

Digital Day SVIT Schweiz

vom 21. September 2020

«Digitale Unterschrift»

– KOSMOS Eventlocation –

Dr. Boris Grell, LL.M., Fachanwalt SAV
Bau- und Immobilienrecht

Obstgartenstrasse 28
CH-8006 Zürich

Tel. +41 (0)44 350 33 11
Fax +41 (0)44 350 33 20

boris.grell@grell-law.ch

Agenda

Vorstellung des Dozenten und Einführung
in die Themen

Programm: Inhaltlicher / zeitlicher **Aufbau**
und Ablauf

Vorstellung des Dozenten

Boris Thorsten Grell

Geboren 1973 in Basel und aufgewachsen in Zürich

1997 / 1998 Lizenziat und Doktorarbeit zur Raubkunst

1999 / 2000 Auditor am Bezirksgericht Zürich

2000 / 2001 Substitut bei Niederer Kraft & Frey Rechtsanwälte

2001 / 2002 Vorbereitung und Prüfungen Rechtsanwalt in Zürich

2002 / 2003 Rechtsanwalt bei Wenger Plattner Rechtsanwälte

2003 / 2004 Nachdiplomstudium an Boston University

2004 / 2015 Rechtsanwalt bei Hodler Rechtsanwälte (Partner ab 2010)

2012 Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

2016 Anwaltskanzlei Grell

Publikationsliste (-> www.grell-law.ch)

Zeitlicher Ablauf

12:00 Uhr bis 12:45 Uhr

- Vortrag zum Thema

12:45 Uhr bis 13:00 Uhr

- Fragerunde und Erfahrungsaustausch

Ablauf **Übersicht** / Themengruppen

- Einführung ins Thema
 - **Begrifflichkeiten**
 - **Gültigkeits**voraussetzung oder **Beweis**funktion?
- Spezielle Rechtsgrundlagen / Schriftlichkeit
- Welche **Bereiche** / **Abläufe** sind betroffen?
 - Fokus auf Immobilien**bewirtschaftung**, aber auch
 - Stockwerkeigentum
 - Immobilien-**Vermarktung**
 - Immobilientrans**aktionen** / **Grundbuche**inträge
 - etc.

Ablauf **Übersicht** / Themengruppen

- Folgediskussionen / **Praxisaustausch**:
 - **Optimierung** / Änderung betriebliche **Abläufe**
 - Anpassungen bei der **Datenpflege** und der **Aufbewahrung**
- Zusammen mit **Marco Kisslig** / Wincasa

Digitale Unterschrift

Einführung ins Thema

- Digitalisierung als **Chance** und nicht nur als **Risiko!**
 - → «digital **amnesia**», aber auch:
 - **Brand** Bibliothek von Alexandria contra «**Google Books**»

Digitale Unterschrift

Einführung ins Thema (Forts.)

- «**Digital**» und «**Unterschrift**»
 - Ein **gegensätzliches** Begriffspaar
- Im digitalen Zeitalter:
 - **Was ist überhaupt** eine «**Original**-Unterschrift» oder ein «**Original**-Dokument»?

Digitale Unterschrift

Einführung ins Thema / Begrifflichkeiten

- «**Unterschrift**» = ?
 - Klassisch: **Eigenhändige** Schriftlichkeit mit **Identifikationsfunktion** des Erstellers **im Original**
 - Daher: E-Mail, SMS **ungenügend**
- «**Digital**» = ?
 - **Besser**: «elektronisch» / «elektronische Signatur»

Digitale Unterschrift

Einführung ins Thema / Begrifflichkeiten

- «**Faksimile Unterschrift**»
 - Auf **mechanischem** Weg nachgebildete Unterschrift (wie Unterschriften-**Stempel** oder **einkopierte [PDF-]** Unterschrift)
 - **OR 14 Abs. 2**: «Gebrauch **im Verkehr üblich**», z.B. im Wertschriftenhandel möglich
 - Und in der **Immobilienbranche** «üblich»?
 - insb. bei **Mietzinserhöhungen** in grosser Anzahl?
 - bislang **nicht** (BGer 4C.110/2003 vom 8. Juli 2003)
 - **Also**: Ungenügend / **keine** digitale / elektronische Signatur
 - Parlamentarische **Initiative** Olivier Feller (2016)

Digitale Unterschrift

Gültigkeitserfordernis ca. Beweisfunktion

- Zivilrechtliche Grundsätze
 - Vertrags- und Abschlussfreiheit
 - **Formfreiheit**
 - Parteiautonomie
- Also: Formvorschriften als Gültigkeitserfordernis
 - nur **ausnahmsweise!**
 - Schutz verhandlungs-«schwächere» Vertragsperson
 - Schutz vor überstürzten Verpflichtungen

Digitale Unterschrift

Gültigkeitserfordernis ca. Beweisfunktion

- Verschiedene Abstufungen für Gültigkeit
 - **Einfache** Schriftlichkeit = → Unterschrift (OR 13 – 15)
 - **Qualifizierte** Schriftlichkeit
 - insb. bei Bürgschaft, Testament
 - **Formularpflichten**
 - wie Kündigung durch Vermieter, einseitige Vertragsänderung, Anfangsmietzins
 - **Mitteilung** an / Zustimmungen **Drittpersonen** (ZGB 169, OR 266m)

Digitale Unterschrift

Gültigkeitserfordernis ca. Beweisfunktion

- Wer **schreibt, gewinnt!**
- Durchsetzbarkeit / **Beweise** im Gerichtsprozess
 - **ZPO** 168 lit. b i.V.m. ZPO 177: **Urkunde** / Urkundenqualität
 - Schriftstücke, Pläne, Zeichnungen, Fotos, aber u.a. auch
 - «**elektronische Dateien und dergleichen**»
 - «**genuin digitale**» Daten sowie
 - **eigescannte** Papierdokumente.
 - Nur die **Datei** ist ein Dokument, **nicht: der Datenträger!**

Digitale Unterschrift

Gültigkeitserfordernis ca. Beweisfunktion

- **Durchsetzbarkeit / Beweise** im Gerichtsprozess (Forts.)
 - ZPO 168 lit. b i.V.m. ZPO 177: Urkunde / Urkundenqualität
 - Der **Ausdruck eines PDF-files** ist **zulässig** und grundsätzlich **ausreichend**.
 - ZPO 178: **Echtheit** einer Urkunde wird **vermutet**. Blosses **Bestreiten** der Echtheit **reicht nicht** aus.
 - **ZPO 180**: Urkunde kann **als Kopie ins Recht** gelegt werden. Original nur notwendig, wenn «**berechtigte Zweifel** an der Echtheit bestehen»

Digitale Unterschrift

Gültigkeitserfordernis ca. Beweisfunktion

- Durchsetzbarkeit / **Beweise** im Gerichtsprozess (Forts.)
 - Nachweis Zustellung **digitales Abgabe-Protokoll** per **E-Mail**
 - Aufforderung an **Provider** für Nachweis der **Zustellung** zum Beweis der (sofortigen) Mängelrüge (OR 267a)
 - Konkret: Noch **nie einen solchen Fall gehabt**, insb. mit E-Mails und deren Echtheit **bei regelmässigen** E-Mail Korrespondenzen

Digitale Unterschrift

Welche **Bereiche** / **Abläufe** sind betroffen?

- Gesetzliche und vertraglich vereinbarte (!)
Formvorschriften / Schriftlichkeitsvorbehalte
- In der **Immobilien-Bewirtschaftung**
 - v. a. **Mietrecht**
 - besonders **viele gesetzliche** Formvorschriften als **Gültigkeitserfordernisse**
 - insb. Abnahmen / Abnahme**protokolle?**

Digitale Unterschrift

Welche Bereiche / Abläufe sind betroffen?

- **Gesetzliche** und **vertraglich** vereinbarte (!)
Formvorschriften / Schriftlichkeitsvorbehalte
- Immobilien-Bewirtschaftung (Forts.)
 - **Stockwerkeigentum** / Versammlungs**protokolle**
 - allgemeine Dossier-Führung / Datenverwaltung / Datenaufbewahrung
- Immobilien-Vermarktung / **Maklerrecht**
- Immobilien-Verkäufe
- Inkasso, etc.

Digitale Unterschrift

Spezielle Rechtsgrundlagen

- OR 14 Abs. 2bis: «**Qualifizierte elektronische Signatur**»
 - **Bundesgesetz** über die elektronische Signatur (2005/2016; SR 943.03; **ZertES**)
 - samt Verordnung (SR 943.032, VZertES)
 - Inputs und Auslegeordnung von **Marco Kissling**:
 - **Risikoabwägung** / Risikomanagement in der **Praxis**
 - **ca. rechtlich** korrekte Grundlagen und Umsetzung

Digitale Unterschrift

Spezielle Rechtsgrundlagen

- Bundesgesetz über die elektronische Signatur (Forts.)
 - Sicherstellung Authentizität (Absender / Herkunft) und Integrität (inkl. Unveränderbarkeit Inhalt)
 - Anwendungsbereich: v.a. für Versand via E-Mails, (noch) nicht SMS / MMS
 - Sukzessive Verabschiedung von Materialisierung des Unterschriftsträgers / «Original-Begriff»
 - Gesicherte / unveränderbare Aufzeichnung in dauerhaftem, immateriellem Erklärungsträger möglich

Digitale Unterschrift

Spezielle Rechtsgrundlagen

- Bundesgesetz über die elektronische Signatur (Forts.)
 - Anbieter-Anerkennung für Zertifizierungsdienste samt deren Rechte und Pflichten
 - Anforderungen an die Qualität / v.a. technische Rahmenbedingungen für Bereitstellung
 - elektronische Signatur
 - elektronisches Siegel
 - elektronischer Zeitstempel
 - digitale Zertifikate

Digitale Unterschrift

Weitere Rechtsgrundlagen

- Gesetzliche **Formvorschriften (Auswahl)**
 - **Mietrecht** (Auswahl; zwingend, keine Abweichung möglich)
 - **Nicht: Abschluss** Mietvertrag
 - » selbst bei Pflicht zur Verwendung Anfangs-Mietzinsformular (→ nur Mietzinshöhe ungültig)
 - » Vorbehalt: Vormerkungsvereinbarung / zugehöriger Grundbucheintrag (GBV 71 Abs. 1)
 - OR 257**d** Abs. 1 (Abmahnung **Zahlungsverzug**)
 - OR 257**f** Abs. 3 (Abmahnung Sorgfaltspflichtsverletzung)

Digitale Unterschrift

Weitere Rechtsgrundlagen / Schriftlichkeit

- Gesetzliche Formvorschriften (Auswahl)
 - **Mietrecht** (Auswahl)
 - OR 259g Abs. 1 (**Fristansetzung** Mieter für **Mängelbeseitigung**)
 - OR 260a Abs. 2 und 3 (**Mieterausbauten**)
 - OR 263 Abs. 1 (Zustimmung Vm zur **Übertragung Geschäftsmietvertrag**)
 - OR 266I (**Kündigung** durch **Mieter**)
 - OR 270a Abs. 2 (Mietzins-**Herabsetzungsbegehren**)

Digitale Unterschrift

Weitere Rechtsgrundlagen / Schriftlichkeit

- Gesetzliche Formvorschriften (Auswahl)
 - **Stockwerkeigentum** (ZGB 712a ff., ZGB 646 ff.)
 - Beschlüsse der StWEG / Versammlungsprotokolle müssen **gemäss h. L. unterzeichnet** werden und sicher
 - bei **reglementarischer Regelung** eines Schriftlichkeitsvorbehalts, insb. für die **Gültigkeit von Einladungen** zur StWEG-Versammlung, **Anträgen** der Stockwerkeigentümer, etc.

Digitale Unterschrift

Weitere Rechtsgrundlagen / Schriftlichkeit

- Gesetzliche Formvorschriften (Auswahl)
 - **Maklerwesen**
 - Absolute **Formfreiheit**; keine Gültigkeitserfordernisse
 - Nicht: ZPO 17 (Gerichtsstandsvereinbarung) und sowieso ZPO 31 (Erfüllungsgerichtsstand!)
 - » «Die Vereinbarung muss schriftlich oder in einer Form, die den Nachweis durch Text (!) ermöglicht»
 - » Also: **E-Mail / SMS reicht** (aber: **Konsens nachweisen**)
 - Auch: **Auslagenersatz** ohne Vermarktungserfolg (OR 413 Abs. 3).

Digitale Unterschrift

Weitere Rechtsgrundlagen / Schriftlichkeit

- Gesetzliche Formvorschriften (Auswahl)
- **Immobilien-Verkäufe**
 - OR 216 Abs. 3: Einräumung (**unlimitiertes**) **Vorkaufsrecht**
 - Sonst öffentliche Beurkundung notwendig (OR 216 Abs. 1)
- **ZEV / Zusammenschluss zum Eigenverbrauch /**
Solarstrom: Einigung mit Mieter (EnV 16 Abs. 4)
- **Inkasso:** Schuldanererkennung / **prov.**
Rechtsöffnungstitel (SchKG 82): → **Revision!?**

Digitale Unterschrift

Weitere Rechtsgrundlagen / Schriftlichkeit

- Gesetzliche Formvorschriften (Auswahl)
- Und ganz allgemein: Alle **vertraglich** vereinbarten Formvorschriften der Schriftlichkeit als Gültigkeitsvoraussetzung (OR 16)
 - Allgemeine **Schriftlichkeitsvorbehalts-Klausel** in Mietverträgen (**empfohlen**)
 - **Kündigung per Einschreiben: Gültigkeit**serfordernis und **nicht bloss Beweisfunktion** (Vorbehalt Treu & Glauben)

Digitale Unterschrift

Praktische Anwendungsfälle

- Wohnungsabnahme / digitales Protokoll
 - Ausgangslage / Ablauf
 - Digitales Protokoll / installierte App (Tablet)
 - vorformulierte Begriffe und automatische Berechnung bei Schäden am Mietobjekt
 - «Unterschrift» direkt auf Tablet und Versand unveränderbares PDF-Protokoll per E-Mail an Mieter

Digitale Unterschrift

Praktische Anwendungsfälle

- Wohnungsabnahme / digitales Protokoll
 - **Zulässiges** Vorgehen, da **keine gesetzliche Formvorschrift**
 - **Aber: Schriftlichkeitsvorbehalt** dazu im Mietvertrag möglich (→ Gültigkeitserfordernis)
 - **Allgemeiner** Schriftlichkeitsvorbehalt im Mietvertrag?
 - Ein solch **genereller** Vorbehalt **gilt nicht generell für alle späteren Abreden**, insb. **nicht für ein digitales Protokoll**, besonders wenn Parteien damit einverstanden sind.
 - → **nachträglicher Formverzicht** sowie Treu & Glauben

Digitale Unterschrift

Praktische Anwendungsfälle

- Wohnungsabnahme / digitales Protokoll (Forts.)
 - **Repetition** zu und Verweis auf ZPO 178:
 - **Echtheitsbeweis** Unterschrift auf Tablet bzw. zum Protokoll **nur** zu führen **bei ernsthaften Zweifeln**
 - Diesfalls aber: **Strikter Beweis** und nur erbracht bei qualifizierter **elektronischer Signatur nach ZertES** (**kostspielig!**)
 - Folge: **Echtheit** der Unterschrift **ohne ZertES** kann bei begründetem Zweifel **nicht bewiesen** werden

Digitale Unterschrift

Praktische Anwendungsfälle

- Wohnungsabnahme / digitales Protokoll (Forts.)
 - Im digitalen Protokoll berechnete und digital unterzeichnete Schadenspositionen: **Kein provisorischer Rechtsöffnungstitel** gemäss aktueller Gerichtspraxis
 - Da **keine original-unterzeichnete** Schuldanerkennung **vorhanden** / im Recht
 - Aber **zulässig** und gerichtlich **durchsetzbar**: **Originale** Unterzeichnung auf **ausgedrucktem, digitalem** Abgabeprotokoll

Digitale Unterschrift

Praktische **Anwendungsfälle**

- **Aufbewahrungspflichten**
 - Aufbewahrung elektronischer Daten durch **Revisionsstelle** (OR 730c)
 - **Buchführung**
 - OR 957a Abs. 3: Buchungsbelege in «**elektronischer oder vergleichbarer Form**» grundsätzlich zulässig bei **Nachvollziehbarkeit** des Buchungsvorfalles

Digitale Unterschrift

Praktische Anwendungsfälle

- Aufbewahrungspflichten (Forts.)
 - Aufbewahrung Geschäftsbücher / Buchungsbelege
 - OR 958f Abs. 3: Aufbewahrung in «elektronischer oder vergleichbarer Form» zulässig bei jederzeitiger Lesbarkeit
 - Geschäftsbücherverordnung (SR 221.431; Art. 2 Abs. 2)
 - **Empfehlung: Konkrete zugehörige Regelung im Bewirtschaftungsvertrag**
 - Jederzeitige Rechenschaftspflicht nach OR 400 gewahrt

Digitale Unterschrift

Einzelfragen und Spezialfälle

- **Blinde**: **notarielle Beglaubigung** oder Nachweis der (damaligen) Kenntnis des Vertragsinhalts (OR 14 III)
- Ersatz der Unterschrift durch **beglaubigtes Handzeichen** oder öffentliche Beurkundung (OR 15)
- Es **genügt** die **einmalige Unterzeichnung** (i.d.R.) am Ende des Dokuments
 - Es müssen nicht alle Seiten unterzeichnet werden
 - **Trotzdem Empfehlung**: **Paraphierung** jeder Seite und aller **Zusätze / Streichungen** (meist blosser Beweisfunktion).

Digitale Unterschrift

Einzelfragen und Spezialfälle

- Es müssen **nicht alle Vertragsexemplare unterzeichnet** werden
 - Genügt, wenn Mieter ein vom Vermieter unterzeichnetes Exemplar hat und umgekehrt.
- Abschluss der Vertragsverhandlungen **ohne Unterzeichnung** fertig verhandelte Vertragsfassung:
 - Mietvertrag ist **erst gültig** abgeschlossen, wenn beide / **alle** Parteien ein von **allen anderen Partei unterzeichnetes** Exemplar erhalten hat

Digitale Unterschrift

Einzelfragen und Spezialfälle

- Übermittlung per **Fax** der unterzeichneten Originalurkunde
 - **Keine Schriftlichkeit**
 - Argument Missbrauchsgefahr; **geteilte Lehrmeinungen**
- Übermittlung **per E-Mail** der **unterzeichneten Originalurkunde**
 - **Gültig**, falls als eingescannte Bilddatei / PDF verschickt
 - **Schriftlichkeit erfüllt**, soweit Echtheit der Unterschrift im Prozess nicht ausreichend bezweifelt (wird ZPO 178)

Digitale Unterschrift

Einzelfragen und Spezialfälle

- **Elektronisch gespeicherte Unterschrift in word-Text einfügen**
 - **Keine** Schriftlichkeit
 - **Kritik** in der **Lehre**, da Warnfunktion auch beim Einfügen der elektronischen Unterschrift erfüllt wird
 - **Forderung: Gleichsetzung** von **händischer** und **eingefügter** elektronisch gespeicherter Unterschrift
 - E-Mail: **Gültig** / Schriftlichkeit **nur erfüllt** bei qualifizierter elektronischer Signatur nach OR 14 Abs. 2bis (**ZertES**)

Digitale Unterschrift

Wincasa-Vorlagen

- Aktuell: Immobilien Juni 2020
 - «Wincasa lanciert den digitalen Mietvertrag»
 - 2020: Vermietung von Nebenobjekten
 - 2021: Mietvertrag für Wohnobjekte
- **Marco Kissling**: Leiter Business & Digital Excellence

Digitale Unterschrift

Präsentation Marco Kissling

und **dann:**

- **Fragerunde**
- **Erfahrungsaustausch in der Branche**

Vielen Dank für Ihr Interesse!

Die in dieser Kurzpräsentation enthaltenen Informationen und Aussagen geben allein die persönliche Sichtweise des Autors sowie dessen rechtliche Interpretation der darin abgehandelten Themen wieder. Gleichwohl stellt diese Präsentation keine rechtliche Beratung dar und können daraus keine Rechtsansprüche abgeleitet werden. Zudem können ohne die mündlichen Ergänzungen und Erklärungen des Autoren die in dieser Präsentation enthaltenen Informationen und Aussagen leicht missverstanden werden. Diese Präsentation darf, ausser für interne Zwecke, nur mit der vorgängigen schriftlichen Zustimmung des Autors ganz oder teilweise vervielfältigt oder Kopien davon verteilt werden.