



POSTANSCHRIFT Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,
Postfach 1468, 53004 Bonn

Rechtsanwaltskammer

Littenstr. 9
10179 Berlin

	I	II	III	IV	V	VI	HGF in
Präsidium	Ma.	RECHTSANWALTSKAMMER BERLIN Eingegangen am: 09. MAI 2019					GFin
	Fax						Ausb.
	Kopie						BH
GV	mail						JB
	Fax						KT
	Kopie						VfPA
	Pras	V. Pr. I	V. Pr. II	V. Pr. III	Sch. M.	EDV	

HAUSANSCHRIFT Husarenstraße 30, 53117 Bonn
VERBINDUNGSBÜRO Friedrichstraße 50, 10117 Berlin

TELEFON (0228) 997799-1205
TELEFAX (0228) 997799-5550
E-MAIL arbeitsgruppe12a@bfdi.bund.de

BEARBEITET VON Kirstin Westkamp
INTERNET www.datenschutz.bund.de

DATUM Bonn, 03.05.2019
GESCHÄFTS-Z. 12-221/025#0024

Bitte geben Sie das vorstehende Geschäftszeichen bei allen Antwortschreiben unbedingt an.

BETREFF **Ihr Schreiben vom 20. März 2019**
Datenschutzrechtliche Anfrage betreffend das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA)

Sehr geehrter Herr Dr. Mollnau,

mit Schreiben vom 20. März 2019 fragen Sie nach dem Ergebnis meiner Prüfungen aufgrund Ihres Schreibens vom 06. Juni 2018 mit verschiedenen Fragen zum besonderen elektronischen Anwaltspostfach (beA). Bitte entschuldigen Sie die lange Bearbeitungsdauer Ihres Anliegens. Die Abstimmung der entscheidenden Rechtsfrage hat leider einige Zeit in Anspruch genommen.

Sie schreiben, der Berliner Beauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit habe Ihnen meine Auffassung dahingehend mitgeteilt, dass das beA weder eine Auftragsverarbeitung darstelle noch unter gemeinsamer Verantwortung gemäß Art. 26 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) erfolge.

In der Tat ist die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) für den Betrieb des beA nach meiner Auffassung kraft Gesetzes Verantwortliche im Sinne des Artikels 4 Nr. 7 DSGVO.



SEITE 2 VON 5

Der BRAK wurde die Aufgabe, das beA zu betreiben, gemäß § 31 a BRAO in Verbindung mit § 20 der Verordnung über die Rechtsanwaltsverzeichnisse und die besonderen elektronischen Anwaltspostfächer (Rechtsanwaltsverzeichnis- und -postfachverordnung - RAVPV) zugewiesen. Hierdurch wird sie kraft Gesetzes zur Verantwortlichen.

Die BRAK ist kein Auftragsverarbeiter gem. Art. 4 Nr. 8 DSGVO, da es aufgrund der Aufgabenzuweisung durch Gesetz an einer willentlichen Entscheidung des Rechtsanwalts, die BRAK mit dem Betrieb des beA zu beauftragen, fehlt. „Auftrag“ setzt nach seinem Wortsinn eine willentliche Entscheidung voraus. Die Erteilung eines Auftrags ist – ganz grundsätzlich und in diesem Fall insbesondere vor dem europarechtlichen Hintergrund der Norm unabhängig von den Vorschriften des BGB – immer als die bewusste Entscheidung des Beauftragenden, dem Beauftragten die Erfüllung einer Aufgabe zu übertragen, und die bewusste Entscheidung des Beauftragten, die Erfüllung dieser Aufgabe zu übernehmen, zu verstehen. Der Verantwortliche muss dem Wortsinn nach für einen Auftrag daher gerade seinen Willen zum Ausdruck bringen, sich für einen bestimmten Verarbeiter zu entscheiden. In diesem Sinne enthalten auch Art. 28 Abs. 3 Satz 2 Buchst. a) und Art. 29 DSGVO ein Weisungserfordernis für die Auftragsverarbeitung und auch in Erwägungsgrund 81 Satz 1 findet sich ein solches „willensgetragenes“ Element insofern wieder, als er bestimmte Kriterien aufzählt, die der Verantwortliche bei der Auswahl seiner Auftragsverarbeiter berücksichtigen sollte. Eine Auswahl kommt nur dort in Betracht, wo die Entscheidung für oder gegen einen Auftragsverarbeiter durch den Verantwortlichen getroffen werden kann. Auch Satz 4 des Erwägungsgrunds sieht ausdrücklich eine Entscheidungsmöglichkeit von Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter vor. Damit erscheint nach dem Wortlaut des Gesetzes ein vom Willen des Verantwortlichen und des Verarbeiters getragenes Auftragsverhältnis als für eine Auftragsverarbeitung konstitutiv.

In Ihrem Schreiben vom 6. Juni 2018 gehen Sie davon aus, die BRAK handele als Auftragsverarbeiter. Da die BRAK nach meiner Auffassung kein Auftragsverarbeiter ist, ist es mir leider nicht möglich, Ihre insoweit gestellten Fragen zu beantworten.

Zu Ihrer dritten Frage, ob die Beauftragung der dienstleistenden Firma Atos durch die BRAK die Hinzuziehung eines weiteren Auftragsdatenverarbeiters i.S.d. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 DSGVO sei, teile ich Ihnen mit, dass die Firma Atos (weil die BRAK kein Auftragsverarbeiter ist) zwar kein weiterer Auftragsverarbeiter ist, aber nach meinen Informationen ein Auftragsverarbeiter der BRAK sein dürfte. Diesbezüglich hat mir die BRAK mitgeteilt, dass für den Fall, dass zum Zweck der Erbringung der vertrags-



SEITE 3 VON 5

gegenständlichen Leistungen personenbezogene Daten im Wege der weisungsgebundenen Auftragsverarbeitung verarbeitet würden, Auftragsverarbeitungsvereinbarungen geschlossen worden seien. Zwar sei Gegenstand der mit Atos geschlossenen Verträge nicht die Verarbeitung personenbezogener Daten durch den Dienstleister, allerdings sei im Zuge der Leistungserbringung ein Zugriff etwa auf Stammdaten nicht ausgeschlossen. Nach meiner Auffassung ist der Abschluss von Auftragsverarbeitungsvereinbarungen durch die BRAK für den genannten Fall nachvollziehbar und aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Zu Ihrer Frage, ob die Benutzung des beA in der derzeitigen Form, d.h. mit der Hinterlegung aller Schlüssel im HSM, und bei dem derzeitigen Stand der Information durch die BRAK einen Verstoß gegen die DSGVO mit der Folge möglicher Geldbußen nach Art. 83 Abs. 4 DSGVO beinhalten könne, hatte ich in meinem Schreiben vom 20. Juli 2018 an Sie auf meine diesbezüglich fehlende Zuständigkeit hingewiesen, da die jeweiligen Landesdatenschutzbeauftragten für die datenschutzrechtliche Aufsicht über Rechtsanwälte zuständig sind.

Unabhängig von der Zuständigkeit der Landesdatenschutzbeauftragten für die datenschutzrechtliche Aufsicht über Rechtsanwälte weise ich vor dem Hintergrund meiner Zuständigkeit für die datenschutzrechtliche Aufsicht über die BRAK ergänzend auf § 31 a Abs. 6 BRAO hin, der Rechtsanwälte verpflichtet, ab dem 1. Januar 2018 die für die Nutzung des von der BRAK für jedes Mitglied eingerichteten beA erforderlichen technischen Einrichtungen vorzuhalten sowie Zustellungen und den Zugang von Mitteilungen über das beA zur Kenntnis zu nehmen (sog. Passive Nutzungspflicht des beA). Die Norm konkretisiert damit die nach § 174 Abs. 3 Satz 3 und 4 der Zivilprozessordnung (ZPO) ab dem 1. Januar 2018 bestehende Pflicht für Rechtsanwälte, einen sicheren Übermittlungsweg für die Zustellung elektronischer Dokumente zu eröffnen (BVerfG, Beschluss vom 20. Dezember 2017 - 1 BvR 2233/17). Die aufgrund von § 31c BRAO erlassene Verordnung über die Rechtsanwaltsverzeichnisse und die besonderen elektronischen Anwaltspostfächer (Rechtsanwaltsverzeichnis- und -postfachverordnung – RAVP) regelt, Einzelheiten und Anforderungen an die Kommunikation mittels beA. Nach § 130 a ZPO können bestimmte Schriftstücke nach bestimmten Maßgaben als elektronisches Dokument bei Gericht eingereicht werden. Eine Pflicht, aktiv am elektronischen Rechtsverkehr teilzunehmen, also den Gerichten nur noch elektronische Dokumente zuzusenden, gilt frühestens ab dem 1. Januar 2020 und spätestens ab dem 1. Januar 2022. Sie wird in den einzelnen Prozessordnungen geregelt sein, wie etwa in § 130d ZPO. Ob die aktive Nutzungspflicht bereits vor 2022 eintritt, regeln die Länder für ihre Gerichte per Verordnung. Für be-



stimmte Sachverhalte (Schutzschriften, elektronisches Empfangsbekenntnis) ergibt sich schon früher die Pflicht zur elektronischen Kommunikation.

Nach meiner Auffassung sind die bereits erlassenen Vorschriften datenschutzkonform ausgestaltet und stellen damit eine datenschutzkonforme Grundlage für das beA dar. Aus meiner Sicht ist es auch grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber - unter Beachtung datenschutzrechtlicher Anforderungen - beschließt, für Gerichte eine elektronische Kommunikation vorzusehen. Nach meiner Auffassung folgt auch aus der DSGVO keine andere Einschätzung. Anhaltspunkte, dass die Vorschriften zum beA etwa dem Erfordernis der Integrität und Vertraulichkeit der Datenverarbeitung nach Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO nicht hinreichend Rechnung tragen, liegen nicht vor.

Auch der Bundesgerichtshof (BGH) hat die Einführung des beA nicht beanstandet. In einem Beschluss vom 28. Juni 2018 (Az. AnwZ (Brg) 5/18) hält der BGH an seiner Rechtsprechung im Urteil vom 11. Januar 2016 (NJW 2016, S. 1025) fest und erachtet die Vorschrift des § 31 a BRAO als verfassungsrechtlich unbedenklich. Er betont, dass diese Vorschrift auf der Annahme des Gesetzgebers beruhe, dass eine sichere Übermittlung der Daten möglich sei. Es sei nicht Aufgabe des BGH, diese Einschätzung des Gesetzgebers durch eine eigene Bewertung der heute möglichen und zu erwartenden Datensicherheit zu ersetzen.

Nach meiner Auffassung stellen die o.g. Vorschriften zum Betrieb des beA eine datenschutzkonforme Grundlage für die Nutzung des beA durch Rechtsanwälte dar.

Die Sicherheit des beA ist von der Firma secunet Security Networks AG (secunet) gutachterlich untersucht worden. Die Firma secunet ist ein vom Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik empfohlenes Unternehmen. In seinem Abschlussgutachten hat die secunet das beA als geeignetes System zur vertraulichen Kommunikation im elektronischen Rechtsverkehr bestätigt. Nach ihrer Ansicht ist das dem beA zugrundeliegende Verschlüsselungskonzept grundsätzlich geeignet, die Vertraulichkeit der Nachrichten während der Übertragung und Speicherung von Nachrichten durch das beA zu gewährleisten, auch gegenüber dem Betreiber des beA.

Generell gesehen ist eine Konzeption mit einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung aus Sicht des Datenschutzes bei sehr vertraulicher Kommunikation zwar immer zu begrüßen. Beim beA hat man sich für die Umschlüsselung der Kommunikation in einem Hochsicherheitsmodul (HSM) entschieden. Vor dem Hintergrund, dass es unabhän-



SEITE 5 VON 5

gig von der gewählten Konzeption immer der Prüfung bedarf, ob ein bestehendes Restrisiko getragen werden kann, ist die secunet im Fall des beA zu dem Ergebnis gelangt, dass das beA ein geeignetes System zur vertraulichen Kommunikation im elektronischen Rechtsverkehr ist. Aus Sicht unseres für den technologischen Datenschutz zuständigen Referats erscheinen die Methodik, mit der die Untersuchung durch secunet durchgeführt wurde, und die Entscheidung für die gewählte Verschlüsselung nachvollziehbar.

Bei dieser Einschätzung gehe ich davon aus, dass die noch vorhandenen Schwachstellen zeitnah beseitigt werden, ausstehende Dokumentationen erstellt werden und regelmäßige Audits helfen werden, das System auf Dauer sicherer zu machen.

Insgesamt bestehen daher nach meiner Auffassung keine rechtlichen Bedenken gegen die Nutzung des beA durch Rechtsanwälte. Gegenteilige Auffassungen von Landesdatenschutzbeauftragten sind mir nicht bekannt. Wie bereits mitgeteilt ist der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit für die datenschutzrechtliche Aufsicht über Rechtsanwälte allerdings nicht zuständig.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

Westkamp