

# Keine Überwachungspflicht für beA ohne Erstregistrierung

BRAK überschreitet ihre gesetzlichen Befugnisse bei der Art der Einrichtung des beA

Rechtsanwalt Dr. Marcus Werner und Rechtsanwalt Julius Oberste-Dommes, Köln

Der 1. Januar 2016 ist der gesetzliche Starttag für das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA). Ab dann soll jede Anwältin ihr und jeder Anwalt sein persönliches beA haben. Das Anwaltsblatt hatte noch im November-Heft 2015 davon gesprochen, dass sich eine herrschende Meinung bildet, die von einer Überwachungspflicht des beA ausgeht, auch wenn der Anwalt keine Nutzungskarte hat und keine Erstregistrierung vorgenommen hat. Die Autoren widersprechen dieser Auffassung. Einen elektronischen Kanal zu den Gerichten müssen Anwältinnen und Anwälte nicht vor dem 1. Januar 2018 eröffnen. Außerdem ist das beA ein Spezialpostfach für die Kommunikation mit den Gerichten – und kein genereller Mail-Account für die Kommunikation unter Anwälten oder gar der Kammern mit ihren Mitgliedern – zumal ein beA für Anwaltskammern das Gesetz nicht vorsieht (zu Spams im beA siehe in diesem Heft Schnapp, AnwBl 2016, 32).

Eine wichtige Vorbemerkung: Wir sind Unterstützer aller Facetten des elektronischen Rechtsverkehrs. Der elektronische Rechtsverkehr (ERV) wird die Zukunft und Normalität der Anwaltschaft sein. Bei der Einrichtung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) ist aber nach unserer Ansicht die BRAK über ihre gesetzlichen Befugnisse hinaus gegangen und schafft damit vielen Rechtsanwälten ohne Not Probleme. Wir halten die von der BRAK angekündigte Praxis für rechtswidrig, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können, selbst wenn ein Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat. Auch wenn die BRAK am 26. November 2015 angekündigt hat, den Starttermin des 1. Januars 2016 für das beA zu verschieben und den Rechtsanwälten die Postfächer erst zu einem späteren Zeitpunkt einzurichten, bleiben unsere rechtlichen Bedenken bestehen. Es gibt seitens der BRAK keine Verlautbarung, dass sie die Postfächer nur nach erfolgreicher Erstregistrierung empfangsbereit einrichten wird.

## I. Ausgangssituation

### 1. Die gesetzlichen Grundlagen

Die Regelung des § 130 a ZPO ist bereits seit dem Jahr 2005 in Kraft. § 130 a ZPO sieht vor, dass dem Schriftformerfordernis für Schriftsätze, Anlagen, Anträge, Auskünfte, Aussagen und Gutachten genügt ist, wenn eine Aufzeichnung als elektronisches Dokument erfolgt. In der Praxis spielt der elektronische Rechtsverkehr – abgesehen von bestehenden Inseln – noch keine große Rolle. Es war Ziel des Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vor-

schriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001<sup>1</sup> das zu ändern. Als Grund hierfür wird das angeblich fehlende Nutzervertrauen in die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der elektronischen Kommunikation mit den Gerichten genannt.<sup>2</sup> Durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 16. Oktober 2013<sup>3</sup> sollen die technischen Möglichkeiten zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs auf prozessuellem Gebiet genutzt werden. Ferner sollen die Zugangshürden gesenkt und das Nutzervertrauen in den Umgang mit dem neuen Kommunikationsweg gestärkt werden.<sup>4</sup>

Damit Rechtsanwälte für gerichtliche Zustellungen elektronisch erreichbar sind, ist § 31 a BRAO eingeführt worden.<sup>5</sup> Für die Einrichtung und Löschung eines elektronischen Anwaltspostfachs eines Rechtsanwalts ist ausschließlich die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) zuständig. § 177 Abs. 2 BRAO ist daher um eine Nr. 7 ergänzt worden. Für die Kosten der Einrichtung und des Betriebs der elektronischen Anwaltspostfächer der Rechtsanwälte haben die regionalen Rechtsanwaltskammern „Umlageordnungen zur Finanzierung des elektronischen Rechtsverkehrs“ beschlossen. Nach zutreffender Ansicht des Anwaltsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen sind diese wirksam.<sup>6</sup>

Die BRAK hat nach Überprüfung der Zulassung und Durchführung eines Identifizierungsverfahrens in das nach § 31 BRAO zu führende Rechtsanwaltsverzeichnis für jeden dort eingetragenen Rechtsanwalt ein beA einzurichten. Nach § 31 Abs. 3 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) ist die Adresse dieses Postfachs im Gesamtverzeichnis bekanntzumachen. Ein elektronisches Anwaltspostfach ist für jeden Rechtsanwalt einzurichten. Zugelassene Rechtsanwaltsgesellschaften werden trotz ihrer Postulationsfähigkeit im Anwaltsverzeichnis nach § 31 BRAO nicht gelistet.<sup>7</sup>

Interessanterweise finden sich, obwohl alle rund 165.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom beA betroffen, bis heute nur drei (!) Fachartikel,<sup>8</sup> welche sich mit den rechtlichen Fragen rund um das beA befassen. Wir beschränken uns hier auf die Frage, ob es – entsprechend der Ankündigung der BRAK – zulässig ist, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können, auch wenn ein Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durch-

1 BGBl. I S. 1542.

2 BT-Drs. 17/12634, S. 1.

3 BGBl. I S. 3785.

4 *Feuerich/Weyland-Dag/Weyland/Brüggemann*, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 9. Aufl., München, 2016, § 31 a Rdnr. 1.

5 Der 2013 beschlossene § 31 a BRAO sollte am 1. Januar 2016 in Kraft treten. Der Bundestag wird ihn mit der zweiten und dritten Lesung des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte – so der Plan bei Drucklegung dieses Hefts – am 17. Dezember 2015 ändern (BT-Drucksache 18/6915 vom 2. Dezember 2015). Die § 31 bis § 31 b BRAO werden durch neue § 31 bis § 31 c BRAO ersetzt. Wenn der Bundesrat das Gesetz am 18. Dezember 2016 passieren lässt, soll es – so der Plan der Bundesregierung – noch 2015 verkündet werden, so dass die Änderungen am 1. Januar 2016 in Kraft treten können. Auf jeden Fall wird die Änderung am 1. des auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft treten. Der Beitrag beruht auf der zum Zeitpunkt der Drucklegung zum Inkrafttreten am 1. Januar 2016 vorgesehenen Fassung von § 31 a BRAO, der durch die kommende Änderung vor allem mit Blick auf den Syndikusanwalt modifiziert wird.

6 AGH Hamm, Urteil vom 08.05.2015, Az. 1 AGH 5/15, BeckRS 2015, 10662.

7 So *Gaier/Wolf/Göcken-Siegmund*, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl., Köln 2014, §§ 31 a, 31 b Rdnr. 14 m. w. N.

8 Soweit ersichtlich: *Bacher*, MDR 2014, 1053 (Elektronischer Rechtsverkehr in der Anwaltskanzlei); *Brosch/Sandkühler*, NJW 2015, 2760 (Das besondere elektronische Anwaltspostfach – Nutzungsobliegenheiten, Funktionen und Sicherheit); *Kulow*, K & R 2015, 537 (Elektronische Signatur und das besondere elektronische Anwaltspostfach: FördERV update 2016).

geführt hat. Im Zusammenhang damit überprüfen wir die Rechtsansicht von Brosch/Sandkühler (und auch der BRAK<sup>9</sup>), es gäbe eine passive Überwachungspflicht unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten für das beA.<sup>10</sup>

## 2. Das Vorgehen und Verlautbarungen der BRAK

Die BRAK beauftragte das französische Unternehmen Atos SE sowie die Governikus GmbH & Co. KG mit der technischen Realisierung des beA. Als ein Ergebnis der technischen Realisierung sollte das beA ab dem 1. Januar 2016 empfangsbereit sein. Die BRAK erläutert dies auf ihrer Internetseite wie folgt:

Der Gesetzgeber hat die Bundesrechtsanwaltskammer im neuen § 31 a BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs) beauftragt, für jeden eingetragenen Rechtsanwalt ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach einzurichten. Ausnahmen sind nicht vorgesehen. Die BRAK wird daher allen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gemäß ihrem gesetzlichen Auftrag zum 1.1.2016 ein empfangsbereites beA einrichten.

Für den Zugriff ist eine beA-Karte erforderlich. Unabhängig davon, ob diese Karte bestellt und die Erstregistrierung vorgenommen wurde, ist das Postfach für Gerichte, Kollegen und die Rechtsanwaltskammern erreichbar.<sup>11</sup>

Alle Rechtsanwälte können ab 1. Januar 2016 über das beA am elektronischen Rechtsverkehr teilnehmen. Das heißt, dass ab 2016 allen Kollegen Nachrichten beziehungsweise Dokumente zugestellt werden können. Es bedeutet zugleich, dass alle Rechtsanwälte auch für die am ERV teilnehmenden Gerichte und die Kollegen erreichbar sind.<sup>12</sup>

Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs (oder eine andere Rechtsnorm) enthält keine Vorschrift,

- die ausdrücklich regelt, dass das beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen darf,
- dass der Rechtsanwalt die Erstregistrierung des beA durchführen muss,
- dass der Rechtsanwalt sein beA auf etwaig eingegangene elektronische Nachrichten prüfen muss oder
- dass der Rechtsanwalt verpflichtet ist, sein beA bereits ab dem 1. Januar 2016 zum gerichtlichen oder außergerichtlichen Austausch von Schriftstücken zu nutzen.

Die BRAK teilte auf ihrer Internetseite zu einer etwaigen Nutzungspflicht des beA durch den Rechtsanwalt Folgendes wörtlich mit:

Die BRAK empfiehlt daher, auch wenn es gesetzlich keine ausdrückliche Verpflichtung zur Nutzung des beA gibt, dennoch die für die Erstregistrierung erforderliche beA-Karte rechtzeitig zu bestellen, damit die Gefahr haftungsrechtlicher Konsequenzen durch das Verpassen relevanter Post vermieden wird.<sup>13</sup>

Die BRAK wird nach einer uns erteilten Auskunft alle Rechtsanwälte, die zum 1. Januar 2016 im amtlichen Anwaltsverzeichnis aufgenommen sind, in das (technische) Verzeichnis der möglichen Empfänger des beA aufnehmen. Es ist aber technisch und organisatorisch möglich, nur diejenigen Rechtsanwälte, welche die Erstregistrierung im beA beantragt haben, in das Verzeichnis der möglichen Empfänger des beA aufzunehmen. Dies würde nach unserer Kenntnis auch nicht zur Mehrkosten führen.

## II. Kein empfangsbereites beA ohne Erstregistrierung

Wir halten die von BRAK angekündigte Praxis für rechtswidrig, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 oder ab einem später von der BRAK festgelegten Stichtag elektronische Nachrichten

empfangen können, auch wenn ein Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat. Auch erachten wir die von den Kollegen Brosch und Sandkühler vertretene Rechtsansicht für nicht zutreffend, es gäbe für das beA eine passive Überwachungspflicht unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten.<sup>14</sup> Mit diesen beiden Rechtsfragen befasst sich dieser Artikel.

### 1. Kein Recht der BRAK, ab dem 1. Januar 2016 für alle Rechtsanwälte empfangsbereite beA ohne Mitwirkung des Rechtsanwalts einzurichten

Wir sind der Auffassung, dass eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für das von der BRAK als empfangsbereit geplante beA nicht existiert und § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) nicht so ausgelegt werden kann, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können müssen, auch wenn der jeweilige Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat.

#### a) Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt

Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten regelt abschließend die Rechte und Pflichten der Beteiligten am elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten. Es enthält keine ausdrückliche Vorschrift, dass das beA ab dem 1. Januar 2016 bereits empfangsbereit eingerichtet sein kann oder muss. Insbesondere ergibt sich dies nicht aus der zentralen Vorschrift für die Einrichtung des beA, § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten), welche wie folgt wörtlich lautet:

Die Bundesrechtsanwaltskammer richtet nach Überprüfung der Zulassung und Durchführung eines Identifizierungsverfahrens in dem Gesamtverzeichnis nach § 31 für jeden eingetragenen Rechtsanwalt ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach ein.

#### b) Keine Auslegung des § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) im Sinne der BRAK

§ 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) kann auch nicht so ausgelegt werden, dass ab dem 1. Januar 2016 alle beA elektronische Nachrichten empfangen können, wenn der jeweilige Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat.

§ 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) ist die zentrale und einzige Vorschrift, die der BRAK das Recht einräumt und zugleich die Pflicht auferlegt, ein beA (bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen) für jeden Rechtsanwalt einzurichten. Die Vorschrift enthält keine zweifelsfreie Formulierung, dass das beA als „empfangsbereit“ eingerichtet werden soll. Es ist somit nicht klar, ob und inwieweit es der Wille des Gesetzgebers war, dass das beA als

<sup>9</sup> Siehe unter [bea.brak.de/was-ist-das-bea/teilnehmer](http://bea.brak.de/was-ist-das-bea/teilnehmer); abgefragt am 15.11.2015.

<sup>10</sup> Brosch/Sandkühler, NJW 2015, S. 2760, 2761; dies., BRAK-Magazin 4/2015, S. 3.

<sup>11</sup> Quelle: [bea.brak.de/fragen-und-antworten](http://bea.brak.de/fragen-und-antworten) (Gibt es eine gesetzliche Verpflichtung zur Nutzung des beA?); abgefragt am 15.11.2015.

<sup>12</sup> Quelle: [bea.brak.de/was-ist-das-bea/teilnehmer](http://bea.brak.de/was-ist-das-bea/teilnehmer); abgefragt am 15.11.2015.

<sup>13</sup> Quelle: [bea.brak.de/fragen-und-antworten](http://bea.brak.de/fragen-und-antworten) (Gibt es eine gesetzliche Verpflichtung zur Nutzung des beA?); abgefragt am 15.11.2015.

<sup>14</sup> Brosch/Sandkühler, NJW 2015, S. 2760, 2761; dies., BRAK-Magazin 4/2015, S. 3.

„empfangsbereit“ eingerichtet werden soll. Der Wille des Gesetzgebers ist daher durch Auslegung zu ermitteln. Hierzu kommen die herkömmlichen Auslegungsmethoden zum Einsatz<sup>15</sup> und zwar

- aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung) (hierzu unter aa)),
- aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung) (hierzu unter bb)),
- aus den Gesetzesmaterialien und ihrer Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) (hierzu unter cc)) sowie
- aus ihrem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) (hierzu unter dd)).

#### aa) Grammatische Auslegung

Die grammatische Auslegung des § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten), insbesondere des Wortes „einrichten“ unter Heranziehung des IT-Sprachverständnisses spricht dafür, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können, auch wenn der jeweilige Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat.

Nach grammatischer Auslegung sind Rechtssätze so zu verstehen, wie es sich nach den Regeln des allgemeinen oder des juristisch-technischen Sprachgebrauchs ergeben.<sup>16</sup>

Einen juristisch-technischen Sprachgebrauch im Sinne einer gesetzlichen Festlegung oder Definition enthält weder § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) noch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten, so dass es allein auf den allgemeinen Sprachgebrauch ankommt. Nach der Definition im Duden ist unter dem Wort „einrichten“ das Vorbereiten, die Ausstattung mit etwas, zu einer Nutzung schaffen zu verstehen.<sup>17</sup> Allen Bedeutungen ist gemein, dass sie zu einer Nutzung geschaffen werden. Es ist allerdings nicht zwingend, dass mit der Einrichtung auch gleichzeitig die unmittelbare Möglichkeit einer bestimmten Art von Nutzung verbunden ist. Eine öffentliche Einrichtung kann ein Benutzer in der Regel erst dann nutzen, wenn er eine Nutzungsgebühr bezahlt hat.

Im Bereich der Informationstechnologien und insbesondere bei der Zurverfügungstellung von E-Mail-Accounts und E-Mail-Postfächern ist der Begriff der „Einrichtung“ allerdings weiter zu verstehen. In der Regel werden E-Mail-Postfächer technisch so eingerichtet, dass sie sofort elektronische Nachrichten empfangen können, selbst wenn der Nutzer das Konto über einen Code oder einen Aktivierungslink noch nicht freigeschaltet hat.

§ 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) erteilt der BRAK einen klaren „IT-Auftrag“, das beA für jeden Rechtsanwalt einzurichten. Deshalb erscheint es sachgerecht, den allgemeinen Sprachgebrauch auf die IT-Fachsprache und das Verständnis von IT-Fachleuten auszudehnen. Nach diesem (erweiterten) allgemeinen Sprachgebrauch umfasst der Begriff des „Einrichtens“ auch die Möglichkeit einer sofortigen Nutzung und damit des Empfangs von elektronischen Nachrichten.

#### bb) Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung des § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten), insbesondere des Wortes

„einrichten“ spricht dagegen, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können, wenn der jeweilige Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat.

Die systematische Auslegung verlangt, dass einzelne Rechtssätze, die in einem Zusammenhang stehen, so auszulegen sind, dass sie logisch miteinander vereinbar sind.<sup>18</sup> § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) erfüllt keinen Selbstzweck. Vielmehr stellt das beA einen der vier möglichen sicheren Übermittlungswege gemäß § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. dar. Insofern muss die Regelung des § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) mit den übrigen Vorschriften des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten logisch vereinbar sein (hierzu unter (1)). Des Weiteren ist auch zu berücksichtigen, in welchem logischen Zusammenhang § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) mit den übrigen Vorschriften der BRAO steht (hierzu unter (2)).

(1) Verhältnis zu den anderen Vorschriften des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten

Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. Oktober 2013<sup>19</sup> enthält Änderungen vor allem der ZPO sowie der BRAO. Die Änderung der weiteren Verfahrensordnungen sowie zahlreicher weiterer Gesetze sind für diese Stellungnahme nicht von Belang. Die wesentlichen, die Anwaltschaft betreffenden Vorschriften sind

- § 130 a ZPO n. F. Elektronisches Dokument,
- § 130 d ZPO n. F. Nutzungspflicht für Rechtsanwälte,
- § 174 ZPO n. F. Zustellung gegen Empfangsbekanntnis oder automatisierte Eingangsbestätigung,
- § 195 ZPO n. F. Zustellung von Anwalt zu Anwalt,
- § 31 a BRAO n. F. Besonderes elektronisches Anwaltspostfach
- § 31 b BRAO n. F. Verordnungsermächtigung und
- Artikel 26 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten Inkrafttreten, Außerkrafttreten.

Für das systematische Verständnis des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten ist es erforderlich, die nachfolgenden Vorschriften jedenfalls nach ihrem wesentlichen Regelungsgehalt wie folgt zu erläutern:

- Zu § 130 a ZPO n. F. Elektronisches Dokument: § 130 a Abs. 1 ZPO n. F. ordnet an, dass in einem Verfahren vor allem Schriftsätze als elektronisches Dokument eingereicht werden können. § 130 a Abs. 3 ZPO n. F. ordnet an, in welcher Form und wie elektronische Dokumente bei Gericht einzureichen sind: Gemäß § 130 a Abs. 3 Alt. 1 ZPO n. F. mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen (unabhängig vom Übermittlungsweg oder -medium) oder gemäß § 130 a Abs. 3 Alt. 1 ZPO n. F. einfach signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130 a Abs. 4

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 82, S. 6, 11; 93, 105, S. 135, 157; BVerfG, NVwZ 1996, 574, 578.

<sup>16</sup> Vgl. Staudinger-Coing/Honsell, BGB, Neubearbeitung 2004, Berlin, Einl. zum BGB Rdnr. 139.

<sup>17</sup> Quelle: [www.duden.de/rechtschreibung/einrichten](http://www.duden.de/rechtschreibung/einrichten); abgefragt am 15.11.2015.

<sup>18</sup> BVerfGE 48, S. 246, 257; 124, S. 25, 40.

<sup>19</sup> BGBl. I S. 3786.

ZPO n. F. eingereicht. § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. nennt als sichere Übermittlungswege unter anderem den De-Mail-Dienst und das beA. § 130 a ZPO n. F. schränkt den Rechtsanwalt in der Wahl der sicheren Übermittlungswege nicht ein. Der Versand von elektronischen Nachrichten über den De-Mail-Dienst oder über das beA stehen dem Rechtsanwalt als gleichwertige und gleichberechtigte Alternativen nebeneinander zur Verfügung. Gemäß Art. 26 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten tritt § 130 a ZPO n. F. frühestens am 1. Januar 2018 in Kraft.

- Zu § 130 d ZPO n. F. Nutzungspflicht für Rechtsanwälte: § 130 d ZPO n. F. ordnet an, dass vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen sowie schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt eingereicht werden, als elektronisches Dokument zu übermitteln sind. § 130 d ZPO n. F. verpflichtet somit die Rechtsanwälte dazu, Prozessklärungen ausschließlich als elektronische Dokumente bei Gericht einzureichen. Gemäß Art. 26 Abs. 7 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten tritt § 130 a ZPO n. F. spätestens am 1. Januar 2022 in Kraft.

- Zu § 174 ZPO n. F. Zustellung gegen Empfangsbekanntnis oder automatisierte Eingangsbestätigung: § 174 Abs. 3 S. 3 ZPO n. F. ordnet an, dass die Gerichte Schriftsätze an die Prozessbevollmächtigten künftig als elektronische Dokumente auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. übermitteln können. § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO n. F. ordnet an, dass (auch) Rechtsanwälte für die Zustellung von Schriftstücken durch das Gericht einen sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. zu eröffnen haben. Die Rechtsanwälte müssen somit entweder den De-Mail-Dienst oder das beA benutzen. Gemäß Art. 26 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten tritt § 130 a ZPO n. F. frühestens am 01.01.2018 in Kraft.

- Zu § 195 ZPO n. F. Zustellung von Anwalt zu Anwalt: Die Regelung des § 195 ZPO n. F. verweist lediglich auf die Regelungen des § 174 ZPO n. F., so dass sich inhaltlich keine Unterschiede ergeben. Für die prozessuale Zustellung von Anwalt zu Anwalt müssen die Rechtsanwälte somit entweder den De-Mail-Dienst oder das beA benutzen. Gemäß Art. 26 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten tritt § 130 a ZPO n. F. frühestens am 1. Januar 2018 in Kraft.

Zusammengefasst ordnen die vorgenannten Vorschriften an, dass

- die Rechtsanwälte *frühestens ab dem 1. Januar 2018* einen sicheren Übermittlungsweg (*De-Mail-Dienst oder beA*) gemäß § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. für den Empfang von Schriftsätzen durch das Gericht oder von Anwalt zu Anwalt eröffnet haben müssen und
- die Rechtsanwälte *spätestens ab dem 1. Januar 2022* Prozessklärungen als elektronisches Dokument (*qualifiziert elektronisch signiert oder über den De-Mail-Dienst oder über das beA*) bei Gericht einreichen müssen.

Es existieren keine Vorschriften, die einen Rechtsanwalt dazu verpflichten, mehrere, einen oder einen bestimmten der sicheren Übermittlungswege gemäß § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. vor dem 1. Januar 2018 zum Empfang von gerichtlichen oder auch außergerichtlichen Erklärungen bereitzuhalten.

Die vorgenannten Vorschriften führen zu folgenden systematischen Schlussfolgerungen:

(a) Wenn das von der BRAK beabsichtigte Einrichten des beA auch zugleich den Empfang von Schriftsätzen durch das Gericht umfassen würde, würden die Rechtsanwälte bereits vor dem 1. Januar 2018 faktisch am elektronischen Rechtsverkehr teilnehmen. Sie hätten auch keine Wahl, denn nach der Mitteilung der BRAK ist das beA ab dem 1. Januar 2016 auch ohne Zutun des Rechtsanwalts empfangsbereit. Dies widerspricht allerdings der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers, die Rechtsanwälte frühestens ab dem 1. Januar 2018 zur Teilnahme am (prozessualen) elektronischen Rechtsverkehr (Entgegennahme von elektronischen Dokumenten) zu verpflichten.

(b) Die aktuellen Veröffentlichungen der BRAK zum beA könnten dazu führen, dass sich das beA als einziger sicherer Übermittlungsweg gemäß § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. durchsetzt. Vor allem die Ankündigung der BRAK, dass eine Pflicht zur Nutzung des beA zwar nicht existiere, eine Nutzung zur Vermeidung eventueller Haftungsfälle jedoch empfohlen werde, dürfte viele Rechtsanwälte dazu bewegen, das beA zu nutzen. Vermutlich werden sich die Rechtsanwälte, nicht zuletzt wegen zusätzlicher Kosten, für keinen alternativen sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. entscheiden. Der Vorsitzende des Ausschusses Elektronischer Rechtsverkehr der BRAK vermutet, dass das beA rund 165.000 Rechtsanwälte nutzen werden. Die Nutzung des De-Mail-Dienstes würde dann völlig verdrängt. Dies widerspricht der Entscheidung des Gesetzgebers in § 130 a Abs. 4 ZPO n. F., dass Rechtsanwälte zwischen mehreren sicheren Übermittlungswegen frei wählen können, um Schriftsätze frühestens ab dem 1. Januar 2018 vom Gericht zu empfangen und spätestens ab dem 1. Januar 2022 an das Gericht zu versenden. Die Bundesregierung geht in ihrem Gesetzentwurf vom 6. März 2013<sup>20</sup> davon aus, dass das beA zwar der wesentliche, aber nicht der einzige Weg sein wird, über den die Rechtsanwälte mit den Gerichten kommunizieren werden. Die den Rechtsanwälten eingeräumte Wahlmöglichkeit würde durch die von der BRAK betriebene Fokussierung auf das beA faktisch eliminiert werden.

(2) Verhältnis zu den anderen Vorschriften der BRAO

Aus der systematischen Stellung des § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) innerhalb der BRAO lassen sich zwei wesentliche Schlussfolgerungen ableiten:

(a) Nur der Rechtsanwalt bestimmt, wann er erstmals elektronische Nachrichten über das beA empfangen möchte.

Zwar wird gemäß § 31 Abs. 3 S. 1 BRAO n. F. ab dem 1. Januar 2016 in das Rechtsanwaltsverzeichnis auch die Adresse des beA eingetragen. Daraus kann allerdings nicht zwingend abgeleitet werden, dass das beA bereits ab dem 1. Januar 2016 ohne Zutun des Rechtsanwalts empfangsbereit eingerichtet sein soll. Vielmehr ergibt sich aus der BRAO-Novelle 2009 und insbesondere aus den Änderungen zu § 31 Abs. 3 S. 1 BRAO a. F., dass bestimmte Telekommunikationsdaten nur dann eingetragen werden dürfen, wenn der Rechtsanwalt diese Telekommunikationsdaten der zuständigen Rechtsanwaltskammer mitgeteilt hat.<sup>21</sup> Dadurch, dass der Rechtsanwalt der zuständigen Rechtsanwaltskammer Telekommunikationsdaten mitteilt, bringt er zugleich zum

<sup>20</sup> BT-Drs. 17/12634, S. 55.

<sup>21</sup> BT-Drs. 16/11385, S. 8 Ziffer 12 c) aa).

Ausdruck, über diese Telekommunikationsdaten Mitteilungen empfangen und versenden zu wollen. Es liegt somit ein Willensentschluss des Rechtsanwalts vor. Telekommunikationsdaten, die nicht mitgeteilt wurden, können auch zwangsläufig nicht veröffentlicht werden.<sup>22</sup> Diese gesetzgeberische Wertung ist auf das beA insoweit übertragbar, als dass der Rechtsanwalt zwar die Eintragung seiner beA-Adresse im Gesamtverzeichnis nicht verhindern kann, aber erst durch die Erstregistrierung zum Ausdruck bringen muss, dass er über das beA elektronische Nachrichten empfangen und versenden will.

(b) Aus der systematischen Stellung des § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) innerhalb der BRAO ergibt sich der Wille des Gesetzgebers, lediglich eine Ermächtigungsgrundlage für die rein technische Errichtung des beA zu schaffen. Weitergehende Rechtswirkungen, insbesondere eine (Handlungs-)Verpflichtung der Rechtsanwälte, wollte der Gesetzgeber nicht schaffen.

§ 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) befindet sich in Teil 2 Abschnitt 2 der BRAO. Der Teil 2 Abschnitt 1 der BRAO regelt die Voraussetzungen für die Zulassung als Rechtsanwalt und für die Durchführung des Zulassungsverfahrens. Der Teil 2 Abschnitt 2 der BRAO regelt die Einrichtung der Kanzlei sowie die Führung des Rechtsanwaltsverzeichnisses bzw. die Führung des Gesamtverzeichnisses. § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) ist lediglich eine das Rechtsanwaltsverzeichnis ergänzende Vorschrift. Die Vorschriften über das Rechtsanwaltsverzeichnis (§§ 31 ff. BRAO) enthalten keine Verpflichtungen, die die Rechtsanwälte betreffen. Die Verpflichtungen treffen allein die örtlichen Rechtsanwaltskammern und die BRAK.

Wenn der Gesetzgeber § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) auch als Verpflichtungsnorm zu Lasten der Rechtsanwälte hätte schaffen wollen, hätte der Gesetzgeber die Errichtung des beA in Teil 3 Abschnitt 1 der BRAO, in welchem die berufsrechtlichen Pflichten der Rechtsanwälte enthalten sind, regeln müssen. Dies hat er jedoch nicht getan.

#### cc) Historische Auslegung

Die historische Auslegung des § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) und insbesondere des Wortes „einrichten“ ist dahingehend unergiebig, ob alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können, wenn der jeweilige Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat. Wir begründen dies wie folgt:

- Die Gesetzgebungsmaterialien (zum Beispiel Gesetzentwürfe, Plenarprotokolle) enthalten keinen Hinweis drauf, dass das beA ab dem 1. Januar 2016 als bereits empfangsbereit eingerichtet werden soll.
- Im eigenen Gesetzentwurf des Bundesrats vom 28. November 2012<sup>23</sup> geht der Bundesrat davon aus, dass das beA erst nach einer Identifizierung nutzbar sein soll. Der Gesetzentwurf enthält keine Begründung, was unter „nutzbar“ zu verstehen ist. Ferner führt der Bundesrat aus, dass mit dem beA die technische Infrastruktur und die technischen Voraussetzungen für den elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten geschaffen werden sollen. Inwieweit mit der Schaf-

fung des beA auch unmittelbare Handlungs- oder Nutzungspflichten verknüpft werden sollen, ist dem Gesetzentwurf des Bundesrats nicht zu entnehmen.

- Im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21. Dezember 2012<sup>24</sup> geht die Bundesregierung zwar davon aus, dass die Rechtsanwälte für die Gerichte generell über das beA erreichbar sein werden. Allerdings enthält der Gesetzentwurf keine Ausführungen dazu, dass die Rechtsanwälte über das beA bereits ab dem 1. Januar 2016 erreichbar sein müssen, beziehungsweise ab dem 1. Januar 2016 bereits elektronische Nachrichten empfangen können müssen.

#### dd) Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung von § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) und insbesondere des Wortes „einrichten“ spricht dagegen, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können, wenn der jeweilige Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat.

Sinn und Zweck des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten ist die flächendeckende Verbreitung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten. Der Gesetzgeber hat sich zu diesem Zweck dafür entschieden, dass sich die Prozessparteien und das Gericht zukünftig elektronische Dokumente über sichere Übermittlungswege gemäß § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. (z. B. über den De-Mail-Dienst und insbesondere über das beA) übermitteln. Ob und wann die Rechtsanwälte einen sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. nutzen müssen, richtet sich ausschließlich nach den Vorschriften der §§ 130 a, 174 und 195 ZPO n. F. in Verbindung mit der Vorschrift über das Inkrafttreten gemäß Art. 26 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten.

Der Sinn und Zweck von § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) ist daher durch die Intention des Gesetzgebers (flächendeckende Verbreitung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) begrenzt und ist lediglich die Ermächtigungsgrundlage für die BRAK, das beA in technischer Hinsicht zu errichten.

Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und insbesondere § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) dürfen daher nicht so ausgelegt werden, dass die sicheren Übermittlungswege nach § 130 a Abs. 4 ZPO n. F. sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Weise für andere als die vom Gesetzgeber vorgegebenen Ziele verwendet werden können. Rechtsanwälte sind aus § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO n. F. verpflichtet, ab dem 1. Januar 2018 einen sicheren Übermittlungsweg bereitzustellen (De-Mail oder beA). Eine faktische Öffnung des elektronischen Rechtsverkehrs durch das empfangsbereite beA würde diese Pflicht bereits auf den 1. Januar 2016 vorverlegen. Die Öffnung des beA als zusätzlicher Kommunikationskanal für Dritte, die außerhalb eines Gerichtsverfahrens stehen, würde ebenfalls das vom Gesetzgeber vorgegebene Ziel (elek-

<sup>22</sup> Vgl. Gaier/Wolf/Göcken-Siegmund, aaO, § 31 BRAO Rdnr. 63.

<sup>23</sup> BT-Drs. 17/11691, S. 1.

<sup>24</sup> BR-Drs. 818/12, S. 38.

tronischer Rechtsverkehr mit den Gerichten) erweitern (mag dies auch technisch möglich oder wirtschaftlich sinnvoll sein). Exemplarisch sei hier die Absicht der BRAK zu erwähnen, für jede örtliche Rechtsanwaltskammer ein beA einzurichten, damit örtliche Rechtsanwaltskammern mit ihren Mitgliedern kommunizieren können.<sup>25</sup> Für die Einrichtung eines beA für örtliche Rechtsanwaltskammern besteht nach unserer Rechtsansicht keine gesetzliche Grundlage. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf eine teleologische Auslegung nicht dazu führen, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird.<sup>26</sup> Genau dies wäre aber bei dem von der BRAK beabsichtigten empfangsbereiten beA ab dem 1. Januar 2016 der Fall.

ee) Gesamtabwägung der Auslegungsmethoden

Keine der Auslegungsmethoden hat einen unbedingten Vorrang,<sup>27</sup> so dass es hier auf eine Gesamtschau aller Auslegungsergebnisse ankommt.

Nur unter Berücksichtigung des IT-Sprachverständnisses liefert die wörtliche Auslegung des § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) einen Anhaltspunkt dafür, dass das Wort „einrichten“ bedeutet, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können, wenn der jeweilige Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat. Die historische Auslegung ist unergiebig. Die systematische und auch die teleologische Auslegung sprechen mit klaren und überzeugenden Argumenten dagegen, dass das Wort „einrichten“ bedeutet, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können, wenn der jeweilige Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat. Weil die Argumente der wörtlichen Auslegung im Verhältnis zur systematischen und auch zur teleologischen Auslegung wenig überzeugen, kommen wir im Ergebnis dazu, der systematischen und der teleologischen Auslegung den Vorzug zu geben.

c) Nutzungsrecht des beA durch den Rechtsanwalt ab dem 1. Januar 2016

Nach der hier vertretenen Auffassung darf die BRAK das beA ab dem 1. Januar 2016 nicht empfangsbereit einrichten, weil § 31 a Abs. 1 S. 1 BRAO (i. d. F. des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten) dies nicht anordnet.

Allerdings bedeutet dies nicht, dass das beA im Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis frühestens 31. Dezember 2017 elektronische Nachrichten überhaupt nicht empfangen darf. Selbstverständlich kann ein Rechtsanwalt die Erstregistrierung durchführen und sich somit den Zugriff auf sämtliche Funktionen des beA, also das Senden und Empfangen von elektronischen Nachrichten verschaffen. Nach der Erstregistrierung ist ein Rechtsanwalt verpflichtet, sein beA auf eingegangene elektronische Nachrichten regelmäßig zu prüfen oder die Möglichkeit zu nutzen, sich vom beA über eingegangene elektronische Nachrichten per E-Mail zu informieren.

<sup>25</sup> Vgl. [bea.brak.de/was-ist-das-bea/teilnehmer](http://bea.brak.de/was-ist-das-bea/teilnehmer), abgefragt am 15.11.2015.

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168 Rdnr. 66.

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 105, 135, 157; 133, 168 Rdnr. 66.

## 2. Keine passive Überwachungspflicht unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten

Nach unserer Rechtsansicht besteht für Rechtsanwälte keine passive Überwachungspflicht unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten.

Die BRAK hat nicht das Recht, ab dem 1. Januar 2016 für einen Rechtsanwalt das beA so einzurichten, dass es elektronische Nachrichten empfangen kann, wenn der jeweilige Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat. Das Vorgehen der BRAK ist rechtswidrig, sodass hierdurch einem Rechtsanwalt keine Pflichten auferlegt werden.

## III. Zusammenfassung und Ausblick

Wir halten die von der BRAK angekündigte Praxis für rechtswidrig, dass alle beA ab dem 1. Januar 2016 elektronische Nachrichten empfangen können, auch wenn ein Rechtsanwalt die Erstregistrierung nicht durchgeführt hat. Auch erachten wir die von Brosch/Sandkühler und von der BRAK vertretene Rechtsansicht für nicht zutreffend, es gäbe für das beA eine passive Überwachungspflicht unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten.

Wer hier sicher sein möchte, sollte bei der BRAK unter Fristsetzung beantragen, es zu unterlassen, das eigene beA empfangsbereit einzurichten ohne dass er die Erstregistrierung beantragt hat. Sollte die BRAK nicht reagieren, müsste die Frage beim zuständigen Gericht geklärt werden, gegebenenfalls im Eilverfahren.

Der Gesetzgeber hat sich der Problematik aktuell noch nicht angenommen. Zwar wird § 31 a BRAO jetzt geändert, um so die Einrichtung des beA für Syndikusanwälte zu regeln – und wenn es nach der Bundesregierung geht, wird diese neue Norm den 2013 beschlossenen § 31 a BRAO am Tag seines vorgesehenen Inkrafttretens am 1. Januar 2016 gleich wieder ändern (siehe Fußnote 5). Jedoch enthalten weder die erheblich modifizierte Vorschrift des § 31 a BRAO neuste Fassung noch deren Begründung Klarstellungen dazu, unter welchen Voraussetzungen das beA erstmals Nachrichten empfangen kann. Es ist bleibt abzuwarten, ob und inwieweit sich der Gesetzgeber zu dieser Thematik noch klarstellend positioniert. Auf jeden Fall bleibt zu hoffen, dass die Verantwortlichen bei der BRAK noch vor dem Start des beA auf den rechten Weg zurückfinden.



**Dr. jur. Marcus Werner, Köln**

Der Autor ist Rechtsanwalt und Diplom-Informatiker, zudem Fachanwalt für Informationstechnologierecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht. Er ist Mitglied des Vorstands des Deutschen Anwaltvereins.

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).



**Julius Oberste-Dommes, LL.M., Köln**

Der Autor ist Rechtsanwalt in Köln und Fachanwalt für Informationstechnologierecht

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).