

Per Telefax: 030 / 90 15 22 - 00

16/67

Anwaltsgerichtshof Berlin
Elßholzstraße 30 - 33

10781 Berlin

Dr. Manfred Brüning (bis 09/2009)
Rechtsanwalt

Dr. Marcus Werner
Rechtsanwalt
Diplom-Informatiker
Fachanwalt für IT-Recht
*Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht*

Roman Pusep
Rechtsanwalt

Maike Koch*
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Julius Oberste-Dommes LL.M.*
Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht

Alexandra Sofia Wrobel*
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Steuerrecht

Adrian Hoppe*
Rechtsanwalt

* angestellte Rechtsanwälte

Aktenzeichen: II AGH 16/15

Gegner: Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte PartmbB,
– erhalten beglaubigten und einfachen Ausdruck
unmittelbar –

Köln, den 19.02.2016
Zeichen: 16/67 P/A

M:\V\2016\067\850 I.
INSTANZ\1602176067.OD1.DOCX

In der Anwaltsgerichtshofsache

RA Adrian Hoppe ./ Bundesrechtsanwaltskammer

erwidern wir zur Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung am
24.07.2016 auf den Schriftsatz der Antragsgegnerin wie folgt:

I.

Sachverhalt

1. Der Antragsteller bleibt bei seiner Behauptung, dass die Antragsgegnerin das beA jederzeit einführen könnte. Der Antragsteller **bestreitet**, dass die Antragsgegnerin die Einrichtung der beA „rechtzeitig vorher“ ankündigen wird.

2. Selbstverständlich gibt es einen Unterschied zwischen einem empfangsbereiten beA und einem nicht empfangsbereiten beA. Der Unterschied ist auf IT-Ebene lediglich ein „einzelnes Bit“, vergleichbar mit einem An/Aus-Schalter. Die Antragsgegnerin stellt unstreitig, dass das beA so programmiert werden kann, dass es eingerichtet ist und Nachrichten zunächst nicht empfängt, für diese Nutzung aber freigeschaltet werden kann.
3. Der Antragsteller **bestreitet**, dass die Antragsgegnerin bei der Einrichtung des (empfangsbereiten) beA von den Kenntnissen ausgegangen ist, die sie im Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich der Interessen der Länder gewonnen hat. Der Antragsteller **bestreitet**, dass die Mitwirkung der Rechtsanwälte an der Einrichtung bzw. der Freischaltung der beA oder etwaige Freiwilligkeitsaspekte nicht vorgesehen waren. Der Antragsteller **bestreitet** weiter, dass das BMJV der Antragsgegnerin im Sommer 2014 Konzepte übergeben und erläutert haben soll. Der Antragsteller **bestreitet**, dass in diesen Konzepten ausdrücklich vorgesehen war, dass das beA ohne Zutun des Rechtsanwalts ab dem 01.01.2016 empfangsbereit sein wird. Der gesamte Sachvortrag der Antragsgegnerin ist ohne Substanz und nicht glaubhaft gemacht.
4. Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten stammt vom 14.06.2013. Der Antragsteller besitzt seit Mai 2014 einen De-Mail Account beim Anbieter T-Online. Für den Antragsteller ist die De-Mail-Adresse

adrian.hoppe@t-online.de-mail.de

eingerichtet.

Glaubhaftmachung:

Auszug aus den De-Mail Kundendaten des Antragstellers bei T-Online vom 18.02.2016, **Anlage A 18**

II.

Rechtliche Würdigung

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig.

a) Zuständigkeit des AGH Berlin

Der Anwaltsgerichtshof Berlin ist für die beantragte einstweilige Anordnung sachlich und örtlich zuständig. Entscheidend ist allein, ob hier eine verwaltungsrechtliche Anwaltssache vorliegt. Dies ist nach Auffassung des Antragstellers der Fall.

Die Ausführungen der Antragsgegnerin zu ihrer Eigenschaft als „Dachverband“ sowie den hieraus resultierenden rechtlichen und prozessualen Konsequenzen sind unzutreffend und überdies auch völlig zusammenhanglos vorgetragen. Die von der Antragstellerin angeführten Urteile des OVG Münster und des VG Berlin sind auf die vorliegende Thematik nicht anwendbar. Dort gingen die IHK-Mitglieder gegen „unangenehme“ politische Äußerungen des DIHK e.V. vor, die rechtlich ohne irgendwelche Relevanz waren. Vorliegend besteht die Konstellation, in dem einem „Dachverband“ (der BRAK) ausnahmsweise durch Gesetz eine Verpflichtung (Einrichtung des beA) gegenüber Dritten (allen RAen) auferlegt wurde. Nach der Logik der Antragsgegnerin dürfte der Antragsteller bezüglich der konkreten Art und Weise der Einrichtung des beA die zuständige örtliche Rechtsanwaltskammer (hier die RAK Köln) lediglich darauf verklagen, dass diese gegenüber der Antragsgegnerin ein „Bemühen“ entfaltet oder gegenüber der Antragsgegnerin eine „Protestnote“ abgibt. Die Frage, ob die Antragsgegnerin das beA empfangsbereit einrichten darf oder nicht, kann mit einer solchen Vorgehensweise nicht geklärt werden. Der Antragsteller braucht jedoch eine zeitnahe und rechtssichere Entscheidung über die Frage der Empfangsbereit-

schaft des beA, nicht zuletzt auch aus der von der Antragsgegnerin selbst angeführten eventuellen Haftungsproblematik. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG kann und darf der Antragsteller bezüglich der konkreten Art und Weise der Einrichtung des beA gegen die Antragsgegnerin vorgehen.

b) (Eil-)Rechtsschutzbedürfnis

Die Angelegenheit ist weiterhin eilbedürftig. Die Antragsgegnerin kann das beA für den Antragsteller jederzeit einrichten. Hieran ist sie rechtlich nicht gehindert. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist von der Erhebung einer Hauptsacheklage nicht abhängig.

2. Begründetheit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet.

a) Wesentliche Argumente des Antragstellers

Das vorliegende Verfahren dreht sich allein um die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal „einrichten“ in § 31a Abs. 1 S. 1 BRAO so zu verstehen ist, dass dieses „einrichten“ ein „empfangsbereites einrichten“ bedeutet oder eben nicht. Der Gesetzeswortlaut ist nicht eindeutig. Weder der Antragsteller noch die Antragsgegnerin wissen positiv, was der Gesetzgeber unter dem Begriff „einrichten“ versteht. Aus diesem Grund muss der Wille des Gesetzgebers durch Auslegung ermittelt werden. Der Antragsteller ist davon überzeugt, dass die Auslegung des Begriffes „einrichten“ durch die Antragsgegnerin falsch ist. Der Antragsteller fasst seine wesentlichen Argumente wie folgt zusammen:

- aa) Der Gesetzgeber sieht in § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO n.F. vor, dass Rechtsanwälte frühestens ab dem 01.01.2018 am elektronischen Rechtsverkehr dadurch teilnehmen, dass sie einen sicheren Übermittlungsweg für den Empfang von elektronischen Dokumenten eröffnen. Wenn das beA nach dem Willen des Gesetzgebers bereits vor dem 01.01.2018 empfangsbereit sein

soll, würden die Rechtsanwälte dadurch bereits vor dem 01.01.2018 am elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten faktisch teilnehmen. Dies wäre ein gesetzgeberischer Widerspruch.

- bb) § 130a Abs. 3 und 4 ZPO n.F. und § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO n.F. lässt den Rechtsanwälten die Wahl, auf welchem sicheren Übermittlungsweg sie den Gerichten elektronische Dokumente zuleiten bzw. empfangen wollen. Wenn das beA bereits empfangsbereit wäre, hätten die Rechtsanwälte nicht (mehr) die Wahl, welchen sicheren Übermittlungsweg sie nutzen möchten. Der Gesetzgeber hätte für die Rechtsanwälte eine Wahl getroffen. Dies wäre ein gesetzgeberischer Widerspruch.

b) Ansichten der juristischen Literatur

Die Antragsgegnerin referenziert auf zwei Fachartikel (vgl. Brosch, NJW 2015, 3692; Müller, AnwBI 2016, 27, 30), welche ebenfalls die Frage nach einer Nutzungspflicht bzw. der Empfangsbereitschaft thematisieren. Zu den von den Kollegen dargestellten Rechtsauffassungen nehmen wir wie folgt Stellung:

aa) Fachbeitrag von Herrn Christopher Brosch, NJW 2015, 3692, 3693

Herr Brosch thematisiert in seinem Fachbeitrag auf Seite 3693 die Frage, ob die Rechtsanwälte bereits vor dem 01.01.2018 zu Nutzung des beA verpflichtet sind. Herr Kollege Brosch bejaht dies und begründet sein Ergebnis wie folgt:

Zudem hätte der Gesetzgeber dann eindeutig regeln müssen, ab wann die Phase der freiwilligen Nutzung des beA enden soll. Es gibt jedoch keine Vorschrift, die sich dafür heranziehen ließe, insbesondere betreffen weder § 174 noch § 130d ZPO speziell das beA. Aus dem Inkrafttreten der Änderungen des § 174 ZPO im Jahr 2018 lässt sich nicht ableiten, dass das beA vorher nicht genutzt werden muss. Die Vorschrift wird ab 2018 im Zuge der Einführung des strukturierten Empfangsbekenntnisses für bestimmte Personengruppen eine Pflicht zur Bereithaltung eines sicheren Übermittlungswegs vorsehen. Rechtsanwälten steht aber auf Grund von § 31a BRAO mit dem beA bereits ab 2016 ein geeigneter Übermittlungsweg zur Verfügung.

Der Antragsteller versteht Herrn Kollegen Brosch so, dass Rechtsanwälte zum 01.01.2018 nicht mehr die Wahl haben, welchen sicheren Übermittlungsweg sie für den Empfang von elektronischen Dokumenten von den Gerichten gemäß § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO n.F. nutzen, weil ihnen bereits das beA bereits zuvor zur Verfügung stünde. Diese Argumentation überzeugt aus mehreren Gründen nicht:

- (1) Zunächst besteht keine positiv-rechtliche Pflicht, das beA bereits vor dem 01.01.2018 nutzen zu müssen. Der Rechtsanwalt hat gemäß § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO n.F. die Wahl, welchen sicheren Übermittlungsweg er nutzen möchte.
- (2) Nur weil das beA bereits vor dem 01.01.2018 existiert, ist damit noch keine Auswahlentscheidung gemäß § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO n.F. getroffen. Der Antragsteller besaß bereits vor dem Inkrafttreten des § 31a BRAO ein De-Mail-Konto. Nach der Argumentation von Herrn Kollegen Brosch hätte der Antragsteller damit bereits seine Wahl eines sicheren Übermittlungswegs zu Gunsten von De-Mail getroffen.

bb) Fachbeitrag von Herrn Dr. Henning Müller, AnwBI 2016, 27, 30

Herr Dr. Müller thematisiert in seinem Fachbeitrag auf Seite 30 die Frage, ob „einrichten“ gemäß § 31a Abs. 1 S. 1 BRAO als „empfangsbereit einrichten“ zu verstehen sei. Er bejaht dies und begründet sein Ergebnis wie folgt:

Nach der hier vertretenen Auffassung, ist „Einrichten des beA“ gemäß § 31a Abs. 1 S. 1 BRAO als „Empfangsbereitschaft“ zu verstehen. Dieses Verständnis ergibt sich aus dem Zusammenspiel von § 174 Abs. 3 ZPO mit § 31a Abs. 1 S. 1 BRAO: § 174 Abs. 3 ZPO erlaubt die Zustellung elektronischer Dokumente an EB-Privilegierte stets, wenn die elektronische Übermittlung faktisch möglich ist. [...] Die Rechtsanwaltschaft muss daher von einer faktischen Nutzung des beA ausgehen, sobald dies faktisch möglich ist.

Die Argumentation von Herrn Dr. Müller überzeugt aus mehreren Gründen nicht:

- (1) Seine Argumentation ist ein Zirkelschluss. Herr Dr. Müller leitet seine Annahme, das beA müsse „empfangsbereit“ sein, aus der Tatsache her, dass der Versand von elektronischen Dokumenten durch Gerichte an das beA faktisch möglich sei. Diese Möglichkeit setzt allerdings zwingend voraus, dass das beA **vor** dem Versand von elektronischen Dokumenten durch Gerichte bereits empfangsbereit **war**! Vorher ist ein Versand faktisch nicht möglich. Wenn ein Versand faktisch nicht möglich ist, müsste das beA nach der Logik von Herrn Dr. Müller gerade nicht empfangsbereit eingerichtet werden.

- (2) Aus systematischen Gründen ergibt sich, dass der Rechtsanwalt die Wahl hat, wie er elektronische Dokumente gemäß § 174 Abs. 3 ZPO empfangen will und dass das beA zur Zeit ausgeschlossen ist. Es ist zunächst zu berücksichtigen, dass die elektronischen Dokumente gemäß § 174 Abs. 3 S. 3 ZPO bereits jetzt versendet werden können, wenn sie besonderen Anforderungen genügen. Sie müssen mit einer elektronischen Signatur versehen und gegen unbefugte Kenntnisnahme Dritter geschützt sein. In einer derartigen Weise präparierte elektronische Dokumente kann das Gericht dem Rechtsanwalt bereits heute per Datenträger, per E-Mail, per De-Mail oder per NFC-Technik (near field communication) zukommen lassen. Es existieren also bereits mehrere Wege der Übermittlung, von denen einer nach § 174 Abs. 3 S. 4 ZPO ausdrücklich De-Mail ist. Die ZPO sieht heute eine wahlweise Übermittlung per beA nicht vor. Somit ergibt sich, dass das Gericht vor dem 01.01.2018 dem Rechtsanwalt elektronische Dokumente nur dann per beA zustellen darf, wenn der Rechtsanwalt diesem Kommunikationskanal zugestimmt hat (arg. ex. § 174 Abs. 3 S. 2 ZPO).

c) **Fehlende Nutzungspflicht und angebliche Nutzungsobliegenheit**

Die Antragsgegnerin weist auf Seite 4 Abs. 2 ihres Schriftsatzes vom 05.02.2016 zutreffend darauf hin, dass es eine gesetzliche Pflicht zur Nutzung des beA nicht gibt. Im Kontext eines Kommunikationskanals versteht der An-

tragsteller die Pflicht zur Nutzung (oder vereinfacht Nutzungspflicht) so, dass davon eine Pflicht zur aktiven Nutzung (Versand von Nachrichten) und zur passiven Nutzung (Lesen oder wenigstens Prüfen von eingegangenen Nachrichten) umfasst ist.

Nun meint die Antragsgegnerin, dass die Rechtsanwälte (auch über das Berufsrecht) eine Obliegenheit zur Kontrolle des beA träge. Wenn die Rechtsanwälte dieser Obliegenheit nicht nachkämen, müssten sie für etwaige materiellrechtliche und/oder prozessuale Konsequenzen einstehen. Der Rechtsanwalt könnte nach der Argumentation der Antragsgegnerin seiner Obliegenheit nur dann genügen, wenn er das beA auf eingegangene Nachrichten kontrolliert. In diesem Fall würde die Obliegenheit zugleich zu einer passiven Nutzungspflicht erstarren. Eben diese passive Nutzungspflicht ist vom Gesetzgeber nicht normiert.

d) beA hat ausschließlich die Funktion eines sicheren Übermittlungswegs

Nach Auffassung des Antragstellers blendet die Antragsgegnerin konsequent eine der wichtigsten (Rechts-)tatsachen aus:

Nach dem Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 14.06.2013 soll die (prozessuale!) elektronische Kommunikation zwischen Gerichten und den Prozessbeteiligten gefördert und verbessert werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers spielen hierfür in Zukunft zwei technische Wege eine zentrale Rolle: Zum einen die qualifizierte elektronische Signatur gemäß § 130a Abs. 3 HS. 1 ZPO n.F. und zum anderen die sicheren Übermittlungswege gemäß § 130a Abs. 3 HS. 1 ZPO n.F. Das besondere elektronische Anwaltspostfach ist ein sicherer Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 Nr. 2 ZPO n.F. Das beA ist somit von Gesetzgeber lediglich für die **zukünftige** prozessuale Kommunikation zwischen Rechtsanwälten und Gerichten vorgesehen.

Julius Oberste-Dommes LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht