

Universität Kassel FB07 34109 Kassel

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Frau MR'in S. Maass
Scharnhorststraße 34-37
10115 Berlin

**Fachgebiet Öffentliches Recht,
Umwelt- und Technikrecht**
Prof. Dr. Alexander Roßnagel

Universität Kassel
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften
Nora-Platiel-Str. 5
34109 Kassel

Bearbeitung: Edith Weise
Sekretariat
eweise@uni-kassel.de
Telefon +49 561 804 2874

31. Oktober 2016

Entwurf eines eIDAS-Durchführungsgesetzes – Verbändeanhörung

Seite 1 von 5

Sehr geehrte Frau Maass,

auf Ihre Aufforderung hin nehme ich sehr gern Stellung zum Referentenentwurf eines eIDAS-Durchführungsgesetzes

1. Vertrauensdienstegesetz allgemein

Das Vertrauensdienstegesetz ist sehr zu begrüßen. Es erhöht gegenüber der eIDAS-Verordnung die Rechtssicherheit, unterstützt den Vollzug der eIDAS-Verordnung in Deutschland, passt das deutsche Signaturrecht an die Systematik und den Sprachgebrauch der eIDAS-Verordnung an, nutzt die gesetzgeberischen Gestaltungsspielräume und fasst die weiterhin anwendbaren und erhaltenswerten Regelungen des deutschen Signaturrechts in geeigneter Weise zusammen.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf wenige ergänzende Hinweise, die in der Gesetzesfassung berücksichtigt werden könnten oder sollten.

2. Barrierefreiheit

Nach Art. 15 eIDAS-VO müssen Vertrauensdienste und zur Erbringung solcher Dienste verwendete Endnutzerprodukte Personen mit Behinderungen im Rahmen des Möglichen zugänglich und nutzbar gemacht werden. Um diese Verpflichtung umzusetzen, ist eine Regelung erforderlich, die diese Aufgabe in den Kontext des Rechts auf Barrierefreiheit einordnet und den Aufsichtsstellen ausreichende Kriterien bietet, um prüfen zu können, ob diese Anforderung erfüllt ist (s. auch Erwägungsgrund 29 eIDAS-VO).

Um die Anforderungen an Dienste und Produkte zu präzisieren, sollte der Bundesregierung eine Ermächtigung eingeräumt werden, nähere Anforderungen in einer Verordnung zu bestimmen. Diese hat sich an den Vorgaben des Art. 15 eIDAS-VO zu orientieren (S.

hierzu näher Roßnagel, Das Recht der Vertrauensdienste, Nomos, Baden–Baden 2016, S. 136 ff.).

3. Rechtssicherheit über Anforderungen

Die eIDAS–Verordnung hat gegenüber nationalem Recht nur Anwendungsvorrang, „solange und soweit“ eine im Bereich geteilter Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaat „erlassene Verordnung nicht durch Maßnahmen des Unionsgesetzgebers abschließend konkretisiert“ worden ist. Fehlen solche Konkretisierungen sind „ergänzende Maßnahmen der Mitgliedstaaten zulässig, und zwar mit oder ohne ausdrückliche Ermächtigung durch die Verordnung“ (Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. München 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 61 unter Hinweis auf EuGH, Rs. 16/83, Prantl, Slg. 1984, 1299, Rn. 13 ff., 16). Ist die Regelung in der Unionsverordnung nicht hinreichend bestimmt und nicht unbedingt formuliert, um die Normadressaten zu berechtigen oder zu verpflichten und um von mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten angewandt zu werden, darf oder muss sogar des Mitgliedstaats diese Unionsvorschrift durch gesetzliche Regelungen konkretisieren. Dies gilt insbesondere für unvollständige Unionsverordnungen, die zu ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit Durchführungsmaßnahmen der Kommission benötigen. Solange diese nicht erlassen sind, besteht kein Anwendungsvorrang der ausfüllungsbedürftigen Regelung in der Unionsverordnung (s. näher Roßnagel, Das Recht der Vertrauensdienste, Nomos, Baden–Baden 2016, S. 33 ff., 61).

Soweit und solange die Kommission von ihrer einzigen Ermächtigung für delegierte Rechtsakte oder von ihren 24 Ermächtigungen für Durchführungsrechtsakte keinen Gebrauch macht, besteht für die Adressaten der eIDAS–VO große Rechtsunsicherheit, wie die Vorgaben der eIDAS–Verordnung konkretisiert werden sollen. Um hier für Rechtssicherheit zu sorgen, kann und sollte der deutsche Gesetz– oder Ordnungsgeber für klare und bestimmte Regelungen sorgen – zumindest dann, wenn die Kommission erkennbar keine Absicht hat, diese konkretisierenden Akte zu erlassen.

Ein Beispiel für solcher Konkretisierungsermächtigungen: Art. 21 eIDAS–VO regelt die Mitteilung, die ein Vertrauensdiensteanbieter vor der Aufnahme seines Betriebs an die Aufsichtsstelle richten muss, und den Konformitätsbewertungsbericht, den er beilegen muss. Nach Art. 21 Abs. 1 eIDAS–VO hat der Vertrauensdiensteanbieter als Voraussetzung für seinen Qualifikationsstatus der Aufsichtsstelle einen Konformitätsbewertungsbericht zusammen mit der Mitteilung vorzulegen. Die Verordnung regelt nicht, was in der Mitteilung anzugeben ist und ebenso wenig, auf was sich der Konformitätsbewertungsbericht beziehen und welche Aussagen er treffen soll. Form und Verfahren für die in Art. 21 Abs. 1 und 2 eIDAS–VO vorgesehenen Mitteilung des Vertrauensdiensteanbieters und ihre Überprüfung durch die Aufsichtsstelle können nach Art. 21 Abs. 4 eIDAS–VO deshalb in Form von Durchführungsrechtsakten festgelegt werden. Ebenso kann die Kommission nach Art. 20 Abs. 4 lit. b) eIDAS–VO Überprüfungsvorschriften festlegen, gemäß denen Konformitätsbewertungsstellen ihre Konformitätsbewertung der qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter im Sinne von Art. 20 Abs. 1 eIDAS–VO durchführen. Solange die Europäische Kommission keine entsprechenden Durchführungsrechtsakte erlassen hat, können dem bisherigen §§ 1 Abs. 1 und 2 sowie 2 SigV entsprechende Regelungen durch den nationalen Gesetz– oder Ordnungsgeber getroffen werden. Nur dadurch können die Anforderungen in Art. 20 Abs. 1 und 2 sowie 21 Abs. 1 und 2 eIDAS–VO vollzugsfähig

werden. Inhaltlich muss die Mitteilung so aussagekräftig sein, dass die Anforderungen des Art. 24 eIDAS-VO überprüft werden können (s. hierzu näher Roßnagel, Das Recht der Vertrauensdienste, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 146).

4. Anforderungen an Vertrauensdiensteanbieter

Art. 24 Abs. 2 eIDAS-VO enthält sehr allgemein gehaltene Anforderungen an qualifizierte Vertrauensdiensteanbieter. Um die Rechtssicherheit für die Vertrauensdiensteanbieter und die Vollzugfähigkeit für die Konformitätsbewertungsstellen und die Aufsichtsstelle zu erhöhen, sollte das Vertrauensdienstegesetz unklare Anforderungen präzisieren.

Zum Beispiel darf der qualifizierte Vertrauensdiensteanbieter nach Art. 24 Abs. 2 lit. b) eIDAS-VO nur Personal und Unterauftragnehmer beschäftigen, wenn sie über das „erforderliche Fachwissen, die erforderliche Zuverlässigkeit, die erforderliche Erfahrung und die erforderlichen Qualifikationen“ verfügen. Diese sehr allgemeinen Anforderungen sollten hinsichtlich der Anforderungen „Fachwissen“ und „Zuverlässigkeit“ dadurch präzisiert werden, dass die Regelungen des § 4 Abs. 2 SigG und des § 5 Abs. 3 Satz 1 bis 3 SigV übernommen werden (s. näher Roßnagel, Das Recht der Vertrauensdienste, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 149).

5. Langfristige Sicherung der Ergebnisse von Vertrauensdiensten

Die Frage, wie mit qualifiziert signierten, gesiegelten oder zeitgestempelten Daten umzugehen ist, wenn diese für längere Zeit in signierter Form benötigt werden, als die für ihre Erzeugung ist in der Verordnung nicht geregelt. Eine solche Regelung enthält jedoch § 17 SigV. Diese Regelung war bisher nicht (richtig) von der Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen erfasst. Wegen ihrer Bedeutung für die Erhaltung des Beweiswerts qualifiziert signierter, gesiegelter oder zeitgestempelter Daten sollte sie eine Regelung im Vertrauensdienstegesetz finden.

Die Kommission kann nach Art. 34 Abs. 2 eIDAS-VO im Wege von Durchführungsrechtsakten Kennnummern für Normen für den qualifizierten Bewahrungsdienst für qualifizierte elektronische Signaturen festlegen. Die langfristige Sicherung qualifiziert signierter, gesiegelter oder zeitgestempelter Daten ist nicht Bewahrungsdiensten vorbehalten, sondern kann von jedem Aufbewahrungspflichtigen selbst vorgenommen werden. Wie Bewahrungsdienste bis zu einem Durchführungsrechtsakt der Kommission und Nutzer unabhängig von solchen Durchführungsrechtsakten diese langfristige Sicherung vornehmen sollen, um langfristig den Beweiswert der Daten zu erhalten, kann ein Mitgliedstaat selbst regeln. (s. näher Roßnagel, Das Recht der Vertrauensdienste, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 156).

6. Folgeänderungen: Notarrecht und andere Anwendungsbereiche

In Art. 10 Nr. 15 Ziffer 1 des Entwurfs für ein eIDAS-Durchführungsgesetz wird im Bereich des Notarrechts für § 39a Satz 2 BeurkG vorgeschlagen, die Wörter „dem Signaturgesetz“ durch die Wörter „Artikel 3 Nummer 12 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 (ABl. L 257 vom 28.8.2014, S. 73)“ zu ersetzen.

Damit wird unmittelbar auf die Definition und die Vorgaben der eIDAS-Verordnung für qualifizierte Signaturen verwiesen. Ohne dass dies im Wortlaut deutlich wird, zieht dies bedeutende Änderungen im Notarrecht nach sich. Hierzu zwei Beispiele:

Nach Art. 24 Abs. 1 Satz 2 lit. b) und c) eIDAS-VO ist eine Identifizierung der Person, der ein qualifiziertes Zertifikat ausgestellt werden soll, auch aus der Ferne mittels elektronischer Identifizierungsmittel durch ein Zertifikat einer qualifizierten elektronischen Signatur möglich. Das Sicherheitsniveau des elektronischen Identifizierungsmittels oder des Zertifikats muss gemäß den Anforderungen des Art. 8 eIDAS-VO „hoch“ oder „substanziell“ sein. Nach Art. 8 Abs. 2 lit. b) eIDAS-VO genügt es für das Sicherheitsniveau „substanziell“, dass „ein elektronisches Identifizierungsmittel im Rahmen eines elektronischen Identifizierungssystems“ nur „ein substanzielles Maß an Vertrauen in die beanspruchte oder behauptete Identität einer Person vermittelt“ und nur eine „substanziellen Minderung der Gefahr des Identitätsmissbrauchs oder der Identitätsveränderung“ bezweckt. Diese Vorgaben senken das Sicherheitsniveau für qualifizierte Signaturen durch Notare hinsichtlich der Identifizierung deutlich. Daher sollte der deutsche Gesetzgeber an die Identifizierung für qualifizierte Zertifikate für qualifizierte Signaturen von Notaren zusätzliche Anforderungen stellen, die dem bisherigen Sicherheitsniveau der Identifizierung entsprechen. Eine Identifizierung aus der Ferne sollte für eine Identifizierung mit einem elektronischen Identifizierungsmittel, das nur das Sicherheitsniveau „substanziell“ aufweist, ausgeschlossen sein (Roßnagel, Die digitale notarielle Form, DNotZ 2016, i.E.; Roßnagel, Das Recht der Vertrauensdienste, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 176).

Eine zweites Beispiel bieten die Voraussetzungen für eine fortgeschrittene elektronische Signatur, die nach Art. 3 Nr. 12 eIDAS-VO auch Voraussetzungen für eine qualifizierte elektronische Signatur sind. Nach Art. 26 lit. a) eIDAS-VO muss die fortgeschrittene Signatur dem Unterzeichner nicht mehr „ausschließlich“ wie nach § 2 Nr. 2 lit. a) SigG, sondern nur noch „eindeutig“ zugeordnet sein. Außerdem müssen nach Art. 26 lit. c) eIDAS-VO die Signaturerstellungsdaten nur noch „mit einem hohen Maß an Vertrauen“ unter der Kontrolle des Unterzeichners gehalten werden und nicht mehr unter dessen „alleiniger Kontrolle“ wie nach § 2 Nr. 2 lit. c) SigG. Mit diesen Änderungen sollen Fern-, Mobil- und Cloud-Signaturen als qualifizierte elektronische Signaturen möglich sein. Dagegen sollte der deutsche Gesetzgeber fordern, dass eine qualifizierte elektronische Signatur im Rahmen des § 39a BeurkG dem Unterzeichner „ausschließlich“ zugeordnet sein soll, um die mit ihr verbundenen Rechtsfolgen zu rechtfertigen. (Roßnagel, Die digitale notarielle Form, DNotZ 2016, i.E.; Roßnagel, Das Recht der Vertrauensdienste, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 177). Eine schlichte Verweisung auf die Definition der qualifizierten Signatur nach Art. 3 Nr. 12 eIDAS-VO wird den Aufgaben des Notarrechts, Verlässlichkeit des Notarhandelns und Rechtssicherheit der Notardokumentation zu gewährleisten, nicht gerecht. Entsprechend müsste § 2a DONot angepasst werden. Nur durch die Erweiterung der Verweise um zusätzliche Anforderungen können die bisherigen Anforderungen des Notarrechts beibehalten werden.

Zusätzliche Anforderungen in Regelungen, die auf die eIDAS-Verordnung verweisen, sind zulässig, soweit sie nur innerstaatliche Sachverhalte regeln. Denn diese sind vom Anwendungsbereich der eIDAS-Verordnung nicht erfasst. Für sie ist der Verweis auf die eIDAS-Verordnung konstitutiv. Diese gilt nur, weil der deutsche Gesetzgeber dies vorsieht. Er kann deren Geltung auch von weiteren Bedingungen abhängig machen. Dies gilt für alle

innerstaatlichen Sachverhalte, nicht nur für das Notarrecht, sondern zum Beispiel für alle behördlichen Erklärungen und gerichtlichen Verfahren (Roßnagel, Das Recht der Vertrauensdienste, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 47 ff., 175 ff.).

7. Folgeänderungen: Beweisrecht

In Art. 10 Nr. 16 Ziffer 3 des Entwurfs für ein eIDAS-Durchführungsgesetzes wird für das Beweisrecht in § 371a Abs. 1 Satz 2 ZPO lediglich vorgeschlagen, die Wörter „dem Signaturgesetz“ durch die Wörter „der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und dem Vertrauensdienstegesetz“ zu ersetzen. Diese schlichte Auswechslung des Verweisobjekts geht an dem eigentlichen Problem, das die eIDAS-Verordnung der Regulierung des Beweisrechts stellt, vorbei.

Die eIDAS-Verordnung enthält zwar in Art. 25 Abs. 2 eIDAS-VO eine Regelung, die mit § 371a Abs. 1 und 3 ZPO vereinbar ist. Danach hat eine qualifizierte elektronische Signatur die gleiche Rechtswirkung wie eine handschriftliche Unterschrift. Besondere Beweisregelungen für qualifizierte elektronische Signaturen enthält die eIDAS-Verordnung nicht. Sie belässt es für qualifizierte elektronische Signaturen bei der in EG 22 festgehaltenen Grundregel, dass die Mitgliedstaaten die Rechtswirkung von Vertrauensdiensten festlegen.

Dagegen hat sie besondere Beweiswirkungen für qualifizierte Siegel, Zeitstempel und Einschreibebestätigungen festgelegt, die mit dem bisherigen Beweisrecht in Deutschland nicht zu vereinbaren sind. Nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 eIDAS-VO gilt für qualifizierte Siegel die „Vermutung“ des Ursprungs und der Unversehrtheit der damit verbundenen Daten. Nach Art. 41 Abs. 2 eIDAS-VO gilt für qualifizierte Zeitstempel die „Vermutung“ der Richtigkeit der Angabe zu Datum und Zeit sowie der Unversehrtheit der mit ihnen verbundenen Daten. Schließlich gilt für qualifizierte elektronische Einschreibebestätigungen nach Art. 43 Abs. 2 eIDAS-VO die „Vermutung“ der Unversehrtheit der Daten, ihrer Absendung und ihres Empfangs durch den jeweils identifizierten Teilnehmer sowie der Korrektheit von Datum und Zeit. (s. hierzu ausführlich Roßnagel, Das Recht der Vertrauensdienste, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 179 ff.).

Diese Regelungen können aus vielen Gründen nicht als „Vermutung“ im Sinn des § 292 ZPO verstanden werden, sondern ergeben für das deutsche Beweisrecht nur dann einen Sinn, der mit seiner Systematik vereinbar ist, wenn sie als Anscheinsbeweis und nicht als Vermutung verstanden werden. Dies ist auch mit dem Wortlaut der eIDAS-Vorschriften in anderen Unionssprachen vereinbar (S. hierzu näher Roßnagel, Beweiswirkungen elektronischer Vertrauensdienste MMR 10/2016, 647 (649f.)).

Um hier für ausreichende Rechtssicherheit zu sorgen, sollte § 371a ZPO in der Weise erweitert werden, dass er die Beweiswirkungen von qualifizierten Siegeln, Zeitstempeln und Einschreibebestätigungen als Anscheinsbeweise in seinen Wortlaut aufnimmt (S. hierzu ausführlich Roßnagel, Beweiswirkungen elektronischer Vertrauensdienste MMR 10/2016, 647 (650 ff.)).



(Prof. Dr. Alexander Roßnagel)