



Die Schriftlichkeit im Privatrecht: Ein Hindernis zur Digitalisierung

Das Schweizer Privatrecht ist heute nicht volldigital ausgestaltet. Formvorschriften hindern in einigen Bereichen die Digitalisierung. Dieser Herausforderung muss der Gesetzgeber mit einer Revision der digitalen Unterschrift begegnen.

Das Schweizer Obligationenrecht kennt drei verschiedene Formen, wie eine Willenserklärung festgehalten werden muss, damit sie rechtliche Wirksamkeit erlangt. Eine Person kann einen Vertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft formlos, also auch mündlich oder in nicht handschriftlich unterschriebener Form, eingehen, wenn das Gesetz keine andere Form zwingend vorschreibt. Wenn hingegen eine Form gesetzlich zu beachten ist, so muss der Vertrag bzw. das Rechtsgeschäft entweder schriftlich oder in den durch den Gesetzgeber als bedeutend erachtenden Fällen durch öffentliche Beurkundung eines Notars erklärt werden.

In Zeiten der Digitalisierung ist jedoch die Schriftlichkeit zum Problem geworden. Denn Schriftlichkeit setzt nach überholter gesetzlicher Vorschrift eine eigenhändige Unterschrift voraus. Diese kann begriffsnotwendig nicht digital erfolgen. Setzt der Gesetzgeber die Schriftform voraus, schafft er folglich ein Hindernis zur Digitalisierung der Sachverhalte, die durch das jeweilige Gesetz normiert werden. Beispiele hierzu lassen sich quer durch die ganze Schweizer Rechtsordnung finden.

Bereits im Obligationenrecht zeigt sich diese Problematik deutlich bei der Abtretung von Rechten. Diese bedarf der Schriftlichkeit, was beispielsweise die Digitalisierung der Veräußerung unverbriefter Aktien verunmöglicht. Gleiches gilt für die Übertragung von Tokens auf der Blockchain, die als Wertrechte zu qualifizieren sind und deren Abtretung daher schriftlich erfolgen muss. Zwar behilft sich die Lehre im Fall der Blockchain mit juristischen Kunstgriffen, um die gültige Übertragung von Tokens zu begründen, indem sie von einer Vertragsübernahme ausgeht, die, aus legislatischer Perspektive wenig konsequent, keiner Schriftform bedarf. Ob eine solche Konstruktion gerichtlicher Kontrolle standhält, bleibt aber offen.

Im Finanzmarktrecht hat die FINMA die Chancen der Digitalisierung erkannt und im Jahr 2016 Schriftlichkeitshürden mit der Revision des Rundschreibens zur Vermögensverwaltung sowie dem Erlass des Rundschreibens zur Video- und Onlineidentifizierung abgebaut. Formvorschriften auf Stufe eines Gesetzes konnte die FINMA aber natürlich nicht ändern, weshalb beispielsweise dem Konsumkreditgesetz unterstellte Leasing- oder Kreditkartenverträge nach wie vor handschriftlich zu unterschreiben sind. Gleiches gilt mit Bezug auf Kreditverträge zwischen Darlehensnehmern und Banken, weil oftmals zwecks Bestellung der Sicherheiten schriftliche Abtretungserklärungen oder Pfandbestellungen unterschrieben werden müssen.

Selbst neue Gesetze, die auf Digitalisierungsbestrebungen des Bundes zurückgehen, bauen durch den Vorbehalt der Schriftlichkeit Hürden zur Digitalisierung auf, wie sich etwa im Gesundheitsbereich zeigt. Im Jahr 2015 erliess die Bundesversammlung das Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG), das auf dem Primat der Einwilligung des Patienten fusst.

Doch ist eine EPDG-Einwilligung nach expliziter gesetzlicher Vorschrift schriftlich zu erteilen. Damit steht für den Patienten am Anfang der Digitalisierung seiner Krankengeschichte zunächst seine handschriftliche Unterschrift. Der Akzeptanz des elektronischen Patientendossiers in der breiten Öffentlichkeit wird dies nicht förderlich sein.

Mit der gesetzlich geschaffenen Notwendigkeit, Dokumente ausdrucken und unterschreiben zu müssen, geht ein Bruch des digitalen Prozesses einher, worunter wiederum die Nutzererfahrung leidet, die oft über Erfolg oder eben Misserfolg von Digitalisierungsprojekten entscheidet. Um die Digitalisierung im privatrechtlichen Bereich voranzutreiben, benötigt die Schweiz somit ein volldigitales Privatrecht, das ohne handschriftliche Formerfordernisse auskommen muss.

Die qualifizierte elektronische Signatur bietet keine Lösung

Die vermeintliche Lösung dieser Problematik sucht der Gesetzgeber seit nun mittlerweile 14 Jahren in der sogenannten qualifizierten elektronischen Signatur. Ein elektronisches Dokument, das mit einer solchen Signatur versehen wird, erfüllt anstelle der handschriftlichen Unterschrift die Voraussetzungen der Schriftlichkeit. Trotz ihres langen Bestehens hat sich diese Art der Signatur in der Schweiz aber nicht durchsetzen können. Für ihren Misserfolg gibt es wirtschaftliche und technische Gründe. Zum einen ist diese Signatur im Vergleich zu einer handschriftlichen Unterschrift unter ein Dokument teuer. Ungefähr 50 bis 65 Franken pro Jahr muss der Nutzer bezahlen, um eine sogenannte SuisselD sein Eigentum nennen zu dürfen. Bereits diese Tatsache allein verhindert die breite Akzeptanz in der Öffentlichkeit.

Zum anderen hat der Gesetzgeber mit den detaillierten Regeln des Bundesgesetzes über die elektronische Signatur (ZertES) und dessen Verordnung umständliche Regelungen geschaffen, die einer breiten Durchdringung dieser Art der digitalen Unterschrift abträglich sind. Ein qualifiziertes Zertifikat, das die Grundlage für das qualifizierte Signieren von Dokumenten bildet, ist zum Beispiel nur gegen einen Identitätsnachweis erhältlich zu machen. Zudem macht das Gesetz weitreichende technische, insbesondere kryptografische Vorschriften, wie die Anbieterinnen von Zertifizierungsdiensten ihre Systeme auszugestalten haben, damit beispielsweise eine qualifizierte elektronische Signatur die nachträgliche Unveränderlichkeit eines Dokuments sicherstellt.

Der Gesetzgeber begründet diese Regulierung mit der Datensicherheit, die möglichst den Identitätsmissbrauch verhindern und die Integrität der signierten Dokumente gewährleisten soll. Gegen diese gesetzgeberischen Überlegungen wäre dann nichts einzuwenden, wenn die handschriftliche Unterschrift ebenfalls Schutz vor solchen Risiken bieten würde. Dem ist aber gerade nicht so. Das Gesetz schreibt nicht vor, dass die Identität einer Person von einer staatlich beauftragten Behörde geprüft werden muss, bevor eine handschriftliche Unterschrift gültig ist. Ebenso wenig gewährleistet eine handschriftliche Unterschrift am Ende eines Dokuments, dass dieses nicht nachträglich geändert werden kann. Eine handschriftliche Paraphierung jeder Seite wird für die Beachtung der Schriftform gerade nicht vorausgesetzt.

Genau besehen hat das ZertES deshalb nicht ein digitales Äquivalent zur handschriftlichen Unterschrift geschaffen, sondern ist darüber hinaus gegangen. Sowohl die Prüfung der Identität der

unterzeichnenden Partei als auch die Gewährleistung der Unabänderlichkeit der unterzeichneten Urkunde sind nämlich Eigenschaften, die man aus der öffentlichen Beurkundung durch einen Notar kennt, deren Formvorschriften aber nur für besonders gewichtige Transaktionen Anwendung finden. Der Schriftlichkeit sind sie hingegen fremd.

Andere Technologien müssen der Schriftform gleichgestellt werden

Eine Revision der digitalen Schriftform ist deshalb überfällig. Diese hat bei der Frage anzusetzen, mit welchen Technologien ein digitales Äquivalent zur Schriftform geschaffen werden kann, das sich für den breiten Einsatz eignet und von einer digital unterzeichnenden Partei nicht mehr abverlangt, als dies in der analogen Welt durch handschriftliche Unterschrift der Fall ist. Nichts zur Lösung tragen hingegen neuere, in der juristischen Lehre vorgebrachte Vorschläge bei, welche die Schriftform immer dann als eingehalten wissen wollen, wenn ein digitales System als sogenannte funktional äquivalent zur Schriftform angesehen werden kann.

Zwar wäre es vor dem Hintergrund der Technologieneutralität des Rechts wünschenswert, durch möglichst offene Formulierungen auch künftige Entwicklungen der Technologie zu berücksichtigen. Doch stösst die Technologieneutralität gerade bei Formvorschriften an Grenzen: Da von deren Beachtung die Beständigkeit von Rechtsgeschäften abhängt, müssen sie so klar formuliert sein, dass der Rechtsanwender im Voraus beurteilen kann, ob eine bestimmte Technologie der Formvorschrift nachkommt oder nicht. Offen gehaltene Formulierungen, wie zum Beispiel das Konzept der funktionalen Äquivalenz, führen notwendigerweise zu Rechtsunsicherheiten. Darauf würde die juristische Beratung mit der konservativen Empfehlung reagieren, einen bestimmten der Schriftform unterliegenden Geschäftsprozess dann eben doch mit handschriftlicher Unterschrift zu unterzeichnen.

Digitale Technologien, die der Schriftform gleichgestellt werden könnten, gibt es einige. Zu denken ist zuallererst an die handschriftliche Unterschrift auf einem Bildschirm, Mobiltelefon oder Tablet, wie sie beispielsweise die Post und Kurierdienste für die Empfangsbestätigung verwenden. Allein nur die Gleichstellung dieser Art von digitaler Unterschrift mit einer traditionellen handschriftlichen Unterschrift würde in vielen Fällen den Medienbruch verhindern und die Nutzererfahrung verbessern, weil keine Dokumente mehr ausgedruckt werden müssten. Weitere Technologien, die ein Äquivalent zur Schriftform bilden könnten, wären zum Beispiel Verfahren basierend auf mobilen Transaktionsnummern (mTAN), die der breiten Öffentlichkeit aus dem E-Banking bekannt sind, oder die Verknüpfung des digitalen Dokuments mit biometrischen Informationen des Nutzers, etwa seinem Fingerabdruck.

Ohne eine Revision in diese Richtung werden schriftformgebundene Rechtsgeschäfte noch für längere Zeit nicht volldigital abgewickelt werden können. Der Digitalisierung der Schweiz wäre dieser Umstand nicht förderlich.

[Simon Roth](#) ist Partner bei [Lex Futura AG](#) und auf Technologierecht spezialisiert.