GESCHÄFTSFÜHRUNG

BERLIN, den 25. Juli 2018

Unser Zeichen: E 44

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Referat VID 3 z. H. Frau Marlene Letixerant Villemombler Straße 76 53123 Bonn

Per E-Mail an: BUERO-VID3@bmwi.bund.de

Stellungnahme zum Referentenentwurf der Verordnung zu Vertrauensdiensten (Vertrauensdiensteverordnung – VDV)

Sehr geehrte Frau Letixerant,

für die Nachricht vom 05. Juli 2018 und die Gelegenheit, zum Entwurf der Vertrauensdiensteverordnung (nachfolgend auch die *VDV*) Stellung zu nehmen, möchten wir Ihnen danken. Wir nehmen diese Gelegenheit gerne wahr.

Die Bundesnotarkammer betreibt mit der Zertifizierungsstelle einen qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter i. S. d. Art. 21 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Nr. 16 lit. a) der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 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 (nachfolgend die eIDAS-Verordnung) und bietet qualifizierte Zertifikate für elektronische Signaturen sowie qualifizierte elektronische Zeitstempel an. Die qualifizierten Zertifikate für elektronische Signaturen werden Rechtsanwälte und deren Mitarbeiter sowie an Angehörige der Justiz ausgegeben und zur sicheren Kommunikation im elektronischen Rechtsverkehr genutzt. Namentlich Notare nutzen die qualifizierte elektronische Signatur bereits seit mehr als zehn Jahren, um Dokumente in elektronischer Form zum Handelsregister und zum Grundbuch einzureichen. Die qualifizierte elektronische Signatur hat sich dabei als sicheres und praxistaugliches Instrument im elektronischen Rechtsverkehr bewährt. Vertrauensdiensteanbieter begrüßt die Bundesnotarkammer es daher ausdrücklich, dass durch die Vertrauensdiensteverordnung Klarheit darüber geschaffen wird, wie bestimmte Anforderungen der eIDAS-Verordnung zu erfüllen sind.

In Einzelfragen besteht aus Sicht der Bundesnotarkammer indes Anpassungsbedarf. Diese Punkte werden nachfolgend dargestellt:

## 1) § 1 VDV - Anforderungen an die Barrierefreiheit

§ 1 des Referentenentwurfes sieht vor, dass barrierefreie Dienste und die Hinweise und Informationen zur Barrierefreiheit wahrnehmbar, bedienbar, verständlich und robust sind, wobei sie sich am Stand der Technik orientieren sollen.

Die Anforderung der Orientierung am Stand der Technik erscheint unscharf, da offen bleibt, ob und in welchem Maße Abweichungen hiervon zulässig sein sollen. Zudem bestehen Bedenken gegen den Rückgriff auf den unbestimmten Begriff des Stands der Technik, der dem Recht der Vertrauensdienste bislang unbekannt ist. Es steht daher zu befürchten, dass die Bestimmung, was dem Stand der Technik im Bereich der Barrierefreiheit entspricht, die Vertrauensdiensteanbieter vor erhebliche Schwierigkeiten stellen könnte. Dies namentlich im Hinblick auf die Frage, ob die neuesten technischen Entwicklungen und Fortschritte umfasst sind oder ob die Berücksichtigung des fach- und branchenüblichen Standards ausreichend ist. In Zweifelsfällen dürfte es daher erforderlich sein, Gutachter oder Sachverständige zur Frage der Auslegung des Begriffs heranzuziehen. Die Erfüllung dieser Vorgabe wäre daher mit einem hohen Aufwand verbunden und streitanfällig. Ferner erscheint das Verhältnis der Regelung in § 1 S. 2 des Referentenentwurfes zur Vorgabe des § 7 Abs. 1 S. 2 des Vertrauensdienstegesetzes (nachfolgend auch das *VDG*) unklar.

Aus Sicht der Bundesnotarkammer sollte daher auf die Vorgabe der Orientierung am Stand der Technik verzichtet und § 1 S. 2 des Referentenentwurfes gestrichen werden.

## 2) § 3 VDV - Dokumentation der Ausgabe qualifizierter Zertifikate für Vertrauensdienste

- *a)* § 3 Abs. 1 VDV Überprüfung anhand öffentlicher und auf Dauer zugänglicher Register oder Dokumente
- § 3 Abs. 1 des Referentenentwurfes sieht vor, dass es, soweit ein Vertrauensdiensteanbieter bei der Ausgabe qualifizierter Zertifikate die Identität oder Attribute anhand öffentlicher und auf Dauer zugänglicher Register oder Dokumente überprüft, genügt, wenn er vermerkt, in welches Register oder Dokument er Einsicht genommen hat und ob die verarbeiteten Daten mit denen im Register übereinstimmen. Ein Auszug des Registers oder Dokuments muss nicht zur Dokumentation genommen werden.

Diese Regelung erscheint aus Sicht der Bundesnotarkammer in mehrfacher Hinsicht problematisch und sollte daher gestrichen werden. Sie zielt darauf ab, den Verwaltungs- und Dokumentationsaufwand auf Seiten der Vertrauensdiensteanbieter bei der Überprüfung der Identität oder der Aufnahme von Attributen in qualifizierte Zertifikate zu verringern, wenn diese aufgrund der Einsichtnahme in öffentlich und auf Dauer zugängliche Register oder Dokumente erfolgt. Dieses Ziel ist zwar begrüßenswert, allerdings ist der Anwendungsbereich unklar und zu weit gefasst.

§ 3 Abs. 1 S. 1 des Referentenentwurfes regelt die Dokumentationspflichten bei der Einsichtnahme in ein öffentlich und auf Dauer zugängliches Register oder Dokument zum Zwecke der Überprüfung der Identität (Alt. 1) oder eines Attributs (Alt. 2) und soll im Sinne der Verwaltungsökonomie klarstellen, dass die Dokumentation der Einsichtnahme ausreicht. Der Anwendungsbereich beschränkt sich mithin auf die Frage, wie die Einsichtnahme und deren Ergebnis zu dokumentieren sind. § 3 Abs. 1 S. 1 ist also gerade keine Ermächtigungsgrundlage für die Überprüfung mittels Einsichtnahme in ein Register. Ob die Überprüfung der Identität oder eines Attributs mittels Einsichtnahme in ein öffentlich und auf Dauer zugängliches Register oder Dokument zulässig ist, richtet sich vielmehr nach den diesbezüglichen Vorgaben der eIDAS-Verordnung und des Vertrauensdienstegesetzes. Dies sollte in der Begründung des Referentenentwurfes deutlicher herausgestellt werden, um Missverständnisse über Natur und Reichweite der Regelung zu vermeiden.

Vor diesem Hintergrund ist unklar, welcher Anwendungsbereich der Regelung in § 3 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 des Referentenentwurfes (Überprüfung der Identität durch Einsichtnahme in ein öffentlich und auf Dauer zugängliches Register oder Dokument) zukommen soll. Die Feststellung der Identität einer natürlichen Person erfordert zwingend eine Identifizierung mittels einer der in Art. 24 Abs. 1 Unterabsatz 2 eIDAS-Verordnung festgelegten Identifizierungsmethoden. Die Identifizierung einer natürlichen Person durch Einsichtnahme in ein Register ist nicht vorgesehen und dürfte nicht möglich sein. Sofern die Regelung auf juristische Personen und die Einsichtnahme ins Handelsregister zur Feststellung ihrer Existenz und der Vertretungsverhältnisse abzielen sollte, sollte dies klargestellt werden. Insbesondere sollte klargestellt werden, dass es um die Feststellung der Existenz der juristischen Person und nicht um die Überprüfung ihrer Identität geht.

Problematisch erscheint zudem die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Regelung in § 3 Abs. 1 S. 1 des Referentenentwurfes. Zentraler Regelungspunkt ist das Begriffspaar des öffentlichen und auf Dauer zugänglichen Registers oder Dokumentes. Allerdings fehlt es an einer allgemein anerkannten Definition dieser Begriffe.

Auch die Begründung des Entwurfes enthält zu der Frage, welche Register oder Dokumente erfasst sein sollen, keine Aussage. Die Regelung lässt daher nicht klar erkennen, bei welchen Registern sich ein Vertrauensdiensteanbieter auf die Dokumentation des Ergebnisses der Einsichtnahme beschränken kann. In Bezug auf den Begriff des Registers hat das statistische Bundesamt in der im Auftrag das Nationalen Normenkontrollrates erstellten Beschreibung des Ist-Zustandes der Registerlandschaft in Deutschland festgestellt, dass der "Begriff des Registers [...] nicht klar definiert oder abgrenzbar" [ist]. Insbesondere sei "die Grenze zwischen "Registern" und sonstigen Verwaltungsdatenbeständen fließend" und es liege den Gesetzestexten kein einheitliches Verständnis von Registern zugrunde.<sup>2</sup> Der bloße Verweis auf Register greift somit zu kurz und ist nicht ausreichend bestimmt. Die Einschränkung in § 3 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 des Referentenentwurfes, dass es sich um ein öffentliches und auf Dauer zugängliches Register handeln muss, vermag keine Abhilfe zu schaffen, da es sich insoweit ebenfalls um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, die nicht ohne weiteres bestimmbar sind und weiteren Raum für Auslegungsfragen eröffnen. Der Wortlaut öffentliches und auf Dauer zugängliches Register lässt bspw. offen, ob es sich bei der Frage der Öffentlichkeit und der dauerhaften Zugänglichkeit um ein einziges Kriterium oder zwei kumulative Kriterien handeln muss. Anders gewendet: Sind nur Register erfasst, die, wie bspw. die Handelsregister, von der öffentlichen Hand geführt und für jedermann jederzeit zugänglich sind oder reicht es aus, dass das Register für jedermann dauerhaft öffentlich zugänglich ist? Die gleichen Bedenken bestehen in Bezug auf den Begriff des öffentlichen und auf Dauer zugänglichen Dokuments. Auch hier besteht keine allgemein anerkannte Definition. Wenn es sich dabei um die in den öffentlichen und auf Dauer zugänglichen Registern eingestellten Dokumente handeln sollte, erscheint der Verweis darauf entbehrlich, da eine Einsicht in diese mit der Einsicht in das Register erfasst wäre. Aus Sicht der Bundesnotarkammer ist daher nicht klar, welche Dokumente öffentliche und auf Dauer zugängliche Dokumente i. S. d. § 3 Abs.1 des Referentenentwurfes sein sollen.

Der Vielgestaltigkeit der Registerlandschaft in Deutschland entsprechend ist die Regulierungstiefe und die Zweckbestimmung des Registers äußerst unterschiedlich. Dies betrifft unter anderem die Frage des Vorhandenseins und der Ausgestaltung von Regelungen über die Vornahme und/oder Löschung von Eintragungen oder Regelungen zur Möglichkeit der Einsichtnahme, die Frage, wer registerführende Stelle ist und ob eine Eintragung freiwillig oder verpflichtend ist und welche Rechtsfolgen

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Vgl. S. 5 des Gutachtens "Ein Blick in die Registerlandschaft" des Statistischen Bundesamts aus Oktober 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Vgl. S. 5 und 10 des Gutachtens "Ein Blick in die Registerlandschaft" des Statistischen Bundesamts aus Oktober 2017.

mit der Eintragung verbunden sind.<sup>3</sup> Gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 bis 4 VDG setzt die Aufnahme von Angaben zur Vertretungsmacht, anderer personenbezogener Daten sowie amts- und berufsbezogener Daten oder sonstiger Angaben zur Person allerdings die Einwilligung des Betroffenen bzw. die Bestätigung der zuständigen Stelle voraus. Die Aufnahme eines Attributs aufgrund der Einsichtnahme in ein Register ist daher nur dann zulässig, wenn die Eintragung in das Register durch die bestätigende Stelle erfolgt ist. Dies sollte in der Begründung des Entwurfes klargestellt werden. Außerdem sollte der Entwurf festlegen, welche qualitativen Anforderungen ein Register erfüllen muss.

Bedenken gegen die Regelung bestehen zudem deshalb, weil mit ihr eine Absenkung des Sicherheitsniveaus einhergeht. Die Einsichtnahme in öffentliche Register zur Bestätigung des Inhalts eines Attributs ist bereits heute zulässig. Allerdings ist nicht nur das Ergebnis der Einsichtnahme, sondern auch ein Auszug aus dem Register zu dokumentieren. Der vorgesehene Verzicht auf das Dokumentationserfordernis hat somit zur Folge, dass die Richtigkeit des Inhalts eines Attributs nicht mehr allein anhand der Unterlagen des Vertrauensdiensteanbieters überprüft werden kann. Die Frage, ob das Register dauerhaft verfügbar sein wird, kann indes nur aus der ex-ante-Perspektive beurteilt werden, sodass nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Register zukünftig nicht oder nicht mit dem erforderlichen Inhalt zur Verfügung stehen wird. Der Nachweis, dass die Angaben im Attribut zum Zeitpunkt der Ausstellung richtig waren, ließe sich im Streitfall dann nicht mehr erbringen, weil das Ausgangsdokument möglicherweise nicht mehr zur Verfügung steht. Erschwerend kommt insoweit hinzu, dass es aus Gründen der Datensparsamkeit rechtlich nicht mehr zulässig sein dürfte, von der Befugnis des § 3 Abs. 1 S. 2 des Referentenentwurfes keinen Gebrauch zu machen und einen Auszug aus dem Register zur Dokumentation zu nehmen. Wenn keine Pflicht besteht, ein Dokument zur Dokumentation zu nehmen, ist ein Vertrauensdiensteanbieter datenschutzrechtlich auch nicht berechtigt, dies zu tun. Ein Vertrauensdiensteanbieter wäre daher gezwungen, bei der Einsichtnahme gemäß § 3 Abs. 1 des Referentenentwurfes zu verfahren und lediglich das Ergebnis der Einsichtnahme zu vermerken. Die bisherige und aus Sicht der Bundesnotarkammer mit einem höheren Sicherheitsniveau versehene Praxis, den Nachweis selbst zur Dokumentation zu nehmen, wäre unzulässig.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Vgl. S. 11 f. des Gutachtens "Ein Blick in die Registerlandschaft" des Statistischen Bundesamts aus Oktober 2017.

## b) § 3 Abs. 2 VDV – Bestätigung von Attributen

Gemäß § 3 Abs. 2 des Referentenentwurfes soll die Möglichkeit geschaffen werden, Vollmachten, Einwilligungen oder Bestätigungen nunmehr auch in qualifiziert elektronisch gesiegelter Form vorzulegen. Aus Sicht der Bundesnotarkammer bestehen insoweit Bedenken, als die Rechtswirkungen der qualifizierten elektronischen Signatur und des qualifizierten elektronischen Siegels gleichermaßen mit denen einer Unterschrift gleichgesetzt werden, was den Unterschieden zwischen diesen Instrumenten nicht gerecht wird. Die qualifizierte elektronische Signatur ist zur Abgabe von Wissens- und Willenserklärungen geeignet und hat die gleichen Rechtswirkungen wie eine handschriftliche Unterschrift. Dies kann und soll das qualifizierte elektronische Siegel nicht leisten.

Das Siegel ist vielmehr ein reines Beweisinstrument, das die Unversehrtheit von Daten gewährleistet und deren Herkunft und Ersteller kennzeichnet.<sup>4</sup> Zur Abgabe von Wissens- und Willenserklärungen ist es bestimmungsgemäß nicht geeignet, da es die handelnde natürliche Person nicht erkennen lässt. Die Rechtswirkungen des qualifizierten elektronischen Siegels unterscheiden sich daher wesentlich von denen der qualifizierten elektronischen Signatur oder einer Unterschrift und bleiben namentlich im rechtsgeschäftlichen Bereich dahinter zurück. Die Gleichstellung dieser Instrumente hat daher eine Absenkung der Formerfordernisse im digitalen Bereich zur Folge. Sinn und Zweck der Regelung in § 12 VDG, die durch § 3 Abs. 2 des Referentenentwurfes näher ausgestaltet werden soll, ist, wie die Begründung des Entwurfes richtigerweise hervorhebt, dass im Falle eines Rechtsstreits Beweis darüber erbracht werden kann, dass der betroffene Dritte sich mit der Verwendung eines Attributs einverstanden erklärt hat. Das qualifizierte elektronische Siegel ist dafür indes nicht geeignet. Da das Siegel die bei seiner Erzeugung handelnde natürliche Person nicht erkennen lässt, lässt sich im Streitfall nicht feststellen, ob die Person, die die Einwilligung oder Bestätigung mit einem qualifizierten elektronischen Siegel versehen hat, auch dazu berechtigt war. Beim Einsatz eines qualifizierten elektronischen Siegels ist nicht nachweisbar, welche natürliche Person die Bestätigung erteilt hat. Da juristische Personen aber niemals selbst, sondern immer nur durch natürliche Personen handeln können, wäre eine bloß elektronisch gesiegelte Bestätigung für den hier verfolgten Zweck wertlos. Dementsprechend sollte die Regelung in § 3 Abs. 2 des Referentenentwurfes gestrichen werden.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Vgl. dazu etwa Heinze/Prado Ojea: Der Beweis mit privaten elektronischen Dokumenten nach ZPO und eIDAS-VO, CR 2018, S. 37.

Für Rückfragen stehen Ihnen meine Kollegen Matthias Frohn und Dr. Michael Herwig sowie ich selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Nicola Hoischen

(Hauptgeschäftsführerin)