

Berliner Anwaltsblatt

Exklusiv
für Mitglieder:
Berliner Anwaltsblatt
APP
für iOS Apple, Android-
und Amazon-Geräte
sowie als Browserversion
im Internet

HEFT 12/2019 DEZEMBER 68. JAHRGANG
HERAUSGEGEBEN VOM BERLINER ANWALTSVEREIN E.V.
www.BerlinerAnwaltsblatt.de

SCHWERPUNKT

beA und IT-Notfälle

BAV

Berliner Anwaltstage

STEUERRECHT

Meldepflichten



Kammergericht: alle Probleme im Griff



Berliner **Anwalts** Verein

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

ANWALTSPOSTFACH RELOADED

Kommentar zur Lage des beA im Umfeld des elektronischen Rechtsverkehrs – aus Spaß wird Ernst



Michael Schinagl

Hinter der Anwaltschaft liegt eine Sintflut an Problemen mit dem beA, dessen Betrieb zu Beginn der passiven Nutzungspflicht ab 2018 rund 9 Monate komplett ausfiel. Für viele war das ein großer Spaß, doch trotz nachgewiesener Mängel wurde es wieder in Betrieb genommen. Das Desaster kostete den Dienstleister Atos nur 1,7 Mio. € (~10 € / Anwalt)¹ bei Kosten von bisher wohl über 38 Mio. € für die Anwälte und einer beachtlichen Rufschädigung.

Das beA läuft noch lange nicht wie es soll. Gegenwart und Ausblick demotivieren. Die ohne Not zur Nutzung gezwungenen Anwälte werden mit steigenden Anforderungen an die Handhabung meist überfordert. Einst begeisterte Nutzer kehren dem beA öfter den Rücken, versprochene Potenziale realisieren sich schlicht nicht.²

Immer dichter wird das Regelwerk für die Anwaltschaft bei der Nutzung des beA. Mit den originären Bedürfnissen unseres Berufsstands haben diese nichts zu tun, öffentliche Konsultationen zur Berücksichtigung von Mandanten-Interessen (wie z. B. offene Standards) oder anwaltlicher Interessen (wie z. B. Planungssicherheit und Investitionsschutz) bleiben aus. Unsere Standsvertretungen sind im Abnickmodus. Vorgaben meist seitens der Justiz (wie z. B. verzögerte Sicherheitsimplementierungen) folgt die Anwaltschaft willenlos und auf unsere Kosten, während sich lokale Gerichte gerne in digitalen Vorreiter-Rollen übertrumpfen, ohne das Zusammenspiel aller Beteiligten zu berücksichtigen.

Steigende Anforderungen an anwaltliche Dokumente und detailbesessene Vorgaben zu deren Übermittlung stellen mittlerweile eine ernstzunehmende Belastung dar. Die Lektüre der Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung (ERVV) genügt zum Verständnis nämlich kaum. Weitere technische Anforderungen werden auf justiz.de bekannt gegeben (§ 5 ERVV), was dem rechtsstaatlichen

Publizitätsgebot kaum wie ein Amtsblatt genügen kann. Zumal dort auf den verbindlichen XJustiz-Standard verwiesen wird, der wiederum auf xjustiz.de zu finden ist. Es gibt spannendere Suchspiele, das Risiko liegt bei uns.

Dokumente sind nun in, „soweit technisch möglich, durchsuchbarer Form im Dateiformat PDF“ zu übermitteln (§ 2 ERVV). Jeder einzelne Anwalt muss weitere Investitionen in geeignete Software und Hardware tätigen. Zunehmende Formerfordernisse bedeuten Zulässigkeitsfragen, wo sie nicht hingehören. Anhänge sind ebenfalls in texterkannter Form (OCR) einzureichen. Das gilt nach der Begründung nur nicht für handschriftliche Anhänge, die nicht per OCR erfasst werden können (BR-Drs. 645/17, S. 13). In meiner Praxis spielen z. B. englischsprachige Texte und Medien-Dateien eine Rolle, das schafft Unwägbarkeiten und Aufwand. Hardware-Hersteller beantworten Anfragen nach Erfüllung der Voraussetzungen ungern (z. B. zur Technischen Richtlinie BSI TR-03138 Ersetzendes Scannen – RESISCAN).

Wer immerhin weiß, was er übermitteln will, sieht sich ständigen Störungen des beA ausgesetzt, die schon jetzt Haftungsfallen darstellen. Wenigstens eine Dokumentation der Störungen forderte ich von Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) schon früh, ebenso die Veröffentlichung der Software als Open Source, offene Schnittstellen und Sicherheits-Audits. Die Berliner Rechtsanwaltskammer und nachfolgend diverse andere Kammerversammlungen stimmten diesen Forderungen mit überragender Mehrheit zu.³ Die BRAK dokumentiert zwar nun einige der vielen und oft mehrtägigen Störungen, dies aber inkonsistent sogar auf eigenen Seiten⁴ und beileibe nicht alle Störungen.⁵ Die Störungsrate entspricht Industriestandards nicht.

Dabei werden Wiedereinsetzungsgesuche indes mit immer neuen Hürden ausgestattet. Plötzlich sollen Anwälte wissen müssen, dass Umlaute und Sonderzeichen in Anhängen dazu führen können, dass beA-Nachrichten gar nicht ankommen⁶, dass die Einreichung eines Schriftsatzes durch den Vertreter über beA mittels beA-Karte und PIN des Vertretenen unwirksam ist⁷ und dass eine Eingangsbestätigung nach einem Versand geprüft werden muss, der reine Versand also nicht genügt⁸. Wer das alles „drauf hat“ bedenke, dass zudem das Prüfprotokoll zu prüfen und zu verspeichern ist. Dieses gibt Auskunft über die eingesetzten Signaturen, nämlich entweder bei Versand durch einen Rechtsanwalt (vertrauenswürdig

1 <https://www.lto.de/recht/juristen/b/anwaltspostfachbrak-atos-vergleich-fuer-beagate-1-7-millionen/>
2 Ich bin technikaffin und seit 2006 Nutzer qualifizierter digitaler Signaturkarten, auch ich staune zunehmend.
3 Details unter fach-anwalt.de/aktuelles/aktuelles-bea/
4 <https://bea.brak.de/stoerungsdokumentation> versus <https://bea.brak.de/category/aktuelle-meldungen/>

5 Vollständigere Dokumentation von Markus Drenger: <https://github.com/mdrenger/EGVP-Meldungen/tree/master/meldungen>
6 Bundesfinanzhof, Beschluss v. 5.6.2019, IX B 121/18
7 Arbeitsgericht Lübeck, Verfügung v. 19.6.2019 – 6 Ca 679/19, <https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/LAG/Presse/PI/prm319.html>
8 LAG Hamm, Urteil v. 2.4.2019 – 16 Sa 28/19; bestätigt durch BAG, Beschluss v. 7.8.2019, 5 AZB 16/19 (Mitarbeiter sind zudem stichprobenartig zu kontrollieren)

Herkunftsnachweis) oder bei Versand durch Mitarbeiter, zudem die gültige qualifizierte elektronische Signatur des Anwalts, die dem Schriftsatz beigefügt wird. Die Rechtsprechung unterstellt perfekt durchdigitalisierte Kanzleien, denn das Übermittlungsprotokoll (Von wem an wen wurde wann welche Nachricht mit welchem Erfolg übermittelt?) sollte überdies geprüft und gespeichert werden.

Nur theoretisch sind vorgenannte Protokolle Teil des sinnvollen Exports einer beA-Nachricht. Doch mit zwangsweise zu nutzendem beA ist das nicht nutzergerecht ausgestaltet. Der simple Export stellt eine beachtliche Hürde dar. Aus der Webanwendung lassen sich Nachrichten nur einzeln exportieren, wobei zwei aufeinander bezogene Dateien entstehen sollten (eine .zip-Datei und eine .p7s). Bei Tests fehlte die zweite Datei zuweilen, der Support gibt sich ratlos.

Diese Dateien sollten die gültigen Unterschriften und qualifizierte Zeitstempel enthalten, um wenigstens dem schwachen Prima-facie-Beweis eines Faxprotokolls gleichzukommen. Diese Elemente aber sind nicht zu finden, ein brauchbarer Beweis mit üblicher digitaler Forensik scheidet aus. Die beiden Dateien beweisen zwar eine Beziehung zueinander, nicht aber eine Verbindung zur amtlichen Zeit gemäß Zeitgesetz. Man kann solche Datei-Beziehungen selbst erstellen, die exportierten Dateien sind keine Urkunde. Selbst ein schönes Fax-Protokoll genießt in der Rechtsprechung diesen Status. Das nach der BRAK eingeschaltete BMJV erkennt keine Probleme.⁹

Das beA muss ohne Anwaltsprogramm genutzt werden können, zumal die Mehrzahl der Anwälte keines einsetzt. Mit der prämierten Open-Source-Software „j-lawyer“¹⁰ ist der Export kostenfrei möglich. Allerdings nur nach den ständig wechselnden Vorgaben der BRAK, deren zweifelsfrei gerichtsfeste Beweiseignung ich bezweifle. Mir ist keine Anwaltssoftware bekannt, die diesen Beweis-Bedarf zu exportierten Nachrichten sicher abdeckt. Eigentlich kann der Export nicht warten, die BRAK löscht Nachrichten. Verschieben Sie deshalb alle 90 Tage die automatisch in den Papierkorb geschobenen Nachrichten wieder zurück.

Es existieren weiterhin fundamentale Probleme im beA. Das beA darf nach § 31a III BRAO nur über 2-Faktor-Authentifizierung erreichbar sein. Die PIN eines Zertifikats lässt sich aber in meinen Tests auf eine Stelle reduzieren. Durch schlichtes Ausprobieren kann man folglich nach 10 Versuchen einen der beiden Faktoren umgehen.

Die BRAK betreibt das beA ohne Prüfung durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik

und ohne Ende-zu-Ende-Verschlüsselung (E2EE). Dies obwohl der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Kelber E2EE als „Mindest-Standard“ einordnet. Die anwaltliche Verschwiegenheit ist gefährdet. Mit Kollegen klage ich diesen Standard ein¹¹, nach Abweisung der Klage durch den AGH wird sich der BGH der Sache annehmen müssen.¹² Die BRAK vergab in einem erneut problematischen Verfahren¹³ den Auftrag zum beA im September 2019 neu. Die Anforderung nach E2EE war der Ausschreibung nicht zu entnehmen.¹⁴

Da sich die RAK Berlin mit der Forderung nach Offenlegung der Verträge durchsetzen konnte¹⁵, erfahren wir vielleicht dadurch mehr. Bisher verhält sich die BRAK maximal intransparent. Schnittstellen zum beA werden in mir vorliegenden und inakzeptablen Vereinbarung der Geheimhaltung unterworfen, obwohl diverse Kammerversammlungen die Offenlegung verlangten. Das Secunet-Gutachten nach den bekannten Sicherheitsvorfällen wurde bisher nicht mit allen Anlagen veröffentlicht. Trotz Verurteilung zur Veröffentlichung der auf Wunsch der BRAK geänderten ursprünglichen Fassung wehrt sie sich gegen die Offenlegung.¹⁶ Warum nur, auf unsere Kosten?

Die Westernacher Solutions GmbH ist ein neuer beA-Dienstleister ab 2020, die Notarsoftware im Auftrag der Bundesnotarkammer (BNotK) schreibt, z. B. das in den meisten Notariaten eingesetzte XNotar. Rund zwei Jahre lang, noch 2018, übermittelte XNotar das private SAFE-Zertifikat samt (verschlüsselter) PIN sendender und empfangender Notare. Die BNotK war damit im Besitz der privaten Zertifikate sowie PINs aller XNotar-Nutzer. Die BNotK teilte dazu 2016 mit, dies sei nicht OSCI-konform, sah aber zu. Aktuell lässt die BNotK zu, dass die meisten Notare trotz auch dort bestehender Verpflichtung zur 2-Faktor-Authentifizierung (§ 78n I BNotO) ihre Arbeit mit nur einem Faktor verrichten können, warum sieht das BMJV da zu? Ansonsten empfahl die BNotK kürzlich einen Arbeitsspeicher von 16 GB RAM, eine Vervierfachung des vermutlichen Durchschnitts. Es bleibt zu hoffen, dass Westernacher solche Anforderungen nicht auf die Anwaltschaft ausweitet.

Viel Zeit bleibt nicht mehr, aus Fehlern der Vergangenheit zu lernen. Zwar ist die aktive Nutzung eigentlich erst ab 2022 Pflicht, doch gibt es zuweilen schon jetzt eine aktive Nutzungspflicht¹⁷ und können einzelne Gerichte qua „opt-in“ die Pflicht ab 2020 etablieren.¹⁸ Sind wir wirklich bereit?

Michael Schinagl, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,

www.fach-anwalt.de

Foto: Amin Akhtar

9 RA Bibelriether hierzu: <https://kanzlei-passau.de/wp-content/uploads/2019/03/BMJV.pdf>

10 www.j-lawyer.org

11 <https://www.golem.de/news/anwaltspostfach-bea-klage-erstmal-vertagt-1812-138241.html>

12 AGH Berlin, Urteil v. 14.11.2019 – AGH 6/18; freiheitsrechte.org/pm-bea-entscheidung/

13 <https://www.lto.de/recht/juristen/b/anwaltspostfach-bea-ausschreibung-vergaberecht-oeffentlicher-auftraggeber-intransparent-interview/>

14 <https://www.lto.de/recht/juristen/b/bea-ausschreibung-betrieb-weiterentwicklung-anforderungen-sicherheit-open-source-e2ee-kanzleipostfaecher/>

15 https://www.rak-berlin.de/rak-berlin/aktuelles/2019/191028_PresseE_BRAK_HV.php

16 VG Berlin VG 2 K 179.18, Zulassungsantrag OVG 12 N 151.19

17 Bei Fax-Problemen muss das beA genutzt werden, OLG Dresden, Beschluss v. 29.7.2019, 4 U 879/19.

18 <https://www.lto.de/recht/justiz/j/elektronischer-rechtsverkehr-schleswig-holstein-nutzungspflicht-2020-rechtsanwaelte-behoerden/>