

# Touchscreen-Unterschrift und qualifizierte elektronische Signaturen (QES) via DocuSign im Gesellschaftsrecht

Eine Übersicht zu aktuellen Entwicklungen mit Bemerkungen zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 (rechtskräftig)

Obwohl die meisten Rechtsgeschäfte formfrei abgeschlossen werden können, verlangt das Gesellschaftsrecht in zahlreichen Fällen die Einhaltung von besonderen Formvorschriften wie beispielsweise die Schriftlichkeit. Im Zuge der Digitalisierung stellen sich hierbei praktische Fragen zur Unterschrift auf einem Touchscreen sowie zum Gebrauch der weiterhin wenig verbreiteten qualifizierten elektronischen Unterschrift (QES). Der vorliegende Beitrag zeigt diesbezüglich aktuelle Entwicklungen auf und bespricht dabei ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, wobei sich soweit ersichtlich ein Schweizer Gericht das erste Mal zur obenerwähnten Thematik geäußert hat.

I. Einleitung .....	220
II. Touchscreen-Unterschrift .....	220
III. Qualifizierte elektronische Unterschrift .....	224
IV. Sonstige Entwicklungen zu digitalen Unterschriften .....	226
V. Fazit .....	228

## Zitiervorschlag:

CLAUDIA Y. ROTH / LORENZ RAESS, Touchscreen-Unterschrift und qualifizierte elektronische Signaturen (QES) via DocuSign im Gesellschaftsrecht, sui generis 2024, S. 219

Claudia Y. Roth (claudia.roth@eversheds-sutherland.ch) und Dr. Lorenz Raess (lorenz.raess@eversheds-sutherland.ch), beide Rechtsanwältinnen bei Eversheds Sutherland AG. Die Autoren bedanken sich herzlich bei Marc Nufer (Rechtsanwalt), Markus Näf (Rechtsanwalt) und Blerina Mazreku (alle drei bei Eversheds Sutherland AG) und Hugo E. Räss (Dr. rer. pol.) für die wertvolle Unterstützung bei der Redaktion dieses Beitrags.

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.267>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

# I. Einleitung

- 1 Der grösste Teil der privaten Rechtsgeschäfte ist nach wie vor vom Grundsatz der Formfreiheit geprägt.<sup>1</sup> Besondere Formvorschriften von Verträgen, beispielsweise dass ein Vertrag schriftlich<sup>2</sup> abgefasst, ein spezielles Formular<sup>3</sup> verwendet werden muss oder der ganze Text eigenhändig<sup>4</sup> zu verfassen oder zu beurkunden<sup>5</sup> ist, sind in der Schweizer Privatautonomie nach wie vor die Ausnahme.<sup>6</sup> Solche Formvorschriften dienen in erster Linie dazu, die Parteien vor voreiligem Verhalten zu schützen, und zwingen die Parteien, die Verhältnisse und somit die Rechtslage präzise zu dokumentieren.<sup>7</sup> Im Übrigen wird durch das Schaffen eines greifbaren Beweismittels die Rechtssicherheit gestärkt.<sup>8</sup> Dank der oben genannten Formfreiheit können die meisten Verträge problemlos rein elektronisch unterzeichnet werden. Mehr und mehr stellt sich jedoch die Frage, wie formbedürftige Rechtsgeschäfte ebenfalls elektronisch abgeschlossen werden können.
- 2 Gerade in (grenzüberschreitenden) M&A-Transaktionen spielt diese Frage eine zentrale Rolle. Zwar sind aufgrund der erwähnten Formfreiheit die meisten Verträge wie bspw. ein Aktienkauf- sowie Aktionärsbindungsvertrag nicht handschriftlich zu unterzeichnen. Eine rein elektronische Unterschrift genügt, sofern sich die Parteien darüber einig sind. Nebst der Abtretungserklärung von Aktien<sup>9</sup> gibt es jedoch weitere Fälle, bei welchen eine eigenhändige Unterschrift bzw. das elektronische Pendant – die qualifizierte elektronische Signatur (QES) – verlangt wird:

1 Art. 11 OR (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911 [OR; SR 220]), wonach Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form bedürfen, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt; Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht, Bericht des Bundesrates zu ausgewählten Fragen sowie in Erfüllung des Postulates 19.3759 Dobler vom 20. Juni 2019 vom 15. September 2023, S. 2.

2 Bspw. ein Schenkungsversprechen nach Art. 243 OR.

3 So bei der Kündigung von Wohn- und Geschäftsräumen nach Art. 266l Abs. 2 OR.

4 So bei der letztwilligen Verfügung nach Art. 505 Abs. 1 ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]), welche vom Erblasser von Anfang bis Ende mit Angabe von Jahr, Monat und Tag eigenhändig niederzuschreiben sowie mit einer Unterschrift zu versehen ist.

5 So bspw. bei Grundstückkaufverträgen, welche öffentlich beurkundet werden müssen (Art. 216 Abs. 1 OR). Die öffentliche Beurkundung stellt somit die strengste gesetzliche Formvorschrift dar (Bericht des Bundesrates zu ausgewählten Fragen (Fn. 1), S. 14).

6 Bericht des Bundesrates zu ausgewählten Fragen (Fn. 1), S. 7 ff.

7 Bericht des Bundesrates zu ausgewählten Fragen (Fn. 1), S. 7 ff.

8 Bericht des Bundesrates zu ausgewählten Fragen (Fn. 1), S. 7 ff.

9 Art. 165 Abs. 1 OR; die die Abtretung von Stammanteilen an einer GmbH vgl. Art. 785 OR regelt. Die schriftliche Abtretung gilt *nota bene* sowohl für eine blosser Abtretungserklärung als auch ein Indossament eines Aktienzertifikats.

- Vorverkaufsvertrag über ein Grundstück<sup>10</sup>;
- Diverse Bestimmungen in Arbeitsverträgen (bspw. bzgl. Lohnausfallentschädigung<sup>11</sup>, Auslagenersatz<sup>12</sup>, Informationspflichten des Arbeitgebers<sup>13</sup>, Erwerb von Erfindungen und Designs durch den Arbeitgeber<sup>14</sup>, Begründung der Kündigung<sup>15</sup>, Änderung der Kündigungsfristen<sup>16</sup>, Höhe der Abgangsentschädigung<sup>17</sup> sowie das in der Praxis häufig vorkommende Konkurrenzverbot<sup>18</sup>);
- Handelsregisteranmeldungen<sup>19</sup>;
- Sofern in den Statuten nicht anders geregelt: Bevollmächtigung zur Teilnahme an einer Generalversammlung<sup>20</sup>.

Der vorliegende Beitrag befasst sich deshalb mit praktischen Fragen rund um digitale Unterschriften. Dabei wird zunächst auf die Touchscreen-Unterschrift (nachfolgend als *TS-Unterschrift* bezeichnet) mit besonderem Augenmerk auf das rechtskräftige Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 eingegangen (Rz. 4 ff.). Im Weiteren werden aktuelle Entwicklungen zur QES (Rz. 29 ff.) aufgegriffen, worauf auf sonstige Entwicklungen zu digitalen Unterschriften eingegangen wird (Rz. 39 ff.). Der Beitrag fasst die wichtigsten Erkenntnisse zusammen und wagt einen Ausblick (Rz. 51 ff.).

## II. Touchscreen-Unterschrift

### 1. Lehre

In der Lehre scheint Einigkeit zu herrschen, dass eine TS-Unterschrift die Gültigkeitsvorschriften nach Art. 14 Abs. 1 OR erfüllen kann, sofern der Touchscreen eine genügend hohe Auflösung aufweist und die Druckfestigkeit erfasst wird, was bspw. bei einem iPad nur dann der Fall ist, wenn ein spezieller Eingabestift eingesetzt wird.<sup>21</sup> WICKI-BIRCHLER/DOBEC argumentieren in diesem Zusammenhang, dass allein die Tatsache, dass ein Tablet-Pen und kein Kugelschreiber verwendet wird, nicht dazu

10 Art. 216 Abs. 3 OR.

11 Art. 324a Abs. 4 OR.

12 Art. 327a Abs. 2 OR.

13 Art. 330b OR.

14 Art. 332 Abs. 2 und Abs. 3 OR.

15 Art. 335 Abs. 2 OR.

16 Art. 335b Abs. 2, Art. 335c Abs. 2 und Art. 337 Abs. 1 OR.

17 Art. 339c Abs. 1 und Abs. 4 OR.

18 Art. 340 und Art. 340b Abs. 3 OR.

19 Art. 12c HRegV (Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV; SR 221.411]).

20 Art. 689a Abs. 1 OR.

21 DANIEL HÜRLIMANN, Zur Rechtskraft der Unterschrift auf einem Touchscreen, Gutachten von Ass.-Prof. Dr. iur. Daniel Hürlimann im Auftrag der Kantonspolizei Zürich, St. Gallen 4. Juli 2016, S. 9; DAVID WICKI-BIRCHLER/MARKO DOBEC, Unterschreiben von Verträgen im digitalen Raum, AJP 2023, S. 281.

führen darf, dass der Unterschrift die Eigenhändigkeit abgesprochen wird.<sup>22</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS ergänzen, dass eine Unterschrift auf einem elektronischen Datenträger nunmehr gültig sei, da Bedenken hinsichtlich Manipulierbarkeit von solchen Datenträgern und der Feststellung der Identität der unterzeichnenden Person heutzutage nicht mehr gelten würden.<sup>23</sup>

- 5 Selbst wenn man die TS-Unterschrift als mit Art. 14 Abs. 1 OR konform bejaht, bleibt ihre tatsächliche Relevanz fraglich. Zwar hat es sich in der Praxis etabliert, dass Unterschriften eigenhändig auf elektronischen Datenträgern erfolgen. Wer bereits einmal ein Paket der Schweizerischen Post entgegengenommen hat, hat die Zustellung mittels Stift oder Finger auf einem Bildschirm/Tablet bestätigt.<sup>24</sup> Allerdings sind Annahmequittungen formlos gültig, sodass die TS-Unterschrift hier sowieso nur der Beweisbarkeit und nicht der Gültigkeit dient. Vor allem aber wird die TS-Unterschrift in der gesellschaftsrechtlichen Praxis kaum angewandt. Nach Erfahrung der Autoren wird nämlich bei der Unterzeichnung via DocuSign meist bloss per Maus-Klick bestätigt, dass man unterzeichnen möchte, obwohl man theoretisch auch die Möglichkeit hätte, das Unterschriftenbild anzupassen, d.h. (i) die Schriftart zu ändern, (ii) die Unterschrift mit der Maus/mittels Finger nachzuzeichnen oder eben (iii) via Touchscreen zu unterzeichnen. Hinzu kommt, dass nur eine Minderheit via Tablet, wo die Unterzeichnung mittels Tablet-Pen überhaupt möglich wäre, unterzeichnet.
- 6 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass in der Lehre wohl treffende Argumente aufgeworfen werden, eine TS-Unterschrift der eigenhändigen Unterschrift nach Art. 14 Abs. 1 OR gleichzustellen. Eine höchstrichterliche Klärung hierzu fehlt jedoch bisher und wäre wünschenswert. Wie nachfolgend (Rz. 7 ff.) gezeigt wird, hat das Obergericht des Kantons Zug die Thematik von TS-Unterschriften im Verfahren Z 2023 67 und Urteil vom 14. Dezember 2023 nur angeschnitten und bloss am Rand Stellung bezogen.

## 2. Rechtsprechung

### a) Sachverhalt

- 7 Hauptgegenstand des Verfahrens vor dem Obergericht Zug bildet die Frage, ob Namenaktien an der AAG rechtsgültig vom Nebenintervenienten und Berufungsbeklagten 2 («Verkäufer») an den Gesuchsteller und Berufungskläger («Käufer») übertragen wurden.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> WICKI-BIRCHLER/DOBEC (Fn. 21), S. 281.

<sup>23</sup> INGBORG SCHWENZER / CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, in: Widmer/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 13 N 14c (zit. BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS).

<sup>24</sup> WICKI-BIRCHLER/DOBEC (Fn. 21), S. 281 und Fn. 25.

<sup>25</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 3.

Die AAG wurde 2020 gegründet. Die fragliche Aktienabtretung fand am 12. Februar 2021 statt, als der Käufer 5 Mio. unverbrieft Namenaktien mit einem Nominalwert von je CHF 0.01 der AG vom Verkäufer erwarb («Aktienabtretung»). Da die AAG in der Folge aus unerklärlichen Gründen über keinen Verwaltungsrat mehr verfügte, lud die Revisionsstelle der AAG zur ordentlichen Generalversammlung der AAG am 28. März 2023 ein, wobei u.a. die Wahl des Verwaltungsrats traktandiert wurde.<sup>26</sup>

In der Zwischenzeit machte der Verkäufer beim Kantonsgericht Zug ein Verfahren betreffend Organisationsmangel anhängig, worauf am 14. März 2023 für die Dauer von sechs Monaten ein Sachwalter eingesetzt wurde.

Mit Eingabe vom 23. März 2023 ersuchte der Käufer beim Kantonsgericht Zug um superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen, um den Organen der AAG die Durchführung einer Generalversammlung am 28. März 2023 zu verbieten und eine diesbezügliche Handelsregistersperre anzuordnen.<sup>27</sup> Der Käufer macht geltend, dass die Einladung zur Generalversammlung nicht rechtskonform sei, da ihn die AAG entgegen den Angaben im Aktienbuch aufgrund der angeblich ungültigen Aktienübertragung nicht mehr als Aktionär anerkannt und folglich nicht eingeladen habe.<sup>28</sup> Mit Entscheid vom 24. März 2023 ordnete das Kantonsgericht Zug die Handelsregistersperre an und wies das Gesuch um Verbot der Durchführung der Generalversammlung ab, die schliesslich am 28. März 2023 stattfand.

Ebenfalls mit Eingabe vom 23. März 2023 reichte der Verkäufer eine Schutzschrift beim Kantonsgericht Zug ein und beantragte, als Nebenintervenient auf Seiten der AAG zugelassen zu werden. Am 6. April 2023 stellte der Verkäufer zudem den Antrag, die am 24. März 2023 verfügten vorsorglichen Massnahmen seien aufzuheben. Im Wesentlichen machte er geltend, als Mehrheitsaktionär der AAG sei er als Nebenintervenient am Verfahren zuzulassen. Daneben mangle es dem Käufer an der Aktivlegitimation, da die Aktien aufgrund der fehlenden schriftlichen Aktienabtretung nie rechtsgültig vom Verkäufer an den Käufer übertragen worden seien. Dieser Formmangel könne weder durch Eintragung im Aktienbuch noch durch Protokolle der Generalversammlung geheilt werden.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z 2023 67 vom 14. Dezember 2023, Sachverhalt 1.4 f.

<sup>27</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z 2023 67 vom 14. Dezember 2023, Sachverhalt 1.6.

<sup>28</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z 2023 67 vom 14. Dezember 2023, Sachverhalt 2.2.

<sup>29</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z 2023 67 vom 14. Dezember 2023, Sachverhalt 2.5.

12 In der Folge reichten die Parteien diverse Anträge ein, bevor am 13. September 2023 das Kantonsgericht Zug die Handelsregistersperre aufhob. Einen Tag später stellte der Käufer beim Obergericht Zug ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung, wonach die Handelsregistersperre aufrechtzuerhalten sei. Gleichentags verfügte das Obergericht Zug einstweilen die aufschiebende Wirkung und die Handelsregistersperre wurde aufrechterhalten.<sup>30</sup>

13 Am 25. September 2023 reichte der Käufer schliesslich Berufung an das Obergericht Zug ein. Mit Urteil vom 14. Dezember 2023 wurde diese vollumfänglich abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde, und der Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 13. September 2023 wurde bestätigt und die Handelsregistersperre aufgehoben.<sup>31</sup> Der Entscheid ist rechtskräftig.

#### b) Erwägungen

14 Die folgenden Ausführungen behandeln ausschliesslich das Thema der Aktienübertragung. Explizit nicht näher betrachtet werden (i) die Zulassung des Verkäufers als streitgenössischer Nebenintervenient am Verfahren, (ii) ob aufgrund anderweitiger Dokumentation (d.h. mittels diverser Generalversammlungsprotokolle) eine gültige Abtretung von Aktien vorliege und (iii) ob die Berufung des Verkäufers auf Formungültigkeit der Aktienübertragung rechtsmissbräuchlich war (i.c. verneint).<sup>32</sup>

##### aa) Übertragung nicht verbriefter Namenaktien im Allgemeinen

15 Das Obergericht Zug erinnert zunächst daran, dass die Übertragung unverbrieft, d.h. nicht als Aktienzertifikate ausgegebener Wertpapiere, grundsätzlich mittels Abtretung zu erfolgen hat, die zur Gültigkeit der schriftlichen Form bedürfe.<sup>33</sup> Dabei müssten sämtliche Merkmale (d.h. insbesondere die Parteien, Höhe der Forderung, klarer Wille des Abtretenden zur Abtretung sowie deren Zeitpunkt) von der Schriftform erfasst sein, damit die abgetretene Forderung für Dritte hinreichend individualisierbar sei. Gehe die Abtretung nicht klar aus einer Erklärung hervor, könne die Abtretung auch aus einem anderen Schriftstück wie bspw. einem Generalversammlungsprotokoll hervorgehen, sofern der Übertragungswille des Abtretenden zumindest implizit daraus

hervorgehe.<sup>34</sup> Sei für einen Vertrag die schriftliche Form vorgesehen, müsse dieser nach Art. 14 Abs. 1 OR eigenhändig unterschrieben sein, wobei die mit einem qualifizierten Zeitstempel verbundene QES nach Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt sei.

##### bb) Im konkreten Fall

Die Vorinstanz hatte die Rechtsgültigkeit einer Abtretungserklärung mittels DocuSign auf der ganzen Linie verneint.<sup>35</sup> Eine solche Unterschrift, sei es durch Einfügen der Unterschrift durch einen Scan oder durch Unterzeichnen via Touchscreen, erfülle nicht die Anforderungen an eine QES nach Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR. Ferner handle es sich auch nicht um eine Nachbildung der eigenhändigen Schrift auf mechanischem Wege nach Art. 14 Abs. 2 OR (sog. Faksimile-Unterschrift). Eine solche werde nur anerkannt, wenn deren Gebrauch im Verkehr üblich sei, was hier nicht zutrefte. Die herrschende Lehre schliesse aus, dass eine DocuSign-Unterschrift gar eine solche nach Art. 14 Abs. 1 OR sei. Im Ergebnis sei die Aktienabtretung nichtig i.S.v. Art. 20 OR. Auch die übrigen Dokumente, u.a. das Aktienbuch, der Aktionärsbindungsvertrag sowie eine Vergleichsvereinbarung, könnten diesen Mangel nicht heilen, da auch diese ausschliesslich mit DocuSign unterzeichnet worden seien. Im Übrigen seien zwar die Generalversammlungsprotokolle der A AG von 2021 schriftlich unterzeichnet, jedoch gehe daraus die Aktienübertragung nicht genügend bestimmbar hervor.

Das Obergericht Zug schliesst sich im Wesentlichen den Äusserungen der Vorinstanz an, mit einem wichtigen Unterschied: Zwar wird festgestellt, dass auf das Argument, dass die Unterschrift direkt und eigenhändig in der im PDF-Format geöffneten Zessionserklärung angebracht worden sei, aufgrund des eingeschränkten Novenrechts gar nicht eingegangen werden könne.<sup>36</sup> Die Rechtsfrage, ob also eine eigenhändige Unterschrift mittels «Tablet-Pen» auf einem «Touchscreen-Bildschirm» oder einem «Trackpad» als i.S.v. Art. 14 Abs. 1 OR abgegeben gilt, müsse daher nicht geklärt werden.<sup>37</sup> Jedoch erwähnt das Obergericht Zug sogleich die Lehrmeinung, wonach TS-Unterschriften der eigenhändigen Unterschrift nach Art. 14 Abs. 1 OR nur gleichkommen, wenn eine genügend hohe Auflösung sowie ein Aufzeichnen der Intensität des Schreibdrucks sichergestellt werden

30 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023, Sachverhalt 3.1.

31 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 11.

32 Vgl. dazu Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 3 (Nebenintervention), E. 7.2 (GV-Protokolle) und E. 8 (Berufung auf Rechtsmissbrauch).

33 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 5.

34 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 5 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A\_248/2015 vom 15. Januar 2016 E. 4.2ff.

35 Urteil des Bundesgerichts 4A\_248/2015 vom 15. Januar 2016 E. 6.1ff.

36 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 7.1.3.

37 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 7.1.3.

kann.<sup>38</sup> Das Obergericht schliesst also nicht *a priori* aus, dass eine eigenhändige TS-Unterschrift dem Schriftformerfordernis nach Art. 14 Abs. 1 OR genügen könnte. Vielmehr bemängelt es, dass der Gesuchsteller sich nicht mit den diesbezüglichen Argumenten (d.h. mit der Qualität der Auflösung sowie dem Aufzeichnen der Intensität des Schreibdrucks) auseinandergesetzt habe und deshalb die Frage nicht geklärt werden müsse.<sup>39</sup>

18 Klar verneint hat das Obergericht Zug schliesslich, dass die Nachbildung der Unterschrift mittels Scans dem Schriftformerfordernis genüge.<sup>40</sup> Ansonsten könnten natürliche Personen, um das Schriftformerfordernis zu erfüllen, ihre Unterschrift einscannen, beliebigen Dokumenten anhängen und diese als PDF-Dokument versenden. Damit würde jedoch die Anforderung, dass nur eine QES dem Schriftformerfordernis genüge, hinfällig werden.

### c) Würdigung und Fazit

19 Bezüglich TS-Unterschrift hat das Obergericht Zug wie erwähnt durchblicken lassen, dass es zumindest möglich wäre, eine solche Unterschrift der eigenständigen Unterschrift gleichzustellen, falls eine genügende Auflösung und der Schreibdruck nachgewiesen werden. Diese Offenheit ist zu begrüssen. Wie jedoch bereits zuvor unter der Übersicht zur diesbezüglichen überwiegenden Lehrmeinung festgehalten (vgl. oben Rz. 4 ff.), bliebe die Relevanz der Gleichstellung einer TS-Unterschrift mit der eigenhändigen Unterschrift nach Art. 14 Abs. 1 OR gering.

20 Im Übrigen erwähnt das Obergericht Zug nur kurz, dass eine eingescannte, nicht via Touchscreen oder Trackpad eingefügte Faksimile-Unterschrift dem Schriftformerfordernis nicht genüge.<sup>41</sup> Ein Grossteil der Lehre stellt sich dabei auf den Standpunkt, dass eine eingescannte Unterschrift nicht als handschriftlich i.S.v. Art. 14 Abs. 1 OR gelte, sondern als Faksimile-Unterschrift i.S.v. Art. 14 Abs. 2 OR zu verstehen sei.<sup>42</sup> Dies ist eine mechanisch

nachgebildete Unterschrift mittels Stempel, Drucker, Fotokopie oder Scan, welche eine Ausnahme zur eigenhändigen Unterschrift darstellt. Eine solche Unterschrift ist nur gleichwertig zur eigenhändigen Unterschrift, wenn die Faksimile-Unterschrift verkehrsblich ist. Ob dies zutrifft, ergibt sich üblicherweise aus dem Gesetz<sup>43</sup> oder muss durch ein Gericht bestätigt werden.<sup>44</sup> Im Zweifel ist die Verkehrsblichkeit deshalb tendenziell zu verneinen.

SCHWENZER/FOUNTOULAKIS weisen darauf hin, dass eine Unterschrift per Telefax auch als handschriftlich angesehen werde, und somit eine eingescannte Unterschrift, die auf einem Dokument angebracht und anschliessend per E-Mail verschickt werde, ebenfalls schriftlich im Sinne von Art. 13 bzw. 14 Abs. 1 OR erfolge.<sup>45</sup> Zudem könne oftmals kaum unterschieden werden, ob ein Scan eines Dokuments vorliege, bei dem die Unterschrift mitgescannt, oder bei dem eine separat eingescannte Unterschrift nachträglich per «drag and drop» eingefügt worden sei.<sup>46</sup>

Selbst wer versucht ist, dieser Argumentation zu folgen, wird im Einklang mit dem Obergericht Zug nicht abstreiten können, dass dies gerade eine Umgehung einer QES nach Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR darstellt, was *nota bene* auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS selber im Grundsatz einräumen.<sup>47</sup> Würde nämlich der vorgenannten Argumentation gefolgt, so wäre die QES schlichtweg hinfällig, was gerade Sinn und Zweck von Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR widerspräche. Eine eingescannte Unterschrift i.S.v. Art. 14 Abs. 2 OR wird deshalb nur in vereinzelt Fällen, sprich wenn die Verkehrsblichkeit bejaht werden kann, der handschriftlichen Unterschrift nach Art. 14 Abs. 1 OR gleichgestellt.

Zusammenfassend gibt das Urteil des Obergericht Zug rein rechtlich gesehen wenig Anlass zur Kritik.

38 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 7.1.3. Mit Hinweis auf WICKI-BIRCHLER/DOBEC (Fn. 21).

39 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 7.1.3.

40 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 7.1.4. Vgl. hierzu die Minderheitsmeinung von BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 13 N14c, welche sich dafür aussprechen, dass das Einscannen einer Unterschrift und Einfügen in ein elektronisches Dokument den Anforderungen nach Art. 14 Abs. 1 OR genüge.

41 Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 7.1.4; Bericht des Bundesrates zu ausgewählten Fragen (Fn. 1), S. 12.

42 WICKI-BIRCHLER/DOBEC (Fn. 21), S. 280; CHRISTOPH MÜLLER, in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 14 N16 (zit. BK OR-MÜLLER);

JULIA XOUDIS, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 15 N6.

43 Hauptanwendungsfall sind bspw. Wertpapiere oder Versicherungspolice, die in grosser Zahl ausgegeben werden; Art. 14 Abs. 2 OR; BK OR-MÜLLER, Art. 14 N36 ff.; vgl. auch das explizite Verbot von Faksimile Unterschriften bei Wechseln (Art. 1085 Abs. 2 OR) und Checks (Art. 1143 Abs. 1 Ziff. 20 OR).

44 WICKI-BIRCHLER/DOBEC (Fn. 21), S. 280.

45 BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 13 N14d.

46 BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 13 N14c und N14e; zur Frage, ob das Schriftlichkeitserfordernis durch den Austausch von PDF-Dateien erfüllt ist, bejahend DIETER GERIKE/TANJA IVANOVIC, Genügen PDF-Dateien dem Schriftformerfordernis?, SJZ 2017, S. 336 f.; vgl. auch WICKI-BIRCHLER/DOBEC (Fn. 21), S. 280 (insbesondere Fn. 21 m.w.H.) und S. 282.

47 BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 13 N14e *in fine*; Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14. Dezember 2023 E. 7.1.4 *in fine*.

#### d) Ausblick

- 24 Im Zusammenhang mit öffentlichen Urkunden soll in naher Zukunft ein rein elektronischer Prozess ermöglicht werden. Am 21. Juni 2023 wurde das Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat («DNG»)<sup>48</sup> verabschiedet. Aufgrund mangelnder Durchsetzung der QES in der breiten Öffentlichkeit sei nach dem Bundesrat hinsichtlich der Digitalisierung im Notariat auf praxisgerechte Alternativen zurückzugreifen:<sup>49</sup> Nach Art. 6 Abs. 2 DNG haben die Beteiligten die Möglichkeit, auf Tablet-Computern zu unterzeichnen, sofern diese die erforderlichen Mindestkriterien erfüllen. Das Gerät muss in der Lage sein, alle Merkmale einer Unterschrift wie Schreibgeschwindigkeit, Stiftwinkel, Druckausübung und möglicherweise weitere biometrische Daten zu erfassen, die als Sekundärdaten in dem unterzeichneten elektronischen Dokument gespeichert werden.<sup>50</sup> Die technischen Anforderungen für solche Geräte und die zulässigen Methoden für die Bestätigung der Parteien sind vom Bundesrat noch zu bestimmen.<sup>51</sup>
- 25 Auch hier ist es wie bei der Erlangung einer QES (dazu unten Rz. 29 ff.) von grosser Bedeutung, dass die technischen Anforderungen nicht zu hoch sein dürfen. MÜLLER schlägt deshalb vor, dass es ausreichen sollte, wenn eine Person auf die gleiche Weise unterschreiben kann, wie sie es heute mit einem Stift für Grafiktablets der aktuellen Generation kann.<sup>52</sup> Ein weiteres zentrales Thema bei der digitalen Beglaubigung wird die Identifizierung der Beteiligten sein. Bereits heute ist es beispielsweise kantonale unterschiedlich, ob für die Beglaubigung einer Unterschrift die jeweilige Person vor der Notarin anwesend sein muss, oder ob eine «Fernbeglaubigung», bspw. via Videotelefonie (MS Teams/Zoom) möglich ist.<sup>53</sup> Die vorgesehene Einführung der «E-ID» könnte in dieser Hinsicht Erleichterungen mit sich bringen (s. unten Rz. 47). Die Möglichkeit einer rein elektronisch durchgeführten öffentlichen Beurkundung könnte vor allem bei zu beglaubigenden virtuellen Generalversammlungen von Bedeutung sein, da so bspw. rein digitale Gründungen, Statutenänderungen oder Kapitalerhöhungen denkbar wären.
- 26 Die Referendumsfrist des DNG lief am 5. Oktober 2023 unbenutzt ab. Folglich hat der Bundesrat über die Ausführungsbestimmungen zum Gesetz und das Datum des

48 Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat vom 16. Juni 2023 (DNG; BBl 2023 1523).

49 Botschaft zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat vom 17. Dezember 2021 (BBl 2022 143), S. 24.

50 Botschaft Digitalisierung (Fn. 49), S. 24.

51 Botschaft Digitalisierung (Fn. 49), S. 24.

52 BK OR-MÜLLER, S. 68.

53 Soweit ersichtlich fehlt hierzu eine gefestigte Praxis des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (EHRA) oder einzelner Handelsregister (vgl. auch Art. 55 Schlusstitel ZGB, welcher die öffentliche Beurkundung der Kompetenz der Kantone zuweist).

Inkrafttretens zu bestimmen.<sup>54</sup> Bislang wurde noch kein Datum für das Inkrafttreten bekannt gegeben, laut dem Bundesamt für Justiz ist jedoch nicht vor dem 1. Januar 2027 damit zu rechnen.

### 3. Stellungnahme

Der Lehrmeinung, wonach eine TS-Unterschrift dem Schriftformerfordernis nach Art. 14 Abs. 1 OR bei Nachweis einer genügenden Auflösung und Erfassung der Druckfestigkeit nachkommt, kann zwar zugestimmt werden. Wie gezeigt, bilden TS-Unterschriften heutzutage – abgesehen vom erwähnten Fall der Empfangsbestätigung bei der Post<sup>55</sup> – weiterhin die Ausnahme und haben wenig Praxisrelevanz. Diese Lehrmeinung wird auch im zitierten Urteil des Obergerichts Zug wiederholt, weshalb das Urteil rechtlich gesehen wenig Anlass zur Kritik bietet.

Unbefriedigend ist aber weiterhin die geringe Anwendung der QES in der Schweiz, welche die oben erwähnten Problemfelder rund um TS- und Faksimile-Unterschriften beseitigen könnte. Fakt ist jedoch, dass die QES bis heute nur spärlich benutzt wird.<sup>56</sup> Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden auf diesbezüglich aktuelle Entwicklungen eingegangen.

## III. Qualifizierte elektronische Unterschrift

### 1. Studien zu QES

Im Jahr 2017 – rund zwölf Jahre nach der Einführung der QES<sup>57</sup> – hiess der Bundesrat den «Bericht über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft»<sup>58</sup> gut und beauftragte das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) gestützt auf Umfragen, den Revisionsbedarf bestehender wirtschaftspolitisch relevanter Gesetze im Hinblick auf die Digitalisierungsthematik zu untersuchen.

Im Jahr 2018 wurde basierend auf den Umfragen der Bericht «Digitaler Test» veröffentlicht.<sup>59</sup> Darin wurde unter anderem festgehalten, dass eine Mehrheit die Formvorschriften für bestimmte digitale Geschäftsmodelle als Hindernis ansehe. Die QES habe sich in der Praxis nicht durchgesetzt und damit erschwere sie einen rein

54 Botschaft Digitalisierung (Fn. 49), S. 38.

55 Vgl. oben Rz. 4 ff.

56 Vgl. die Ausführungen sogleich unter Rz. 29 ff.

57 Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR wurde per 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt.

58 Bericht des Bundesrates über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft vom 11. Januar 2017.

59 Ergebnisbericht der Umfrage «Digitaler Test», Überprüfung regulatorischer Hindernisse für die Digitalisierung vom 29. August 2018.

digitalen Prozessablauf. Daher bestehe ein Bedürfnis, bestehende Formvorschriften zu überprüfen und eventuell eine moderne Alternative zu suchen.<sup>60</sup>

31 Schliesslich wurde festgestellt, dass mehr als 1'700 gesetzliche Bestimmungen in 390 Rechtserlassen existieren, welche eine Schriftform verlangen. Da die Mehrheit der gesetzlichen Bestimmungen mit Formvorschriften das öffentliche Recht betreffen, wurde der Bericht auf dieses Rechtsgebiet beschränkt.<sup>61</sup> Nichtsdestotrotz wurde im Bericht «Digitaler Test» weiterhin festgestellt, dass die QES sich im alltägigen Geschäftsverkehr nicht durchgesetzt habe.<sup>62</sup> Begründet wurde dies damit, dass auf der Seite des Nutzers für die QES ein Aufwand für die Erstidentifikation bestehe, welcher oftmals überschätzt und deswegen gescheut werde.<sup>63</sup> Weiter bestehe auf der Seite des Herausgebers ein organisatorischer und technischer Initialaufwand und in der Schweiz herrsche eine freiwillige elektronische Abwicklung von Behördengeschäften, was zur Folge habe, dass eine Verbreitung der QES im Vergleich zum Ausland gehemmt resp. verlangsamt werde.<sup>64</sup> Hinsichtlich dieser Problematik wurden gemäss der Botschaft zur E-ID Anpassungen des ZertES vorgeschlagen (vgl. unten Rz. 48 f.).

32 Basierend auf den Bericht «Digitaler Test» wurde 2022 ein weiterer Bericht zur Überprüfung der Formvorschriften im öffentlichen Recht verfasst.<sup>65</sup> Darin wurde unter anderem festgehalten, dass eine allgemeine und gesetzübergreifende Rechtsänderung wie das Ersetzen sämtlicher Formvorschriften durch eine neue Textform nicht als zielführend angeschaut wird.<sup>66</sup>

## 2. QES im grenzüberschreitenden Verkehr

33 Gerade im internationalen Geschäftsverkehr wäre die QES ausgesprochen interessant. Durch rein elektronische Geschäftsprozesse könnten viel Zeit, Aufwand und Kosten eingespart werden, anstatt mit Originaldokumenten zu hantieren. Die EU<sup>67</sup> kennt ähnliche technische und

juristische Anforderungen an die QES wie die Schweiz, dennoch gibt es bis zum heutigen Zeitpunkt kein Abkommen, in dem elektronische Unterschriften gegenseitig anerkannt werden.<sup>68</sup> Zwar sieht die ZertES<sup>69</sup> vor, dass auch ausländische Anbieterinnen von der zuständigen schweizerischen Anerkennungsstelle anerkannt werden, soweit ersichtlich ist dies jedoch noch nicht geschehen.<sup>70</sup>

Exemplarisch zu grenzüberschreitenden Schwierigkeiten bei digitalen Unterschriften ist der Fall Stadler aus dem Jahr 2021 erwähnenswert, bei dem in Österreich ein Angebot mittels einer QES nach CH-Standard eingereicht wurde.<sup>71</sup> Das Angebot wurde später vom zuständigen Gericht als nichtig befunden, da die CH-QES in Österreich nicht gültig ist.<sup>72</sup> Entsprechend ist es bis dato nicht möglich, internationale Rechtsgeschäfte mit einer einzigen allgemein anerkannten QES abzuwickeln.<sup>73</sup>

Vielmehr wird man in der Praxis prüfen müssen, unter welchem Recht ein Dokument gültig zu unterzeichnen ist, bevor man die jeweils gültige QES wählt.<sup>74</sup> Eine Erleichterung ist diesbezüglich, dass man bspw. bei DocuSign, wenn man die QES nach Schweizer Recht erlangt hat, auch über eine gültige EU-QES verfügt. Alternativ regeln die Parteien die Zulässigkeit von digitalen Unterschriften insofern, als dass sie vereinbaren, dass sie die in den jeweiligen Ländern zugelassenen digitalen Unterschriften als gleichwertig und zulässig erachten. Zudem verzichten sie auf die Einrede der Ungültigkeit der verwendeten digitalen Unterschriften, sofern die jeweilige digitale Unterschrift bspw. mit DocuSign oder mit einer anderen im jeweiligen Land gültigen digitalen Unterschrift unterzeichnet wurde. Diese Regelung funktioniert selbstredend nur unter Privaten und wird von Behörden im Falle einer Missachtung eines Formerfordernisses mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht geschützt werden.

60 Ergebnisbericht der Umfrage «Digitaler Test» (Fn. 59), S. 40.

61 Ergebnisbericht der Umfrage «Digitaler Test» (Fn. 59), S. 4.

62 Ergebnisbericht der Umfrage «Digitaler Test» (Fn. 59), S. 6.

63 Stellungnahme des Bundesrates auf die Interpellation 18.3814 Schneeberger «Hürden für die digitale Unterschrift abbauen» vom 24. September 2018. Anzumerken bleibt, dass die Erstidentifikation mittlerweile via Web-Applikation und einem gültigen Ausweisdokument erfolgen kann und der Initialaufwand deshalb überschaubar wäre.

64 Stellungnahme des Bundesrates Interpellation 18.3814 (Fn. 64).

65 Bericht zur Überprüfung der Formvorschriften im öffentlichen Recht vom 10. Juni 2022.

66 Bericht Formvorschriften (Fn. 65), S. 31.

67 Verordnung Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (eIDAS).

68 Website des Bundesamts für Kommunikation BAKOM, Elektronische Signatur.

69 Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (ZertES; SR 943.03).

70 Art. 3 Abs. 2 ZertES.

71 Tagesanzeiger vom 21. September 2021 (Panne bei Unterschrift – Stadler verliert Milliarden-Auftrag).

72 Tagesanzeiger vom 21. September 2021 (Panne bei Unterschrift – Stadler verliert Milliarden-Auftrag).

73 Vgl. die hilfreichen FAQ des Bundesamts für Informatik und Telekommunikation BIT zu digitalen Signaturen; Urteil des Bundesgerichts 5A\_503/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 3.3 zu den Voraussetzungen, wenn ein Anwalt, welcher in Deutschland zugelassen ist, eine Beschwerde elektronisch an einem CH-Gericht einreichen will.

74 FABIAN AKERET / ANDREAS SUTER, Die qualifizierte elektronische Signatur in der Verwaltungspraxis, Recht relevant. für Verwaltungsräte 2/2022, S. 9.

### 3. 2021: QES im Handelsregisterrecht

- 36 Per 1. Januar 2021 wurde die Handelsregisterverordnung modernisiert. Unter anderem wurden elektronische Eingaben an das Handelsregisteramt ermöglicht, sofern diese mit einer QES versehen sind.<sup>75</sup> Dementsprechend ist eine gesetzliche Grundlage vorhanden, die einen rein elektronischen Prozess für Handelsregistereingaben ermöglichen würde. Mittlerweile haben einige Kantone bereits Plattformen entwickelt, welche den rein digitalen Prozess möglich machen sollen.<sup>76</sup>
- 37 Nichtsdestotrotz stellt sich wiederum die Frage nach dem Aufwand der Erlangung der QES. Es darf davon ausgegangen werden, dass viele Anwälte über eine QES verfügen, nicht jedoch die Personen, welche Anmeldungen und Belege an das Handelsregister unterzeichnen müssen. Allenfalls wäre jedoch eine Umgehung mittels Vollmacht möglich, laut Handelsregisterverordnung kann nämlich eine bevollmächtigte Drittperson die Anmeldung unterzeichnen.<sup>77</sup> Mit dieser Neuheit soll die Anmeldung durch Anwälte und Notare namens der Klientschaft vereinfacht werden.<sup>78</sup> Die Vollmacht stellt keinen Beleg i.S.v. Art. 20 HRegV dar und muss deshalb nicht im Original oder als beglaubigte Kopie eingereicht werden; eine einfache Kopie reicht.<sup>79</sup> Dies betrifft jedoch lediglich die Anmeldung und nicht die Belege selbst, welche als Original eingereicht werden müssen, weshalb der Umweg über die genannte Vollmacht nur bedingt hilft.

### 4. Stellungnahme

- 38 Obwohl es mittlerweile eine Vielzahl von Anbietern<sup>80</sup> elektronischer Unterschriften gibt, hat sich die QES bisher nicht durchgesetzt und die oben genannten Rechtsgeschäfte werden weiterhin mehrheitlich handschriftlich abgeschlossen.<sup>81</sup> Nach Ansicht der Autorenschaft liegt das Hauptproblem nicht per se an der QES, welche grundsätzlich ein zuverlässigeres Instrument als die handschriftliche Unterschrift wäre, sondern deren spärlicher Verbreitung. Eine QES ist nämlich mittlerweile vergleichbar einfach zu erlangen, d.h. die Einmal-Identifikation

<sup>75</sup> Art. 12c Abs. 1 lit. b HRegV.

<sup>76</sup> Bspw. die Handelsregisterämter der Kantone Bern, Zürich, Zug, Luzern, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Tessin, Solothurn, Genf und Thurgau (Stand August 2024).

<sup>77</sup> Art. 17 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 17 Abs. 3 HRegV.

<sup>78</sup> Änderung der Handelsregisterverordnung und der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister; Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 20. Februar 2019, S. 6.

<sup>79</sup> ALEXANDER VOGEL, in: Orell Füssli Kommentar, HRegV, 2. Aufl., Zürich 2023, Art. 20 und Art. 95.

<sup>80</sup> Die aktuelle Liste der Anbieter von Zertifizierungsdiensten kann auf der Website der Schweizerischen Akkreditierungsstelle, Elektronische Signatur eingesehen werden.

<sup>81</sup> Bericht zur Überprüfung der Formvorschriften (Fn. 65), S. 6.

kann auch via Web-Applikation erfolgen und ein Besuch vor Ort bei einem der Anbieter ist nicht mehr nötig.<sup>82</sup> Zudem kann ein Dokument, welches mit einer QES unterzeichnet wird, im Nachgang jederzeit via Validator.ch<sup>83</sup> verifiziert werden, weshalb eine QES im Vergleich zu einer eigenhändigen Unterschrift als manipulationssicherer gilt. Das «Hauptproblem» liegt wohl daran, dass (glücklicherweise) die meisten Verträge aufgrund der Formfreiheit, wenn rein elektronisch abgeschlossen, gar keiner QES bedürfen und somit in der breiten Öffentlichkeit keine Notwendigkeit herrscht, eine QES zu erlangen. Nichtsdestotrotz ist zu hoffen, dass Wirtschaftsakteure, gerade im Gesellschaftsrecht, mehr und mehr über eine QES verfügen, um Prozesse im Gesellschaftsrecht, wie einleitend<sup>84</sup> beschrieben, zu vereinfachen bzw. zu beschleunigen.

## IV. Sonstige Entwicklungen zu digitalen Unterschriften

Nebst Ausführungen zur TS-Unterschrift und der QES werden nachstehend einige allgemeine Entwicklungen zu digitalen Unterschriften dargestellt, welche Grund zur Hoffnung geben, dass digitales Signieren von formbedürftigen Rechtsgeschäften zukünftig vereinfacht werden könnte.

### 1. 2021: Gutachten Eggen zur Modernisierung der Formerfordernisse im Zessionsrecht

Ausgehend von den Ergebnissen des «digitalen Tests» (vgl. oben Rz. 29 ff.) und den neusten Entwicklungen im Bereich Blockchain und Distributed Ledger-Technologie (DLT) im Finanzsektor, hat der Bundesrat das EJPD beauftragt, das Schriftformerfordernis bei Zessionen (Art. 165 Abs. 1 OR) zu überprüfen. Im Rahmen ihres Gutachtens spricht Prof. Mirjam Eggen einleitend davon, dass das genannte Schriftformerfordernis «eines der meistgenannten möglichen Formhindernisse im Zivilrecht» sei.<sup>85</sup>

Sie führt weiter an, dass die QES zwar in der Praxis die eigenhändige Unterschrift zu ersetzen vermöge, sich jedoch laut Interviews in der Praxis nicht durchgesetzt habe.<sup>86</sup> Das Hauptproblem der QES liege – einmal mehr

<sup>82</sup> Vgl. dazu bspw. den Service von Swisscom Sign, bei der zur Identifikation via Web-Applikation bloss ein gültiges Ausweisdokument nötig ist.

<sup>83</sup> Der Validator überprüft elektronisch signierte Dokumente gemäss den Vorgaben des ZertES und der Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen vom 8. Dezember 2017 (EÖBV; SR 211.435.1).

<sup>84</sup> Vgl. oben Rz. 1 ff.

<sup>85</sup> MIRJAM EGGEN, Modernisierung der Formerfordernisse bei der Übertragung von Rechten (Zession und Wertpapierrecht), Teil 2: Zessionsrecht, Rechtliches Gutachten vom 26. Juni 2021, Rz. 1 und Rz. 2.

<sup>86</sup> EGGEN (Fn. 85), N117.



betont – in der fehlenden Akzeptanz und somit Durchsetzung in der Praxis.<sup>87</sup> Finanzinstitute fügen an, dass ihre Kundschaft nicht über eine QES verfüge und auch deren Erwerb für sie nicht in Frage komme.<sup>88</sup> Eine Anpassung des Schriftformerfordernisses sei auch gemäss einer Vielzahl der Befragten wünschenswert, wobei unterschiedliche Lösungsvorschläge unterbreitet worden seien, namentlich die Beseitigung der Voraussetzung der eigenhändigen Unterschrift.<sup>89</sup>

- 42 EGGEN zeigt in ihrem Gutachten mehrere Lösungsvarianten auf, wie das Schriftformerfordernis bei Zessionen geändert werden könnte. Eine erste mögliche Variante wäre, ein Register mit Forderungen zu führen, bei dem eine Übertragung registriert werden muss.<sup>90</sup> Die im Register eingetragenen Forderungen hätten in diesem Falle eine wertpapierähnliche Beschaffenheit und die Registrierung allein würde als Formerfordernis genügen. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Eröffnung eines Registers nicht ebenso aufwendig ist wie die bisherige Handhabung, weshalb diese Variante von der Autorin verworfen wird.<sup>91</sup>
- 43 Die zweite Variante bestünde darin, die Anforderungen für eine QES zu überarbeiten, zum Beispiel indem die Voraussetzungen für die Ausstellung des QES-Zertifikats geringer angesetzt werden oder ein tieferer ZertES-Signaturstandard festgelegt wird.<sup>92</sup> EGGEN lässt eine genauere Ausführung der technischen Details und der Ausgestaltung dieser weniger hohen Anforderungen in ihrem Gutachten offen, spricht sich aber ablehnend gegenüber der praktischen Durchsetzung dieser Variante aus.<sup>93</sup>
- 44 Die dritte Variante bestünde in einem digitalen Authentizitäts- und Integritätsnachweis (nachfolgend der «Digitale Nachweis» genannt).<sup>94</sup> Notwendig sei nebst diesem Nachweis die Erfüllung der Kriterien der Dauerhaftigkeit und der Lesbarkeit der Unterschrift.<sup>95</sup> Der Vorteil dieser Variante liegt laut EGGEN darin, dass den Parteien hierbei nicht ein übermässig hoher Aufwand zukomme, weshalb es sich um eine praxistaugliche Alternative handle.<sup>96</sup> Zudem könne die konkrete Umsetzung frei gestaltet werden. Allerdings weise diese Variante die Gefahr der Fälschung von Nachweisen auf, was jedoch auch bei der

eigenhändigen Unterschrift nicht ausgeschlossen werden könne und den entsprechenden Strafbestimmungen unterliege.<sup>97</sup>

Anknüpfend an die dritte Variante schlägt EGGEN schliesslich eine Änderung von Art. 165 Abs. 1 OR vor. Konkret solle eine Abtretung schriftlich «oder in einer anderen Textform erfolgen, die den Nachweis über die Authentizität und die Integrität des Textes ermöglicht».<sup>98</sup>

Die «andere Textform» spielt hier auf den Digitalen Nachweis an, welcher als Alternative zur einfachen Schriftlichkeit fungieren soll.<sup>99</sup> Ein ähnlicher Wortlaut besteht bereits heute bei den Formvorschriften zu Gerichtsstands-<sup>100</sup> oder Schiedsvereinbarungen<sup>101</sup>. Die Parteien können somit wählen, ob sie bei der bisherigen einfachen Schriftlichkeit nach Art. 14 Abs. 1 oder Abs. 2<sup>bis</sup> OR bleiben, oder eigenständig wählen, welche Hilfsmittel sie beziehen möchten, um die Anforderungen an die Authentizität bzw. Integrität zu wahren.<sup>102</sup> Insbesondere bei Nachweis der Authentizität spricht EGGEN hier auf die Einführung einer E-ID an (dazu sogleich). Bezüglich der Integrität des Textes, d.h. dass die fragliche Erklärung nachträglich nicht abgeändert wurde, solle eine fortgeschrittene elektronische Signatur (FES) genügen, wobei auch Fälle vorstellbar sind, wo auf eine FES verzichtet werden könne.<sup>103</sup>

## 2. 2023: Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste «E-ID»

Obschon im März 2021 das Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste («E-ID») vom Volk abgelehnt wurde<sup>104</sup>, war unbestritten, dass die Notwendigkeit einer E-ID besteht. Der Zweck dieses Bundesgesetzes ist die Förderung der Sicherheit im Geschäftsverkehr unter Privaten, Unternehmen und Behörden. Mittels elektronischer Identität soll die korrekte und sichere Ausweisung im digitalen Bereich möglich sein. Auf dem Wege von Motionen, bis hin zur erneuten Vernehmlassung zum neuen E-ID-Gesetz, verabschiedete der Bundesrat am 22. November 2023 den Gesetzesentwurf<sup>105</sup> und die

87 EGGEN (Fn. 85), N117.

88 EGGEN (Fn. 85), N117.

89 EGGEN (Fn. 85), N130.

90 EGGEN (Fn. 85), N269.

91 EGGEN (Fn. 85), N269 ff.

92 EGGEN (Fn. 85), N274.

93 EGGEN (Fn. 85), N287.

94 EGGEN (Fn. 85), N288; vgl. mehr dazu unten unter Rz. 47.

95 EGGEN (Fn. 85), N288 ff.

96 EGGEN (Fn. 85), N294.

97 EGGEN (Fn. 85), N293 ff.

98 EGGEN (Fn. 85), N309.

99 EGGEN (Fn. 85), N310.

100 Art. 17 Abs. 1 ZPO (Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]).

101 Art. 358 Abs. 1 ZPO (Binnenschiedsgerichtsbarkeit) bzw. Art. 178 Abs. 1 ZPO.

102 EGGEN (Fn. 85), N311.

103 Art. 2 lit. b. ZertES. Vgl. Beispiele dazu bei EGGEN (Fn. 85), N320 ff.

104 Website des Bundesamts für Justiz BJ, Staatliche E-ID.

105 Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2023 (E-ID: Bundesrat verabschiedet Botschaft).

Botschaft<sup>106</sup> zuhanden des Parlaments. Im Vergleich zu vorher soll der Bund die Infrastruktur zum Ausstellen, Widerrufen, Überprüfen, Aufbewahren und Vorweisen von elektronischen Nachweisen wie bspw. Pass/ID zur Verfügung stellen. Weiter soll das E-ID-Gesetz gewährleisten, dass die Art und das Ausmass der Datenbearbeitung dem Grundrechtsschutz der Persönlichkeit angemessen und geeignet sind. Das Gesetz soll unter anderem auch den Zugang zu QES erleichtern. Durch den Identitätsnachweis durch eine E-ID ist kein persönliches Erscheinen der Person notwendig, welche eine QES erhalten möchte.<sup>107</sup> Ein persönliches Erscheinen ist jedoch bereits heute nicht mehr nötig, sofern die Konformitätsbewertungsstelle KPMG bestätigt hat, dass das verwendete Verfahren zur Personenidentifikation eine gleichwertige Sicherheit zum persönlichen Erscheinen bietet.<sup>108</sup>

### 3. 2023: Aktienrechtsrevision

48 Mit der Revision des Aktienrechts per 1. Januar 2023 wurde die Möglichkeit von virtuellen Generalversammlungen geschaffen.<sup>109</sup> Im Vordergrund steht dabei auch der Einsatz elektronischer Mittel im Zusammenhang mit Generalversammlungen. Ein zentrales Thema bei der virtuellen Generalversammlung bildet die Sicherstellung der Identität der Teilnehmer. Grundsätzlich nimmt der Aktionär selber teil, er kann jedoch jemanden schriftlich dazu bevollmächtigen. Art. 689a Abs. 4 OR hält nun fest, dass im Zusammenhang mit der Vertretung in der Generalversammlung der Verwaltungsrat «weitere Formen der Berechtigung gegenüber der Gesellschaft zulassen». Laut der Botschaft kann dieser Nachweis durch elektronische Bevollmächtigung erfolgen, und zwar mit oder ohne QES.<sup>110</sup> Will eine Gesellschaft davon Gebrauch machen, empfiehlt es sich, die Vertretung auch in den Statuten zu regeln, um den Handlungsspielraum des Verwaltungsrats bezüglich Bevollmächtigung an der Generalversammlung auszuweiten.

49 Ebenfalls im Zuge der Aktienrechtsrevision wurde der «GV-Zirkularbeschluss»<sup>111</sup> eingeführt, welcher bisher

106 Botschaft zum Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise vom 22. November 2023 (BBl 2023 2842).

107 Entwurf des Bundesgesetzes über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise (E-ID-Gesetz, BGEID; BBl 2023 2843), Anhang.

108 Art. 7 Abs. 1 VZertES (Verordnung über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate vom 23. November 2016 [VZertES; SR 943.032]).

109 Art. 701d OR. Demnach kann eine Generalversammlung mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden, wenn die Statuten dies vorsehen. Ebenfalls möglich ist ein Tagungsort im Ausland bei entsprechend statutarischer Grundlage (Art. 701b OR).

110 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016 (BBl 2017 399), S. 533.

111 Art. 701 Abs. 1 OR, wonach eine Generalversammlung ebenfalls ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften

nur bei der GmbH<sup>112</sup> möglich war. Der Beschluss muss aber nicht schriftlich, sondern kann auch bloss elektronisch erfolgen, bspw. mittels DocuSign und ohne QES. Im gleichen Zug sind beim Verwaltungsrat neu Zirkularbeschlüsse ausschliesslich mit elektronischen Mitteln, bspw. per Chat oder DocuSign und damit ohne QES zulässig.<sup>113</sup> In diesem Fall ist vorbehaltlich einer anders lautenden Regelung in einem Organisationsreglement keine Unterschrift erforderlich.

### 4. 2024: Projekt Justitia 4.0

Justitia 4.0 ist ein Digitalisierungsprojekt der Schweizer Justiz. Durch dieses Projekt sollen Papierakten durch elektronische Dossiers ersetzt und der Rechtsverkehr mit Verfahrensbeteiligten elektronisch ermöglicht werden. Dafür soll eine hochsichere, zentrale Plattform aufgebaut werden, welche von einer vom Bund und den Kantonen gehaltenen öffentlich-rechtlichen Körperschaft betrieben werden soll. Die gesetzliche Grundlage bildet das Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ).<sup>114</sup> Dabei soll das Anbringen einer physischen Unterschrift resp. einer QES nicht mehr erforderlich sein – der Absender wird mit der digitalen Identität authentifiziert. Die Detailberatung der Vorlage in der Rechtskommission ist zurzeit noch im Gang.<sup>115</sup>

## V. Fazit

Der vorliegende Beitrag hat einleitend die TS-Unterschrift aus Sicht von Lehre und Rechtsprechung näher unter die Lupe genommen. Die überwiegende Lehre ist der Meinung, dass eine solche Unterschrift der eigenhändigen Unterschrift nach Art. 14 Abs. 1 OR gleichgestellt werden kann, sofern der Touchscreen eine genügend hohe Auflösung aufweise und die Druckfestigkeit erfasst werde. Dies hat auch das Obergericht des Kantons Zug bestätigt, womit sich – soweit ersichtlich – das erste Mal ein Schweizer Gericht mit dieser Frage näher beschäftigt hat. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug gibt denn auch wenig Anlass zur Kritik. Eine praktische Relevanz der erwähnten Gleichstellung der TS-Unterschrift mit Art. 14

abgehalten werden kann, wenn die Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen, sofern nicht ein Aktionär oder dessen Vertreter die mündliche Beratung verlangt.

112 Vgl. den aufgehobenen Art. 805 Abs. 4 OR («Beschlüsse können auch schriftlich gefasst werden, sofern nicht ein Gesellschafter die mündliche Beratung verlangt.») bzw. neu Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 3 OR.

113 Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

114 Botschaft zum Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz vom 15. Februar 2023 (BBl 2023 679). Unter die Anbieter, welche reine Fern-Identifikation anbieten, fallen bspw. Skribble, Swisscom oder SwissID Sign.

115 Vgl. Geschäft Nr. 23.022 des Bundesrates.

Abs. 1 OR fehlt jedoch, da formbedürftige Geschäfte im Gesellschaftsrecht in den wenigsten Fällen mit einer solchen Unterschrift geschlossen werden, sondern weiterhin handschriftlich. Dies dürfte sich zumindest bei notariellen Geschäften ändern, da das DNG das Unterzeichnen auf Tablet-Computern explizit vorsieht.

52 Im Weiteren wurden aktuelle Entwicklungen rund um die QES erläutert. Diese hat bisher wenig Verbreitung gefunden, obschon es mittlerweile diverse Anbieter gäbe, die eine QES nach Schweizer und EU-Recht offerieren. Als Grund dafür wird oft der mühsame Identifikationsprozess angeführt, obwohl dieser heute bei den meisten Anbietern über eine Web-Applikation und mittels eines Ausweisdokuments sehr einfach «remote» erfolgt.<sup>116</sup> Zudem wären gerade im Gesellschaftsrecht bereits diverse Handelsregister bereit, Dokumente rein elektronisch mit einer

116 So auch STEFAN AEBERHARD, *Pratique contractuelle et signature électronique*, Expert Focus 6/2023, S. 280, welcher in Aussicht stellt, dass man mit diesen Vereinfachungen allenfalls den Durchbruch der QES in der Geschäftswelt erleben wird.

QES versehen zu bearbeiten. Weiter kann in grenzüberschreitenden Transaktionen der pragmatische Weg gewählt werden, indem man die QES in unterschiedlichen Ländern als gleichwertig erachtet und auf die Einrede der Ungültigkeit verzichtet. Unter Privaten mag dies ein gangbarer Weg sein, dürfte jedoch bei Missachtung eines Formanfordernisses von Gerichten nicht geschützt werden.

Schliesslich wurden weitere Entwicklungen rund um die digitale Unterschrift aufgezeigt. Zentral scheint hier die geplante Einführung einer E-ID, mit der die korrekte und sichere Ausweisung im digitalen Bereich möglich wird. Die E-ID soll auch im Rechtsverkehr mit Behörden eingesetzt werden können, wobei auch hier die parlamentarischen Debatten im Gang sind. Bestenfalls wird die E-ID ein Umdenken in der Bevölkerung auslösen, vorerst bei formfreien Rechtsgeschäften elektronische Unterschriften zu benutzen, was die Hemmschwelle zur Benutzung einer QES senken könnte. Dies wiederum würde dazu führen, dass gerade im Gesellschaftsrecht Verträge und Prozesse erheblich vereinfacht würden, was sämtlichen beteiligten Parteien zugutekäme.

### Abstract

*Bien que la plupart des actes juridiques puissent être conclus sans exigences formelles, le droit des sociétés impose souvent des conditions spécifiques, comme l'obligation d'une forme écrite. Avec la numérisation, des questions pratiques se posent concernant l'utilisation de la signature sur un écran tactile et la signature électronique qualifiée (SEQ), qui demeure pour l'heure peu utilisée. Cet article examine les développements récents sur ces sujets et analyse une décision du Tribunal cantonal de Zoug, qui est la première autorité helvétique à s'être prononcée sur cette question.*