

MÜLLER



Digitale Sozialverwaltung

Leitfaden für die Praxis

 BOORBERG

Digitale Sozialverwaltung

Leitfaden für die Praxis

Prof. Dr. Henning Müller
Direktor des Sozialgerichts Darmstadt

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek |
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

1. Auflage, 2024

PRINT-ISBN 978-3-415-07526-9

E-ISBN 978-3-415-07527-6

© 2024 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zu-
gelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt ins-
besondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikro-
verfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen
Systemen.

Titelfoto: © Suelzengenappel – stock.adobe.com |

Satz: abavo GmbH, Nebelhornstraße 8, 86807 Buchloe

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden

www.boorberg.de

Vorwort

„Der größte Feind des Wissens ist nicht Unwissenheit, sondern die Illusion, wissend zu sein.“

Stephan Hawking

Die öffentliche Verwaltung beginnt nicht mit der Digitalisierung. Sie ist mitten drin. Der elektronische Rechtsverkehr wurde mit dem eJustice-Gesetz zwangsweise für Behörden, die Rechtsanwaltschaft und die Gerichte eingeführt, nachdem sich seit der rechtlichen Möglichkeit zur digitalen Kommunikation auf freiwilliger Basis nicht viel getan hat. Die Coronapandemie hat gezeigt, dass Homeoffice nur mit elektronischen Akten sinnvoll funktioniert. Und der vom Fachkräftemangel geplagte Arbeitsmarkt verlangt Homeoffice und eine zeitgemäße Büroausstattung von einem attraktiven Arbeitgeber. Die Digitalisierung ist kein Projekt mehr mit einem unbestimmten Enddatum, sondern sie ist die aktuelle Realität.

Die öffentliche Verwaltung – gerade die Sozialverwaltung – geht mit hochsensiblen Daten um. Bürgerinnen und Bürger vertrauen auf ihre IT-Sicherheit in einem Umfeld, in dem gerade staatliche Akteure in das Fadenkreuz von Verschlüsselungstrojanern der Organisierten Kriminalität oder feindseligen Nationen treffen. Sozialrecht bedeutet Sicherung der physischen Existenz, bspw. im Krankversicherungsrecht, des soziokulturellen Existenzminimums im Grundsicherungsrecht, der Beitragsstabilität der Sozialversicherung, der Gleichheitsgrundrechte, der Berufsfreiheit, letztlich der Menschenwürde – und damit des gesellschaftlichen Friedens. Angrenzende Rechtsgebiete im Gefahrenabwehrrecht schützen nicht weniger als die Grundfesten unseres Staates.

Die öffentliche Verwaltung muss deshalb funktionsfähig und effizient sein. Sie muss zeitgemäß arbeiten. Sie muss digital arbeiten. Das tut sie seit Jahren.

Und trotzdem fehlt es in der öffentlichen Verwaltung an vielen Stellen an grundlegendem Wissen, an vernetztem Wissen zu Digitalisierung. Hierbei soll dieses Handbuch unterstützen. Speziell für die Sozialverwaltung werden sämtliche Herausforderungen der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung vom elektronischen Rechtsverkehr in gerichtlichen Verfahren und dem Verwaltungsverfahren bis zur elektronischen Akte mit ihren Auswirkungen für das Beweisrecht und ihren spezifischen Herausforderungen, wie dem Scanning, vollständig vertieft, aber auch handbuchartig verständ-

lich dargestellt. Dieses Handbuch soll Nachschlagewerk für den Alltag und die Projektarbeit sein, gleichermaßen Führungskräften, Rechtsabteilung und Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeitern dienlich sein.

Die Idee ist es, dass Leserinnen und Leser Aspekte entdecken, die bisher in der Digitalisierung noch nicht in PowerPoint-Präsentationen und Projektplänen aufgetaucht sind. Ich hoffe, es hilft Scheuklappen abzusetzen, den Blick zu weiten, links und rechts zu schauen – und nicht der Illusion zu erliegen, dass es jeder Arbeitsgruppe am grünen Tisch gelingt, an alles zu denken.

Rechtsstand dieses Handbuchs ist der 1. Oktober 2023. Bitte unterliegen Sie auch nicht der Illusion, dass dieser Rechtsstand endgültig ist. Die Rechtsprechung entdeckt die Digitalisierung gerade erst für sich. Der zweitgrößte Feind des Wissens dürfte deshalb sein, das Wissen um die Digitalisierung nicht aktuell zu halten.

November 2023

Henning Müller

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Einführung	11
A. Elektronischer Rechtsverkehr im Sozialgerichtsprozess	15
I. Die prozessuale Stellung der Behörde als Beklagte	16
II. Digitale Form- und Fristvoraussetzungen	18
1. Normtext	18
2. Formvoraussetzungen des elektronischen Rechtsverkehrs gem. § 65a SGG	20
3. Fristwahrung im elektronischen Rechtsverkehr, § 65a Abs. 5 SGG	78
III. Die aktive Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs, § 65d SGG.	83
1. Persönlicher Anwendungsbereich der aktiven Nutzungspflicht	85
2. Sachlicher Anwendungsbereich der aktiven Nutzungspflicht	90
3. Ersatzeinreichung bei technischer Unmöglichkeit	92
IV. Behördliche Sorgfaltspflichten im elektronischen Rechtsverkehr	95
1. Anforderungen an die behördliche Organisation	96
2. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	104
V. Elektronische Zustellungen durch das Gericht	106
1. Rechtsgrundlagen des elektronischen Zustellungsrechts	107
2. <i>Muss</i> -Verpflichtete	108
3. <i>Soll</i> -Verpflichtete	109
4. Zustimmungsberechtigte Teilnehmer	110
5. Heilung von Zustellungsmängeln	110
6. Das elektronische Empfangsbekanntnis (eEB)	111
B. Elektronischer Rechtsverkehr im Sozialverwaltungsverfahren, § 36a SGB I	117
I. Grundlagen des Sozialverwaltungsverfahrens / Normtext	117
1. Geltungsbereich: Erstantrag, Amtsermittlung, Widerspruchsverfahren	120
2. Formfreiheit des Verwaltungshandelns	121
3. Amtsermittlungsprinzip	123

II.	Der elektronische Posteingang der Behörde	125
1.	Elektronische Übermittlungswege der Behörde	125
2.	Eröffnung eines elektronischen Zugangs durch die Behörde	127
3.	Sonderregelungen bei schriftformbedürftigen Schreiben	133
4.	Prüfung von Formmängeln / „Herrin des Vorverfahrens“	140
III.	Der elektronische Postausgang der Behörde	142
1.	Widmung eines elektronischen Zugangs durch den Bürger	143
2.	Das Onlinezugangsgesetz	144
3.	Sonderregelungen für schriftformbedürftige Verwaltungsakte	147
4.	Rechtbehelfsbelehrungen der Behörde	149
IV.	Datenschutz im Verwaltungsverfahren	152
1.	Das Volkszählungsurteil des BVerfG	152
2.	Bedeutung des Sozialdatenschutzes in der Digitalisierung	154
3.	Das Sozialgeheimnis im SGB I und SGB X	155
4.	Rechtsfolgen der Verletzung des Sozial- geheimnisses, §§ 81 ff. SGB X	158
5.	Verhältnis zwischen dem nationalen Datenschutzrecht und der DSGVO	159
6.	Strafrechtlicher Sozialdatenschutz gem. § 203 StGB	159
V.	IT-Sicherheit im Verwaltungsverfahren	163
C.	Elektronische Behördenakten	165
I.	Funktionen der (elektronischen) Behördenakte	166
1.	Rechtsfolgen von Qualitätsmängeln der eAkte	168
2.	Authentizität der eAkte	170
3.	Integrität und Stabilität der eAkte	170
4.	Vollständigkeit der eAkte	173
5.	Kein Anspruch auf Papier	176
6.	Das Dateiformat der elektronischen Verwaltungsakte	177
II.	Digitalisierung papiergebundener Vorgänge	178
1.	Begriffsbestimmung im Scanvorgang	179
2.	Rechtliche Grundlagen des Scannens	180
3.	Bildliche und inhaltliche Übereinstimmung	181
4.	Beweisführung mit gescannten Dokumenten nach den Regelungen der ZPO	181
5.	Anforderungen an die Verfahrensdokumentation	183

6.	Elektronische Sicherungsmittel	206
7.	Zusammenfassung der rechtlichen Anforderungen an den Scanprozess	207
8.	Rechtssicheres Scannen oder hybride Aktenführung . . .	208
III.	Akteneinsicht in elektronische Verwaltungsakten	208
1.	Rechtsgrundlagen der Akteneinsicht	209
2.	Aktenausdruck.	211
3.	Wiedergabe der Dokumente am Bildschirm.	212
4.	Übermittlung an den Akteneinsichtsberechtigten	213
5.	Zugriffsgewährung auf die Akten	214
6.	xJustiz-Akten	215
D.	Checklisten, Übersichten und Formulierungsbeispiele	217
I.	Elektronischer Rechtsverkehr mit der Justiz	217
1.	Prüfung der Formvoraussetzungen im elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz, § 65a SGG	217
2.	Der Prüfvermerk des EGVP-Systems.	218
3.	Voraussetzungen der Ersatzeinreichung gem. § 65d Satz 3 und 4 SGG	219
4.	Kommunikationsbeziehungen in der EGVP-Infrastruktur	219
II.	Elektronischer Rechtsverkehr im Verwaltungsverfahren	220
1.	Eröffnung des Zugangs, § 36a Abs. 1 SGB I	220
2.	Welche technischen Zugänge kommen in Betracht?	221
3.	Checkliste für das Verwaltungsverfahren	221
4.	Formulierungsbeispiele für Rechtsbehelfsbelehrungen. .	222
5.	Checkliste für den Umgang mit eingehenden elektronischen Dokumenten	223
	Stichwortverzeichnis	225

Einführung

Was „eJustice“ für die Justiz ist, ist „**eGovernment**“ für die öffentliche Verwaltung. Das hierzu ergangene Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz – EGovG)¹ und entsprechende Landesgesetze sollen die Erwartungen der Allgemeinheit befriedigen, die Dienste der **öffentlichen Verwaltung** auch elektronisch in Anspruch zu nehmen. Die wichtigsten Rechtsgrundlagen finden sich in dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG, den Landes-Verwaltungsverfahrensgesetzen und dem SGB I bzw. dem SGB X) sowie dem Onlinezugangsgesetz (OZG).

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum OZG aus dem Jahr 2012 stellt fest, es sei ein **Gebot der Bürgernähe**, dass staatliche Verwaltungen Bürgerinnen und Bürgern im privaten, ehrenamtlichen und wirtschaftlichen Alltag die Möglichkeiten zur Nutzung elektronischer Dienste erleichtern. Es handele sich dabei um ein Angebot. Angesichts der nach wie vor unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeit und Nutzungsfähigkeiten elektronischer Kommunikationsmöglichkeiten in der Bevölkerung dürften elektronische Medien nicht die einzige Zugangsmöglichkeit der Bürgerinnen und Bürger zur öffentlichen Verwaltung sein. Elektronische Verwaltungsdienste könnten aber einen bedeutenden Beitrag zur Verwaltungsmodernisierung und zum Bürokratieabbau sowie zur Schonung der natürlichen Ressourcen leisten. Ziel des Gesetzes sei es, durch den Abbau bundesrechtlicher Hindernisse die elektronische Kommunikation mit der Verwaltung zu erleichtern. Das Gesetz solle dadurch über die föderalen Ebenen hinweg Wirkung entfalten und Bund, Ländern und Kommunen ermöglichen, einfachere, nutzerfreundlichere und effizientere elektronische Verwaltungsdienste anzubieten. Die Anwendung moderner Informations- und Kommunikationstechnik (IT) in öffentlichen Verwaltungen innerhalb staatlicher Institutionen und zwischen ihnen sowie zwischen diesen Institutionen und Bürgerinnen und Bürgern bzw. Unternehmen solle verbessert und erleichtert werden. Dies müsse mit Veränderungen in den Geschäftsprozessen der öffentlichen Verwaltung einhergehen. Medienbruchfreie Prozesse vom Antrag bis zur Archivierung sollten möglich werden. Dabei sollten Anreize geschaffen werden, Prozesse nach den Lebenslagen von Bürgerinnen und Bürgern sowie nach den Bedarfslagen von Unternehmen zu strukturieren und nutzerfreundliche, ebenenübergreifende Verwaltungsdienstleistungen „aus einer Hand“ anzubieten. Ebenso sollten Rechtsunsicherheiten beseitigt werden.

1 BGBl. I 2013, 2749.

Hierzu solle die **elektronische Kommunikation** mit der Verwaltung erleichtert werden, indem die Schriftform neben der qualifizierten elektronischen Signatur auch durch zwei andere sichere Verfahren ersetzt werden kann: Das erste dieser zugelassenen Verfahren betrifft von der Verwaltung zur Verfügung gestellte Formulare, welche in Verbindung mit sicherer elektronischer Identifizierung der oder des Erklärenden übermittelt werden; eine sichere elektronische **Identifizierung** wird insbesondere durch die Online-Ausweisfunktion (**eID-Funktion**) des neuen Personalausweises gewährleistet (vgl. § 18 des Personalausweisgesetzes, nach § 12 des eID-Karte-Gesetzes oder nach § 78 Abs. 5 des AufenthG). Das zweite zugelassene Verfahren ist die **De-Mail** in der Versandoption nach § 5 Abs. 5 des De-Mail-Gesetzes, welche eine „sichere Anmeldung“ (§ 4 Abs. 1 Satz 2 des De-Mail-Gesetz) des Erklärenden voraussetzt. Ferner wird aktuell für den sozialrechtlichen Bereich die **elektronische Identität** als elektronisches Zertifikat oder mit der elektronischen Gesundheitskarte nach § 291 Abs. 2a SGB V etabliert.

§ 2 Abs. 1 EGovG schafft das **Freiwilligkeitsprinzip** für die Eröffnung der elektronischen Kommunikation **vonseiten der Behörden** weitgehend ab.² Die EGovG der Länder sind teilweise noch deutlich strenger. **Für den Bürger** verbleibt es bei der **freiwilligen Zugangseröffnung** im Sinne des § 3a Abs. 1 VwVfG und § 36a Abs. 1 SGB I. Die Eröffnung eines Zugangs setzt zum einen als objektive Komponente die technische Kommunikationseinrichtung, also z. B. die Verfügbarkeit eines elektronischen Postfachs bzw. Internet-Anschlusses, zum anderen als subjektive Komponente zusätzlich die Eröffnung dieses Zugangs voraus. Letzteres geschieht durch entsprechende „Widmung“ des Empfängers, die ausdrücklich oder konkludent erfolgen kann. Erforderlich ist, dass der Empfänger seine Bereitschaft, elektronische Mitteilungen entgegenzunehmen, hinreichend zum Ausdruck bringt. Aus dem Wortlaut der Vorschrift („soweit“) ergibt sich, dass die Eröffnung auch mit Einschränkungen, z. B. nur für ein bestimmtes Dokument, in einer bestimmten Angelegenheit oder nur hinsichtlich einer von mehreren E-Mail-Adressen erklärt werden kann.³

Ein weiterer Schwerpunkt des EGovG liegt bei der **elektronischen Aktenführung** und dem hierfür zu errichtenden IT-Umfeld. Nach § 6 Satz 1 EGovG *sollen* die Bundesbehörden ihre Akten elektronisch führen. Damit Papierdokumente sukzessive entbehrlich werden, regelt § 7 EGovG das sogenannte ersetzende Scannen. § 13 EGovG widmet sich der Verwendung elektronischer Formulare, beschränkt sich dabei aber auf Fragen der Schrift-

2 Müller, ZFSH-SGB 2019, 73.

3 Müller in: jurisPK-ERV Band 3, 1. Aufl., § 3a VwVfG Rn. 34.

form.⁴ § 6 Satz 1 EGovG – also die Soll-Verpflichtung zur elektronischen Aktenführung – trat am 1.1.2020 in Kraft, steht aber gem. § 6 Satz 2 EGovG ohnehin unter dem Wirtschaftlichkeitsvorbehalt.

Ganz anders ist die Ausgangslage im **elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten**. Hier ergibt sich vor allem für Behörden, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte und mehr und mehr weitere sog. professionelle Verfahrensbeteiligte eine gesetzliche Pflicht zur elektronischen Kommunikation (**aktive Nutzungspflicht**) bzw. eine Pflicht, elektronische Posteingänge gegen sich gelten zu lassen (**passive Nutzungspflicht**). Die zugelassenen Übermittlungswege sind gesetzlich festgelegt, § 65a SGG i. V. m. § 4 Abs. 1 Elektronische Rechtsverkehrsverordnung (ERVV). Ferner gibt es gesetzliche Formvorschriften für den Unterschriftersatz durch qualifizierte elektronische Signatur oder die Nutzung sog. sicherer Übermittlungswege, § 65a Abs. 3, 4 SGG und für bearbeitbare Dateiformate, § 65a Abs. 2 SGG i. V. m. § 2 ERVV.

Der sog. **eJustice-Prozess** ist aufgrund der „sportlichen“ Inkrafttretensvorschriften zunächst deutlich dynamischer verlaufen als die Transformation in der Verwaltung. Zwar wurde § 65a SGG bereits durch das Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz)⁵ im Jahr 2001 in das SGG eingeführt. Flächendeckend in Gang kam die elektronische Kommunikation aber erst ab 2013. Die **Abschaffung des sog. Länderflickenteppichs**, d. h. die nicht bundeseinheitlichen Vorschriften zum elektronischen Rechtsverkehr, war eine der herausragendsten Errungenschaften des Gesetzes zur Förderung des Elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (ERVGerFöG, sog. **eJustice-Gesetz**).⁶ Hierdurch wurde § 65a SGG mit Wirkung zum 1.1.2018 vollständig umgestaltet und gleichzeitig mit den Parallelvorschriften in den übrigen großen Prozessordnungen harmonisiert.

Am 7.7.2021 wurde das **Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften** verkündet.⁷ Mit dabei: zwei sehr praxisrelevante Ergänzungen für den Elektronischen Rechtsverkehr: das **Kanzleipostfach für Rechtsanwaltsgesellschaften** und das besondere elektronische Steuerberaterpostfach (**beSt**).

4 Heckmann/Albrecht, ZRP 2013, 42, 43.

5 BGBl. I 2005, 837.

6 BGBl. I 2013, 3786.

7 BGBl. I 2021, 2363.

Am 17.9.2021 hat das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten (**ERV-AusbauG**) den Bundesrat passiert.⁸ Wesentlicher Inhalt des ERV-AusbauG ist die Zurverfügungstellung sicherer Übermittlungswege für zusätzliche Personengruppen: **§ 65a Abs. 4 Nr. 4 SGG** führt das elektronische Bürger- und Organisationenpostfach (**eBO**) ein. Es handelt sich um eine EGVP-basierte Kommunikation. Das Postfach wird gem. § 11 Abs. 1 ERVV durch eine Landesbehörde freigeschaltet, nachdem der Postfachinhaber ein Identifizierungsverfahren gem. § 11 Abs. 2 ERVV durchlaufen hat. Hierfür sind bspw. der Identitätsnachweis des (neuen) Personalausweises, ein qualifiziertes elektronisches Siegel oder ein Identifizierungsverfahren bei einem Notar vorgesehen. **§ 65a Abs. 4 Nr. 5 SGG** verbindet die Justizkommunikation mit den Verwaltungsportalen nach dem Onlinezugangsgesetz (**OZG**). Insbesondere der Bürger kann also die dann bereits bestehenden Zugänge zu Verwaltungsportalen auch für das Prozessrecht nutzen. Ferner wurden die **Dateiformatvorschriften** deutlich vereinfacht; vorgeschrieben ist nunmehr vor allem noch die grundsätzliche Nutzung des Dateiformats **PDF**.

Die Kenntnis der Form- und Fristvoraussetzungen ist für Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter in der öffentlichen Verwaltung unabdingbar. Die Anforderungen zu prüfen ist Teil der juristischen Fallbearbeitung, auch wenn die diesbezüglichen Fragen letztlich von technischen Begriffen überlagert sind.

8 Überblick und Kritik: <https://ervjustiz.de/gesetzentwurf-zu-einem-gesetz-zum-ausbau-des-erv> (abgerufen am 27.12.2021); siehe ferner: Müller, RD 2021, 486; Müller, FA 2021, 35; Müller, FA 2021, 101; D. Müller/Gomm, jM 2021, 266; D. Müller/Gomm, jM 2021, 222.

A. Elektronischer Rechtsverkehr im Sozialgerichtsprozess

Die elektronische Kommunikation mit den Gerichten (**elektronischer Posteingang des Gerichts**) und vonseiten der Gerichte (**elektronischer Postausgang**) ist der sog. „elektronische Rechtsverkehr“. Seit dem 1.1.2018⁹ sind mit Ausnahme des Bundesverfassungsgerichts und einiger Landesverfassungsgerichte alle deutschen Gerichte faktisch und auch rechtsverbindlich elektronisch erreichbar. Nicht wenige Gerichte drucken aber – ähnlich einem Telefaxeingang – das elektronische Dokument immer noch aus und einige Gerichte senden auch weiterhin ausschließlich Telefaxe oder Briefpost an die Verfahrensbeteiligten zurück. Die Vorgaben des sog. „eJustice-Gesetzes“¹⁰ werden durch diese „**elektronische Sackgasse**“ aber bereits erfüllt; die Gerichte sind im Postausgang nicht zur Verwendung des elektronischen Rechtsverkehrs verpflichtet (keine aktive Nutzungspflicht der Gerichte). Von einem echten elektronischen Rechtsverkehr dürfte hingegen nur dann geredet werden, wenn dieser auch bidirektional erfolgt, also nicht nur elektronische Posteingänge vom Gericht entgegengenommen werden, sondern das Gericht auch selbst elektronisch versendet. Gerade die **Sozialgerichtsbarkeit** ist aber bundesweit sehr modern aufgestellt, arbeitet in den meisten Bundesländern bereits mit elektronischen Gerichtsakten und verfügt flächendeckend über die technischen Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation. Dies liegt vor allem daran, dass in den meisten Bundesländern das besonders moderne Justizfachverfahren EUREKA-Fach in der Sozialgerichtsbarkeit eingesetzt wird.

§ 173 Abs. 1 ZPO¹¹ erlaubt unmittelbar die **förmliche elektronische Zustellung** gegen (elektronisches) Empfangsbekanntnis und mittelbar (als logisches Minus) die einfache elektronische Übersendung an Personen, an die gegen Empfangsbekanntnis zugestellt werden darf (§ 173 Abs. 2 ZPO – die sog. professionellen Verfahrensbeteiligten), oder an Personen, die einer elektronischen Zustellung ausdrücklich zugestimmt haben (§ 173 Abs. 4 ZPO).

Der elektronische Postausgang der Gerichte ist auch zulässig und wirksam, wenn ein professioneller Verfahrensbeteiligter (vgl. § 173 Abs. 2 ZPO) zwar über ein den Anforderungen entsprechendes elektronisches Postfach ver-

9 Von einem Opt-out bis 1.1.2020 hatten einige Bundesländer für das Strafrecht gem. § 15 EGStPO Gebrauch gemacht. Vgl. Kegel, in jurPC Web-Dok. 155/2017. Eine Liste der Opt-out-Erklärungen wurde von der BRAK bereitgestellt: <https://bea.brak.de/bea-und-erv/achtung-opt-out/>.

10 Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten, BR-Drs. 500/13.

11 In der Fassung des ERV-AusbauG.

fügt, gegenüber dem Gericht aber tatsächlich gar keine elektronische Kommunikation betreibt – und eigentlich auch nicht betreiben will. Dieses Vorgehen nennt man den „**initiativen elektronischen Rechtsverkehr**“ oder die sog. „**passive Nutzungspflicht**“ eines eröffneten elektronischen Kommunikationskanals.

Seit dem 1.1.2018 sieht das Gesetz die förmliche Zustellung gegen (**elektronisches**) **Empfangsbekanntnis** nur noch über einen sicheren Übermittlungsweg gem. § 65a Abs. 4 SGG vor, vgl. § 173 Abs. 1 ZPO. Die in § 173 Abs. 2 ZPO genannten Personen und Personengruppen sind sogar verpflichtet, einen „sicheren Übermittlungsweg“ einzurichten. Zur Mitwirkung an Zustellungen sind Behörden aufgrund des Rechtsstaatsprinzips und die Rechtsanwaltschaft gem. § 14 BORA berufsrechtlich verpflichtet.

I. Die prozessuale Stellung der Behörde als Beklagte

Im öffentlich-rechtlichen Prozess treten Behörden zumeist auf Beklagten-seite auf. Formbedürftige Prozesserkklärungen müssen in erster Instanz nur selten abgegeben werden. In der zweiten und dritten Instanz kann sich aber je nach prozessualer Situation eine andere Ausgangslage ergeben. Zusammenfassend sind aus Sicht einer Behörde insbesondere **folgende Schriftsätze formbedürftig** – d. h. sie unterliegen der aktiven Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs und müssen die digitalen Form- und Fristvoraussetzungen einhalten:

- Anerkenntnis,
- Vergleich im schriftlichen Verfahren,
- Kostenanträge,
- Berufung,
- Beschwerde / Nichtzulassungsbeschwerde,
- Revision.

Die Prüfung der Form- und Fristvoraussetzungen des elektronischen Rechtsverkehrs im gerichtlichen Verfahren ist natürlich zunächst **Aufgabe der Gerichte**. Es handelt sich insoweit um eine richterliche Tätigkeit. Es gilt nichts anderes als bei der Prüfung der eigenhändigen Unterschrift im konventionellen postalischen Rechtsverkehr. In Anbetracht der Arbeitsbelastung der Gerichte wäre es allerdings lebensfremd anzunehmen, dass die Prüfung stets zeitnah und vertieft stattfindet, erst recht darüber hinaus eine weitere Prüfung regelhaft stattfindet – bspw. ob die eingesetzte Prüfsoftware korrekt arbeitet.

Schon alleine aufgrund dieser faktischen Zurückhaltung in der Prüfungstiefe und der darüber hinausgehenden Anwendungsschwierigkeiten wegen der Komplexität der Materie (vor allem im Vergleich zur simplen eigenhändigen Unterschrift), liegt es auf der Hand, dass auch dem Prozessgegner die Prüfung der elektronischen Formvorschriften zu ermöglichen ist.¹² Rechtliche Grundlage ist jedenfalls für den Bürger das Grundrecht auf rechtliches Gehör als Ausprägung des Rechtsstaatsgebots gem. Art. 20 Abs. 3 GG, das durch Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert wird. Behörden können sich auf dieses Grundrecht zwar grundsätzlich nicht berufen; die **prozessuale Waffengleichheit** garantiert ihnen aber gleiche Rechte. Insbesondere ist in dieser Hinsicht zu beachten, dass ein Urteil nur auf solchen Tatsachen und Beweisergebnissen beruhen darf, von denen die Beteiligten Kenntnis erlangen konnten. Das gilt auch für Umstände, die für Zulässigkeit der Klage relevant sind, wie die wirksame Klageerhebung oder sonstige Sachurteilsvoraussetzungen; etwa die Frage, ob die Klage zuvor wirksam zurückgenommen worden oder durch Vergleich erledigt worden ist. Sofern die qualifizierte elektronische Signatur in einem derartigen Zusammenhang von Bedeutung ist, stellt sie einen Beweisgegenstand dar. Die Beweiserhebung folgt den Regeln des (parteioffentlichen) Augenscheinsbeweises, § 371 ZPO.¹³

Mindestens in diesen Fallkonstellationen ist die alleinige Prüfung des Gerichts nicht ausreichend. Die übrigen Prozessbeteiligten haben ein **eigenständiges Prüfungsrecht**. Die Garantie rechtlichen Gehörs verlangt die Gewährung der Möglichkeit der eigenen Prüfung des Beweisgegenstands, vgl. nur § 357 ZPO. Ausnahmen bestehen regelmäßig nur dann, wenn dies bspw. wegen besonderer Umstände oder der Beschaffenheit des Beweisgegenstands unverhältnismäßig oder unmöglich wäre.¹⁴ Das Gericht hat deshalb so vorzugehen, dass die Beteiligten bestmöglich in die Lage versetzt werden, prozessuale Entscheidungen zu treffen bzw. zu der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen. Bei der Abwägung der Beteiligteninteressen und Verhältnismäßigkeitserwägung hat das Gericht zu beachten, dass bereits die Beurteilung der Wesentlichkeit der Beweisaufnahme möglicherweise eine subjektive Komponente hat und durch die Beteiligten anders beurteilt werden könnte. Letztlich besteht die Gefahr einer einseitigen oder unvollständigen Tatsachengrundlage und damit der Einschränkung der Angriffs- oder Verteidigungsmöglichkeiten der Beteiligten. Dies wäre bspw. denkbar, wenn das Gericht bei der Übersendung des (signierten) Dokuments an die Beteiligten keine Auskunft über das Ergebnis der Signatur-

12 Müller, NJW 2015, 822.

13 Fischer-Dieskau, Gitter, Paul, Steidle, MMR 2002, 709.

14 Vgl. etwa Heinrich, in: Münchener Kommentar, ZPO, § 357 Rn. 8, 9.

prüfung gibt, aber auch, wenn das Gericht schlicht mitteilt, dass die Signaturprüfung im Gericht positiv (oder negativ) war.

Mindestens muss deshalb den Beteiligten jeweils der **Prüfvermerk** bzw. der Transfervermerk für formbedürftige Schriftsätze des jeweiligen Verfahrensgegners übermittelt werden. Im beidseitigen elektronischen Rechtsverkehr findet ferner durch das Gericht keine Formatwandlung statt, sondern die eingereichte Datei wird im Original an den Verfahrensgegner weitergeleitet, sodass dort eine eigenständige Prüfung der Formvoraussetzungen – bspw. auch im Hinblick auf das Dateiformat – erfolgen kann.

II. Digitale Form- und Fristvoraussetzungen

Die prozessrechtlichen Regelungen zum elektronischen Rechtsverkehr gehen als *lex specialis* stets den Formanforderungen für schriftliche Dokumente vor, auch wenn das Dokument im Gericht ausgedruckt und in den Geschäftsgang gegeben wird.¹⁵

Gem. § 65a SGG¹⁶ können elektronische Dokumente über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) oder einen sicheren Übermittlungsweg gem. § 65a Abs. 4 SGG bei Gericht eingereicht werden. Die Vorschrift bezieht sich nach ihrem Wortlaut explizit nicht nur auf schriftformbedürftige Dokumente, sondern auf sämtliche Einreichungen (schriftlich einzureichende Auskünfte, Aussagen, Gutachten, Übersetzungen und Erklärungen Dritter).

1. Normtext

§ 65a SGG: Elektronische Dokumente, sichere Übermittlungswege, Signatur

(1) *Vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen, schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen der Beteiligten sowie schriftlich einzureichende Auskünfte, Aussagen, Gutachten, Übersetzungen und Erklärungen Dritter können nach Maßgabe der Absätze 2 bis 6 als elektronische Dokumente bei Gericht eingereicht werden.*

¹⁵ Anders jüngst aber BGH NJW 2019, 2096 = openJur 2019, 28048; zuvor BGH NJW 2015, 1527 = openJur 2015, 7991; Köbler, AnwBl 2015, 845, 846; kritisch hierzu Müller, AnwBl 2016, 27; ders. FA 2019, 198, 199 ff.

¹⁶ In der Fassung ab 1.1.2018; Entsprechendes gilt für die wortgleichen §§ 65a SGG, 55a VwGO, 52a FGO, § 46c ArbGG, § 32a StPO.

- (2) *Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Die Bundesregierung bestimmt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates technische Rahmenbedingungen für die Übermittlung und die Eignung zur Bearbeitung durch das Gericht.*
- (3) *Das elektronische Dokument muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Satz 1 gilt nicht für Anlagen, die vorbereiteten Schriftsätzen beigelegt sind.*
- (4) *Sichere Übermittlungswege sind*
- 1. der Postfach- und Versanddienst eines De-Mail-Kontos, wenn der Absender bei Versand der Nachricht sicher im Sinne des § 4 Absatz 1 Satz 2 des De-Mail-Gesetzes angemeldet ist und er sich die sichere Anmeldung gemäß § 5 Absatz 5 des De-Mail-Gesetzes bestätigen lässt,*
 - 2. der Übermittlungsweg zwischen den besonderen elektronischen Anwaltspostfächern nach den §§ 31a und 31b der Bundesrechtsanwaltsordnung oder einem entsprechenden, auf gesetzlicher Grundlage errichteten elektronischen Postfach und der elektronischen Poststelle des Gerichts,*
 - 3. der Übermittlungsweg zwischen einem nach Durchführung eines Identifizierungsverfahrens eingerichteten Postfach einer Behörde oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und der elektronischen Poststelle des Gerichts,*
 - 4. der Übermittlungsweg zwischen einem nach Durchführung eines Identifizierungsverfahrens eingerichteten elektronischen Postfach einer natürlichen oder juristischen Person oder einer sonstigen Vereinigung und der elektronischen Poststelle des Gerichts,*
 - 5. der Übermittlungsweg zwischen einem nach Durchführung eines Identifizierungsverfahrens genutzten Postfach- und Versanddienst eines Nutzerkontos im Sinne des § 2 Absatz 5 des Onlinezugangsgesetzes und der elektronischen Poststelle des Gerichts,*
 - 6. sonstige bundeseinheitliche Übermittlungswege, die durch Rechtsverordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates festgelegt werden, bei denen die Authentizität und Integrität der Daten sowie die Barrierefreiheit gewährleistet sind.*

Das Nähere zu den Übermittlungswegen gemäß Satz 1 Nummer 3 bis 5 regelt die Rechtsverordnung nach Absatz 2 Satz 2.

- (5) *Ein elektronisches Dokument ist eingegangen, sobald es auf der für den Empfang bestimmten Einrichtung des Gerichts gespeichert ist. Dem Absender ist eine automatisierte Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs zu erteilen. Die Vorschriften dieses Gesetzes über die Beifügung von Abschriften für die übrigen Beteiligten finden keine Anwendung.*
- (6) *Ist ein elektronisches Dokument für das Gericht zur Bearbeitung nicht geeignet, ist dies dem Absender unter Hinweis auf die Unwirksamkeit des Eingangs unverzüglich mitzuteilen. Das Dokument gilt als zum Zeitpunkt der früheren Einreichung eingegangen, sofern der Absender es unverzüglich in einer für das Gericht zur Bearbeitung geeigneten Form nachreicht und glaubhaft macht, dass es mit dem zuerst eingereichten Dokument inhaltlich übereinstimmt.*
- (7) *Soweit eine handschriftliche Unterzeichnung durch den Richter oder den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorgeschrieben ist, genügt dieser Form die Aufzeichnung als elektronisches Dokument, wenn die verantwortenden Personen am Ende des Dokuments ihren Namen hinzufügen und das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Der in Satz 1 genannten Form genügt auch ein elektronisches Dokument, in welches das handschriftlich unterzeichnete Schriftstück gemäß § 65b Absatz 6 Satz 4 übertragen worden ist.*

2. Formvoraussetzungen des elektronischen Rechtsverkehrs gem. § 65a SGG

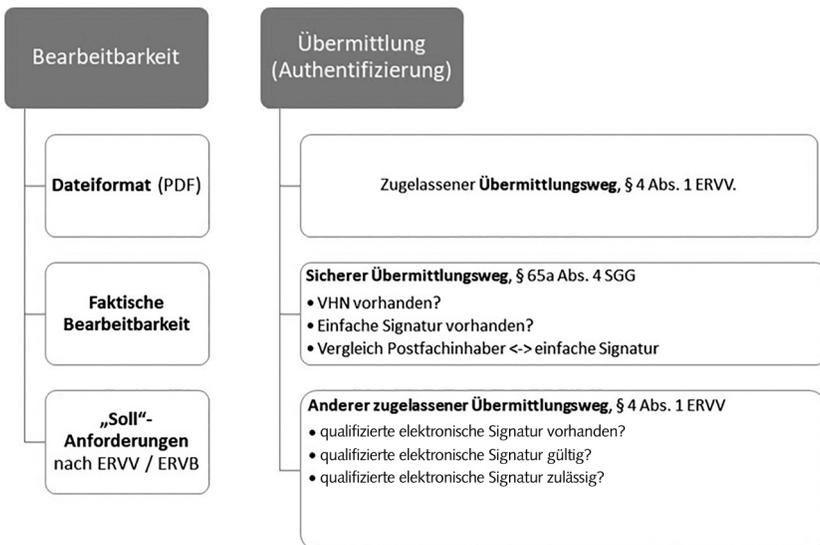
Die Prüfung der Formvorschrift des elektronischen Rechtsverkehrs verästelt sich in zwei Prüfungsgegenstände. Einerseits ist die *Authentizität* des elektronischen Dokuments zu prüfen (§ 65a Abs. 3 SGG), also die Identität des Urhebers; letztlich die Verantwortungsübernahme für das Dokument durch eine bestimmte (postulationsfähige) Person einschließlich der Verbindlichkeit des Inhalts im Rechtsverkehr. Andererseits ist sicherzustellen, dass das Dokument für die empfangende Stelle *bearbeitbar* ist (§ 65a Abs. 2 SGG).

Was so technisch daher kommt, führt zu einer handfesten juristischen Tätigkeit:

1. Juristische Entscheider müssen feststellen, ob ein elektronisches Dokument über einen *zugelassenen Übermittlungsweg* gem. § 4 Abs. 1 ERVV eingereicht worden sind oder über einen *sicheren Übermittlungsweg* gem. § 130a Abs. 4 ZPO. Dies wird in der Praxis anhand des Transfervermerks bzw. des Prüfvermerks festgestellt.
2. Wurde (nur) ein *zugelassener Übermittlungsweg* insbesondere also das EGVP genutzt oder ein *sicherer Übermittlungsweg* nicht durch den Post-

fachinhaber selbst, sondern bspw. durch das Sekretariat der Rechtsanwaltskanzlei, ist zu prüfen, ob eine wirksame qualifizierte elektronische Signatur vorliegt.

3. Wurde dagegen ein *sicherer Übermittlungsweg*, bspw. das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), verwendet, muss geprüft werden, ob die *einfache Signatur* (also der Name unter dem Schriftsatz) vom Postfachinhaber stammt oder von einer anderen Person. Auch hierzu dient der Prüfvermerk in der Akte.¹⁷
4. Schließlich ist die *Bearbeitbarkeit* des übermittelten elektronischen Dokuments festzustellen.



a) Die zugelassenen elektronischen Übermittlungswege gem. § 4 Abs. 1 ERVV

Die zugelassenen Übermittlungswege für den elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten werden bundeseinheitlich einerseits unmittelbar durch das Prozessrecht bestimmt (§ 65a Abs. 2 Satz 2 SGG durch die Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung [ERVV]).

17 Siehe mit Beispielen: Müller, eJustice-Praxishandbuch, 7. Aufl. 2022 S. 86.

Während die sicheren Übermittlungswege bereits ein Identifikationsmerkmal enthalten (den sog. Vertrauenswürdigen Herkunftsnachweis – VHN), sodass auf die qualifizierte elektronische Signatur (qeS) verzichtet werden kann, beinhalten die weiteren zugelassenen Übermittlungswege gem. § 65a Abs. 2 Satz 2 SGG kein (verlässliches) Identifikationsmerkmal, sodass dort eine qeS zur Feststellung der Authentizität zwingend ist. Anders gesagt: Um einen elektronischen Briefkasten in Form eines *sicheren Übermittlungswegs* zu eröffnen, muss ich mich bei einer hierfür zuständigen Stelle identifizieren. Um ein EGVP-Postfach zu eröffnen, ist dagegen keine Identifikation erforderlich, weshalb es Fake-EGVP-Postfächer geben kann und gibt. Der Identitätsnachweis wird daher auf die digitale Unterschrift – die qeS – ausgelagert.

Zugelassene Übermittlungswege sind

- die in § 65a Abs. 4 SGG genannten *sicheren Übermittlungswege*, § 4 Abs. 1 Nr. 1 ERVV, wobei es bei Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur zulässig ist, dass der Versandprozess aus dem sicheren Übermittlungsweg auch von einer anderen Person als dem Postfachinhaber selbst angestoßen wird; vielmehr kann in dieser Variante auch ein Sekretariat oder ein Vertreter senden, und
- das *Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach* (EGVP) für dessen Nutzung ein zugelassener EGVP-Client (registriertes Drittprodukt für den OSCI-gestützten elektronischen Rechtsverkehr) erforderlich ist, § 4 Abs. 1 Nr. 2 ERVV.

aa) Das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP)

Als elektronischer Übermittlungsweg für die Justiz hat sich bereits seit dem Formvorschriftenanpassungsgesetz¹⁸ das EGVP durchgesetzt und über Jahre etabliert. Obschon auch die Verwaltung namensgebend ist, hat sich EGVP in der Exekutive – letztlich getrieben durch das *eGovernment*-Gesetz des Bundes und der Landes-*eGovernment*-Gesetze, die auf andere elektronische Übermittlungswege setzen – deutlich weniger verbreitet. Insbesondere wurde EGVP als nicht bürgerfreundlich genug erachtet.

EGVP ist durch eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung vom EGVP-Client des Absenders bis zum EGVP-Client des Empfängers hoch gesichert. Dass EGVP-Nachrichten bei ihrer Übertragung abgefangen oder gar verändert werden könnten, ist nach dem Stand der Technik durch das sog. „Prinzip des Doppelten Umschlages“ (Trennung der verschlüsselten Nachrichtenin-

18 BGBl. I 2001, 1542.

halte von den für den Nachrichtentransport erforderlichen Nutzdaten nach dem sog. „OSCI-Standard“) nahezu ausgeschlossen.

OSCI-Transport-Nachrichten haben einen zweistufigen „Sicherheitscontainer“. Dadurch ist es möglich, Inhalts- und Nutzungsdaten streng voneinander zu trennen und kryptografisch unterschiedlich zu behandeln. Die Inhaltsdaten (also bspw. der Schriftsatz selbst und seine Anlagen) werden so verschlüsselt, dass nur der berechtigte Leser sie dechiffrieren kann.

Die Nutzungsdaten (also bspw. Informationen, die für die Adressierung erforderlich sind) werden vom sog. OSCI-Manager für die Zwecke der Nachrichtenvermittlung und die Erbringung der Mehrwertdienste benötigt; sie werden deshalb für den OSCI-Manager verschlüsselt. Der OSCI-Manager kann aber nicht auf die Inhaltsdaten zugreifen. Ein Angreifer kann wegen dieser (doppelten) Verschlüsselungen weder die Nutzungs- noch die Inhaltsdaten „abhören“.

Jeder „Sicherheitscontainer“ (für Nutzungsdaten und Inhaltsdaten) erlaubt die digitale Signatur und die Verschlüsselung des jeweiligen Inhalts. Dadurch sind Vertraulichkeit, Integrität und Authentizität der Nachrichten gewährleistet.

Nachrichtendrehscheibe – vergleichbar mit dem „toten Briefkasten“ in alten Agentenfilmen – ist ein Server namens *Intermediär*. Der zumeist je Bundesland einmal zentrale eingerichtete Intermediär empfängt und versendet OSCI-Nachrichten. Er ist also zentraler Nachrichtenaustauschpunkt und Mittler zwischen Sender und Empfänger.

Der Intermediär ist damit die Empfangseinrichtung des Gerichts gem. § 65a Abs. 5 Satz 1 SGG. Dieser Umstand ist zentral für die Fristprüfung im elektronischen Rechtsverkehr.