

## Reform der »Reform der Form«?

– Überlegungen zum reformierten und zukünftigen Elektronischen Rechtsverkehr –<sup>1</sup>

### I. Der Vorspann: Reformpermanenz im Justiz- und Verfahrensrecht

Das am 1.4.2005 in Kraft getretene »Justizkommunikationsgesetz«<sup>2</sup> (JKomG v. 22. 3. 2005) betrifft den Elektronischen Rechtsverkehr und damit die gesamte moderne Kommunikation mit der Justiz.<sup>3</sup> Sinn und Zweck des »Justizkommunikationsgesetzes« ist es, die bereits begonnene Einführung des sog. Elektronischen Rechtsverkehrs in der Justiz (II.) fortzusetzen (III.). Der Elektronische Rechtsverkehr (ERV) soll zum einen die elektronische Information und Kommunikation zwischen den Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens ermöglichen, zum anderen ist damit der EDV-Verkehr innerhalb der Justiz (bzw. der Justizverwaltung) gemeint. Das JKomG als jüngstes Reformgesetz auf dem Gebiet des Justiz- und Verfahrensrechts ist im Kontext der diesbezüglichen Reformpermanenz zu sehen: Nach dem ZPO-Reformgesetz,<sup>4</sup> dem »OLG-Vertretungsänderungsgesetz«,<sup>5</sup> der »Reform der ZPO-Reform« durch das »1. Justizmodernisierungsgesetz« vom 24.8.2004<sup>6</sup> sowie dem sog. Anhörungsrügensgesetz (zur Novellierung des

1 Der Verfasser vertrat im Sommersemester 2005 den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozeßrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an der Universität Bielefeld. Stand der Nachweise ist der 22.7.2005.

2 Vgl. zum JKomG (BGBl I, S. 837) z.B. *Viefhues*, NJW 2005, S. 1009 ff. m.w.N. Grundlage des JKomG ist dessen Regierungsentwurf v. 28.7.2004, im folgenden RegE (E), vgl. dazu *N. Fischer*, KritJ 2005, S. 152 ff. m.w.N., noch zum RefE *N. Fischer*, DRiZ 2005, S. 90 ff.; s. zum (2002) vorangegangenen Diskussionsentwurf eines »Elektronischen Rechtsverkehrsgesetzes« (ERVG) *Krüger/Bütter*, MDR 2003, S. 181 ff.; sowie monographisch m.w.N. *N. Fischer*, Justiz-Kommunikation, Berlin 2004.

3 Siehe dazu *Viefhues*, NJW 2005, S. 1009 ff., 1009: »Elektronischer Rechtsverkehr ist aber viel mehr als bloße elektronische Kommunikation, nämlich ein Einstieg in tief greifende Veränderungen in den Arbeitsabläufen bei den Gerichten, und wird auch nachhaltige Auswirkungen auf die tägliche Arbeit in den Anwaltskanzleien nach sich ziehen.«

4 Vgl. zum (am 1.1.2002 in Kraft getretenen) ZPO-Reformgesetz (ZPO-RG) v. 27.7.2001 (BGBl. I S. 1887, geänd. S. 3138, 3179) hier nur *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, Berlin 2002, S. 19 ff. m.w.N.

5 Das »Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den OLG« vom 23.7.2002 (BGBl. I S. 2850, 2856 ff.) ist zum 1.8.2002 in Kraft getreten, s. zu privatrechtlichen Änderungen *N. Fischer*, DB 2002, S. 1643 ff.

6 Das 1. Justizmodernisierungsgesetz ist im wesentlichen zum 1.9.2004 in Kraft getreten (BGBl. I S. 2198): Das am 28.5.2003 vom Kabinett, am 1.7.2004 vom Bundestag beschlossene »1. Justizmodernisierungsgesetz« stellt nicht nur ein »Zivilprozeßreformreparaturgesetz« dar, sondern enthält auch gravierende Änderungen des zivilverfahrensrechtlichen Beweisrechts (s. *M. Huber*, ZRP 2003, S. 268 ff.), wenigleich auf weitergehende Regelungen (wie z.B. § 415a ZPO-E) verzichtet wurde, vgl. *S. Lange/Müller*, ZRP 2003, S. 410 ff.; *Knauer/Ch. Wolf*, NJW-Editorial 31/2004; das »2. Justizmodernisierungsgesetz« soll bis 2006 realisiert werden, vgl. *Zypries*, NJW-aktuell, Heft 33/2004, S. VI.

§ 321a ZPO)<sup>7</sup> ist mit dem JKomG eine weitere Reform der Ziviljustiz und des Zivilprozesses verwirklicht und die nächsten Änderungen des Rechts des Elektronischen Rechtsverkehrs werden bereits jetzt prognostiziert.<sup>8</sup> Angesichts der voranschreitenden »Elektronifizierung« der Justiz ist es dringend notwendig, sich einmal mit bisher vernachlässigten grundsätzlichen Fragen der »Justiz-Kommunikation« zu beschäftigen (IV.), was auch grundsätzliche Kritik am Reformprozedere beinhaltet (V.).

## II. Die Vorgeschichte: Anfänge des Elektronischen Rechtsverkehrs

Die bisherigen Reformen zum ERV erfolgten durch das »Formvorschriftenanpassungsgesetz«, das ZPO-RG und das »Zustellungsreformgesetz«: Das »Formvorschriftenanpassungsgesetz« (FormVorAnpG)<sup>9</sup> hat zunächst die Einreichung sog. elektronischer Schriftsätze (vgl. § 130a ZPO) bei Gericht ermöglicht<sup>10</sup> und zu weiteren Änderungen der ZPO (vgl. §§ 130, 133, 292a, 299, 299a, 371 ZPO)<sup>11</sup> geführt. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist dabei die Öffnungsklausel des § 130a II ZPO: Danach können Bundesregierung und Landesregierungen<sup>12</sup> durch Rechtsverordnung (u.a.) den Zeitpunkt bestimmen, von dem an elektronische Dokumente bei den Gerichten eingereicht werden dürfen.<sup>13</sup> Mit dem ZPO-RG sind zum 1.1.2002 die Voraussetzungen für den Einzug der Videotechnik in den Gerichtssaal geschaffen worden (vgl. § 128a ZPO).<sup>14</sup> Schließlich hat das zum 1.7.2002 in Kraft getretene Zustellungsre-

7 Das »Anhörungsrügensgesetz« vom 9.12.2004 (BGBl. I S. 3220) auf der Grundlage des RegE v. 25.8.2004 ist am 1.1.2005 in Kraft getreten, Vgl. dazu m.w.N. Treber, NJW 2005, S. 97 ff.; s. zu dessen RefE (v. 28.4.2004) Nasall, ZRP 2004, S. 164 ff. (»Nach der Reform ist vor der Reform«).

8 So Viefhues, NJW 2005, S. 1009 ff., 1016.

9 Das »Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr« v. 13.7.2001 (BGBl. I S. 1542) dient der Umsetzung von Art. 9 EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr v. 8.6.2000, RL 2000/31/EG (ABl. EG Nr. L 178, S. 1). S.a. das »Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr« (Elektronisches Geschäftsverkehrsgesetz, EGG) vom 14.2.2001 (BGBl. I, S. 3721, 3724), in Kraft seit 21.12.2001, das u.a. § 1031 I, V ZPO geändert hat.

10 Siehe zum SigG »Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen« v. 16.5.2001, BGBl. I, S. 876), in Kraft seit 22.5.2001, Fritsche, NJ 2002, S. 169 ff., 174; Viefhues/Scherf, ZAP 2001, S. 1109 ff. (Fach 23, S. 561 ff.).

11 Zur Unterscheidung: §§ 299 III, 299a ZPO ermöglichen die elektronische Aktenführung bei Gericht, § 292a ZPO begründet einen Anscheinsbeweis, daß eine Willenserklärung, die in der Form des § 126a BGB vorliegt, mit dem Willen des jeweiligen Inhabers des Signaturschlüssels abgegeben wurde, s. m.w.N. Hoffmann, NJW 2003, S. 2576 ff., 2577.

12 Ausweislich der Gesetzesbegründung zum JKomG (S. 1) haben die Bundesländer bereits gemeinsam »organisatorisch-technische Leitlinien« entwickelt, die »technische Standards und Formate« für den ERV mit den Gerichten bestimmen, s. zur Projektvielfalt Herberger, in Gilles (Hg.), Prozeßrecht an der Jahrtausendwende, 1999, S. 91 ff. m.w.N.

13 Für den BGH, das BPatG, das BVerwG und den BFH ist dies bereits verwirklicht, vgl. z.B. die »VO über den elektronischen Rechtsverkehr beim BGH« (Elektronische Rechtsverkehrsverordnung – ERVVOBGH) v. 26.11.2001 (BGBl. I S. 3225), s.a. die Begr. zum JKomG, S. 1; s.a. Fritsche, NJ 2002, S. 169 ff., 177.

14 Vgl. dazu m.w.N. z.B. Borchert, CR 2002, S. 854 ff.; Schultzy, NJW 2003, S. 313 ff.

formgesetz (ZustRG),<sup>15</sup> das ein einheitliches Zustellungsrecht begründete, die Möglichkeit eröffnet, elektronische Dokumente durch das Gericht an Verfahrensbeteiligte zuzustellen (§ 174 III ZPO).<sup>16</sup> Bereits vor Verabschiedung des JKomG bedeutete dies für den ERV, daß Schriftsätze an das Gericht in »elektronischer Form« eingereicht<sup>17</sup> und gerichtliche Entscheidungen auch auf diesem Wege zugestellt werden konnten. Diese Möglichkeiten sind nicht nur auf Zivilverfahren beschränkt, sondern gelten gem. §§ 46b ArbGG, 108a SGG, 77a FGO, 86a VwGO auch in der Arbeits-, Sozial-, Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit.

### III. Die Fortsetzung: Elektronischer Rechtsverkehr gemäß JKomG

Was bisher jedoch fehlt, sind Regelungen für den binnenjustiziellen Elektronischen Rechtsverkehr, die nunmehr mit dem JKomG geschaffen worden sind,<sup>18</sup> wenngleich lückenhaft<sup>19</sup>. Für das Zivilverfahrensrecht sind besonders die neuen Regelungen zum ERV in den §§ 130b, 298, 298a, 371a, 416a ZPO (n.F.) hervorzuheben. Im Mittelpunkt steht dabei § 130b ZPO, da diese Vorschrift als »Bindeglied« der bisherigen Regelungen des sog. E-Zivilprozeßrechts anzusehen ist: Die damit verfolgte Regelung des »gerichtlichen elektronischen Dokuments« schafft erstmals die Möglichkeit, gerichtliche Dokumente, die der Schriftform – und damit der Unterschrift – bedürfen,<sup>20</sup> als elektronische Dokumente aufzuzeichnen.<sup>21</sup> Dies bedeutet, daß die herkömmliche

15 »Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen« v. 25.6.2001, BGBl. I S. 1206; s.a. *Krüger/Bütter*, MDR 2003, S. 181 ff., 182; *Viefhues*, ZAP 2002, S. 593 ff. (Fach 13, S. 1143 ff.).

16 Dafür ist eine elektronische Signatur und eine Verschlüsselung des Dokuments zwingend vorgeschrieben (§ 174 III 3 ZPO). Gemäß § 174 IV 2 ZPO können auch die von diesen Empfängern als Nachweis der Zustellung zu erteilenden Empfangsbekanntnisse als elektronisches Dokument (§ 130a ZPO) mit qualifizierter elektronischer Signatur übermittelt werden (vgl. § 174 IV 3 ZPO).

17 Aufgrund des § 130 Nr. 6 ZPO ist gemäß dem GmS-OGb, Beschl. v. 5.4.2000, Az.: GmS-OGb 1/98, NJW 2000, 2340 f.; auch der Einsatz sog. Computerfaxe (mit eingescannter Unterschrift) möglich geworden, vgl. dazu *Düwell*, NJW 2000, S. 3334; sowie *Schwachheim*, NJW 1999, S. 621 ff.

18 Vgl. zu strafprozessualen Aspekten Art. 6 des JKomG (Begründung S. 105 ff.); vgl. zu den Änderungen des OWiG Art. 7, s. zur Begründung S. 107 ff.; vgl. dazu m.w.N. *M. Jahn*, ZStW 115 (2003), S. 815 ff.

19 Siehe m.w.N. nur *Viefhues*, NJW 2005, S. 1009 ff., 1013 ff.

20 Vgl. die Änderungen in § 160a (IV) ZPO und § 164 (IV) ZPO (Art. 1 Nr. 11 und 12), s. die Gesetzesbegründung, S. 72.

21 Siehe zu Art. 1 Nr. 7 die Begründung, S. 70 f.; sowie *Dreßel/Viefhues*, K&R 2003, S. 434 ff., 434. vgl. für die Änderungen des Mahnverfahrensrechts (§§ 688 ff. ZPO) Art. 1 Nr. 37–40 sowie zur Begründung S. 82 f. Insbesondere stellen die Änderungen (und die Ergänzung) bei § 692 (II) ZPO klar, daß auch der Mahnbescheid in »elektronischer Form« ergehen kann, wenn das Dokument mit einer einfachen elektronischen Signatur versehen wird. Diese geringere Formenstrenge wird damit für den »elektronischen Mahnbescheid« durch die Zulassung der einfachen Signatur aufrechterhalten, was auch zweckmäßig ist, da ansonsten die Effektivität des Mahnverfahrens leidet; s.a. *Viefhues*, NJW 2005, S. 1009 ff., 1014.

handschriftliche Unterzeichnung durch eine qualifizierte elektronische Signatur<sup>22</sup> des zuständigen Rechtspflegeorgans, d.h. Richters, Rechtspflegers, Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder Gerichtsvollziehers, substituiert werden kann.<sup>23</sup> Um das Risiko einer fehlgeschlagenen Übermittlung zu minimieren, muß gem. § 130a I 3 ZPO der Absender eines elektronischen Dokuments frühzeitig davon unterrichtet werden, wenn das übermittelte Dokument nicht zur Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist.<sup>24</sup> Zur Ermöglichung einer »elektronischen Aktenführung« werden außerdem Bestimmungen eingeführt, die »den Transfer von Papierform in elektronische Form und umgekehrt« regeln.<sup>25</sup> Der neue § 298 ZPO enthält Bestimmungen zum »innenjustiziellen Medientransfer« von bei Gericht eingegangenen oder gerichtlich erstellten elektronischen Dokumenten, wobei § 298 II ZPO die Formerfordernisse für den Medientransfer eines elektronischen Dokuments in einen Aktenausdruck bestimmt,<sup>26</sup> während § 298 III ZPO die obligatorische Speicherung vorsieht, um einem Beweisverlust vorzubeugen.<sup>27</sup> Auf die in § 298a ZPO geregelte »Elektronische Akte« bezieht sich die Änderung von § 299 III ZPO.<sup>28</sup> Von großer praktischer Bedeutung sind die Delegationsermächtigun-

- 22 Zur Klarstellung sei hier nur daran erinnert, daß es sich bei der qualifizierten elektronischen Signatur nicht etwa um die eingescannten Unterschriftszüge handelt – dies stellt nur eine einfache elektronische Signatur gem. § 2 Nr. 1 SigG dar –, sondern um das Ergebnis eines komplizierten Verschlüsselungsverfahrens, worauf § 2 Nr. 3 SigG und § 5 SigG hindeuten, vgl. (krit.) zur Beweiswirkung von elektronischen Signaturen *Schemmann*, ZJP 118 (2005), S. 161 ff., 168 f.
- 23 Hinsichtlich der Rechtsfolgen bei Formmängeln werden keine Regeln getroffen und die Entscheidung der Rechtsprechung überlassen. Vgl. die Begründung, S. 5, 15 f.; s.a. *Krüger/Bütter*, MDR 2003, S. 181 ff., 183.
- 24 Durch die »unverzügliche Mitteilung« soll die Möglichkeit eröffnet werden, das Dokument nochmals zu übermitteln bzw. einen Antrag auf Wiedereinsetzung gem. § 233 ZPO zu legitimieren, s. Art. 1 Nr. 6 und die Begründung, S. 15; vgl. dazu auch *Viefhues*, NJW 2005, S. 1009 ff., 1011 m.w.N.
- 25 So die Begründung, S. 56, s. zur Einzelbegründung S. 73 ff. (zu den neuen §§ 298, 298a ZPO gem. Art. 1 Nr. 21). Siehe zur »elektronischen Akte« m.w.N. *Suermann*, DRiZ 2001, S. 291 ff.; *Hauff/Bender*, DRiZ 1995, S. 293 ff., 295.
- 26 Begründung, S. 73 f. Vgl. zum »Transfervermerk« § 298 II Nr. 1–2 ZPO und zur Entsprechung mit den Formerfordernissen, die für die behördliche Beglaubigung von Ausdrucken öffentl. elektronischer Dokumente nach § 33 V VwVfG gelten, *Roßnagel*, NJW 2003, S. 469 ff., 474 m.w.N.
- 27 § 298a III ZPO regelt Inhalt und Form des Vermerks hinsichtlich des »Medientransfers« von einem Papier- in ein elektronisches Dokument: Danach muß sich aus dem Vermerk die für den Medientransfer verantwortliche Person ergeben; auf eine elektronische Signierung des Vermerks wird verzichtet (anders noch der RefE). Auch wird auf die ausdrückliche Identitätsfeststellung zwischen dem originalen (Papier-)Dokument und dem elektronischen Abbild im Hinblick auf die Aufbewahrungspflicht für das Originaldokument gem. § 298a II 2 ZPO verzichtet, vgl. die Begründung, S. 75 f.; sowie *Viefhues*, CR 2001, S. 556 ff., 561.
- 28 Die Vorschrift betreffend »Akteneinsicht« und »Abschriften« wird sprachlich an § 298a ZPO angepaßt (vgl. Abs. 4) und um die Möglichkeit erweitert, elektronische Dokumente an Parteien und berechtigte Dritte per E-Mail zu übermitteln (Abs. 3). Auch kann Akteneinsicht dadurch gewährt werden, daß in den Räumlichkeiten des Gerichts Bildschirme aufgestellt werden. Um bei der elektronischen Aktenübermittlung zu gewährleisten, daß die Akte vollständig, unversehrt und vor unberechtigter Kenntnisnahme geschützt bleibt, soll die elektronische Akte in Form eines sog. elektronischen Containers nochmals mit einer qualifizierten elektronischen Signatur signiert und verschlüsselt werden, s. dazu die Begründung, S. 76; sowie zur »Containersignatur« *Viefhues*, NJW 2005, S. 1009 ff., 1010.

gen zur elektronischen Aktenführung in § 298a I 2–4 ZPO.<sup>29</sup> Der tatsächliche Umfang des ERV ist nämlich davon abhängig, in welchen Verfahren und bei welchen Gerichten eine elektronische Aktenführung eröffnet wird, was letztlich die Exekutive entscheidet.<sup>30</sup> Schließlich werden die Beweisregelungen für elektronische Dokumente in Zivilverfahren geändert.<sup>31</sup> Nach § 371a I 1 ZPO (n.F.) finden bei privaten elektronischen Dokumenten, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind, die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden (vgl. §§ 416, 439, 440 ZPO) entsprechende Anwendung. Dies bedeutet: Private elektronische Dokumente erbringen nunmehr vollen Beweis dafür, daß die in ihnen enthaltenen Erklärungen vom Signaturschlüsselinhaber abgegeben worden sind. Dies ändert aber nichts daran, daß der Beweis für die Echtheit der Signatur vom Beweisführer zu erbringen ist, wobei der in § 371a I 2 ZPO (n.F.) geregelte Anscheinsbeweis helfen soll.<sup>32</sup> Außerdem sieht § 371a II 1 ZPO (n.F.) die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden vor (§§ 415, 417, 418 ZPO) und stellt damit den Beweiswert öffentlicher elektronischer Dokumente (§§ 3a, 33 VwVfG) dem Beweiswert öffentlicher Urkunden gleich.<sup>33</sup> Nach § 416a ZPO (n.F.) sind Ausdrücke von öffentlichen elektronischen Dokumenten sowie von gerichtlichen elektronischen Dokumenten wie die beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Urkunde anzusehen. Neben diesen zentralen Änderungen zum ERV in der ZPO gibt es noch viele Detailanpassungen in Rand-

- 
- 29 Gemäß § 298a I 2 ZPO können nicht nur der Zeitpunkt, sondern auch die organisatorisch-technischen Rahmenbedingungen für die Bildung, Führung und Aufbewahrung der E-Akten durch Rechtsverordnung des Bundes und Länder festgelegt werden; S. 3 beinhaltet die Delegationsermächtigung an die Landesjustizverwaltungen; S. 4 erlaubt die Beschränkung der Zulassung der E-Akte auf einzelne Gerichte und Verfahren, s. die Begründung, S. 75.
- 30 Vor dem Hintergrund der aktuellen Finanzsituation wird es also noch längere Zeit in Anspruch nehmen, bis die technische Infrastruktur für den ERV in der Justiz überhaupt geschaffen ist. Dies bedeutet aber, daß auf kaum absehbare Zeit sowohl im herkömmlichen als auch im elektronischen Verfahren gearbeitet werden wird, vgl. auch die Begründung zu § 298a II ZPO, S. 75; so auch *Viefhues*, NJW 2005, S. 1009 ff., 1013.
- 31 Bisher unterfiel das elektronische Dokument nach § 371 I 2 ZPO (a.F.) dem Beweis durch Augenschein, während ein in Papierform vorliegendes Schriftstück dem Urkundenbeweis zugänglich ist. Gemäß § 371 I 2 ZPO (a.F.) wird der Beweis durch Augenschein bei elektronischen Dokumenten entweder durch Vorlegung des Speichermediums oder durch Übermittlung der Datei angetreten, s. m.w.N. *Jungermann*, CR 2001, S. 868 ff.; *Rißmann*, jurpc 1995, S. 3212 ff.
- 32 Damit ist der Gehalt des (gem. Art. 1 Nr. 20 aufzuhebenden) § 292a ZPO (a.F.) unter Aufgabe der Beschränkungen auf Willenserklärungen (und damit Einbeziehung von Wissenserklärungen, wie z.B. Quittungen) dort geregelt. Vgl. zu Art. 1 Nr. 29 des JKomG die Begründung (S. 73 sowie S. 79 f.); zu § 371a I 2 ZPO *Schemmann*, ZZP 118 (2005), S. 161 ff.
- 33 Siehe die Begründung, S. 79 f., die darauf hinweist, daß durch diese Verweisung nicht nur die allg. Beweiskraftregeln gem. §§ 415, 417, 418 ZPO, sondern auch die besonderen Vorschriften über die Beweiskraft des gerichtlichen Protokolls nach § 165 ZPO sowie des Urteilstatbestandes gem. § 314 ZPO anwendbar sind. Das bedeutet, daß Urteile und Protokolle in elektronischer Form dieselben beweisrechtlichen Wirkungen wie ihre Papierentsprechungen genießen. § 371a II 1 ZPO-E enthält übrigens auch die Legaldefinition »öffentlicher elektronischer Dokumente«.

bereichen. Geändert wird zwar auch das Zwangsvollstreckungsrecht,<sup>34</sup> jedoch nur geringfügig,<sup>35</sup> so daß die Elektronifizierung des (zivilprozessualen) Zwangsvollstreckungsrechts noch aussteht.<sup>36</sup>

Die ebenfalls mit dem JKomG als Artikelgesetz vorgenommenen Änderungen in VwGO, FGO sowie im SGG und ArbGG sind auf spezifische Regelungen der jeweiligen Verfahrensordnung beschränkt und entsprechen im wesentlichen den zivilprozessualen Änderungen.<sup>37</sup> Schließlich wird mit dem in Art. 11 des JKomG vorgeschlagenen »Justizaktenaufbewahrungsgesetz« (JustAG), das noch im RefE »Gerichtsaktenaufbewahrungsgesetz« (GAAG) hieß, die Aufbewahrung von Gerichtsakten in der Justiz nach Beendigung des Gerichtsverfahrens auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.<sup>38</sup>

#### IV. Das Problem: Grundsatzdefizite des Elektronischen Rechtsverkehrs

Angesichts der stetig voranschreitenden »Elektronifizierung« der Justiz im Zuge ihrer zunehmenden Verrechtlichung ist es dringend notwendig, sich einmal mit – bisher vernachlässigten – grundsätzlichen Fragen der »Justiz-Kommunikation« zu beschäftigen, was bereits grundsätzliche Kritik am Reformprocedere beinhaltet. Die Notwendigkeit solcher Überlegungen ist aus verschiedenen Gründen zu bejahen, wobei zu-

34 Vgl. die Begründung, S. 57 f.: Einführung eines bundesweiten »elektronischen Vollstreckungsregisters« erst nach grundlegender Umgestaltung des Vollstreckungsverfahrens und dann, wenn die Mehrzahl der Vollstreckungstitel in elektronischer Form ergeht.

35 Siehe m.w.N. nur *Viefhues*, NJW 2005, S. 1009 ff., 1012 ff.

36 Vgl. Art. 1 Nr. 41-46 des JKomG, zur Begründung, S. 82 ff.: Vgl. z.B. die Änderungen gem. § 734 S. 2, 3 ZPO, sowie in § 754 ZPO für die elektronische Auftragserteilung, s.a. § 760 S. 2 ZPO für die Akteneinsicht, die Ermöglichung eines elektronischen Pfändungsprotokolls in § 813 II ZPO. Nach § 758a VI 1 ZPO wird das BMJ ermächtigt, durch RechtsVO (nach S. 2 obligatorische) Antragsformulare für die richterliche Durchsuchungsanordnung gem. § 758a I 1 ZPO einzuführen. Entsprechendes gilt gem. § 829 IV ZPO auch für den Antrag auf Erlaß eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses (§§ 829, 835 ZPO); s.a. *N. Fischer/Weinert*, DGVZ 2005, S. 33 ff., 36 m.w.N.

37 Siehe zur VwGO Art. 2 des JKomG, s. zur Begründung S. 86 ff.; zur FGO Art. 3 (Begründung S. 95 ff.); zum SGG Art. 4, zur Begründung S. 99 ff.; zum ArbGG Art. 5 sowie zur Begründung S. 103 f. Berücksichtigt wird dabei, daß dem allgemeinen und den besonderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren idR. Verwaltungsverfahren vorausgehen, so daß die Neuregelungen an die Bestimmungen anknüpfen, die durch das Dritte Verwaltungsverfahrenänderungsgesetz (VwVfÄG) v. 21.8.2002 (BGBl. I S. 3322), in Kraft seit am 1.2.2003 (vgl. m.w.N. *Roßnagel*, NJW 2003, S. 469 ff.), geschaffen worden sind – siehe §§ 3a VwVfG, 36a SGB I, 87a AO.

38 Bislang werden Akten im Interesse der Verfahrensbeteiligten bzw. Dritter nach Verfahrenserledigung für einen bestimmten Zeitraum nach den Aktenordnungen des Bundes und der Länder (als Verwaltungsvorschriften) aufbewahrt. Nach Ablauf der Aufbewahrungszeit werden diese dann gemäß der Archivgesetze des Bundes und der Länder in die Archive übernommen oder aber – bei fehlender Archivwürdigkeit – vernichtet, vgl. zum JustAG (RefE: GAAG) Art. 11 des JKomG sowie die Begründung, S. 60, zur Einzelbegründung S. 135 ff. und S. 140.



nächst das inhaltliche Diskursdefizit<sup>39</sup> hervorzuheben ist. Festzustellen ist nämlich, daß die Stellungnahmen zu den bisherigen Reformen des sog. E-Prozeßrechts insgesamt spärlich und überwiegend unkritisch ausgefallen sind.<sup>40</sup> Deutlich wird jedenfalls, daß längst mit der Regelung kleinster Details begonnen wurde, bevor über die Grundsatzfragen des ERV überhaupt angemessen nachgedacht und diskutiert worden ist. Demgegenüber stellt sich die grundsätzliche Frage, ob und inwieweit sich die Elektronifizierung von Gerichtsverfahren überhaupt mit den hergebrachten Verfahrensgrundsätzen vereinbaren läßt,<sup>41</sup> wobei besonders die Mündlichkeit (§ 128 ZPO), die Unmittelbarkeit (vgl. §§ 128 I, 309, 355 I ZPO) und die Öffentlichkeit (vgl. §§ 169 ff. GVG) zu nennen sind.<sup>42</sup> Die Vereinbarkeitsfrage impliziert daher zum einen, daß die Verfahrens-Elektronifizierung an diesen grundsätzlichen Maßstäben zu messen ist,<sup>43</sup> zum anderen ist aber auch an eine zeitgemäße Veränderung der tradierten Verfahrensmaximen zu denken.<sup>44</sup> Ohne diese Untersuchung, die noch wesentlich mehr vorbereitende Diskussion und rechtstatsächliche Erforschung der Bedeutung der Verfahrensmaxi-

- 
- 39 Vgl. zum Forschungsdefizit auf dem Gebiet »Rechtspflege« *Strempel/Götzel*, DRiZ 1990, S. 121 ff., 121; vgl. auch die Einführung von *Schulze-Fielitz* zu dem Symposium »Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit« der Universität Würzburg vom 14./15.3.2002, zu finden bei *Mackenroth*, DRiZ 2002, S. 216 ff., 216; s. den gleichnamigen Tagungsband, herausgegeben von *Schulze-Fielitz/Schütz*, Berlin 2002; s. zur »Rechtspflege« als »Gesamtheit der Rechtsdienste zur Regelung rechtsbezogener Konflikte inner- und außerhalb der Gerichte« *Strempel/Rennig*, ZRP 1994, S. 144 ff. m.w.N.
- 40 Die Grundlage für eine solche Betrachtungsweise bilden insb. die lobenden Worte des BMJ, s. die Pressemitteilungen des BMJ v. 22.6.2001: »Modernisierung der Justiz geht weiter«, v. 9.5.2001: »Ein wichtiger Schritt zur Modernisierung der Justiz, zur Stärkung der Amtsgerichte und für besseren Rechtsschutz«, v. 14.2.2001 (zum EGG); s.a. m.w.N. *Viefhues*, CR 2001, S. 556 ff., 563; *Krüger/Bütter*, MDR 2003, S. 181 ff., *Fritsche*, NJ 2002, S. 169 ff., 176 ff.
- 41 Siehe insb. *Gilles*, FS Németh, 2003, S. 557 ff.; sowie die Diskussion auf der Tagung der Zivilprozeßrechtslehrer in Zürich im Jahr 2002: Das Spektrum der Aspekte reichte dabei von möglichen Problemen und Anwendungsbereichen der Videoverhandlung über beweisrechtliche Fragen, Formerfordernisse, mögliche Zustellungsprobleme bei elektronischen Dokumenten bis hin zum automatisierten Mahnverfahren. Siehe zur Diskussion *Iqbal*, ZJP 111 (2002), S. 491 ff.; zu den Referaten *Stadler*, ZJP 111 (2002), S. 413 ff.; *Kodek*, ZJP 111 (2002), S. 445 ff.
- 42 Vgl. m.w.N. MK-ZPO, 2. Aufl., *Lüke*, Einleitung, Rn. 229 f. (zur Mündlichkeit), Rn. 251 f. (zur Unmittelbarkeit), Rn. 124 ff. (zum rechtlichen Gehör), Rn. 258 ff. (zur Öffentlichkeit); sowie *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 479 ff.; s.a. *Hendel*, DRiZ 1992, S. 91 ff. (zur Mündlichkeit); vgl. zur Gerichtsöffentlichkeit z.B. *Scherer*, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, 1979; siehe speziell zum »Kampf« um die Öffentlichkeit m.w.N. *Fögen*, Der Kampf um die Gerichtsöffentlichkeit, 1974.
- 43 Siehe dazu jüngst *Bachmann*, ZJP 118 (2005), S. 133 ff., der (vor dem Hintergrund einer wünschenswerten Allgemeinen Prozeßrechtslehre) die sog. Videovernehmung gem. § 128a II ZPO am Unmittelbarkeitsgrundsatz mißt.
- 44 Vgl. dazu nur *N. Fischer*, Justiz-Kommunikation, 2004, insb. S. 68 f. m.w.N.

men im heutigen Prozeßrecht erfordert, hier durchführen zu können,<sup>45</sup> sei wenigstens auf vier zentrale Kritikpunkte des Reformprocedere hingewiesen, die im folgenden näher erläutert werden sollen: Dies ist erstens die Verrechtlichung des ERV (vgl. 1.), zweitens die Dominanz einer Reform der (Verfahrens-)Form gegenüber einer (wünschenswerten) Reform der Verfahrensinhalte (siehe unter 2.), drittens der Gegensatz von Formkonservatismus und Formliberalismus im ERV (vgl. 3.) sowie schließlich und viertens Überlegungen zu einer (umfassenden) Reform des Verfahrensrechts gegenüber einer (beschränkten) Reform des Schriftsatzwesens (siehe 4.).

### 1. Verrechtlichung im Detail versus Grundlagendefizit

Zunächst ist auf den immer deutlicher zu Tage tretenden Gegensatz zwischen der Verrechtlichung im Detail und dem Grundlagendefizit bei der Einführung des ERV hinzuweisen: Unverkennbar hat der Gesetzgeber mit der (jedenfalls normativ) stetig voranschreitenden »Elektronifizierung« der Justiz in den zahlreichen Detailregelungen in den verschiedenen Prozessordnungen bereits Fakten geschaffen, die es zu berücksichtigen gilt. Bei genauerer Betrachtung der Reformen des ERV entsteht leicht der Eindruck, daß einfach neue Normen geschaffen wurden, ohne sich zuvor tiefer um Regelungszusammenhänge und die (abweichende) verfahrensrechtliche Terminologie Gedanken gemacht zu haben. Angesichts dessen, daß in kaum noch zu überblickenden Einzelreformen eine kodifikationstechnische Zersplitterung festzustellen ist, kommt der Verdacht auf, daß auch den bisherigen Reformschritten des Gesetzgebers gerade kein systematisch durchdachtes Konzept des ERV zugrundeliegt, sondern »eher spontane Eingebungen in verschiedenen Phasen des Gesetzgebungsverfahrens«<sup>46</sup> – und zwar entgegen anderslautender Beteuerungen von amtlicher Seite.<sup>47</sup> Dieses Problem wiederum bleibt nicht nur als Basisdefizit der neuen Reformen bestehen, sondern wirkt sich ganz konkret auch bei den vorhandenen Regelungen des E-Zivilprozeßrechts aus. Diese haben nicht nur angesichts der »Detailverliebtheit« des Gesetzgebers eine für die Rechtsanwendung problematische Gestalt angenommen, sondern es fehlt dabei viel-

fach schlicht an der »Kunst der Gesetzgebung«.<sup>48</sup> Beispielsweise ist dafür § 128a I 1 ZPO zu nennen,<sup>49</sup> soweit danach Parteien »auf Antrag« gestattet ist, »sich während der

45 Beispielsweise ist die Frage der Vereinbarkeit nicht immer eindeutig positiv zu beantworten, man denke z.B. an den (in historischer Perspektive hart umkämpften) Öffentlichkeitsgrundsatz, der bei einem »elektronisch-visuellen Verfahren« (wie die Videokonferenz gem. § 128a ZPO) möglicherweise vollends zur Farce wird, a.A. etwa Stadler, ZZP 111 (2002), S. 413 ff., 437. S.a. Schultzy, NJW 2003, S. 313 ff., 315, der es nicht für erforderlich hält, daß die übertragenen Bilder auch für Zuschauer sichtbar sind. Ein anderes Beispiel ist das Spannungsverhältnis von Öffentlichkeit (§§ 169 ff. GVG) und der Nichtzugänglichkeit der elektronischen Akte (gem. § 298a I 1 ZPO).

46 So (zutreffend) Stadler, ZZP 111 (2002), S. 413 ff., 444.

47 Vgl. insbesondere die Einleitung zum RefE des JKomG (S. 1 f.), s.a. die Begründung, S. 1 ff.

48 Siehe zur »Kunst der Gesetzgebung« z.B. Noll, Gesetzgebungslehre, 1973; H. Schneider, Gesetzgebung, 1982.

49 Vgl. (auch zu § 130a ZPO) krit. Gilles, FS Németh, 2003, S. 557 ff., 563 f.



Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen«; Demgemäß muß die Verhandlung dann am Verhandlungsort schon begonnen haben (»während«), obwohl rein prozessual-terminologisch eine »Verhandlung« erst dann anzunehmen ist, wenn die Parteien bzw. ihre Bevollmächtigten im Sitzungszimmer anwesend sind und diese Personen vor dem Gericht (Richter) »verhandeln« (§§ 128 I, 137 I, II ZPO), wobei das Gericht (u.a.) eine verhandlungsöffnende und verhandlungsleitende Funktion einnimmt – vgl. § 136 ZPO. Dies bedeutet für den – möglicherweise wirtschaftlich sinnvollen (Prozeßwirtschaftlichkeit!) – »Extremfall«, daß keine der Parteien oder ihrer Vertreter im Sitzungszimmer anwesend sind, und das Gericht (alleine!) die Verhandlung selbst in Gang setzen muß, damit die Parteien dann »während der Verhandlung« (wie auch immer geartete) »Verfahrenshandlungen vornehmen« können. Zu fragen ist allerdings, wie dies mit der zivilprozessualen Systematik der §§ 128 I, 136, 137 ZPO in Einklang zu bringen ist.<sup>50</sup>

## 2. Reform der Form (und ihre Reform) versus Reform der (Verfahrens-) Inhalte

Die fehlende grundsätzliche Auseinandersetzung mit den Grundsatzfragen des ERV zeigt sich insbesondere deutlich an dem Gegensatz der (bei den »Elektronifizierungs«-Reformen) dominierenden Verfahrens-»Formen« gegenüber den Inhalten von E-Zivilverfahren:<sup>51</sup> 32 Jahre nach dem Erscheinen der (Habitations-)Schrift von *Vollkommer* mit dem Titel »Formenstrenge und prozessuale Billigkeit«, die (auch) ein Plädoyer gegen übertriebene Formenstrenge im Prozeßrecht darstellt, ist im Zuge der Justiz-Elektronifizierung nämlich eine deutliche Dominanz der Form über die Inhalte von Verfahren zu erkennen.<sup>52</sup> Diese Form- und Technikdominanz zeigt sich deutlich an den zahlreichen Hinweisen auf die vielfältigen Risiken der Datenübertragung mittels EDV gegenüber der herkömmlichen Postversendung von Schriftstücken sowie an den vielfältigen Signaturpflichten. Ohne grundsätzlich die Notwendigkeit von sicheren Datenübertragungswegen und von Grundanforderungen an Sicherheit und Vertraulichkeit des ERV<sup>53</sup> bestreiten zu wollen, ist jedoch zu fragen, ob eine Konzentration auf Si-

50 Die Kommentierungen greifen diese Fragen überwiegend überhaupt nicht auf, sondern wollen im Gegenteil § 128a I ZPO bei »jeder Art von Verhandlung« anwenden, vgl. wörtlich Baumbach/Lauterbach, 62. Aufl., *Hartmann* zu § 128a ZPO, Rn. 1 ff., 1; s.a. Zöller, 25. Aufl., *Greger* zu § 128a ZPO, Rn. 2, 4; Musielak (Hg.), 3. Aufl., *Stadler* zu § 128a ZPO, Rn. 1 (»Erforderlich bleibt...in jedem Fall die Anwesenheit des Gerichts«); sowie Thomas/Putzo, 25. Aufl., *Reichold* zu § 128a ZPO, Rn. 5 (»Es kann also sein, daß das Gericht allein im Sitzungszimmer sich befindet, während die Parteien und ihre Bevollmächtigten bzw. Beistände sich an anderen Orten aufhalten.«); s.a. *Hartmann*, NJW 2001, S. 2577 ff., 2583; *Borchert*, CR 2002, S. 854 ff.; *Schultzky*, NJW 2003, S. 313 ff.; sowie zum Fall der rechtsmißbräuchlichen Verweigerung der Parteizustimmung *Bachmann*, ZZP 118 (2005), S. 133 ff., 155 ff. m.w.N.

51 Bereits die ersten Schritte der Elektronifizierung der Justiz hat *Peter Gilles* auf die zutreffende Kurzformel »Reform der Form, aber nicht der Inhalte« gebracht, vgl. *Gilles*, FS Németh, 2003, S. 557 ff., 563 ff., 562.

52 Vgl. *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973; s.a. *Mankowski*, in Schulte-Nölke/Schulze u.a. (Hg.), Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 181 ff., 182 (m.w.N. zur Formalismus-»Renaissance«).

53 Siehe *Vieflues*, CR 2001, S. 556 ff., 560; zur »anwaltlichen Schweigepflicht« von *Lewinski*, BRAK-Mitt. 2004, S. 12 ff.

cherheitsaspekte nicht viel wichtigere Fragen eines (zukünftigen) ERV und einer (fortschrittlichen) »Elektronischen Justiz« verdrängt. Ohne hier auf die Realitätsferne von vielfach erhobenen Sicherheitsbedenken einzugehen<sup>54</sup> – man denke nur an den Beispielsfall der Fälschung einer Klageschrift auf elektronischem Wege<sup>55</sup> – ist darauf hinzuweisen, daß die Fixierung auf Sicherheits- und damit Formfragen möglicherweise auch die Konsequenz dessen ist, daß sich mit dem Zusammentreffen von Internet und Justiz »zwei Welten begegnen«, wie es *Thomas Hoeren* anschaulich formuliert hat.<sup>56</sup> Auch aus diesem Grund ist zunächst einmal ganz grundsätzlich nach dem Sinn, Nutzen und der Berechtigung des EDV-Einsatzes in der Justiz zu fragen, bevor die tatsächliche wie rechtliche Ausgestaltung des ERV realisiert wird. Vernachlässigt wird darüber hinaus auch die zentrale Frage des Zugangs zum Elektronischen Rechtsverkehr (»Access to E-Justice«),<sup>57</sup> die aber unter den Gesichtspunkten des gleichmäßigen Zugangs zum Elektronischen Rechtsverkehr und der »Waffengleichheit« im Verfahrensrecht (Art. 3 I GG) von erheblicher verfahrensrechtsdogmatischer wie verfahrensrechtspolitischer Bedeutung ist.

### 3. Formkonservatismus versus Formliberalismus

Im Rahmen der konkreten Ausgestaltung des ERV ist weiterhin zu überlegen, wie die bisherige form- und technikdominierte<sup>58</sup> Entwicklung korrigiert werden kann. In diesem Zusammenhang ist auf den Gegensatz von Formkonservatismus und Formliberalismus im ERV hinzuweisen. Kritisches Augenmerk ist nämlich auf einen (überstrengen) Formformalismus im Zuge der Einführung des ERV zu richten. Während in der Prozeßpraxis in jüngerer Zeit eine Tendenz zur sachgerechten Reduktion von (althergebrachtem) Formformalismus festzustellen war, man denke nur an den Einsatz sog. Computerox mit eingescannter Unterschrift,<sup>59</sup> scheinen die jüngsten Reformen des ERV (vgl. II.) einem neuerlichen Formkonservatismus Vorschub zu leisten: Innerhalb der Reformdiskussion im Vorfeld des JKomG wie auch im JKomG selbst (siehe III.) kommt Si-

54 Anzumerken ist nur, daß dem seit 1999 laufenden Pilotprojekt beim FG HH vom dortigen Datenschutzbeauftragten eine hinreichende Datensicherheit – auch im Hinblick auf das Steuergeheimnis (§ 30 AO) – bescheinigt wurde, s. *Stadler*, ZZZ 111 (2002), S. 413 ff., 424 m.w.N.

55 Vgl. zur »Realitätsferne« *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff., 1844. Es stellt sich – nicht nur unter rechtstatsächlichem Aspekt – die Frage, ob diese seltenen und unwahrscheinlichen Fälle einen derartigen Aufwand und Konzentration auf Formfragen legitimieren, s. *Hahn*, bei *Iqbal*, ZZZ 111 (2002), S. 491 ff., 494 (zur Gefahr der Klageeinreichung ohne Mandatsauftrag); *Schwachheim*, NJW 1999, S. 621 ff., 622; s. zur »Entwurfs«-Rspr. nur BGH NJW 1976, S. 966 f.

56 Siehe (zu »Internet und Jurisprudenz«) *Hoeren*, NJW 2000, S. 188 ff.; vgl. zu »Internet und Recht« (als neue Paradigmen des Informationsrechts) *Hoeren*, NJW 1998, S. 2849 ff. m.w.N.

57 In diesem Rahmen ist besonders der Kostenaspekt von Bedeutung, vgl. dazu Begründung zum JKomG, S. 63, vgl. für eine erste Kritik *N. Fischer*, KJ 2005, S. 152 ff., 158 f. m.w.N.

58 Vgl. aber *Stadler*, ZZZ 111 (2002), S. 413 ff., 416 (wonach sich aus der Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung jedenfalls »eine beständige Erosion der Formerfordernisse« konstatieren läßt).

59 Siehe GmS-OGB, Beschluß vom 5.4.2000, Az.: GmS-OGB 1/98, NJW 2000, 2340 f.

cherheitsfragen eine »besondere Bedeutung«<sup>60</sup> zu. Insbesondere wird betont, daß »die Datenübertragung mittels EDV gegenüber der herkömmlichen Postversendung von Schriftstücken« »zahlreiche zusätzliche und neue Risiken« birgt, »die minimiert werden müssen«. Neben den notwendigen »sicheren Datenübertragungswegen« werden »Grundanforderungen« an Authentizität, Integrität und Vertraulichkeit gestellt.<sup>61</sup> Diese »Grundanforderungen« lauten üblicherweise wie folgt: Erstens müsse sichergestellt sein, daß der behauptete Absender auch der tatsächliche Absender ist (Datenauthentizitätserfordernis), zweitens müsse gesichert sein, daß die übermittelten Daten auf dem Transport nicht verändert oder verfälscht werden (Datenintegritätserfordernis) und drittens müsse gewährleistet sein, daß kein Unbefugter Kenntnis von den (vertraulichen) Daten erlangt (Datenvertraulichkeitserfordernis). Bei der nachfolgenden näheren Betrachtung dieser Postulate lohnt es sich, stets die grundsätzliche Frage nach dem Zweck von Formen im Recht und dort besonders im (Zivil-)Prozeßrecht im Auge zu behalten.<sup>62</sup>

#### a) Datenauthentizität

Das Erfordernis der Datenauthentizität beinhaltet die Forderung, daß sichergestellt sein muß, daß der behauptete Absender auch der tatsächliche Absender ist. Besonders im Kontext dieses Datenauthentizitätserfordernisses macht es Sinn, sich des Zwecks der bekannten Formvorschriften zu erinnern: Nach der bisherigen Systematik unterscheidet man z.B. bei den »durch Gesetz vorgeschriebenen Formen« (iSv. § 125 S. 1 BGB) zwischen der Schriftform (als »Unterschrifts«-Form, vgl. § 126 I, II BGB), die durch die »elektronische Form« ersetzt werden kann (gem. §§ 126 III, 126a BGB) oder durch die notarielle Beurkundung gem. §§ 126 IV, 128 BGB (s.a. § 127a BGB), und der »Textform« nach § 126b BGB. Im materiellen Recht – man denke etwa an die Rechtsfolge des Formmangels gem. § 125 BGB – dienen Formen dazu, entweder einen Schutz der am Rechtsgeschäft Beteiligten (in diesem Sinne: Individualschutz) oder den Schutz von über den Rahmen des Rechtsgeschäfts hinausgehenden Interessen (Dritt- oder Verkehrsschutz, Schutz öffentlicher Interessen) zu gewähren.<sup>63</sup> Geht es bei der ersten Kategorie der Schutzzwecke grundsätzlich um die Warnfunktion (bzw. auch um die Beweis- und Unterrichtungsfunktion oder auch Beratungsfunktion) der Form, ist demgegenüber bei der zweiten Kategorie regelmäßig der Publizitätszweck (bzw. auch die Kontrollfunktion) maßgebend. Demgemäß steht bei Verpflichtungsgeschäften oft die Warnfunktion im Vordergrund (vgl. § 311b I BGB), während bei Verfügungsgeschäften (vgl. § 873 II BGB) regelmäßig der Publizitätszweck relevant ist.<sup>64</sup>

60 So wörtlich *Viefhues*, CR 2001, S. 556 ff., 560.

61 Vgl. *Viefhues*, CR 2001, S. 556 ff., 560.

62 Siehe grundlegend für die Schriftform bei bestimmenden Prozeßklärungen m.w.N. *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973, insb. S. 1, 247 ff.; vgl. für eine erste Betrachtung im Hinblick auf den ERV N. *Fischer*, Justiz-Kommunikation, 2004, S. 40 ff. m.w.N.

63 Siehe dazu m.w.N. etwa AK-BGB, *Hart* zu § 125 BGB, Rn. 14; MK-BGB, 3. Aufl., *Förschler* zu § 125 BGB, Rn. 3 ff.; HK-BGB, 4. Aufl., *Dörner* zu § 125 BGB, Rn. 1 ff.

64 Diesem Verhältnis von Formzwang und Formzwecken ist jedoch die Frage des Verhältnisses zwischen Form und Inhalt vorgreiflich, vgl. AK-BGB, *Hart* zu § 125 BGB, Rn. 2.

Im Prozeßrecht sind die Sondervorschriften des (jeweiligen) Verfahrensrechts maßgeblich (vgl. z.B. § 130 ZPO). Hier spielen Formfragen und Förmlichkeiten jedoch ebenfalls eine bedeutende, wenn nicht sogar eine noch größere Rolle, man denke insbesondere an die Frage der formwirksamen Übermittlung bestimmender Schriftsätze.<sup>65</sup> Von Bedeutung ist dabei, daß die Formenstrenge als ein besonderes Kennzeichen des Zivilprozeßrechts angesehen wird.<sup>66</sup> Zwar stand schon das Reichsgericht (etwa seit 1908) – angestoßen durch die Bewegung der Freirechtslehre<sup>67</sup> – einer übertriebenen Formenstrenge immer ablehnender gegenüber und hob stattdessen die »dienende Funktion« des Zivilprozeßrechts als »Zweckmäßighkeitsrecht« hervor.<sup>68</sup> Damit hat zunehmend auch prozessuales Billigkeitsdenken in die höchstgerichtliche Rechtsprechung Eingang gefunden: Ausgehend davon, daß das Prozeßrecht »kein Selbstzweck« sei, dürfe die Auslegung und Anwendung der zivilprozessualen Verfahrensvorschriften nicht zu einem reinen Formalismus führen.<sup>69</sup> Jedoch steht die Zivilprozeßrechtswissenschaft auch heute noch einem zivilprozessualen Billigkeitsdenken überwiegend skeptisch bzw. sogar ablehnend gegenüber.<sup>70</sup> Zu dieser neo-formalistischen Haltung des zivilprozessualen Schrifttums<sup>71</sup> hat möglicherweise auch die immer stärkere Betonung des Prozeßrechts als Rechtsstaatsgarantie beigetragen.<sup>72</sup> Damit ist nämlich auch das (Fehl-)Verständnis aufgekommen, eine möglichst formstrenge Interpretation des Verfahrensrechts sei auch rechtsstaatlich geboten.<sup>73</sup>

Eine besondere Zuspitzung hat die »Formfrage im Zivilprozeß« bei dem Unterschriftserfordernis gefunden, das auch für das E-Prozeßrecht von besonderer Bedeutung ist:<sup>74</sup> Neben den »vorbereitenden Schriftsätzen« nach § 129 ZPO, die Prozeßhandlungen nur ankündigen, kennt die ZPO auch Prozeßschriften, die für bestimmte,

65 Siehe dazu auch Hk-BGB, 4. Aufl., *Dörner* zu § 126 BGB, Rn. 2; s.a. MK-BGB, 3. Aufl., *Förschler* zu § 126 BGB, Rn. 2; AK-BGB, *Hart* zu § 127 BGB, Rn. 2.

66 Vgl. dazu nur Stein/Jonas, 20. Aufl., *Schumann*, Einleitung, Rn. 78 ff. m.w.N.

67 Diese Bewegung (*Ernst Fuchs, Eugen Ehrlich, Max Rumpf, Hermann Kantorowicz*) wurde insb. von Rechtsanwälten getragen und richtete sich (daher) vornehmlich gegen die enge und formalistische Betrachtung des Zivilverfahrensrechts, vgl. dazu nur Stein/Jonas, 20. Aufl., *Schumann*, Einleitung, Rn. 48 m.w.N.

68 Vgl. z.B. RGZ 69, 261 ff.; 70, 291 ff., 293; siehe dazu *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, S. 26 ff., 48 ff. m.w.N. (auch zu der »formalen Epoche« der Rechtsprechung des RG, vgl. z.B. RGZ 55, 305 ff., die *Vollkommer* als Beispiel für dessen »archaische Strenge« bzw. »archaischen Formalismus« anführt, siehe S. 48 f.).

69 S. GmS-OGb, Beschl. v. 5.4.2000, Az.: GmS-OGb 1/98, NJW 2000, 2340 f.; BGHZ 10, 350 ff., 359; 18, 98 ff., 106; 19, 185 ff., 191; 25, 66 ff., 76; 34, 53 ff., 64; *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, S. 53 ff. m.w.N.

70 So Stein/Jonas, 20. Aufl., *Schumann*, Einleitung, Rn. 80; siehe auch *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, S. 59 ff. m.w.N.

71 Vgl. z.B. *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, 27. Aufl., S. 96, 155; *Gaul*, AcP 168 (1968), S. 27 ff., 37 ff.; *Blomeyer*, ZPP 66 (1953), S. 158 ff., 161; s.a. *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 63.

72 Siehe dazu m.w.N. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 1 ff.

73 Vgl. *Schumann*, vgl. Stein/Jonas, 20. Aufl., *Schumann*, Einleitung, Rn. 80; sowie *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, S. 63, der darauf hinweist, daß die (vielfach mißverständene) Lehre von der »bloßen Technizität« des Verfahrensrechts (*Stein*) die Überwindung des prozessualen Formalismus gerade erleichtern sollte, während die Lehre vom »rechtsstaatlichen Eigenwert« und »Gerechtigkeitsgehalt« der Verfahrensnormen den Verfahrensformalismus rechtfertigt und verfestigt.

74 Siehe *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, S. 69 f. m.w.N.

verfahrensgestaltende Parteihandlungen notwendig sind – und in diesem Sinne die notwendige Form darstellen. Während der Inhalt vorbereitender Schriftsätze erst in der mündlichen Verhandlung durch Verlesung oder Bezugnahme (gem. §§ 137 III, 297 ZPO) Gegenstand des Rechtsstreits wird, werden die in sog. bestimmenden Schriftsätzen enthaltenen Prozeßhandlungen bereits mit Einreichung der Schrift bei Gericht bzw. Zustellung wirksam: Zum Beispiel wird die Klage durch Zustellung einer bei Gericht einzureichenden Klageschrift erhoben – vgl. § 253 I, V ZPO. Auch der Einspruch sowie Berufung, Revision und Beschwerde werden durch Einreichung entsprechender »Schriften« bei Gericht eingelegt, siehe §§ 340 I, 519 I, 520 III 1, 549 I 1, 551 II 1, 566 II 1, 569 II 1, 575 I 1 ZPO. Der eingereichte »bestimmende« Schriftsatz (Urschrift) wird dabei jeweils Teil der Gerichtsakten, auf ihn ist die Prüfung bezogen, ob die Parteihandlung »in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist«, vgl. §§ 341 I 1, 522 I 1, 552 I 1, 572 II 1, 577 I 1 ZPO. Für die vorbereitenden Schriftsätze ist in § 130 Nr. 6 ZPO als »Soll«-Norm die Unterschrift der Person, »die den Schriftsatz verantwortet«, d.h. in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Rechtsanwalts (vgl. § 129 I ZPO) bzw. die der Partei im Parteiprozeß (siehe § 129 II ZPO) vorgesehen. Obwohl die ZPO selbst »bestimmende Schriftsätze« weder dem Namen nach noch als allgemeine Formvorschrift kennt,<sup>75</sup> und es damit an entsprechenden Vorschriften bei Klage- bzw. Rechtsmitteleinlegung fehlt, ist für die wichtigsten bestimmenden Schriftsätze die entsprechende Anwendung »der allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze« gesetzlich vorgesehen, vgl. §§ 253 IV, 519 IV, 520 V, 549 II, 551 IV 1. Var., 575 IV 1 ZPO. Daraus entnimmt die bisher ganz herrschende Meinung für den Zivilprozeß das Formerfordernis der eigenhändigen Unterschrift für solche bestimmten Schriftsätze,<sup>76</sup> und zwar ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung, vom Ausnahmefall des § 690 II ZPO für den Mahnbescheid einmal abgesehen. Begründet wird dieses Schriftform- und damit das Unterschriftserfordernis bei bestimmenden Schriftsätzen damit, daß der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, die diese Erklärung verantwortet, hinreichend zuverlässig bestimmt werden können.<sup>77</sup> Es geht damit also um die Verlässlichkeit der Eingabe und damit um Rechtssicherheit. Insbesondere ermögliche die eigenhändige Unterschrift, den Urheber des Schriftstücks zu bestimmen und dessen Willen zu erkennen, das Schriftstück in den Verkehr zu bringen und dafür auch die volle Verantwortung zu übernehmen.<sup>78</sup>

75 Wenngleich der Terminus bereits in den Motiven zur CPO vorzufinden ist, vgl. die Entwurfsbegründung (S. 22, 181, 234), zu finden bei C. Hahn, Die gesamten Materialien zur CPO, 1880, Band I, 1, S. 126, 254, 297, und sich dieser Begriff im zivilprozessualen Schrifttum und Rspr. längst eingebürgert hat

76 Siehe dazu für die Rspr. z.B. BGH NJW 1994, S. 2097 f.; s.a. m.w.N. *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 91; *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1126; zur (verfassungsrechtlichen) Kritik z.B. *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff.; *E. Schneider*, MDR 1998, S. 1253 ff., 1255 f. (Gewohnheitsrecht contra legem); *Kunz-Schmidt*, NJW 1987, S. 1296 ff.; s.a. *Kunz-Schmidt*, Das Unterschriftserfordernis für bestimmende Schriftsätze im Zivilprozeß, 1985.

77 Vgl. insb. GmS-OGB, Beschluß vom 5.4.2000, Az.: GmS-OGB 1/98, NJW 2000, 2340 f., 2341.

78 Siehe etwa BGH MDR 1989, S. 147 ff.; BVerwG NJW 1995, S. 2121 f., 2122; vgl. *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 90; *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1126; siehe auch z.B. Zöller, 25. Aufl., *Greger* zu § 130 ZPO, Rn. 8 m.w.N.; zur Gegenansicht m.w.N. *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, S. 126 ff., 260 ff.; *Kunz-Schmidt*, NJW 1987, S. 1296 ff.

Diese durch Richterrecht<sup>79</sup> bestimmte (und bislang) herrschende Auffassung ist jedoch gerade aufgrund »neuer« Informations- und Kommunikationstechniken in Bewegung geraten,<sup>80</sup> wobei besonders an die (richterrechtliche) Zulassung des Computerfaxes (mit eingescannter Unterschrift) zu denken ist.<sup>81</sup> Selbst die höchstrichterliche Klärung, daß auf das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift auch bei bestimmenden Schriftsätzen im Falle der Einlegung per PC-Fax verzichtet werden kann,<sup>82</sup> wird in (Zivilprozeßrechts-)Praxis und Wissenschaft nicht einheitlich beurteilt: Einerseits soll sich aus dieser Grundsatzentscheidung ergeben, daß die Klageschrift als bestimmender Schriftsatz allgemein nicht mehr eigenhändig unterschrieben werden muß, was zuvor nur für die Übermittlung als Fernschreiben oder Telegramm<sup>83</sup> ausnahmsweise anerkannt war.<sup>84</sup> In diesem Zusammenhang wird auch (zutreffend) darauf hingewiesen, daß die Person des Erklärenden regelmäßig dadurch eindeutig bestimmt werden kann, daß der benannte Urheber kenntlich macht, daß er wegen der von ihm gewählten Übertragungsform nicht unterschreiben könne. Dagegen wird andererseits vorgebracht, daß der fragliche Beschluß des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes »nicht so abgesichert sei«, daß eine gesetzliche

79 Vgl. dazu *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 91, mit dem zutreffenden Hinweis, daß eine Abweichung davon mangels Bindungswirkung zulässig ist.

80 Und zwar (als Abhilfemöglichkeit gegen die drohende Fristversäumnis bei Rechtsmitteln) insbesondere durch die Entwicklung moderner Kommunikationstechniken: Nach der Zulassung des Telegramms (vgl. RGZ 44, 369 f.; s.a. RGSt 9, 38 f.) folgte das Fernschreiben (Telex, vgl. z.B. BGH NJW 1966, S. 1077 f.) und die Telekopie (s. BFH BB 1982, S. 1477 f.), vgl. zum Überblick Zöller, 25. Aufl., *Greger* zu § 130 ZPO, Rn. 18 ff. (insbesondere zu den dabei aufgetretenen Wertungswidersprüchen); s.a. *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff., 1844; *C. Wolf*, NJW 1989, S. 2592 ff.; *Kunz-Schmidt*, NJW 1987, S. 1296 ff., 1297 f.; jeweils m.w.N.

81 Vgl. GmS-OGB NJW 2000, 2340 f., s. dazu *Düwell*, NJW 2000, S. 3334 (»Computerfax richterrechtlich zugelassen«) sowie BGH NJW 1998, S. 3649; *Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff. (»Bestimmende Schriftsätze und eingescannte Unterschrift – Wahrung der Schriftform?«); *Schwachheim*, NJW 1999, S. 621 ff. (»Abschied vom Telefax im gerichtlichen Verfahren?«), DRiZ-Redakt., DRiZ 2001, S. 93 ff., 94; s.a. *E. Schneider*, MDR 1998, S. 1253 ff., 1255 f.

82 Siehe zur zunächst ablehnenden Haltung des BGH: Beschluß v. 29.9.1998, Az.: XI ZR 367/97, NJW 1998, S. 3649 f.; dagegen die zustimmenden Entscheidungen des BVerwG (Beschl. v. 19.12.1994, Az.: 5 B 79/94, NJW 1995, S. 2121 f.) und des BSG (Beschl. v. 15.10.1996, Az.: 14 B 9/96, NJW 1997, S. 1254 f.).

83 Bereits nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung sollten Telegramme den Formerfordernissen des Zivilprozesses entsprechen (vgl. z.B. RGZ 139, 45 ff., 47 f.; 151, 82 ff.). Spätestens seit der Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 23.2.1929 (Az.: RAG 83/28, RAGE 3, 252 ff., 254) wurde auch die Rechtsmitteleinlegung durch telefonische Telegrammaufgabe als zulässig erachtet. Dieser Rechtsprechung ist der BGH gefolgt, der auch die Einlegung und Begründung von Rechtsmitteln per Fernschreiben für zulässig hält, siehe BGHZ 87, 63 ff.; 79, 314 ff., 316; 65, 10 ff., 11. Letztlich ist in allen Gerichtsbarkeiten die Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax zulässig, siehe BGH NJW 1998, S. 62 f.; BSG NJW 1998, S. 1813 f.; BAG DB 1999, S. 1812; s.a. *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 89 f.

84 Siehe dazu *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, 27. Aufl., S. 161 (mit dem Verweis auf BGH NJW 1998, S. 3649 f.); siehe auch (im übrigen krit.) *Schwachheim*, NJW 1999, S. 621 ff., 622 f., der auf die Vergleichbarkeit von Computerfax und E-Mail hinweist; s.a. *Kunz-Schmidt*, NJW 1987, S. 1296 ff., 1298 m.w.N.



Regelung obsolet ist. Aus diesem Grund könne einem – im Ernstfall regreßpflichtigen<sup>85</sup> – Prozeßbevollmächtigten auch nicht geraten werden, eine Klage (allein) per E-Mail einzureichen.<sup>86</sup> Ohne diesen Streit hier letztlich entscheiden zu können, sei wenigstens darauf hingewiesen, daß der (o.g.) Zweck der Schriftform, Rechtssicherheit und die Verlässlichkeit der Eingabe (einschließlich des Willens zur Entäußerung) zu gewährleisten, auch im Falle der Übermittlung per Computerfax sichergestellt werden kann. Die Person des Erklärenden kann nämlich i.d.R. dadurch eindeutig bestimmt werden, daß entweder die Unterschrift des Verfassers eingescannt ist oder der Hinweis gegeben wird, daß der Verfasser aufgrund der gewählten Übertragungsform nicht unterschreiben kann.<sup>87</sup> Auch ist dabei grundsätzlich nicht davon auszugehen, daß es an dem Willen mangelt, diesen Schriftsatz dem Gericht zuzuleiten. Zudem ist die eindeutige Identifizierbarkeit auch beim Computerfax mit eingescannter Unterschrift nicht fraglich. Hinzu kommt, daß auch aus den Begleitumständen darauf geschlossen werden kann, daß das Tele- bzw. Computerfax mit Wissen und Willen des Absenders gezielt – und nicht etwa versehentlich bzw. unbewußt – in den Rechtsverkehr gebracht worden ist, so etwa durch Datums- und Zeitangaben am Schluß der Mitteilung, die Angabe der Absendertelefaxnummer oder einer sonstigen Telefaxabsenderkennung sowie durch die Übermittlung kurz vor Fristablauf (als effektiver Einsatz moderner Informationstechnik).<sup>88</sup> Folglich bedarf es nicht zwingend einer eigenhändigen Unterschrift, um den Urheber des Schriftstücks zu bestimmen und dessen Willen zu erkennen, das Schriftstück in den Verkehr zu bringen und dafür auch die volle Verantwortung zu übernehmen.

Diese Überlegungen können aber auch gegenüber den vielfältigen Signaturanforderungen im ERV im Allgemeinen (vgl. II.) und die des JKomG im Besonderen (s.o., III.) geltend gemacht werden, da die (qualifizierte) elektronische Signatur im ERV als Substitut für die Schriftform und damit die eigenhändige Unterschrift (vgl. § 126 I BGB) eingesetzt wird.

### b) Datenintegrität

Im Hinblick auf das Datenintegritätsanfordernis ist auch das häufig vorgebrachte Fälschungs- und Mißbrauchsargument zu hinterfragen. Der Fälschungs- und Mißbrauchseinwand vermag in vielerlei Hinsicht nicht zu überzeugen, wobei wiederum der

85 Vgl. auch *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff., 1844; s.a. *E. Schneider*, MDR 1998, S. 1253 ff., 1255 f.; vgl. m.w.N. zu den Haftungsrisiken des Rechtsanwalts *Zugehör*, Beilage zu ZAP 18/2001.

86 Zu beachten ist nämlich, daß sich der Gemeinsame Senat in seiner Entscheidung »allein« auf die vorgelegte Rechtsfrage beschränkt hat, die sich auf das Versenden eines bestimmten Schriftsatzes per Computer-Fax mit eingescannter Unterschrift bezog (vgl. GmS-OGB NJW 2000, 2340 f.). Prognostiziert wird jedoch, daß sich der Gemeinsame Senat »vorausichtlich auch für die Zulässigkeit einer per E-Mail übersandten Klagschrift entscheiden wird, wenn ihm denn eine solche Rechtsfrage vorgelegt werden sollte«, vgl. DRiZ-Redakt., DRiZ 2001, S. 93 ff., 94.

87 Vgl. GmS-OGB NJW 2000, 2340 f., 2341; s.a. *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 91.

88 BSG NJW 1997, S. 1254 f.; s.a. *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 91; *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1126 f.

Grundsatzbeschluß zur Zulässigkeit des Computer-Fax mit eingescannter Unterschrift zu berücksichtigen ist.<sup>89</sup> Soweit auch nach der bisherigen Rechtsprechung das Vorhandensein einer unterschriebenen Urschrift entbehrlich ist,<sup>90</sup> ist das Täuschungsrisiko bei den bisher anerkannten Übertragungsmöglichkeiten (Telefax, Telegramm etc.) gleich hoch. Von der praktischen Durchführbarkeit her betrachtet ist es nämlich unerheblich, ob eine Täuschung durch Aufkleben einer kopierten Unterschrift oder durch Einfügen einer eingescannten Unterschrift erfolgt.<sup>91</sup> Außerdem bringt die sich ausweitende Zulassung moderner Kommunikationsmittel vielfältige Ausnahmen vom Unterschriftserfordernis mit sich, die die bereits vorhandenen Wertungswidersprüche immer deutlicher werden lassen, man denke nur an die (teilweise nur noch als skurril zu bezeichnenden) Anforderungen an die anwaltliche Unterschrift bei bestimmten Schriftsätzen.<sup>92</sup> Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Unterschrift eines Rechtsanwalts noch so gravierende Wirkungen im Privatrechtsverkehr erzeugen kann, während dieselbe Unterschrift im Prozeßrecht zur Unzulässigkeit von Rechtsmitteln wegen Fristversäumung führen kann. Auch der häufig vorgebrachte Fälschungseinwand zeugt – jedenfalls im Bereich des Prozeßrechts – regelmäßig von Realitätsferne:<sup>93</sup> Zu abwegig, um einen Formzwang legitimieren zu können, erscheint die Vorstellung, daß jemand in einem fremden Rechtsstreit einen fristwahrenden Schriftsatz unter fremdem Namen verfaßt und dabei die Unterschrift eines Prozeßbevollmächtigten nachahmt. Dies gilt auch für die – allein didaktisch sinnvollen – Lehrbuchfälle der Zustellung eines Entwurfs einer Klageschrift oder der ansonsten mißbräuchlichen »Einmischung« Dritter in den Prozeß.<sup>94</sup> Es stellt sich daher gerade unter rechtstatsächlichem Aspekt die Frage, ob diese extrem seltenen und unwahrscheinlichen Fälle einen solchen Aufwand und eine solche Konzentration auf Formfragen legitimieren können. Angesichts des Übermaßes an Formzwängen, wie sie das JKomG für den ERV vorsieht, ist, kann diese Kritik aber ohne weiteres auch auf das JKomG übertragen werden.

89 Siehe dazu *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 90; abw. *Düwell*, NJW 2000, S. 3334, der auf die (nicht näher begründete) »Mißbrauchsgefahr« hinweist, sowie im Hinblick auf das Unterschriftserfordernis für bestimmende Schriftsätze im konventionellen Schriftverkehr verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 3 I GG geltend macht; s. dazu auch m.w.N. Zöllner, 25. Aufl., *Greger* zu § 130 ZPO, Rn. 21; *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff.; dazu wiederum diff. *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1127.

90 Vgl. GmS-OGB NJW 2000, 2340 f., 2341.

91 Siehe *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1127; s.a. *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 90; jeweils m.w.N.

92 Vgl. m.w.N. Zöllner, 25. Aufl., *Greger* zu § 130 ZPO, Rn. 10 ff.; *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff.

93 Siehe *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff., 1844; s.a. *E. Schneider*, MDR 1998, S. 1253 ff., 1255.

94 Vgl. dazu den Diskussionsbeitrag *Hahn*, bei *Iqbal*, ZZZ 111 (2002), S. 491 ff., 494 (zur Gefahr der Klageeinreichung ohne Mandatsauftrag); vgl. zur Mißbrauchsgefahr den (krit.) Diskussionsbeitrag von *Leipold*, bei *Iqbal*, ZZZ 111 (2002), S. 491 ff., 497; siehe zu dem »Schulfall« der »abhandengekommenen Willenserklärung« (krit.) *J. Britz*, MittRhNotK 2000, S. 197 ff., 199 ff.; s. zur Manipulation bei E-Mails auch *Mankowski*, NJW 2004, S. 1901 ff. m.w.N.

Weiterhin stellt sich angesichts der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe und der Vergleichbarkeit eines (zugelassenen) Computerfaxes mit einer schlichten E-Mail die Frage, ob und warum nicht mit der Zulassung des Computerfaxes auch die schlichte (dh. digital unsignierte) E-Mail als Medium für einen bestimmenden Schriftsatz gewählt werden darf. Eine Antwort darauf zieht jedoch die Folgefrage nach der generellen Notwendigkeit des Unterschriftserfordernisses für die »konventionelle« Übermittlung bestimmender Schriftsätze nach sich: Es ist nämlich zu fragen, ob bereits das Schriftformerfordernis auch und gerade vor dem Hintergrund dieser Grundsatzentscheidung noch zeitgemäß ist.<sup>95</sup> Für das – angeblich »starre« und rechtstatsächlich bereits vielfach »aufgeweichte« – Unterschriftserfordernis aufgrund Richterrechts bei bestimmenden Schriftsätzen erscheint daher auch eine richterrechtliche Korrektur in methodischer und sachlicher Hinsicht für möglich und sinnvoll. Spätestens wenn man – in zeitgemäßer Fortentwicklung dieser Rechtsprechung – künftig auch die Einreichung bestimmender Schriftsätze mit einfacher E-Mail zulässt, wird auch der Widerspruch zu den vielfältigen bestehenden Förmlichkeiten und denen des JKomG mit seinen zahlreichen Sicherheitsanforderungen (insbesondere durch digitale Signaturpflichten) offenkundig: Folglich ist die Frage zu stellen, ob nicht angesichts der Überbetonung von Authentizitätsfragen die eigentliche Kommunikation als Austausch von Informationen, unabhängig vom jeweiligen Träger der Information (hier sowohl innerhalb der Justiz als auch zwischen Justiz und ihren Nutzern) – eher behindert als gefördert wird. In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen worden, daß die elektronische Form – wie jede andere Form auch – eine »befestigende« und »sicherstellende« Funktion und Wirkung hat. Das bedeutet: Die jeweilige Form »wirkt« auf die – wie auch immer formalisierten – Inhalte stets »konservierend«. Daraus folgt aber, daß alle »Modernisierungs«-Bestrebungen auch als »beharrend«, »bewahrend« und damit im eigentlichen Wortsinn »konservativ« gelten müssen,<sup>96</sup> wenn sie sich in reinen »Formalisierungs«-Reformen erschöpfen. Aus diesem Grund sind die bisherigen Reformen zur Einführung des ERV einschließlich des JKomG zunächst einmal »konservative« und keine fortschrittlichen Reformen. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob nicht mit der Betonung von Formfragen zumindest zum Teil gewisse »technikfeindliche« und z.T. irrational-traditionalistische »Abwehrtendenzen« im Spiel sind, die dem Einzug der Teletechnik in die Justiz und gerichtliche Verfahren skeptisch, wenn nicht sogar ablehnend gegenüberstehen.<sup>97</sup> Gerade in diesem Kontext ist aber

95 Dies gilt insb. im Hinblick auf die Ungleichbehandlung (Art. 3 I GG) gegenüber »konventionellen« bestimmenden Schriftsätzen, bei denen selbst die Verwendung eines Faksimilie-Stempels für die Unterschrift als unzulässig angesehen wird, vgl. m.w.N. *Düwell*, NJW 2000, S. 3334; Zöller, 25. Aufl., *Greger* zu § 130 ZPO, Rn. 11; *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff.; diff. *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1127, der bei Verwendung moderner Kommunikationsmedien zur Fristwahrung die unverzügliche Nachreichung eines »handunterschriebenen Originals« fordert.

96 So *Gilles*, in Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını (ed.), *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, 2002, S. 355 ff., 372.

97 Vgl. zu den Beharrungskräften in der Justiz und Justizverwaltung, insb. bzgl. traditioneller Arbeitsabläufe m.w.N. *Viefhues/Volesky*, DRiZ 1996, S. 13 ff. (z.B. S. 18: »das haben wir noch nie gemacht«-Mentalität).

auch Verständnis für den (Verfahrens-)Gesetzgeber (und die federführende Verwaltung in Gestalt des BMJ und der Landesjustizverwaltungen) aufzubringen: Vielleicht auch um diese Bedenken zu zerstreuen und Akzeptanz herzustellen, haben sich Legislative und Exekutive mit den diversen Elektronifizierungsnovellen zunächst mit großem Aufwand und Detailverliebtheit diesen Form- und Sicherheitsfragen angenommen. Zuzugestehen ist dann aber auch, daß ein solches Reformprocedere mehr psychologisch als sicherheitstechnisch begründet ist,<sup>98</sup> von richtungsweisenden verfahrensrechtspolitischen Reformschritten einmal ganz zu schweigen. Gerade angesichts der Rolle (und der Verantwortung) von Legislative und Exekutive bei der Gestaltung des ERV ist die der Dritten Gewalt besonders hervorhebenswert: Die – häufig und gerne – als traditionell, bewahrend und insoweit konservativ geltende Rechtsprechung ist im Kontext des ERV vielfach fortschrittlicher als der Gesetzgeber: Beispielsweise hat die Rechtsprechung trotz des grundsätzlichen Beharrens auf dem Unterschriftserfordernis in Entsprechung des jeweiligen Standes der Kommunikationstechnik die Einreichung bestimmender Schriftsätze durch Telegramm, Fernschreiben, Telekopie und schließlich auch per Computerfax – und damit die jeweils zeitgemäße und schnellste Form der Übertragung zugelassen.<sup>99</sup> Trotz der dabei zu beobachtenden Wertungswidersprüche (s.o.) ist zu erkennen, daß die Rechtsprechung – insbesondere in den anderen Gerichtsbarkeiten<sup>100</sup> – sich technischen Entwicklungen nicht grundsätzlich sperrt<sup>101</sup> und sich damit einem Attribut verweigert, das der Justiz und gerade den Obergerichten vielfach zugeschrieben wird, nämlich dem Verständnis der Rechtsprechungsorgane als »fortschrittsverhindernde Bedenkenträger«.<sup>102</sup> Ganz im Gegenteil scheint die Beobachtung zutreffend, daß sich die (höchstrichterliche) Rechtsprechung »stets nach gewissen Gewöhnungsphasen technischen Entwicklungen gebeugt und angepaßt hat«.<sup>103</sup> Bedeutung gewinnt also insbesondere die richterliche Rechtsfortbildung (vgl. Artt. 1 III, 20 III, 97 I GG) als Mittel zur Anpassung des Rechts an die Fortschritte in der Informations- und Kommunikationstechnik. Dies schließt eine gesetzgeberische Reaktion und Regelung gerade nicht aus, sondern diese wird dadurch (zweckmäßig) vorbereitet.<sup>104</sup> Insoweit ist also das (richterrechtliche) Prozeßrecht an

98 Siehe auch *Meyer-Seitz* (BMJ) bei *Iqbal*, ZZP 111 (2002), S. 491 ff., 495, der darauf hinweist, daß an dem (nicht mehr zeitgerechten) Erfordernis der Unterschrift, das »nach wie vor große Akzeptanz findet«, festgehalten werden »mußte«. Siehe zu den Gründen unterschiedlicher Akzeptanz auch *Gilles*, in *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını* (ed.), *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu* (Türkei) S. 355 ff., 365.

99 Vgl. *Kunz-Schmidt*, NJW 1987, S. 1297 ff., 1298.

100 Siehe auch *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff., 1845: »Im Verhältnis zu anderen Gerichtsbarkeiten ist die Formstrenge bei BGH am ausgeprägtesten.«

101 Vgl. *E. Schneider*, MDR 1998, S. 1253 ff., 1255 (»Wenn die Rechtsprechung ohne den Gesetzgeber mit technischen Neuerungen fertig geworden ist, dann wird sie dazu auch weiterhin im Stande sein.«).

102 Siehe dazu *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 91.

103 Vgl. *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 91; s.a. *Laghzaoui/Wirges*, AnwBl 1999, S. 253 ff., 257; *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1126 (richterliche Rechtsfortbildung als Mittel zur Anpassung des Rechts an die geänderten – technischen – Rahmenbedingungen).

104 Siehe m.w.N. *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1126 f.; *Wirges*, AnwBl 2002, S. 88 ff., 91; vgl. zur Rolle des Richterrechts für den »Dialog zwischen Rechtstheorie und Rechtspraxis« *Christensen*, NJW 1989, S. 3194 ff. m.w.N.

der (Rechts-)Realität (hier den technischen Möglichkeiten) zu messen und nicht umgekehrt die Rechtsrealität an den bisherigen rechtlichen Maßstäben.<sup>105</sup>

### c) Datenvertraulichkeit

Schließlich ist auch das viel zitierte Datenvertraulichkeitserfordernis einmal kritisch zu beäugen: Für die diesbezüglichen Sicherheitsfragen ist speziell für das Prozeßrecht die Frage zu stellen, inwieweit nicht auch hier überspannte Sicherheitsanforderungen gestellt werden,<sup>106</sup> oder das Prozeßrecht die diesbezügliche »Gefahrenabwehr« überhaupt selbst regeln muß (vgl. z.B. §§ 303a, 303b StGB). Allenfalls wenn es um sog. Hacker-Attacken geht, die die Computersicherheit generell betreffen oder schützenswerte Rechte von Prozeßbeteiligten oder Dritten (Privatsphäre, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, vgl. z.B. Artt. 1 I, 2 I GG sowie Art. 14 I GG), erscheint ein solcher Aufwand gerechtfertigt, nicht aber, wenn (nur) der Schutz des gesprochenen (bzw. verlesenen) Wortes in zivilgerichtlichen Verfahren in Frage steht, die grundsätzlich öffentlich stattfinden (vgl. §§ 169 ff. GVG). Zwar ist gerade für den Zivilprozeß nicht zu leugnen, daß die Gerichtsöffentlichkeit angesichts von »Aktenprozessen« (zu) oft nur noch reine Formalität ist.<sup>107</sup> Angesichts der freien Zugänglichkeit von Gerichtsverfahren (vgl. zu den Ausnahmen §§ 170 ff. GVG) sollte jedoch gerade bezüglich der Datenvertraulichkeit einmal nach den ernsthaft in Betracht kommenden Gefahren differenziert werden.<sup>108</sup> Soweit es um Daten in zivilgerichtlichen Verfahren geht, wurden bereits (auf dem EDV-Gerichtstag) 1996 Fragen des Datenschutzes in der Rechtspflege in dem Spannungsfeld zwischen den Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder (BDSG, LDSG)<sup>109</sup> und den für die Justiz geltenden rechtsstaatlichen Grundsätzen (insbesondere Öffentlichkeit gem. §§ 169 ff. GVG und richterliche Unabhängigkeit gem. Art. 97 GG) diskutiert.<sup>110</sup> Auch in diesem Zusammenhang wurden Form- und Sicherheitsfragen thematisiert, und zwar insbesondere betreffend Computer-Viren und das mangelnde Sicherheitsbewußtsein der Benutzer.<sup>111</sup> Mehr oder weniger ausgeblendet wurden und

105 Vgl. *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1127.

106 Siehe dazu die Simulationsstudie Rechtspflege (provet/GMD), 1994, zu den Ergebnissen S. 95 ff.; s.a. *Pordesch/M. Schneider*, GMD-spiegel 2/93, S. 35 ff. (zu den »Anwendungsrisiken elektronischer Signaturverfahren«).

107 Zu befürchten ist, daß die Zulassung der Videokonferenz für Gerichtsverfahren (§ 128a ZPO) dies noch untermauert.

108 Siehe etwa zur Publikation von Gerichtsentscheidungen m.w.N. *Hirte*, NJW 1988, S. 1698 ff.

109 Vgl. zur Novellierung des BDSG »im Zeichen des Gemeinschaftsrechts« *Tinnefeld*, NJW 2001, S. 3078 ff. m.w.N.

110 Siehe dazu *Viefhues*, DRiZ 1996, S. 347 f., 348; vgl. zum 4. EDV-Gerichtstag ebenfalls *Viefhues*, DRiZ 1995, S. 433 ff.; sowie zum 12. EDV-Gerichtstag 2003 v. 24.-26.9.2003 NJW-aktuell, NJW 31/2003, S. XVI (sowie unter [www.edvgt.de](http://www.edvgt.de)); vgl. m.w.N. zum »Datenschutz im Zivilprozeß« den gleichnamigen Beitrag von *G. Wagner*, ZZP 108 (1995), S. 193 ff.; s.a. *Prütting*, ZZP 106 (1993), S. 427 ff.; *Dauster/Braun*, NJW 2000, S. 313 ff.; s.a. die Tagung des DRB v. 18.-19.11.1986 zum Thema »Justiz, Datenverarbeitung und Datenschutz«, s. zum Programm DRiZ 1986, S. 278.

111 Vgl. *Viefhues*, DRiZ 1996, S. 347 f., 348; vgl. zur »Datensicherheit« *Burchard*, Anwaltsreport WebGuide 2002, S. 22 ff.; siehe zur Sicherheit im E-Mail-Verkehr z.B. *Bertsch/Stark*, DuD 25 (2001), S. 711 ff.; vgl. zur Haftung für die Weiterverbreitung von Viren durch E-Mails *Koch*, NJW 2004, S. 801 ff. m.w.N.

werden jedoch nach wie vor die grundsätzlichen Fragen im Hinblick auf den Zivilprozeß als »Informations- und Kommunikationssystem«<sup>112</sup> und die Rolle und Reichweite des Datenschutzes im Zivilprozeß.<sup>113</sup> In diesem Rahmen verdient auch das Spannungsverhältnis von Öffentlichkeit (§§ 169 ff. GVG) und Datenschutz Beachtung. Ohne diese Auseinandersetzung vorliegend leisten zu können, sei wenigstens darauf hingewiesen, daß mit dem im Rahmen des JKomG (Art. 11) eingeführten Justizaktenaufbewahrungsgesetz (JustAG) immerhin ein Anliegen des Datenschutzes vom (Verfahrens-)Gesetzgeber aufgegriffen wurde: Schließlich wird mit diesem Justizaktenaufbewahrungsgesetz (das noch im RefE des JKomG Gerichtsaktenaufbewahrungsgesetz, kurz GAAG, hieß) die Aufbewahrung von Gerichtsakten in der Justiz nach Beendigung des gerichtlichen Verfahrens auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, was auch die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder gefordert haben.<sup>114</sup> Dies ist im Sinne eines rechtsstaatlichen Datenschutzes ausdrücklich zu begrüßen. Eine andere Frage ist jedoch, ob mit der Einführung des ERV zusätzliche Gefahren für den Datenschutz begründet wurden. Dieser Datenschutzaspekt betrifft aber vornehmlich den Staat als Adressat und weniger die Gefahr einer elektronischen »Datenausspähung« durch Dritte. Es besteht daher der Eindruck, daß auch die in diesem Zusammenhang geäußerten Warnungen mehr Technikskepsis als realen Bedrohungsszenarien geschuldet sind.

#### 4. Reform des Schriftsatzwesens versus Reform des Verfahrensrechts

Auch diese Fragen münden schließlich in grundsätzliche Überlegungen zu einer (umfassenden) Reform des Verfahrensrechts, die gegenüber einer (beschränkten) Reform der Form oder des Schriftsatzwesens vorzugswürdig ist. Ausgehend davon, daß die strikte Trennung von Information (Beibringung) und Kommunikation (Verhandlung) im Zivilprozeß nicht immer mit der nötigen Schärfe eingehalten wird,<sup>115</sup> und im Zuge dessen, daß die »Verhandlung« (Verhandlungsgrundsatz) auch rechtstatsächlich regelmäßig gegenüber der Beibringung (Beibringungsgrundsatz) zurückbleibt (Stichwort: Aktenprozeß statt Mündlichkeit), ist gerade angesichts der voranschreitenden Elektronifizierung der Justiz ein Eingehen auf diese zentralen Fragen notwendig, die jedoch bisher regelmäßig vernachlässigt werden.<sup>116</sup> Zu fordern ist nämlich, »die Verhandlung« – und damit

112 Siehe dazu (die Dissertationen von) *Werner*, Elektronische Datenverarbeitung und Zivilprozeß, 1995; *Stenz*, Anwendbarkeit von Telekommunikationsmitteln im Prozeß, 1993; s.a. *Werner*, NJW 1997, S. 293 ff.; vgl. auch den Diskussionsbeitrag *Gilles*, bei *Iqbal*, ZZZ 111 (2002), S. 491 ff., 491; zur Information und Kommunikation »nach der visuellen Zeitenwende« *Röhl*, JZ 2003, S. 339 ff.

113 *Gilles* (FS Németh, 2003, S. 557 ff., 567) hat bereits darauf hingewiesen, daß es sich bei dem »real existierenden Zivilprozeß, soweit und so lange dieser sich trotz des angeblich dominierenden Mündlichkeitsprinzips nach wie vor als ein papierener Prozeß« abspielt, um einen »Aktenprozeß« handelt. Folglich handele es sich deshalb bei einem Zivilprozeß »in seinen wesentlichen Elementen um nichts anderes als um ein Datenverarbeitungssystem«.

114 Vgl. Art. 11 des JKomG, zur Begründung, S. 60, 135 ff., 140; s. noch zur Einzelbegründung des RefE S. 104 ff.

115 Vgl. jüngst *N. Fischer*, KritJ 2005, S. 152 ff., 161 ff. m.w.N.

116 Siehe dazu die Diskussionsbeiträge *Gilles* (S. 491), *Greger* (S. 492) und *Leipold* (S. 497), jeweils bei *Iqbal*, ZZZ 111 (2002), S. 491 ff.



den Verhandlungsgrundsatz – (entgegen dem ganz überwiegenden Begriffsverständnis) gerade nicht auf eine bloße Beibringung (Beibringungsmaxime) zu reduzieren,<sup>117</sup> und zwar auch und gerade bei Einführung des ERV. Vielmehr ist der Verhandlungsgrundsatz im Sinne einer Sach- und Rechtskommunikation oder sogar Kooperation (»Kooperationsmaxime«)<sup>118</sup> zu verstehen. Damit verbunden ist ein Verständnis der Verhandlungsmaxime als Prinzip eines richterlich angeregten oder gesteuerten Aushandelns (bargaining, dealing, negotiation) und (damit) Angleichens gegensätzlicher Sach- und Rechtsstandpunkte in Richtung einer gütlichen Konfliktlösung resp. Sacherledigung durch gerichtlichen oder auch außergerichtlichen Vergleich (Konsensfindung), wenigstens aber streitige Verhandlung mit dem Ziel gütlicher Einigung, auch wenn ein richterlicher Machtspruch (als Konflikt-»Entscheidung«) notwendig wird (Akzeptanzprinzip).<sup>119</sup> Im Rahmen von grundsätzlichen Überlegungen zu dem Verhältnis von »Alt« und »Neu« bei der Elektronifizierung der Justiz und von Gerichtsverfahren gilt es auch zu erkennen, daß auch die elektronische Akte nichts Revolutionäres beinhaltet: Auch insoweit geht es nur um den Austausch von Daten, der nicht wie herkömmlich durch Printmedien, sondern elektronisch, d.h. digitalisiert stattfindet.<sup>120</sup> Soweit dabei zunächst nur reine Informationsvorgänge stattfinden, d.h. Datenaustausch erfolgt, ist es letztlich irrelevant, welcher Medien man sich dabei bedient, sofern nur ein zuverlässiger Datenaustausch gewährleistet ist.<sup>121</sup> Soweit und solange es sich bei dem rechtsstatistisch ablaufenden Zivilprozeß – trotz des angeblich dominierenden Mündlichkeitsprinzips (vgl. § 128 ZPO) – um einen »Aktenprozeß« handelt, ist er daher nichts anderes als ein »Datenverarbeitungssystem«, bei welchem Daten – auf welchem Informationsträger auch immer – beschafft, übermittelt, bearbeitet oder sonstwie verwendet werden.

117 Nach dem wohl überwiegenden Begriffsverständnis wird die »Verhandlung« als bloße Beibringung der Tatsachen durch die Parteien, und zwar in der mündlichen Verhandlung (vgl. §§ 127, 128 ZPO) verstanden, s. z.B. *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, 27. Aufl., S. 87; *Musielak*, Grundkurs ZPO, 7. Aufl., S. 64 ff.; a.A. *E. Schmidt*, DRiZ 1988, S. 59 ff.; *E. Schmidt*, DuR 1984, S. 24 ff.; krit zur »Ideologie« *Leipold*, JZ 1982, S. 441 ff.; dagegen *Bender*, JZ 1982, S. 709 ff.

118 Vgl. m.w.N. *B. Hahn*, Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?, 1983; *B. Hahn*, JA 1991, S. 319 ff.; zum Begriff *Bettermann*, ZZZ 91 (1978), S. 365 ff., 391; zur Kooperationsmaxime im Rechtsmittelverfahren *Gilles*, AcP 177 (1977), S. 189 ff., 202 ff.

119 Siehe *Hendel*, DRiZ 1992, S. 91 ff.; umfassend zur »Funktion der mündlichen Verhandlung« *Fezer*, Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß und im Strafprozeß, 1970; s.a. zur Kommunikation *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 88 f. m.w.N.; s. jüngst *N. Fischer/R. Schmidtbleicher*, AnwBl 2005, S. 233 ff., 234 f. m.w.N.

120 Vgl. dazu *Hendel*, [www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 11), der auch darauf hinweist, daß »der Aktenausdruck nie völlig ersetzt werden wird« (Abs. 13). Auch bei Berücksichtigung dessen, daß »Medienbrüche« stets Reibungsverluste verursachen hinsichtlich Zeit, Material und Personal, darf jedoch nicht übersehen werden, daß aufgrund der nach wie vor notwendigen »menschlichen Komponente« bei der justiziellen Bearbeitung von Rechtsstreitigkeiten ein »Bildschirmtext« regelmäßig unkomfortabel zu lesen und auch im übrigen schlecht handhabbar ist. Fraglich ist daher auch, ob auch dem Richter letztlich zugemutet werden darf, ausschließlich am PC zu arbeiten, zumal gerade die Art und Weise der richterlichen »Fallbearbeitung« zum Kernbereich der richterlichen Unabhängigkeit gem. Art. 97 I GG zählt.

121 Siehe dazu auch *Gilles*, FS Németh, 2003, S. 557 ff., 567.

Angesichts der bisherigen Überlegungen und der richterrechtlichen Zulassung auch des Computerfaxes für bestimmende Schriftsätze ist weiterhin die Frage zu stellen, welche Bedeutung dem Unterschriftserfordernis für Schriftsätze überhaupt noch zukommen kann.<sup>122</sup> Es ist nämlich zu fragen, ob nicht angesichts der (bisher nur erhofften) Vorteile und besonders angesichts der (drohenden) Probleme einer elektronischen Akte<sup>123</sup> zunächst einmal das Schriftsatzwesen (oder besser gesagt: »Schriftsatzunwesen«), das bisher nur unzureichend geregelt ist, einer grundlegenden Reform bedarf.<sup>124</sup> Gerade im Zusammenhang mit der Einführung der elektronischen Akte erscheint es sinnvoll, die (gesetzlichen und richterrechtlichen) Regelungen über vorbereitende und bestimmende Schriftsätze einer Neuregelung zuzuführen, wobei das Unterschriftserfordernis vor dem Hintergrund der Zulassung der modernen Kommunikationsmittel (Stichwort: PC-Fax) überdacht werden sollte. Zu berücksichtigen ist dabei jedenfalls, daß die Feststellung, ob eine Unterschrift tatsächlich vom Unterzeichner herrührt, vom Empfänger regelmäßig zunächst nicht sicher beurteilt werden kann. Aus diesem Grund können auch keine höheren Anforderungen an die elektronische Datenübermittlung gestellt werden, sofern nur ein Hinweis auf die Autorenschaft vorhanden ist und diese in Zweifelsfällen zurückverfolgt werden kann. Folglich sollten, schon um ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu vermeiden, herkömmliche und neue Kommunikationsmittel (wie PC-Fax und E-Mail) gerade bei fristwahrenden Schriftsätzen gleichgestellt werden.<sup>125</sup> Nur diese Gleichstellung entspricht dem aus Art. 3 I GG abgeleiteten Gebot prozessualer Waffengleichheit.<sup>126</sup> In diesem Zusammenhang sind auch die vielfältigen Signaturpflichten im ERV zu überdenken, da diese die Schnelligkeit und Effektivität der innerprozessualen Information und Kommunikation zumindest behindern. Gerade weil die Justiz nicht auf schnelle und preiswerte Übertragungswege verzichten sollte, ist zumindest für eine Übergangszeit zu fragen, ob und inwieweit ein Beharren am qualifizierten Signaturerfordernis im ERV sinnvoll ist. Als Vorbild für eine solche (erste) Reform des Schriftsatzwesens kann dabei etwa das englische Prozeßrecht dienen, das in Part 5.3. der Civil Procedure Rules z.B. die Reproduktion durch Computer genügen läßt, wo immer es einer Unterschrift im Rechtsverkehr mit dem Gericht bedarf.<sup>127</sup> Zwar kann die konkrete Ausgestaltung einer notwendigen Schriftsatzreform im vorliegenden Rahmen nicht geleistet werden, je-

122 Siehe dazu bereits *Lindemeyer*, Der Verzicht auf das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift im deutschen Prozeßrecht, 1985; siehe für das Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO) bereits die Ausnahme von § 690 II in § 690 III ZPO.

123 Vgl. dazu *Suermann*, DRiZ 2001, S. 291 ff. m.w.N.

124 Siehe *Suermann*, DRiZ 2001, S. 291 ff.; *Hendel*, [www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 1 ff.); s.a. *Stadler*, ZZP 111 (2002), S. 413 ff., 417.

125 Vgl. auch m.w.N. *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff.; dazu wiederum diff. *M. Schmidt*, BB 1999, S. 1125 ff., 1127. Dabei ist zu überlegen, inwieweit dem E-Mail-Verkehr nicht noch ein größerer Stellenwert beigemessen werden soll: Entgegen dem JKomG sollten E-Mails nicht lediglich bloßen formlosen Mitteilungen vorbehalten bleiben, da insbesondere die spezifische E-Mail-Eigenschaft der Verknüpfung der Schnelligkeit eines Telefonats mit der »Schriftlichkeit« eines Briefes zu wenig Beachtung findet.

126 Vgl. den Diskussionsbeitrag von *Greger* bei *Iqbal*, ZZP 111 (2002), S. 491 ff., 492.

doch ist wenigstens kurz auf einen diesbezüglichen Reformvorschlag hinzuweisen: Es wurde nämlich bereits vorgeschlagen, das Schriftsatzwesen dergestalt zu reformieren,<sup>128</sup> daß anwaltliche Schriftsätze jedenfalls im Zivilprozeß – in Anlehnung an das englische Pleading-System<sup>129</sup> – einen so präzisen Aufbau und eine innere Ordnung (etwa Trennung nach Tatsachen- und Rechtsvortrag) aufweisen sollen, daß sie derart formalisiert auch strukturiert erfaßt werden können und auf diese Weise elektronische Akten automatisch generiert werden können. Problematisch ist dabei jedoch, daß bereits der Gedanke einer strikten Trennung von Tatsachen- und Rechtsstoff nicht stringent durchgeführt werden kann: Zwar ist die deutsche (Zivil-)Rechtskultur immer noch stark beeinflußt von der Idee des »richtigen« Rechts, das als solches auch zwingend verläßlich und ex ante prognostizierbar sein soll. Ist dieses sog. Subsumtionsmodell bereits früher zu Recht in Frage gestellt worden,<sup>130</sup> verdient die Kritik daran gerade in den (heutigen) Zeiten eines immer komplexer werdenden Rechtssystems in einem immer stärkerem Maße Beachtung: Die Unsicherheiten, Unwägbarkeiten und offenen Fragen werden letztlich im Streitfall im Wege der Sachverhaltsrekonstruktion und Normanwendung durch das erkennende Gericht konkretisiert und im Instanzenzug schließlich verbindlich gemacht.<sup>131</sup> Dies zeigt nicht nur exemplarisch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum rechtlichen Gehör (Art. 103 I GG) im Zivilprozeß,<sup>132</sup> sondern wird plastisch in der Vorstellung vom Zivilprozeßrecht als »materielem Rechtsgewinnungsrecht«. Dementsprechend ist und bleibt die angestrebte Trennbarkeit von Tatsachen und Recht im Sinne von »da mihi factum, dabo tibi ius« auch insoweit Fiktion. Vielmehr werden Tatsachen eben gemäß der (gewünschten) rechtlichen Würdigung »aufbereitet« und »präsentiert«. <sup>134</sup> Folglich ist aber auch der Nutzen einer Reform des Schriftsatzrechts mit einem solchen Strukturierungsansatz (»strukturierter Parteivortrag«<sup>135</sup>) zweifelhaft und erinnert zudem an längst überwundene Zeiten einer formalisierten Prozeßstruktur (Stichwort: Eventual-

127 Vgl. den Wortlaut von Part 5.3.: »Where any of these Rules or any practice direction requires a document to be signed, that requirement shall be satisfied, if the signature is printed by computer or other mechanical means.« Siehe dazu *Stadler*, ZZP 111 (2002), S. 413 ff., 418 (sowie S. 435 ff. zur Vorreiterrolle der USA bei Videotechnik und Computeranimationen im Zivilprozeß).

128 Siehe den Vorschlag von *Hendel*, [www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 15 ff.).

129 Vgl. dazu nur *Cohn*, ZZP 73 (1960), S. 324 ff.

130 Siehe nur *Gilles*, JuS 1981, S. 402 ff., 408 m.w.N.

131 Darauf weist auch *Hendel* selbst hin, vgl. [www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 7).

132 Vgl. z.B. BVerfGE 81, 97 ff., 105 ff.; 59, 330 ff., 333 ff.

133 *Gilles*, JuS 1981, S. 402 ff., 408; s.a. *Gilles*, FS Schiedermaier, 1976, S. 183 ff., 192.

134 Dies hat *Bernhard Hahn* in seiner Frankfurter Habilitationsschrift zu den »Anwaltlichen Rechtsausführungen im Zivilprozeß« eindrucksvoll belegt. Vgl. *B. Hahn*, Anwaltliche Rechtsausführungen im Zivilprozeß, 1998, insb. S. 430 ff.

135 Vgl. *Hendel*, [www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 15); zu strukturiertem Parteivortrag und elektronischer Akte m.w.N. *Bender/Schwarz*, CR 1994, S. 372 ff.; *Schnelle/Bender*, DRiZ 1993, S. 97 ff.

maxime).<sup>136</sup> Zu fordern bleibt aber, daß künftige Reformen des Schriftsatzrechts zum einen (überholte) prozessuale Formvorschriften, zum anderen die Gleichstellung gleichwertiger Informationsmittel zu ihrem Gegenstand machen. Nicht nur prozessuale Formen, sondern auch prozessuale Inhalte verdienen jedoch reformerische Aufmerksamkeit: Überlegenswert erscheint daher der Vorschlag von *Hendel*, unterschiedliche Verfahrensregeln und damit Verfahrensabläufe für verschiedene Arten von Rechtsstreitigkeiten zu schaffen, wobei der mündlichen Verhandlung im Gegensatz zur heutigen Praxis des Zivilprozesses eine zentrale Bedeutung zukommen soll.<sup>137</sup>

## V. Fazit und Ausblick

Gerade vor dem Hintergrund eines (hier zugrundelegten) »Verhandlungs«-Verständnisses erscheint ein differenzierendes Verfahrensmodell, wie es von *Hendel* vorgeschlagen wird, schon deshalb erwägenswert, weil es nicht nur die Rechtstatsachen im Zivilprozeß berücksichtigt, sondern auch eine strenge Formalisierung trotz Verwendung elektronischer Akten vermeidet. Dies geschieht nämlich im Wege der Stärkung der mündlichen Verhandlung und korrespondierend dazu einer Verhandlungsmaxime, die diesen Namen dann wieder verdient.<sup>138</sup> Es stehen somit also Inhalte und nicht Formen von Verfahren im Vordergrund, und der Zivilprozeß wird auch als differenziertes Informations- und Kommunikationssystem<sup>139</sup> erfaßt. Mit diesem Verfahrensverständnis untrennbar verbunden ist die Frage, welche Art von Präsenz im Gerichtsverfahren künftig erforderlich sein soll. Gerade die derzeitige Notwendigkeit körperlicher Präsenz am Verhandlungs- und damit Terminsort (vgl. §§ 128, 137 ZPO) erscheint angesichts der neuen technischen Möglichkeiten (vgl. z.B. § 128a ZPO für die Videokonferenz) als überholt. Dies hat wiederum erhebliche Auswirkungen auf das Verständnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens und damit auf die Rolle des Mündlichkeitsgrundsatzes in einem (zukünftigen) elektronischen Gerichtsverfahren. Für die Zukunft ist daher zu überlegen, welches Mündlichkeitsverständnis angesichts der vielfältigen Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten für den Zivilprozeß zugrundegelegt ist. Es geht damit also auch um die Frage nach der Art und Weise künftiger prozessualer Information und Kommunikation.

Angesichts der zum bisherigen Reformprocedere beim ERV geäußerten Kritik ist jedenfalls die Stärkung der mündlichen Verhandlung notwendig und damit einer Ver-

136 Siehe dazu *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, 27. Aufl., S. 111 f. m.w.N.

137 Vgl. eingehend *Hendel*, [www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 19 ff.); vgl. dazu *N. Fischer*, KritJ 2005, S. 152 ff., 159 f. m.w.N.

138 Siehe *Hendel*, unter [www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 35 ff.); sowie *Hendel*, DRiZ 1992, S. 91 ff.; s.a. *Wassermann*, RuP 1977, S. 1 ff.

139 Vgl. *Gilles*, bei *Iqbal*, ZZP 111 (2002), S. 491 ff., 491; *B. Hahn*, Anwaltliche Rechtsausführungen im Zivilprozeß, 1998, S. 430 ff.; s.a. *Hoffmann-Riem*, RuP 1998, S. 1 ff., 5; siehe insbesondere *Werner*, Elektronische Datenverarbeitung und Zivilprozeß, 1995; *Stenz*, Anwendbarkeit von Telekommunikationsmitteln im Prozeß, 1993; *Werner*, NJW 1997, S. 293 ff.; sowie *Gilles*, bei *Iqbal*, ZZP 111 (2002), S. 491 ff., 491.

handlungsmaxime,<sup>140</sup> die diesen Namen dann wieder verdient.<sup>141</sup> Somit stehen Inhalte und nicht Formen von Verfahren im Vordergrund. Zur Überwindung der bislang vorherrschenden Formdominanz ist folglich das Verfahrensrecht selbst in den Mittelpunkt von Reformüberlegungen zu stellen. Dabei sollten Nutzer- und besonders Bürgerfreundlichkeit beim Zugang zum Elektronischen Rechtsverkehr im Vordergrund stehen, schon weil die Justiz-Elektronifizierung unmittelbar die verfassungsrechtlich relevante Frage des effektiven Zugangs zur Justiz und damit die Justizgewährung insgesamt betrifft (vgl. Artt. 2 I, 19 IV, 20 III, 101 I 2, 103 I GG). In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, daß es in der Justizreformdebatte der sechziger und siebziger Jahre um die Qualität des Rechtsschutzes durch die Entwicklung einer sozialen und humanen »Justizkultur« ging,<sup>142</sup> während dies bei der Einführung des ERV bisher kaum eine Rolle zu spielen scheint. Wünschenswert wäre also, daß künftige Reformpläne zum E-Prozeßrecht und ERV auch diese Überlegungen aufgreifen und sich nicht – wie das JKomG – in bloßen »Form-Reformen« erschöpfen.

<sup>140</sup> Vgl. dazu auch *Hahn*, JA 1991, S. 319 ff.

<sup>141</sup> Siehe *Hendel*, unter [www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 35 ff.); sowie *Hendel*, DRiZ 1992, S. 91 ff.; s.a. *Wassermann*, RuP 1977, S. 1 ff.

<sup>142</sup> Siehe dazu z.B. *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, insb. S. 49 ff.; s.a. *Gilles* (Hg.), Humane Justiz, Die deutschen Landesberichte zum ersten internationalen Kongreß für Zivilprozeßrecht in Gent 1977, 1977; s.a. *Olters*, DRiZ 1988, S. 50 ff.; *Keyl*, DRiZ 1988, S. 55 ff.; *E. Schmidt*, DRiZ 1988, S. 59 ff.; zur »Justiz im Dienst des Menschen« *Kissel*, DRiZ 1991, S. 269 ff.; vgl. zu den (verschiedenen) Justiz-Reform und -Modernisierungsdebatten m.w.N. auch *Wassermann*, RuP 1996, S. 206 ff.; *Weth*, NJW 1996, S. 2467 ff.; *Wassermann*, RuP 1998, S. 22 ff.; siehe zur »Zukunft der Justizpolitik« (den gleichnamigen Beitrag von) *Hoffmann-Riem*, RuP 1998, S. 1 ff.; s. zur »Justiz in der Krise« *Geiger*, DRiZ 1996, S. 32.