

Stellungnahme zum Antrag BT-Drucksache 19/23153 im Berichterstatttergespräch am 16.11.2020 im Rechtsausschuss des Bundestages
„Aktive Nutzungspflicht des besonderen elektronischen Anwaltspostfaches weiter zurückstellen“

15. November 2020

RA Schinagl

4141/20

Zusammenfassung

Die aktive Nutzungspflicht im besonderen elektronischen Anwaltspostfach (beA) bewirkt, dass andere als digitale Zugangswege zum Recht abgeschnitten werden. Diese müssen deshalb sicher, verlässlich und einfach sein. Solange dies aber nicht der Fall ist, sollte die Pflicht ausgesetzt werden. Darüber hinaus sollte auch die bestehende passive Nutzungspflicht vorläufig aufgehoben werden.

Das beA verfügt derzeit nicht über eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung (E2EE). Diese ist zwingend erforderlich, um die Vertraulichkeit der über das beA ausgetauschten Nachrichten zu gewährleisten. Dabei handelt es sich regelmäßig um besonders sensible Informationen, die der anwaltlichen Schweigepflicht unterliegen. Die fehlende Sicherheit gefährdet nicht nur die freie Berufsausübung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, sondern vor allem die Rechte ihrer Mandantinnen und Mandanten.

In der Vergangenheit sind – neben der fehlenden E2EE – wiederholt schwerwiegende Sicherheitsmängel aufgetreten. Die das beA betreibende Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) hat diese regelmäßig nicht adäquat behoben und ließ insbesondere stets eine hinreichende Transparenz vermissen. Überdies bestehen begründete Zweifel, dass die BRAK den hohen Anforderungen des Datenschutzrechts hinreichend Rechnung trägt.

Die Gerichtsbarkeit hat – ebenso wie die Verwaltung – den digitalen Wandel noch nicht vollzogen. Eine vorausgehende Verpflichtung allein der Anwaltschaft zur Nutzung elektronischer Kommunikation läuft daher ins Leere und setzt die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte einem nicht erforderlichen, einseitigen sowie unangemessenen Haftungsrisiko aus.

A. Einleitung

Das Zurückstellen der aktiven Nutzungspflicht erscheint wie beantragt¹ dringend geboten. Auch fortbestehende Sicherheitsprobleme, ungeklärte Rechtsfragen sowie nicht vereinheitlichte Regelungen sprechen aktuell gegen die Nutzungspflicht. Insofern erscheint darüber hinaus auch eine vorübergehende Aussetzung der passiven Nutzungspflicht angezeigt.

Meine Stellungnahme erfolgt unter Einbeziehung der Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) vom 23.10.2020². Die Nutzungspflicht zum beA wird nachfolgend vereinfachend mit der Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs (ERV) allgemein gleichgesetzt, weil sich die gesetzliche Berufspflicht zur Kenntnisnahme nur auf das beA (§ 31 a Abs. 6 BRAO) und nicht auf sonstige „sichere Übermittlungswege“ i.S.d. § 130a ZPO (wie DE-Mail) bezieht. Eine fehlende Verfügbarkeit des Internet wirkt sich zudem auf den gesamten ERV aus.

B. Zurückstellen von Nutzungspflichten (Antrag 1)

Vorab ist klarzustellen, dass es eine aktive Nutzungspflicht im ERV bereits insoweit gilt, als Berufsträger seit dem 01.01.2018 elektronische Empfangsbekanntnisse abgeben müssen (§ 174 Abs. 4 S. 3 ZPO). Weiter besteht seit dem 01.01.2020 hinsichtlich der Arbeitsgerichtsbarkeit Schleswig-Holstein eine aktive Nutzungspflicht, Einreichungen auf Papierweg sind unwirksam.³ Das Land Bremen kündigte diese ab dem 01.01.2021 für alle Fachgerichte an; eine entsprechende Verordnung fehlt noch.⁴

1. Ausgleich für zwei verlorene Testjahre

Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten⁵ von 2013 sah eine freiwillige Nutzbarkeit ab dem Jahr 2016, eine passive Nutzungspflicht ab dem Jahr 2018 und eine aktive Nutzungspflicht ab dem Jahr 2022 vor. Das beA war zwar ab 2016 eingerichtet, doch wurde der BRAK bis November 2016 die Aktivschaltung durch einstweilige Verfügungen wegen konstruktiver Mängel untersagt⁶. Zwischen Dezember 2017 und September 2018 war das beA wegen schwerster Sicherheitsmängel erneut außer Betrieb.

Faktisch wurde damit sowie durch vielfältige weitere Ausfälle die durch den Bundesgesetzgeber geplante **mehrjährige Test-Phase** vor der aktiven Nutzungspflicht **um rund 2 Jahre verkürzt**.

¹ <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/231/1923153.pdf>

² <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/oktober/schreiben-v-23102020-des-brak-praesidenten-zum-antrag-der-fraktion-buendnis90-die-gruenen.pdf>

³ LVO Schleswig-Holstein ü.d. Pflicht z. Nutzung d. elektr. Rechtsverkehrs v. 13.12.2019

⁴ Ankündigung der RAK Bremen v. 10.08.2020; Auskunft der RAK Bremen v. 12.11.2020

⁵ BGBl. I 2013, 3786 v. 10.10.2013 (<https://offenegesetze.de/veroeffentlichung/bgbl1/2013/62>)

⁶ AGH Berlin, Az. II AGH 15/15, vorausgegangen war auf Anforderung des Gerichts die Zusicherung der BRAK, die Inbetriebnahme bis zu einer Entscheidung zurückzustellen

Hinzutreten ein im internationalen Vergleich schleppender Ausbau der flächendeckenden Versorgung mit digitaler Infrastruktur mit der Folge insoweit erheblich ungleicher Lebensverhältnisse und Arbeitsbedingungen auch der Anwaltschaft. Die andauernde COVID-19 Pandemie störte überdies die zeitgerechte Digitalisierung, auch wirtschaftlich. Würdigt man den Willen des Gesetzgebers zur behutsamen und stufenweisen Etablierung des ERV sprechen alle diese Umstände für eine Verschiebung der aktiven Nutzungspflicht und überdies der passiven Nutzungspflicht.

2. Fehlende Ende-zu-Ende-Verschlüsselung / Mitlesen theoretisch möglich

Das beA weist außerdem andauernde Sicherheits- und Strukturprobleme auf.

Das Bundesverfassungsgericht setzte bereits im Jahr 2017 voraus, dass im beA **Ende-zu-Ende-Verschlüsselung** (E2EE) implementiert sei.⁷ Erst im Jahr 2018 wurde bekannt, dass diese **tatsächlich nicht existiert**. Die Frage, ob E2EE Voraussetzung für den rechtmäßigen Betrieb des beAs ist, liegt dem Bundesgerichtshof (BGH) zur Prüfung vor.⁸ Der BGH stellte im April 2020 in einem anderen Verfahren fest, dass das beA kaum verlässlicher als ein Faxgerät sei.⁹ Auch gemäß dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Prof. Kelber, ist E2EE ein „*Mindeststandard*“, damit also mindestens Stand der Technik.

Das beA stünde langfristig nicht zur Verfügung, sobald das E2EE-Erfordernis durch den BGH bestätigt wird. Sollte dann bereits ein Abbau der bisherigen nicht-digitalen Infrastruktur zur Verarbeitung der Kommunikationen erfolgt sein, einem Hauptargument dieser Digitalisierung, wären die Gerichte absehbar überfordert.

Hinzukommt, dass ausweislich eines von der BRAK beauftragten Gutachtens der Secunet Security Networks AG (Secunet) vom 30.05.2018¹⁰ ein Angriff auf die gesamte über das beA geführte Kommunikation erfolgen könnte, sofern Zugriff auf die sogenannten „*privaten Schlüsseln*“ der Anwälte bestünde. Nicht die Anwälte haben auf ihre privaten Schlüssel erstellt oder darauf Zugriff, was ungewöhnlich ist. Die BRAK ließ dies von einem Dienstleister vornehmen, mit dem sie im Juni 2020 die Vertragsbeziehung beendete. Nun wurde bekannt, dass die **privaten Schlüssel** einst **ohne Aufsicht der BRAK erstellt** wurden¹¹, die also kopiert worden sein könnten. Das **unbefugte Mitlesen** der über das beA ausgetauschten Nachrichten kann **nicht mehr ausgeschlossen** werden.

Neben dem Zurückstellen der aktiven Nutzungspflicht sollte auch die passive Nutzungspflicht jedenfalls solange zurückgestellt werden, bis die nutzenden Anwälte und Anwältinnen selbst die privaten Schlüssel erstellen konnten. Bis zu diesem Zeitpunkt, sollten die „*privaten Schlüsseln*“ überwacht ausgetauscht werden, um einen offensicht-

⁷ BVerfG, Az 1 BvR 2233/17, Beschl. v. 20.12.2017, Rn. 5

⁸ BGH, Az. AnwZ (Brfg) 2/20; der Unterzeichner ist Teil der Klärgemeinschaft

⁹ BGH, X ZR 60/19, Beschl. vom 28.4.2020

¹⁰ Secunet-Gutachten v. 30.05.2018, S. 49, [fragdenstaat.de/dokumente/7473-secunet-gutachten-2018-05-30/](https://www.fragdenstaat.de/dokumente/7473-secunet-gutachten-2018-05-30/)

¹¹ VG Berlin, Az. 2 K 19/20, SS v. 25.3.2020, S. 3 seitens d. BRAK m. Verweis auf Gerichts-Protokoll

lichen Angriffsfaktor zu reduzieren. Im Gegensatz zur Briefpost könnte ein Angriff auf die zentrale Stelle der Kommunikation nämlich zu einer Ableitung höchst sensibler Daten in historischem Ausmaß führen. Ein irreparabler Ansehensverlust auch der Justiz wäre die Folge.

C. Empfehlung unabhängiger Sicherheitsprüfungen / Open Source (Antrag 2)

Die BRAK gibt an, zum beA würden regelmäßig Sicherheitsgutachten erstellt und veröffentlicht sowie Schwachstellen beseitigt. Unerwähnt bleibt, dass die BRAK regelmäßig erst Jahre später veröffentlicht, mehrfach erst nach Verurteilung. Sie bewirkte die massive „Anpassung“ eines Gutachtens und nährte Zweifel am Gutachten selbst. Belegt ist weiter, dass Schwachstellen bewusst nicht beseitigt wurden sowie selektive Gutachten-Aufträge.

1. Gutachten aus 2018 zweifelhaft, Schwachstellen nicht beseitigt

Im Oktober 2020 wurde bekannt, dass im Jahr 2018 das Secunet-Gutachten zur Sicherheit des beA mit Willen der BRAK entscheidend angepasst worden war. Bis heute veröffentlichte sie nur die angepasste Version, die deshalb Zweifel aufwirft.

Das ursprüngliche Secunet-Gutachten vom 30.05.2018 listete 52 Schwachstellen (davon 10 betriebsverhindernde und 18 betriebsbehindernde). Es enthält die Formulierung: „**Die BRAK kann also rein technisch jede Nachricht im beA entschlüsseln**“ (S. 49). Dieses Gutachten veröffentlichte die BRAK nicht. Die BRAK veröffentlichte eine erhebliche geänderte Fassung vom 18.06.2018, in der nur noch 36 Schwachstellen (davon 4 betriebsverhindernde und 13 betriebsbehindernde) gelistet wurden.¹² Die massiven Abweichungen erklären sich nicht etwa damit, dass die Schwachstellen teilweise beseitigt worden wären: die Frage der Beseitigung wird jeweils gesondert behandelt. Eine überzeugende Erklärung ist kaum vorstellbar.

Die BRAK gibt weiter an, dass das beA im Jahr 2018 erst „**nach Behebung der Schwachstellen**“ in Betrieb genommen worden sei. Das **trifft nicht zu**. Sie selbst machte öffentlich, dass vorher nur ein Teil der Schwachstellen beseitigt werde.¹³ Ungeklärt ist bis heute die Beseitigung der weiteren Schwachstellen und erst recht derjenigen, die in der ursprünglichen Fassung des Gutachtens beschrieben sind. Die Beseitigung dieser Schwachstellen behauptet die BRAK nicht, das ursprüngliche Gutachten veröffentlichte sie nicht und gab es erst ein Jahr nach Verurteilung heraus.¹⁴

¹² Secunet-Gutachten v. 18.06.2018, https://brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/presseerklaerungen/pe-18-anlage1.pdf

¹³ „Die übrigen Schwachstellen der Kategorie B werden im laufenden Betrieb beseitigt, ebenso...“, <https://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2018/presseerklaerung-23-2018/>

¹⁴ OVG Berlin-Brandenburg, 12 N 151.19, Beschluss v. 25.8.2020; VG Berlin, 2 K 179.18, Urt. v. 26.6.19

2. Gutachten aus 2015 ignoriert

Im November 2020 wurde – ebenfalls nach entsprechender Verurteilung¹⁵ – bekannt, dass die BRAK bereits im Jahr 2015 in ihrem Auftrag von der SEC Consult Unternehmensberatung GmbH gutachterlich festgestellte Sicherheitslücken nicht hatte beseitigen lassen. Sie hatte vielmehr in Kenntnis bestimmter Sicherheitslücken das beA im Jahr 2016 in Betrieb genommen. Im Dezember 2017 führten weitere Sicherheitslücken zur Abschaltung des beA – und später zur Entdeckung der BRAK bereits bekannter Schwachstellen.

3. In Juni 2020 nur „stichprobenhafte“ Überprüfung

Die BRAK ließ entgegen der eigenen Darstellung seit 2018 keine relevanten Gutachten erstellen und schweigt auf eine IFG-Anfrage dazu.¹⁶ Sie verweist auf ein Gutachten der Secuvera GmbH von Juni 2020. Bei diesem handelte es sich jedoch um eine „*stichprobenhafte Überprüfung*“, der Untersuchungsgegenstand bestand zudem in der „*Fortschreibung des Sicherheitsregelwerks und technischen Umsetzung seitens der neuen Betreiberin*“. Ausdrücklich wurden relevante Themen zum beA ausgeklammert (Gutachten, S. 9).¹⁷

4. Lösungs-Vorschläge

a.)

Die BRAK sollte im Einklang mit den Empfehlungen des Secunet-Gutachtens verpflichtet werden, **regelmäßige unabhängige Audits** so vorzunehmen, dass die Ergebnisse frei von Einflussnahme **unverändert veröffentlicht** werden. Die Audits sollten gesamten **Programm-Code** sowie die **Verschlüsselung (E2EE)** umfassen.

b.)

Die **Offenlegung der Quelltexte** der gesamten beA-Software sollte unter einer **Open Source** -Lizenz erfolgen. So wie die „Corona App“ eine unabhängige Untersuchung der Sicherheit ermöglicht und dadurch Vertrauen gewann, kann so eine kontinuierliche Optimierung erfolgen. Dies kann nebenbei dauerhaft zu einer auch wirtschaftlichen Entlastung der Anwaltschaft beitragen, die schon 2018 mehr als 38 Mio. Euro für das beA aufgewandt hatte.

c.)

Weiter sollten die **Störungsmeldungen** zum beA im Auftrag der BRAK **aktuell** gehalten werden. Dies ermöglicht der Anwaltschaft **Wiedereinsetzungsanträge** für Mandanten. Die Dokumentation war nie vollständig oder aktuell, nach dem im September 2020 bekannt gewordenen Angriff auf die Website der BRAK [bea.brak.de](https://www.bea.brak.de) entfiel sie dort gänzlich. Ein Abruf der Ersatz-Dokumentation¹⁸ am 11.11.2020 wies

¹⁵ OVG Berlin-Brandenburg, 12 N 104/20 v. 24.09.2020, gegen eine weitergehende Verurteilung in einem anderen Fall durch VG Berlin, Az. 2 K 117.18 v. 14.07.2020 wehrt sich die BRAK noch

¹⁶ <https://fragdenstaat.de/anfrage/secunet-gutachten-vom-30052018-zur-un-sicherheit-des-besonderen-elektronischen-anwaltspostfachs-bea-usw/>

¹⁷ Secuvera Gutachten, https://brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/bea/abschlussgutachten_secuvera.pdf

¹⁸ https://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/bea/bea-stoerungsdokumentation.pdf

einen Stand vom 23.10.2020 auf. Wiedereinsetzungsanträge sind an eine zweiwöchige Frist gebunden (§ 234 ZPO), weshalb dies nicht zureichend ist. Ausweislich einer mir am 12.11.2020 übermittelten Darstellung sind **Logins im Umfang von 7-10 % nicht erfolgreich** (z.B. Juli 2020: nur 93,4% erfolgreich, Oktober 2020: 90%, Messung im Abstand von 5 Minuten, fail-Annahme bei login >18s). Die Angaben der BRAK zur verbesserten Störanfälligkeit sind nicht nachvollziehbar.

Vorstehende Maßnahmen etwa fordern die Versammlungen vieler Rechtsanwaltskammern mehrheitlich (z.B. RAK Berlin am 07.03.2018 Zustimmungsquote > 96%, nachfolgend bundesweit die Mehrheit der Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen in diversen Kammer-Versammlungen). Die Rechtsanwaltskammern sind zur BRAK zusammengeschlossen (§ 175 BRAO). Die BRAK setzte die Beschlüsse nicht um, was ein Einschreiten der Rechtsaufsicht zur Folge haben sollte.

d.)

Der Hinweis der BRAK auf den erst am 01.01.2022 in Kraft tretenden **§ 130d ZPO** überzeugt nicht, eine **solche Norm wird jetzt benötigt**. Erstens besteht die aktive Nutzungspflicht teilweise bereits, eine Erweiterung ab 2021 droht, was bei Einführung offenbar übersehen wurde. Zweitens regelt die Norm nur „vorübergehende“ Hindernisse, während der Antrag berechtigt auf die dauerhafte ungleiche Verfügbarkeit von Internetzugängen abstellt. Drittens bleibt unregelt, wie ein Übermittlungshindernis überhaupt glaubhaft gemacht werden kann.

e.)

Zudem sollte eine unabhängige Stelle die Gewährleistung der Sicherheit im **elektronischen Rechtsverkehr insgesamt** überprüfen, nicht nur im beA. Dringend ist dies bei parallel zum beA existierenden **besonderen elektronischen Notarpostfach (beN)**, das von der Bundesnotarkammer (BNotK) betrieben wird. Der beN-Account jedes Notars (~7000) kann jederzeit, auch automatisiert, über ungeschützte Internet-Seiten der BNotK durch Unbefugte gesperrt werden. Dies verhindert die übliche arbeitsteilige Arbeit in Notar-Kanzleien mit dem ab dem 01.01.2021 einzusetzenden Programm XNotar 4 in XNP. Nur noch der Notar selbst könnte per Signaturkarte eine Übermittlung vornehmen. Die BNotK wurde hierauf mehrfach auch im Jahr 2019 hingewiesen. Der Angriff ist unverändert möglich.

Der elektronische Rechtsverkehr insgesamt ist in Deutschland zudem einer wachsenden Anzahl täglicher Störungen und Unterbrechungen ausgesetzt. Dies lässt Zweifel daran aufkommen, dass gewohnte Standards analogen Arbeitens bei flächendeckender Einführung verpflichtender Nutzung digitaler Übertragungswege dauerhaft gehalten werden können.¹⁹

Sicher ist bereits, dass jedenfalls die Anwaltschaft erhebliche zeitliche Einschränkungen in der Verfügbarkeit des Angebots der Justiz hinnehmen muss. Dieser Eingriff in

¹⁹ Historie Störungsmeldungen: <https://github.com/mdrenger/EGVP-Meldungen/tree/master/meldungen>

die Freiheit der Advokatur kann jedenfalls nicht mit dem Postulat der jederzeitigen Verfügbarkeit digitaler Lösungen gerechtfertigt werden. Ein Nebeneinander der Lösungen (wie zuvor beim Fax) und die Abschaffung des Nutzungszwangs würde die Akzeptanz in der Anwaltschaft schlagartig erhöhen. Ursache der von der BRAK monierten fehlenden Erstregistrierung von etwa 25% der Anwälte über drei Jahre nach Beginn der passiven Nutzungspflicht übersieht von mir festgestellte technische Hürden, nicht nur die vorgenannten rechtlichen Probleme.

D. Einrichtung von Kanzleipostfächern (Antrag 3)

Dem Antrag ist zuzustimmen. Eine mandatierbare juristische Person auf die bei aktiver Nutzungspflicht zudem zwangsweise Kommunikation durch gerade nicht mandatierte Berufsträger zu verweisen, ist nicht nachvollziehbar. Technik sollte dienen und darf Lösungen nicht behindern. Die BRAK bekundete Zuversicht, dass voraussichtlich Ende Oktober 2020 ein Referenten-Entwurf des BMJV vorgelegt werde. Bis zum 11.11.2020 war dieser nicht zu finden.

E. Klarstellung der Lösch- und Aufbewahrungsfristen

Die BRAK verweist hierzu auf § 31a Abs. 3 S. 4 BRAO i.V.m. § 27 RAVPV, wonach Nachrichten regelmäßig gelöscht werden können. Das beA sei kein dauerhafter Speicherort. Da alle Nachrichten im gesamten beA nach Auskunft der BRAK auf eine handelsübliche Festplatte passen (~ 19 TB), ist dies kaum nachvollziehbar.

Vor allem aber ist es nicht praktikabel. Nachrichten können über die beA-Web-Anwendung nur einzeln exportiert werden. Die meisten Anwälte nutzen kein Anwaltsprogramm. Für diejenigen, die es nutzen, wird das Arbeiten nicht verlässlicher oder praktikabler. Die **Kanzlei-Software-Schnittstelle (KSW)** wird durch die BRAK mit Non-Disclosure Vereinbarungen „geschützt“, sollte aber zeitnah und **durch gesetzliche Anordnung offengelegt gelegt werden**, so wie es auch die Kammer-Versammlungen forderten. Dies auch, damit die vielfachen Änderungen der KSW offener und gemeinschaftlich programmiert werden können. Die KSW weist weniger Funktionalität auf als die Web-Anwendung, auf die deshalb abzustellen ist.

Die exportierten Dateien sind nicht mit einem amtlichen Zeitstempel versehen, der Erstellungszeitpunkt ist damit nicht beweisbar. Nicht beweisbar scheint auch, dass das Export-Produkt jemals eine beA-Nachricht gewesen ist. Diese Art aufeinander bezogener Dateien (.zip und .ps7) können ohne das beA erstellt werden.

Besonders gravierend aber ist eine weitere Folge der oben beschriebenen konstruktiven Mängel, die schon die Ende-zu-Ende-Verschlüsselung verhindern. Da die durch die Anwälte versandten Nachrichten nachträglich durch die BRAK „umgeschlüsselt“ werden, kann die eingegangene Nachricht nicht identisch sein (abweichender Hashwert, einer Art digitalem Fingerabdruck). Bei abweichendem Hashwert scheidet der Beweis der Identität aus. Nach meinem Dafürhalten genießt selbst ein Fax-Protokoll

einen höheren Beweiswert. Solange die Rechtsprechung den Beweiswert nicht vollumfänglich anerkennt, sollte auch aus diesem Grund keine aktive Nutzungspflicht etabliert werden.

Der Unterzeichner selbst muss die Löschung regelmäßig verhindern, da einige Nachrichten aus dem Jahr 2018 sowie 2020 sich trotz Inanspruchnahme des (alten und neuen) Supports nicht öffnen lassen und unverändert vorhanden bleiben müssen.

F. Bezeichnungspflichten für Datei-Namen

Sowohl der Antrag als auch die Stellungnahme der BRAK weisen richtigerweise auf problematische zusätzliche Bezeichnungspflichten für die Anhänge von beA-Nachrichten hin. Diese sind die eigentlichen Inhalte der digitalen Kommunikation. Diese Pflichten werden getrieben von Vorgaben der Justiz, die damit erheblich in die freie Advokatur eingreift. Ausfluss des Förderalismus und einer unabgestimmten Justiz ist, dass zu allem Überfluss spezielle Landesvorschriften zum elektronischen Rechtsverkehr zu beachten sind, die allein zu finden schon anwaltlicher Kunst bedarf. Die Anwaltschaft kann teils unter anderem nicht alle Vorgaben erfüllen, wie die digitale Wandlung durchsuchbarer handschriftlicher Dokumente oder die Übersendung bestimmter XML-Dateien (§ 2 ERVV). Die Vorbereitung der Bearbeitung durch die Justiz ist ohnehin nicht Sache der Anwaltschaft. Dass die Interessen der Anwaltschaft nicht angemessen berücksichtigt werden, zeigt auch § 130a Abs. 6 ZPO, auf den die BRAK zu Unrecht zur Lösung verweist. Dort wird auf die Verarbeitbarkeit durch die Gerichte und nicht auf objektiv verarbeitbare Dateien abgestellt.

Die in der Tendenz chaotische Situation veranlasste bereits den BGH zu detaillierten Ausführungen zu sinnvollen Dateinamen. Teilweise werden von einzelnen Gerichten unterhalb der Landesebene Vorgaben gemacht, die sogar die Gestaltung des Kanzlei-Briefbogens betreffen, überdies teils technisch gefährden und im besseren Fall schlicht nicht umsetzbar sind.²⁰ Bundesweit aber dürfen – dies ist nicht geregelt und gilt rein faktisch - zudem keine Umlaute in den Dateinamen (z.B. „Verfügung“) verwandt werden, was bereits zu Wiedereinsatzverfahren führte. All dies belegt, dass die Technik ihre dienende Funktion hier ohne Not nicht erfüllt.

Denkbar ist die vorgeschlagene zentrale Regelung in der Elektronischer Rechtsverkehr-Verordnung (ERVV) und der zugehörigen Bekanntmachung (ERVV). Die Bekanntmachung darf gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 ERVV nur alle zwei Jahre erfolgen, weshalb die dennoch früher erfolgte Bekanntmachung der ERVB 2019 rechtswidrig ist und damit weitere Verwirrung und erneute Probleme erzeugte.²¹ Das Ausmaß der

²⁰ u.a. Schrägstriche in Dateinamen, vgl. Schinagl, Michael, Aktive Nutzungspflicht im beA ab 2021, Berliner Anwaltsblatt 2020, 426 ff., frei abrufbar unter https://fach-anwalt.de/wp-content/uploads/2020/10/BAB_2020-11_Schinagl_personalisiert.pdf

²¹ Mardorf, Dominik, Wie mit dem beA Dokumente versenden? Tipps für das PDF-Format, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/anwaltspraxis/bea-dokumente-versenden-tipps-fuer-das-pdf-format>

Problematik wird etwa daran deutlich, dass der Ort der Bekanntmachung auf justiz.de ebenfalls nicht stabil gewährleistet ist. Ein Relaunch der Seite Anfang November 2020 führt bisherige Verlinkungen nun in die Irre. Das Phänomen ist auch auf Landesebene regelmäßig anzutreffen.

Diese Gemengelage führt zu erheblichen Haftungs-Gefahren mit absehbaren Erhöhungen der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen für Anwälte, die das beA für die Übermittlung zur Zeit freiwillig nutzen und künftig verpflichtend nutzen müssen.

Neben der Haftungsfrage für Rechtsanwälte bedeutet dies auch ein Risiko für den Rechtsstaat, der **materielle Gerechtigkeit nicht versagen darf, weil die Anwaltschaft mit formellen Hürden überfordert wird.**

Die überraschende Einführung der aktiven Nutzungspflicht in Schleswig-Holstein per Verordnung nur rund zwei Wochen vor Beginn der Nutzungspflicht ab dem Jahr 2020 führte bereits zu einer Serie von Haftungsfällen. Dies droht sich in Bremen im Jahr 2021 zu wiederholen.

Die Gerichte sichern nicht ausreichend den Grundsatz des fairen Verfahrens. Dies lässt sich anhand einer Entscheidung des BAG erahnen, das wohl letztmalig Wiedereinsetzung gewährte, weil ein Anwalt aus seinem persönlich, nur von ihm nutzbaren, beA einen Schriftsatz auf dem Kanzlei-Briefbogen mit dem Wort „Rechtsanwalt“ unterzeichnete ohne anzugeben, dass er (wer sonst?) den Schriftsatz verantwortet.²²

Es wird in diesem Bereich dringend empfohlen, langjährig vorab bundesweit einheitliche Regelungen aufzustellen, die konstant an nur einer Stelle abrufbar sind und die sich auf das für die reine Übermittlung der Information unabdingbar notwendige Maß beschränken.

Im Moment muss der Einsatz des beA durch Rechtsanwälte und Rechtsanwälte vorsichtig abgewogen werden. In der einen Wagschale liegt der Vorteil, Erfahrungen mit dem ERV und dem beA im Besonderen zu sammeln ist, in der anderen lauern Risiken für den Rechtsdurchsetzungsanspruch des Mandanten, dem Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit und dem eigenen Haftungsrisiko.

Das Zurückstellen von passiven und aktiven Nutzungspflichten sowie die genannte Überarbeitung der Regeln empfehle ich dem Rechtsausschuss dringend.

Weitere Informationen: www.fach-anwalt.de/aktuelles/aktuelles-bea/

Michael Schinagl
Rechtsanwalt

²² BAG, Beschl. v. 14.09.2020, Az. 6 AZB 23/20