

Sign oder nicht Sign – das ist keine Frage

Rechtliche Grundlagen der elektronischen Signatur

mag. iur. Maria Winkler
Forum SuisseID vom 26.08.2014

Themen

- Gesetzliche Formvorschriften und die Bedeutung der (eigenhändigen) Unterschrift
- Beweiskraft elektronischer Dokumente
- Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Die (eigenhändige) Unterschrift im schweizerischen Privatrecht

- Durch eine Unterschrift **anerkennt** der Erklärende einerseits die **Erklärung** selbst, andererseits wird dadurch die **Identifikation** des Erklärenden gewährleistet (BGE 119 III 6).
- Im **traditionellen Geschäftsverkehr** werden Dokumente häufig von Hand unterzeichnet, obwohl dies gesetzlich nicht zwingend nötig wäre. Die Handunterschrift soll in solchen Fällen die Beweiskraft der Dokumente erhöhen.
- Im **elektronischen Geschäftsverkehr** dienen elektronische Signaturen ebenfalls der Einhaltung von gesetzlichen Formvorschriften und der Erhöhung der Beweiskraft elektronischer Dokumente.

Grundsatz der Formfreiheit

- Das schweizerische Privatrecht ist geprägt vom **Grundsatz der Formfreiheit** – eine bestimmte Form ist bei Verträgen nur dann einzuhalten, wenn das Gesetz eine solche ausdrücklich vorsieht oder wenn die Parteien dies vereinbaren.
- Verträge können daher auch **ohne Unterschrift** (z.B. mündlich, durch den Austausch von E-Mails oder auch durch sogenanntes konkludentes Verhalten) rechtsgültig geschlossen werden, wenn das Gesetz oder der Wille der Vertragsparteien nichts anderes verlangen!

Die einfache Schriftform

- Wenn das Gesetz für einen Vertrag die **Schriftform** verlangt, dann müssen alle Personen **unterzeichnen**, die aus dem Vertrag verpflichtet werden. Diese Vorschrift ist, entgegen dem Wortlaut nicht nur auf Verträge sondern auch auf andere Rechtsgeschäfte anwendbar.
- Die Unterschrift muss **eigenhändig geschrieben** werden (Art. 14 Abs. 1 OR). Der eigenhändigen Unterschrift **gleichgestellt** ist die **qualifizierte elektronische Signatur**, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin im Sinne des ZertES beruht (Art. 14 Abs. 2bis OR).
- Gemäss Literatur wird zudem vorausgesetzt, dass die Erklärung in Schriftzeichen auf einem Erklärungsträger aufgezeichnet und **dauerhaft festgehalten** wird.
- Wird die Schriftform nicht eingehalten, obwohl diese gesetzlich verlangt oder vereinbart wurde, dann ist der Vertrag **nichtig!**

Beispiele

- Das Gesetz sieht die **einfache Schriftform** beispielsweise in den folgenden Fällen vor:
 - Abschluss eines **Lehrvertrages** (Art. 344a Abs. 1 OR)
 - Vereinbarung eines **nachvertraglichen Konkurrenzverbots** (Art. 340 Abs. 1 OR)
 - Eingehen einer **Bürgschaft** (Art. 493 Abs. 1 OR)
 - **Konsumkreditvertrag** (Art. 9 Abs. 1 KKG)
 - **Zirkularbeschlüsse** des Verwaltungsrats (Art. 713 Abs. 2 OR)
- Das Gesetz verwendet den Begriff der Schriftform aber nicht einheitlich
 - in einigen Fällen wird nur die Aushändigung von Informationen auf einem Datenträger verlangt (Beispiel: Erlass einer Verfügung (umstritten), Aushändigung einer Versicherungspolice, etc).

Qualifizierte Formvorschriften I

- Das Gesetz kennt auch weitergehende, sogenannte qualifizierte Formerfordernisse.
- Beispiele:
 - Ein **Testament** muss qualifizierten Formvorschriften genügen, damit es rechtsgültig ist (z.B. eigenhändig geschrieben oder notariell beurkundet).
 - Die **Mietzinserhöhung** muss auf einem vom Kanton herausgegebenen Formular angekündigt werden
 - Der **Kauf eines Grundstücks** muss notariell beurkundet und im Grundbuch eingetragen werden

Qualifizierte Formvorschriften II

- Qualifizierte Formerfordernisse können mit (qualifizierten) elektronische Signaturen **nicht ohne weiteres** erfüllt werden!
- Eine **Mietzinserhöhung** kann nur dann elektronisch angekündigt werden, wenn der Kanton das entsprechende Formular als elektronische Version herausgibt. Zudem muss der Mieter der elektronischen Kommunikation zugestimmt haben.
- **Öffentliche Urkunden** können seit dem Jahr 2011 auch elektronisch ausgestellt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der jeweilige **Kanton** die entsprechenden Regelungen erlassen hat (Art. 55a Abs. 1 SchIT). Liegen die kantonalen Regelungen vor, dann muss der Notar / die Notarin zur Erstellung einer elektronischen öffentlichen Urkunde eine **qualifizierte elektronische Signatur** gemäss Art. 14 Abs. 2 bis OR verwenden (Art. 3 EÖBV).

Elektronischer Geschäftsverkehr

- Werden Geschäftsprozesse elektronisch abgewickelt, dann stellen sich in der Regel die folgenden Fragen:
 - Ist der elektronische Geschäftsverkehr rechtlich überhaupt zulässig?
 - Sind gesetzliche Formvorschriften zu beachten?
 - Sind die Prozesse und die erstellten Dokumente beweiskräftig?
- Die elektronische Signatur kann eingesetzt werden, um
 - Erklärungen, welche der **Schriftform** bedürfen, auch elektronisch rechtsverbindlich abzugeben und
 - um die **Beweiskraft** von Dokumenten und Prozessen zu erhöhen.

Qualifizierte und fortgeschrittene elektronische Signatur

- **Qualifizierte elektronische Signaturen** sind der Handunterschrift gleichgestellt und müssen im elektronischen Geschäftsverkehr verwendet werden, wenn das Gesetz die Schriftlichkeit verlangt oder wenn diese zwischen den Parteien vereinbart wurde.
- Bestehen **keine gesetzlichen Formvorschriften**, dann steht es den Parteien frei, die Verwendung der qualifizierten oder der fortgeschrittenen elektronischen Signatur im Geschäftsverkehr zu vereinbaren, um die Beweiskraft der Dokumente und Prozesse zu erhöhen.

Beweiskraft elektronischer Dokumente I

- Elektronische Dokumente müssen unter Umständen einem Gericht oder einer Behörde als Beweismittel vorgelegt werden. Wird die **Beweiskraft** des elektronischen Dokumentes angezweifelt, dann scheitert u.U. die Beweisführung!
- Die Verwendung der elektronischen Signatur erhöht die **Beweiskraft** der elektronisch ausgetauschten geschäftsrelevanten Dokumente.
- Will man mittels elektronischer Signatur nur die **Integrität** der gespeicherten Daten **sichern**, dann müssen nicht zwingend qualifizierte Signaturen verwendet werden.
- Beispiel: Werden E-Mails mit wichtigem Inhalt versandt (z.B. Protokolle aus Projektsitzungen, Vereinbarungen über Rahmenbedingungen eines nicht formbedürftigen Vertrages, etc.), dann ist der Nachweis, dass das E-Mail nachträglich nicht verändert wurde, im Streitfall wesentlich.

Beweiskraft elektronischer Dokumente II

- Gemäss Art. 178 ZPO hat die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, die **Echtheit** zu beweisen, sofern diese von der anderen Partei bestritten wird. Bei der Beweisführung muss in der Regel nachgewiesen werden, dass die Voraussetzungen der **Geschäftsbücherverordnung (GeBüV)** erfüllt sind.
- Art. 3 GeBüV verlangt, dass die Geschäftsdokumente so **geführt und aufbewahrt** werden, dass sich **nachträglich** feststellen lässt, ob sie geändert wurden.
- Um die **Beweiskraft** der Dokumente zu sichern, muss deren Integrität bereits **nach Fertigstellung oder Eingang** gesichert werden und nicht erst bei der Archivierung.

Erhöhung der Beweiskraft durch Signaturen

- **Elektronische Signaturen** ermöglichen den Nachweis der Identität der signierenden Person und den Nachweis, dass das Dokument nachträglich nicht verändert wurde (Art. 9 GeBüV).
- Elektronische Signaturen ermöglichen jedoch **nicht** den Nachweis,
 - dass ein elektronisches Dokument **versandt** oder **empfangen** wurde oder
 - **was** am ursprünglichen Dokument **geändert** wurde.
- Um diese Beweise zu erbringen, müssen zusätzliche Massnahmen ergriffen werden (z.B. Zustellserver).

Schlussfolgerung und Empfehlung

- Mit der Verwendung elektronischer Signaturen können gesetzliche Formvorschriften im elektronischen Geschäftsverkehr erfüllt und es kann auch die Beweiskraft der Dokumente und Prozesse erhöht werden.
- Qualifizierte elektronische Signaturen müssen verwendet werden, wenn das Gesetz die Schriftform verlangt.
- Bestehen keine gesetzlichen Formvorschriften, dann können die Identität des Signierenden sowie der Nachweis der Integrität des Dokuments auch durch fortgeschrittene elektronische Signaturen erbracht werden!
- Die Verwendung elektronische Signaturen zur Erhöhung der Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr ist daher auch dort zu empfehlen, wo sie nicht zwingend gesetzlich verlangt werden!

Haben Sie Fragen ?

mag. iur. Maria Winkler
IT & Law Consulting GmbH
Grafenastrasse 5
6300 Zug

maria.winkler@itandlaw.ch
Tel: +41 41 711 74 08

Publikationen
www.itandlaw.ch