



Initiativstellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Elektronischer Rechtsverkehr

zum besonderen elektronischen Anwaltspostfach

Stellungnahme Nr.: 5/2018

Berlin, im Januar 2018

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Martin Schafhausen, Frankfurt am Main (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Burianski LL.M., Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn
- Rechtsanwältin Ulrike Silbermann, Berlin
- Rechtsanwalt und Notar Ulrich Volk, Wiesbaden
- Rechtsanwalt Dipl.-Inform. Dr. jur. Marcus Werner, Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Wollweber, Köln (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Referentin Ina Kitzmann, Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Ausschuss Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft

- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter
- Deutscher Steuerberaterverband
- GRUR
- BITKOM
- DGRI
- Bundesverband der Freien Berufe
- EDV-Gerichtstag
- Gemeinsame Kommission elektronischer Rechtsverkehr des Deutschen EDV-Gerichtstages
- Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland
- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein e. V.

- Redaktion NJW
- JUVE-Verlag
- Redaktion heise online
- Redaktion Legal Tribune Online
- Redaktion golem.de

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 65.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung und Vorbemerkung

Das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) ist zurzeit aufgrund von Sicherheitsproblemen offline. Der DAV fordert einen konstruktiven, zukunftsorientierten Umgang mit Fehlern und den Dialog aller Beteiligten. Nötig sind insbesondere – aber nicht nur – Transparenz von Seiten der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) und ihrer Dienstleister sowie eine erneute, regelmäßige unabhängige Begutachtung und die dauerhafte Unterstützung durch einen Fachbeirat. Zugleich ist auch der Gesetzgeber aufgefordert, den Weg für ein Kanzleipostfach freizumachen. Nach Auffassung des DAV müssen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte keine De-Mail-Postfächer einrichten, um einen „sicheren Übermittlungsweg“ vorzuhalten.

Der DAV begrüßt die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs (ERV) sehr. Er ist deshalb nach wie vor daran interessiert, dass er zu einem Erfolg wird. Der DAV bevorzugt ein gemeinsames Vorgehen aller Seiten. Dazu gehören sowohl die praktischen Fragen als auch die Entwicklung der Rechtsgrundlagen.

Sachverhalt:

Seit dem 22. Dezember 2017 steht fest, dass der elektronische Rechtsverkehr über das beA für 165.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zunächst nicht möglich ist.

Zuvor hatte Markus Drenger, ein Mitglied des Chaos Darmstadt e.V., über die regelwidrige Verwendung eines privaten Schlüssels im Zusammenhang mit der [beA Client-Security](#) berichtet. Die zuständige Zertifizierungsstelle Telesec erklärte das entsprechende Zertifikat daraufhin für ungültig.

Das zur Beseitigung dieses Fehlers kurzfristig von der BRAK zur Verfügung gestellte Root-Zertifikat verursachte weitergehende erhebliche Sicherheitsrisiken.¹ Daraufhin nahm die BRAK das beA, die zur Nutzung erforderlichen Verzeichnisdienste und das Gesamtverzeichnis vom Netz.

Auch nach den Hauptversammlungen, die am 9. und 18. Januar 2018 stattfanden, hat die BRAK kein Datum genannt, ab dem die besonderen elektronischen Anwaltspostfächer wieder in Betrieb genommen werden können.²

Es stellen sich deshalb drängende Fragen, etwa nach der passiven Nutzungspflicht, der Nutzbarkeit des elektronischen Rechtsverkehrs überhaupt, dem sicheren Übermittlungsweg (§§ 174 Abs. 3 S. 4, 130a Abs. 3 ZPO), der Verantwortlichkeit der BRAK und deren Dienstleister, Atos. Von vielen Seiten werden Fehler der BRAK in der Kommunikation beklagt und mangelnde Transparenz beanstandet. Diese Fragen bedürfen einer zeitnahen Beantwortung, aber möglicherweise auch einer Reaktion des Gesetzgebers.

Der DAV greift eigene und an ihn herangetragene Fragen und Kritikpunkte in dieser Initiativstellungnahme auf, die sich nicht nur an den Gesetz- und Verordnungsgeber richtet, sondern gleichermaßen auch an die BRAK. Das ist ungewöhnlich, aber der besonderen Situation geschuldet. Die Stellungnahme soll darüber hinaus auch der Information der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte dienen.

¹ Vgl. <https://www.golem.de/news/bea-bundesrechtsanwaltskammer-verteilt-https-hintertuere-1712-131845.html>

² Vgl. <https://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2018/presseerklaerung-01-2018/>

Im Einzelnen:

1. Transparenz

Die Kommunikation der BRAK war, nicht nur in der Zeit nach dem 22. Dezember 2017, nicht ausreichend transparent. Hierdurch hat die BRAK selbst erheblich zu dem Verlust des Vertrauens in das beA und den elektronischen Rechtsverkehr beigetragen.

Betroffen von der mangelnden Transparenz sind auch die Entwicklung des Postfachs und die vertraglichen und tatsächlichen Beziehungen zu dem Dienstleister Atos und dessen Subunternehmer Governikus GmbH und Co. KG. Weder sind Inhalte der Vertragsbeziehungen oder der Auftragsvergabe noch etwaige Lasten- und Pflichtenhefte bekannt. Wir halten es im Sinne eines guten Projektmanagements für erforderlich, dass die BRAK auch diese Informationen zur Verfügung stellt.

Die BRAK hat mitgeteilt, dass im Jahr 2015 ein Sicherheitsaudit durch die Firma SEC Consult durchgeführt wurde. Beanstandungen hätten sich nicht ergeben. Nähere Informationen sind, wie die BRAK mitteilt, auf Grund von Verschwiegenheitsklauseln nicht erhältlich.³

Der DAV fordert die BRAK auf, den Sicherheitsaudit-Report vorzulegen. Er begrüßt aber, dass die BRAK im Rahmen der ordentlichen Präsidentenkonferenz am 18. Januar 2018 mitteilte, was die beauftragte SEC Consult in die Sicherheitstests einbezog, wie es im [Bericht](#) des Präsidenten der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg, Herrn Rechtsanwalt Otmar Kury, heißt. Die Durchführung von Auditierungen, Zertifizierungen und ähnlichem ist auch für die Zukunft regelmäßig erforderlich, wie der DAV schon in seiner [Stellungnahme 6/2016](#) forderte. Es wird Weiterentwicklungen des Postfachs geben, die im laufenden Betrieb Änderungen bringen werden. Die aktuelle Situation zeigt, dass feststehen muss, dass diese Änderungen nicht dazu führen, dass die Anwendung nicht mehr genutzt werden kann. Auch durch eine (zumindest teilweise) Offenlegung des Quellcodes kann weitere Transparenz hergestellt werden.

³ Vgl. <https://www.golem.de/news/bea-noch-mehr-sicherheitsluecken-im-anwaltspostfach-1801-131942-3.html>

Die BRAK hat zuletzt mitgeteilt, nicht nur den von ihrem Dienstleister benannten Sachverständigen hören, sondern auch einen externen Sachverständigen beauftragen zu wollen, bei dessen Auswahl das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) beteiligt werden solle. Der DAV begrüßt dies sehr. Ebenso begrüßt der DAV, dass nicht nur der eine Vertragspartner ein Gutachten über den technischen Zustand und die Sicherheitslage eines IT-Projekts erstellt, sondern auch der andere Vertragspartner, hier die Auftrag gebende BRAK. Hierauf weist der [Bericht](#) des Hamburger Kammerpräsidenten ebenfalls hin. Der DAV erwartet, dass beide Gutachten von der BRAK veröffentlicht werden. Soweit die Veröffentlichung von bestimmten Inhalten als sicherheitskritisch angesehen wird, sollten sie jedenfalls den dazu berufenen Stellen, wie z.B. einem Fachbeirat, vorgelegt werden.

2. Fachbeirat

Es soll ausweislich einer Pressemitteilung⁴ der BRAK ein „beAthon“ durchgeführt werden. Die BRAK möchte „verschiedene kritische Experten, die sich in den letzten Tagen verstärkt zu den möglichen Risiken der bestehenden Plattform und der erforderlichen Sicherheitsarchitektur äußerten“, einbinden. Der DAV begrüßt grundsätzlich, dass bei einem „beAthon“ auch institutionell nicht gebundene Experten den Lösungsweg des Dienstleisters zusammen mit den Gutachtern und den technischen Dienstleistern erörtern sollen.

Der DAV hält es aber für unbedingt erforderlich, dass es sich bei diesem „beAthon“ nicht nur um eine kurzzeitige oder gar einmalige Veranstaltung handelt. Die Entwicklung des beA hätte schon in der Vergangenheit, wie von dem DAV in der [Stellungnahme 6/2016](#) gefordert, von einem Fachbeirat begleitet werden müssen. Die Aufgabe dieses Beirates sollte es sein, Fragen zu beurteilen, die wir als Anwältinnen und Anwälte gerade nicht verstehen. Vorrangig sollten dem Fachbeirat unabhängige technische Experten für IT-Sicherheit angehören. Ergänzend sollten wirtschaftliche und

⁴ Pressemitteilung Nr. 1 vom 09.01.2018, beA: Sondersitzung der BRAK-Präsidentenkonferenz in Berlin, vgl.

<https://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2018/presseerklaerung-01-2018/>

berufsrechtliche Kompetenzen einbezogen werden. Wichtig ist, dass dem Fachbeirat auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte angehören, die mit ihrer Kompetenz dazu beitragen können, dass das besondere elektronische Anwaltspostfach in die Abläufe von ganz verschiedenen strukturierten Kanzleien passt. Das gilt für Kanzleien von Einzelrechtsanwältinnen und Einzelrechtsanwälten ebenso wie für kleine, mittlere oder große Sozietäten.

Der DAV schlägt vor, einen solchen Fachbeirat als dauerhafte Institution zu installieren, der auch die zukünftige Entwicklung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs unterstützt. Bei der anstehende Analyse des beA sollte ergebnisoffen diskutiert werden, wie weiter verfahren wird. In Frage kommen u.a. eine Anpassung des bestehenden beA, eine Neuentwicklung oder der Verzicht auf ein zentrales Mailsystem. Im letzten Fall wäre der Gesetzgeber aufgerufen, Leitlinien für eine andere – dezentrale – Struktur des anwaltlichen Teils des elektronischen Rechtsverkehrs, zu entwickeln. Der Fachbeirat könnte auch eine solche Entwicklung begleiten.

Hauptaugenmerk eines Fachbeirates muss es aktuell und in Zukunft sein, daran mitzuwirken, dass der Anwaltschaft ein sicheres, praktikables, zuverlässiges und die Vertraulichkeit der Kommunikation mit den Mandaten wahrendes Kommunikationsinstrument zur Verfügung steht.

3. Regress

Die Frage nach der (persönlichen) Verantwortung der bei der BRAK und Atos zuständigen Stellen, wird nicht nur in zahlreichen Schreiben, Anrufen oder E-Mails an den DAV und die örtlichen Anwaltvereine herangetragen, sondern ist naheliegend. Es wird der Eindruck vermittelt, dass Atos und die BRAK die erforderlichen Sicherheitsanforderungen bzw. den aktuellen technischen Standard nicht ausreichend berücksichtigt haben. Kritisiert werden die Struktur und die Sicherheitsarchitektur des beA insgesamt.

Um aber verlässlich prüfen zu können, ob Amtshaftungsansprüche gegenüber der BRAK oder deren Amtsträgern bestehen, liegen dem DAV zurzeit keine ausreichenden Informationen vor. Amtsträgern ist nicht nur schuldhaftes Handeln nachzuweisen, die Haftung scheidet aus, wenn kein Schaden entstanden ist oder anderweitige Ersatzmöglichkeiten bestehen.

Im Vordergrund steht für den DAV, dass die BRAK und ihre Dienstleister das Erforderliche veranlassen, um die Postfächer wieder in Betrieb zu nehmen und so die elektronische Kommunikation mit den Gerichten, die elektronische Kommunikation innerhalb der Anwaltschaft und mit Mandanten in einem sicheren Rahmen möglich zu machen. Dies liegt im Interesse der Mitglieder der örtlichen Anwaltvereine.

Der DAV geht aber davon aus, dass, wie in der Vergangenheit auch, zumindest in dem Zeitraum, in dem die Postfächer nicht genutzt werden können, Kosten für die beA-Karten bzw. die Software-Zertifikate nicht erhoben werden. Die BRAK und die Zertifizierungsstelle der Bundesnotarkammer hatten schon für den Zeitraum zwischen dem gesetzlich vorgesehenen Starttermin am 1. Januar 2016 bis zur tatsächlichen Inbetriebnahme der Postfächer entsprechende Erklärungen abgegeben.

Der DAV hält es nicht für unwahrscheinlich, dass es Schadensersatzansprüche der BRAK gegenüber ihrem technischen Dienstleister gibt. Der Deutsche Anwaltverein erwartet, dass die BRAK ihre Ankündigung, solche Ansprüche zu verfolgen, ernsthaft weiterverfolgt. Erlangter Schadenersatz muss an die zur Nutzung des beA verpflichteten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte „weitergegeben“ werden. Dies kann auch in einer für die Anwaltschaft nachvollziehbaren Reduzierung der Kostenbeteiligung in der Zukunft liegen.

4. Weiterentwicklung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs – Kanzleipostfach und mobile Nutzung

Die Zeit der Überprüfung und erforderlichen Um- gegebenenfalls Neuprogrammierung des Postfachs sollte genutzt werden, um das Postfach weiterzuentwickeln. Hierzu

gehört vor allem die vom DAV und anderen Stellen geäußerte Bitte, ein Kanzleipostfach zu schaffen. Sollte die BRAK berufsrechtliche Bedenken an der Schaffung eines solchen Postfachs haben, wird der Gesetzgeber aufgerufen, die BRAO zeitnah anzupassen.

§ 31 a Abs. 7 Satz 1 BRAO sieht vor, dass die BRAK für jede im Gesamtverzeichnis eingetragene weitere Kanzlei eines Mitglieds einer Rechtsanwaltskammer ein weiteres besonderes elektronisches Anwaltspostfach einzurichten hat. § 31 Abs. 3 Nr. 2 BRAO sieht darüber hinaus vor, dass in dem Verzeichnis der Rechtsanwaltskammer auch der Name der Kanzlei und deren Anschrift einzutragen ist, sodass in dem Verzeichnis der Rechtsanwaltskammern und damit auch im Gesamtverzeichnis die Informationen vorhanden sind, die Grundlage für die Schaffung eines Kanzleipostfachs sein können. Zu prüfen ist, ob nicht eine berufsrechtliche Pflicht für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten geschaffen werden muss, gegenüber der Rechtsanwaltskammer über die Verpflichtung in § 31 Abs. 3 Nr. 2 BRAO hinaus Angaben über die Kanzlei und die in der Kanzlei gemeinsam tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten zu machen.

Ein weiterer Schwerpunkt sollte die Optimierung des beA für die mobile Nutzung sein. Das Nutzerverhalten von heute deutet bereits stark darauf hin, dass mobile Nutzung von digitalen Inhalten die Nutzung der Zukunft ist. Bisher ist die mobile Nutzung nur eingeschränkt möglich. Die beA Client-Security ist nicht für Mobilbetriebssysteme und überhaupt nur für wenige Betriebssysteme verfügbar. Außerdem führt das Erfordernis der „sicheren Anmeldung“ am Postfach (um Dokumente ohne qualifizierte elektronische Signatur schriftformwährend zu versenden) zur Notwendigkeit, bei der mobilen Nutzung immer ein Kartenlesegerät und eine Chipkarte mit sich zu führen. Hier ist zumindest zu überprüfen, welche Sicherheitsanforderungen bestehen, wie sie am nutzerfreundlichsten umgesetzt werden können und ob gesetzliche Anpassungen angezeigt sind.

Die beA-Anwendung muss so angepasst werden, dass sie auch in Kanzleien mit Terminalserver über einzelne Arbeitsplätze und nicht nur von Einzelplatzrechnern aus problemlos erreichbar ist.

5. Sicherheit des elektronischen Rechtsverkehrs insgesamt

Der ERV in Deutschland wird unter Verwendung des OSCI-Protokolls über die EGVP-Infrastruktur realisiert. Das beA nimmt als zugelassenes Drittprodukt an dem ERV teil. Im Laufe des Jahres 2017 hat SEC Consult Bedenken wegen möglicher Schwachstellen in der OSCI-Bibliothek in der Version 1.6.1 veröffentlicht.⁵ Die Governikus GmbH und Co. KG hat in einer öffentlichen Mitteilung⁶ über eine neue Version der Bibliothek berichtet, und darauf hingewiesen, dass das Testszenario keinem bekannten realen Einsatzszenario entspräche.

Der DAV regt an, dass für das OSCI-Protokoll und die EGVP-Infrastruktur im Übrigen zuständigen Stellen die Ergebnisse etwaig durchgeführter Auditierungen und Zertifizierungen veröffentlichen. Soweit bislang keine externen Tests durchgeführt wurden, sollte geprüft werden, inwieweit diese nachgeholt werden.

Der DAV wirft ferner die Frage auf, ob die IT-Sicherheit für den Bereich der Judikative insgesamt strukturell gestärkt werden muss und wie das umgesetzt werden kann. Es ist insofern zu überlegen, ob zum Beispiel entsprechende Regularien für Kritische Infrastrukturen, insbesondere der IT-Sicherheit, entwickelt werden, und etwa eine dem BSI entsprechende Institution aufgebaut wird.

Das sogenannte IT-Sicherheitsgesetz ist Teil des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz - BSIG). § 8a BSI-Gesetz regelt die Sicherheit in der Informationstechnik sogenannter Kritischer Infrastrukturen. Nach § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz sind Kritische Infrastrukturen im Sinne dieses Gesetzes jedenfalls Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon, die von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden. Die Kritischen Infrastrukturen im Sinne dieses

⁵ Vgl. <http://seclists.org/fulldisclosure/2017/Jun/44>

⁶ Vgl. https://www.governikus.de/newsroom-presse/details/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=461&cHash=e809602ae3593cc1987063c4886b972b

Gesetzes werden durch die Rechtsverordnung nach § 10 Abs. 1 BSI-Gesetz näher bestimmt.

Nach Rechtsansicht des DAV könnte das beA und die für die elektronische Kommunikation mit den Gerichten von den Landesjustizverwaltungen vorgehaltene Infrastruktur nach dem Sinn und Zweck von § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz i.V.m. der Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-Kritisverordnung - BSI-KritisV) durchaus als Kritische Infrastruktur anzusehen sein.

Das BSI-Gesetz ist aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips richtigerweise auf die BRAK oder die Judikative nicht anzuwenden. Der Ausfall des beA legt die Frage nahe, ob IT-Sicherheits-Strukturen im Umfeld der Justiz bislang möglicherweise zu wenig Beachtung gefunden haben.

6. Sicherer Übermittlungsweg und „passive Nutzungspflicht“

Es stellt sich die Frage, wie Anwältinnen und Anwälte die ab dem 1. Januar 2018 angeordnete sogenannte „passive Nutzungspflicht“ bzgl. des beA angesichts der Offtime des beA erfüllen können, und ob sie einen anderen „sicheren Übermittlungsweg“ vorhalten müssten.

Nach dem Wortlaut von § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO (idF des FördEIRV v. 10.10.2013, BGBl. I S. 3786, in Kraft seit dem 01.01.2018) scheinen auch Rechtsanwälte dazu verpflichtet, einen weiteren „sicheren Übermittlungswege“ nach § 130a Abs. 4 ZPO zu eröffnen.

§ 174 ZPO Abs. 3 S. 4 ZPO lautet vollständig wie folgt:

Die in Absatz 1 Genannten [insbesondere Anwalt, Notar und Steuerberater] haben einen sicheren Übermittlungsweg für die Zustellung elektronischer Dokumente zu eröffnen.

Sichere Übermittlungswege nach § 130a Abs. 4 ZPO (idF des FördEIRV v. 10.10.2013, BGBl. I S. 3786, in Kraft seit dem 01.01.2018):

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 dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach nach § 31a der Bundesrechtsanwaltsordnung oder einem entsprechenden, auf gesetzlicher Grundlage errichteten elektronischen Postfach und der elektronischen Poststelle des Gerichts,
3. Postfach einer Behörde oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts,
4. 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.

Es fragt sich nun, ob jeder Rechtsanwalt verpflichtet sein könnte, einen (weiteren) sicheren Übermittlungsweg zu eröffnen, nachdem das beA abgeschaltet wurde, also ob alle Anwälte darüber nachdenken müssen, sich ein De-Mail-Konto als alleinige weitere Alternative einzurichten. Zu dieser Frage werden unterschiedliche Rechtsansichten vertreten:

Herr Rechtsanwalt Schwartmann – er bietet etwa ein inoffizielles beA-Anwender-Support-Forum bei Facebook an – schließt grundsätzlich aus dem Wortlaut des § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO auf die Verpflichtung zur Nutzung eines sicheren Übermittlungswegs.⁷

RiLSG Dr. Müller führt in seinem Blog⁸ aus:

⁷ Vgl. <https://www.rechtsanwalt-schwartmann.de/bea-gate-und-die-pflicht-zur-erffnung-eines-sicheren-bermittlungswegs>

⁸ Vgl. <http://ervjustiz.de/erv-mit-den-gerichten-ab-1-1-2018-ohne-bea-welche-moeglichkeiten-gibt-es-noch>

Schwieriger zu beurteilen ist die prozessrechtliche Frage, genauer die im Zustellungsrecht geschaffene Pflicht, einen sicheren Übermittlungsweg vorzuhalten, § 174 Abs. 3 Satz 4 ZPO. An der normativen Verpflichtung bestehen angesichts des Wortlauts des § 174 ZPO keine Zweifel. Im Gegensatz zu § 31a BRAO bezieht sich § 174 Abs. 3 ZPO auch gerade nicht ausschließlich auf das beA, sondern auf sämtliche sicheren Übermittlungswege gem. § 130a Abs. 4 ZPO; also auch auf die (sonst im Justizumfeld so ungeliebte, aber nunmal allgemein zugängliche De-Mail).

Nach umfassender Darstellung des Gesetzgebungsverfahrens zur Vorhaltepflicht nach § 174 ZPO und der berufsrechtlichen Vorhaltepflicht nach § 31a BRAO kommt Herr Kollege Neumann zum Ergebnis, dass die prozessuale Vorhaltepflicht für Rechtsanwälte im Wege einer teleologischen Reduktion des § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO auf die Nutzung des beA beschränkt sei.⁹ Er führt wörtlich aus:

Selbst in diesem Fall wäre aber nicht zu verkennen, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO 2018 davon ausgegangen ist, dass mit Blick auf die dort verankerte Nutzungspflicht „Rechtsanwälte ... über das elektronische Anwaltspostfach gemäß § 31a BRAO-E ... generell für gerichtliche Zustellungen erreichbar“ sind.¹⁰⁾ Die Verpflichtung der Bundesrechtsanwaltskammer zur Einrichtung besonderer elektronischer Anwaltspostfächer sollte vor diesem Hintergrund die elektronische Erreichbarkeit jedes einzelnen Rechtsanwalts sicherstellen.¹¹⁾ Damit sollte die oben bereits erwähnte einfache Erreichbarkeit sämtlicher Rechtsanwälte für die Gerichte sichergestellt werden.

Im Gesetzgebungsverfahren ist ausweislich dieser Annahmen nicht damit gerechnet worden, dass die zivilprozessuale Erreichbarkeitspflicht greifen würde, ohne dass das beA verfügbar ist. Diese gesetzgeberische Prämisse hat sich nun als falsch herausgestellt. Ist eine Vorschrift zwar vom Wortlaut her anwendbar, sprechen aber Sinn und Zweck, ihre Entstehungsgeschichte und der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen gegen eine

⁹ Vgl. <http://kochneumann.de/2018/01/05/pflicht-zur-sicherstellung-der-elektronischen-erreichbarkeit-auch-ohne-bea>

uneingeschränkte Anwendung, ist dem methodisch im Wege der teleologischen Reduktion zu begegnen, ist die Vorschrift also hinsichtlich eines Teils der vom Wortlaut erfassten Fälle unanwendbar.¹²⁾ Es geht somit um eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes.¹³⁾

[...]

¹⁰⁾ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs.

17/12634, 20, 28 (siehe

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/126/1712634.pdf#page=28>).

¹¹⁾ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs.

18/9521, 81, 108 (siehe

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/095/1809521.pdf#page=108>),

unter Bezugnahme auf die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/12634, 20, 38 (siehe

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/126/1712634.pdf#page=38>).

¹²⁾ BVerfG, NJW 1997, 2230, 2231 (Beschl. v. 7.4.1997 – Az. 1 BvL

11/96).

¹³⁾ BGH, NJW 2017, 1378, 1385 Rn. 65 (Urt. v. 21.2.2017 – Az. XI ZR

185/16), siehe <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi->

[bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=78060&anz=1&pos=0&Frame=4&.pdf](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=78060&anz=1&pos=0&Frame=4&.pdf).

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich folgendes Bild:

1. Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BR-Drs. 818/12 vom 21.12.2012)

Auf S. 37 f. der BR-Drucksache¹⁰ führt der Bundestag zur Begründung des Gesetzesentwurfs wörtlich aus:

„Der neue Absatz 3 Satz 3 schafft die Voraussetzungen, dass über die sichere Kommunikationsinfrastruktur gemäß § 130a Absatz 4 (vgl. Artikel 1 Nummer 2) auch gerichtliche Dokumente zugestellt werden können. Die Dokumente sind

¹⁰ siehe <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2012/0818-12.pdf>

gegen unbefugte Kenntnisnahme Dritter zu schützen. Der Adressatenkreis besteht wie bisher aus den Personen, bei denen nach § 174 Absatz 1 von einer erhöhten Zuverlässigkeit ausgegangen werden kann und die gemäß Absatz 3 Satz 4 – wie schon nach geltendem Recht – verpflichtet sind, eine für die sichere elektronische Kommunikation mit den Gerichten geeignete Einrichtung vorzuhalten, sowie aus den Verfahrensbeteiligten, die der Übermittlung auf diesem Wege zugestimmt haben. Zum Nachweis der Zustellung ist es erforderlich, dass der Eingang des Dokuments in der Empfangseinrichtung des Adressaten automatisch bestätigt wird, ohne dass dieser den Versand oder den Inhalt der Bestätigung beeinflussen kann. Das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) und die De-Mail-Infrastruktur (vgl. § 5 Absatz 8 des De-Mail-Gesetzes) sehen die Möglichkeit vor, dass der Absender beim Versand der Nachricht eine solche Eingangsbestätigung anfordert. Von dieser Möglichkeit haben die Gerichte Gebrauch zu machen. Die Eingangsbestätigung wird auch dem Empfänger der Nachricht übermittelt (vgl. § 5 Absatz 8 Satz 6 des De-Mail-Gesetzes). Beim Einsatz sonstiger Übermittlungswege im Sinne des § 130a Absatz 4 Nummer 3 – neu – sind diese Möglichkeiten ebenfalls sicherzustellen.

Der neue Absatz 3 Satz 4 stellt klar, dass Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Steuerberater oder sonstige Personen, bei denen aufgrund ihres Berufes von einer erhöhten Zuverlässigkeit ausgegangen werden kann, Behörden, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für gerichtliche Zustellungen einen sicheren Zugang eröffnen müssen. **Sie müssen also als De-Mail-Nutzer, EGVP-Postfachinhaber oder als Teilnehmer eines anderen sicheren Übermittlungswegs registriert und für das Gericht über diesen Weg erreichbar sein. Rechtsanwälte sind über das elektronische Anwaltspostfach gemäß § 31a BRAO-E (vgl. Artikel 7 des Entwurfs) generell für gerichtliche Zustellungen erreichbar.** Entsprechende Einrichtungen existieren für Notare. Andere professionelle Verfahrensbeteiligte müssen dem Gericht zu Beginn des Verfahrens oder vorab generell unaufgefordert die elektronische Postfachadresse für zumindest einen Übermittlungsweg übermitteln, falls sie dem Gericht nicht bereits bekannt ist.“ **[Hervorhebung** hinzugefügt]

2. Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 17/12634 vom 06.03.2013)

Auf S. 2 der BT-Drucksache¹¹ führt die Bundesregierung zur Begründung ihres Gesetzesentwurfs wörtlich aus:

Das Zustellungsrecht soll fortentwickelt werden. Gerichtliche Dokumente können künftig mit De-Mail oder einer vergleichbaren Kommunikationsinfrastruktur wie dem EGVP rechtssicher, schnell und kostengünstig unter Verwendung einer Eingangsbestätigung als elektronischem Zustellungsnachweis zugestellt werden.

Damit Rechtsanwälte für gerichtliche Zustellungen elektronisch erreichbar sind, wird durch eine Ergänzung der Bundesrechtsanwaltsordnung das elektronische Anwaltspostfach auf der Grundlage eines sicheren Verzeichnisdienstes bei der Bundesrechtsanwaltskammer eingeführt.

Auf S. 28 der Drucksache übernimmt die Bundesregierung die vorstehende Argumentation aus der Drucksache 818/12.

3. Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BR-Drs. 17/12634 vom 06.03.2013)

Der Bundesrat geht im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens davon aus, dass die Rechtsanwälte nicht verpflichtet sind, andere sichere Übermittlungswege als das beA zu eröffnen.

Auf S. 47 seiner Stellungnahme führt der Bundesrat wörtlich wie folgt aus:

Die in § 174 Absatz 3 Satz 4 ZPO-E geplante Verpflichtung der in § 174 Absatz 1 ZPO genannten Personengruppen zur Eröffnung eines „sicheren Übermittlungsweges“ liefe nach derzeitiger Lage darauf

¹¹ siehe <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/126/1712634.pdf>

*hinaus, dass sich diese – **mit Ausnahme der Rechtsanwälte** – ein De-Mail-Konto einrichten müssten, da andere „sichere Übermittlungswege“ (im Sinne des § 130a Absatz 4 ZPO-E) auf absehbare Zeit nicht zur Verfügung stehen werden. [Hervorhebung hinzugefügt]*

Dieser Stellungnahme widerspricht die Bundesregierung in der Gegenäußerung auf S. 54 der Drucksache nicht, sondern stimmt dieser vielmehr zu.

4. Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur BRAO, (BT-Drs. 18/9521 vom 05.09.2016)

Auf S. 108 des Gesetzesentwurfs¹² der Bundesregierung zur BRAO heißt es wörtlich:

*Allein die bereits im Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten enthaltene, zum 1. Januar 2018 in Kraft tretende Neuregelung in **§ 174 Absatz 3 Satz 4 ZPO** neue Fassung (im Folgenden: n. F.), nach der Rechtsanwälte einen sicheren Übermittlungsweg für die Zustellung elektronischer Dokumente zu eröffnen haben, würde die erforderliche Klarheit nicht bringen, **da diese Norm auch für Anwälte nicht das besondere elektronische Anwaltspostfach als einzigen sicheren Übermittlungsweg bestimmt**, sondern nach ihr grundsätzlich alle sicheren Übermittlungswege im Sinne des § 130a Absatz 4 ZPO zulässig sind. [Hervorhebungen hinzugefügt]*

Zunächst spricht der Wortlaut der § 174 ZPO Abs. 3 S. 4 ZPO für die Pflicht von Rechtsanwälten, neben dem aktuell nicht verfügbaren beA einen weiteren sicheren Übermittlungsweg für die Zustellung elektronischer Dokumente zu eröffnen, also ein De-Mail-Konto zu eröffnen. Aus den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber die dauerhafte Verfügbarkeit des beA voraussetze und keine Verpflichtung der Rechtsanwälte wollte und auch nicht sah, dass diese neben dem beA einen weiteren sicheren Übermittlungsweg eröffnen müssen. Es liegt eine

¹² siehe <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/095/1809521.pdf>

planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor. Die Vorschrift ist im Wege der teleologischen Reduktion so auszulegen, dass sie auf Rechtsanwälte nicht anwendbar ist.

Es besteht also keine Pflicht für Rechtsanwälte, einen weiteren sicheren Übermittlungsweg für die Zustellung elektronischer Dokumente zu eröffnen. Ein De-Mail-Konto muss nicht eröffnet werden.

7. Verpflichtende Nutzung von elektronischen Verfahren

Im Bereich der Mahnverfahren und des Schutzschriftenregisters ist Verwendung von automatisierten Verfahren obligatorisch. Die Frage, welche Möglichkeiten der Nutzung elektronischer Kommunikationswege bestehen, stellt sich in der anwaltlichen Praxis drängend. Folgende Verfahren können ohne ein aktives beA genutzt werden:

a. Mahnverfahren

Seit dem 1. Dezember 2008 darf der anwaltliche Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids grundsätzlich nur noch in maschinell-lesbarer Art beim Mahngericht eingereicht werden. Nach Maßgabe der neugefassten §§ 689, 702 ZPO erstreckt sich ab dem 1. Dezember 2018 die anwaltliche Pflicht zur Antragstellung in maschinell-lesbarer Form nunmehr auch auf die Anträge auf Neuzustellung des Mahnbescheids, auf Erlass des Vollstreckungsbescheids und auf Neuzustellung des Vollstreckungsbescheids („Folgeanträge“).

Es ist möglich, diese anwaltliche Pflicht zur Antragstellung in maschinell-lesbarer Form auch ohne das beA zu erfüllen:

- Das automatisierte Mahnverfahren sieht die Möglichkeit der Einreichung in Papierform über das Barcode-Verfahren vor.
- Zudem kann die Einreichung ab dem 1. Januar 2018 per De-Mail erfolgen.

- Schließlich ist es möglich, den EGVP-Bürger-Client oder ein [EGVP-Drittprodukt](#) zu nutzen, um Mahnanträge in elektronischer Form einzureichen. Der EGVP-Bürger-Client soll noch bis mindestens zum 13. Februar 2018 zur Verfügung stehen.

b. Zentrales elektronisches Schutzschriftenregisters (ZSSR)

Seit dem 1. Januar 2017 besteht nach § 49c BRAO die berufsrechtliche Pflicht, das elektronische zentrale Schutzschriftenregister (ZSSR) zu nutzen. Die elektronische Nutzung des ZSSR ist ohne beA möglich. So ermöglicht das ZSSR die Einreichungen auch¹³

- über den EGVP-Bürger-Client (solange dieser noch in Funktion ist) oder ein EGVP-Drittprodukt,
- über ein Online-Formular,
- über De-Mail.

8. Hinausschieben des Abkündigungszeitpunkt für die Nutzung des EGVP-Clients

Der DAV begrüßt es sehr, dass der EGVP-Client auch über den 14. Februar 2018 zur Verfügung steht. Zuletzt war vorgesehen, dass ab diesem Zeitpunkt der EGVP-Client nicht mehr für die aktive elektronische Kommunikation genutzt werden kann. Die Verlängerung hat die für diese Entscheidung zuständige BLK-AG IT-Standards in der Justiz in ihrer Sitzung am 18. Januar 2018 beschlossen. Der DAV hatte das Gremium zuvor gebeten, den Abkündigungsstermin erneut bis zur Wiederinbetriebnahme des beA zu verschieben, um bestehende elektronische Kommunikationswege auch über den 14. Februar 2018 hinaus nutzen zu können.

¹³ zu den Einreichungsmöglichkeiten:
<https://schutzschriftenregister.hessen.de/einreichung/einreichungsbedingungen>