AXEL TSCHENTSCHER

Beweis und Schriftform bei Telefaxdokumenten

Die zunehmende Verbreitung des Telefax bietet Anlaß, die damit verbundenen Beweis- und Schriftformprobleme zu untersuchen. Dabei ist insbesondere eine neuere Entscheidung des OLG Hamburg zu hinterfragen, die eine Eignung von Telefaxempfangsdokumenten für die gesetzliche Schriftform (§ 126 BGB) verneint. Auch die analoge An-

wendung des § 127 S. 2 BGB (Zulässigkeit des Telegramms für die rechtsgeschäftliche Schriftform) bereitet beim Telefax besondere Probleme. Schließlich ist in der Gerichtspraxis die Behandlung von Telefaxempfangsdokumenten als Beweismittel von großem Interesse, so daß hier eine beweisrechtliche Einordnung vorzunehmen ist.

I. Generelle Beweiseignung von Brief und Telefax

Ob die Schriftform- und Beweisregeln für handschriftlich unterzeichnete Papierdokumente auf Telefaxempfangsdokumente übertragen werden können, ist am besten zu beurteilen, wenn vorher die generelle Beweiseignung beider Urkundenformen verglichen wird.¹ Die generelle Beweiseignung einer Urkunde ist davon abhängig, wie einfach oder schwierig sich die Fälschung gestaltet.

1. Eigenhändig unterschriebene Briefe

Bei eigenhändig unterschriebenen Urkunden ist eine Fälschung durch die Einzigartigkeit der Handschrift erschwert.

Die Fälschungssicherheit wird aber durch Mängel des gutachterlichen Verfahrens² gemindert. So unterliegen beispielsweise Schriftsachverständige keiner Qualifikationskontrolle.³ Außerdem sind die erforderlichen Vergleichsurkunden nur dann geeignet, wenn zahlreiche Einzelfaktoren (Schreibgerät, Unterlage, Papier etc.) mit den ursprünglichen Unterschriftenbedingungen übereinstimmen, was nicht in allen Fällen zu erreichen ist. Die »Ad-hoc-Schriftproben«⁴ sind als Gutachtengrundlage kaum geeignet, wenn, wie im praktisch häufigsten Fall des § 441 ZPO, der Aussteller Beweisgegner ist und darum die Vergleichbarkeit der Schrift bewußt vermeiden will.

Rechtsprechung und Literatur gehen darum bei Schriftgutachten von einer hohen Fehlerquote aus, die

1) Zur Verbreitung in Rechtsanwaltskanzleien und bei der Justiz siehe *Wolf*, Die Verwendung eines Fernkopierers zur Dokumentenübermittlung, NJW 1989, 2592.

2) Mannheimer Empfehlungen; *Michel*, Empfehlungen zur Material- und Informationsbeschaffung für Handschriftenvergleichen in Zivilprozessen, ZSW 1980, 157 ff.

3) *Michel*, Das Schriftsachverständigenwesen in der Bundesrepublik Deutschland, ZSW 1981, 262 f.

4) Sie werden erst während des Prozesses angefertigt, *Michel* (FN 2), S. 158 f.

Axel Tschentscher ist Mitarbeiter am Seminar für Verwaltungslehre der Universität Hamburg, Zentrum für Rechts- und Verwaltungsinformatik.

durch schlechtes Ausgangsmaterial (Pausdurschrift⁵ oder sehr kurze Unterschriften) noch erhöht wird.⁶

Die Einzigartigkeit der Handschrift führt also nicht dazu, daß eigenhändig unterschriebene Papierdokumente in jedem Fall fälschungssicher sind.

2. Telefaxempfangsdokumente

Bei den qualitativ unterschiedlichen Telefaxendgeräten hat sich das »Gruppe 3 Fax« als Standard herausgebildet,⁷ mit dem Schrift ab vier Millimeter Höhe lesbar zu übertragen ist.⁸

Als sicherheitserhöhende Elemente kommen neben der faksimilierten Unterschrift des Absenders die Absenderkennung und das Sendeprotokoll in Betracht.

a) Manipulierbarkeit der faksimilierten Unterschrift

Für eine gelungene Fälschung genügt es, wenn die einmal empfangene faksimilierte oder konventionelle Unterschrift ausgeschnitten und dann erneut übertragen wird. Das Faksimile läßt sich also im Gegensatz zur Originalhandschrift beliebig kopieren. Besonders einfach wird dies durch Computerfaxkarten, die ein empfangenes Schreiben als manipulierbare Grafik zur Verfügung stellen und dadurch perfekte Nachahmungen auch für »Fälschungslaien« möglich werden lassen.

Die faksimilierte Unterschrift eignet sich also weniger als die eigenhändige Originalunterschrift zum Beweis der Ausstellerauthentizität.⁹

b) Fälschung der Absenderkennung

Als Absenderkennung werden am Kopf jedes Telefax das Datum, die Uhrzeit, Sendedauer, Seitenzahl und internationale Rufnummern beider Anschlüsse automatisch ausgedruckt. Anders als beim Teletexdienst sind diese Kennungsdaten jedoch nicht amtlich,¹⁰ sondern werden vom Absendergerät geliefert, so daß hier beliebig falsche Werte vom Absender eingestellt werden können. Auch das gerätespezifische Schriftbild der Absenderkennung ist mit geeigneter Software und Computerfaxkarten anpaßbar.

Darüber hinaus ist es beim Telefax nicht einmal erforderlich, selbst Dienstteilnehmer zu sein. Jeder beliebige Telefonanschluß kann zum Telefaxanschluß umfunktioniert werden.

Es läßt sich darum mit einem Telefaxdokument nicht belegen, daß die Botschaft von einem bestimmten Anschluß gekommen sein muß (Anschlußauthentizität).

c) Fälschung des Sendeprotokolls

Die Grunddaten jedes Sendevorgangs werden im Telefaxgerät gespeichert und können als Ausdruck abgerufen werden. Dabei druckt das jeweilige Endgerät eine Tabelle mit gerätespezifischer Gestaltung und Schriftform aus.

Stellt man sich eine solche Protokolltabelle als Computergrafik zusammen und übermittelt sie anschließend mittels einer Computerfaxkarte an ein zweites Faxgerät, so läßt sich eine perfekte Fälschung erzielen. Es

kann auch ein einzelner Sendevorgang simuliert werden, ohne daß er tatsächlich stattfindet. Dazu ist lediglich die Verbindung mit dem öffentlichen Telefonnetz durch eine Verbindung mit einem zweiten Faxgerät zu ersetzen. Der Durchwahlvorgang ist dabei funktionslos, stört aber nicht. Im Sendeprotokoll wird dann zwischen korrekten Verbindungen eine »gefälschte« Verbindung protokolliert, bei der in Wirklichkeit keine Sendung erfolgte.

Das ausgedruckte Sendeprotokoll ist darum nur bedingt geeignet, eine erfolgreiche Faxverschickung zu belegen (Zugangsbeweis).

II. Gesetzliche Schriftform beim Telefax

Die Frage, ob Telefaxempfangsdokumente die gesetzliche Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB erfüllen können, ist im Geschäftsverkehr und im Beweisverfahren bedeutsam. Eine Urkunde, die der Form des § 126 Abs. 1 BGB genügt, gilt automatisch als »unterschrieben« im Sinne von § 416 ZPO. Die Schriftformproblematik ist darum Vorfrage für die beweisrechtliche Einordnung des Telefax.

In einer Entscheidung des *OLG Hamburg* wurde die Eignung des Telefaxempfangsdokuments für die gesetzliche Schriftform ohne eingehende Begründung verneint.¹¹ Dieses Ergebnis ist anhand der Vorschrift des § 126 BGB zu überprüfen:

1. Gesetzliche Schriftform (§ 126 BGB)

Die gesetzliche Schriftform sieht mit der Formulierung »eigenhändig durch Namensunterschrift« bis auf die gesetzlich geregelten Ausnahmen¹² einen engen Anwendungsbereich vor,¹³ für den es auf die Verkehrssitte grundsätzlich nicht ankommt,¹⁴ so daß Schreibmaschine, Telex, Stempel, Faksimile, Telegramm¹⁵ und sonstige Vervielfältigungen der Handsignatur nicht als formgerechte Unterschriften anzusehen sind.¹⁶ Unleserliche

5) Die Durchschrift kann Gegenstand des Urkundenbeweises sein: *BGH NJW* 1959, 2011. Diese Entscheidung ist nicht auf die faksimilierte Unterschrift übertragbar.

6) *OLG Braunschweig NJW* 1953, 1035; *OLG Celle NJW* 1974, 610; *OLG Köln NJW* 1982, 249; *OLG Düsseldorf ZSW* 1987, 45; *Klaus Müller*, Anmerkung zu *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 30.5.1986 – 5 Ss 323/85, *ZSW* 1987, 45 und 54.

7) *Bürger*, Telefax in der Kanzlei – Einsatzmöglichkeiten und Anwendungsgebiete, *DSWR* 1988, 228 f.

8) *Bürger* (FN 7), S. 231. Postbuch 1988; herausgegeben vom Bundesministerium für das Post- und Fernmeldewesen, Regensburg 1988, S. 381.

9) Ebenso, allerdings ohne Begründung: *OLG Hamburg CR* 1990, 463.

10) Zu den amtlichen Daten des Teletexdienstes siehe *Buckenberger*, Teletex – Formerfordernis, Absendung, Zugang, *DB* 634 (635).

11) *OLG Hamburg CR* 1990, 463; *Palandt/Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch; 50. Auflage München 1991; § 126 Rdnr. 4.

12) § 793 Abs. 2 S. 2 BGB; § 13 S.1 AktG; § 426 Abs.2 S. 9 HGB; §§ 3 Abs. 1 S. 2, 39 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 43 Nr.4 VVG.

13) *Holzhauser*, Die eigenhändige Unterschrift, Geschichte und Dogmatik des Schriftformerfordernisses im deutschen Recht, Habilitationsschrift, Frankfurt a.M., S. 232 ff.

14) *RGZ* 14, 94 [97]; 74, 339.

15) *BGHZ* 24, 297 = *NJW* 1957, 1275.

16) *Förschle*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, München 1978, § 126 Rdnr. 21; *Palandt/Heinrichs* (FN 11), § 126 Rdnr. 3c; *Larenz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Auflage München 1983; § 21 I a 1 = S. 398.

oder unvollständige Unterschriften,¹⁷ Blankounterschriften¹⁸ und die Firma bei Kaufleuten¹⁹ schaden dagegen nicht.

Diese enge Auslegung des § 126 Abs. 1 BGB erscheint wenig zeitgemäß, da sie die zügige Geschäftsabwicklung behindert,²⁰ was insbesondere im Massenverkehr zu Schwierigkeiten führt.²¹

In der Praxis stellt sich darum die Frage, ob man das Erfordernis der gesetzlichen Schriftform für die Telematikdienste extensiv auslegen kann, so daß im Ergebnis auch die Signatur auf einem Telefaxempfangsdokument der gesetzlichen Schriftform genügt.

2. Extensive Auslegung

Der Wortlaut »... von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift ...« impliziert eine handschriftlich gefertigte Unterschrift und setzt selbst bei weitester Auslegung wenigstens eine Eigenbetätigung des Ausstellers voraus (Eigenhändigkeit).

Beim Telefax ist diese Betätigung zwar am Original zu beobachten. Das für Beweis Zwecke interessante Faksimile wird aber ohne unmittelbare Mitwirkung des Ausstellers ausgedruckt und stellt darum keine eigene Signierhandlung dar. Der Signaturkopiervorgang ist nicht mehr von der äußersten Grenze des möglichen gesetzlichen Wortsinnes umfaßt.

Das Telefaxempfangsdokument kann folglich selbst bei extensiver Auslegung des § 126 Abs. 1 BGB nicht als »eigenhändig durch Namensunterschrift« signiert angesehen werden.²²

3. Analoge Anwendung auf die Telefaxsignatur

Voraussetzung für rechtsfortbildende Analogie ist das Vorhandensein einer Lücke im Gesetz, also einer planwidrigen Unvollständigkeit. Bei der gesetzlichen Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB könnte eine Lücke vorliegen, weil der Gesetzgeber nicht berücksichtigen

konnte, wie sehr Telematikdienste den traditionellen Schriftverkehr verdrängen würden. Die Lücke ist durch Analyse des gesetzlichen Regelungsplans in historischer und teleologischer Auslegung zu ermitteln.²³

a) Entstehungsgeschichte der Norm

Im Entwurfsverfahren war für die gesetzliche Schriftform zunächst an eine Zulassung des Telegramms neben der eigenhändigen Unterschrift gedacht.

Dem wurde schon sehr früh die Kritik entgegengehalten, der Empfänger sei nicht in der Lage, die Identität des Erklärenden zu überprüfen, da die Aufgabeschrift nur befristet aufbewahrt werde und darum kein fortdauerndes Beweismittel sei.²⁴ Dennoch blieb die Telegrammklausel als Beschluß der 1. Kommission in § 91 Abs. 2 KE enthalten.²⁵ Sie sollte den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragen.²⁶

Die Streichung der Klausel erfolgte schließlich doch, weil die gesetzliche Schriftform unter anderem dem Zweck der Beweissicherung²⁷ diene, so daß die telegrafische Übermittlung in der Regel als unzulässig erscheine.²⁸

Aus dieser Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Schriftform kann nicht gefolgert werden, daß eine Lücke vorliegt, weil der Gesetzgeber den Zielkonflikt zwischen dem Interesse an technisch beschleunigter Kommunikation und dem Beweissicherungsinteresse verkannt hat. Umgekehrt ist aber aus der Streichung der Telegrammklausel auch nicht zu folgern, der Gesetzgeber habe bewußt jede neue Kommunikationsform ausschließen wollen, denn das Telegrammargument der nur befristeten Aufbewahrung der Aufgabeschrift ist auf neue Telematikdienste nicht übertragbar. Die Entstehungsgeschichte des § 126 Abs. 1 BGB läßt darum keinen Rückschluß auf das Vorhandensein einer gesetzlichen Regelungslücke zu.

b) Sinn und Zweck der gesetzlichen Schriftform

Eine Gesetzeslücke wäre anzunehmen, wenn mit den zum Gesetzgebungszeitpunkt unbekanntem Telefaxempfangsdokumenten Sinn und Zweck der gesetzlichen Schriftform ebensogut erreichbar sind, wie mit handschriftlich unterzeichneten Erklärungen.

Der Zweck des § 126 Abs. 1 BGB liegt in der Erkennbarkeit einer rechtsgeschäftlichen Bindung (Abschlußklarheit) und der Warnung vor ihr (Warnfunktion), außerdem in der Fixierung des verbindlichen Inhalts (Inhaltsklarheit) und in der Beweissicherung (Beweisfunktion). Die Zweckelemente Abschlußklarheit, Warnfunktion und Inhaltsklarheit sind bei Telematikdiensten wie bei jeder vollständigen schriftlichen Erklärung gegeben. Die Beweisfunktion ist beim Telefaxempfangsdokument dagegen nicht hinreichend gewährleistet, weil im Gegensatz zum eigenhändig unterzeichneten Schriftstück die Beweiseignung reduziert ist.²⁹

Es liegt darum bezüglich der Telefaxtechnik keine gesetzliche Regelungslücke vor, die durch analoge Anwendung des § 126 Abs. 1 BGB geschlossen werden

17) BGH NJW 1967, 2310.

18) BayOLGE 84, 194.

19) § 17 HGB; MüKo/Förschler (FN 16), § 126 Rdnr. 23 f., nicht ausreichend ist die Paraphe (Anfangsbuchstaben).

20) MüKo/Förschler (FN 16), § 126 Rdnr. 22.

21) Larenz (FN 16), § 21 I a 1 = S. 398.

22) Zum selben Ergebnis führt die Parallele zur Fotokopie: OLG Hamburg CR 1990,463; Palandt/Heinrichs (FN 11), § 126 Rdnr. 4.

23) Vgl. Palandt/Heinrichs (FN 11), Einleitung vor § 1 Rdnr. 4b.

24) Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Berlin 1985, Allgemeiner Teil 1–240, 1. Teilband, Bearbeiter: Werner Schubert, Prot. I S. 148 f. auf S. 653.

25) Schubert (FN 24), ZUSTAT §§ 68 ff. auf S. 659.

26) Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899, Motive S. 185 und Protokolle S. 196.

27) Die Beweissicherungsfunktion ist in der Literatur überwiegend anerkannt: eingehend, auch zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift: Holzhauser (FN 13), S. 115 ff. m.w.N. auf S. 17 f.; a.A.: Häsemeyer, Die Bedeutung der Form im Privatrecht, JuS 1980, 1 bis 9, S. 2, der § 126 BGB allein »inhaltsbezogen« deutet und darum nur Vollständigkeit und Rechtswirksamkeit als Regelungszwecke ansieht. Gegen ihn ausdrücklich: Larenz (FN 16), § 21 I a 1 = S. 400.

28) Mugdan, (FN 26), Protokolle S. 210.

29) Siehe oben I.

müßte. Nur durch eine Gesetzesänderung kann dem Telefaxempfangsdokument die Eignung für die gesetzliche Schriftform verliehen werden.

c) Parallele zu faksimiierten Unterschriften auf Orderscheckvordrucken

Das für Telefaxempfangsdokumente gefundene Ergebnis findet bei den Orderscheckvordrucken eine Parallele. Dort hatten Großunternehmen das Eigenhändigkeitserfordernis der gesetzlichen Schriftform (Art. 1 Nr. 6 ScheckG) ignoriert und aus Rationalisierungsgründen Orderscheckvordrucke mit faksimierter Unterschrift verwandt.³⁰ Die Rechtsprechung konnte nur mit einer Umdeutung in rechtsgeschäftliche Schriftform diese mechanische Unterzeichnung als gültig behandeln.³¹ Schließlich mußte das Problem durch eine Gesetzesänderung beseitigt werden.³²

In der Vergangenheit sind Rechtsprechung und Literatur also selbst dann nicht vom Eigenhändigkeitserfordernis der gesetzlichen Schriftform durch Analogie abgewichen, wenn Formanforderungen und Geschäftspraxis bereits auseinanderfielen.³³ Genauso wenig kann beim Telefax das Eigenhändigkeitserfordernis der gesetzlichen Schriftform ohne gesetzliche Ausnahmeregelung umgangen werden.

III. Rechtsgeschäftliche Schriftform beim Telefax

Abweichungen von der rechtsgeschäftlich vereinbarten Form sind als stillschweigende, formlose Aufhebung des Formzwangs anzusehen, wenn die Parteien die Maßgeblichkeit der Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben.³⁴ Ein von beiden Parteien als verbindlich angesehener Vertragsschluß mit Telefax ist also auch dann wirksam, wenn er gegen eine Schriftformvereinbarung im Rahmenvertrag verstößt. Probleme treten erst auf, wenn sich eine Vertragspartei nachträglich auf die Unverbindlichkeit der Telefaxerklärung beruft.

1. Argumentation bei anderen Telematikdiensten

Das Telefaxdokument könnte wie das Telegramm gemäß § 127 S. 2 BGB der rechtsgeschäftlichen Schriftform genügen.³⁵ Diese analoge Anwendung des § 127 S. 2 BGB kann allerdings nicht wie bei anderen Telematikdiensten damit begründet werden, daß die »Gedankenerklärung im Übermittlungszeitpunkt auf Papier fixiert« wird.³⁶ Beim Einsatz von Faxkarten und Computern wird das Telefaxempfangsdokument gespeichert, jedoch nicht zwingend ausgedruckt. Ein Ausdruck ist in vielen Fällen für den Geschäftsbetrieb nicht erforderlich, weil das Telefaxdokument jederzeit auf dem Bildschirm angezeigt werden kann. Gerade in der Telefaxzukunft, die von Telefax-Gateways in einem lokalen Computernetzwerk der Unternehmen dominiert sein wird, ist diese Nutzungsform beachtlich. Da an-

ders als beim Teletextdokument organisatorisch kein zeitversetzter Ausdruck garantiert ist, paßt auch die ergänzende Argumentation nicht, wonach technische bedingte Organisationsabläufe keinen Nachteil bedeuten dürfen.³⁷

2. Argumente für die analoge Anwendung des § 127 S. 2 BGB

Statt dessen muß als Ansatzpunkt für eine analoge Anwendung der Sinngehalt des § 127 S. 2 BGB insgesamt herangezogen werden. Anders als bei der gesetzlichen Schriftform ist die Beweisfunktion durch die Möglichkeit ersetzt, nachträglich eine dem § 126 BGB entsprechende Beurkundung zu verlangen (§ 127 S. 2 Halbs. 2 BGB). Die verbleibenden Zweckelemente Abschlusklarheit, Inhaltsklarheit und Warnfunktion werden durch jede vollständige schriftliche Information garantiert.³⁸ Die Information muß dazu nicht ausgedruckt werden. Es genügt vielmehr, wenn sie, verkörpert in Schriftzeichen, eingesehen werden kann. Diese Voraussetzung ist beim Telefax nicht weniger gegeben als beim Telegramm oder Brief. Auf die Beweiseignung kommt es wegen § 127 S. 2 Halbs. 2 BGB bei der gewillkürten Schriftform nicht an.

Die Vorschrift des § 127 S. 2 BGB ist darum bezüglich der Telefaxtechnik lückenhaft und muß insoweit durch analoge Anwendung ergänzt werden. Telefaxempfangsdokumente entsprechen demnach sowohl ausgedruckt als auch gespeichert³⁹ der rechtsgeschäftlichen Schriftform.

IV. Echtheitsbeweis mit Telefaxempfangsdokumenten

Beweisrechtlich könnten Telefaxempfangsdokumente Urkunden (§§ 415 ff. ZPO) oder Augenscheinsobjekte (§§ 371 ff. ZPO) sein.

Urkunden bestehen aus verkörperten Zeichen, die dem Ausdruck eines Gedankens dienen.⁴⁰ Sie müssen zum Beweis geeignet⁴¹ und verlesbar sein.⁴² Zahlenschriften, Kurzschriften, Blindenschrift, chiffrierte Mitteilungen und Lochcodes sollen genügen, wenn der Erklärungsinhalt verfügbar ist.⁴³ Nach dieser Defini-

30) Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsgänge, insbesondere von Willenserklärungen, Vortrag, gehalten auf der Zivilrechtslehrertagung am 15.9.1981 in Bamberg, AcP 182 (1982), 143 und 154 f.

31) RGZ 125, 68.

32) Dazu die ausführlichen Beispiele bei Köhler (FN 30), S. 144 ff. zu § 39 WG, zu § 18 I. BMG (offengelassen), zu § 93 GenG (offengelassen).

33) Köhler (FN 30), S. 149 bleibt bei einer rechtspolitischen Forderung.

34) BGH NJW 1962, 1908.

35) MüKo/Förschler (FN 16), § 127 Rdnr. 10, Buckenberger, Fernschreiben und Fernkopien – Formerfordernisse, Absendung und Zugang, DB 1980, 289; Buckenberger (FN 10), S. 635.

36) So für das Teletextdokument Buckenberger (FN 10), S. 635.

37) Buckenberger (FN 10), S. 635.

38) So schon oben II.3.b).

39) Insoweit ist von einem »modernisierten« Urkundenbegriff auszugehen.

40) Schreiber, Die Urkunde im Zivilprozeß, Habilitationsschrift, Berlin 1982, S. 19 f.

41) BGH 65, 300 = MDR 1976, 304.

42) Roggemann, Das Tonband im Verfahrensrecht, Göttingen 1962, S. 69.

43) Schreiber (FN 40), S. 27 f.

tion sind Speicherinhalte von Telekommunikationsanlagen keine Urkunden,⁴⁴ so daß nur ausgedruckte Telefaxempfangsdokumente für den Urkundenbeweis in Betracht kommen.⁴⁵

Die ausgedruckte Telefaxurkunde kann im Prozeß jederzeit verlesen werden und ist auch im übrigen prozessual beweisverkehrsfähig.⁴⁶ Für Telefaxempfangsdokumente ist also das Urkundenbeweisrecht maßgeblich.

1. Allgemeine Grundsätze des Urkundenbeweisrechts

Im Urkundenbeweisrecht sind neben dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung die Regeln des Formalbeweises zu beachten.

a) Formalbeweis

Der Formalbeweis mit dem juristischen Schluß von der Echtheit der Urkunde (§§ 437 ff. ZPO) auf ihre formelle Beweiskraft ist in den §§ 415 bis 418 ZPO geregelt. Die formell beweiskräftige Urkunde hat danach die Präsomption der Richtigkeit und Vollständigkeit der in ihr verkörperten Erklärungen für sich.⁴⁷

Der Formalbeweis bietet weitere Vorschriften, die eine Beweisführung mit Urkunden erleichtern. So muß sich der Beweisgegner über die Echtheit der Unterschrift wahrheitsgemäß erklären (§§ 439, 138 Abs. 1 ZPO), wobei die Erklärung mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO ausgeschlossen ist. Wenn er die

Echtheit der Unterschrift nicht bestreitet, ist die gesamte Urkunde formell beweiskräftig (Echtheitsvermutung: §§ 439 Abs. 3, 440 Abs. 2, 416 ZPO).⁴⁸

Die zentrale Vorschrift des Formalbeweises ist § 286 Abs. 2 ZPO, wonach sich die formelle Beweiskraft der richterlichen Beurteilung entzieht, so daß ein Gewinn an Rechtssicherheit eintritt. Die im Formalbeweis verwendbare Urkunde gilt darum als das beste Beweismittel.⁴⁹ Die Parteien wissen von vornherein, daß unabhängig vom individuellen »Überzeugungshorizont« des Richters, die Urkunde formell beweiskräftig ist. Der Gewinn an Rechtssicherheit wird allerdings dadurch relativiert, daß über die Echtheit einer Unterschrift oder über die Beweiskraft bei Urkundenmängeln in freier Beweiswürdigung entschieden wird (§§ 419, 442 ZPO).

Echt bedeutet, daß die Urkunde auf die vom Beweisführer als Aussteller bezeichnete Person zurückgeführt werden kann.⁵⁰ Die hier nicht näher behandelten öffentlichen Urkunden haben nach § 437 Abs. 1 ZPO die Vermutung der Echtheit für sich.⁵¹ Privaturkunden sind dagegen präsumtiv unecht (§ 440 Abs. 1 ZPO). Die gesetzliche Beweisregel wird erst wirksam, wenn der Beweisführer die Echtheit der Unterschrift nachweist (§ 440 Abs. 2 ZPO). Allerdings trifft den Beweisgegner eine Erklärungspflicht (§ 439 Abs. 1 ZPO). Erklärt er sich trotz Nachfrage des Gerichts⁵² bis zum Verhandlungsschluß nicht über die Echtheit der Unterschrift, so ist die Urkunde als echt anzusehen.⁵³ Die Echtheit des darüberstehenden Textes wird dann vermutet.⁵⁴ Bestreitet der Beweisgegner die Echtheit der Unterschrift, so entscheidet das Gericht darüber in freier Beweiswürdigung (§§ 442, 286 Abs. 1 ZPO). Erachtet es die Unterschrift für echt, so ist die Urkunde formell beweiskräftig (§§ 440 Abs. 2, 416, 286 Abs. 2 ZPO).

b) Freie Beweiswürdigung

Beim Urkundenbeweis kommt man zur freien Beweiswürdigung immer dann, wenn die Beweisregeln der §§ 415 ff. ZPO nicht eingreifen, zum Beispiel weil eine Privaturkunde nicht unterschrieben ist (§ 416 ZPO), eine Urkunde äußere Mängel aufweist (§ 419 ZPO) oder die Echtheit der Unterschrift nicht bewiesen werden konnte (§§ 437 Abs. 2, 438 Abs. 1, 440 Abs. 1, 442 ZPO).

In diesem Fall hängt die formelle Beweiskraft von einer Ermessensentscheidung des Gerichts ab. Dazu müssen die Richter von der Wahrheit einer Behauptung mit einem für das praktische Leben genügenden Grad an Gewißheit überzeugt sein.⁵⁵ Nur erhebliche Mängel der Begründung, z.B. das unbegründete Abweichen vom Sachverständigengutachten,⁵⁶ und richterliche Erfahrungssätze⁵⁷ sind revisibel.⁵⁸ Außerdem ist für typische Geschehensabläufe der Anscheinsbeweis entwickelt worden,⁵⁹ durch den der Richter gebunden ist, soweit nicht der Entlastungsbeweis geführt wurde.

44) *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach u.a., Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*, 48. Auflage München 1990, Anh. § 286 Rdnr. 4 »Computer«; *Stephan*, in: *Zöllner/Stephan u.a., Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Einführungsgesetzen*, 16. Auflage Köln 1990, vor § 415 Rdnr. 2.

45) Vgl. FN 39.

46) Vgl. §§ 131, 142, 273 Abs. 2 Nr. 1, 134 ZPO.

47) RGZ 68, 15; 85, 322 [326]; 96, 286 [289]; *Larenz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Auflage München 1983, § 21 I a 1 = S. 400; *Egon Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, 2. Auflage München 1971, S. 209; *Wieczorek*, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, 2. Auflage Berlin 1976, Zweiter Band, § 415 Rdnr. A II b 1.

48) Der Richter hat über die Geständnisfiktion nach § 139 ZPO aufzuklären. Lügt der Beweisgegner, so ist er unbeschadet der strafrechtlichen Folgen nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig: *Baumbach/Hartmann* (FN 44), § 138 Rdnr. a G.

49) *Baumbach/Hartmann* (FN 44), Übers § 415 Rdnr. 3 E, *Schneider* (FN 47), S. 209; zumindest für rechtsgeschäftliche Erklärungen: *Wieczorek* (FN 47), § 415 Rdnr. B. Grund: Was selbst geschrieben wurde zeugt besser als der zuverlässigste Zeuge, so *König*, Die Kunst der Beweiserhebung im Zivilprozeß, 2. Auflage Hamburg 1947, S. 82.

50) Ausstellerauthentizität, *Schreiber* (FN 40), S. 23.

51) Einschränkung bei Zweifeln des Gerichts: § 437 Abs. 2 ZPO.

52) Richterliche Aufklärungspflicht i.S.v. § 139 ZPO.

53) § 439 Abs. 3 ZPO; für das Amtsgericht: § 510 ZPO.

54) § 440 Abs. 1 ZPO; sogar bei Mängeln, wenn diese unerheblich sind, *BGH* DB 1965, 1665.

55) *BGHZ* 53, 245 [256]; *Thomas/Putzo*, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 16. Auflage München 1990, § 286 Rdnr. 2 a).

56) Hier wird für einige Untersuchungsergebnisse (Blutgruppentests für Abstammungsfeststellung) sogar absolute Beweiskraft angenommen, so daß der Richter auch mit Begründung nicht abweichen kann.

57) *Baumbach* (FN 44), Einf. § 284 Rdnr. 4 B. Erfahrungssätze sind Schlüsse, die auf Lebenserfahrung oder Fachkunde beruhen.

58) *BGH* NJW 1961, 2061 sowie *Thomas* (FN 55), § 286 Rdnr. 2 b).

59) *Baumbach/Hartmann* (FN 44), Anh. § 286 Rdnr. 3 B.

2. Urkundenbeweis mit Telefax

Der gegenüber § 126 Abs. 1 BGB weitere Wortlaut der §§ 416 und 439 Abs. 2 ZPO⁶⁰ läßt bei extensiver Auslegung eine Anwendung dieser Normen auf den signierten Telefax zu. Von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur wird vertreten, die mit Technikunterstützung erzeugte Unterschrift genüge generell nicht.⁶¹ Andere meinen, Telematikunterschriften seien nach Lage des Falles⁶² oder in allen Fällen ausreichend, wobei sich das Beweisführungsproblem auf die Echtheit der Unterschrift verlagere.⁶³

a) Form bei bestimmenden Schriftsätzen

Als Maßstab für die Form der §§ 416, 439 Abs. 2 ZPO bietet sich das Unterschriftserfordernis bei bestimmenden Schriftsätzen an.⁶⁴ Das dort geltende Prinzip der Eigenhändigkeit⁶⁵ ist durch die Rechtsprechung im Rahmen der Anerkennung neuer Kommunikationsdienste weitgehend aufgegeben worden. In seinem Beschluß vom 14. März 1989 hat das BAG sich dabei ausdrücklich über die bei der Benutzung des Telefax zwangsläufig entstehenden Manipulationsbedenken hinweggesetzt. Die an bestimmende Schriftsätze gestellten Formerfordernisse dienen nicht dem Zweck, Manipulationen bei der Herstellung oder Unterzeichnung des Schriftsatzes auszuschließen.⁶⁶

Zweck der Regelung in § 351 Abs. 1 ZPO 1. Entwurf, der dem heutigen § 416 ZPO entspricht, war die Absicherung des Urkundenverkehrs gegen die Unwägbarkeiten freier Beweiswürdigung.⁶⁷ Durch das Unterschriftserfordernis wird sichergestellt, daß nur solche Urkunden dem Formalbeweis zugänglich sein sollen, die als rechtsgeschäftlich verbindliche Äußerungen gedacht sind. Mit den §§ 441 f. ZPO (Echtheitsbeweis durch Schriftvergleichung) stellt der Gesetzgeber darüber hinaus klar, daß ihm ein bestimmtes Beweisverfahren und damit eine bestimmte Beweiseignung der formalbeweisfähigen Urkunde vorschwebte. Anders als bei bestimmenden Schriftsätzen kommt es im Rahmen von § 416 ZPO also gerade auf die Fälschungssicherheit an.

Die Form für bestimmende Schriftsätze ist darum von der Form des § 416 ZPO zu trennen.⁶⁸ Aus der Anerkennung des Telefax für bestimmende Schriftsätze können also keine Rückschlüsse auf die beweisrechtliche Einordnung gezogen werden.

b) Probleme beim Formalbeweis

Trotz der Mängel der Schriftvergleichung⁶⁹ ist die Echtheit einer Handsignatur mit diesem Verfahren in vielen Fällen sicher beweisbar. Von der Telefaxsignatur kann man dagegen eine perfekte Kopie anfertigen.⁷⁰ Das Verfahren des § 441 ZPO ist folglich für den Telefax ungeeignet. Sollten Beweisführer und Schriftsachverständiger tatsächlich einmal versuchen, die Echtheit einer Telefaxsignatur durch Schriftvergleichung zu beweisen, so hat der Richter im Rahmen seiner Beweiswürdigungsentscheidung (§ 442 ZPO) diesen Umstand zu berücksichtigen – sein Ermessen ist insoweit

reduziert. Nur in wenigen Fällen wird sich die Echtheit einer Telefaxsignatur überhaupt beweisen lassen.

Nicht ausreichend ist das in der Praxis verbreitete Verfahren, bei dem der Empfänger einen Telefax zur Bestätigung gegenzeichnet und mit dieser Doppelsignatur per Telefax zurückschickt. Ein solchermaßen bestätigter Telefax ist ebenso leicht zu fälschen wie jeder andere.

Für den Echtheitsbeweis der Signatur genügt es aber, wenn der Unterzeichner im zeitlichen Zusammenhang mit der Übersendung diese telefonisch ankündigt oder bestätigt und der Empfänger dafür Zeugen hat. Wenn unter solchen (sicher seltenen) Umständen die Echtheit der faksimilierten Signatur bewiesen ist, gibt es keinen Grund, dem Beweisführer die Privilegien des Formalbeweises vorzuenthalten.

Es ist also der Ansicht zu folgen, nach der jede maschinell unterzeichnete Telematikurkunde grundsätzlich dem Formalbeweis unterfällt.⁷¹ Der Telefax eignet sich aber nicht für die Schriftvergleichung, so daß dem Beweisführer erhebliche Probleme beim Beweis der Echtheit entstehen. Ist die Echtheit der maschinellen Signatur nicht zu beweisen, so greifen die beweisleichternden §§ 440 Abs. 2, 416, 286 Abs. 2 ZPO nicht ein und es gilt freie Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO.

c) Probleme bei Freier Beweiswürdigung

Ist es dem Beweisführer nicht ausnahmsweise möglich, durch besondere Umstände (Echtheitsbestätigung vor Zeugen) die Echtheit einer faksimilierten Unterschrift

60) § 126 Abs. 1 BGB: »eigenhändig durch Namensunterschrift«, § 416 ZPO: »unterschrieben«; § 439 Abs. 2 ZPO: »Namensunterschrift«.

61) RGSt 8, 92 (Telegramm); Zöller/Stephan (FN 44), § 416 Rdnr. 1 (Faksimilestempel).

62) *Baumbach/Hartmann* (FN 44), § 416 I B, *Thomas/Putzo* (FN 55), § 416 Rdnr. 2 a, *Buckenberger* (FN 35), S. 290.

63) *Schumann/Leipold*, in: Stein/Jonas/Leipold/Schumann, Zivilprozeßordnung, Zweiter Band, Teilband 2, §§ 300–510b, 20. Auflage Tübingen 1989, § 416 Rdnr. 4.

64) Das sind Parteierklärungen, die unmittelbar gestaltend auf das Verfahren wirken, z.B. Prozeßkostenhilfesuch (§ 117 ZPO), Klageerhebung (§ 253 ZPO), Klagerücknahme (§ 269 ZPO), Einspruch (§ 340 ZPO), Rechtsmittelschrift (§§ 518, 553, 569 ZPO): *Baumbach/Hartmann* (FN 44), § 129 Rdnr. 1 A a; zum Ganzen: *Kunz/Schmidt*, Das Unterschriftserfordernis für bestimmende Schriftsätze im Zivilprozeß, NJW 1987, 1299 und *Hohmann*, Telekommunikation in der Rechtspraxis, NJW-CoR 1989, 28 ff.; *Wolf* (FN 1), S. 2592 ff.; RGSt 9, 38 [39]; RGZ 44, 369; 139, 47 f.; BGHZ 24, 297 [301] = NJW 1957, 1275; *BVerwG* NJW 1971, 1054; *BGH* NJW 1982, 1470; *BFH* BB 1982, 1477 f.; BGHZ 87, 63 = NJW 1983, 1498; *BGH* NJW 1986, 1759 ff.; *BAG* NJW 1987, 341 f.; Gms-OGB NJW 1980, 172 ff.; *BVerfGE* 36, 298 [304]; *BVerfG* NJW 1987, 2067 = IuR 1987, 222 = MDR 1987, 728.

65) RGZ 151, 82.

66) Siehe BAGE, Beschluß vom 14.3.1989 – 1 AZB 26/88 (*LAG Hamm; ArbG Paderborn*), CR 1989, 709–710 mit zustimmender Anmerkung von *Troschke*, CR 1989, 710–711.

67) *Von Decker*, Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung, Im Königlich Preußischen Justizministerium bearbeitet, Berlin 1871, S. 315 und 338; desgleichen im zweiten Entwurf § 362: *von Decker*, Begründung des Entwurfs einer Deutschen Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes; Zum zweiten Entwurf, Leonhardt-Kommission (7. September 1871 bis 7. März 1872), S. 334.

68) Das gilt auch für das Verhältnis zu § 126 Abs. 1 BGB: BGHZ 24, 297 = NJW 1957, 1275; *OLG Hamburg* CR 1990, 463; *MüKo/Förschler* (FN 16), § 126 Rdnr. 2.

69) Details dazu bereits oben I.1.

70) Zu den Einzelheiten der Signatur- und Protokollfälschung siehe oben I.2.

71) So auch *Stein-Schumann/Leipold* (FN 63), § 416 Rdnr. 4.

auf dem Telefax nachzuweisen, so wird es ihm wegen der geringen Beweiseignung der Urkunde kaum gelingen, den Richter von der Echtheit mit einem für das praktische Leben ausreichenden Grad von Gewißheit zu überzeugen.

Auch eine Beweiserleichterung im Wege des Anscheinsbeweises scheidet aus: Als Anscheinsvoraussetzungen für den Beweis bieten sich beim Telefax nur die Absenderkennung und die faksimilierte Unterschrift an. Sowohl Protokoll als auch Unterschrift können aber mit geringem Aufwand gefälscht werden.⁷² Die Echtheit läßt sich also mit der für den Anscheinsbeweis erforderlichen sehr hohen Wahrscheinlichkeit weder aus der Absenderkennung noch aus der faksimilierten Unterschrift ableiten.

V. Beweis des Zugangs

Der Erklärende muß beweisen, daß die Erklärung zugegangen ist, sonst kann er sich nicht auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen (vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB).

Wenn die Zustellung einer Urkunde nicht mit Rückschein⁷³ oder Postzustellungsurkunde⁷⁴ erfolgte und der Empfänger auch keine schriftliche Empfangsbestätigung schickte, bereitet der Beweis Schwierigkeiten. Der Empfänger kann jederzeit erfolgreich den Zugang bestreiten, selbst wenn er die Urkunde tatsächlich erhalten hat.⁷⁵ Er verstößt dabei zwar gegen die Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO. Der schuldhafte Verstoß ist aber nur selten nachweisbar, so daß die drohenden Sanktionen⁷⁶ keine ausreichende Abschreckung bedeuten.

Beim Telefax besteht insoweit dieselbe Problematik wie beim Briefdienst, weil in beiden Fällen eine amtliche Empfangsbescheinigung nicht vorliegt. Es stellt sich die Frage, inwieweit dem Beweisführer durch einen Anscheinsbeweis geholfen werden kann. Ob ein Anscheinsbeweis für den Zugang von Briefen möglich ist, wird unterschiedlich beurteilt.

1. Streitstand zum Zugangsbeweis bei Briefen

In einigen Entscheidungen wurde wegen der hohen Wahrscheinlichkeit der korrekten Postzustellung ein Anscheinsbeweis für genügend angesehen,⁷⁷ obwohl als Anscheinstatsachen nur die richtige Adressierung, Frankierung und Absendung in Betracht kamen.⁷⁸ Diese Entscheidungen sind aber untypisch für die Rechtsprechung. Der *BGH* lehnt es sogar bei Einschreiben ab, den Beweis des Zugangs durch den Beweis der korrekten Absendung zu ersetzen.⁷⁹ Mit wenigen Ausnahmen folgt die Literatur dieser Linie.⁸⁰

Schneider hingegen stellt auf die geringe Zahl der reklamierten Sendungen ab.⁸¹ Es müsse auf Statistiken zurückgegriffen werden, wo die individuell unterschiedlichen Erfahrungen keine allgemeinen Erfahrungssätze zuließen.⁸² Ohne prima-facie-Beweis werde, zum Beispiel beim Abmahnschreiben mit Rückschein, der Rechtsverkehr unerträglich erschwert, indem unzumutbare Anforderungen an den Absender gestellt würden.⁸³

Obwohl ein Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach zuverlässigen Zustellungsdiensten besteht, kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden:

a) Nachforschungsstatistiken

Sie basiert auf der Nachforschungsstatistik der Post, die Rückschlüsse auf die Zugangssicherheit überhaupt nicht zuläßt. Der Antrag auf Nachforschung muß vom Absender auf Vordrucken beim Einlieferungspostamt gestellt werden.⁸⁴ Die Nachforschung ist gebührenpflichtig, sofern sich herausstellt, daß die Post fehlerfrei handelte. Das Verfahren ist also umständlich und – gemessen am Porto – teuer. Die Erfolgsaussichten sind ungewiß. Die Annahme, jeder Verlust führe zu einem Nachforschungsantrag, ist darum falsch.⁸⁵ Eine brauchbare Verluststatistik gibt es nicht. Dadurch fehlt für die Argumentation *Schneiders* jede Grundlage.

b) Wertungswiderspruch

Auch im Ergebnis ist der Ansicht zu widersprechen. Um den Anscheinsbeweis zu entkräften, müßte der Empfänger den Nichtzugang des Schreibens darlegen. Das ist nur selten möglich. Selbst wenn er tatsächlich keinen Brief erhalten hätte, müßte der Empfänger in solchen Fällen für die Nichtzustellung einstehen. Das non liquet bei Verzögerungen (durch zunächst falsche Zustellung) soll dagegen mangels »typischen Geschehensablaufs« zu Lasten des Erklärenden gehen.⁸⁶ Dies

72) Siehe oben I.2.

73) Privaturskunde nach § 416 ZPO.

74) Öffentliche Urkunde nach § 418 ZPO, *Baumbach/Hartmann* (FN 44), § 418.

75) *König* (FN 49), S. 64 rät dem Richter, sofort nach Einreichung einer Abschrift oder Durchschrift durch den Absender das Original vom Empfänger zu fordern. Dies ist nicht nur aus zeitökonomischen Gründen ratsam, sondern auch deshalb, weil bei Vorhaltungen in der Verhandlung das Bestreiten des Zugangs als geeignete »Notlösung« für den Beweisgegner zunehmend attraktiv werden kann.

76) *Baumbach/Hartmann* (FN 44), § 138 Rdnr. 1 G; Schadensersatz nach § 826 BGB, jedoch nicht § 823 Abs. 2 BGB; Strafbarkeit des Prozeßbetrugs; Anwaltliches Ständesrecht; Restitutionsgrund des § 580 Nr. 4 ZPO.

77) Der Begriff »Anscheinsbeweis« wird zumeist in Fällen verwandt, in denen der Rückschluß von einem Erfolg auf eine bestimmte Ursache gezogen wird. Beim Zugangsbeweis liegt es umgekehrt: Mit der Ursache (Absendung) soll der Erfolg (Zugang) nachgewiesen werden. Es handelt sich also um die selteneren Fälle des Schlusses von einer Tatsache auf einen typischen weiteren Geschehensablauf.

78) *OLG Stuttgart* WRP 1983, 644; *OLG Köln* WRP 1984, 40; *BFH* DStR 1974, 182.

79) BGHZ 24, 312 f. für ein Mahnschreiben nach § 39 WG, *BGH* NJW 1964, 1176; *BGH* NJW 1978, 886; *BAG* NJW 1961, 2132.

80) *Baumbach/Hartmann* (FN 44), § 286 Rdnr. 4 »Rechtsgeschäft« m.w.N.; *Palandt/Heinrichs* (FN 11), § 130 Rdnr. 8.

81) 633 pro 100 Millionen im Jahr 1980, *Egon Schneider*, Problemfälle aus der Prozeßpraxis, »Der Zugang wird bestritten«, MDR 1984, 281.

82) *Schneider* (FN 81), S. 282.

83) *OLG Köln* WRP 1984, 40, vgl. *BAG* DB 1986, 2337; ablehnend: *Baumbach/Hartmann* (FN 44), § 286 Rdnr. 4 »Rechtsgeschäft«.

84) Postbuch (FN 8), S. 187.

85) So auch *Baumbach/Hartmann* (FN 44), § 286 Rdnr. 4 »Rechtsgeschäft«.

86) *Schneider* (FN 81), S. 283.

ist ein Wertungswiderspruch: Haftet der Empfänger schon bei Verspätungen nicht, so muß er erst recht nicht dafür einstehen, daß ein Brief überhaupt nicht ankommt.⁸⁷ Trotz der zugestandenen Probleme des Rechtsverkehrs kann bei Briefzustellungen der Beweis der Absendung nicht genügen.

Ein Anscheinsbeweis bei Zugang von Briefen ist folglich nicht möglich. Gerichtliche Entscheidungen über einen Anscheinsbeweis des Zugangs lassen sich darum auf den Telefaxzugang nicht übertragen.

2. Risikoverteilung zwischen Versender und Empfänger

Das Risiko für Netzstörungen trägt der Erklärende nach § 120 BGB,⁸⁸ das für Defekte an der Empfängeranlage nach der eingeschränkten Vernehmungstheorie der Empfänger. *Brinkmann* will die uneingeschränkte Vernehmungstheorie anwenden, weil es sich um eine besonders risikoreiche Übertragung handle.⁸⁹ Das trifft für die Telematikdienste jedoch gerade nicht zu: Durch die Protokollierung ist bei sachgemäßem Gebrauch die Zugangssicherheit größer und die Verlustquote geringer als beim Briefdienst.⁹⁰ Der Versender muß also nur beweisen, daß die Nachricht über das Netz bis an den Geräteanschluß des Empfängers gelangte.⁹¹

Die gegenteilige Auffassung wird vom *OLG Köln* in seinem Beschuß vom 6.6.1988⁹² vertreten. Dort hatte der Empfänger nicht bestritten, daß der abgesandte Telefax korrekt bis in das Empfangsgerät übertragen worden war. Er machte lediglich geltend, daß die Nachricht wegen eines Fehlers an seinem eigenen Gerät (Papierstau beim Ausdruck) nicht lesbar vorlag. Das *OLG Köln* verlangte daraufhin vom Absender, er müsse sich bei jedem Telefax über den Zugang telefonisch vergewissern.⁹³

Diese Entscheidung verkennt die Interessenlage:

a) Kontrollierbarkeit der Gerätefunktion

Während es für den Empfänger keine unzumutbare Schwierigkeit bedeutet, entweder auf die Teilnahme am Telefaxdienst zu verzichten oder für eine betriebsbereite Empfangsanlage zu sorgen, wären durch eine Pflicht zur telefonischen Zugangskontrolle die berechtigten Interessen des Absenders an der rationellen Nutzung der Fernkopiertechnik beeinträchtigt. Das geforderte Telefonat müßte aus Beweissicherungsgründen unter Zeugen geführt werden, hinge von der telefonischen Erreichbarkeit des Telefaxempfängers ab und würde bei intensivem Telefaxverkehr zu langdauernder Suche nach einzelnen Telefaxsendungen führen. Es darf auch nicht übersehen werden, daß ein Papierstau kein üblicher Fehler ist, sondern auf das besonders anfällige Gerät des Empfängers zurückgeführt werden muß. Darüber hinaus kann der Empfänger durch den Einsatz von Faxkarten und Computern ein derartiges mechanisches Druckrisiko vollständig ausschließen.

b) Zugangsprobleme bei Computerfax

Wollte man die Entscheidung des *OLG Köln* auf alle Erscheinungsformen der Telefaxtechnik übertragen, so wäre bei Computern mit Faxkarten unter Umständen der Zugang niemals gegeben. Wie bereits erwähnt,⁹⁴ ist es beim Computerfax organisatorisch nicht geboten, das Dokument auszudrucken. Dann wäre auch die Benutzung des gerichtlichen Telefaxanschlusses als elektronischer Nachtbriefkasten davon abhängig, ob das Endgerät sofort ausdrückt⁹⁵ oder erst zwischenspeichert.⁹⁶ Würde ein Gericht seinen Telefaxanschluß durch einen Telefax-Gateway im Computernetz ersetzen, was zur Geschäftsstellenautomatisierung sehr sinnvoll sein kann, so wäre damit nach der *OLG*-Entscheidung ein Zugang für eingehende Dokumente ausgeschlossen oder auf einen ungewissen Druckzeitpunkt in der Zukunft verschoben, ohne daß diese Änderung für die Rechtsanwälte, die den Anschluß als elektronischen Briefkasten nutzen, überhaupt erkennbar würde. Diese sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung würde gegen Art. 2 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.⁹⁷

c) Eingeschränkte Vernehmungstheorie

Nach der eingeschränkten Vernehmungstheorie ist der Telefax also wie die Teletextnachricht⁹⁸ bereits durch Signalzugang in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt.⁹⁹ Wenn die Nachricht durch einen Gerätefehler des Empfängergeräts nicht korrekt ausgedruckt werden kann, so hat dies – wie beim überschwemmten Briefkasten oder beim postfressenden Haushund – der Empfänger zu vertreten.

3. Anscheinsbeweis mit Sendeprotokoll

Beweistechnisch sehr hilfreich wäre es, wenn das Sendeprotokoll des Telefax für den Anscheinsbeweis des

87) Diese Fälle sind keinesfalls selten. Rechnet man die Werte von *Schneider* hoch, so kommt man bei 35 Millionen Briefen pro Tag auf mehr als 200 Nachforschungsanträge täglich. Dazu kommt die nicht abschätzbare Zahl ungemeldeter Verluste.

88) *Köhler* (FN 30), S. 140 mit Beispiel: »defekter Anrufbeantworter«.

89) *Brinkmann*, Der Zugang von Willenserklärungen, Dissertation, Berlin 1984, S. 101.

90) *Brinkmann* kommt auf dem Umweg über die »Vereinbarung der Kommunikation« aber zum gleichen Ergebnis: *Brinkmann* (FN 89), S. 101 FN 16.

91) Ist der Empfänger nicht erreichbar, weil er sein Gerät abgeschaltet hat, kann darin eine treuwidrige Vereitelung des Zugangs liegen: *Buckenberger* (FN 35), S. 291; *OLG Karlsruhe* NJW 1973, 1612; auch: *Brinkmann* (FN 89), S. 101 FN 16.

92) *OLG Köln*, Beschuß vom 6.6.1988 – 6 W 49/88, GRUR 1988, 856.

93) So auch *Wolf* (FN 1), S. 2595.

94) Siehe oben III.1.

95) Berufungsschreiben nach Dienstschuß bis 24 Uhr ist fristwährend: *LAG Hamm* CR 1990, 725.

96) Dieses Problem ist bei *Zoller/Stephan* (FN 44), § 130 Rdnr. 11a, der Zugang mit Ausdruck gleichsetzt, unberücksichtigt.

97) Vgl. *BGH* NJW-CoR 1989, 31.

98) *Buckenberger* (FN 10), S. 636: Aufzeichnung im nichtflüchtigen Empfangsspeicher genügt als Zugang.

99) Für Einspruchseinlegung mit verstümmeltem Telexschreiben, jedoch argumentativ auf Art. 2 Abs. 1 GG iVm Rechtsstaatsprinzip gestützt: *BGH* NJW-CoR 1989, 31. Gerätefehler beim Absender gehen zu dessen Lasten: *OLG Köln* GRUR 1988, 856 = NJW-CoR 1989, 31; dasselbe gilt für eine Falschadressierung: *BGH* CR 1990, 402.

Zugangs tauglich wäre. Dann könnte die Telefaxtechnik sogar mit dem Einschreiben mit Rückschein konkurrieren. Die Beweislastumkehr des Anscheinsbeweises setzt aber voraus, daß die zu beweisende Tatsache mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit aus der beweisbaren folgt, der Zugang also mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgt sein muß, wenn ein entsprechendes Sendeprotokoll vorliegt.

a) Inhalte des Sendeprotokolls

Im Sendeprotokoll des Telefaxgeräts werden die einzelnen Send- und Empfangsvorgänge genau festgehalten. Bei einigen Geräten sind verkleinerte Wiedergaben des Sendedokuments im Protokoll enthalten, so daß ersichtlich ist, welchen Inhalt die protokollierte Telefaxsendung hat. Außerdem ist die Fehlersicherheit der Telefaxtechnik so groß, daß eine Übertragung ohne Fehlermeldung mit sehr großer Wahrscheinlichkeit vollständig und richtig erfolgte. Kleinere Fehler sind zudem unbeachtlich: Nur wenn der Sinngehalt der Nachricht nicht mehr zu verstehen ist, fehlt es wegen mangelnder Kenntnisnahmemöglichkeit am Zugang.¹⁰⁰ Dies alles spricht für die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises.

b) Mangelnde Beweiseignung

Das Sendeprotokoll selbst läßt sich relativ einfach fälschen oder verändern.¹⁰¹ Wegen dieser Manipulationsmöglichkeiten können aus den Protokolldaten keine zwingenden Rückschlüsse auf den Zugang gezogen werden, so daß die bloße Vorlage des Sendeprotokolls für den Zugangsbeweis nicht genügt.

4. Anscheinsbeweis mit Versendungsnachweis

Buckenberger hat bereits 1980 festgestellt, daß der Zugang eines Telex als bewiesen anzusehen ist, wenn ein Zeuge den Kenntnisgebtausch am Anfang und Ende einer Telexabsendung beobachtet.¹⁰² Der Beweis der korrekten Absendung einer Telematikurkunde läßt also den Schluß auf den Zugang im Wege des Anscheinsbeweises zu. Dieses Ergebnis ist angesichts der hohen Verbindungs- und Übertragungssicherheit der Telematikdienste richtig und läßt sich mit Einschränkungen auf die Telefaxtechnik übertragen.

Die Tatsache der korrekten Absendung muß bezüglich der Eingabe der korrekten Anschlußnummer und der Kennungsübereinstimmung am Anfang und Ende bewiesen werden. In jedem Fall ist die Übereinstimmung der abgeschickten mit der im Beweis vorgelegten Urkunde darzulegen. Außerdem muß für den Aus-

schluß einer Falschadressierung durch das Endgerät dargelegt werden, daß das bei der Versendung eingesetzte Gerät dauerhaft fehlerfrei arbeitet und korrekt ans öffentliche Telefaxnetz angeschlossen war. Hat der Beweisführer in diesem Umfang die korrekte Absendung bewiesen, so ist damit der Anscheinsbeweis für den Zugang erbracht. Ein solcher Beweis kann zum Beispiel durch Zeugen geführt werden, setzt aber voraus, daß diese beim Versenden alle Einzelvoraussetzungen kontrollieren.

VI. Fazit

Die durchaus nicht fälschungssichere eigenhändige Unterschrift wird in der generellen Beweiseignung vom Telefax noch unterboten. Ein Telefax genügt darum nicht der gesetzlichen Schriftform (§ 126 Abs. 1 BGB). Die gewillkürte Schriftform ist durch analoge Anwendung des § 127 S. 2 BGB eröffnet. Beim Urkundenbeweis mit Telefaxempfangsdokumenten sind die §§ 415 ff. ZPO anzuwenden, der Echtheitsbeweis für die faksimilierte Unterschrift dürfte aber nur in Ausnahmefällen gelingen. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung ist der Richter verpflichtet, die geringe Beweiseignung des Telefax-Empfangsdokuments zu berücksichtigen. Eine Beweiserleichterung durch Anscheinsbeweis kommt beim Echtheitsbeweis nicht in Betracht.

Beim Zugangsbeweis ist die Auffassung des *OLG Köln* abzulehnen, wonach der Absender auch noch das Risiko für die Fehlerfreiheit der Empfängergeräte trägt. Nach der eingeschränkten Vernehmungstheorie ist die Nachricht schon dann zugegangen, wenn die Daten mit der Übertragung zum Anschluß des Empfängers in dessen Machtbereich gelangen, so daß er bei pflichtgemäßer Wartung seines Empfängergerätes vom Inhalt Kenntnis nehmen kann. Die Kenntnisnahmemöglichkeit muß nicht über Druckmedien, sie kann auch mit anderer Technik (z.B. am Bildschirm) gegeben sein. Der Zugangsbeweis erfolgt beim Telefax als Anscheinsbeweis mit Hilfe von Zeugen, die den korrekten Absendevorgang lückenlos belegen.

Der Beitrag macht die rechtlichen Grenzen der Telefax-Technik deutlich. Langfristig muß, zum Beispiel durch amtliche Protokolldaten im Rahmen von ISDN-Diensten, eine Gewährleistungsarchitektur¹⁰³ angestrebt werden, damit die Nutzung neuer Kommunikationsmedien nicht an rechtlichen Grenzen scheitert. Beim jetzigen Stand der Technik ist die Verlagerung wichtiger Bereiche des Rechtsverkehrs auf den beweisrechtlich unzulänglichen Telefaxdienst nicht zu verantworten. Die glückliche Situation, daß »Mißbrauch, zumindest derzeit, noch nicht in einem solchen Maße aktenkundig ist, daß die Verwendung dieser Geräte ein größeres Risiko birgt als die Übersendung von Schriftverkehr im herkömmlichen Postzustellungsdienst«¹⁰⁴, wird angesichts der technischen Fälschungsmöglichkeiten nicht lange anhalten.

100) *Buckenberger* (FN 35), S. 291.

101) Siehe oben I.2.c).

102) *Buckenberger* (FN 35), S. 291. Durch den Kenntnisgebtausch identifizieren sich die angeschlossenen Geräte.

103) Zum Begriff *Eberle*, Software in der Rechtswissenschaft, CR 1988, 258 ff.

104) *Troschke*, Anmerkung zu *BAG*, Beschluß vom 14.3.1989 – 1 AZB 26/88 (*LAG Hamm; ArbG Paderborn*), CR 1989, 711.