

Elektronische Vertragsabschlüsse: Optionen und Vorteile

Zoom-Seminar

Clara-Ann Gordon

Zürich, 8. Juli 2021





Clara-Ann Gordon

- Ist spezialisiert auf die Bereiche TMT/Outsourcing, Datenschutz, interne Untersuchungen sowie Compliance-Angelegenheiten. Clara-Ann berät zudem bei nationalen und internationalen IT-, Software- und Outsourcing-Transaktionen (auch in regulierten Märkten). Sie verfügt über umfangreiche Erfahrung in den Bereichen Datenschutz- und Geheimhaltungsrecht, Telekommunikationsrecht, E-Commerce und IT-Recht.
- Clara-Ann ist als führende Datenschutzrechtlerin in der Schweizer Rechtsbranche anerkannt und wurde kürzlich mit dem **Who's Who Legal Switzerland Award 2020** als Anwältin des Jahres ausgezeichnet in der Kategorie «Data». Sie ist auch in der WWL-Publikation als «Thought Leaders Global Elite 2021 – Data» anerkannt.

Übersicht

1. Kurze Einführung
2. Warum jetzt über elektronische Signaturen sprechen?
3. Der rechtliche Rahmen für die elektronische Signatur
4. Best Practices für Projekte zur elektronischen Signatur

Digitalisierung des Vertragsabschlusses – Elektronische Signatur

- Corona Pandemie und Home Office: Vermehrter Bedarf für digitalen Vertragsabschluss
- Befristete Änderung der Verordnung über elektronische Signaturen: Videoidentifikation bei Ausstellung von Zertifikaten
- Übereinstimmende Willensäußerung: Ausdrücklich oder stillschweigend (Art. 1 Abs. 2 OR)
- Schriftlichkeit:
 - Schriftform nur dann notwendig, wenn gesetzlich vorgeschrieben oder mvertraglich vereinbart
 - Nur eine begrenzte Anzahl von Verträgen unterliegen der Schrifterfordernis (einfache oder qualifizierte Schriftlichkeit oder Beurkundung)
 - Aber aus Beweisgründen Schriftlichkeit von Verträge ratsam
 - Viele Unternehmen verlangen nachträgliche handschriftliche Unterzeichnung aus Angst vor digitalen Übermittlungsfehlern
- Digitalisierte Verträge: Ausdruck und einscannen des unterzeichneten Vertrages? Risiko des Medienbruchs
- Einführung der elektronischen Unterschrift (elektronische Signatur)
- Bei gesetzlichem oder vertraglichem Schriftlichkeitserfordernis darf nur qualifizierte elektronische Signatur (QES) verwendet werden
- Keine ausländischen Anbieter zugelassen
- Interne und öffentliche Zeichnungsberechtigungen werden nicht durch elektronische Signatur aufgehoben!

Sechs Gründe für die zunehmende Verbreitung von elektronischen Signaturen

1. Kein operatives Thema mehr: Digitale Transformation ist jetzt ein strategisches Thema für den VR/Management
2. Entwicklung von IT-Systemen: E-Signatur-Lösungen sind inzwischen ausgereift und können mit anderen Systemen (SAP, CLM, HR) integriert werden
3. Konnektivität: Prozesse, an denen Dritte (Kunden, Lieferanten, Vertriebspartner) beteiligt sind, können nun mit internen Prozessen und Systemen integriert werden
4. Papierprozesse erzeugen keine Daten, digitale Prozesse schon
5. Erhöhte Effizienz (25x schneller)
6. Geringere Kosten (signifikante Einsparungen pro Dokument)

Folglich...

- Druck auf Unternehmen, von Papier auf digital umzustellen
- Offensichtliche Fragen an die Rechtsabteilung bzw. Unternehmen
 - Können wir das tun?
 - Wenn ja, für welche Arten von Dokumenten?
 - Wenn ja, überall oder nur in bestimmten Jurisdiktionen?
 - Wenn ja, sollten wir eine bestimmte Art von elektronischer Signatur verwenden?
- Standard-Reaktion
 - "Unsere derzeitigen Prozesse verwenden handschriftliche Unterschriften. Daher müssen die entsprechenden digitalen Prozesse qualifizierte elektronische Signaturen verwenden, da nur diese Art der Unterschrift die gleiche rechtliche Wirkung wie eine handschriftliche Unterschrift hat."
- Cocktail aus risikofeindlichen Anwälten, Technologie und komplizierten Gesetzen

E-Signatur-Regulierung auf der ganzen Welt: Geschichte

- Gesetze zur elektronischen Unterschrift gibt es schon seit langem
 - USA: seit 2000 (Uniform Electronic Transactions Act (UETA) und Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (ESIGN))
 - EU: seit 1999 (Richtlinie 1999/93/EG)
 - Schweiz: seit 2003 (Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur, "ZertES")
- Typischerweise sehen diese Gesetze vor, dass, mit bestimmten Ausnahmen:
 - Einer Signatur darf die Gültigkeit nicht allein deshalb abgesprochen werden, weil sie in elektronischer Form vorliegt
 - Eine bestimmte Art von e-Signatur hat die gleiche rechtliche Wirkung wie eine handschriftliche Unterschrift
- In der Regel ist in diesen Gesetzen nicht festgelegt, wann eine Unterschrift erforderlich ist
 - Diese Anforderungen sind typischerweise in Zivilgesetzbüchern, Steuergesetzen und -vorschriften usw. zu finden.

Abschluss/Gültigkeit eines Vertrages

- Art. 1 Schweizerisches Obligationenrecht (OR):

"¹ Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich.

² Sie kann eine ausdrückliche oder konkludente sein."

➔ Konsensprinzip: Verträge sind unabhängig von ihrer Form gültig, so dass der Austausch von Willenserklärungen in jeder Form für ihre Rechtswirksamkeit ausreicht

Grundsatz der Formfreiheit

- Art. 11 Schweizerisches Obligationenrecht:

"¹ Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt.

"² Ist über die Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab."

➔ Prinzip der Formfreiheit

Ausnahme von der Formfreiheit

- Formvorschriften gelten nur insoweit, als sie in einzelnen Bestimmungen gefordert werden
- Formvorschriften sind im Zweifelsfall eng auszulegen
- Formvorschriften dienen in erster Linie dem Schutz der Vertragsparteien und der Rechtssicherheit

Ausnahme von der Formfreiheit

Das Schweizer Recht unterscheidet zwischen drei Arten von Formvorschriften:

1. Einfache Schriftform - "schriftlich" oder "Schriftform"

- Wo das Gesetz die Schriftform vorschreibt, muss der Vertrag von allen Personen, denen er Verpflichtungen auferlegt, unterschrieben werden (Handunterschrift oder QES). Personen, die nur einen Nutzen aus einem Vertrag ziehen, müssen nicht unterschreiben

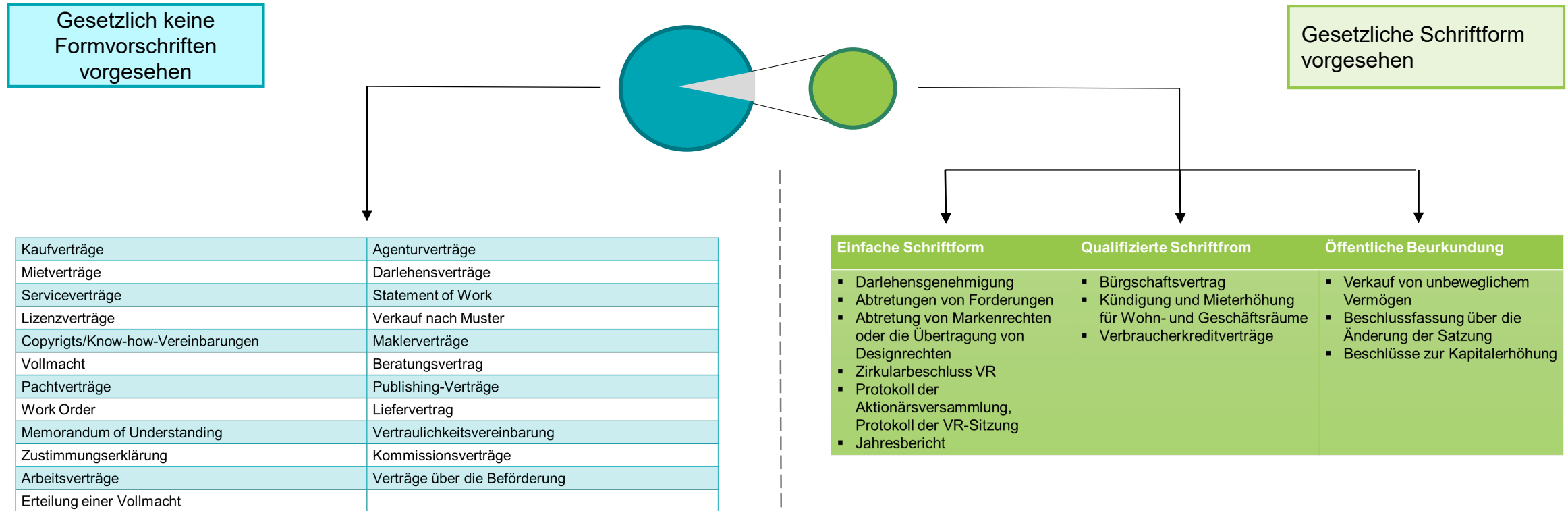
2. Qualifizierte Schriftform

- Einfache Schriftform plus:
- Einige zusätzliche Kriterien: z.B. die Verwendung eines amtlich bewilligten Formulars (z.B. Kündigung durch Vermieter), bestimmte Vertragspunkte müssen enthalten sein (z.B. Bürgschaft, Handelsreisendervertrag, etc.) oder persönliche Niederschrift bestimmter Aspekte notwendig (z.B. Testament)

3. Öffentliche Beurkundung

- Ein Notar muss das Rechtsgeschäft beurkunden

Formvorschriften



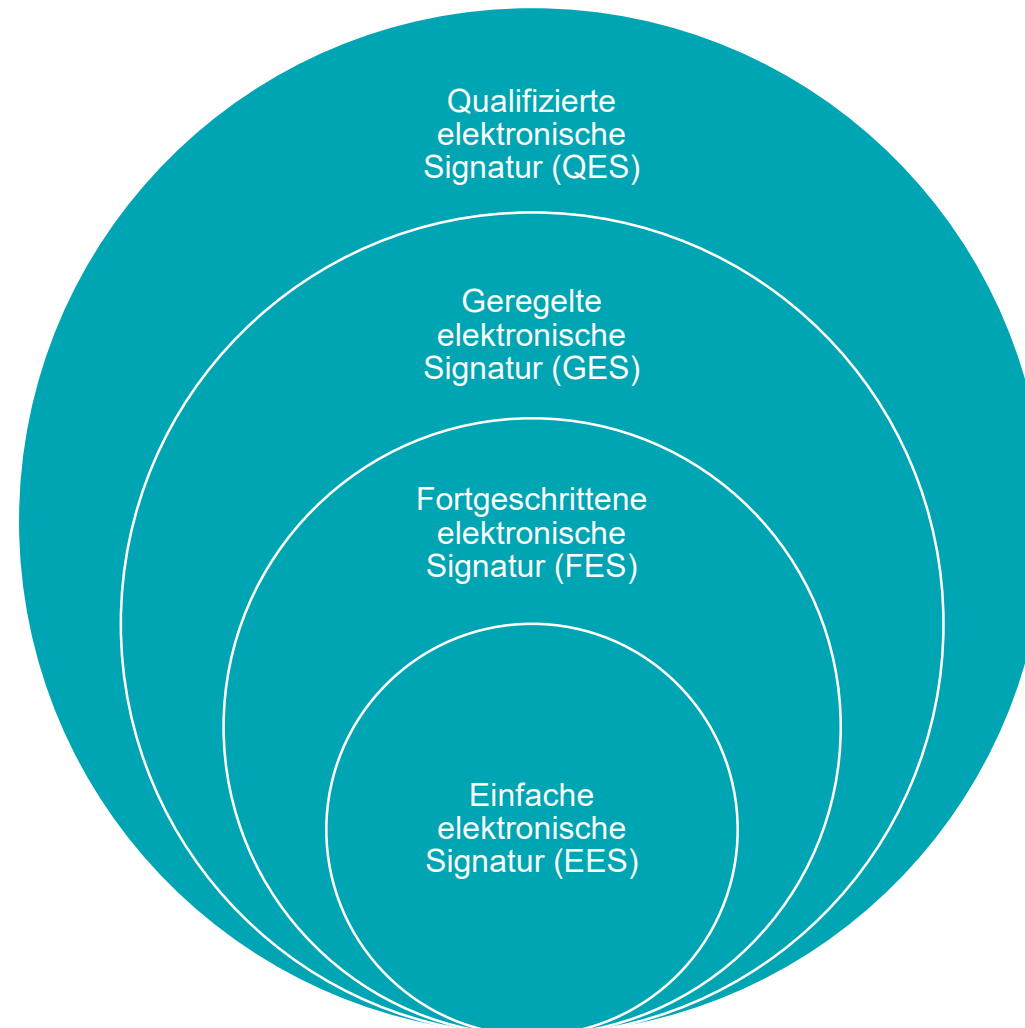
Keine Formvorschrift: Daher z.B. DocuSign oder andere digitale Unterschriften möglich

Kaufverträge	Agenturverträge
Mietverträge	Darlehensverträge
Serviceverträge	Statement of Work
Lizenzverträge	Verkauf nach Muster
Copyrigts/Know-how-Vereinbarungen	Maklerverträge
Vollmacht	Beratungsvertrag
Pachtverträge	Publishing-Verträge
Work Order	Liefervertrag
Memorandum of Understanding	Vertraulichkeitsvereinbarung
Zustimmungserklärung	Kommissionsverträge
Arbeitsverträge	Verträge über die Beförderung
Erteilung einer Vollmacht	

Eigenhändige Unterschrift oder QES

Einfache Schriftform	Qualifizierte Schriftform	Öffentliche Beurkundung
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Darlehensgenehmigung ▪ Abtretungen von Forderungen ▪ Abtretung von Markenrechten oder die Übertragung von Designrechten ▪ Zirkularbeschluss VR ▪ Protokoll der Aktionärsversammlung, Protokoll der VR-Sitzung ▪ Jahresbericht 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Bürgschaftsvertrag ▪ Kündigung und Mieterhöhung für Wohn- und Geschäftsräume ▪ Verbraucherkreditverträge 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Verkauf von unbeweglichem Vermögen ▪ Beschlussfassung über die Änderung der Satzung ▪ Beschlüsse zur Kapitalerhöhung

Elektronische Signaturen nach ZertES



Elektronische Signaturen nach ZertES

1. Einfache elektronische Signatur (EES)

- Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder die logisch mit ihnen verknüpft sind und zu deren Authentifizierung dienen
- Geeignet für Dokumente ohne grosses Haftungsrisiko und eher informellen Charakter

2. Fortgeschrittene elektronische Signatur (FES)

- Ist ausschliesslich der Inhaberin oder dem Inhaber zugeordnet
- Ermöglicht die Identifizierung der Inhaberin oder des Inhabers
- Wird mit Mitteln erzeugt, welche die Inhaberin oder der Inhaber unter ihrer oder seiner alleinigen Kontrolle halten kann
- Ist mit den Daten, auf die sie sich bezieht, so verknüpft, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann
- Geeignet für Dokumente mit kalkulierbaren Risiken und ohne gesetzliche Formvorschriften

Elektronische Signaturen nach ZertES

3. Geregelt elektronische Signatur (GES)

- GES, die unter Verwendung einer sicheren Signaturerstellungseinheit nach Artikel 6 erstellt wurde und auf einem geregelten, auf eine natürliche Person ausgestellten und zum Zeitpunkt der Erzeugung der elektronischen Signatur gültigen Zertifikat beruht
- Geeignet für Dokumente mit kalkulierbaren Risiken und ohne gesetzliche Formvorschriften

4. Qualifizierte elektronische Signatur (QES)

- GES, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruht
- Besteht ein Schriftlichkeitserfordernis (gesetzlich oder vertraglich) kann für Dokumente unter Schweizer Recht nur eine Schweizer QES verwendet werden

Rechtsfolgen für jede Kategorie

- Elektronische Unterschrift
 - EES
 - Darf die Rechtswirkung und die Zulässigkeit als Beweismittel in Gerichtsverfahren nicht allein mit der Begründung verweigert werden, dass sie in elektronischer Form vorliegt
 - GES/FES
 - Darf die Rechtswirkung und die Zulässigkeit als Beweismittel in Gerichtsverfahren nicht allein mit der Begründung verweigert werden, dass sie in elektronischer Form vorliegt
 - QES
 - Hat die gleiche Rechtswirkung wie eine handschriftliche Unterschrift (Art. 14, Abs. 2bis Schweizerisches Obligationenrecht)

Häufige Missverständnisse

- Die Verwendung von elektronischen Signaturen hat nichts damit zu tun:
 - Datenspeicherung und die Frage, ob Dokumente elektronisch gespeichert werden können
 - Speicherung von Daten auf veränderbaren Informationsträgern und ob die Anforderungen an technische Verfahren, elektronische Zeitstempel, Dokumentation etc. als Garantie für Integrität und Unveränderbarkeit erfüllt sind
 - Gerichtsverfahren und die Frage, ob Beweise elektronisch vorgelegt werden können oder ob E-Mails und Dokumente ohne Unterschrift zu Beweis Zwecken ausreichen
 - Steuerelemente und die Frage, ob sie als Herkunftsnachweis akzeptiert werden und ob Unveränderlichkeit gegeben ist

Vorgehen beim Einsatz von elektronischen Signaturen - die wichtigsten Schritte

1. Gibt es ein gesetzliches Schriftformerfordernis?
 1. Wenn nein, dann weiter zu Ziffer 2 unten
 2. Wenn ja,
 - erlaubt die gesetzliche Bestimmung eine elektronische Signatur?
 - wenn ja: Dann QES
 - wenn nein: Dann z.B. eine öffentliche Beurkundung notwendig und keine QES möglich
 - wer muss unterschreiben (alle Parteien oder nur eine)?

2. Kein Schriftformerfordernis - Bestimmung der Kategorie der elektronischen Signatur
 - EES/GES/FES/QES?
 - Traditionelle Funktion: Identifikation, Authentifizierung, Sicherheit, Ritual, etc.
 - Zusatznutzen (Business Intelligence)
 - Investition und ROI
 - Risiko: Analysieren Sie das Risiko im Detail

Best Practices für die Implementierung der elektronischen Signatur

- Multidisziplinärer Ansatz von Anfang an
 - IT, Einkauf, Compliance, Finanzen, Vertrieb, HR, Risikomanagement, Recht
- Definieren Sie das Projekt klar und deutlich
 - Projektumfang (geografisch, Abteilungen, Dokumenttypen)
 - Projektorganisation (einschliesslich Eigentümerschaft und Board-Sponsoring)
 - Geschäftsfall
 - Phasen und Planung / Umsetzungsstrategie
 - Stakeholder
 - Risiken (einschliesslich rechtlicher Risiken)

Optionen

- Bei Schriftformerfordernis/QES: Nur zugelassene Schweizer Anbieter von Zertifizierungsdiensten:
 - Swisscom (Schweiz AG)
 - Quovadis Trustlink Schweiz AG
 - SwissSign AG
 - Bundesamt für Informatik (BIT)
- Wenn kein Schriftformerfordernis vorliegt: Alle Anbieter weltweit:
 - DocuSign [Link]
 - SignNow [Link]
 - Skribble
 - inSign
 - Etc.



Vorteile und Fazit

- Die Vorteile liegen auf der Hand:
 - Verträge in Echtzeit abschliessen
 - Rechtsgültigkeit
 - Umständliche Zwischenschritte wie einscannen, ausdrucken entfallen
 - Signierte Dokumente sind in der Cloud abrufbar
 - Signaturprozess ist orts- und zeitunabhängig
 - Keine Laufwege zur Post und keine Portokosten
 - Einsparung von Papier

- Zur Zeit können jedoch die Zertifikate vieler ausländischer Anbieter (z.B. DocuSign, Adobe Sign, etc.) nicht rechtsgültig verwendet werden für den Ersatz der eigenhändigen Unterschrift



Elektronische Signaturen sind ein stetig wachsendes Bedürfnis der Praxis und ein Katalysator der digitalen Transformation.

Fragen?



Besten Dank für
Ihre Aufmerksamkeit