

ERSETZENDES SCANNEN – KERNELEMENT IM GESAMTKONZEPT EINER ELEKTRONISCHEN AKTENFÜHRUNG?

Jochen Krüger / Christoph Sorge / Stephanie Vogelgesang

Vizepräsident des Amtsgerichts Saarbrücken a. D. und wissenschaftlicher Mitarbeiter
Universitätsprofessor
Wissenschaftliche Mitarbeiterin

juris-Stiftungsprofessur für Rechtsinformatik an der Universität des Saarlandes und CISPA, 66123 Saarbrücken, DE
jochen.krueger@uni-saarland.de, christoph.sorge@uni-saarland.de, stephanie.vogelgesang@uni-saarland.de

Schlagworte: *ersetzendes Scannen, elektronische Akte (E-Akte), Elektronischer Rechtsverkehr (ERV), elektronische Aktenführung, RESISCAN, Beweiswert, Medientransfer*

Abstract: *Der deutsche Gesetzgeber hat sich für die digitale Zukunft der Justiz mit elektronischer Aktenführung entschieden. Papier-Dokumente werden aber auch weiterhin zum Gerichtsalltag gehören. Um eine durchgehende elektronische Aktenführung zu erreichen, müssen diese Ausgangsdokumente durch entsprechende elektronische Dokumente ersetzt werden. Dieses Konzept des sogenannten ersetzenden Scannens lebt von der Zuverlässigkeit des Medientransfers. Der Beitrag befasst sich mit den vielfältigen technischen und rechtlichen Problemen, die dem angestrebten Siegeszug der E-Akte noch im Wege stehen können.*

1. Allgemeine Problemstellung

Der deutsche Gesetzgeber hat sich spätestens mit Verabschiedung des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten (ERV-Gesetz oder eJustice-Gesetz) vom 10. Oktober 2013 bzw. des Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz oder EGovG) vom 25. Juli 2013 für eine digitale Justiz entschieden.¹ Daher sind auch verstärkt Grundfragen der elektronischen Aktenführung – insbesondere bei den Gerichten – zu erörtern. Diese Diskussion soll hier anhand des Themas «ersetzendes Scannen» erfolgen. Damit ist die – noch zu verdeutlichende – These verbunden, dass über die rechtlichen und technischen Aspekte des ersetzenden Scannens Grundfragen der justiziellen elektronischen Aktenführung insgesamt herausgearbeitet werden können. Jedes Konzept einer elektronischen Aktenführung muss auch in Zukunft den Transfer von Papier-Dokumenten in elektronische Dokumente (hier Medientransfer genannt) mit einbeziehen. So können Normalbürger schon aus rechtlichen Gründen in Verfahren ohne Anwaltszwang nicht zur Teilnahme am ERV gezwungen werden.² Für die rechtliche Einordnung der elektronisch transferierten Dokumente gibt es zwei verschiedene zentrale Ansätze:³

- Das neu hergestellte elektronische Dokument wird als zentrales Beweismittel angesehen, dann kann das ursprüngliche Papier-Dokument vernichtet werden (sog. *ersetzendes Scannen*).
- Es wird weiterhin entscheidend auf das ursprüngliche Papier-Dokument abgestellt und nur aus arbeits-technischen Gründen ein elektronisches Dokument hergestellt. Dann muss das Ausgangsdokument aber gesondert aufbewahrt werden (sog. *ergänzendes Scannen*).

¹ MÜLLER, JuS 2015, 609 ff. bzw. RADKE, jM 2016, 8 ff.

² Vgl. dazu näher KRÜGER/VOGELGESANG, Tagungsband IRIS 2015, 263 ff.

³ So schon Gutachten der Großen Strafrechtskommission 2007, Die E-Akte im Strafverfahren, S. 36.

Die erste Variante – das ersetzende Scannen – ist konzeptionell an sich als Idealform für die elektronische Aktenführung anzusehen. Sie bietet die allgemeinen Vorteile einer elektronischen Aktenführung wie leichte und kontinuierliche Zugänglichkeit, ortsunabhängiger Zugriff, Möglichkeit zeitgleicher Bearbeitung, leichte und schnelle Vervielfältigungsmöglichkeiten.⁴ Zudem ist sie auch insbesondere aus Kostengründen attraktiv. Es ist allgemein anerkannt, dass die erwartete Kostenersparnis nur dann eintritt, wenn die physischen Dokumente nach dem Scannen vernichtet werden.⁵

2. Elektronische Aktenführung und ersetzendes Scannen – Anmerkungen zum normativen Bezugssystem

Das ersetzende Scannen setzt die Möglichkeit zur elektronischen Aktenführung voraus. Die zuvor erwähnten neueren Gesetze sehen teilweise erhebliche Übergangszeiten vor. Hier werden die angestrebten endgültigen Lösungen zu Grunde gelegt, auch wenn diese zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht in Kraft getreten sind.

Das ERV-Gesetz enthält keine ausdrückliche Verpflichtung zu einer elektronischen Aktenführung.⁶ Gem. § 298a ZPO können Prozessakten elektronisch geführt werden. Es besteht jedoch weitestgehend Einigkeit, dass schon aus faktischen Gründen der ERV zwingend die Einführung der E-Akte erfordert. Gem. § 298a Abs. 2 ZPO in der ab 1. Januar 2018 geltenden Fassung sollen in Papierform eingereichte Schriftstücke und sonstige Unterlagen nach dem *Stand der Technik* in ein elektronisches Dokument übertragen werden. Ausweislich § 298a Abs. 2 S. 3 ZPO können derartige Unterlagen sechs Monate nach der Übertragung vernichtet werden, sofern sie nicht rückgabepflichtig sind. Ein entsprechendes Konzept enthält § 55b VwGO für die Verwaltungsgerichte. Auch mit dem EGovG sind die Weichen eindeutig in Richtung einer elektronischen Aktenführung und ersetzendes Scannen gestellt.⁷

Daneben hat das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) am 20. März 2013 die BSI-TR 03138 «RESISCAN – Ersetzendes Scannen» erlassen. Die RESISCAN⁸ hat u.a. das Ziel, den Anwendern in der Verwaltung und in der Justiz Entscheidungshilfen zu geben, um Papier-Dokumente nicht nur einzuscannen, sondern nach Erstellung des Scan-Produkts auch zu vernichten.⁹

3. Grundsatzprobleme des ersetzenden Scannens

3.1. Zur Notwendigkeit einer Grundsatzdiskussion der technischen und rechtlichen Aspekte

In der Anlage R zur RESISCAN werden sieben praktisch besonders häufige Dokumententypen näher beschrieben und analysiert. Dabei werden neben den Gerichtsakten und Verwaltungsunterlagen auch Besteuerungsunterlagen erwähnt.¹⁰ Für Steuerzwecke ist es aber bereits seit 1995¹¹ zulässig, Papier-Unterlagen zu scannen und die Originale anschließend zu vernichten. Besteuerungsunterlagen sind damit ein klassisches Beispiel dafür, dass in Teilbereichen das ersetzende Scannen zu einem normalen Bestandteil des wirtschaftlichen und rechtlichen Alltags gehört.¹² Diese selbstverständliche Akzeptanz ist für den Bereich gerichtlicher Verfahren

⁴ Vgl. grds. zu Fragen der elektronischen Aktenführung GUCKELBERGER, in Hill/Schliesky, 129 ff.

⁵ Vgl. HÜSCH, CR 2014, 206.

⁶ Zum Folgenden BACHER, NJW 2015, 2758 bzw. WELLER/SERBU, DRiZ 2013, 291.

⁷ Vgl. dazu näher GUCKELBERGER, in Hill/Schliesky, 145 ff.

⁸ Diese enthält im Glossar (S. 35) eine Definition des ersetzenden Scannens bzw. des ergänzenden Scannens.

⁹ Vgl. dazu näher SCHUMACHER, Tagungsband IRIS 2015, 255 f., 260 – die dort ebenfalls erwähnte BSI-TR03125 «Beweiswerterhaltung kryptographisch signierter Dokumente» wird im Folgenden nicht näher erörtert.

¹⁰ Vgl. dazu näher RESISCAN Anlage R, Unverbindliche rechtliche Hinweise, S. 25.

¹¹ Vgl. RESISCAN Vorbemerkungen S. 6 bzw. HÜSCH, CR 2014, 208.

¹² Dies betont z.B. BACHER, NJW 2015, 2758: «fast schon alltägliches Phänomen».

noch nicht in Sicht. Dafür gibt es Gründe: Im Gegensatz zu gerichtlichen Dokumenten werden steuerliche Unterlagen wie z.B. Rechnungen meist final mit Blick auf die Vorlage bei staatlichen Behörden erstellt und tragen oftmals keine Unterschrift.¹³ Auch im Rahmen der jeweiligen Schutzbedarfsanalyse¹⁴ ist es ein gravierender Unterschied, ob eine fehlerhaft nicht eingescannte Rückseite eines Dokuments zu einem möglicherweise fehlerhaften Steuerbescheid führt oder ob im Extremfall jemand in einem Strafverfahren¹⁵ zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt wird, weil die zentrale entlastende Zeugenaussage auf der Rückseite des Dokuments nicht übertragen wurde. Gerichtliche Verfahrensdokumente haben typischerweise eine intensivere potentielle Problemtiefe als andere Dokumententypen. Dies ist bei den folgenden Überlegungen zu technischen und rechtlichen Grundfragen des ersetzenden Scannens mit zu berücksichtigen.

3.1.1. Technisch-organisatorische Aspekte

Die bereits erwähnte TR RESISCAN kann aufgrund ihres Detailgrades hier zwar nicht vollständig dargestellt werden, bietet aber zumindest eine Strukturierung der zu beachtenden Problemkreise beim ersetzenden Scannen. So unterscheidet sie (neben den allgemeinen grundlegenden Anforderungen) zwischen den Schritten «Dokumentenvorbereitung», «Scannen», «Nachverarbeitung» und «Integritätssicherung» sowie zusätzlich zwischen technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen; zudem sind Aufbaumodule für Dokumente mit erhöhtem Schutzbedarf definiert.

Auch wenn man die Einhaltung der TR RESISCAN unterstellt, sind – mit geringer Wahrscheinlichkeit, die sich bei Anwendung der Aufbaumodule weiter reduziert – in jedem der Schritte Fehler denkbar. Diese können insbesondere die Vollständigkeit sowie die Echtheit der Dokumente betreffen und damit deren Beweiswert herabsetzen. So gehört zur *Dokumentenvorbereitung* nach RESISCAN (Maßnahme A.DV.1a) die Prüfung, «ob es sich um ein offensichtlich manipuliertes Dokument oder um eine Kopie handelt». Die nachträgliche Erkennung und der Nachweis nicht offensichtlicher Manipulationen oder Fälschungen sind beim ersetzenden Scannen indes erschwert; bspw. lässt sich der Papiertyp nach Vernichtung des Originals nicht mehr bestimmen.

Beim *Scannen* können technische Fehler bei der eigentlichen Umwandlung in ein digitales Speicherformat auftreten; trotz der insgesamt sehr hohen Zuverlässigkeit heutiger Scanner erregte etwa 2013 eine Meldung über Fehler bei den Scannern eines Herstellers die Aufmerksamkeit der Fachwelt. Das Unternehmen hatte einen Kompressionsalgorithmus eingesetzt, der wiederkehrende ähnliche Muster erkennt und nur einmal abspeichert.¹⁶ Dabei wurden auch gelegentlich Zahlen durch ähnliche ersetzt, z.B. «6» gegen «8» ausgetauscht. Das BSI weist mittlerweile darauf hin, solche Kompressionsalgorithmen nicht mehr zu verwenden.¹⁷ Auch ein korrekter Scanvorgang kann aber nicht alle Aspekte des Originals abbilden; so sind etwa Prägiesiegel in einem gescannten Dokument in der Regel schwer erkennbar. Neben dem Scannen im engeren Sinn kann aber auch ein fehlerhafter Einzug dazu führen, dass unvollständig gescannt wird; die TR RESISCAN sieht organisatorische Maßnahmen in der Vorbereitung und Nachverarbeitung vor, um diesem Problem zu begegnen. So sind in der *Nachverarbeitung* eine Vollständigkeitsprüfung und Qualitätssicherung vorgesehen.

Wie die *Integritätssicherung* gescannter Dokumente umgesetzt wird, ist im Grundsatz durch die TR RESISCAN nicht vorgeschrieben; für Dokumente mit erhöhtem Schutzbedarf bezüglich der Integrität sind indes kryptographische Mechanismen, insbesondere fortgeschrittene bzw. qualifizierte elektronische Signaturen vorgesehen (Maßnahme A.AM.IN.H.1). Eine nachträgliche Manipulation kann damit praktisch ausgeschlossen

¹³ Unterschriften bereiten beim Medientransfer besondere Probleme, vgl. Abschnitte 3.1.1 und 3.2.1.

¹⁴ Vgl. Anlage R S. 11 – vgl. näher zur Schutzbedarfsanalyse HÜSCH, CR 2014, 207.

¹⁵ Vgl. insoweit §§ 32 Abs. 1, 32e Referententwurf eines Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen, StPO-E 2014.

¹⁶ Siehe dazu die Meldung auf Heise Online vom 12. August 2013, <http://heise.de/-1933798>.

¹⁷ Unter https://www.bsi.bund.de/DE/Publikationen/TechnischeRichtlinien/tr03138/index_htm.html.

sen werden, wobei im Fall der Langzeitspeicherung zusätzliche Maßnahmen erforderlich werden können. Es stellt sich aber die Frage der Semantik der Signatur: Soll sie lediglich nachträgliche Veränderungen des elektronischen Dokuments erkennbar machen, oder soll sie – insbesondere im Fall der Signatur auch eines Transfervermerks – zugleich als Bestätigung der Übereinstimmung mit dem Originaldokument ausgestaltet werden? Letztlich muss in jedem Fall durch die Dokumentation des Scanprozesses sichergestellt werden, dass sich im Nachhinein mögliche Fehlerquellen nachvollziehen lassen und der Beweiswert gescannter Dokumente sich somit auch im Nachhinein bewerten lässt.

3.1.2. Das ersetzende Scannen und der Stand der Technik

Zentraler Ausgangspunkt der rechtlichen Erwägungen ist der Begriff *Stand der Technik*. Diese Begrifflichkeit hat sich auf gesetzgeberischer Ebene im Zusammenhang mit Fragen des ersetzenden Scannens durchgesetzt. Dies zeigen Normen wie der ab 2018 geltende § 298a Abs. 2 ZPO. Danach sollen in Papierform eingereichte Schriftstücke und sonstige Unterlagen nach dem *Stand der Technik* in ein elektronisches Dokument übertragen werden. Vergleichbare Formulierungen finden sich auch in § 55b Abs. 6 S. 1 VwGO bzw. in § 7 Abs. 1 S. 2 EGovG sowie in § 32e Abs. 2 StPO-E 2014.

Ein derart allgemein gehaltener Begriff für die zentrale Frage des Medientransfers ist zwar als gesetzlich gewählter Schlüsselbegriff zunächst hinzunehmen. Er bedarf aber inhaltlich der Konkretisierung. Gesetzliche Begriffsbestimmungen wie z.B. in § 3 Abs. 6 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) fehlen ganz.¹⁸ In der Entwurfsbegründung zu § 7 Abs. 1 S. 2 EGovG wird – anders als bei § 298a ZPO¹⁹ – zumindest ausgeführt, dass die TR RESISCAN des BSI als Beispiel für den *Stand der Technik* herangezogen werden kann.²⁰ Dieses Fehlen klarer gesetzlicher Leitlinien ist nicht unproblematisch, wie die aktuelle Diskussion zu § 6 S. 3 EGovG zeigt. § 6 S. 3 EGovG lautet: Wird eine Akte elektronisch geführt, ist durch geeignete technisch-organisatorische Maßnahmen nach dem *Stand der Technik* sicherzustellen, dass die Grundsätze ordnungsgemäßer Aktenführung eingehalten werden. Diese ab 1. August 2013 geltende Norm wird teilweise für verfassungswidrig angesehen und zwar gerade unter dem Gesichtspunkt fehlender gesetzlicher Bestimmtheit.²¹ Dadurch wird deutlich: Auch unter rechtlichen Gesichtspunkten bedürfen Fragen des ersetzenden Scannens einer weiteren Diskussion. Dies gilt insbesondere für den zentralen Begriff *Stand der Technik*.

3.1.3. Zur allgemeinen rechtlichen Einordnung der Scan-Produkte

Auch der Gesetzgeber hat offenbar bisher selbst kein großes Vertrauen in die Qualität der Scan-Produkte. Als Prüfmaßstab kann dabei die Beweiskraft der gescannten Produkte angesehen werden. Bei einer rechtlichen und technischen Normalität des Scan-Vorgangs müsste eigentlich das Scan-Produkt die gleiche juristische Beweiskraft haben wie das Ausgangsdokument.

Davon kann nach der deutschen Konzeption²² bisher keine Rede sein.²³ So kann in einem Zivilverfahren die Partei mit Papier-Dokumenten den Urkundsbeweis gem. §§ 415 ff. ZPO führen.²⁴ Dabei begründen Privat-

¹⁸ § 3 Abs. 6 BImSchG: «Stand der Technik im Sinne dieses Gesetzes ist der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der...».

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 17/12634, S. 30.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 17/11473, S. 38.

²¹ Vgl. zur Diskussion näher GUCKELBERGER, in Hill/Schliesky, S. 149, 154–155.

²² Auch in anderen Ländern wird verstärkt die formelle Beweiskraft von Scan-Produkten erörtert – vgl. z.B. für die Schweiz BRÄNDLI, S. 689 ff.

²³ Mögliche Einwirkungen durch die europäische Gesetzgebung, insbesondere die eIDAS-VO vom 23. Juli 2014, können hier nicht näher vertieft werden; vgl. zur eIDAS-VO BACHER, NJW 2015, 2759 bzw. ROSSNAGEL, NJW, 2014, 3686 ff.; die VO berührt jedenfalls nicht die hier interessierenden Grundsatzfragen des ersetzenden Scannens.

²⁴ Vgl. dazu näher HÜSCH, CR 2014, 209 ff.

urkunden, die vom Aussteller unterschrieben sind, gem. § 416 ZPO Beweis dafür, dass die darin enthaltenen Erklärungen vom Aussteller abgegeben wurden. Derartige Beweisregeln binden das Gericht (vgl. § 286 Abs. 2 ZPO). Sie sperren den Weg für die sonst geltende gerichtliche freie Beweiswürdigung gem. § 286 Abs. 1 ZPO. Damit stärken sie die Beweisposition der Partei und entlasten den Beweisführer von den sonst geltenden allgemeinen Beweisrisiken. Entsprechende Regelungen fehlen jedoch für die Scan-Produkte von Privaturkunden gem. § 416 ZPO. Auch § 371a ZPO, der die Beweiskraft elektronischer Dokumente regelt, ist kein Beleg für ein etwaiges Grundvertrauen des Gesetzgebers in das ersetzende Scannen. Grds. ist anerkannt, dass § 371a ZPO nur für das ursprüngliche elektronische Dokument mit qualifizierter elektronischer Signatur gilt, nicht aber für das sekundäre Scan-Produkt.²⁵ Letztlich bleibt im Bereich der ZPO als Indiz für die bisherige gesetzgeberische Akzeptanz von Scan-Produkten nur § 371b ZPO. Danach finden auf gescannte öffentliche Urkunden bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen die Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden Anwendung.

3.2. Zur praktischen Relevanz der systembedingten Probleme

3.2.1. Zum Stand der bisherigen wissenschaftlichen Diskussion

Die zuvor skizzierten strukturellen Probleme sind auch weiter von praktischer Relevanz. Abgesicherte Erfahrungswerte zum ersetzenden Scannen liegen bis jetzt nicht vor. Die grundlegende Simulationsstudie von ROSSNAGEL ET AL. stammt erst von Herbst 2013. Sie wurde konzipiert, weil es kaum verlässliche Untersuchungen zum ersetzenden Scannen gab.²⁶ Trotz teilweise weiterführender Erkenntnisse belegt die Untersuchung in einem zentralen Punkt ein Systemproblem: Die Echtheit der Papier-Dokumente konnte nach dem Vernichten nicht mehr geprüft werden. Ob eine Bürgschaft tatsächlich unterschrieben worden ist, konnte z.B. an der elektronischen Abbildung nicht mehr festgestellt werden.²⁷ Wirklich wichtige Urkunden sollten ausweislich der Studie daher nicht vernichtet werden.²⁸

3.2.2. Fragen des ersetzenden Scannens in der Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung hat bisher keinen wesentlichen Beitrag zur Lösung der zuvor skizzierten Probleme leisten können. Es fehlt weitestgehend an einschlägigen Entscheidungen.²⁹ Genannt werden können in diesem Zusammenhang allerdings die Urteile des VG Wiesbaden vom 28. Februar 2014 (NJW 2014, 2060 ff.) bzw. vom 26. September 2014 (NVwZ 2015, 238 ff.). Diese betreffen an sich allgemeine Fragen der elektronischen Aktenführung. Sie befassen sich aber auch mit Problemen des ersetzenden Scannens und sind insoweit Gegenstand inhaltlich weiterführender Stellungnahmen geworden. Das VG hat im Rahmen von Asylverfahren die vorgelegten Akten des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge wegen mangelnder Lesbarkeit gescannter Dokumente massiv gerügt. Es hat dabei Anforderungen an den Scan-Vorgang formuliert und insbesondere gefordert, dass farbige Ausgangsdokumente auch farbig einzuscannen und farbig auszudrucken sind.³⁰

In den überwiegend kritischen Stellungnahmen werden folgende Aspekte betont:

- Den *Stand der Technik* sieht der Gesetzgeber gewahrt bei Einhaltung der in der TR RESISCAN nieder-

²⁵ Vgl. ROSSNAGEL/NEBEL, NJW 2014, 887.

²⁶ Vgl. zu den Einzelheiten der Untersuchung näher ROSSNAGEL/NEBEL, NJW 2014, 888.

²⁷ Vgl. zu dieser Problematik auch näher Abschnitt 3.1.1.

²⁸ Vgl. zu diesem Befund ROSSNAGEL/NEBEL, NJW 2014, 888; dieses Ergebnis dürfte nicht nur Fragen der Echtheit, sondern gleichermaßen auch der Vollständigkeit des Dokuments betreffen – vgl. dazu näher Abschnitt 3.1.1.

²⁹ Vgl. ROSSNAGEL/NEBEL, NJW 2014, 888; Keine veröffentlichten Entscheidungen ersichtlich, in denen ein gescanntes Dokument für den Ausgang des Verfahrens entscheidend war.

³⁰ So VG Wiesbaden, NJW 2014, 2061 bzw. VG Wiesbaden NVwZ 2015, 239.

gelegten Verfahrensschritte.³¹

- Die TR RESISCAN versteht sich ausweislich ihrer Zielsetzung 1.1 ausdrücklich als Empfehlung. Da es aber keine andere normative Vorgabe für den Scan-Prozess gebe, sei diese zur Auslegung des Begriffs *Stand der Technik* heranzuziehen.³²
- Die TR RESISCAN bedeutet nicht das Maximum an technischer Machbarkeit, Sicherheit und Aufwand. Es geht vielmehr um eine vernünftige Abwägung zwischen Nutzen und Kosten.³³
- Die TR RESISCAN sieht einen grds. farbigen Scan farbiger Dokumente nicht vor.³⁴ Diese Formulierung von KÖBLER ist aber missverständlich, wenn man die Anlage R mit in die Bewertung einbezieht. Unter dem Stichwort Qualitätssicherung und Qualitätskontrolle wird ausdrücklich auch der Gesichtspunkt «Überprüfung des Scan-Produkts auf Vollständigkeit» erwähnt. Bedeutung erlangt dies u. a., wenn farbige Bestandteile zum Dokument gehören und soweit der Farbe eine eigenständige Bedeutung zukommt (z.B. farbige Kürzel in der Verwaltung).³⁵ Dies dürfte bei einem Foltervorwurf, der durch vorgelegte Farbbilder belegt werden soll, zu bejahen sein.³⁶

Von einer Verringerung der skizzierten Grundsatzprobleme durch eine in der Sache akzeptierte Rechtsprechung kann jedenfalls bisher keine Rede sein.

3.2.3. Transfervorgang und Fragen des Beweiswertverlustes – Anmerkungen zur RESISCAN

Auch die RESISCAN selbst, die gerade zur Steigerung der Rechtssicherheit im Bereich des ersetzenden Scannens geschaffen wurde, kann nicht als Beleg für eine optimistische Einschätzung des ersetzenden Scannens herangezogen werden. Bereits in der Vorbemerkung der RESISCAN³⁷ ist ein zentrales Grundproblem des ersetzenden Scannens formuliert: Mit der Vernichtung des Originaldokuments geht stets eine Verringerung des Beweiswerts für den jeweiligen Anwender einher. Authentizität und Integrität des Ausgangsdokuments können nicht mehr überprüft werden. Auch BERLIT³⁸ weist im Zusammenhang mit § 7 EGovG darauf hin, dass selbst ein perfekt organisierter Prozess eines ersetzenden Scannens notwendig mit einem derartigen Verlust verbunden ist. Ebenso endet die zentrale Untersuchung von ROSSNAGEL ET AL. mit dem Fazit: Das ersetzende Scannen führt stets zu einem Verlust des Beweiswerts.³⁹ Daher kann es beim ersetzenden Scannen gemäß den Vorgaben der RESISCAN letztlich nur darum gehen, diesen Beweiswertverlust durch organisatorische, personelle und technische Maßnahmen soweit wie möglich zu minimieren. Das macht den Umfang der zu lösenden Probleme deutlich, insbesondere im technischen Bereich. So bezeichnet z.B. die RESISCAN selbst eine ausschließlich automatische Qualitätskontrolle als – zu – fehleranfällig.⁴⁰

4. Zur zentralen Bedeutung des ersetzenden Scannens

Ungelöste Probleme innerhalb einer Rechtsordnung sind nichts Ungewöhnliches. Diskussionsbedarf entsteht aber spätestens dann, wenn tragende Pfeiler des Gesamtsystems betroffen sind. Dies ist beim ersetzenden Scan-

³¹ Vgl. SKROBOTZ, jurisPR-ITR, 5/2015, Anm. 2, Rn. 2.

³² KÖBLER, JurPC Web-Dok. 51/2015, Abs. 8 – so auch ROSSNAGEL/NEBEL, NJW 2014, 887 mit Blick auf § 298a ZPO.

³³ BERLIT, NVwZ 2015, 199; KÖBLER, JurPC Web-Dok. 51/2015, Abs. 8, 15.

³⁴ KÖBLER, JurPC Web-Dok. 51/2015, Abs. 12.

³⁵ So ausdrücklich TR RESISCAN Anlage R, S. 44.

³⁶ Vgl. dazu VG Wiesbaden, NJW 2014, 2061; insoweit zustimmend GUCKELBERGER, in Hill/Schliesky, S. 158.

³⁷ RESISCAN Vorbemerkungen S. 6.

³⁸ BERLIT, NVwZ 2015, 198 – der Autor verneint aber überwiegend eine praktische Relevanz.

³⁹ Vgl. ROSSNAGEL/NEBEL, NJW 2014, 891.

⁴⁰ Vgl. RESISCAN S. 23 zur Notwendigkeit einer ergänzenden manuellen Prüfung.

nen mit Blick auf den ERV und insbesondere die elektronische Aktenführung zu bejahen. Wie dargestellt hat sich der deutsche Gesetzgeber für eine digitale Zukunft der Justiz einschließlich einer elektronischen Aktenführung entschieden. Hybridakten, d.h. Akten, die teilweise in digitaler Form, teilweise auf der Basis von Papier-Dokumenten geführt werden, sind jedenfalls im strategischen Gesamtkonzept auf Dauer⁴¹ keine Lösung. So können bei einer hybriden Akte zeitliche und logistische Vorteile bei der Akteneinsicht oder Aktenübermittlung nicht realisiert werden.⁴² Das strukturelle Nebeneinander von Papier-Dokumenten und elektronischen Dokumenten erschwert erkennbar auch die Umsetzung des zentralen Gedankens der Aktenvollständigkeit. So kann bei einer hybriden Aktenführung bspw. nur der elektronische Anteil der Akte in einer Justiz-Cloud gespeichert werden. Aber auch ansonsten muss das Ziel eine möglichst durchgängige elektronische Aktenführung sein. Das ersetzende Scannen lebt von der Zuverlässigkeit des Medientransfers. Von diesem Grundvertrauen leben aber auch allgemein das Konzept des ERV und insbesondere das Konzept der elektronischen Aktenführung. Der vollzogene Strategiewechsel zur E-Akte wird auf Dauer nur akzeptiert werden, wenn der Medientransfer, also die Übertragung von Papier-Dokumenten in elektronische Dokumente, befriedigend gelöst wird. Damit erweist sich das ersetzende Scannen als ein Kernelement im Gesamtkonzept einer elektronischen Aktenführung. Grundfragen des ersetzenden Scannens werden damit zu Grundfragen der elektronischen Aktenführung insgesamt.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Probleme der Aktenführung haben die Rechtswissenschaft lange Zeit nur am Rande interessiert. Mit dem Strategiewechsel zur elektronischen Aktenführung hat sich dies grundlegend geändert.⁴³ Es ist die Erkenntnis gewachsen, dass die anstehenden Fragen nicht nur den Binnenbereich von Behörden oder Gerichten betreffen, sondern auch Außenwirkung haben. Insbesondere das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) sowie der rechtsstaatliche Justizgewährungsanspruch verlangen nach einer verlässlichen Aktenführung.⁴⁴ Die notwendige Diskussion dazu steht erst am Anfang. Die Grundsatzprobleme reichen zudem weit über den engeren Bereich des ersetzenden Scannens hinaus. Das Recht wird verstärkt von technikoffenen⁴⁵ oder technikorientierten⁴⁶ Normen oder Problemstellungen geprägt. Dies ist Folge einer allgemeinen – länderübergreifend festzustellenden – Entwicklung.⁴⁷ Einerseits kann sich das rechtliche System der zunehmenden Digitalisierung der Gesellschaft nicht entziehen und wird selbst Gegenstand dieser Digitalisierung. Andererseits muss das Recht diese Digitalisierung begleiten, normieren und ihr dogmatische Grenzen setzen.

Zentrum ist dabei der Begriff *Stand der Technik*, der z.B. auch in § 8a Abs. 1 S. 2 Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz) von 2015 und damit im Bereich der «Sicherheit in der Informationstechnik Kritischer Infrastrukturen» benutzt wird.⁴⁸ Mit dieser Begrifflichkeit versucht der Gesetzgeber, der technischen Entwicklung Raum zu lassen und gleichzeitig die oftmals rasante technische Entwicklung sprachlich und inhaltlich einzufangen. Es geht konzeptionell um die Schnittstelle von Technik und Recht und damit um einen Bereich, bei dem gerade die Rechtsinformatik als grenzüberschreitende Wissenschaft eine zentrale Rolle bei der Weiterentwicklung spielen kann und muss.⁴⁹

⁴¹ Unberührt davon bleibt die Notwendigkeit etwaiger Übergangsregelungen für Altverfahren oder laufende Verfahren.

⁴² Mit dieser Begründung hält der StPO-E 2014, S. 37, eine nur teilweise hybride Aktenführung in Strafsachen für unzulässig.

⁴³ Vgl. zu den Grundsatzfragen GUCKELBERGER, in Hill/Schliesky, S. 131 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu GUCKELBERGER, in Hill/Schliesky, S. 159/160 bzw. TR RESISCAN Anlage R, S 12.

⁴⁵ Vgl. z.B. zur Technikoffenheit von strafprozessualen Ermittlungsbefugnissen ROGGAN, NJW 2015, 1995.

⁴⁶ Vgl. z.B. SORGE/KRÜGER, NJW 2015, 2764 ff. zu § 191a GVG und technischen Aspekten der Barrierefreiheit.

⁴⁷ Vgl. z.B. für die Schweiz, Recht im digitalen Zeitalter, Vorwort, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2015.

⁴⁸ Vgl. zur Kritik an diesem Begriff die Nachweise bei TERHAAG, IT-Sicherheitsgesetz, S.190.

⁴⁹ Vgl. zur zunehmenden Bedeutung gerade der Rechtsinformatik bei der Lösung derartiger Probleme BRÄNDLI, S. 702.

6. Literatur

6.1. Aufsätze, Bücher und Festschriften

- BACHER, KLAUS, Der elektronische Rechtsverkehr im Zivilprozess, NJW 2015, 2753–2759
- BERLIT, UWE, Elektronische Verwaltungsakten und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2015, 197–200
- BRÄNDLI, BEAT, Digitale Revolution und die einhergehende prozessuale Beweisproblematik, Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber, Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag, 2015, 685–702
- GUCKELBERGER, ANNETTE, Elektronische Akten und Akteneinsicht, in Hill/Schliesky, Auf dem Weg zum Digitalen Staat – auch ein besserer Staat?, 1. Aufl., 2015, S. 129–164
- HÜSCH, MORITZ, Rechtssicheres ersetzendes Scannen – Zur Zulässigkeit von Scanning und Beweiskraft gescannter Dokumente nach Einführung der TR-RESISCAN, CR 2014, 206–211
- KÖBLER, RALF, E-Akte mangelhaft? – Zur Entscheidung des VG Wiesbaden vom 28. Februar 2014, JurPC Web-Dok. 51/2015
- KRÜGER, JOCHEN/VOGELGESANG, STEPHANIE, Elektronischer Rechtsverkehr in Verfahren ohne Anwaltszwang – der Justizgewährungsanspruch des Bürgers als praktischer und theoretischer Störfaktor?, Tagungsband IRIS 2015, 263–270
- MÜLLER, HENNING, eJustice – Die Justiz wird digital, JuS 2015, 609–613
- RADKE, HOLGER, Datenhaltung und Datenadministration der Justiz und richterliche Unabhängigkeit, jM 2016, 8–13
- ROGGAN, FREDRIK, Die «Technikoffenheit» von strafprozessualen Ermittlungsbefugnissen und ihre Grenzen, NJW 2015, 1995–1999
- ROSSNAGEL, ALEXANDER, Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen – Die EU-Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste, NJW 2014, 3686–3692
- ROSSNAGEL, ALEXANDER/NEBEL, MAXI, Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokumente, NJW 2014, 886–892
- SCHUMACHER, ASTRID, Das deutsche E-Government-Gesetz – Maßnahmen des BSI zur Umsetzung, Tagungsband IRIS 2015, 255–262
- SORGE, CHRISTOPH/KRÜGER, JOCHEN, E-Akte, elektronischer Rechtsverkehr und Barrierefreiheit, NJW 2015, 2764–2767
- SKROBOTZ, JAN, Behördenakten: Ersetzendes Scannen, jurisPR-ITR, 5/2015, Anm. 2
- TERHAAG, MICHAEL, IT-Sicherheitsgesetz – Auswirkungen, Entwicklung und Materialien für die Praxis, 2015
- WELLER, MATTHIAS/SERBU, DANIEL E., Der elektronische Rechtsverkehr mit den Gerichten rückt näher, DRiZ 2013, 290–295

6.2. Sonstiges

- BUNDESAMT FÜR SICHERHEIT IN DER INFORMATIONSTECHNIK, BSI TR-03138 Ersetzendes Scannen (RESISCAN) vom 20. März 2013 – https://www.bsi.bund.de/DE/Publikationen/TechnischeRichtlinien/tr03138/index_htm.html
- BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen von 2014 – http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Einfuehrung_elektronische_Akte_Strafsachen.html
- DEUTSCHER BUNDESTAG, Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung sowie zur Änderung weiterer Vorschriften BT-Drs. 17/11473, 14. November 2012
- DEUTSCHER BUNDESTAG, Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten, BT-Drs. 17/12634, 6. März 2013
- GROSSE STRAFRECHTSKOMMISSION DES DEUTSCHEN RICHTERBUNDES, Gutachten zum Thema «Die elektronische Akte im Strafverfahren», im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz (2007)
- HEISE ONLINE, Xerox' Scanner-Fehler: Buchstabentausch auch bei höheren Qualitätsstufen – <http://heise.de/-1933798>