

# Der elektronische Rechtsverkehr – (auch) ein Thema für Klausuren

## A. Einleitung

Der elektronische Rechtsverkehr ist nicht nur ein Thema für die Praxis, sondern gleichermaßen für das Studium relevant. Die zu lösenden Sachverhalte beruhen häufig auf Konstellationen, die aus der Praxis herrühren. So kann sich in einer Klausur nicht nur die Frage stellen, ob eine Klageeinreichung per Computerfax möglich ist.<sup>1</sup> In gleicher Weise könnte zu prüfen sein, ob eine Klage wirksam per beA (= besonderes elektronisches Anwaltspostfach) erhoben wurde. Probleme rund um die Wiedereinsetzungsproblematik beschränken sich ebenfalls nicht nur auf den Fax-Kontext.<sup>2</sup> Zu diesen exemplarisch genannten prozessualen Fragestellungen treten materiell-rechtliche Probleme, weil die Anforderungen, die § 130a ZPO an ein elektronisches Dokument stellt, nicht in jedem Fall mit den Voraussetzungen der elektronischen Form des § 126a BGB korrespondieren.

## B. Das elektronische Dokument

Nach § 130a Abs. 1 ZPO können vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen, schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen der Parteien sowie schriftlich einzureichende Auskünfte, Aussagen, Gutachten, Übersetzungen und Erklärungen Dritter als elektronische Dokumente bei Gericht eingereicht werden.<sup>3</sup> Aus der Formulierung „können“ ergibt sich, dass es sich um eine Option handelt, die neben die „klassischen“ Übermittlungswege tritt. Mit anderen Worten: Grundsätzlich besteht derzeit keine Verpflichtung, die Einreichungsform des elektronischen Dokuments zu wählen.

---

\* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht (Prof. Dr. Markus Würdinger, Passau).

<sup>1</sup> Vgl. zur Klageeinreichung per Computerfax die Klausur von *Schärfl*, JuS 2011, 717 ff. mit Verweis auf den Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmS-OGB), NJW 2000, 2340 f.

<sup>2</sup> Vgl. zu einer Wiedereinsetzungsproblematik im Fax-Kontext die Klausur von *Lüneborg*, JuS 2013, 434 ff.

<sup>3</sup> Die Problematik kann auch in anderen Rechtsgebieten geprüft werden, vgl. z.B. § 55a VwGO, § 32a StPO oder § 46c ArbGG. In diesem Sinne beschränken sich die Belege in den folgenden Fußnoten nicht auf zivilrechtliche Fallkonstellationen allein.

## I. Nutzungspflicht

### 1. Aktive Nutzungspflicht

Ab dem 01.01.2022 tritt indes eine Nutzungspflicht für Rechtsanwälte und Behörden ein, die ab dann verpflichtet sind, vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen sowie schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen als elektronisches Dokument zu übermitteln, § 130d Satz 1 ZPO n.F. Insofern spricht man von einer aktiven Nutzungspflicht.<sup>4</sup>

Für die Klausurpraxis bedeutet dies: Es kann sich in einer Anwaltsklausur<sup>5</sup> die Frage stellen, in welcher Form Klage zu erheben ist. In eilbedürftigen Fällen wird heutzutage häufig auf das Fax verwiesen.<sup>6</sup> Schon jetzt wird man sich mit der Alternative einer elektronischen Klageerhebung auseinandersetzen müssen. Ab dem 01.01.2022 wäre die Lösung, als Anwalt eine Klage per Fax zu erheben, nicht mehr vertretbar.

### 2. Passive Nutzungspflicht

Von der aktiven Nutzungspflicht zu unterscheiden ist die passive Nutzungspflicht. Schon jetzt ist es möglich, an einen Anwalt, einen Notar, einen Gerichtsvollzieher, einen Steuerberater oder an eine sonstige Person, bei der auf Grund ihres Berufes von einer erhöhten Zuverlässigkeit ausgegangen werden kann, eine Behörde, eine Körperschaft oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts ein elektronisches Dokument zuzustellen (§ 174 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Dazu haben die genannten Personengruppen einen sicheren Übermittlungsweg für die Zustellung elektronischer Dokumente zu eröffnen (§ 174 Abs. 3 Satz 4 ZPO).<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Beachte: Für das arbeitsgerichtliche Verfahren sieht Schleswig-Holstein bereits jetzt eine aktive Nutzungspflicht vor, vgl. § 1 der Landesverordnung über die Pflicht zur Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 13.12.2019, GVBl. 2019, 782 zu § 46g ArbGG. Zum 01.01.2021 hat auch Bremen eine aktive Nutzungspflicht für das beA eingeführt, nämlich für das Arbeitsgericht, das Landesarbeitsgericht, das Sozialgericht und das Finanzgericht (vgl. Verordnung über die Pflicht zur Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs für die Fachgerichtsbarkeiten mit Ausnahme des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit zum 1. Januar 2021 vom 08.12.2020, GBl. 2020, 500).

<sup>5</sup> Anwaltsklausuren spielen nicht nur im Assessorexamen, sondern auch schon im Referendarexamen eine wichtige Rolle, vgl. z.B. die Klausur von *Heese/Rapp*, JuS 2014, 719 ff. Vgl. zu einer Einführung in Berater- und Anwaltsklausuren von *Lewinski*, JA 2007, 845 ff.

<sup>6</sup> *Barczak*, JA 2013, 937, 942; *Odemer*, JA 2015, 449, 452. Mittlerweile taucht auch schon die Möglichkeit einer elektronischen Einreichung auf, vgl. z.B. *Groscurth*, Examenskurs VwGO für Studium und Referendariat, 2. Aufl. 2020, Rn. 903.

<sup>7</sup> In weiteren Verfahrensordnungen finden sich Verweise auf das Zustellungsrecht der ZPO,

Darüber hinaus kann nach § 174 Abs. 3 Satz 2 ZPO ein elektronisches Dokument an andere Verfahrensbeteiligte zugestellt werden, wenn diese der Übermittlung elektronischer Dokumente ausdrücklich zugestimmt haben.

In einer Klausur kann zu erörtern sein, ob eine solche ausdrückliche Zustimmung gegeben ist. Das könnte z.B. zu problematisieren sein, wenn ein Verfahrensbeteiligter im Briefkopf eines Schriftsatzes eine De-Mail-Adresse aufführt. Diese Frage darf nicht mit der verwechselt werden, ob eine Willenserklärung i.S.v. § 130 Abs. 1 BGB zugeht, wenn sie an eine auf einem Briefkopf angegebene E-Mail-Adresse geschickt wird.<sup>8</sup> Im Anwendungsbereich von § 130 Abs. 1 BGB geht es um den „einfachen“ E-Mail-Versand, während es im Anwendungsbereich von § 174 Abs. 3 Satz 2 ZPO um die Übermittlung auf einem sicheren Übermittlungsweg i.S.v. § 130a Abs. 4 ZPO geht. Wer eine De-Mail-Adresse im Briefkopf nennt, verlautbart damit nicht ausdrücklich, dass er bereit ist, elektronische Dokumente auf diesem sicheren Übermittlungsweg i.S.v. § 130a Abs. 4 ZPO entgegenzunehmen.<sup>9</sup> Es ist deshalb zu Recht allgemeine Meinung, dass die bloße Angabe einer De-Mail-Adresse<sup>10</sup> im Briefkopf allein nicht genügt. Dieses Ergebnis lässt sich mit dem Wortlaut von § 174 Abs. 3 Satz 2 ZPO untermauern, wonach eine ausdrückliche Zustimmung zur Übermittlung elektronischer Dokumente erforderlich ist.<sup>11</sup>

Für die Klausurpraxis bedeutet dies: Wenn beispielsweise ein Einspruch gegen ein Versäumnisurteil zu prüfen ist, muss im Rahmen des Prüfungspunktes „Frist“ untersucht werden, ob eine die Einspruchsfrist in Gang setzende wirksame Zustellung erfolgt ist. Damit sind §§ 166 ff. ZPO und folglich auch § 174 Abs. 3 Satz 1 ZPO angesprochen.<sup>12</sup>

---

vgl. z.B. § 56 Abs. 2 VwGO, § 37 Abs. 1 StPO und § 50 Abs. 2 ArbGG.

<sup>8</sup> Vgl. zu dieser Problematik z.B. *Lange*, JA 2007, 766 (770 f); *Mankowski*, NJW 2004, 1901 (1902); *Spindler/Schuster/Spindler*, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, § 130 BGB, Rn. 5.

<sup>9</sup> *Ory/Weth/M. Herberger*, jurisPK-ERV, Band 2, 2020, § 802d ZPO, Rn. 5. Vgl. zu den sicheren Übermittlungswegen im Einzelnen B. II. 3.

<sup>10</sup> *Ory/Weth/Biallaß*, jurisPK-ERV, Band 2, 2020, § 174 ZPO, Rn. 40; *Zöller/Schultzky*, 33. Aufl. 2020, § 174 ZPO, Rn. 11.

<sup>11</sup> *MüKo-ZPO/Häublein/Müller*, 6. Aufl. 2020, § 174 ZPO, Rn. 23; *Heß*, NJW 2002, 2417 (2420 Fn. 57).

<sup>12</sup> Die Prüfung einer wirksamen Zustellung ist auch häufig in verwaltungsrechtlichen Klausuren ein Thema, beispielsweise bei der Berechnung der Klagefrist (§ 74 VwGO), vgl. zur Zustellung von Verwaltungsakten in der Fallbearbeitung *Struzina/Kaiser*, JA 2020, 279 ff.

## II. Anforderungen

Nach § 130a Abs. 3 Satz 1 ZPO muss ein elektronisches Dokument – mit Ausnahme von Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigefügt sind (§ 130a Abs. 3 Satz 2 ZPO) – mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden.

### 1. E-Mail

Schon bei der Lektüre der Voraussetzungen von § 130a Abs. 3 Satz 1 ZPO wird deutlich, dass eine Klageerhebung per einfacher E-Mail nach wie vor nicht in Betracht kommt.

Allerdings kann in der Klausur eine besondere Konstellation auftreten, die argumentativ zu bewältigen ist. So könnte ein unterschriebener Schriftsatz im PDF-Format an eine E-Mail angehängt werden. Wenn nun die Geschäftsstelle des Gerichts den PDF-Anhang ausdruckt, ist zu analysieren, ob wirksam Klage erhoben wurde.<sup>13</sup> Der BGH nimmt dies an. Der Ausdruck der auf elektronischem Wege übermittelten Datei genüge der Schriftform. Der Ausdruck verkörpere den Schriftsatz und schließe auch mit der Unterschrift des Prozessbevollmächtigten ab. Dass die Unterschrift nur in Kopie wiedergegeben sei, müsse entsprechend § 130 Nr. 6 Alt. 2 ZPO als unschädlich angesehen werden, weil der im Original unterzeichnete Schriftsatz elektronisch als PDF-Datei übermittelt und von der Geschäftsstelle entgegengenommen worden sei.<sup>14</sup> Ein solcher Schriftsatz genügt dann zwar nicht den Anforderungen, die an ein elektronisches Dokument zu stellen sind, entspricht aber den Voraussetzungen der Schriftform.

Als Folgefrage kann zu prüfen sein, zu welchem Zeitpunkt ein erst bei Gericht ausgedruckter Schriftsatz eingegangen ist. Das kann relevant werden, wenn z.B. eine Verjährung droht<sup>15</sup> oder aber, wenn es um die fristgerechte Erhebung eines Rechtsbehelfs geht. In Anlehnung an die Rechtsprechung zum Eingang eines per Telefax übersandten Schriftsatzes könnte man annehmen, dass ein Schriftsatz auch in der hier problematisierten Form schon mit der Speicherung im elektronischen Postfach des Gerichts eingereicht ist. Insofern wird nämlich auf den Zeitpunkt abgestellt, zu

---

<sup>13</sup> Vgl. zu einem Widerspruch (§ 70 Abs. 1 Satz VwGO), *Hecker*, JA 2012, 521 (523); *Kintz*, JuS 2011, 827 (831).

<sup>14</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 2649 (2650) mit ausführlicher Begründung; so auch BGH NJW 2021, 390 (390 f); BGH NJW 2019, 2096 (2097); BGH NJW 2015, 1527 (1528).

<sup>15</sup> Ggf. i.V.m. § 167 ZPO.

dem die gesendeten Signale vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) worden sind.<sup>16</sup> Auf einen Ausdruck kommt es nicht an. Richtigerweise wird man bei dem Ausdruck eines PDF-Anhangs einer E-Mail freilich auf den Zeitpunkt abstellen müssen, in dem der Schriftsatz dem Gericht in ausgedruckter Form vorliegt. Denn erst dadurch erhält der Schriftsatz die geforderte Schriftform.<sup>17</sup>

## 2. Qualifizierte elektronische Signatur

Was unter einer qualifizierten elektronischen Signatur zu verstehen ist, regelt Art. 3 Nr. 12 eIDAS-VO. Es handelt sich um eine fortgeschrittene elektronische Signatur, die von einer qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit erstellt wurde und auf einem qualifizierten Zertifikat für elektronische Signaturen beruht. Die qualifizierte elektronische Signatur tritt an die Stelle der eigenhändigen Unterschrift nach § 130 Nr. 6 ZPO.<sup>18</sup> Dadurch soll dem elektronischen Dokument wegen dessen ansonsten möglicherweise gegebener „Flüchtigkeit“ und Manipulierbarkeit eine dem Papierdokument vergleichbare dauerhafte Fassung verliehen werden.<sup>19</sup>

Wie das qualifiziert elektronisch signierte Dokument einzureichen ist, regelt nicht die ZPO, sondern die „Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung“ (ERVV). Nach § 4 Abs. 1 ERVV kommen zwei Wege zur Übermittlung elektronischer Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur in Betracht. Das qualifiziert elektronisch signierte Dokument kann entweder auf einem sicheren Übermittlungsweg (Nr. 1, vgl. dazu unten unter 3.) oder an das für den Empfang elektronischer Dokumente eingerichtete Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach des Gerichts (EGVP) über eine Anwendung, die auf OSCI oder einem diesen ersetzenden, dem jeweiligen Stand der Technik entsprechenden Protokollstandard beruht (Nr. 2), übermittelt werden.

Die besondere Relevanz der qualifizierten elektronischen Signatur wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass materiell-rechtlich die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form nur mit ihrer Hilfe durch die elektronische Form ersetzt werden kann (§ 126a Abs. 1 BGB). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die elektronische Form materiell-rechtlich nicht immer an die Stelle der schriftlichen Form treten kann. § 126 Abs. 3 BGB besagt, dass die schriftliche Form immer dann durch die elektronische Form ersetzt werden kann, wenn sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt. Darüber hinaus kann die elektronische Form in bestimmten Fällen

<sup>16</sup> BGH NJW 2006, 2263 (2265).

<sup>17</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 2096 (2097) mit ausführlicher Begründung.

<sup>18</sup> BGH NJW 2010, 2134; *Bacher*, NJW 2015, 2753.

<sup>19</sup> BGH NJW 2010, 2134; BGH NJW-RR 2009, 357 (358).

„kraft Natur der Sache“ kein Äquivalent für die Schriftform sein.<sup>20</sup>

Ein Ersetzungsausschluss findet sich beispielsweise in § 623 BGB, wonach die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen und die elektronische Form ausgeschlossen ist. Im Mietrecht hingegen bedarf die Kündigung eines Mietverhältnisses nach § 568 Abs. 1 BGB der schriftlichen Form, die durch die elektronische Form ersetzt werden kann. Die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form ist weiterhin für ein Zeugnis nach § 630 Satz 3 BGB ausgeschlossen (ebenso § 109 Abs. 3 GewO, § 16 Abs. 1 Satz 2 BBiG). Eine Ersetzung ist außerdem nicht möglich in den Fällen von § 761 Satz 3 BGB (Leibrentenversprechen zur Gewährung familienrechtlichen Unterhalts), § 766 Satz 2 BGB (Bürgschaftserklärung), § 780 Satz 2 BGB (Schuldversprechen) und § 781 Satz 2 BGB (Schuldanerkenntnis).

Kraft Natur der Sache ist die Surrogation der Schriftform durch die elektronische Form ausgeschlossen, wenn materiell-rechtlich die Aushändigung bzw. Ausstellung einer Urkunde vorausgesetzt wird. So kann z.B. eine Forderungsabtretungsanzeige i.S.v. § 409 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht in elektronischer Form erfolgen.<sup>21</sup>

### **3. Einfache Signatur und Einreichung auf einem sicheren Übermittlungsweg**

Nach § 130a Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 ZPO genügt es, wenn ein elektronisches Dokument von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht wird.

#### **a) Einfache Signatur**

Die einfache Signatur soll dokumentieren, dass die vom sicheren Übermittlungsweg als Absender ausgewiesene Person mit der das elektronische Dokument verantwortenden Person identisch ist. Ist diese Identität nicht feststellbar, ist das elektronische Dokument nicht wirksam eingereicht.<sup>22</sup> Unter einer solchen einfachen Signatur werden nach Art. 3 Nr. 10 eIDAS-VO Daten in elektronischer Form verstanden, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verbunden werden und die der Unterzeichner zum Unterzeichnen verwendet. Das bedeutet praktisch,

<sup>20</sup> BeckOGK/Hecht, § 126 BGB Rn. 69.

<sup>21</sup> BeckOGK/Lieder, § 409 BGB Rn. 43. Ggf. kann eine solche als Anzeige des Altgläubigers i.S.v. § 409 Abs. 1 Satz 1 BGB aufrechterhalten bleiben, vgl. MüKo-BGB/Roth/Kieninger, 8. Aufl. 2019, § 409 BGB, Rn. 7.

<sup>22</sup> BT-Drs. 17/12634 S. 25.

dass eine einfache Namenswiedergabe am Ende des Schriftsatzes genügt.<sup>23</sup> Es ist weder vorgeschrieben, dass (auch) ein Vorname zu verwenden ist, noch dass die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ beigefügt wird.<sup>24</sup>

In einer Klausur kann sich die Frage stellen, ob ein konkreter Schriftsatz diesen Anforderungen genügt. Es ist vorstellbar, dass ein Rechtsanwalt einen Schriftsatz unter Verwendung des Briefbogens seiner Kanzlei bei Gericht einreicht, am Ende des Schriftsatzes aber weder sein Name noch seine Unterschrift auftauchen, sondern nur die Bezeichnung „Rechtsanwalt“. Wie bei Anwaltsschriftsätzen üblich wird der Name des Rechtsanwalts im oberen Teil des Briefbogens abgedruckt sein. Möglicherweise befindet sich im Aktenzeichen der Kanzlei auch das Namenskürzel des Anwalts.

In diesem Fall ist zu prüfen, ob der Schriftsatz ordnungsgemäß einfach signiert wurde. Ausgangspunkt ist dann die Überlegung, dass die einfache Signatur – genauso wie die eigenhändige Unterschrift oder die qualifizierte elektronische Signatur – die Identifizierung des Urhebers des Schriftsatzes ermöglichen und dessen unbedingten Willen zum Ausdruck bringen soll, die volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes zu übernehmen und diesen bei Gericht einzureichen.<sup>25</sup> Freilich kann es unschädlich sein, wenn eine einfache Signatur fehlt, vorausgesetzt, es steht aufgrund anderer Umstände zweifelsfrei fest, dass der Prozessbevollmächtigte die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernommen hat.<sup>26</sup> In einem Fall wie dem hier geschilderten wird man solche besonderen Begleitumstände nicht annehmen können. Vieles spricht dafür, dass die geschilderten Aspekte (Verwendung des Briefbogens der Kanzlei, maschinenschriftliche Wiedergabe des Namens oben auf der ersten Seite des Schriftsatzes und das Namenskürzel im Aktenzeichen) nicht ausreichen können. Insbesondere lässt sich so nicht feststellen, ob die als Absender ausgewiesene Person mit der den Inhalt des Schriftsatzes verantwortenden Person identisch ist.<sup>27</sup>

## b) Sichere Übermittlungswege

Welche sicheren Übermittlungswege in Betracht kommen, legt § 130a Abs. 4 ZPO fest. Nach § 130a Abs. 4 Nr. 1 ZPO kann der Schriftsatz mittels eines De-Mail-Kontos versendet werden. De-Mail-Dienste sind Dienste auf einer elektronischen

<sup>23</sup> Bacher, NJW 2015, 2753.

<sup>24</sup> BAG NJW 2020, 3476 (3477); Müller, NZA 2019, 1682 (1683).

<sup>25</sup> BAG NJW 2020, 3476 (3477).

<sup>26</sup> BAG NJW 2020, 3476 (3477).

<sup>27</sup> BAG NJW 2020, 3476 (3477).

Kommunikationsplattform, die einen sicheren, vertraulichen und nachweisbaren Geschäftsverkehr für jedermann im Internet sicherstellen sollen (vgl. § 1 Abs. 1 De-MailG).

Besondere praktische Relevanz hat der sichere Übermittlungsweg nach § 130a Abs. 4 Nr. 2 ZPO, nämlich das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA, vgl. § 31a BRAO).

Sicher ist nach § 130a Abs. 4 Nr. 3 ZPO auch die Übermittlung aus einem besonderen Behördenpostfach (beBPO).

Um flexibel auf technische Neuerungen reagieren zu können, legt § 130a Abs. 4 Nr. 4 ZPO fest, dass durch zustimmungspflichtige Rechtsverordnung der Bundesregierung weitere bundeseinheitliche sichere Übermittlungswege festgelegt werden können, vorausgesetzt bei diesen ist die Authentizität und Integrität der Daten sowie die Barrierefreiheit gewährleistet.

#### **4. Orientierungsgesichtspunkte**

Grundsätzlich nennt § 130a Abs. 3 Satz 1 ZPO zwei gleichwertige Varianten, ein elektronisches Dokument zu erstellen. Diese Festlegung bezieht sich jedoch nur auf die prozessuale Ebene. Dadurch, dass die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form materiell-rechtlich eine qualifizierte elektronische Signatur erfordert (§ 126a Abs. 1 BGB), muss man sich bei der Einreichung in Form eines elektronischen Dokuments immer fragen, ob gleichzeitig ein materiell-rechtliches Schriftformerfordernis zu wahren ist.

Vor diesem Hintergrund genügt es in einer Anwaltsklausur nicht, bloß vorzuschlagen, den Schriftsatz als elektronisches Dokument einzureichen. Vielmehr ist präzise herauszuarbeiten, in welcher Form das elektronische Dokument zu gestalten ist (vgl. § 130a Abs. 3 Satz 1 ZPO mit Alt. 1 [qualifizierte elektronische Signatur] und Alt. 2 [einfache Signatur und Einreichung auf einem sicheren Übermittlungsweg]).

Wenn also beispielsweise ein Mietvertrag in dem einzureichenden Schriftsatz erneut gekündigt werden soll (sog. Schriftsatzkündigung), ist an das Schriftformerfordernis des § 568 Abs. 1 BGB zu denken. Eine Surrogation durch die elektronische Form setzt nach § 126a Abs. 1 BGB eine qualifizierte elektronische Signatur voraus. Der Schriftsatz muss also i.S.v. § 130a Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 ZPO qualifiziert elektronisch signiert werden. Dieses elektronische Dokument kann dann entweder auf einem sicheren Übermittlungsweg (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 ERVV) oder per EGVP (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 ERVV) übermittelt werden.

Für das Arbeitsrecht bedeutet dies, dass eine Schriftsatzkündigung im elektronischen Rechtsverkehr nicht mehr in Betracht kommt, weil § 623 Halbs. 2 BGB die elektronische Form für Kündigungen ausschließt.<sup>28</sup> Auch dieser Aspekt kann klausurrelevant sein.

### III. Eingangszeitpunkt

Wenn zu klären ist, zu welchem Zeitpunkt ein elektronisches Dokument bei Gericht eingegangen ist, hilft § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO weiter. Danach kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem das elektronische Dokument auf der für den Empfang bestimmten Einrichtung des Gerichts gespeichert worden ist. Irrelevant für den Eingangszeitpunkt ist folglich, ob bzw. wann das elektronische Dokument bei Gericht ausgedruckt wird.<sup>29</sup>

In einer Klausur kann das Problem auftauchen, dass der für die Abholung von Nachrichten eingesetzte Rechner im internen Netzwerk des Gerichts das fehlerfrei eingereichte Dokument aufgrund einer Störung nicht herunterlädt. Dadurch verschiebt sich der Eingangszeitpunkt des elektronischen Dokuments nicht. Nachgelagerte Fehler im internen Gerichtsbetrieb stehen der Wirksamkeit und Rechtzeitigkeit des Eingangs nicht entgegen.<sup>30</sup>

Den Sonderfall, dass ein elektronisches Dokument für das Gericht zur Bearbeitung nicht geeignet ist, regelt § 130a Abs. 6 ZPO. Dann ist dies dem Absender unter Hinweis auf die Unwirksamkeit des Eingangs und auf die geltenden technischen Rahmenbedingungen unverzüglich mitzuteilen. Sofern der Absender das elektronische Dokument dann unverzüglich in einer für das Gericht zur Bearbeitung geeigneten Form nachreicht und glaubhaft macht, dass es mit dem zuerst eingereichten Dokument inhaltlich übereinstimmt, gilt das Dokument als zum Zeitpunkt der früheren Einreichung eingegangen (sog. Rückwirkungsfiktion).

### C. Wiedereinsetzungsproblematik

Immer wieder tauchen in Klausuren Fragestellungen zum Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf (§ 233 ZPO).<sup>31</sup> Auch in diesem Zusammenhang lassen sich Probleme rund um den elektronischen Rechtsverkehr „einbauen“.

<sup>28</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Greiner, *Kündigungsrecht*, 6. Aufl. 2021, § 623 BGB Rn. 12; *Poguntke/von Villiez*, NZA 2019, 1097 (1099); kritisch *Müller*, NZA 2019, 11 (16).

<sup>29</sup> BT-Drs. 14/4987, S. 24.

<sup>30</sup> BGH NZA 2020, 1199 (1200).

<sup>31</sup> Vgl. z.B. die Klausuren von *Lüneborg*, JuS 2013, 434 ff; *Schärtl*, JuS 2011, 717 ff; *Scherpe*, JuS 2014, 51 ff.

## I. Faktische aktive Nutzungspflicht des beA?

In einer Klausur kann ein Sachverhalt geschildert werden, in dem ein Rechtsanwalt versucht, einen Schriftsatz per Fax an ein Gericht zu schicken. Aufgrund einer technischen Störung ist das Gericht per Fax aber nicht erreichbar. Es ist dann zu entscheiden, ob ein Wiedereinsetzungsantrag Erfolg haben wird.<sup>32</sup>

Nach der Prüfung der Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags ist im Rahmen der Prüfung der Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags zu untersuchen, ob der Rechtsanwalt die von § 233 Satz 1 ZPO erfasste Frist ohne Verschulden versäumt hat. Da § 233 Satz 1 ZPO auf das Verschulden der Partei abstellt, ist noch § 85 Abs. 2 ZPO als Zurechnungsnorm zu nennen, bevor definiert wird, was unter Verschulden i.S.v. § 233 Satz 1 ZPO zu verstehen ist.

Ob einen Prozessbevollmächtigten ein Verschulden trifft, richtet sich nach einem objektiv-typisierenden Maßstab. Es ist auf die Person des Bevollmächtigten abzustellen. Verschuldensmaßstab ist die von einem ordentlichen Rechtsanwalt zu fordernde übliche Sorgfalt, wobei diese Anforderungen an die Sorgfaltspflicht nicht überspannt werden dürfen. Die Beachtung der Sorgfaltspflichten muss dem Bevollmächtigten im Einzelfall zumutbar sein. Sonst würde das Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz und auf einen zumutbaren Zugang zu den Gerichten verletzt. In Bezug auf Fristensachen ist deswegen von einem Rechtsanwalt zu verlangen, alles ihm Zumutbare zu tun, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten.<sup>33</sup>

*Punctum saliens* bei einem auf einen „Streik“ des Faxgeräts bei Gericht abzielenden Klausursachverhalts ist schließlich, ob von einem Rechtsanwalt in diesem Falle gefordert werden kann, einen Schriftsatz als elektronisches Dokument i.S.v. § 130a ZPO einzureichen. Diese Frage wird in Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich beantwortet.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Vgl. zu Klausuren mit Wiedereinsetzungsantrag in dieser Konstellation, allerdings ohne Einbeziehung des elektronischen Rechtsverkehrs, *Kleszczewski/Rapp*, JA 2020, 590 (592); *Degenhart*, Klausurenkurs im Staatsrecht II, 8. Aufl. 2018, Fall 14.

<sup>33</sup> Vgl. z.B. BGH NJW-RR 2020, 940 (941); BGH NZM 2018, 287; BGH NJW-RR 2012, 122 (123).

<sup>34</sup> Insbesondere hat der BGH – entgegen anderslautenden Stimmen – nicht entschieden, ob von einem Rechtsanwalt in der geschilderten Konstellation eine Einreichung per beA verlangt werden kann. Die Entscheidung des BGH (NJW 2020, 2194 ff) bezieht sich auf einen Patentanwalt. Patentanwälten steht kein beA zur Verfügung. Ob ein Rechtsanwalt in einer vergleichbaren Lage verpflichtet wäre, den Schriftsatz per beA zu übermitteln, hat der BGH ausdrücklich offen gelassen. In dem Fall BGH NJW 2021, 390 ff wurde lediglich judiziert, dass einem Prozessbevollmächtigten, der das beA bisher nicht aktiv zum Versand von

Ausgangspunkt der Überlegungen kann die Rechtsprechung sein, dass von einem Rechtsanwalt, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf eingerichtet hat, einen Schriftsatz per Fax zu übermitteln, nicht verlangt werden kann, beim Scheitern dieser Übermittlung infolge eines Defekts des Empfangsgeräts bei Gericht oder wegen Leitungsstörungen, innerhalb kürzester Zeit eine andere als die gewählte, vom Gericht offiziell eröffnete Zugangsart zu verwenden.<sup>35</sup> Daran anknüpfend wird argumentiert, dass einem Rechtsanwalt nicht vorgehalten werden kann, anstelle der Übermittlung per Fax eine andere Zugangsart wählen zu müssen, nämlich die Übermittlung im elektronischen Rechtsverkehr.<sup>36</sup>

Andererseits ist es in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein Rechtsanwalt beim Scheitern eines Übermittlungsversuchs gewisse Kompensationsbemühungen an den Tag legen muss. So hat der BGH beispielsweise judiziert, dass es einem Prozessbevollmächtigten zumutbar sei, eine ggf. vorhandene weitere Telefaxnummer eines Gerichts aus allgemein zugänglichen Quellen zu ermitteln, um den Schriftsatz dann an dieses Empfangsgerät zu übermitteln.<sup>37</sup> In Anlehnung daran könnte man argumentieren, dass Rechtsanwälte ohnehin eine passive Nutzungspflicht des beA trifft (§ 174 Abs. 3 Satz 1 ZPO), weswegen es keine überspannten Anforderungen seien, im Einzelfall auch eine aktive Nutzung einzufordern.<sup>38</sup>

Klausurpraktisch lässt sich für diese Kontroverse festhalten, dass bei entsprechend sorgfältiger Argumentation beide Ergebnisse vertretbar sind.

## II. Rechtsirrtümer

Nehmen wir an, dass in dem oben geschilderten Fall (A. II. 3. a)), in dem der Rechtsanwalt einen Schriftsatz nicht ordnungsgemäß einfach signiert hat, ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird. Diesem Wiedereinsetzungsantrag kann kein Erfolg beschieden sein. Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass ein Rechtsirrtum eines Rechtsanwalts verschuldet ist. Eine irriige Auslegung des Verfahrensrechts kommt als Entschuldigungsgrund nur dann in Betracht, wenn der Prozessbevollmächtigte die volle, von einem Rechtsanwalt zu fordernde Sorgfalt aufgewendet hat, um zu einer richtigen Rechtsauffassung zu gelangen. Dabei ist ein strenger

---

Schriftsätzen genutzt hat, nicht vorgehalten werden kann, er hätte anstelle der Übermittlung per Telefax eine solche per beA wählen müssen.

<sup>35</sup> BVerfG NJW 1996, 2857 (2858).

<sup>36</sup> LG Mannheim NJW 2020, 940 (941).

<sup>37</sup> BGH NJW-RR 2017, 1084 (1085); BGH NJW-RR 2017, 629 (630); BGH NJW 2012, 3516 (3517).

<sup>38</sup> Vgl. OLG Dresden, NJW 2019, 3312 (3313 f); LG Krefeld NJW 2019, 3658 (3659).

Maßstab anzulegen. Insbesondere gilt, dass ein Rechtsanwalt bei einer zweifelhaften Rechtslage immer den sichersten Weg zu wählen hat (sog. Prinzip des sichersten Weges<sup>39</sup>). Ein Rechtsanwalt muss sich anhand einschlägiger Fachliteratur über die aktuelle Rechtslage und den Stand der Rechtsprechung informieren. Bei in naher Vergangenheit liegenden Gesetzesänderungen oder bei offenen Rechtslagen ist besondere Aufmerksamkeit erforderlich.<sup>40</sup> Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass ein Rechtsanwalt – unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien bzw. einschlägiger Literatur – die Anforderungen an eine einfache elektronische Signatur hätte erkennen können.<sup>41</sup>

### III. Elektronischer Fristenkalender

Denkbar ist weiterhin ein Sachverhalt im Kontext der Wiedereinsetzungsproblematik, in dem es um die Führung eines elektronischen Fristenkalenders geht.<sup>42</sup> Nach der Rechtsprechung genügt ein Rechtsanwalt nur dann den an ihn zu stellenden Anforderungen, wenn der elektronische Fristenkalender in einer Weise geführt wird, die vor einer fehlerhaften Eintragung und einer irrtümlichen Löschung der Fristen schützt. Mit anderen Worten: Ein elektronischer Fristenkalender muss so geführt werden, dass er dieselbe Überprüfungssicherheit bietet wie ein traditioneller papiergebundener Kalender. Da bei der Eingabe von Fristen in einen elektronischen Fristenkalender spezifische Fehlermöglichkeiten bestehen (wie beispielsweise Datenverarbeitungsfehler oder Tippfehler), bedarf es besonderer Organisationsmaßnahmen, um die Fristeingabe zu kontrollieren. Es wird beispielsweise vorgeschlagen, diese Kontrolle durch einen Ausdruck der eingegebenen Einzelvorgänge oder eines Fehlerprotokolls vorzunehmen.<sup>43</sup> Genügt die Verfahrensweise eines Rechtsanwalt diesen Vorgaben nicht, wird ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Erfolg haben, wenn aufgrund der Nutzung eines elektronischen Fristenkalenders eine Frist versäumt wird.

<sup>39</sup> Vgl. dazu z.B. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/M. Otto, jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 675 BGB, Rn. 70. Vgl. auch BGH NJW-RR 1990, 1241 (1242).

<sup>40</sup> BAG NJW 2020, 3476 (3478).

<sup>41</sup> Dazu neigt auch BAG NJW 2020, 3476 (3478).

<sup>42</sup> Zur Problematik der Führung eines Fristenkalenders in der Klausur vgl. z.B. Lüneborg, JuS 2013, 434 (436); Muckel/Ogorek, JA 2011, 281 (283).

<sup>43</sup> BAG NZA 2019, 1159 f.; BGH NJW 2019, 1456 (1457); BGH NJW-RR 2018, 1267 (1268).

#### **IV. Ausgangskontrolle bei über das beA versandten fristwahrenden Schriftsätzen**

Ein weiterer Klausurfall, der sich mit der Problematik der Wiedereinsetzung beschäftigt, kann an § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO angelehnt werden. Danach ist dem Absender eines elektronischen Dokuments eine automatisierte Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs zu erteilen.

Nach der – aus welchen Gründen auch immer – gescheiterten Einreichung eines Schriftsatzes per beA könnte das Problem auftreten, dass in der Kanzlei des einreichenden Rechtsanwalts keine Eingangsbestätigung eingeht und dies dem zuständigen Personal in der Kanzlei nicht auffällt. Im Rahmen der Prüfung der Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags ist dann zu klären, ob die Partei ein Verschulden an der nicht fristgerechten Einreichung trifft (§ 233 Satz 1 ZPO). Zunächst ist darzulegen, dass der Partei nur das Verschulden des Anwalts zugerechnet wird (§ 85 Abs. 2 ZPO), nicht aber das Verschulden des Büropersonals, weil die ZPO keine § 278 BGB entsprechende Vorschrift enthält und § 278 BGB selbst ohnehin nur im Innenverhältnis zwischen der Partei und dem Prozessbevollmächtigten, nicht aber im Außenverhältnis gegenüber Gericht und Gegner wirkt.<sup>44</sup> Indes könnte den Rechtsanwalt ein Organisationsverschulden treffen, welches der Partei nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen wäre.

Ein Rechtsanwalt hat durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht.<sup>45</sup> Zu diesem Zweck muss ein Rechtsanwalt eine zuverlässige Fristenkontrolle organisieren. Dazu gehört insbesondere die Führung eines Fristenkalenders.<sup>46</sup>

Was die Ausgangskontrolle bei Übermittlungen per Fax angeht, muss ein Rechtsanwalt seine Angestellten anweisen, nach einer solchen Übermittlung anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist. Erst danach darf die Frist im Fristenkalender gestrichen werden.<sup>47</sup> Die anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Kontext der Übermittlung fristgebundener Schriftsätze per Telefax gelten entsprechend für die Übersendung

<sup>44</sup> MüKo-ZPO/Toussaint, 6. Aufl. 2020, § 85 ZPO, Rn. 16; Musielak/Voit/Weth, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 85 ZPO, Rn. 14.

<sup>45</sup> BGH NJW-RR 2018, 1325 (1326); BAG NJW 2016, 2522 (2523).

<sup>46</sup> BAG NJW 2016, 2522 (2523); BAG AP ZPO § 85 Nr. 23.

<sup>47</sup> BGH NJOZ 2019, 845 (846); BGH NJW 2016, 1742 (1743); BGH NJW-RR 2002, 60. Alternativ kann die Anweisung auch dahingehend lauten, die Frist erst dann aus dem

von Schriftsätzen im elektronischen Rechtsverkehr. Dabei tritt die automatisierte Bestätigung i.S.v. § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO an die Stelle des Sendeprotokolls beim Fax. Durch die Eingangsbestätigung soll dem Absender unmittelbar und ohne weiteres Eingreifen eines Justizbediensteten Gewissheit darüber verschafft werden, ob die Übermittlung an das Gericht erfolgreich verlaufen ist oder ob weitere Bemühungen zur erfolgreichen Übermittlung des elektronischen Dokuments erforderlich werden.<sup>48</sup> Bleibt eine solche automatisierte Bestätigung aus, besteht Anlass zur Überprüfung. In diesem Sinne kann ein Wiedereinsetzungsantrag keinen Erfolg haben, wenn ein Rechtsanwalt seinem Büropersonal keine dahinlautende Anweisung erteilt, Fristen im Fristenkalender erst nach der Überprüfung der erfolgreichen Übermittlung des Schriftsatzes an das Gericht unter Berücksichtigung der Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu streichen.<sup>49</sup> Aber auch eine solche Belehrung allein wäre nicht ausreichend. Vielmehr müsste der Rechtsanwalt zumindest stichprobenartig prüfen, ob die Anweisung befolgt wird.<sup>50</sup>

#### D. Beweisrecht

Der Beweis mit einem elektronischen Dokument wird durch Vorlegung oder Übermittlung der Datei angetreten (§ 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Es handelt sich – wie sowohl die Titelüberschrift 6 des Buches 2, Abschnitt 1 der ZPO als auch die amtliche Überschrift von § 371 ZPO zeigt – um einen Beweis durch Augenschein.

Der Gesetzgeber hat sich bewusst dagegen entschieden, das elektronische Dokument den Vorschriften über den Beweis durch Urkunden zu unterstellen. Dabei ließ er sich von zwei Überlegungen leiten. Einerseits fehle dem elektronischen Dokument das Wesensmerkmal der Verkörperung auf einem unmittelbar, ohne technische Hilfsmittel lesbaren Schriftträger, auf das die Vorschriften über den Beweis durch Urkunden zugeschnitten sind. Andererseits würden die für private Schrifturkunden geltenden Vorschriften nicht dem hohen Beweiswert eines mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehenen elektronischen Dokuments gerecht.<sup>51</sup>

In §§ 371a, 371b ZPO werden allerdings für bestimmte Fälle die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden für entsprechend anwendbar erklärt. So

---

Fristenkalender zu streichen, wenn eine telefonische Rückfrage beim Empfänger erfolgt ist, vgl. BAG NJW 2016, 2522 (2523); BGH NJW-RR 2002, 60

<sup>48</sup> BT-Drs. 17/12634, S. 26.

<sup>49</sup> So BAG NJW 2019, 2793 (2795); OLG Saarbrücken NJW-RR 2020, 183 (185); LSG Bayern, NJW-RR 2018, 1453 (1455).

<sup>50</sup> Vgl. Fn. 52.

<sup>51</sup> BT-Drs. 14/4987, S. 25.

legt beispielsweise § 371a Abs. 1 Satz 1 ZPO fest, dass auf private elektronische Dokumente, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind, die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden entsprechende Anwendung finden. Sie begründen also vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen vom Inhaber des Signaturschlüssels abgegeben worden sind (§ 416 ZPO).

Man kann sich auch für diese Beweisthematik Klausuren (insbesondere in Form von Zusatzfragen) vorstellen. Es dürfte sich in erster Linie um Themen für die mündliche Prüfung handeln, da insbesondere bei der Abgrenzung von Urkunden- und Augenscheinbeweis prozessuales Verständnis gefragt ist.

### **E. Zusammenfassung**

Die Prognose ist nicht gewagt, dass Problematiken rund um den elektronischen Rechtsverkehr Einzug in die Klausurpraxis finden werden. Da Vorschriften zum elektronischen Rechtsverkehr in allen Verfahrensordnungen enthalten sind, handelt es sich nicht mehr um ein exotisches Phänomen, das als prüfungsirrelevant abgetan werden kann. Vielmehr stellen sich rund um den elektronischen Rechtsverkehr vielfältige Fragen, die sich in den Kontext bekannter Examensthemen einkleiden lassen. Bei der Lösung der Probleme geht es – wie so oft im juristischen Studium – nicht um Detailwissen. Vielmehr zeichnet sich eine gute Klausurbearbeitung durch kontinuierliche Arbeit mit dem Gesetzestext aus. Wenn dann an den problematischen Stellen eine argumentative Auseinandersetzung stattfindet, kommt es nicht darauf an, ob eine vermeintlich herrschende Meinung getroffen wird. Das ist am Ende trotz eines anfänglichen Fremdheitserlebnisses bei der Betrachtung von Fallgestaltungen zum elektronischen Rechtsverkehr eine beruhigende Erkenntnis.