

**Rechtliche Bewertung möglicher Schadensersatzansprüche
von Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen gegenüber der
Bundesrechtsanwaltskammer in Bezug auf die
Außerbetriebnahme des besonderen elektronischen
Anwaltspostfachs (beA)**

Prof. Dr. Matthias Dombert^P
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Janko Geßner^P
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Margarete Mühl-Jäckel^P
LL.M. (Harvard)

Prof. Dr. Klaus Herrmann^P
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Jan Thiele^P

Dr. Susanne Weber
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Dr. Dominik Lück
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Benjamin Grimm
LL.M. (Dublin)
Fachanwalt für Vergaberecht

Dr. Beate Schulte zu Sodingen

Dr. Matthias Peine
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Lisa Teichmann
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Dr. Maximilian Dombert

^P Partner i.S.d. PartGG

**Partnerschaftsgesellschaft mit
beschränkter Berufshaftung
AG Potsdam PR 119**

vorgelegt von

Dr. Margarete Mühl-Jäckel, LL.M. (Harvard)
DOMBERTRECHTSANWÄLTE Part mbB
Konrad-Zuse-Ring 12A
14469 Potsdam

A.	Sachverhalt und Fragestellung	4
B.	Executive Summary.....	6
C.	Rechtliche Bewertung.....	10
I.	Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit den beA-Karten	10
1.	Vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK	10
1.1	Rechtsbeziehungen zwischen der BRAK und der BNotK.....	10
1.2	Bestellung der beA-Karten.....	12
1.3	Mögliche Drittwirkungen des Verwaltungsvertrages zwischen der BRAK und der BNotK.....	13
	a) Vertrag zugunsten Dritter	14
	b) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.....	14
1.4	Drittschadensliquidation.....	16
2.	Deliktische Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK.....	17
2.1	§ 823 Abs. 1 BGB.....	17
2.2	§ 823 Abs. 2 BGB	18
2.3	§ 826 BGB	19
2.4	§ 831 BGB.....	19
3.	Staatshaftungsrechtliche Ansprüche gegenüber der BRAK.....	19
3.1	Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.....	19
	a) Begriff des Beamten	20
	b) In Ausübung eines öffentlichen Amtes	22
	c) Verletzung einer Amtspflicht	23
	aa) Amtspflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung.....	23
	bb) Mögliche Ableitung einer Amtspflicht aus § 31a BRAO.....	24
	cc) Zwischenergebnis	25
3.2	Haftung der BRAK für Atos als Verwaltungshelfer	25
	a) Rechtliche Anforderungen für die Qualifizierung als	
	Verwaltungshelfer.....	26
	b) Fehlende Weisungsgebundenheit von Atos	27
3.3	Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff	28
3.4	Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Aufopferungsanspruch	28

II.	Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit Folgekosten aufgrund der Außerbetriebnahme des beA.....	29
1.	Ansprüche in Bezug auf Kopier- und Portokosten.....	29
1.1	Vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK	29
1.2	Deliktische Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK.....	29
1.3	Staatshaftungsrechtliche Ansprüche gegenüber der BRAK.....	29
	a) Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG	29
	b) Haftung der BRAK für Atos als Verwaltungshelfer	30
	c) Sonstige staatshaftungsrechtliche Ansprüche	30
2.	Ansprüche in Bezug auf Kosten für einen IT-Fachmann zur Deinstallation des von der BRAK am 22.12.2017 empfohlenen Sicherheitszertifikats.....	30
2.1	Vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK	30
2.2	Deliktische Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK.....	30
2.3	Staatshaftungsrechtliche Ansprüche.....	31
	a) Amtshaftung § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG	31
	aa) Begriff des Beamten und Ausübung eines öffentlichen Amtes	31
	bb) Amtspflichtverletzung.....	31
	cc) Drittbezogenheit der Amtspflicht	32
	dd) Schaden	32
	ee) Verschulden.....	33
	(1) Vorsatz	33
	(2) Fahrlässigkeit	34
	b) Haftung der BRAK für Atos als Verwaltungshelfer	36
	c) Sonstige staatshaftungsrechtliche Ansprüche	36

A. Sachverhalt und Fragestellung

Die Bundesrechtsanwaltskammer (nachfolgend: BRAK) wurde durch Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (BGBl. I, S. 3786 ff.) verpflichtet, für jedes im Gesamtverzeichnis (§ 31 Bundesrechtsanwaltsordnung – BRAO, § 9 Rechtsanwaltsverzeichnis- und -postfachverordnung – RAVPV) eingetragene Mitglied einer Rechtsanwaltskammer zum 01.01.2016 ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach (nachfolgend: beA) einzurichten (§ 31a Abs. 1 S. 1 BRAO). Mit der Entwicklung des beA beauftragte die BRAK, nach Durchführung eines Vergabeverfahrens, die Atos IT Solutions and Services GmbH mit Sitz in München (nachfolgend: Atos), eine deutsche Tochtergesellschaft der Atos SE mit Sitz in Frankreich. Das Vergabeverfahren und der zwischen Atos und der BRAK geschlossene Vertrag sind nicht Gegenstand der Prüfung im Rahmen des Gutachtens. Die Ausführungen dazu beruhen im Wesentlichen auf Angaben der Mitarbeiter der BRAK.

Das beA war infolge technischer Probleme erst ab dem 28.11.2016 nutzbar. Aufgrund von Mängeln in den rechtlichen Grundlagen (vgl. AGH Berlin, Beschl. v. 06.06.2016 – II AGH 16/15 –, juris und den entsprechenden Aufhebungsbeschluss vom 25.11.2016 – II AGH 16/15 –, juris) wurde der offizielle Start des beA einschließlich der passiven Nutzungspflicht (§ 31a Abs. 6 BRAO) schließlich auf den 01.01.2018 verschoben (vgl. Art. 20 Abs. 4 Nr. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 12.05.2017, BGBl. I, S. 1121 ff.). Zum Jahresende 2017 musste das für den Zugriff durch Postfachinhaber auf die beA-Startseite erforderliche Zertifikat gesperrt werden, weil in der Client Security der private Schlüssel dieses SSL-Zertifikats enthalten war. Die BRAK hat daraufhin am 22.12.2017 die Installierung eines (neuen) Sicherheitszertifikats empfohlen, das sich jedoch als fehlerhaft erwies, mit der Folge, dass das beA am 22.12.2017 zunächst abgeschaltet wurde (BRAK-Presseerklärung Nr. 15 vom 27.12.2017). Seitdem war das beA mit keiner Funktion mehr nutzbar. Atos wurde zur

Fehlerbehebung und Nachbesserung aufgefordert. Seit dem 03.09.2018 ist das beA mit seiner gesetzlichen Funktion nutzbar (vgl. bea.brak.de/news).

Zur Nutzung des beA benötigen Rechtsanwälte / Rechtsanwältinnen eine beA-Karte sowie einen Chipkartenleser. Die beA-Karten werden nicht von der BRAK selbst, sondern von der Zertifizierungsstelle der Bundesnotarkammer (nachfolgend: BNotK) aufgrund individueller Verträge mit den Rechtsanwälten / den Rechtsanwältinnen hergestellt und ausgegeben.

Die BRAK bittet in diesem Zusammenhang um die Prüfung im Sinne einer ersten rechtlichen Einschätzung folgender Fragen:

1. Einige Rechtsanwälte weigern sich an die BNotK das Entgelt für die beA-Karten zu zahlen oder zahlen es nur unter Vorbehalt. Kann gegenüber der BRAK das Entgelt für die beA-Karten als Schadensersatz geltend gemacht werden?
2. Der BRAK liegen verschiedene Schadensersatzforderungen in Bezug auf die Abschaltung des beA vor. Darunter fallen etwa die Erstattung von Kopier- und Portokosten oder die Beiziehung eines IT-Fachmanns für die Deinstallation des fehlerhaften beA Sicherheitszertifikats vom 22.12.2017. Bestehen insoweit Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK?

B. Executive Summary

- l. Das Entgelt für die beA-Karten, das die Rechtsanwälte / die Rechtsanwältinnen an die BNotK zu zahlen haben, kann nicht gegenüber der BRAK als Schadensersatz geltend gemacht werden.

1. Vertragliche Schadensersatzansprüche scheiden mangels Schuldverhältnisses zwischen der BRAK und dem Rechtsanwalt / der Rechtsanwältin aus. Ein Vertrag bezüglich der beA-Karten kommt nur mit der BNotK zustande.
 - a) Zwischen der BRAK und der BNotK wurde ein Verwaltungsvertrag für die Herstellung und Ausgabe der beA-Karten geschlossen (§ 22 Abs. 2 S. 1 RAVPV). Ein Verwaltungsvertrag kann grundsätzlich als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausgestaltet sein. Vorliegend mangelt es aber an der erforderlichen Leistungsnähe.
 - b) Andere Durchbrechungen der grundsätzlichen Zweiparteienbeziehung eines Schuldverhältnisses (Vertrag zugunsten Dritter, Drittschadensliquidation) sind nicht einschlägig.

2. Deliktische Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK gem. §§ 823 ff. BGB sind nicht gegeben. Die BRAK wurde in Bezug auf das beA in Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrages (§ 177 Abs. 2 Nr. 7, § 31a BRAO) tätig und handelte somit hoheitlich. Die deliktische Haftung gem. §§ 823 ff. BGB wird bei hoheitlichem Handeln durch § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG verdrängt. Dies schließt einen Schadensersatzanspruch wegen der Haftung für den Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB), die Atos, ein.
 - a) In Bezug auf § 823 BGB gilt ferner, dass Vermögensschäden nicht geschützt sind. Gegenüber der BRAK werden nur Vermögensschäden geltend gemacht.
 - b) Hinsichtlich der Auswahl der Atos als Verrichtungsgehilfe ist davon auszugehen, dass der BRAK der Exkulpationsbeweis (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB) bei

der hier zu unterstellenden rechtmäßigen Vergabe des Auftrags an Atos gelingen dürfte.

3. Staatshaftungsrechtliche Ansprüche gegenüber der BRAK scheiden aus.
 - a) Für den Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG fehlt es an einer Amtspflichtverletzung. Eine solche kann nicht unter dem Gesichtspunkt der fehlerhaften Ermessensausübung bei der Vergabeentscheidung angenommen werden. Ferner ist § 31a BRAO keine konkrete Amtspflicht einzelner Mitarbeiter der BRAK zur Einrichtung des beA zu entnehmen.
 - b) Ein Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gegenüber der BRAK, mit der Begründung Atos habe als Verwaltungshelfer der BRAK gehandelt, scheidet mangels Weisungsgebundenheit von Atos aus; Atos ist nicht Verwaltungshelfer der BRAK.
 - c) Ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff kommt nicht in Betracht, da das hier allein betroffene Vermögen insoweit nicht geschützt ist.
 - d) Ein öffentlich-rechtlicher Aufopferungsanspruch kommt ebenfalls nicht in Betracht. Dieser erfasst nur die Verletzung nicht vermögenswerter Rechtsgüter.
- II. Die Erstattung von Kopier- und Portokosten aufgrund der nicht vorhandenen Nutzungsmöglichkeit des beA ab 01.01.2018 kann nicht als Schadensersatz gegenüber der BRAK geltend gemacht werden.
 1. Vertragliche Ansprüche scheiden mangels Schuldverhältnisses aus.
 2. Deliktische Ansprüche werden durch § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG verdrängt.
 3. Staatshaftungsrechtliche Ansprüche kommen insgesamt nicht in Betracht. Für § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG fehlt es an einer Amtspflichtverletzung. Atos ist

nicht Verwaltungshelfer der BRAK. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff schützt nicht das Vermögen. Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch erfasst nur nicht vermögenswerte Güter.

III. Schadensersatzansprüche wegen der Beiziehung eines IT-Fachmanns für die Deinstallation des von der BRAK am 22.12.2017 empfohlenen Sicherheitszertifikats kommen nicht in Betracht.

1. Vertragliche Ansprüche scheiden mangels Schuldverhältnisses aus.
 2. Deliktische Ansprüche werden durch § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG verdrängt.
 3. Staatshaftungsrechtliche Ansprüche scheiden aus.
- a) Durch die Empfehlung zur Installation des fehlerhaften Sicherheitszertifikats hat die BRAK ihre Amtspflicht zur Erteilung richtiger Auskünfte, Belehrungen, Hinweise und Warnungen verletzt. Diese Amtspflicht ist auch drittbezogen.

Die Kosten für die Beiziehung informationstechnischen Sachverständigen sind ein durch die Amtspflichtverletzung für die Rechtsanwälte / Rechtsanwältinnen entstandener Schaden. Vertraulichkeit ist ein Grundpfeiler ihrer Tätigkeit (vgl. auch § 2 BORA); die falsche Empfehlung hat für erhebliche Verunsicherung bezüglich der Sicherheit der Daten gesorgt. Die Beiziehung eines IT-Fachmanns zur Deinstallation war daher angemessen.

Die BRAK trifft hinsichtlich des empfohlenen fehlerhaften Sicherheitszertifikats aber kein Verschulden. Vorsätzliches Handeln scheidet aus. Fahrlässigkeit ist ebenfalls nicht anzunehmen. Für die BRAK war die Fehlerhaftigkeit des Zertifikats nicht erkennbar; auch hätte sie diese nicht erkennen müssen. Sie durfte sich insoweit auf die fachliche Kompetenz von Atos und deren Subunternehmer verlassen. Ein Verschulden ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt anzunehmen, dass die BRAK früher ein Sicherheitsgutachten hätte in Auftrag geben sollen.

- b) Weitere staatshaftungsrechtliche Ansprüche scheiden aus. Atos ist nicht Verwaltungshelfer der BRAK. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff schützt nicht das Vermögen. Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch erfasst nur nicht vermögenswerte Güter.

C. Rechtliche Bewertung

I. Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit den beA-Karten

1. Vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK

Als Anspruchsgrundlage für einen vertraglichen Schadensersatzanspruch kommt vorliegend nur § 280 Abs. 1 BGB in Betracht. Dieser setzt zunächst ein Schuldverhältnis voraus (vgl. nur *Ernst*, in: MÜKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 6). Fraglich ist somit, ob in Bezug auf die beA-Karten zwischen der BRAK und dem einzelnen Rechtsanwalt / Rechtsanwältin ein Vertragsverhältnis zustande kommt. Die beA-Karten werden jedoch nicht von der BRAK sondern der BNotK ausgegeben. Insofern bedarf es zunächst der Klärung der Rechtsbeziehungen zwischen der BRAK und der BNotK sowie der Erläuterung des Bestellvorgangs der beA-Karten.

1.1 Rechtsbeziehungen zwischen der BRAK und der BNotK

Seit dem 01.01.2018 besteht die gesetzliche Verpflichtung für Anwälte, die für die Nutzung des beA erforderlichen technischen Einrichtungen vorzuhalten (§ 31a Abs. 6 HS 1 BRAO). Notwendig ist dafür eine Chipkarte, die sog. beA-Karte mit dem auf ihr gespeicherten qualifizierten Zertifikat sowie ein Kartenlesegerät (vgl. § 22 Abs. 1 RAVPV).

Mit der Entwicklung der Hardware (Chipkarte) und den geeigneten elektronischen Zertifikaten hat die BRAK die BNotK beauftragt. Dies ist rechtlich zulässig. § 22 Abs. 2 S. 1 RAVPV bestimmt insoweit, dass der Postfachinhaber das zur Erstanmeldung notwendige Zertifikat und die zugehörige Zertifikats-PIN durch Bestellung des Zertifikats bei der BRAK oder einer von ihr bestimmten Stelle – hier der BNotK – erhält.

Zwischen der BRAK und der BNotK wurde hierzu eine „Verwaltungsvereinbarung“, also ein Verwaltungsvertrag, geschlossen. Ein solcher wird grundsätzlich nur zwischen Verwaltungsträgern bejaht (vgl. *Bonk/Neumann/Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 14 Rn. 12; *Ramsauer/Tegethoff*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 54 Rn. 46 f.; krit. zu dieser Abgrenzung *Bauer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, GrVwR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 71). Hier handelt es sich um einen sog. koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag, da sich die Partner, BRAK und BNotK als Körperschaften des öffentlichen-Rechts (§ 176 Abs. 1 BRAO, § 66 Abs. 1 S. 1 BNotO), gleichgeordnet gegenüberstehen. Inhalt dieses Vertrages sind die Herstellung und der Vertrieb der beA-Karten sowie darauf aufbauend die Kontrolle und Gewährleistung der Sicherheit und Funktionalität der ausgegebenen Karten und Signaturen. Die Verwaltungsvereinbarung dient somit der Erfüllung der gesetzlichen Pflichten der BRAK aufgrund von § 31a BRAO; die BNotK erfüllt ihre Rechtspflicht aufgrund von § 22 Abs. 2 S. 1 RAVPV.

Die BNotK verfügt in diesem Bereich über die notwendige Expertise, da bereits 2007 die Pflicht für Notare eingeführt worden war, über qualifizierte elektronische Zertifikate für qualifizierte elektronische Signaturen zu verfügen (vgl. § 33 BNotO). Elektronische Zertifikate dürfen nur von zertifizierten Vertrauensdiensteanbietern ausgegeben werden. Die Zertifizierung als qualifizierter Vertrauensdiensteanbieter für qualifizierte Zertifikate und qualifizierte elektronische Signaturen wird von der Bundesnetzagentur vorgenommen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 Vertrauensdienstegesetz – VDG). Die BNotK ist von der Bundesnetzagentur zum Ausstellen von qualifizierten Zertifikaten für qualifizierte elektronische Signaturen sowie das Ausstellen von qualifizierten Zeitstempeln zertifiziert worden. Zuständig für die Ausgabe der beA-Karten ist die Zertifizierungsstelle der BNotK. Die Zertifizierungsstelle der BNotK ist eine von ihr betriebene Einrichtung ohne Rechtspersönlichkeit. Sie ist qualifizierter Vertrauensdiensteanbieter gem. Art. 20 Abs. 1 S. 1 der Verordnung EU Nr. 910/14 des Europäischen Parlaments und des Rates vom

23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (<https://zertifizierungsstelle.bnotk.de/zertifizierungsstelle>).

Die Entwicklung und Unterhaltung der beA-Karten und der zugehörigen Zertifikate, insbesondere die Überprüfung der Sicherheitsstandards der Zertifikate und auch der Vertrieb, liegen allein in Händen der BNotK (der Zertifizierungsstelle). Dies geschieht unabhängig von der BRAK und insbesondere unabhängig von der Entwicklung und Bereitstellung des beA durch die BRAK bzw. den von ihr beauftragten IT-Dienstleister Atos.

1.2 Bestellung der beA-Karten

Für die Beantwortung der Frage, ob Rechtsanwälte bzw. Rechtsanwältinnen unmittelbar gegen die BRAK Schadensersatzansprüche geltend machen können, kommt es darauf an, ob und wenn ja, mit wem ein vertragliches Verhältnis bei der Bestellung einer beA-Karte eingegangen wird. Die Zertifizierungsstelle der BNotK bietet über die Homepage der BNotK (www.bea.bnotk.de) den Erwerb von drei Typen von beA-Karten an: Die beA-Karte Basis, die von jedem Rechtsanwalt / Rechtsanwältin zur Anmeldung im beA benötigt wird, die beA-Karte Signatur, welche mit einem qualifizierten elektronischen Zertifikat zur Erstellung qualifizierter elektronischer Signaturen ausgestattet ist sowie die beA-Karte Mitarbeiter, die Mitarbeitern den Zugriff auf das beA eines Rechtsanwaltes oder einer Rechtsanwältin ermöglicht. Die beA-Karten Basis und Mitarbeiter sind nur nutzbar, wenn das beA zugänglich ist. Die beA-Karte Signatur hingegen kann unabhängig vom Betrieb des beA generell zur Erstellung qualifizierter elektronischer Signaturen im Rechtsverkehr verwendet werden.

Zum Erwerb der beA-Karten schließt der Rechtsanwalt / die Rechtsanwältin („Kunde“) einen Vertrag über ein Abonnement mit der BNotK, der ein Dauerschuldverhältnis begründet. Die Wartung und Prüfung des Systems zieht

laufende Kosten für die BNotK nach sich. Die BNotK erhebt daher von ihren Kunden für die beA-Karten ein jährliches Entgelt. Für diesen Vertrag gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Zertifizierungsdienstes der Bundesnotarkammer für das besondere elektronische Anwaltspostfach (nachfolgend: AGB). Danach kommt zwischen dem Kunden und der BNotK mit Zugang des ausgefüllten Bestellformulars bei der BNotK und Annahme durch diese ein Vertrag zustande (vgl. § 3 Abs. 2 AGB). Die BRAK ist in dieses Vertragsverhältnis nicht ausdrücklich einbezogen. Ansprüche gegenüber der BRAK aus § 280 Abs. 1 BGB scheiden somit aus. Entsprechendes gilt folglich für Ansprüche aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 2, 3 BGB).

1.3 Mögliche Drittwirkungen des Verwaltungsvertrages zwischen der BRAK und der BNotK

Ein Anspruch aufgrund einer vertraglichen Pflichtverletzung käme somit nur in Betracht, wenn der Rechtsanwalt / die Rechtsanwältin in das Vertragsverhältnis zwischen der BRAK und der BNotK – etwa als Drittbegünstigter oder aufgrund eines besonderen Näheverhältnisses – einbezogen wurde. Klarstellend ist zu bemerken: hier geht es nicht um die Frage, ob der BRAK aufgrund einer vertraglichen Regelung oder eines besonderen Näheverhältnisses ein eigenes Forderungsrecht oder Schadensersatzansprüche aus dem Vertragsverhältnis zwischen der BNotK und dem Rechtsanwalt / der Rechtsanwältin zustehen.

Der Grundsatz, dass ein Schuldverhältnis eine Zweiparteienbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner ist, wird durch anerkannte rechtliche Ausnahmen durchbrochen (vgl. dazu nur *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, Einf. v. § 328 Rn. 1), die im Zivilrecht verankert sind, aber über § 62 VwVfG auch auf Verwaltungsverträge anwendbar sind.

a) Vertrag zugunsten Dritter

Ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist der Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB). Auch öffentlich-rechtliche Verträge und insbesondere auch koordinationsrechtliche Verwaltungsverträge (vgl. *Ramsauer/Tegethoff*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 54 Rn. 46) können grundsätzlich als Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet werden (*Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 328 Rn. 1, vgl. § 62 VwVfG). Ein solcher erfordert aber eine Drittbegünstigungsabrede und die Bestimmung des begünstigten Dritten (*Stadler*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 328 BGB Rn. 12). Davon kann hier nicht ausgegangen werden. Dem Verwaltungsvertrag zwischen der BRAK und der BNotK mangelt es insoweit sowohl an einer Drittbegünstigungsabrede und der Bestimmung des Dritten. Ein Vertrag zugunsten Dritter scheidet daher aus.

b) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Neben dem echten Vertrag zugunsten Dritter hat die Rechtsprechung als besondere Art der Drittberechtigung den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herausgearbeitet (vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 328 Rn. 13). Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird das vertragliche Leistungsverhältnis, hier also zwischen der BNotK und dem Rechtsanwalt / der Rechtsanwältin, nicht berührt; ein Dritter ist aber derart in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten einbezogen, dass er bei deren Verletzung selbst vertraglichen Schadensersatz geltend machen kann (*Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 328 Rn. 13; BGHZ 66, (56); 89 (104); 133 (170); NJW 1995, 52).

Es ist anerkannt, dass die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aufgrund der Verweisung des § 62 VwVfG auf die Vorschriften des BGB auch auf öffentlich-rechtliche Vertragsverhältnisse, somit auch den Vertrag zwischen der BRAK und der BNotK, anwendbar ist (vgl.

etwa VG Frankfurt, Beschl. v. 28.09.2011 – 7 L 540/11.F –, juris, Rn. 73). Dazu hält das VG Frankfurt Folgendes fest:

„Zugleich ist anerkannt, dass auch Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als öffentlich-rechtliche abgeschlossen werden können. Die im Zivilrecht entwickelte Figur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist eine aus Treu und Glauben entwickelte besondere Art der Drittberechtigung und Sonderfall eines Vertrages zugunsten eines Dritten, der nicht selbst Vertragspartei ist, aber in die Sorgfaltspflicht der Vertragsparteien einbezogen ist und daher aus eigenem Recht einen Anspruch aus dem zwischen anderen geschlossenen Vertrag geltend machen können soll, auch wenn kein Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von §§ 328 ff. BGB vorliegt (vgl. Bonk, a.a.O., § 58 Rdnr. 24 m.w.Nachw. zur einschlägigen Rechtsprechung des BGH). Für die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist es jedoch erforderlich, dass Dritte unzweideutig in den Schutzbereich einbezogen sind (vgl. Bonk, a.a.O., § 62 Rdnr. 36).“

Damit die Haftung für den Schuldner nicht unkalkulierbar ist, werden an den geschützten Personenkreis jedoch bestimmte Anforderungen gestellt. Erforderlich ist eine gewisse Leistungsnähe, ein Einbeziehungsinteresse, die Erkennbarkeit der Drittbezogenheit der Leistung und der Gläubigernähe sowie die Schutzbedürftigkeit des Dritten (ganz h.M., vgl. nur *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 328 Rn. 17 f.).

Schon die erforderliche Leistungsnähe der Rechtsanwälte / Rechtsanwältinnen als etwaige Dritte ist hier nicht anzunehmen. Der Dritte muss insoweit bestimmungsgemäß mit den Leistungen des Vertrages in Berührung kommen und den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger selbst (BGH 49, 354, NJW 2008, 2245; BGHZ 70, 329; 133, 173; NJW 2006, 830). Die Leistung des hier fraglichen Vertrages zwischen der BRAK und der BNotK ist die Herstellung, der Vertrieb sowie die spätere Kontrolle der beA-Karten (vgl. oben unter I., 1., 1.1). Der Betrieb bzw. die Betriebsbereitschaft des beA zum 01.01.2018 und somit die tatsächliche Verwendbarkeit der beA-Karten zur Anmeldung / Nutzung des beA ist nicht Bestandteil des Vertrages zwischen der BRAK und der BNotK. Vorliegend geht es um Fragen des Schadensersatzes in Bezug auf die Außerbetriebnahme des

beA zum 27.12.2017. Diese Frage betrifft somit nicht das Leistungsverhältnis zwischen der BRAK und der BNotK aufgrund der Verwaltungsvereinbarung, die nur die Leistungen bezüglich der beA-Karten umfasst. Davon erfasst ist aber gerade nicht der Betrieb des beA. Die geltend gemachten Schadensersatzforderungen beziehen sich somit nicht auf vertraglich zwischen der BRAK und der BNotK vereinbarte Leistungen, wie etwaige Probleme mit defekten beA-Karten. Insofern ist auch eine Leistungsnähe nicht anzunehmen.

Vor diesem Hintergrund scheidet ein Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus.

1.4 Drittschadensliquidation

Als Korrektur für bestimmte Schadenskonstellationen in Drei-Personen-Verhältnissen wurde zudem das Institut der Drittschadensliquidation entwickelt (vgl. etwa *Weiss*, JuS 2015, 8 ff.). Die Drittschadensliquidation ist aber nur für bestimmte Fallgruppen anerkannt (vgl. *Flume*, in: *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BeckOK BGB, 46. Edition Stand: 01.05.2018, § 249 Rn. 374 ff.). Unabhängig von den Fallgruppen liegt der Drittschadensliquidation als Ausgangslage zugrunde, dass eine Person, in welcher der Tatbestand einer Schadensersatzforderung vorliegt, rechnerisch keinen Schaden hat, der tatsächlich Geschädigte hingegen keinen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Schädiger hat (*Weiss*, JuS 2015, 8 (9)). Charakteristisch ist somit das Auseinanderfallen von Geschädigtem und Anspruchsinhaber (vgl. dazu *Weiss*, JuS 2015, 8 (9); BGH NJW 2016, 1089 ff. Rn. 27). Ein solches Auseinanderfallen ist hier nicht gegeben. Der vermeintliche Anspruch und der vermeintliche Schaden liegen bei dem Rechtsanwalt / der Rechtsanwältin. Etwaige Anspruchsgegnerin ist allein die BNotK; die BRAK ist in den Vertrag zwischen der BNotK und dem einzelnen Rechtsanwalt / der einzelnen Rechtsanwältin („Abonnement“) nicht einbezogen.

2. Deliktische Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK

2.1 § 823 Abs. 1 BGB

Der deliktische Schadensersatzanspruch setzt voraus, dass die BRAK vorsätzlich oder fahrlässig ein gem. § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut verletzt hat. Die Verletzungshandlung erfordert menschliches Handeln (BGHZ 98, 135 (137) = NJW 1987, 121). Bei juristischen Personen wird die Handlung von Organen gem. § 31 BGB zugerechnet. Dies gilt gem. § 89 Abs. 1 BGB auch für den Fiskus sowie Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts. Die BRAK ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 176 Abs. 1 BRAO). § 89 Abs. 1 BGB ist jedoch nur dann anwendbar, wenn die Organe zivilrechtlich tätig werden (*Schöpflin*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 46. Edition Stand: 01.05.2018, § 31 Rn. 2; siehe auch *Sprau*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 839 Rn. 3). Denn § 89 Abs. 1 BGB erklärt § 31 BGB „entsprechend“ für anwendbar, also nur wenn eine Vergleichbarkeit zwischen der juristischen Person des öffentlichen Rechts und einer solchen des Privatrechts vorliegt (*Arnold*, in: MÜKoBGB, 7. Aufl. 2015, § 89 Rn. 1). Wird die juristische Person des öffentlichen Rechts hoheitlich tätig, gelten die Vorschriften des Staatshaftungsrechts (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, vgl. *Arnold*, in: MÜKoBGB, 7. Aufl. 2015, § 89 Rn. 3; BGH NJW 2014, 3580 ff. Rn. 8; 1665 ff. Rn. 29).

Die BRAK erfüllt mit der Entwicklung und dem Betrieb des beA ihre gesetzliche Pflicht, die elektronische Kommunikation der Rechtsanwälte mit Gerichten, Behörden und sonstigen Dritten zu unterstützen (§ 177 Abs. 2 Nr. 7 BRAO). Zur Umsetzung dieser Aufgabenstellung richtet die BRAK für jedes im Gesamtverzeichnis eingetragene Mitglied einer Rechtsanwaltskammer (vgl. § 9 RAVPV) ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach empfangsbereit ein (§ 31a Abs. 1 S. 1 BRAO). Zur Empfangsbereitschaft gehört auch, dass der Postfachinhaber sich beim beA anmelden kann. Notwendig sind hierfür das für die Erstanmeldung erforderliche Zertifikat sowie die zugehörige Zertifikats-PIN (§ 22 Abs. 1, 2 S. 1 RAVPV). Diese erhält der nutzende Rechtsanwalt / die

Rechtsanwältin durch Bestellung des Zertifikats bei der BRAK „oder einer von ihr bestimmten Stelle“ – hier der BNotK (§ 22 Abs. 2 S. 1 RAVPV). Die Bereitstellung der beA-Karten über die von der BRAK bestimmte Stelle ist somit Teil ihrer gesetzlichen Pflicht aus § 177 Abs. 2 Nr. 7 BRAO. Dieser gesetzlichen Pflicht kommt die BRAK hier durch Bestimmung der BNotK aufgrund des mit ihr abgeschlossenen Verwaltungsvertrages nach. Die BRAK bedient sich damit der Mittel des öffentlichen Rechts und wird hoheitlich tätig (vgl. oben unter I., 1., 1.1.).

Zudem käme vorliegend nur ein Vermögensschaden in Betracht, welcher nach ganz h.M. nicht von § 823 Abs. 1 BGB umfasst ist (vgl. etwa *Förster*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 46. Edition Stand: 01.05.2018, § 823 Rn. 3; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 823 Rn. 2). Ein möglicher Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet somit aus.

2.2 § 823 Abs. 2 BGB

Für den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB gelten zunächst die vorstehenden Ausführungen zu § 823 Abs. 1 BGB entsprechend. Ferner ist hier ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB nicht ersichtlich. Das Schutzgesetz muss den Schutz einzelner oder eines bestimmten Personenkreises vor der Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes bezwecken (vgl. *Wagner*, in: MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 498; BGH NJW 2012, 1800 ff. Rn. 21). Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang nicht das gesamte Gesetz, sondern nur die Schutztendenz der einzelnen Norm (vgl. BGH, NJW 2010, 3651 ff. Rn. 26 f.). Fraglich ist ob § 31a BRAO als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB in Betracht kommt. Die sich daraus ergebende gesetzliche Pflicht der BRAK zur Einrichtung des beA (vgl. oben unter I., 2., 2.1) dient nicht dem Schutz von Individualrechtsgütern, sondern der Umsetzung der gesetzlichen Aufgabe aus § 177 Abs. 2 Nr. 7 BRAO. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB scheidet daher auch unter diesem Gesichtspunkt aus.

2.3 § 826 BGB

Im Gegensatz zu § 823 BGB schützt § 826 BGB zwar auch das Vermögen des Geschädigten (vgl. *Wagner*, in: MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 3). Er wird aber ebenfalls wie die sonstigen Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB durch den Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG verdrängt (*Sprau*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, Einf. v. § 823 BGB Rn. 8). Denn auch § 826 BGB ist auf den Fall des menschlichen Schädigers ausgerichtet und erfasst hoheitliches Handeln somit nicht (*Wagner*, in: MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 37). Ein Anspruch aus § 826 BGB scheidet vorliegend aus.

2.4 § 831 BGB

Ein etwaiger Schadensersatzanspruch wegen der Haftung der BRAK für einen Verrichtungsgehilfen (§ 831 Abs. 1 S. 1 BGB) – hier wäre dies die Atos – wird ebenfalls durch § 839 BGB verdrängt (BGH NJW 2014, 3580 ff. Rn. 8; 1665 ff. Rn. 29). Im Übrigen wird hier von der Möglichkeit der Exkulpation (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB) auszugehen sein, sofern Auswahl und Beauftragung der Atos rechtlich nicht zu beanstanden sind.

3. Staatshaftungsrechtliche Ansprüche gegenüber der BRAK

3.1 Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Rechtsgrundlage für den amtshaftungsrechtlichen Anspruch bildet § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Die Vorschriften müssen im Zusammenhang gelesen werden. § 839 BGB statuiert die persönliche Haftung des Beamten, welche durch die Zurechnungsnorm in Art. 34 GG modifiziert wird (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., II., S. 11). Die den Beamten grundsätzlich persönlich treffende Schadensersatzverpflichtung wird auf den Hoheitsträger übertragen – Art. 34 GG wirkt insoweit als verfassungsrechtlich verbürgte

befreiende Schuldübernahme (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., II., S. 11). Daraus folgt zum einen, dass der Beamte nach § 839 Abs. 1 BGB als „Privatperson“ haftet, d.h. der Amtshaftungsanspruch letztlich nur solche Forderungen erfassen kann, die auch der Beamte als Privater zu erfüllen in der Lage ist; so können etwa vom Beamten keine hoheitlichen Handlungen verlangt werden (vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., II., S. 12). Zum anderen haftet der Staat entsprechend auch nur unter den Voraussetzungen, unter denen der Beamte persönlich haften würde – ihm kommen somit alle Haftungserleichterungen zugute (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., II., S. 13).

Voraussetzung für den Amtshaftungsanspruch ist, dass ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm gegenüber einem Dritten obliegende Amtspflicht verletzt (§ 839 Abs. 1 S. 1 BGB).

a) Begriff des Beamten

Wer Beamter ist, bestimmt sich im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs nach dem haftungsrechtlichen Beamtenbegriff. Beamter ist danach jedermann, der hoheitlich tätig wird (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., III., S. 15 f.). Fraglich ist vorliegend, auf welche Handlung und auf welche Personen innerhalb der BRAK abzustellen ist.

Schadensersatz wird in Bezug auf die beA-Karten aufgrund der Außerbetriebnahme des nicht mangelfrei errichteten beA geltend gemacht. Dabei kann es nicht auf den konkreten Vorgang der Abschaltung des beA ankommen, sondern auf die fehlende Möglichkeit, ab dem 01.01.2018 mit den beA-Karten Basis und beA-Karten Mitarbeiter auf das beA zuzugreifen, obwohl das Entgelt entrichtet werden muss. Insoweit stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen. Einerseits könnte auf die fehlerhafte Installation des beA abgestellt werden, welche zur Abschaltung geführt hat. Andererseits könnte an das Unterlassen i.S. der

Nichtinbetriebnahme zum gesetzlich festgelegten Zeitpunkt angeknüpft werden. Im Strafrecht wird beim Zusammenfallen von Handeln und Unterlassen zur Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen nach der sog. Schwerpunkttheorie untersucht, wo der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt (h.M. in Rechtsprechung und Literatur, vgl. nur *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorb. §§ 13 ff., Rn. 158 f.). Der Umstand, dass das beA zum 01.01.2018 nicht in Betrieb genommen werden konnte, resultiert aus mehreren Sicherheitsmängeln, die bei der – wohl mangelhaften – Programmierung des beA entstanden sind. Dass das beA letztlich nicht betriebsbereit war und planmäßig geschaltet werden konnte, ist somit nur Folge der Versäumnisse bezüglich der Installation des beA. Der Schwerpunkt i.S.d. Schwerpunkttheorie liegt hier somit im aktiven Tun.

Fraglich ist aber, ob und inwieweit diese Handlung überhaupt einem Beamten, also einer oder mehreren Personen als Mitarbeiter der BRAK zugerechnet werden kann. Innerhalb der BRAK waren Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen sowie IT-Spezialisten mit dem Prozess der Errichtung bzw. Bereitstellung des beA, insbesondere auch mit dem Kontakt zum Dienstleiter Atos, beschäftigt. Ferner gab es einen „Lenkungsausschuss beA“. Die Zuständigkeit eines etwaigen „Sachbearbeiters“ und eine charakteristische Sachbearbeiter-Bürger-Beziehung sind daher nicht erkennbar.

In der Rechtsprechung wurde das Problem, dass im Staatsapparat die Zuordnung einer Handlung zu einem konkreten Beamten oftmals unmöglich ist, frühzeitig erkannt. Schon das Reichsgericht hat insoweit betont, dass die Folgen der Unmöglichkeit, die verantwortliche Einzelperson festzustellen, nicht der Geschädigte, sondern der Staat zu tragen habe (vgl. hierzu *Papier/Shirvani*, in: MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 292). Im Rahmen des Verschuldens wird daher nach h.M. auf die Feststellung des individuell verantwortlichen Amtsträgers verzichtet (*Papier/Shirvani*, in: MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 293; BGH NJW 1964, 41 (44); VersR 1960, 909; 1963, 975; RGZ 100 (102); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., Ill., S. 78 ff.); *Sprau*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 839 Rn. 17). Es ist

daher im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs nicht notwendig, die Amtspflichtverletzung einer konkreten Person zuzuweisen.

b) In Ausübung eines öffentlichen Amtes

Weiter hätte der Beamte in Ausübung eines öffentlichen Amtes handeln müssen (Art. 34 GG). Erforderlich ist ein innerer Zusammenhang zwischen der Amtsausübung und der Schadenszufügung; der Beamte darf die Handlung bzw. das Unterlassen nicht nur „bei Gelegenheit“ vorgenommen haben (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., III., S. 28).

Zur Abgrenzung ist zunächst danach zu fragen, ob die den Schaden auslösende Handlung mit den Mitteln des öffentlichen Rechts vorgenommen worden ist oder ob ein reines Tathandeln vorliegt (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., III., S. 44). Die unterlassene Inbetriebnahme des beA zum 01.01.2018 bzw. die hierzu führenden Umstände sind als reines Tathandeln zu qualifizieren. Insoweit ist maßgeblich, ob die Zielsetzung, in deren Sinn die handelnde Person tätig wurde, dem hoheitlichen Aufgabenbereich zuzurechnen ist und zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung als Bestandteil der hoheitlichen Betätigung angesehen werden kann (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., III., S. 44).

Dies wird anzunehmen sein. Mit der Entwicklung und dem Betrieb des beA handelten die BRAK bzw. ihre Mitarbeiter im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages und somit hoheitlich. Aufgabe der BRAK ist es, eine sichere Kommunikationsmöglichkeit für Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen zu schaffen. Die Entscheidung, das beA aufgrund von Sicherheitsbedenken nicht in Betrieb zu nehmen, ist daher als schlicht hoheitliches Handeln in Erfüllung des gesetzlichen Auftrags der BRAK anzusehen.

c) Verletzung einer Amtspflicht

Ferner müsste eine Amtspflichtverletzung vorliegen. Einen Katalog der möglichen Amtspflichten enthalten weder § 839 BGB noch Art. 34 GG. In Rechtsprechung und Literatur sind hierzu bestimmte Fallgruppen anerkannt. Die wichtigsten Tatbestände sind die Amtspflicht zum rechtmäßigen Handeln, die Amtspflicht zum zuständigkeitsgemäßen und verfahrensmäßigen Handeln, die Amtspflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung, die Amtspflicht zur Schonung unbeteiligter Dritter, die Amtspflicht zu verhältnismäßigem Handeln, die Amtspflicht zur Erteilung richtiger Auskünfte, Belehrungen, Hinweise und Warnungen, die Amtspflicht zur zügigen Sachentscheidung, die Amtspflicht zu konsequentem Verhalten sowie die Amtspflicht zur Beachtung höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., III., S. 46 ff.); zur überlangen Verfahrensdauer bei Genehmigungsverfahren *Heintz*, LKRZ 2013, 279 ff.; siehe auch *Papier/Shirvani*, MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 191 ff.). Nachfolgend werden nur die in Betracht kommenden Amtspflichten erörtert.

aa) Amtspflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung

Fraglich ist, ob eine fehlerhafte Ermessensausübung darin gesehen werden kann, dass die BRAK die Atos mit der Programmierung des beA betraut hat. Die Auswahl von Atos hat im Rahmen eines freihändigen Vergabeverfahrens stattgefunden (vgl. BRAK-Presseerklärung Nr. 11 vom 07.10.2014). Zunächst könnte ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Frage angenommen werden, ob überhaupt ein Vergabeverfahren durchgeführt werden soll. Denn ein öffentlicher Auftraggeber darf seinen Bedarf grundsätzlich selbst decken. Die BRAK hat sich jedoch gegen diesen Weg entschieden.

Wenn der Auftraggeber sich für die Einleitung eines Vergabeverfahrens entschieden hat, ist er an die vergaberechtlichen Regelungen gebunden. Ein gewisses Ermessen steht dem Auftraggeber allerdings bei der Ausgestaltung der freihändigen Vergabe als nicht förmliches Verfahren zu (vgl. etwa

Hausmann/von Hoff, in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß*, VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 3 VOL/A Rn. 29). In Frage steht hier aber nicht die Verfahrensgestaltung, sondern die Auswahlentscheidung und der Zuschlag an Atos. Bei der Entscheidung über den Zuschlag steht dem Auftraggeber ein Entscheidungsspielraum zu. Ob eine Vergleichbarkeit zwischen diesem Entscheidungsspielraum des Auftraggebers mit einer Ermessensentscheidung angenommen werden darf, ist fraglich. Selbst wenn dies zu bejahen wäre, ist hier jedoch nicht ersichtlich, dass ein Ermessensfehler vorliegt. Dafür spricht auch, dass ein Vergabenaachprüfungsverfahren nicht stattfand. Wenn aber die Vergabeentscheidung rechtmäßig war – was hier unterstellt wird –, dürfte bereits deshalb eine Amtspflichtverletzung insoweit ausscheiden.

Im Übrigen ist zweifelhaft, ob die Vergabeentscheidung eine für eine Amtspflicht vorausgesetzte Drittbezogenheit hinsichtlich des einzelnen Rechtsanwalts / der Rechtsanwältin hat.

bb) Mögliche Ableitung einer Amtspflicht aus § 31a BRAO

Ferner ist fraglich, ob sich aus der Verpflichtung zur Bereitstellung eines empfangsbereiten beA gem. § 31a Abs. 1 BRAO eine Amtspflicht ergibt. Amtspflichten können aus allen denkbaren Rechtsquellen – Verfassung, Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung, Gewohnheitsrecht – folgen (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., III., S. 44). Amtspflichten sind die persönlichen Verhaltenspflichten des Beamten in Bezug auf seine Amtsführung (vgl. *Papier/Shirvani*, MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 191). Die Pflicht, das beA zum 01.01.2018 betriebs- bzw. empfangsbereit zu schalten, obliegt aber der BRAK gesetzlich. In der h.L. ist anerkannt, dass Pflichten, die den Staat bzw. seine Körperschaften im Außenverhältnis gegenüber dem Bürger treffen, nicht identisch oder inhaltsgleich mit den persönlichen Amtswalterpflichten sind (*Papier/Shirvani*, MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 191). Aus § 31a Abs. 1 BRAO ist somit keine Amtspflicht für den einzelnen Beamten abzuleiten, das beA zum 01.01.2018 zur Verfügung zu stellen.

cc) Zwischenergebnis

Die Mitarbeiter der BRAK erfüllen den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff und handelten auch in Ausübung eines öffentlichen Amtes. Eine Amtspflichtverletzung einzelner Mitarbeiter der BRAK ist jedoch nicht ersichtlich. Die in der Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fallgruppen für Amtspflichten sind hier nicht einschlägig. Aus § 31a BRAO kann ebenfalls keine Amtspflicht abgeleitet werden. Ein Amtshaftungsanspruch aufgrund der Tätigkeit der Mitarbeiter der BRAK gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG dürfte somit ausscheiden.

3.2 Haftung der BRAK für Atos als Verwaltungshelfer

Eine Haftung der BRAK für etwaige, aus der verzögerten Inbetriebnahme des beA resultierende Schäden, die durch die mangelhafte Programmierung von Atos entstanden sind, könnte gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG unter dem Gesichtspunkt der Haftung des Staates für seine Verwaltungshelfer in Betracht kommen (dazu BGHZ 121, 161 (165 f.); 161, 6 (10 f.); NVwZ 2006, 966 f.; NJW 2014, 2577 ff.; *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 104 ff.; zum „unselbständigen Verwaltungshelfer“ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR II, 7. Aufl. 2010, § 67 Rn. 23). Atos müsste Verwaltungshelfer der BRAK gewesen sein. Zwischen der BRAK und Atos wurde ein privatrechtlicher Vertrag mit dem Ziel der Programmierung des beA geschlossen. Dieser privatrechtliche Vertrag ist als Werkvertrag (§ 631 BGB) zu qualifizieren. Denn – in Abgrenzung zum Dienstvertrag (§ 611 BGB) – schuldete Atos nicht nur eine Dienstleistung (z.B. Beratung, Durchführung einzelner Programmierarbeiten an einem Gesamtprojekt), sondern ein fertiges Werk (vgl. zur Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag etwa *Busche*, MÜKoBGB, 7. Aufl. 2018, § 631 BGB Rn. 16 ff.).

a) Rechtliche Anforderungen für die Qualifizierung als Verwaltungshelfer

Verwaltungshelfer sind solche (natürlichen und juristischen) Privatpersonen, derer sich die Verwaltung zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben bedient (*Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 1 Rn. 23). Im Gegensatz zu Beliehenen handelt ein Verwaltungshelfer selbst nicht hoheitlich (*Schoch*, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 32). Regelmäßig wird das Verhältnis zwischen der Verwaltung und dem Privaten durch einen privatrechtlichen Vertrag gestaltet (*Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 1 Rn. 23). Die Auswahl der Verwaltungshelfer unterfällt dabei dem Vergaberecht (*Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 1 Rn. 23). Der Verwaltungshelfer nimmt seine Aufgaben im Auftrag und nach Weisung der Behörde wahr (*Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 1 Rn. 23). Er ist der „verlängerte Arm“ der Verwaltung (vgl. in Bezug auf die Verwaltungshilfe bei der Polizei *Schoch*, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 32). Der BGH hält dazu fest (BGH, NJW 1993, 1258):

„Der BGH hat bei der Beurteilung der Rechtsstellung selbständiger privater Unternehmer, die der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben durch privatrechtlichen Vertrag heranzieht, anders als beim beliehenen Unternehmer (BGHZ 49, 108 = NJW 1968, 443 = LM § 839 (A) BGB Nr. 30 - Technischer Überwachungsverein) und beim - unselbständigen - Verwaltungshelfer (LM § 839 (C) BGB Nr. 40 = VersR 1958, 705 - Hilfestellung leistender Schüler im Turnunterricht), darauf abgehoben, ob die öffentliche Hand in so weitgehendem Maße auf die Durchführung der Arbeiten Einfluß genommen hat, daß sie die Arbeiten des privaten Unternehmers wie eigene gegen sich gelten lassen und es so angesehen werden muß, wie wenn der Unternehmer lediglich als Werkzeug der öffentlichen Behörde bei der Durchführung ihrer hoheitlichen Aufgaben tätig geworden wäre (BGHZ 48, 98 (103) = NJW 1967, 1857 = LM § 906 BGB Nr. 24; BGH, NJW 1971, 2220 (2221) = LM § 839 (A) BGB Nr. 33; NJW 1980, 1679 = LM Art. 14 (Ce) GrundG Nr. 64; vgl. auch BGHZ 70, 212 (216) = NJW 1978, 373 = LM § 906 BGB Nr. 59 L). Er hat damit dem Umstand Rechnung getragen, daß in solchen Fällen die Zielsetzung der Tätigkeit, auf die etwa bei Realakten wie der Teilnahme am öffentlichen Verkehr abzustellen ist (Senat, NJW 1992, 2882 = LM H. 11/1992 Art. 34 GrundG Nr. 177 = VersR 1992, 1397; NJW 1991, 2954 = LM Art. 34 GrundG Nr. 170 = BGHRGGG Art. 34 S. 1 - Rettungsdienst 1

= VersR 1991, 1053 (1054)), für sich genommen eine sachgerechte Begrenzung der Staatshaftung nicht ermöglicht.“

Die Stellung des Verwaltungshelfers muss mithin so weit zurückgenommen sein, dass sein Handeln völlig in der öffentlichen Aufgabenerfüllung des Hoheitsträgers aufgeht. Der Verwaltungshelfer, der Dritte muss als „Erfüllungsgehilfe“ (§ 278 BGB) des Hoheitsträgers tätig werden (BGH, NJW 2014, 2577 (2578); 1993, 1258 (1259), vgl. auch *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 105). Unmaßgeblich ist, ob die Beauftragung auf öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Grundlage erfolgt ist; entscheidend ist allein die Werkzeugqualität bzw. die Einordnung als „Erfüllungsgehilfe“ der öffentlichen Hand (BGH, NJW 1993, 1258 (1259)). In jüngerer Zeit hat der BGH diesen Zusammenhang mit einer Je-Desto-Formel wie folgt beschrieben (BGH NJW 2014, 2577 (2578)):

„Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der Behörde zu erfüllenden hoheitlichen Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Unternehmers ist, desto näher liegt es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen.“

b) Fehlende Weisungsgebundenheit von Atos

Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben kann Atos nicht als Verwaltungshelfer der BRAK angesehen werden. Ein Schadensersatzanspruch scheidet daher insoweit aus.

Bereits die vorausgesetzte Weisungsgebundenheit ist nicht gegeben. Atos hat bei der Programmierung des beA in weiten Teilen frei agiert. Die Vorgaben der BRAK haben sich zunächst auf gesetzliche Vorgaben beschränkt (§§ 130a, 130b, 195 ZPO; § 31a BRAO; sicherer Kommunikationsweg, Einrichtung eines Postfachs für jeden Rechtsanwalt / jede Rechtsanwältin). Darüber hinaus wurden nur Vorgaben zur Funktionalität des beA gegeben (wer kann auf das

Postfach zugreifen; Zugriff über Webanwendung; Kreis der Empfänger). Die technische Umsetzung des beA lag indes in Händen von Atos als spezialisiertem Dienstleister. Die BRAK hat hierauf keinen Einfluss genommen. Die Rechtsstellung von Atos weist damit im Ergebnis nicht die für einen Verwaltungshelfer typischen Merkmale auf.

3.3 Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff

Ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff kommt nicht in Betracht. Er setzt die Verletzung einer als Eigentum i.S.d. Art. 14 GG geschützten Rechtsposition voraus (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 5., III., S. 292). Vorliegend kommt aber nur eine Verletzung des Vermögens in Betracht. Nach ganz h.M. erfasst auch der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG – ebenso wie § 823 BGB – nicht das Vermögen als solches, sondern nur vermögenswerte Rechtspositionen (vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 82. EL Januar 2018, Art. 14 Rn. 160; *Wendt*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 38; *Axer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 37. Edition Stand: 15.11.2017, Art. 14 Rn. 55; BVerfGE 4, 7 (17); 74, 129 (148); 78, 232 (243); 81, 108 (122); 95, 267 (300)).

3.4 Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Aufopferungsanspruch

Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Aufopferungsanspruch scheiden ebenfalls aus. Sie betreffen lediglich die nicht vermögenswerten Rechtsgüter des Bürgers (Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Ehre, h.M. vgl. nur *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 3., I., S. 131).

II. Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit Folgekosten aufgrund der Außerbetriebnahme des beA

1. Ansprüche in Bezug auf Kopier- und Portokosten

1.1 Vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK

Vertragliche Schadensersatzansprüche (§ 280 Abs. 1 BGB) setzen ein Schuldverhältnis voraus. Ein Vertragsverhältnis zwischen den Rechtsanwälten / Rechtsanwältinnen und der BRAK bezüglich der Bereitstellung des beA besteht nicht. Die BRAK kommt hier – wie ausgeführt (vgl. oben unter I., 2., 2.1) – ihrer gesetzlichen Pflicht aus §§ 177 Abs. 2 Nr. 7, 31a BRAO nach. Vertragliche Schadensersatzansprüche scheiden somit aus.

1.2 Deliktische Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK

Wie bereits oben (vgl. oben unter I., 2., 2.1) aufgezeigt, werden deliktische Schadensersatzansprüche gem. §§ 823 ff. BGB aufgrund des hoheitlichen Handelns der BRAK durch den Amtshaftungsanspruch aus §§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG verdrängt.

1.3 Staatshaftungsrechtliche Ansprüche gegenüber der BRAK

a) Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Eine Amtshaftung in Bezug auf zusätzliche Kopier- und Portokosten scheidet aus denselben Gründen aus, die für die beA-Karten gelten. Es besteht keine Amtspflicht, die durch einen Mitarbeiter der BRAK verletzt wurde (vgl. oben unter I., 3., 3.1).

b) Haftung der BRAK für Atos als Verwaltungshelfer

Da Atos nicht Verwaltungshelfer der BRAK ist, scheidet auch insoweit eine Haftung der BRAK aus (vgl. oben unter I., 3., 3.2).

c) Sonstige staatshaftungsrechtliche Ansprüche

Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff sowie Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch kommen ebenfalls aus den zu den beA-Karten erläuterten Gründen nicht in Betracht (vgl. oben unter I., 3.3, 3.4).

2. Ansprüche in Bezug auf Kosten für einen IT-Fachmann zur Deinstallation des von der BRAK am 22.12.2017 empfohlenen Sicherheitszertifikats

2.1 Vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK

Zwischen der BRAK und dem Rechtsanwalt / der Rechtsanwältin liegt kein Vertragsverhältnis vor. Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB scheidern aus.

2.2 Deliktische Schadensersatzansprüche gegenüber der BRAK

Die BRAK handelt in Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben zur Errichtung des beA hoheitlich. Mögliche deliktische Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB werden daher durch § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG verdrängt (vgl. oben unter I., 2., 2.1).

2.3 Staatshaftungsrechtliche Ansprüche

a) Amtshaftung § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

aa) Begriff des Beamten und Ausübung eines öffentlichen Amtes

Zur Frage des Beamtenbegriffs und zur Ausübung eines öffentlichen Amtes wird auf die Ausführungen unter I., 3., 3.1, a), b) verwiesen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend zu bejahen.

bb) Amtspflichtverletzung

Im Zusammenhang mit dem von der BRAK empfohlenen, fehlerhaften Sicherheitszertifikat kommt eine Verletzung der Amtspflicht zur Erteilung richtiger Auskünfte, Belehrungen, Hinweise und Warnungen in Betracht.

Zur Behebung der Sicherheitsmängel sollte das von der BRAK empfohlene Sicherheitszertifikat dienen. Wie sich aber zeigte, wurden die Sicherheitsmängel damit nicht behoben. (vgl. BRAK-Presseerklärung Nr. 15 vom 27.12.2017).

Grundsätzlich müssen Auskünfte des Beamten richtig, klar, unmissverständlich und vollständig sein, damit der Empfänger entsprechend disponieren kann (*Papier/Shirvani*, MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 218; st. Rechtsprechung, siehe nur BGHZ 30, 19 (25 ff.) = NJW 1959, 1219; BGHZ 14, 319 (321) = NJW 1955, 97; BGH VersR 1968, 371; 1964, 433; NJW 1978, 371 (372)).

Hier lässt sich als „Auskunft“ der BRAK feststellen, dass das Sicherheitszertifikat vom 22.12.2017 etwaige aufgetretene Sicherheitsmängel des beA beheben werde und damit ein sicherer elektronischer Rechtsverkehr möglich sei. Diese Aussage war jedoch, wie sich kurzfristig herausgestellt hat, falsch. Die Tatsache, dass die BRAK mit ihrer Pressemitteilung vom 27.12.2017 zur Deinstallation dieses Sicherheitszertifikats geraten hat, ändert an dem

durch die falsche Auskunft entstandenen Schaden nichts. Somit ist vorliegend von einer Amtspflichtverletzung der BRAK in Bezug auf die Empfehlung, das fehlerhafte Sicherheitszertifikat zu installieren, auszugehen.

cc) Drittbezogenheit der Amtspflicht

Die Amtspflicht ist drittbezogen, wenn sie wenigstens auch im Interesse des Einzelnen und nicht allein im Interesse der Allgemeinheit und des Staates auferlegt ist (*Papier/Shirvani*, MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 229; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 2., III., S. 59 f.). Maßgeblich ist insoweit der Zweck, dem die Amtspflicht dient (*Papier/Shirvani*, MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 229; RGZ 78, 241 (243)). Eine Drittbezogenheit ist für die Amtspflicht, richtige Auskünfte, Belehrungen, Hinweise und Warnungen zu geben, zu bejahen. Wie bereits dargelegt (vgl. oben unter II., 2., bb)), dienen richtige Auskünfte dem Interesse des Einzelnen, mit seinen Rechtsgütern entsprechend zu disponieren.

dd) Schaden

Die Amtspflichtverletzung muss bei dem geschützten Dritten einen Vermögensschaden verursacht haben. Maßgeblich ist, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßen Verhalten des Amtsträgers genommen hätten (BGHZ 129, 226 (232 f.) = NJW 1995, 2344). Grundsätzlich ist ein Schaden jede unfreiwillige Vermögenseinbuße. Gegenüber der BRAK wird geltend gemacht, dass für die Deinstallation des Sicherheitszertifikats ein IT-Fachmann beigezogen werden musste. Fraglich ist, ob sich dies hier als unfreiwillige Vermögenseinbuße darstellt oder ob es sich um eine Aufwendung – also freiwillige Vermögenseinbuße – handelt, weil die Einschaltung eines Fachmanns für eine „einfache Deinstallation“ nicht notwendig war.

Von einem Schaden müsste zumindest dann ausgegangen werden, wenn die Hinzuziehung des informationstechnischen Sachverständigen erforderlich war, um nachhaltig und verlässlich etwaige Sicherheitslücken zu schließen. Zu

berücksichtigen ist auch, dass Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen alltäglich mit sensiblen Daten umgehen und die Vertraulichkeit ein Grundpfeiler ihrer Tätigkeit ist (vgl. auch § 2 BORA).

Insbesondere muss gesehen werden, dass die BRAK aufgrund vorheriger Sicherheitsmängel und auch gerade aufgrund der falschen Auskunft für erhebliche Verunsicherung bei den Rechtsanwälten / Rechtsanwältinnen gesorgt hat, die das fehlerhafte Sicherheitszertifikat installiert haben. Zudem handelt es sich bei Rechtsanwälten / Rechtsanwältinnen in der Regel um technische Laien. Daher wird davon auszugehen sein, dass die Hinzuziehung informationstechnischen Sachverständigen vorliegend angemessen war.

Ohne die falsche Auskunft bezüglich des Sicherheitszertifikats vom 22.12.2017, somit bei pflichtgemäßem Verhalten des Amtsträgers, wäre die Einschaltung eines IT-Fachmanns nicht notwendig gewesen und die zusätzlichen Kosten für die Deinstallation wären nicht entstanden. Ein Schaden wird somit zu bejahen sein.

ee) Verschulden

Der Amtshaftungsanspruch setzt zudem ein Verschulden des Amtsträgers voraus (§ 839 Abs. 1 S. 1 BGB). Wie bereits im Zusammenhang mit der begrifflichen Bestimmung des Beamten dargelegt, fordert die Rechtsprechung dabei nicht die Benennung einer individuellen Person; ausreichend ist die vorsätzliche oder fahrlässige Amtspflichtverletzung zumindest irgendeines Beamten.

(1) Vorsatz

Eine vorsätzliche Amtspflichtverletzung ist anzunehmen, wenn der Beamte die Amtshandlung willentlich und in Kenntnis der die Amtspflichtwidrigkeit begründenden Tatsachen vornimmt (st. Rspr., vgl. etwa BGH, VersR 1971, 864

(866)). Soweit ersichtlich, gibt es für eine vorsätzliche Amtspflichtverletzung keine Anhaltspunkte.

(2) Fahrlässigkeit

Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn der Beamte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat (§ 276 Abs. 2 BGB; vgl. auch *Papier/Shirvani*, MÜKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 288). Im Rahmen der Amtshaftung hat eine Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs stattgefunden (*Wöstmann*, in: von Staudinger, BGB, Buch 2, 2013, § 839 Rn. 198). Maßgeblich ist, was von einem „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“ erwartet werden konnte (st. Rspr. des BGH, vgl. nur VersR 1959, 385; 1967, 1150; BauR 1984, 498 (499)). Mit anderen Worten liegt Fahrlässigkeit dann vor, wenn der Beamte bei Beachtung der für seinen Pflichtenkreis erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, dass er seiner Amtspflicht zuwider handelt (*Wöstmann*, in: von Staudinger, BGB, Buch 2, 2013, § 839 Rn. 198). Insoweit wird es daher darauf ankommen, ob die Fehlerhaftigkeit des Zertifikats für die BRAK bzw. den einzelnen Mitarbeiter, der die Empfehlung zur Installation des fehlerhaften Sicherheitszertifikats gegeben hat, erkennbar war oder hätte erkannt werden müssen.

Die Bereitstellung eines neuen Zertifikats war notwendig, da der Schlüssel für das zuvor verwendete Sicherheitszertifikat zusammen mit dem Sicherheitszertifikat bekannt gemacht worden war. Daher war dieses nicht mehr sicher und der Anbieter des Zertifikats, das Telesec Trust Center der Deutschen Telekom AG, musste dieses, wie die BRAK mitgeteilt hat, nach ihren Nutzungsbestimmungen sperren. Die Atos und ihr Subunternehmer Governikus GmbH & Co. KG haben daraufhin der BRAK bzw. deren Lenkungsausschuss für das beA schnellstmöglich ein neues Sicherheitszertifikat zur Verfügung gestellt, welches direkt mit Anweisungen zur Installation und als fertiger Download-Client geliefert wurde. Eine weitere Überprüfung seitens der BRAK fand nicht statt. Am nächsten Tag gegen Mittag, etwa zwei Stunden nachdem die BRAK den Download des Zertifikats zur Verfügung gestellt hatte, meldete sich

allerdings die Atos von sich aus und teilte mit, dass auch dieses Sicherheitszertifikat fehlerhaft sei und daher nicht weiter verbreitet werden dürfe. Die BRAK nahm daraufhin die Download-Seite vom Netz.

Für die BRAK bzw. deren Lenkungsausschuss als Auftraggeber war nicht erkennbar, dass es sich um ein fehlerhaftes Sicherheitszertifikat handelte. Fraglich ist aber, ob dies von ihr hätte erkannt werden müssen. Dies wäre zu verneinen, wenn die BRAK bzw. der Lenkungsausschuss der BRAK sich auf das von der Atos bzw. ihrem Subunternehmer bereitgestellte Sicherheitszertifikat verlassen durfte. Damit steht in Frage, ob die BRAK selbst das Sicherheitszertifikat hätte prüfen müssen. Sicherheitszertifikate sind von technischer Seite ein verbreitetes Produkt, welches bei einer Vielzahl von Dienstleistungen im Internet (z.B. Online-Banking, Bestellvorgänge) genutzt wird. Die Atos und auch ihr Subunternehmer sind national und international im Bereich von Online-Banking bzw. für die Bereitstellung der Informationstechnik der deutschen Justiz ausgewiesene Unternehmen. Die BRAK konnte sich daher bei einem solchen Produkt auf die technische Expertise der Atos bzw. ihres Subunternehmers verlassen. Von Fahrlässigkeit seitens der BRAK ist insoweit nicht auszugehen. Ein Amtshaftungsanspruch scheidet damit aus.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die BRAK frühzeitig ein Sicherheitsgutachten hätte einholen müssen, das etwaige Mängel des beA aufgedeckt hätte. Zunächst gilt, dass die versehentliche Veröffentlichung des Schlüssels des verwendeten Sicherheitszertifikats nicht durch die Einholung eines Sicherheitsgutachtens hätte vermieden werden können. Darüber hinaus hat die BRAK in den Vorberatungen für den Haushaltsplan 2017 bereits frühzeitig beschlossen, ein Sicherheitsgutachten in Auftrag zu geben. Dem Titel 5 der Erläuterungen zum Haushaltsplan 2017 lässt sich entnehmen, dass die Kosten für ein externes Sicherheitsaudit bereits eingeplant waren. Ein solches konnte aber ohne den Quellcode von Atos nicht vorgenommen werden – dieser war nach der gesonderten Vereinbarung zum Vertrag jedoch erst mit Abnahme des Werkes zu übergeben. Die BRAK hatte daher tatsächlich keine

Möglichkeit, vor (der noch ausstehenden) Abnahme eine Überprüfung des beA durchführen zu lassen.

b) Haftung der BRAK für Atos als Verwaltungshelfer

Eine Haftung der BRAK für Atos als Verwaltungshelfer kommt aufgrund der fehlenden Weisungsgebundenheit von Atos nicht in Betracht (vgl. oben unter I., 3., 3.2).

c) Sonstige staatshaftungsrechtliche Ansprüche

Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff sowie Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch kommen ebenfalls aus den zu den beA-Karten erläuterten Gründen nicht in Betracht (vgl. oben unter I., 3.3, 3.4).

Potsdam, den 21.11.2018

gez. Dr. Mühl-Jäckel, LL.M. (Harvard)