

Pestalozzi Update November 2016

Das geregelte elektronische Siegel

Was Unternehmen künftig bei der Verwendung des geregelten elektronischen Siegels beachten müssen

Am 1. Januar 2017 wird voraussichtlich die totalrevidierte Fassung des Bundesgesetzes über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur, kurz das ZertES, in Kraft treten. Mit dem revidierten ZertES wird das so genannte geregelte elektronische Siegel eingeführt. Das geregelte elektronische Siegel ist im Grunde genommen eine staatlich geprüfte und genehmigte elektronische Signatur für juristische Personen, welche zum Unterzeichnen von elektronischen Briefen und Mitteilungen aber auch zum Unterzeichnen von Verträgen verwendet werden kann. Weil das geregelte elektronische Siegel der eigenhändigen Unterschrift nicht gleichgestellt wird, ist bei dessen Verwendung im Bereich des Vertragsrechts Vorsicht geboten.

1. Ausgangslage

Am 1. Januar 2005 wurde das Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur, kurz das ZertES, in Kraft gesetzt. Damit wurde die Digitalisierung der eigenhändigen Unterschrift eingeleitet. Der zusammen mit dem ZertES neu eingeführte Absatz 2^{bis} von Artikel 14 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) – das vertragsrechtliche Kernstück dieser Neuerung - hält fest, dass die sog. qualifizierte elektronische Signatur, sofern diese auf einem sog. qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten beruht, (nachfolgend "QES") der **eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt** ist.

- Per 1. Januar 2017 tritt voraussichtlich die totalrevidierte Fassung des ZertES in Kraft, mit welcher das geregelte elektronische Siegel eingeführt wird.
- Das geregelte elektronische Siegel wurde für juristische Personen und die geregelte elektronische Signatur für natürliche Personen konzipiert.
- Das geregelte elektronische Siegel ist eine staatlich geprüfte und genehmigte elektronische Signatur für juristische Personen, mit welcher überprüft werden kann, ob eine Information tatsächlich vom vermeintlichen Absender stammt (Authentizität), und ob der Inhalt der elektronischen Meldung nach "Siegelung" verfälscht/geändert wurde (Integrität).
- Das geregelte elektronische Siegel kann auch zum Unterzeichnen von Verträgen verwendet werden.
- Verträge für welche die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, können nicht formgültig mit dem geregelten elektronischen Siegel unterzeichnet werden.
- Wurde für einen Vertrag oder für Anpassungen eines Vertrages die schriftliche Form (ohne nähere Bezeichnung) vereinbart, kann dieser nicht formgültig mit dem geregelten elektronischen Siegel unterzeichnet oder angepasst werden.

Entsprechend dem Umstand, dass eine eigenhändige Unterschrift faktisch nur von einer natürlichen Person angebracht werden kann, ist auch die **QES ausschliesslich natürlichen Personen vorbehalten**. In Übereinstimmung mit dem Prinzip, dass juristische Personen nur durch ihre Organe und somit letztlich nur durch natürliche Personen handeln können, wurde es nämlich abgelehnt, die QES auch juristischen Personen zur Verfügung zu stellen.

Eine juristische Person kann aber sehr wohl mittels einer QES verpflichtet werden. So ist es ohne weiteres zulässig, dass ein **vertretungsberechtigtes Organ** einer juristischen Person, z.B. ein einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat einer AG, mit seiner **auf ihn selbst lautenden QES für die Gesellschaft unterzeichnet**. Ausgeschlossen ist mithin einzig eine auf die juristische Person selbst lautende QES.

Im Berufsalltag hat sich gezeigt, dass insbesondere bei Massengeschäften ein Signieren durch eine zeichnungsberechtigte (natürliche) Person mittels einer auf diese selbst lautenden (nicht übertragbaren) QES nicht praktikabel ist und zu keinerlei Effizienzgewinnen führt. Stellt man sich beispielsweise vor, ein einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied der Geschäftsleitung eines grossen Industrieunternehmens müsste auf sämtlichen Beschaffungsverträgen des Unternehmens – anstatt seiner eigenhändigen Unterschrift - seine QES anbringen, ist dies auch wenig verwunderlich.

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt der Grundsatz der Formfreiheit. Die Grosszahl der Verträge kann deshalb ohne eigenhändige Unterschrift **und somit auch ohne Verwendung einer QES**, mündlich oder sogar konkludent abgeschlossen werden. Im elektronischen Geschäftsverkehr (insb. Emails) werden sodann elektronische Signaturen oftmals lediglich deshalb angebracht, um ein **Vertrauen** in die **Identität des Absenders** und in die **Integrität der Mitteilung** zu schaffen.

In der Praxis werden deshalb - gewisse Branchen ausgenommen - üblicherweise keine QES sondern lediglich sog. fortgeschrittene elektronische Signaturen verwendet, welchen jedoch **keine staatlich geprüften und genehmigten Zertifikate** zugrunde liegen. Diese fortgeschrittenen elektronischen Signaturen können zwar auf eine juristische Person lauten, doch kann bei deren Verwendung eben nicht auf eine **staatlich definierte Qualität** von Zertifikaten verwiesen werden, um zu überprüfen, ob die elektronische Information tatsächlich von eben dieser juristischen Person stammt und nachträglich nicht mehr verändert wurde.

Dieser Mangel soll nun im Rahmen der Totalrevision des ZertES und der damit verbundenen Einführung des geregelten elektronischen Siegels, welches auf einem sog. geregelten Zertifikat beruht, behoben werden.

2. Übersicht: Totalrevision des ZertES

Am 7. Juli 2016 ist die Referendumsfrist gegen die totalrevidierte Fassung des ZertES unbenutzt abgelaufen. Das revidierte Gesetz wird somit auf einen vom Bundesrat noch zu bestimmenden Zeitpunkt hin in Kraft gesetzt werden (voraussichtlich auf den 1. Januar 2017). Die wesentlichen Neuerungen, die Eingang in das revidierte ZertES ("*neuZertES*") gefunden haben, sind die Folgenden:

- Das **geregelte Zertifikat** wird eingeführt. Auf diesem beruht künftig sowohl das geregelte elektronische Siegel wie auch die geregelte elektronische Signatur. Weiter steht das geregelte Zertifikat künftig auch als Grundlage für weitere Anwendungsfälle zur Verfügung.
- Das **geregelte elektronische Siegel für juristische Personen und Behörden** und die **geregelte elektronische Signatur für natürliche Personen** werden neu neben der QES zur Verfügung stehen.
- Neu wird die **QES** nur noch dann der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt, wenn sie mit einem **qualifizierten Zeitstempel** verbunden ist (Art. 14 Abs. 2^{bis} *neuOR*).

3. Die Konzeption des geregelten elektronischen Siegels

Der Begriff des "geregelten elektronischen Siegels" wird in Art. 2 lit. d *neuZertES* definiert. Danach handelt es sich dabei im Wesentlichen um eine fortgeschrittene elektronische Signatur, welche in Übereinstimmung mit den Anforderungen des ZertES erstellt wurde und (zwingend) auf einem "geregelten Zertifikat" beruht. Beim "geregelten Zertifikat" wiederum handelt es sich gemäss der Definition in Art. 2 lit. g *neuZertES* um ein digitales Zertifikat, welches gewisse Anforderungen des ZertES erfüllt und von einer nach dem ZertES **anerkannten Anbieterin** von Zertifizierungsdiensten **ausgestellt wurde**.

Unternehmen, die künftig das geregelte elektronische Siegel verwenden möchten, müssen sich somit zwingend an eine der nach dem ZertES anerkannten Anbieterinnen von Zertifizierungsdiensten wenden, wenn sie ein solches Siegel bzw. das diesem zugrundeliegende

geregelte Zertifikat erwerben möchten. Nachdem bislang nur vier solche Anbieterinnen existieren bzw. sich haben anerkennen lassen¹, ist die entsprechende Auswahl gegenwärtig beschränkt. Weiter handelt es sich bei sämtlichen der bis heute anerkannten Anbieterinnen um Unternehmen mit Sitz in der Schweiz. Folglich müssen **auch ausländische Unternehmen** zumindest das **geregelte Zertifikat stets von einer Schweizer Anbieterin beziehen**.

Als **vertrauensbildender Tatbestand** dient auch beim geregelten elektronischen Siegel bzw. beim geregelten Zertifikat die **Haftung**, welcher die anerkannten Anbieterinnen von Zertifizierungsdiensten unterliegen. So steht der Empfänger eines gesiegelten Dokuments oder einer gesiegelten Nachricht oftmals weder mit der Anbieterin des verwendeten geregelten Zertifikats noch mit dem signierenden Absender in einer Vertragsbeziehung. Um das Vertrauen des Empfängers in ein geregeltes elektronisches Siegel zu erhöhen, **haftet** ihm deshalb **neben dem Zertifikatsinhaber** (Art. 59a OR und Art. 59a neuOR) **auch die Zertifikatsanbieterin** (Art. 16 ZertES und Art. 17 neuZertES) für eine gewisse Sorgfalt bei der Wahrnehmung ihrer durch das ZertES auferlegten Pflichten. Dies entspricht der Regelung zum qualifizierten Zertifikat unter dem geltenden ZertES.

Die Materialien zur Totalrevision lassen hingegen zahlreiche Fragen zu den technischen Aspekten des geregelten elektronischen Siegels unbeantwortet. In Art. 9 Abs. 1 lit. b neuZertES wird immerhin festgehalten, dass für die Ausstellung eines geregelten Zertifikates, welches auf eine juristische Person lautet, eine zur Vertretung berechnete natürliche Person persönlich erscheinen und einen Nachweis für die eigene Identität und ihre Vertretungsmacht erbringen muss. Dringlichere Fragen, wie z.B. jene nach der **Regelung des Zugriffs** auf das geregelte elektronische Siegel innerhalb der juristischen Person, werden hingegen **nicht beantwortet**. Diesbezüglich bleiben die entsprechenden Ausführungsvorschriften des Bundesrates und die Entwicklungen in der Praxis abzuwarten.

4. Einsatzmöglichkeiten des geregelten elektronischen Siegels im Bereich des Vertragsrechts

¹ Die Liste der anerkannten Anbieterinnen von Zertifizierungsdiensten kann unter folgendem Link aufgerufen werden: <https://www.sas.admin.ch/sas/de/home/akkreditiertestellen/akkreditiertestellen/pki.html> (zuletzt besucht am 26. Oktober 2016).

Zunächst ist zu beachten, dass das neuZertES das **geregelte elektronische Siegel nicht der eigenhändigen Unterschrift gleichstellt**. Diese Gleichstellung ist auch unter dem neuZertES nur hinsichtlich der QES vorgesehen.

Einerseits sind somit Verträge, für welche die **schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben** wird (z.B. gemäss Art 165 Abs. 1 OR die Abtretung), **formungültig**, wenn sie mit einem **geregelten elektronischen Siegel** unterzeichnet werden.

Andererseits sind Verträge, für welche zwar keine gesetzlichen Formvorschriften bestehen, hinsichtlich welcher die Parteien aber **die schriftliche Form vereinbart** haben, ebenfalls **formungültig**, wenn sie von einer Partei mit einem **geregelten elektronischen Siegel unterzeichnet** werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Parteien lediglich die schriftliche Form ohne nähere Bezeichnung vereinbart haben. So gelten in diesem Fall gemäss Art. 16 Abs. 2 OR die Erfordernisse der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit auch für die Erfüllung der vertraglich vereinbarten schriftlichen Form. Somit ist (neben der Schriftlichkeit) auch in solchen Fällen nur eine QES ausreichend, um den Vertrag formgültig zu unterzeichnen.

Damit erscheinen die künftigen Einsatzmöglichkeiten des geregelten elektronischen Siegels im Bereich des Vertragsrechts zunächst relativ beschränkt. Ruft man sich allerdings in Erinnerung, dass das schweizerische Vertragsrecht die **schriftliche Form relativ selten zwingend vorschreibt**, so relativiert sich dieses Bild. Zudem können **bereits existierende Verträge**, die unter vertraglich vorbehaltenen Schriftlichkeit geschlossen wurden, durch die Vertragspartner einvernehmlich derart **angepasst werden**, dass die Verwendung des elektronischen Siegels künftig möglich sein soll. Schliesslich können die Parteien **künftiger Verträge**, sofern sie **Schriftlichkeit vereinbaren**, explizit in der entsprechenden Vertragsklausel festhalten, dass auch das geregelte elektronische Siegel das Formerfordernis erfüllt.

All dies zeigt, dass sich im Bereich des Vertragsrechts die Einsatzmöglichkeiten des geregelten elektronischen Siegels bei entsprechendem Aufwand durchaus erweitern lassen. Fraglich ist jedoch, ob die einzelnen Unternehmen gewillt sind, diesen Aufwand zu betreiben. Dies wiederum hängt stark davon ab, welchen Nutzen die Unternehmen dem geregelten elektronischen Siegel (innerhalb und ausserhalb des Vertragsrechts) beimessen.

5. Weitere Einsatzmöglichkeiten des geregelten elektronischen Siegels

In der digitalisierten Welt werden Mitteilungen von teilweise immenser Tragweite, welche früher immerhin noch mittels unterzeichneten Briefs zugestellt wurden, schlicht per **Email** versendet. Regelmässig werden die entsprechenden Informationen jedoch **nicht oder nicht ausreichend gesichert**, weshalb hier ein entsprechendes **Missbrauchspotential** besteht. Gerade in dieser Hinsicht kann das geregelte elektronische Siegel Abhilfe schaffen. Werden die Informationen bzw. die Emails nämlich entsprechend "gesiegelt", so können auf Seiten des Empfängers Zweifel, ob es sich beim Versender tatsächlich um die in der Nachricht aufgeführte Person handelt (Authentizität), oder ob die Mitteilung im Zuge der Übermittlung verfälscht wurde (Integrität), ausgeschlossen werden.

Weitere Anwendungsmöglichkeiten für das geregelte elektronische Siegel bestehen (neben Emails) insbesondere auch bei sämtlichen anderen elektronischen Schreiben, Meldungen und Mitteilungen, welche von einem Unternehmen ausgehen. Bislang mussten Unternehmen, welche die Authentizität und Integrität ihrer elektronischen Schreiben nachweisen wollten, (theoretisch) jedes Schreiben einzeln, mittels auf einzelne natürliche Personen lautender QES versehen, was vor allem bei Massengeschäften unpraktikabel ist. Als Ausweg bedienen sich viele Unternehmen digitaler Lösungen, welchen – sofern überhaupt - Zertifikate **von in der Schweiz nicht anerkannten Anbieterinnen** zugrunde liegen (z.B. DocuSign, Comprova, GlobalSign). Hierbei besteht der **Nachteil** insbesondere darin, dass weder der **Zertifikatsinhaber noch die Zertifikatsanbieterin den spezifischen Haftungsbestimmungen des ZertES unterliegen** (Art. 59a OR und Art. 59a *neu*OR bzw. Art. 16 ZertES und Art. 17 *neu*ZertES). Diese vertrauensbegründenden Haftungsbestimmungen gelangen nur dann zur Anwendung wenn (zumindest) ein geregeltes Zertifikat (i.S.d. *neu*ZertES) verwendet wird.

Solche Meldungen können neu mittels geregelten elektronischen Siegels unterzeichnet werden. Weil diesem ein geregeltes Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten und somit eine **staatlich definierte Qualität von Zertifikat** zugrunde liegt, kann der Empfänger nun **ohne Bedenken darauf vertrauen**, dass die Meldung tatsächlich von jener juristischen Person stammt, auf welche das Siegel lautet (Authentizität) und dass der Inhalt der Meldung nach der Siegelung nicht verändert wurde (Integrität).

6. Fazit

Der **grösste Nutzen** des geregelten elektronischen Siegels besteht wohl darin, dass Unternehmen neu über eine (einfache) Möglichkeit verfügen, das **Vertrauen in den Nachweis von Authentizität und Integrität ihrer Mitteilungen zu steigern bzw. zu sichern**.

So handelt es sich beim geregelten elektronischen Siegel um nichts anderes als eine **staatlich geprüfte und genehmigte elektronische Signatur für juristische Personen**, mit welcher überprüft werden kann, ob eine Information tatsächlich vom vermeintlichen Absender stammt und ob diese nachträglich nicht mehr verändert wurde.

Diese Leistungen können (und werden) selbstverständlich auch von elektronischen Signaturen erbracht werden, welche nicht staatlich geprüft und genehmigt wurden. **Entscheidend ist jedoch das Vertrauen**, welches der Aussage einer bestimmten Signatur entgegengebracht wird. So wird der Aussage, ein gewisses Dokument stamme tatsächlich vom angeblichen Verfasser und weise tatsächlich einen unverfälschten Inhalt auf, wohl **erheblich grösseres Vertrauen** entgegengebracht, wenn diese von einer staatlich geprüften und genehmigten elektronischen Signatur stammt. Dies nicht zuletzt aufgrund der genannten Haftungsbestimmungen.

Demnach eignet sich das geregelte elektronische Siegel in erster Linie für Unternehmen, welche regelmässig zahlreiche Emails oder elektronische Schreiben, Nachrichten, Mitteilungen, etc. versenden und dabei besonderen Wert auf die Vermittlung einer Möglichkeit zur sicheren, einfachen und zweifelsfreien **Nachweis der Authentizität und Integrität** des jeweiligen Inhalts legen. Weiter eignet sich das geregelte elektronische Siegel auch für Unternehmen, deren Kommunikation regelmässig auf das **Erzeugen von Rechtswirkungen ausgerichtet** ist. Kann beispielsweise ein Unternehmen gemäss einem bestehenden Vertrag mittels Mitteilung an den Vertragspartner bei diesem Leistungen abrufen (Bsp. Kauf von Rohstoffen auf Abruf), so kann es durchaus Sinn machen, dass Authentizität und Integrität solcher Meldungen (mit Blick auf die Kostenfolgen) maximal sichergestellt werden.

Schliesslich kann das geregelte elektronische Siegel ausserhalb der Bereiche der zwingenden gesetzlichen oder der vertraglich vereinbarten Schriftlichkeit **auch zum Unterzeichnen von Verträgen** verwendet werden. Dies kann gerade in Unternehmen, welche täglich eine Vielzahl von Verträgen abschliessen, **erhebliche**

administrative Erleichterungen mit sich bringen. Hier ist es jedoch wichtig, dass bereits **bestehende Verträge** und **Vertragsvorlagen genau geprüft** und die Implementierung des geregelten elektronischen Siegels in die bestehenden Prozesse allenfalls von Spezialisten begleitet wird.

Mitwirkende: Dr. Christian Leuenberger (Partner), Dr. Thomas Legler (Partner), Florian Schnyder (Associate) und Adam Weibel (Associate)

Für weitere Informationen besuchen Sie unsere Webseite oder kontaktieren Sie:



Dr. Christian Leuenberger
Partner (Zürich)
christian.leuenberger@pestalozzilaw.com
+41 44 217 92 13



Dr. Thomas Legler
Partner (Genf)
thomas.legler@pestalozzilaw.com
+41 22 999 96 21

Pestalozzi Rechtsanwälte AG

Zürich - Löwenstrasse 1 | 8001 Zürich | Schweiz | T +41 44 217 91 11

Genf - Cours de Rive 13 | 1204 Genf | Schweiz | T +41 22 999 96 00

www.pestalozzilaw.com