

muellerlegal :: RA Christoph R. Müller :: Arno-Nitzsche-Str. 19 :: 04277 Leipzig

An den
Bundesgerichtshof in Anwaltssachen
Herrenstraße 45 a
76133 Karlsruhe

**vorab per Fax
0721 159-1509**

Christoph R. Müller
Rechtsanwalt

Arno-Nitzsche-Str. 19 / Haus A
04277 Leipzig

Tel.: +49 (0) 341 | 68 67 88 07
Fax: +49 (0) 341 | 68 67 88 06

www.mueller-legal.de
kanzlei@mueller-legal.de

Leipzig, 25.06.2020

Ihr Zeichen: AnwZ(Brfg) 2/20

Unser Zeichen: **00381-ml** (bei Korrespondenz bitte angeben)

In dem anwaltsgerichtlichen Rechtsstreit

... u.a. gegen BRAK

wird zu dem Schriftsatz der Beklagten vom 11.05.2020, eingegangen am 18.05.2020, wie folgt Stellung genommen:

I.

Zulässigkeit der Berufung

Soweit die Beklagte das Fehlen eines förmlichen Antrages beanstandet, ist hierzu anzumerken, dass nach ständiger gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung bei der Einlegung einer Berufung ein solcher gerade nicht erforderlich ist; vielmehr genügt es, „wenn das Ziel des Rechtsmittels aus der Tatsache seiner Einlegung allein oder in Verbindung mit den während der Rechtsmittelfrist abgegebenen Erklärungen erkennbar ist“.

BVerwG, Urteil vom 09.03.2005 – 6 C 8/04, juris-Rn. 16 m. w. N.; BVerwG, Beschluss vom 21.09.2011 – 3 B 56/11 –, juris-Rn. 6; BVerwGE 58, 299 (300 f.)

Der Berufungsbegründung der Kläger ist zweifelsfrei zu entnehmen, dass das erstinstanzliche Urteil entsprechend der umfassenden Berufungszulassung des Anwaltsgerichtshofes in vollem Umfang angefochten wird und die der Entscheidung des Anwaltsgerichtshof zugrundeliegenden, naturgemäß miteinander verbundenen Anträge auf Unterlassung des Betriebs des empfangsbereiten beA ohne Ende-zu-Ende-Verschlüsselung sowie Verpflichtung zum Betrieb des empfangsbereiten beA mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung unverändert weiterverfolgt werden.

Dies folgt insbesondere schon unmittelbar und eindeutig aus der ausdrücklichen Erklärung der Kläger im ersten Einleitungssatz der Berufungsbegründung, der wörtlich lautet: *„Das Urteil des erkennenden Senats des Anwaltsgerichtshofs Berlin (im Folgenden: Senat) ist rechtlich weder in seiner Begründung noch im Ergebnis haltbar“*.

Schriftsatz der Kläger vom 18.03.2020, S.1.

Zudem wurde von den Klägern mit selbigem Schriftsatz wortwörtlich erklärt, dass *„auf den bisherigen und umfassenden Vortrag der Kläger im Ausgangsverfahren verwiesen“* wird und dieser *„ausdrücklich vollumfänglich zum Bestandteil des weiteren Klägervorbringens im Rahmen des hiesigen Berufungsverfahrens erklärt“* wird.

Ebd., S. 1. Vgl. hierzu auch OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 23.05.2003 - 11 A 5503/99; juris-Rn. 42.

Aus den vorstehend zitierten Erklärungen der Kläger in ihrer Berufungsbegründung folgt somit eindeutig, dass sich die Kläger vollumfänglich gegen das erstinstanzliche Urteil wenden und an ihren diesem zugrunde liegenden Anträgen unverändert festhalten.

Unerheblich sind demgegenüber die Hinweise der Beklagten, dass im Berufungsverfahren nurmehr ein Teil der ursprünglichen Klärgemeinschaft als Kläger auftritt und aus ihrer Sicht unklar sei, ob beide Anträge des Ausgangsverfahrens weiterverfolgt werden. Dies reicht nicht aus, um Zweifel an der Berufung der Kläger zu säen.

So sagt allein der Umstand, dass nur ein Teil der Klärgemeinschaft aus dem Ausgangsverfahren die Berufung eingelegt hat, für sich genommen nichts darüber aus, in welchem Umfang die Berufung eingelegt wird. Im Gegenteil ist es vielmehr so, dass schon

im Ausgangsverfahren beide Anträge von sämtlichen Klägern gleichermaßen gestellt wurden. Es sind keine vernünftigen Gründe, geschweige denn konkrete Anhaltspunkte, dafür ersichtlich, dass die Berufungskläger nur noch an einem der Anträge festhalten wollten.

Zudem sind die Anträge aus der Natur der Sache heraus denklogisch miteinander verknüpft, da Unterlassungs- und Verpflichtungsanspruch in Bezug auf die Ausstattung des beA mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung notwendig einander bedingen: allein die Unterlassung führte nicht zu einem Betrieb mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung und allein die Verpflichtung zum Betrieb mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung würde nicht notwendigerweise zur Unterlassung des gegebenenfalls gleichzeitigen Weiterbetriebs ohne Ende-zu-Ende-Verschlüsselung führen – wollte man nicht ohnehin den Anspruch auf Unterlassung als im Anspruch auf Verpflichtung enthalten ansehen; dann würde es sich ohnehin nur um einen einzigen Anspruch handeln.

Ferner ist zu der Bemerkung der Beklagten, dass die Antragstellung ein „wesentlicher Gegenstand“ der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung gewesen sei und die Kläger ihre Anträge umformuliert hätten, klarzustellen, dass es sich um eine rein sprachliche Änderung von „einrichten“ mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung in „betreiben“ handelte (vgl. auch Schriftsatz der Beklagten vom 11.05.2020, S. 6), womit keine inhaltliche Änderung der Anträge verbunden war. Im Übrigen werden im Berufungsverfahren bei fehlender abweichender Erklärung selbstredend die Anträge stets so weiterverfolgt, wie sie dem angefochtenen Urteil letztlich zugrunde gelegen haben, unabhängig davon, ob sie zuvor während des Verfahrens noch geändert worden sein sollten. Jedenfalls gibt es auch hier keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Kläger ihre Anträge aus erster Instanz in anderer Weise weiterverfolgen wollten.

Weiter ist festzustellen, dass selbst bei Annahme von Unklarheiten bezüglich der Berufung – die vorliegend wie aufgezeigt schon nicht bestehen – „[i]m Zweifel [...] davon auszugehen [ist], dass die erstinstanzliche Entscheidung in vollem Umfang angefochten und die Anträge erster Instanz weiterverfolgt werden sollen, wenn sich aus der Begründung nicht ergibt, dass die angefochtene Entscheidung nur teilweise in Frage gestellt werden soll“.

Siehe nur OVG Berlin, Beschluss vom 13.05.2002 – 8 S 16.02, juris-Rn. 7 m. w. N.; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 09.03.2005 – 6 C 8/04, juris-Rn. 16.

Wie dargelegt, sind indes konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Kläger die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils nur hinsichtlich eines Teils begehren und ihre der Entscheidung zugrunde liegenden Anträge nur teilweise weiterverfolgen wollten, nicht ansatzweise ersichtlich.

Im Übrigen sei abschließend noch auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der wohlwollenden Auslegung hingewiesen, der auch bei der Auslegung von Schriftsätzen im Berufungsverfahren zu beachten ist.

BVerfG, Beschluss vom 06.12.2018 – 1 BvR 875/18.

Vor diesem Hintergrund ist der Schriftsatz der Kläger vom 18.03.2020 jedenfalls dahingehend auszulegen, dass die Kläger die vollumfängliche Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils begehren und dabei ihre der vorinstanzlichen Entscheidung zugrunde liegenden Anträge unverändert und in vollem Umfang weiterverfolgen.

II.

Unerheblichkeit der etwaigen Unmöglichkeit einer nur teilweisen Umgestaltung des beA

Wie schon im Ausgangsverfahren, bemüht die Beklagte abermals das Argument, dass sie nicht nur für die Kläger das beA mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung ausstatten könne, sondern dies wenn dann für sämtliche Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die das beA nutzen, umsetzen müsse (Schriftsatz der Beklagten vom 11.05.2020, S. 6).

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird hierzu auf die diesbezügliche Entgegnung im vorinstanzlichen Verfahren verwiesen.

Schriftsatz der Kläger vom 12.11.2018, S. 5 f.

Die Beklagte kann sich nicht auf eine selbstverschuldete Unmöglichkeit berufen. Zudem ist es richtigerweise so, dass die Beklagte selbstverständlich ohnehin verpflichtet wäre, nicht nur die beA Postfächer der Kläger mit einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung auszustatten, sondern auch jene beA aller anderen beA-Nutzer. Dies folgt zum einen aus dem

Umstand, dass diesen schließlich derselbe Anspruch zustünde: Ist der Betrieb der beAs der Kläger ohne Ende-zu-Ende-Verschlüsselung rechtswidrig, so ist auch der Betrieb der übrigen Postfächer ohne Ende-zu-Ende-Verschlüsselung rechtswidrig. Obschon sich diese Schlussfolgerung nicht unmittelbar aus dem Urteilstenor ergäbe, der Rechtskraft nur zwischen den Beteiligten entfalten würde, so doch aus dem zu Gunsten aller Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte geltenden und von der Beklagten zu beachtenden Gesetz.

Zum anderen wäre es technisch unmöglich, lediglich die Postfächer der Kläger mit einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung zu versehen, da andernfalls die angestrebte Ende-zu-Ende-Verschlüsselung zu den anderen Teilnehmern des beA nicht gegeben wäre. Denn es müssen zur Ende-zu-Ende-Verschlüsselung ja gerade beide Enden eines Telekommunikationsvorgangs zur Ver- und Entschlüsselung in der Lage sein.

III.

Arbeitsteiliges Arbeiten bei Ende-zu-Ende-Verschlüsselung möglich

Die Beklagte behauptet, dass ein arbeitsteiliges Arbeiten im Sinne von § 31a Absatz 3 BRAO und § 23 RAPV mit dem beA nicht mehr möglich sei, wenn dieses mit einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung ausgestattet würde (Schriftsatz der Beklagten vom 11.05.2020, S. 7 sowie S. 9 f.). Dies trifft nicht zu.

Gemäß § 31a Absatz 3 BRAO hat die Beklagte *„auch Vertretern, Abwicklern und Zustellungsbevollmächtigten die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs zu ermöglichen“* und *„kann unterschiedlich ausgestaltete Zugangsberechtigungen für Kammermitglieder und andere Personen vorsehen“*. § 23 RAVPV konkretisiert diese Regelung im Wesentlichen dahingehend, dass der Postfachinhaber weiteren Personen den Zugang zu seinem Postfach gewähren und ihnen unterschiedliche Zugriffsrechte erteilen kann.

Dabei wird stets davon ausgegangen und ausdrücklich betont, dass es stets der Postfachinhaber – und nicht etwa die Beklagte – sein soll, der darüber entscheidet, wer inwieweit weitere Rechte erhalten soll. Gerade dies entspricht aber dem Wesen und Zweck der Ende-zu-Ende-Verschlüsselung, allein dem Postfachinhaber die Kompetenz zur Verwaltung seines Postfaches einzuräumen, ohne Zwischenschaltung einer anderweitigen dritten Instanz. Folglich verstößt nicht die von den Klägern begehrte, sondern die von der Beklagten eingerichtete jetzige beA-Architektur mit dem HSM als *„man in the middle“* gegen die Vorgaben des § 31a BRAO i. V. m. § 23 RAVPV.

Vor diesem Hintergrund muss sich die Beklagte denn auch vielmehr mit der Gegenfrage konfrontiert sehen, warum das HSM eine zwingende Voraussetzung für die Rechteverwaltung sein soll, wenn diese doch gemäß § 23 RAVPV allein in den Händen des Postfachinhabers liegen soll?

Auch diesbezüglich wird auf den bisherigen Vortrag, insbesondere den Schriftsatz vom 12.11.2018, dort Seite 15 ff. verwiesen.

IV.

Entschlüsselung aktuell nicht nur bei Sender und Empfänger möglich

Die Beklagte behauptet, es sei unbestritten, „*dass die Nachrichteninhalte nur beim Sender und Empfänger unverschlüsselt vorliegen*“ (Schriftsatz der Beklagten vom 11.05.2020, S. 10). Das ist unzutreffend.

Eben dies wurde im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich bestritten und mit einer der Beklagten selbst zuzurechnenden gegenteiligen Aussage widerlegt.

Schriftsatz der Kläger vom 12.11.2018, S. 14.

Das Bestreiten wird auch weiterhin aufrechterhalten.

V.

Verstoß der aktuellen beA-Architektur gegen den OSCI-Standard

Unzutreffend ist auch die Behauptung der Beklagten, es sei unbestritten, dass die aktuelle beA-Architektur die EGVP-Infrastruktur einhalte (Schriftsatz der Beklagten vom 11.05.2020). Dies wurde auch ausdrücklich bestritten.

Schriftsatz der Kläger vom 14.02.2020, S. 1 ff.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die umfangreichen Ausführungen ebenda verwiesen.

Insbesondere kann der OSCI-Standard infolge der Nutzung des HSM nicht auf der gesamten Wegstrecke eingehalten worden sein, da bei OSCI – wie es auch Atos in seinem Umsetzungskonzept formuliert – die Nachricht „*genau einmal verschlüsselt [wird] mit dem Schlüssel des Empfängerpostfachs*“, während im beA nicht die Nachricht, sondern der Verschlüsselungs-Schlüssel der Nachricht entschlüsselt und erneut verschlüsselt wird. Genau dies trägt die hiesige Beklagte in einem anderen Verfahren vor dem VG Berlin vor, in welchem sie einen Auszug des Umsetzungskonzepts von Atos vorlegt.

Beweis:

Auszug aus dem Umsetzungskonzept von Atos, vorgelegt durch die BRAK im Verfahren Heidemann ./.. BRAK vor dem VG Berlin – VG 2 K 19/20, in Kopie als **Anlage BER 1**

Beziehung der Akten des Verfahrens Heidemann ./.. BRAK vor dem VG Berlin – VG 2 K 19/20

Die Kläger machen sich die übrigen Inhalte der Anlage nicht zu eigen und bestreiten ausdrücklich eine „*Ende-zu-Ende-Sicherheit*“ oder gar Ende-zu-Ende-Verschlüsselung. Die Anlage dient insoweit nur zum Beweis der Kenntnis der Beklagten davon, dass der OSCI-Standard nicht eingehalten worden sein kann.

Im Gegensatz zum OSCI-Standard hat der beA-Nutzer zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf den Schlüssel, mit dem die Nachricht verschlüsselt wurde. Denn dieser „*private*“ Schlüssel wurde von Dritten für den versendenden Anwalt erstellt und befindet sich in eben jenem HSM, das die Umschlüsselung vornimmt.

Im Gegensatz zum OSCI-Konzept greift im beA-System also der Transporteur der Nachricht in den Umgang mit der Nachricht ein. Dies ist keine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung, die aber mit der gesetzlichen Vorgabe des OSCI-Protokolls vorgeschrieben ist. **Damit verstößt die beA-Architektur folglich gegen den OSCI-Standard.**

VI.

Mögliches Entschlüsseln von Nachrichten im HSM

Die Beklagte ihrerseits hat bisher nicht nachweisen können, dass es nicht mehr möglich sein sollte, Nachrichten auch von Dritten durch Zugriff auf das HSM zu entschlüsseln, so wie es im Secunet-Gutachten dargestellt wird und von den Klägern wiederholt vorgetragen wurde.

Siehe Schriftsatz der Kläger vom 18.03.2020, S. 2 ff.

Ferner ist nach wie vor unklar, wie bei dem regelmäßig notwendig werdenden Austausch der HSM im Zuge von Wartungen der Zugriff von Dritten auf die in den HSM befindlichen privaten Schlüsseln vermieden werden soll.

Soweit die Beklagte nunmehr erstmals in ihrem Schriftsatz vom 11.05.2020 lediglich lapidar behauptet, dass „*diese Schwachstelle zwischenzeitlich im Rahmen der laufenden Wartung und Pflege auch beseitigt*“ worden sei (Schriftsatz der Beklagten vom 11.05.2020, S. 13), ist dies bereits nicht hinreichend substantiiert und wird bestritten. Die Beklagte führt nicht einmal aus, wie die Schwachstelle beseitigt worden sein soll und legt hierfür auch keinen plausiblen Beweis vor. Die angebotenen Zeugnisse des Präsidenten und des IT-Leiters der Beklagten (Schriftsatz der Beklagten vom 11.05.2020, S. 13) sind schon per se untauglich, einen belastbaren Beweis zu erbringen. Es fehlt an einem objektiv nachvollziehbaren Vortrag. Dazu gehört konkret das Wann, durch Wen und vor allem das Wie.

VII.

Ende-zu-Ende-Verschlüsselung Lösung ist die rechtlich gebotene Lösung

Die Kläger haben bereits wiederholt und ausführlich begründet, dass und warum sich aus dem Gesetz eine Pflicht der Beklagten zum Betrieb eines Ende-zu-Ende-verschlüsselten beA ergibt, ohne dass es darauf ankäme, ob dieses sicherer ist als die gegenwärtige Konzeption des beA.

Die Kläger haben zudem wiederholt dargelegt, dass sich dieses Auslegungsergebnis auch aus einer verfassungskonformen Auslegung der maßgeblichen Rechtsvorschriften zwin-

gend ergibt (zuletzt in der Berufungsbegründung vom 18.03.2020, S. 8 f.). Denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet es, dass ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Kläger – den die (bislang passive) Nutzungspflicht eines bestimmten Übertragungswegs für die Kommunikation der Kläger mit Gerichten zweifellos begründet, vgl. Schriftsatz der Kläger vom 11.04.2019 – stets nur im erforderlichen Umfang erfolgen dürfe. Erforderlich ist aber nur der mildeste, also sicherste Eingriff. Dass die Ende-zu-Ende-Verschlüsselung nach ihrer Grundkonzeption sicherer ist als die von der Beklagten gewählte Lösung, haben die Kläger ebenfalls bereits dargelegt (Klageschrift vom 15.06.2018, S. 17 ff. sowie Schriftsatz der Kläger vom 12.11.2018, S.11 ff.), ohne dass die Beklagte den dortigen Vortrag bestritten hätte.

Gerade die Zwangslage der Kläger begründet eine solch enge Auslegung dessen, was „sicher“ im Sinne der gesetzlichen Regelungen ist. Denn anders als etwa in privatrechtlichen Beziehungen, die sich die Betroffenen – etwa entsprechend der im elektronischen Verkehr gewährleisteten Sicherheit von Datenströmen – aussuchen können, besteht eine solche Möglichkeit für die Kläger mit Blick auf das beA gerade nicht.

Die Beklagte trägt dem entgegen erneut vor, dass es nicht darum gehe, ob eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung „ggfs. noch sicherer wäre als die von der BRAK gewählte Konzeption“. Sie setzt sich aber bezeichnenderweise mit dem eben wiederholten Vortrag der Kläger nicht einmal auseinander, dass zumindest im Lichte der Grundrechte „im Rechtssinne sicher“ eben nur eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung ist.

VIII.

Terminierung mündlicher Verhandlung

Es wird höflich um zeitnahe Terminierung einer mündlichen Verhandlung gebeten.

Eine **einfache** und eine **beglaubigte** Abschrift anbei.

Christoph R. Müller
Rechtsanwalt