

Anlage zur SV 22-V-15-009

Zum Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vom 10.02.2022 (Beschluss-Nr.0055), dort Beschlusspunkt Nr. 2, teilt uns das Rechtsamt folgendes mit:

„Rechtliche Einschätzung zum Erfordernis sowie Anforderungen einer „einfachen“ elektronischen Signatur und einer „qualifizierten“ elektronischen Signatur im Rahmen der elektronischen Kommunikation

I. Rechtsgrundlage / „einfache“ elektronische Signatur / qualifizierte elektronische Signatur

Die Rechtsgrundlage für die elektronische Kommunikation bei der Landeshauptstadt Wiesbaden ist § 3a des Hessischen Verwaltungs- und Verfahrensgesetzes (=HVwVfG) für das allgemeine Verwaltungsverfahren (daneben § 36a SGB I für das Sozialverwaltungsverfahren sowie § 4 Absatz 1 Nummer 3a Kommunalabgabengesetz Hessen i.V.m. § 87a der Abgabenordnung für das Steuerverwaltungsverfahren).

In § 3a Abs. 1 HVwVfG wird die Zulässigkeit elektronischer Kommunikation im Verwaltungsverfahren allgemein festgelegt. Die Regelung des § 3a Abs. 1 HVwVfG eröffnet allgemein die elektronische Kommunikation für alle Erklärungen zwischen Bürger und Behörde oder zwischen verschiedenen Behörden (Beispiel: das Einvernehmen nach § 36 BauGB kann elektronisch übermittelt werden).

Demgegenüber bezieht sich die in § 3a Abs. 2 HVwVfG verankerte Möglichkeit, die Schriftform durch ein in § 3a Abs. 2 HVwVfG legitimes Äquivalent zu ersetzen, auf die Fälle, in denen die Schriftform ihrerseits durch Rechtsvorschrift (namentlich durch ein materielles Gesetz) angeordnet wurde. § 3a Abs. 2 HVwVfG findet also nur Anwendung auf solche Erklärungen, welche gesetzlich der Schriftform bedürfen. Erfasst werden Formulierungen wie „schriftlich“, „schriftliche Form“ oder „Schriftform“, aber auch Begriffe, die die Schriftform voraussetzen (wie „Unterschrift“, „Unterschriftenliste“ oder „Niederschrift“). Die Regelung entspricht inhaltlich der Vorschrift des § 126a Abs. 1 BGB und ist als Generalklausel konzipiert. Sie ist demnach nicht nur auf den Erlass von Verwaltungsakten beschränkt, sondern gilt auch für Anträge des Bürgers, die der Schriftform bedürfen.

Sofern die Schriftform also gesetzlich angeordnet ist, dann kann diese nur unter den Voraussetzungen des § 3a Abs. 2 HVwVfG ersetzt werden, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist. Nach § 3a Abs. 2 HVwVfG ist der Schriftform gleichgestellt:

- *ein elektronisches Dokument, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist;*
- *eine unmittelbare Abgabe der Erklärung in einem elektronischen Formular, das von der Behörde in einem Eingabegerät oder über öffentlich zugängliche Netze zur Verfügung gestellt wird (hier muss bei der Eingabe ein sicherer Identitätsnachweis nach § 18 des Personalausweisgesetzes oder nach § 78 Absatz 5 des Aufenthaltsgesetzes erfolgen);*
- *bei Anträgen und Anzeigen die Versendung eines elektronischen Dokuments an die Behörde mit der Versandart nach § 5 Absatz 5 des De-Mail-Gesetzes;*
- *bei elektronischen Verwaltungsakten oder sonstigen elektronischen Dokumenten der Behörden die Versendung einer De-Mail-Nachricht nach § 5 Absatz 5 des De-Mail-Gesetzes, bei der die Bestätigung des akkreditierten Diensteanbieters die erlassende Behörde als Nutzer des De-Mail-Kontos erkennen lässt;*

- sonstige sichere Verfahren, die durch Rechtsverordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates festgelegt werden, welche den Datenübermittler (Absender der Daten) authentifizieren und die Integrität des elektronisch übermittelten Datensatzes sowie die Barrierefreiheit gewährleisten;

Die Regelung ist nämlich im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Formfreiheit des Verwaltungsverfahrens aus § 10 HVwVfG zu sehen. Das hat zur Folge, dass die Verwaltung nicht daran gehindert ist in jenen Fällen, in denen kein gesetzliches Schriftformerfordernis besteht, zur „einfachen“ elektronischen Kommunikation überzugehen. Im Rahmen ihres Verfahrensermessens steht es der Behörde zwar frei, die Kommunikation bspw. aus Sicherheitserwägungen auf bestimmte elektronische Dienste (bspw. De-Mail) zu beschränken, dem Einsatz der einfachen elektronischen Kommunikation steht § 3a Abs. 2 HVwVfG aber nicht entgegen. Insofern lassen sich viele Prozesse auf den elektronischen Kommunikationsweg überführen, ohne dass es hierfür einen Rückgriff auf die in § 3a Abs. 2 HVwVfG genannten Äquivalente bedürfte. Eine einfache Signatur würde dann dem Grunde nach genügen.

Vorwiegend wird die Schriftform etwa für den das Verfahren einleitenden Antrag und für die abschließende Entscheidung der Verwaltung angeordnet, nicht aber für Kontakte der Beteiligten im laufenden Verwaltungsverfahren, für die die Möglichkeit der elektronischen Kommunikation nach § 3a Abs. 1 HVwVfG ebenfalls Anwendung findet. § 3a HVwVfG kann für das gesamte öffentlich-rechtliche Handeln im Wege der Analogie herangezogen werden. Dies rechtfertigt sich gewiss aus der zunehmenden Akzeptanz und Verbreitung elektronischer Kommunikation (sowohl mit Bürgern als auch mit Behörden).

Fazit: Es wird unterschieden zwischen formfreien Vorgängen und (schrift-) formgebundenen Vorgängen. Bei formfreien Vorgängen ist die Nutzung einer „einfachen“ elektronischen Signatur ausreichend; bei schriftformgebundenen Vorgängen hingegen bedarf es einer qualifizierten elektronischen Signatur oder ein anderes Äquivalent (vgl. § 3a Abs. 2 S. 4 HVwVfG).

Exkurs: Anforderungen an die verschiedenen Signaturarten

- **(Einfache) elektronische Signatur**

Bei der einfachen elektronischen Signatur handelt es sich schlicht um jedes verknüpfte elektronische Datum, das der Authentifizierung dient.

Eine einfache Signatur kann bspw. der maschinenschriftliche Namenszug unter dem Schriftsatz sein (bspw. „gez. Müller“) oder eine eingescannte Unterschrift. Die einfache Signatur muss weder zwingend den Vornamen enthalten, noch eine Dienst-, Amts- oder Berufsbezeichnung. Die einfache Signatur muss aber die sonstigen Funktionen einer Unterschrift erfüllen; insbesondere bedarf es auch für die einfache Signatur der Abschlussfunktion, damit durch sie eine Verantwortungsübernahme manifestiert wird. Die einfache Signatur gehört deshalb, wie die handschriftliche Unterschrift unter den Text. Sie kann schon deshalb nicht durch den Namenszug im Briefkopf ersetzt werden.

Die einfache elektronische Signatur ist nicht fälschungssicher und nicht rechtsverbindlich.

Vor dem Hintergrund der fehlenden Authentizitätsprüfung und der fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit kann die Faustregel herangezogen werden, dass solche Signaturen nur dort zum Einsatz gelangen dürfen, wo auch eine einfache E-Mail ausreichend wäre. Dies ist grundsätzlich im internen Schriftverkehr der Fall, wo keine besondere Formbedürftigkeit vorgeschrieben ist, sowie im gewissen Rahmen im externen Schriftverkehr.

- **Fortgeschrittene elektronische Signatur**

Die fortgeschrittene elektronische Signatur ist eindeutig dem Unterzeichner zugeordnet und ermöglicht dessen Identifizierung. Dafür muss sie unter Verwendung elektronischer Signaturerstellungsdaten erstellt worden und so mit diesen verbunden sein, dass eine nachträgliche Datenveränderung erkannt werden kann. Die Signaturerstellungsdaten müssen außerdem mit hinreichender Sicherheit unter alleiniger Kontrolle des Unterzeichnenden stehen, um Schutz vor Manipulationen zu bieten. Damit ist erforderlich, dass der Unterzeichnende über einen geheimen, privaten und ihm zugeordneten Schlüssel verfügt, mit dem der zu unterzeichnende Vertrag verschlüsselt werden kann. Ein solcher Schlüssel wird in der Regel durch ein Software-Zertifikat generiert, das der unterzeichnende Vertragspartner auf seinem PC installiert hat. Gleichwohl gilt auch diese Signaturart nicht als fälschungssicher. Hinsichtlich der Verschlüsselungstechniken bestehen keine besonderen Anforderungen. Auch ist nicht ohne Weiteres erkennbar, welche am Markt angebotenen Signaturprodukte tatsächlich den insofern einschlägigen Anforderungen des Art. 26 eIDAS-VO gerecht werden und somit und als fortgeschrittene elektronische Signatur anzuerkennen sind (vgl. Voigt/Hermann/Danz, NJW 2020, 2991, 2992).

Auch die fortgeschrittene elektronische Signatur sollte nur dort eingesetzt werden sollte, wo eine einfache E-Mail ausreichend wäre. Sie kann allenfalls als ausdrücklicher Beleg dafür angesehen werden, dass ein Dokument nicht versehentlich in der Entwurfsfassung verschickt, sondern durch die Zufügung der Unterschrift als abgeschlossen angesehen wurde.

- **Qualifizierte elektronische Signatur (qeS)**

Eine qualifizierte elektronische Signatur stellt im Gegensatz zu einfachen Signaturen sicher, dass sie auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruht und mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit erzeugt wurden und kann somit der handschriftlichen Unterschrift gleichgestellt werden.

Als Signaturerstellungseinheit kann Hardware oder Software eingesetzt werden, die die Signaturerstellungsdaten verwaltet und schützt. Dies kann etwa eine Signaturkarte sein, die in einem entsprechenden Lesegerät ausgelesen werden muss. Ferner muss ein staatlich anerkannter qualifizierter Vertrauensdiensteanbieter das zusätzlich erforderliche Signaturzertifikat ausstellen. In Deutschland ist dafür die Bundesnetzagentur (BNetzA) zuständig (vgl. Voigt/Hermann/Danz, NJW 2020, 2991, 2992).

Die zentrale Anforderung an eine qualifizierte elektronische Signatur ist mithin die Fälschungssicherheit, also die Gewährleistung, dass die Signatur eines Dokuments durch die Person erfolgt ist, der die Signatur tatsächlich zugeordnet ist und dass das Dokument nicht unbemerkt verändert worden ist.

Die qualifizierte elektronische Signatur gilt damit als fälschungs- und rechtssicher bzw. rechtsverbindlich.

II. Ausschluss der elektronischen Kommunikation

In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass es Handlungsfelder in der öffentlichen Verwaltung gibt, in denen die elektronische Kommunikation ausgeschlossen ist. So bestimmt etwa § 6 Abs. 1 PassG, dass § 3a VwVfG bei der Beantragung eines Passdokuments keine Anwendung findet. Weiter ist die elektronische Form beispielsweise unzulässig im Falle von Ausstellungen von Urkunden in Staatsangehörigkeitssachen (§ 38a StAG), Genehmigungen, einstweiligen Erlaubnissen und Bescheinigungen oder deren Widerruf im Bereich des Personenbeförderungsgesetzes (§ 5 S. 2 PBefG),

Genehmigungen und Zulassungen im Atomrecht (§ 17 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 AtomG), Entscheidungen und Widerspruchsbescheiden nach dem Vermögensgesetz (§ 33 Abs. 4 S. 3, § 36 Abs. 3 S. 2 VermG), Zuordnungsbescheiden nach dem Vermögenszuordnungsgesetz (§ 2 Abs. 7 VZOG), Bescheiden über das Gebäudeeigentum nach Art. 233 § 2b Abs. 3 S. 3 EGBGB, Sonderungsbescheiden nach § 7 Abs. 1 S. 3 BoSoG, bestimmten Rechtsakten im Beamtenrecht (§ 129 Abs. 2 BRRG, § 2 Abs. 1 S. 3 BMinG; anders seit 2009 nach § 10 Abs. 2 BBG; → Rn. 70), der Beantragung von Identitätspapieren (§ 9 Abs. 1 S. 2 PAuswG, § 6 Abs. 1 S. 2 PassG) oder der Bestellung eines Verwalters im Rahmen eines Vereinsverbots (§ 8 Abs. 2 VereinsGDV). Daneben bestimmt § 37 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 VwVfG, dass die schriftliche Bestätigung eines elektronischen Verwaltungsakts nicht in elektronischer Form zulässig ist; hier soll es gerade zu einem Medienwechsel kommen (SchochKoVwGO/Hornung, 2. EL April 2022, VwVfG, § 3a Rn. 68).

III. Zugangseröffnung als Zulässigkeitsvoraussetzung

In diesem Zusammenhang gilt es weiter zu beachten, dass die elektronische Kommunikation überhaupt erst zulässig ist, sofern der Zugang beim Empfänger eröffnet wurde. Erforderlich ist neben der Zugangseröffnung als objektives Element (=Vorhandensein einer technischen Kommunikationseinrichtung) auch ein Widmungsakt als subjektives Element.

Allgemein wird unter einer Widmung ein Hoheitsakt verstanden, der die Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Sache begründet und zugleich ihre Zweckbestimmung festlegt. Widmung liegt vor, wenn der Empfänger ausdrücklich oder konkludent seine Bereitschaft nach außen zeigt, dass er bereit ist, elektronische Dokumente zu empfangen (zB BeckOK SozR/Gutzler Rn. 22). Voraussetzung ist eine willensgetragene Entscheidung (Müller in Huck/Müller VwVfG § 3a Rn. 5). Jedenfalls besteht für die Behörden wegen § 3 HEGovG nunmehr eine allgemeine Pflicht zur Eröffnung eines Zugangs für die Übermittlung elektronischer Dokumente. „