Verbesserung der internen eigenen Organisation konzentriert und einen **technisch leistungsfähigen Online-Zugriff auf das Grundbuch sowie die elektronische Antragstellung bei allen öffentlichen Registern** zur Zeit noch abwehrt, dürften sich in diesem Bereich bis auf weiteres keine wesentlichen neuen Perspektiven ergeben. Ein wichtiger Impuls wäre auch die **Einführung elektronischer Grundakten bzw. elektronischer Registerakten**, die über die Schaffung der Rechtsgrundlagen bisher nicht hinaus gediehen ist. Nicht leicht gestaltet sich außerdem die Kommunikation mit den übrigen, außerordentlich inhomogen zusammengesetzten Teilnehmern am Rechtsverkehr. Dies wird sich erst mit der Einführung weitgehend kompatibler Technologien ändern.

---

<sup>114</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur Beweiswirkung der Notarurkunde im Prozessrecht in Abschnitt E.

## V. Berufsständische Zertifizierung des Notariats<sup>115</sup>

### 1. Pilotprojekt „Zertifizierung der Notare nach dem Signaturgesetz und Notarnetz“

#### a) Warum ein solches Projekt?

Im Notariat zeigte sich zunehmend die Notwendigkeit, mit Urkundsbeteiligten, deren Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsberatern sowie mit Kollegen und anderen Kommunikationspartnern elektronische - auch der Amtsverschwiegenheit unterliegende - Post auszutauschen. Das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.12.1993<sup>116</sup> ermöglicht als Grundlage für den Online-Abruf aus Grundbuch- und Handelsregister elektronische Kommunikation mit zwei Hauptadressaten der Notare aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auch die Kataster werden in mehreren Bundesländern bereits elektronisch geführt. Sowohl die Standesorganisationen als auch die Notare arbeiten intern überwiegend mit EDV. Die Korrespondenz untereinander könnte vielfach auf elektronischem Weg mit weniger Aufwand geführt werden. Den **Vorteilen der elektronischen Kommunikation** stehen bei all diesen Beispielen die **Risiken** gegenüber, wenn etwa elektronische Daten Unbefugten zur Kenntnis gelangen oder verfälscht beim Adressaten ankommen.

Zur Ermöglichung der manipulationssicheren, vertraulichen und verlässlichen Kommunikation für berufliche Zwecke mussten daher **Szenarien** und **Anforderungen** definiert werden, die zunächst Gegenstand eines Pilotprojekts sein sollten, damit auf der Grundlage der gewonnenen **Erfahrungen** Schritt für Schritt zahlreiche Nutzer und Applikationen angeschlossen werden können. Ein wichtiger Gesichtspunkt nicht zuletzt für die Zeit der anschließenden Regelbetriebsphase war ferner die Möglichkeit, dem Stand der Technik entsprechend jeweils neue **Sicherheitsaspekte** einzubeziehen und allen angeschlossenen Kollegen zentral zur Verfügung zu stellen.

#### b) Untersuchung des elektronischen Rechtsverkehrs im Notariat

##### aa) Kommunikationsvolumen

Eine Untersuchung der Bundesnotarkammer zur Verteilung des Kommunikationsvolumens der Notare auf ihre hauptsächlichen beruflichen Ansprechpartner erbrachte die in Abb. 1 (siehe Anhang) dargestellten Ergebnisse. Dabei sind weniger die absoluten Zahlen von Interesse, sondern vielmehr die relative **Verteilung der Kommunikationsvorgänge auf einzelne Ansprechpartner** beziehungsweise Kategorien von Ansprechpartnern. Mit großem Abstand an erster Stelle stehen die Grundbuchämter, es folgen Finanzbehörden, Banken, kommunale Gebietskörperschaften und Registergerichte. Alle genannten Stellen sind institutionelle Ansprechpartner, bei denen davon auszugehen ist, dass EDV zum Einsatz gelangt und mittelfristig Bereitschaft zur elektronischen Datenübertragung besteht, weil sie als beiderseits vorteilhaft angesehen wird. Gleichzeitig wird in diesen Bereichen schnell eine „kritische Masse“ erreicht sein, die die elektronische Kommunikation rentabel werden lässt.

##### bb) Analyse der Geschäftsvorfälle

---

<sup>115</sup> Zu den entsprechenden berufsständischen Projekten im Bereich der Anwaltschaft und der steuerberatenden Berufe vgl. die Beiträge von Scherf und Leistenschneider in: Erber-Faller (Hrsg.) Elektronischer Rechtsverkehr.

<sup>116</sup> BGBl I, 2182.

Betrachtet man die Kommunikationsbeziehungen anhand eines typischen Geschäftsvorfalles wie des Grundstückskaufs (vgl. Abb. 2 im Anhang), so wird noch deutlicher, dass der Notar in einem heterogenen Umfeld arbeitet. Mit einzelnen Ansprechpartnern wird elektronische Kommunikation heute schon möglich sein, mit anderen bis auf weiteres nicht. Diese Feststellung deckt sich mit der allgemeinen Beobachtung im Rechts- und Wirtschaftsleben, dass sich der Übergang vom Papier zur Elektronik allmählich vollzieht, ohne dass ein Ende des Papiers absehbar wäre. Wir müssen uns also nicht auf das papierlose Büro, sondern auf einen möglichst **effizienten Umgang mit einer Mischwelt** einstellen.

### c) Das Signaturgesetz als Rechtsgrundlage berufsständische Zertifizierung

Der Titel des Pilotprojekts deutet auf einen Kernaspekt des Vorhabens, wenngleich die Zertifizierung auch nicht der einzige Bereich ist, der in diesem Zusammenhang neu oder wesentlich wäre. Die Zertifizierung nach dem Signaturgesetz stellt aber berufspolitisch ein so wichtiges Thema dar, dass es nachfolgend eingehender erläutert werden soll.

#### aa) Geltendes Recht

Zentrale Begriffe des Signaturgesetzes sind die **digitale Signatur**, die **Zertifizierungsstelle** und das **Zertifikat**. Hierzu sei auf Abschnitt C. verwiesen. Dort wurde bereits dargestellt, dass die Vorschriften über die Vergabe und Sperrung von Zertifikaten vorsehen, dass die Zertifizierungsstelle Personen, die ein Zertifikat beantragen, **zuverlässig zu identifizieren** hat. Die Zertifizierungsstelle hat auf Verlangen eines Antragstellers außerdem Angaben zur berufsrechtlichen Zulassung in das Signaturschlüssel-Zertifikat oder ein **Attribut-Zertifikat** aufzunehmen, soweit ihr die Zulassung zuverlässig nachgewiesen wird. Ferner wurde dort bereits dargestellt, dass die Zertifizierungsstelle ein Zertifikat u.a. dann zu sperren hat, wenn ein Signaturschlüssel-Inhaber oder sein Vertreter es verlangen oder das Zertifikat aufgrund falscher Angaben erwirkt wurde. Bei falschen Angaben zu einer beruflichen Qualifikation kann auch die Berufskammer die Sperrung verlangen.

Auf Grund der geltenden Rechtslage obliegt es den Zertifizierungsstellen, die künftigen Schlüsselinhaber zu **identifizieren** und die **Attributeigenschaften festzustellen**. War schon im Gesetzgebungsverfahren zum Signaturgesetz nicht unproblematisch, welchen Stellenwert die Identifizierung hat und ob es sich dabei nicht um eine (ausschließlich) notarielle Aufgabe handelt, so wurden nach Inkrafttreten bald die besonderen Probleme erkannt, die bei unrichtiger Attributzertifizierung entstehen können. Soll das Attributzertifikat etwa eine rechtsgeschäftlich erteilte oder gesetzliche Vollmacht betreffend wiedergeben, Beschränkungen für die Verwendung digitaler Signaturen im elektronischen Rechtsverkehr zweckmäßig formulieren oder Aussagen über Berufsträgereigenschaften machen, sind **rechtliche Fertigkeiten** gefragt, **über die** zwar **typischerweise der Notar**, nicht jedoch die gewerbliche Zertifizierungsstelle **verfügt**. Für die Zertifizierungsstelle, die auf die Erbringung einer technisch-administrativen Leistung ausgerichtet ist, entstehen entweder erhebliche Belastungen durch die Notwendigkeit, fachlich ausreichend qualifiziertes Personal vorzuhalten, oder Haftungsgefahren bei Setzen eines falschen Rechtscheins. Die Fragen, in welchem Verhältnis eine solche Tätigkeit zum Rechtsberatungsmisbrauchsgesetz steht, das die Erbringung von Rechtsberatung den Rechtsberufen vorbehält, und welchen Wert im Rechtsverkehr Attributzertifikate haben, die ohne ausreichende fachliche Qualifikation ausgegeben werden, sind - soweit ersichtlich - bisher weder Gegenstand von theoretischen Untersuchungen noch von Rechtsstreitigkeiten gewesen. Mit zunehmender Verbreitung solcher Zertifikate werden entsprechende Probleme aber nicht auf sich warten lassen. Die Telesec

als erste genehmigte Zertifizierungsstelle hat sich deshalb sogleich im Zusammenhang mit ihrer Genehmigung vorsorglich dazu entschlossen, Attributzertifikate nur nach vorheriger notarieller Mitwirkung in Umlauf zu bringen. Die Einzelheiten sind aus einem Rundschreiben der Bundesnotarkammer zu entnehmen.<sup>117</sup>

#### **bb) Konsequenzen für die berufsständische Zertifizierung**

Die Begründung zum Entwurf des Signaturgesetzes betrachtet die Zertifizierung für den allgemeinen Rechtsverkehr als **gewerbliche Tätigkeit**, die grundsätzlich von **kommerziell arbeitenden Unternehmen im Wettbewerb** erbracht werden soll. Diesem Ansatz folgen auch die **europäische Signaturrichtlinie** und andere internationale sowie supranationalen Initiativen für den elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr. Zwar hatte der Bundesrat<sup>118</sup> im Gesetzgebungsverfahren auf die Verwandtschaft der Zertifizierung zu bestimmten Aspekten der notariellen Tätigkeit, insbesondere die Identifizierungspflicht und die Verwendung der Daten in Zertifikaten im Verhältnis zur Beglaubigung hingewiesen und Bedenken gegen das Signaturgesetz erhoben, die sich in ähnlicher Form auch aus Arbeiten der Bundesnotarkammer ergaben. Der Bundestag hat sich dem jedoch nicht angeschlossen.

Daraus wurde später vereinzelt gefolgert, auch die **berufsständische Zertifizierung** dürfe ausschließlich von gewerblichen Unternehmen durchgeführt werden und die Mitwirkung der Berufskammern beschränke sich auf die Beisteuerung von Informationen zur Erteilung oder zur Sperrung von Attributzertifikaten. Dieser Auffassung ist der Gesetzgeber aber etwa im Rahmen der Reform des notariellen Berufsrechts entgegengetreten, wie die Begründung des Entwurfs zu § 78 Abs. 2. der Bundesnotarordnung klarstellt. Danach umfasst die Ermächtigung „weitere dem Zweck ihrer Errichtung dienende Aufgaben“ wahrzunehmen auch die **Zuständigkeit der Bundesnotarkammer, eine Zertifizierungsstelle einzurichten und zu betreiben**. Eine verallgemeinernde Aussage für alle Berufsrechte wird man daraus gleichwohl nicht herleiten können. Andererseits wäre das Signaturgesetz der systematisch falsche Ort für solche berufsspezifischen Regelungen. Vielmehr wird man für jeden einzelnen Bereich prüfen müssen, ob Ermächtigungsnormen an die Adresse der zuständigen Berufskammer beziehungsweise -vereinigung vorhanden sind oder geschaffen werden müssen.

Das Vorhandensein einer Ermächtigungsnorm führt umgekehrt für die Berufskammer nicht zu der **Pflicht**, eine eigene Zertifizierungsstelle einzurichten. Es wird in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen sein, ob die Anforderungen des Signaturgesetzes von einem Berufsstand allein oder nur in Kooperation mit anderen Berufsständen erfüllt werden können, ob die Einrichtung einer „virtuellen Zertifizierungsstelle“ (hierzu oben Abschnitt C.) in Kooperation mit einem gewerblichen Anbieter oder der schlichte Verweis der Berufsangehörigen an die Dienstleistungen gewerblicher Anbieter bei gleichzeitiger Mitwirkung der Berufskammer an der Attributzertifizierung die angemessene Lösung darstellt.

#### **d) Technische Umsetzung im Notariat**

Um dem deutschen Notariat eine praktische Grundlage für den elektronischen Rechtsverkehr zu geben, hat die Bundesnotarkammer das **Notarnetz** eingerichtet. Das Notarnetz wird getragen von

---

<sup>117</sup> Rundschreiben 47/98, im Anhang von *Erber-Faller (Hrsg.): Elektronischer Rechtsverkehr*, abgedruckt.

<sup>118</sup> Die zweite Kammer der Gesetzgebung, in der die Bundesländer ihre Interessen wahrnehmen.

der Notarnet GmbH, die in Köln ein Kompetenzzentrum unterhält, das den Notaren den erforderlichen Support liefert und die Landesorganisationen berät.

Dabei handelt es sich um ein sog. virtual private network (VPN), an das sich die Notare anschließen können. Sie erhalten auf einer **Chipkarte** eine **digitale Signatur** mit einem **Attribut**, das sie als Notare ausweist, einen **Verschlüsselungsmechanismus** und einen weiteren Schlüssel, der bei notariellen Anwendungen als **Authentisierungsmechanismus** verwendet werden kann. Die **Zertifizierung erfolgt dabei durch die Bundesnotarkammer als sog. virtuelle Zertifizierungsstelle**, zum Begriff vgl. Abschnitt C. Außerdem wurde ein speziell **abgesicherter Internetzugang** vorgesehen. Das Netz ermöglicht so sowohl die sichere Kommunikation untereinander als auch mit Außenstehenden.

Über das Netz können die Notare auf die Gutachten- und die Rechtsprechungsdatenbank des Deutschen Notarinstituts zugreifen. Für die Zukunft wird angestrebt, den Zugriff auf das elektronische Grundbuch hierüber zu ermöglichen, Anträge an das Grundbuchamt und das Registergericht elektronisch einzureichen und die Grund- und Registerakten online einzusehen.

## 2. Zukunftsperspektiven

Die Bundesnotarkammer denkt hinsichtlich des Notarnetzes über **weitere Anwendungen**, wie ein **zentrales Testamentsregister** nach, das auf der technischen Grundlage des derzeit in der Einführung befindlichen **Registers der Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen** gestaltet werden könnte.

Sollte der Gesetzgeber die elektronische notarielle Urkunde einführen, wäre die **Archivierungsproblematik** noch zu regeln. Hier fehlen dem deutschen Notariat derzeit noch die praktischen Erfahrungen. Beispielhaftes hat dazu aber schon das österreichische Notariat geleistet. In Deutschland gibt es diesbezüglich lediglich mit dem elektronischen Grundbuch Erfahrungen, da dieses ebenfalls den Charakter einer öffentlichen Urkunde genießt. Das Notarnetz bzw. die Notarnet GmbH sind dabei Infrastrukturen, die auf solche Entwicklungen reagieren werden.

Das deutsche Notariat hat mit dem Notarnetz einen großen Schritt zur **Sicherung seiner Zukunft in Deutschland** unternommen. Es ist durch seinen hohen Ausstattungsgrad mit PC und Internetanschlüssen sowie die bisher durchgeführten Projekte gut gerüstet, nicht nur die Debatte über IT-Sicherheit gut zu bestehen, sondern mit eigenen Vorschlägen zur elektronischen Urkunde, zur elektronischen Kommunikation und zu neuen elektronischen Dienstleistungen die Diskussion in Deutschland weiterhin anzuführen.

Für die **Zukunft des Notariats in der Welt** wird aber erforderlich sein, nicht nur die freie Zirkulation der papierenen Notarurkunde weiter voranzutreiben, sondern dasselbe möglichst bald auch elektronisch zu erreichen. Hier ist die U.I.N.L. gefordert, als Katalysator im Bereich ihrer Mitgliedsnotariate fördernd zu wirken, Konzepte zu entwickeln und gleichzeitig nach außen den politischen Anspruch des Notariats zu vertreten, technisch und rechtlich die Maßstäbe des freien Verkehrs mit notariellen Dienstleistungen auch in einer elektronisch dominierten Welt zu setzen.

Die U.I.N.L. ist insbesondere dazu aufgerufen, bei ihren Mitgliedern und ihren externen Ansprechpartnern für die Notwendigkeit der **Entwicklung geeigneter Technologien**, ihren **Einsatz im Bereich der notariellen Tätigkeit** und **hohe Anforderungen an die notarielle Zertifizie-**

**rung sowie das notarielle Beurkundungsverfahren im elektronischen Rechtsverkehr** zu werben, um den Mehrwert notarieller Tätigkeit auch im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs zu erhalten und auszubauen.

## G. Zusammenfassende Thesen

- Deutschland hat bereits **einen hohen EDV-Verbreitungsgrad** erreicht, auch im Bereich des Notariats. Bund und Länder fördern das Ziel, den EDV-Einsatz im Bereich der Verwaltung und in der Wirtschaft weiter zu verstärken, mit dem Einsatz erheblicher Mittel. Im Vordergrund stehen dabei die Ausstattung mit PC und Internettechnologie. **Signaturverfahren** haben **noch keine entsprechende praktische Bedeutung** erlangt.
- Es existieren ein **Signaturgesetz** und eine **Signaturverordnung**. Die europarechtlichen Vorgaben der Signaturrechtlinie sind umgesetzt. Der Betrieb einer Zertifizierungsstelle ist grundsätzlich genehmigungsfrei. Darüber hinaus bietet das Gesetz die Möglichkeit einer freiwilligen Akkreditierung zum Erwerb eines staatlich gewährten Gütesiegels. In diesem für das Notariat maßgeblichen Bereich sehen die technisch-administrativen Anforderungen eine zweistufige Zertifizierungsinfrastruktur mit Wurzelinstanz vor.
- **Zertifizierungsstellen**, die die Anforderungen des Signaturgesetzes nicht einhalten, sind erlaubt. Die von ihnen unterstützten Signaturen erfüllen jedoch weder die elektronische Form noch werden sie im Prozess privilegiert. Solche Zertifizierungsstellen dürfen deshalb auch nicht behaupten, qualifizierte Signaturen auszugeben.
- Die **Verwendung** elektronischer Signaturen ist **freigestellt**.
- **Formbedürftige Rechtsgeschäfte** sind im deutschen Recht die **Ausnahme**. Soll ein formbedürftiges Rechtsgeschäft elektronisch abgeschlossen werden, ist dies im Bereich der **elektronischen Form** möglich.
- Das **Bürgerliche Gesetzbuch** regelt die **elektronische Form** nach dem **Vorbild der Schriftform**. Die elektronische Form erfordert, dass der Erklärungstext mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz signiert wird. Die Schriftform kann die elektronische Form stets ersetzen. Die elektronische Form kann die Schriftform im Regelfall ersetzen, jedoch nicht in den vom Gesetzgeber ausdrücklich bestimmten Ausnahmefällen.
- Die **Zivilprozessordnung** behandelt das elektronische Dokument als **Augenscheinsobjekt**. Trägt das elektronische Dokument eine qualifizierte Signatur, nimmt das Gesetz im Wege eines ausdrücklich geregelten Erfahrungssatzes (prima-facie-Beweis) an, dass es echt ist, also vom Inhaber des zugehörigen Signatur-Zertifikats stammt. Dieser Anschein kann nur durch Tatsachen erschüttert werden, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung mit dem Willen des Signaturschlüssel-Inhabers abgegeben worden ist.
- Das **deutsche Notariat** hat mit seinem **Projekt „Elektronischer Rechtsverkehr“** schon frühzeitig Anstrengungen unternommen, den Einsatz der EDV und elektronischer Signaturverfahren in seinem Bereich zu fördern und dabei maßgeblich an der Schaffung der öffentlich-rechtlichen, zivilrechtlichen und prozessrechtlichen Grundlagen der elektronischen Signatur mitgewirkt. Die Bundesnotarkammer ist **akkreditierte Zertifizierungsstelle**, die Chipkarten zur Signatur, Verschlüsselung und mit einem **Attributzertifikat als Notarausweis** ausgibt. Mit dem NotarNetz existiert eine Infrastruktur, über die die Notare

sicher untereinander und nach außen kommunizieren können. Die elektronische Rechtsgutachtendatenbank des Deutschen Notarinstituts und das Vorsorgeregister, in dem Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen erfasst werden, stellen bereits existierende Anwendungen dar, denen weitere folgen werden.

- Die **Kommunikation** mit den maschinell geführten Registern, insbesondere **Grundbuch** und **Handelsregister**, erfolgt bisher nicht über das Notarnetz. Für das Grundbuch wird die Verbindung für den Online-Abwurf durch ein Telefonwählverfahren aufgebaut, das die Zugangsberechtigung über Hard- und Softwaremerkmale überprüft. Die Einführung von Internet-Technologie ist hier geplant. Der Online-Abwurf aus dem Handelsregister erfolgt bereits über Internet. Die elektronische Einreichung von Anträgen ist bisher nicht möglich.
- Die Einführung der **elektronischen öffentlichen Beglaubigung** aufgrund des Entwurfs eines Justizkommunikationsgesetzes ist zum 1. April 2005 für Notare vorgesehen. Die **elektronische Beurkundung** und das **elektronische Urkundenarchiv** könnten auf der Grundlage der vom Notariat konzipierten Infrastrukturen eingeführt werden, ihre Ausgestaltung und ihr Anwendungsbereich bedürfen aber noch weiterer Überlegungen. Eine **elektronische Fernbeurkundung kann der Gesetzgeber nur in Bereichen einführen, in denen die Formzwecke nicht die persönliche Abgabe frei von Zwang, Täuschung und Mängeln der Geschäftsfähigkeit erfordern.**
- Die **Erbringung neuer notarieller Dienstleistungen** wie die Dokumentation von Kommunikationsvorgängen oder die unkörperliche Verwahrung von Daten erscheint sinnvoll und sollte gefördert werden.
- Es ist erforderlich, **weltweit vergleichbare Standards** für das elektronische notarielle Dokument zu schaffen, damit der freie Urkundsverkehr auch ohne Papier ungehindert funktionieren kann und die elektronische Notarurkunde grenzüberschreitend akzeptiert werden kann. Die U.I.N.L. ist dazu aufgerufen, bei ihren Mitgliedern und ihren externen Ansprechpartnern für die Notwendigkeit der **Entwicklung geeigneter Technologien**, ihren **Einsatz im Bereich der notariellen Tätigkeit** und **hohe Anforderungen an die notarielle Zertifizierung sowie das notarielle Beurkundungsverfahren im elektronischen Rechtsverkehr** zu werben.

## **Gesetzestexte**

### **§ 126 BGB Schriftform**

(1) Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

(2) Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleich lautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

(3) Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

(4) Die schriftliche Form wird durch die notarielle Beurkundung ersetzt.

### **§ 126 a BGB Elektronische Form**

(1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.

(2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.

### **§ 126 b BGB Textform**

Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.

### **§ 128 BGB Notarielle Beurkundung**

Ist durch Gesetz notarielle Beurkundung eines Vertrags vorgeschrieben, so genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Notar beurkundet wird.

### **§ 129 BGB Öffentliche Beglaubigung**

(1) Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittels Handzeichens unterzeichnet, so ist die in § 126 Abs. 1 vorgeschriebene Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend.

(2) Die öffentliche Beglaubigung wird durch die notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt.

### **§17 BeurkG (Prüfungs- und Belehrungspflichten)**

(1) Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

(2) Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken.

(2a) Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist.

(3) Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Zu Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet.

### **§ 286 ZPO Freie Beweiswürdigung**

(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

### **§ 292 a ZPO Anscheinsbeweis bei qualifizierter elektronischer Signatur**

Der Anschein der Echtheit einer in elektronischer Form (§ 126 a des Bürgerlichen Gesetzbuchs) vorliegenden Willenserklärung, der sich auf Grund der Prüfung nach dem Signaturgesetz ergibt, kann nur durch Tatsachen erschüttert werden, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung mit dem Willen des Signaturschlüssel-Inhabers abgegeben worden ist.

### **§ 415 ZPO Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen**

(1) Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine von der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

(2) Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

#### **§ 416 ZPO Beweiskraft von Privaturkunden**

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

#### **§ 417 ZPO Beweiskraft öffentlicher Urkunden über amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung**

Die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.

#### **§ 418 ZPO Beweiskraft öffentlicher Urkunden mit anderem Inhalt**

(1) Öffentliche Urkunden, die einen anderen als den in §§ 415, 417 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Tatsachen.

(2) Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.

(3) Beruht das Zeugnis nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so ist die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann anzuwenden, wenn sich aus den Landesgesetzen ergibt, dass die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.

#### **§ 440 ZPO Beweis der Echtheit von Privaturkunden**

Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen.

Steht die Echtheit der Namensunterschrift fest oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen notariell beglaubigt, so hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich.

#### **§ 126 GBO Führung (des Grundbuchs) als automatisierte Datei**

(1) Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung bestimmen, dass und in welchem Umfang das Grundbuch in maschineller Form als automatisierte Datei geführt wird. Hierbei muss gewährleistet sein, dass

1. die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Datenverarbeitung eingehalten, insbesondere Vorkehrungen gegen einen Datenverlust getroffen sowie die erforderlichen Kopien der Datenbestände mindestens tagesaktuell gehalten und die originären Datenbestände sowie deren Kopien sicher aufbewahrt werden;

2. die vorzunehmenden Eintragungen alsbald in einen Datenspeicher aufgenommen und auf Dauer inhaltlich unverändert in lesbarer Form wiedergegeben werden können;

3. die nach der Anlage zu diesem Gesetz erforderlichen Maßnahmen getroffen werden.

...

**§ 10 a GBO Aufbewahrung auf Datenträgern; Nachweis der Übereinstimmung**

(1) Die nach § 10 oder nach sonstigen bundesrechtlichen Vorschriften vom Grundbuchamt aufzubewahrenden Urkunden und geschlossenen Grundbücher können als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen Datenträgern aufbewahrt werden, wenn sichergestellt ist, dass die Wiedergabe oder die Daten innerhalb angemessener Zeit lesbar gemacht werden können. Die Landesjustizverwaltungen bestimmen durch allgemeine Verwaltungsanordnung Zeitpunkt und Umfang dieser Art der Aufbewahrung und die Einzelheiten der Durchführung.

...

**§ 8 a HGB Ermächtigung der Landesregierungen; automatisierte Dateien**

(1) Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung bestimmen, dass und in welchem Umfang das Handelsregister einschließlich der zu seiner Führung erforderlichen Verzeichnisse in maschineller Form als automatisierte Datei geführt wird. Hierbei muss gewährleistet sein, dass

1. die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Datenverarbeitung eingehalten, insbesondere Vorkehrungen gegen einen Datenverlust getroffen sowie die erforderlichen Kopien der Datenbestände mindestens tagesaktuell gehalten und die originären Datenbestände sowie deren Kopien sicher aufbewahrt werden;
2. die vorzunehmenden Eintragungen alsbald in einen Datenspeicher aufgenommen und auf Dauer inhaltlich unverändert in lesbarer Form wiedergegeben werden können;
3. die nach der Anlage zu § 126 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 der Grundbuchordnung erforderlichen Maßnahmen getroffen werden.

...

## Literaturverzeichnis

*Becker*, Das automatisierte Abrufverfahren des elektronischen Grundbuchs, BNotK-Intern in DNotI-Report 1997/23;

*Bettendorf, J.*: EDV-Dokumente und Rechtssicherheit, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), Berichte der deutschen Delegation zum XX. Internationalen Kongress des Lateinischen Notariats, Köln, 1992;

*ders.*: Elektronischer Rechtsverkehr und Schriftform des Zivil- und Prozessrechts, in: Rheinische Notarkammer/Verein für das Rheinische Notariat e.V. (Hrsg.), Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft, Köln, 1998;

*ders.*: Elektronischer Rechtsverkehr in: Erber-Faller (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr, Neuwied, 2000;

*Bredl*, SOLUM-STAR – Das maschinell geführte Grundbuch, MittBayNot 97, 72;

*Britz, J.*: Urkundenbeweisrecht und Elektroniktechnologie. Eine Studie zur Tauglichkeit gesetzlicher Beweisregeln für elektronische Dokumente und ihre Reproduktion im Zivilprozess, München, 1996;

*Bundesnotarkammer* (Hrsg.): Elektronischer Rechtsverkehr – Digitale Signaturverfahren und Rahmenbedingungen, Köln 1995;

*dies.*: Tagungsunterlagen des Zweiten Forums "Elektronischer Rechtsverkehr" beim XXI. Internationalen Kongress des Lateinischen Notariats am 03.06.1995 in Berlin, zu beziehen bei der Bundesnotarkammer, Mohrenstraße 34, 10117 Berlin;

*dies.*: Tagungsunterlagen des Dritten Forums "Elektronischer Rechtsverkehr" am 13.03.1997 in Köln, zu beziehen bei der Bundesnotarkammer wie vor;

*Demharter, J.*: Grundbuchordnung, 21. Auflage, München 1995;

*Erber-Faller, S.*: Gesetzgebungsvorschläge der Bundesnotarkammer zur Einführung elektronischer Unterschriften, CR 1996, 375;

*dies.*: Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signaturen in Deutschland. Bisherige Entwicklungen, internationale Bezüge und Zukunftsperspektiven aus notarieller Sicht, in: Rheinische Notarkammer/Verein für das Rheinische Notariat e.V. (Hrsg.), Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft, Köln, 1998;

*dies.*: Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs, MittBayNot 1995, 182;

*dies.*: Berufsständische Projekte des Notariats, in: Erber-Faller (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr, Neuwied, 2000;

*Frenz*, Ein Jahrhundert-Gesetz für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 94, 153;

*Fritzsche, J./Malzer, H.*: Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, DNotZ 1995, 3;

*Geis, I.* (Hrsg.): Die digitale Signatur – Eine Sicherheitstechnik für die Informationsgesellschaft. Ein Leitfaden für Anwender und Entscheider, Eschborn 2000;

*Göttlinger*, Pilotprojekt Elektronisches Grundbuch: Einsatz in Sachsen, DNotZ 95, 370;

*Hammer, V./Bizer, J.*: Beweiswert elektronisch signierter Dokumente, DuD 1993, 689;

*Hähnchen, S.*: Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, NJW 2001, 2831;

*Hontheim, G.*: Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, NWB 2001, 3249;

*Jansen, T.*: Zivilrechtliche Aspekte des e-Commerce. Die EU-Richtlinie für den elektronischen Geschäftsverkehr, DSWR 2000, 125;

*Jungermann, S.*: Der Beweiswert elektronischer Signaturen, Eine Studie zur Verlässlichkeit elektronischer Signaturen und zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 292 a ZPO, Frankfurt a.M., 2002;

*KEHE/Bearbeiter*, Grundbuchrecht, Kommentar, 5. Auflage, Berlin 1999;

*Kindl, J.*: Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signatur, MittBayNot 1999, 29;

*Köhler, H.*: Die Unterschrift als Rechtsproblem in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), Festschrift für Helmut Schippel zu 65. Geburtstag, München 1996;

*Kuhn, M.*: Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, München 1991; *Lepa, M.*: Der Inhalt der Grundrechte, München, 1985;

*Leue, A.*: Die neuen Formvorschriften des Privatrechts, Münster, 2002;

*Liwinska, M.*: Übersendung von Schriftsätzen per Telefax – Zulässigkeit, Beweisbarkeit und Fristprobleme, MDR 2000, 500;

*dies.*: Anmerkung zum Beschluss des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 5.4.2000, MDR 2000, 1089;

*Maennel, F.*: Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999, 187;

*Mallmann, R./Heinrich, E.*: Schriftform bei Geschäften im Internet, ZRP 2000, 470;

*Malzer, H.:* Zivilrechtliche Form und prozessuale Qualität der digitalen Signatur nach dem Signaturgesetz, DNotZ 1998, 96;

*Nöcker, G.:* Urkunden und EDI-Dokumente, CR 2000, 176;

*Nowak, U.:* Der elektronische Vertrag – Zustandekommen und Wirksamkeit unter Berücksichtigung des neuen "Formvorschriftenanpassungsgesetzes", MDR 2001, 841;

*Oertel, K.:* Der elektronische Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, MittRhNotK, 2000, 181;

*Palandt/Bearbeiter,* Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, München, 2004;

*Redeker, H.:* EU-Signaturrichtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, CR 2000, 455;

*Römermann, V./van der Moolen, M.:* Schriftsätze per Computerfax: Willkommen im 21. Jahrhundert, BB 2000, 1640;

*Roßnagel, A.:* Die Simulationsstudie Rechtspflege. Eine neue Methode zur Technikgestaltung für Telekooperation/Projektgruppe Verfassungsverträgliche Technikgestaltung e.V. (Provet), Berlin 1994;

*ders (Hrsg.):* Recht der Multimedien Dienste, Kommentar, München 2003;

*Schippel, H.:* Die elektronische Form: Neue Formvorschriften für den elektronischen Rechtsverkehr, in: Böttcher/Hueck/Jähne (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin 1996;

*Schlechter, R.:* Sicherheit im Internet – Grundzüge einer europäischen Rechtspolitik, K & K 1998, 147;

*Schmittner, S.:* Digitale Signaturen als Herausforderung und Chance, BWNotZ 2001, 107;

*Strauch, S.:* Rechtliche und archivische Probleme der digitalen Signatur, in: Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000;

*Ultsch, M.:* Zivilrechtliche Probleme elektronischer Erklärungen – dargestellt am Beispiel der Electronic Mail - , DZWir 1997, 466;

*Rapp, C.:* Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen, München, 2002;

*Viefhues, W.:* Die digitale Signatur in der juristischen Praxis, ZAP 2001, 1109;

*Zöller,* Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Köln 2002.

Anhang (Abbildungen)

Kommunikationsvolumen mit ausgewählten Kommunikationspartnern

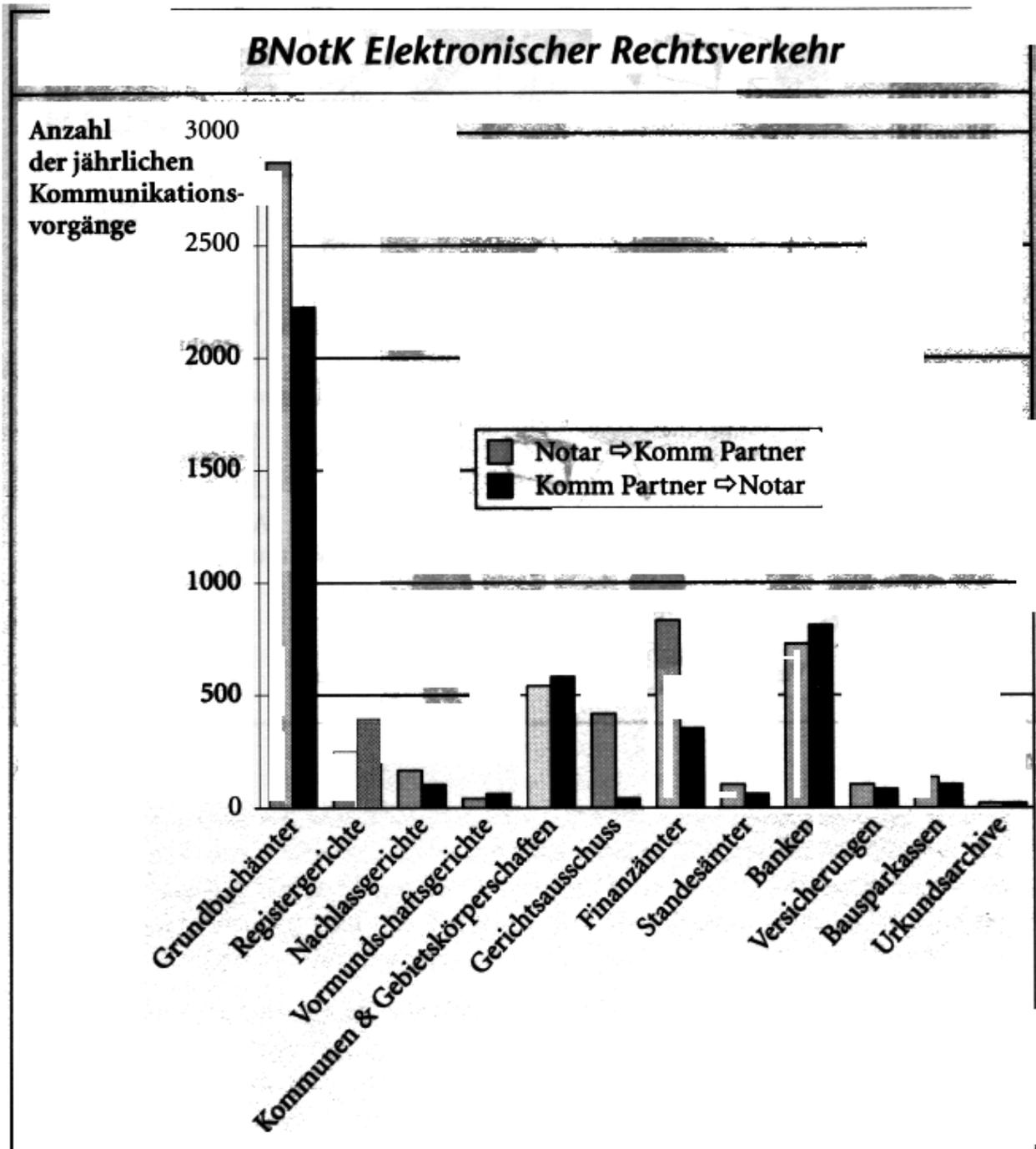


Abb. 1

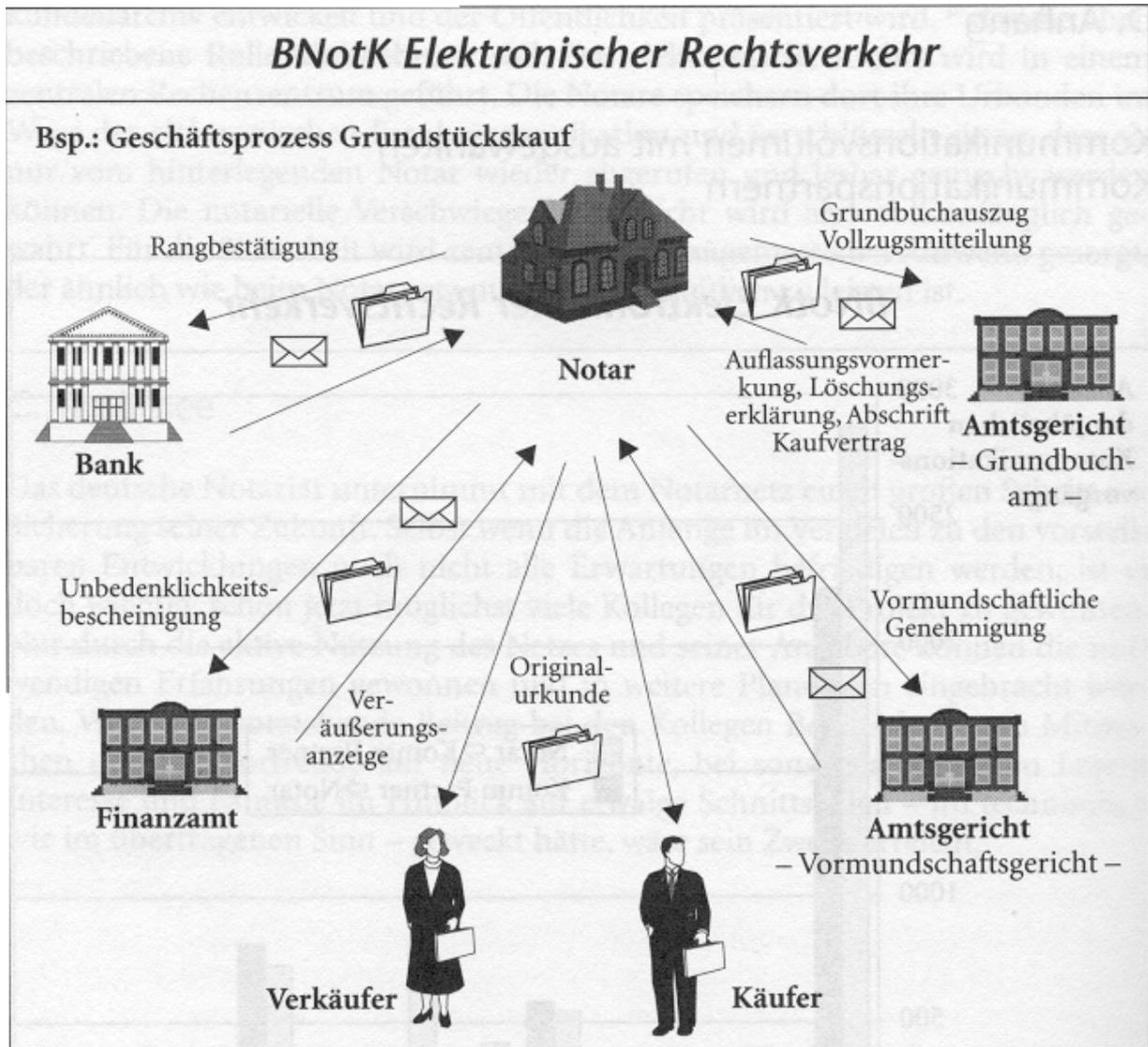


Abb. 2