



Bern, 15. September 2023

Überprüfung der Formvorschriften im Privat- recht

Bericht des Bundesrates
zu ausgewählten Fragen sowie in Erfüllung
des Postulates 19.3759 Dobler vom 20. Juni
2019



Zusammenfassung

Der Bundesrat hat nach Kenntnisnahme der Umfrage «Digitaler Test» des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) alle Departemente beauftragt, die Formvorschriften in ihrem Zuständigkeitsbereich zu überprüfen. In den verschiedenen Teilbereichen des Privatrechts sind zahlreiche Bestrebungen im Gange, mit welchen digitalisierte Abläufe ermöglicht beziehungsweise vereinfacht werden. Es ist dem Bundesrat seit jeher ein Anliegen, festgestellte Hindernisse für die Digitalisierung im Privatrecht zu beseitigen und den traditionellen Anwendungen gleichwertige digitale Alternativen zur Verfügung zu stellen. Bereits vor zwanzig Jahren wurde die der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellte qualifizierte elektronische Signatur eingeführt. Auch wurden in den letzten Jahren mit den Bucheffekten und den Registerwertrechten zwei vollständig digitale Wertpapierformen ermöglicht und damit die Verbreitung neuer Anwendungen gefördert.

Die Analyse im vorliegenden Bericht zeigt zunächst, dass die Schriftlichkeit und auch die öffentliche Beurkundung nur bei wenigen Rechtsgeschäften des Alltags gesetzlich vorgesehen ist. Der grösste Teil der privaten Rechtsgeschäfte ist vom Grundsatz der Formfreiheit geprägt und damit der Digitalisierung ohne Weiteres zugänglich. Die Formvorschriften betreffen mehrheitlich sehr spezifisch gelagerte Geschäfte, an welchen Privatpersonen in der Regel nur selten beteiligt sind, wie namentlich Rechtsgeschäfte betreffend Immobilien sowie gesellschaftsrechtliche Geschäfte. In diesen Bereichen sprechen auch spezifische Gründe für die Beibehaltung der Formvorschriften und ein Verzicht darauf dürfte kaum allgemeine Akzeptanz geniessen. Bei den formpflichtigen Rechtsgeschäften welche Privatpersonen im Alltag regelmässig betreffen, scheint ein Verzicht auf die Formvorschriften ebenfalls weder sachgemäss noch allgemein akzeptiert. Dies gilt namentlich für das Miet- und Arbeitsvertragsrecht. In gewissen weiteren Bereichen wurden erst kürzlich rechtspolitische Entscheide gefällt, welche auf eine Beibehaltung der heutigen Formvorschriften hinauslaufen. Insgesamt stellen die Formvorschriften im Privatrecht heute somit kein relevantes Hindernis für die Digitalisierung dar.

Eine Textform wie beispielsweise die Formen für die Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung im Schweizer Recht oder wie die deutsche Textform, könnte die Schriftlichkeit nicht ersetzen, da sie die Beweisfunktion und den Schutz vor Übereilung nicht gewährleistet. Die Schaffung einer neuen allgemeinen Formvorschrift anstelle der Schriftlichkeit erscheint ebenfalls nicht angezeigt. Heute scheint keine solche Form oder Signatur zu bestehen, bei welcher für die potentiellen Anwender eine genügende Vertrauensbasis besteht und welche hinreichend Rechtssicherheit bieten würde. Dem Konzept des asymmetrischen Kryptosystems in Kombination mit einer vom Staat geschaffenen Vertrauensgrundlage entspricht bereits die heutige qualifizierte elektronische Signatur nach Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES). Mit der geplanten Einführung einer E-ID bieten sich teilweise neue Lösungsansätze. Zwar handelt es sich dabei nicht um ein Konzept einer elektronischen Signatur. Da sie ihren Benutzer aber sicher identifiziert, könnte sie einerseits die Anwendung der qualifizierten elektronischen Signatur erleichtern. Andererseits wird sie privaten Vertragsparteien, staatlichen Behörden sowie dem Gesetzgeber für spezifische Verhältnisse, wo es nur um die sichere Identifikation der Gegenpartei geht, zur Verfügung stehen. Diese Schlussfolgerungen gelten auch für die vom Postulat 19.3759 Dobler aufgeworfene Frage nach einer alternativen gesetzlichen Form im Bereich des Konsumkreditgesetzes (KKG). Die Schaffung einer solchen erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht sinnvoll. Die geplante staatliche E-ID könnte in Zukunft aber die sichere Identifikation der Konsumentin oder des Konsumenten übernehmen und damit die Anwendung der qualifizierten elektronischen Signatur vereinfachen und für Konsumentinnen und Konsumenten attraktiver machen.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage und Auftrag	5
1.1	Einleitung	5
1.2	Umfrage «Digitaler Test».....	5
1.3	Weitere Bundesratsaufträge	6
1.4	Parlamentarische Vorstösse zum Thema	6
1.5	Vorarbeiten.....	7
2	Die Formvorschriften des Privatrechts	7
2.1	Grundsatz der Formfreiheit.....	7
2.2	Begriff und Arten von Formvorschriften	8
2.3	Zwecke von Formvorschriften.....	8
2.4	Die Schriftlichkeit im Besonderen	10
2.4.1	Verurkundung.....	10
2.4.2	Unterschrift oder qualifizierte elektronische Signatur	11
2.4.3	Die Schriftform im Kontext moderner Kommunikationsmittel	11
2.4.4	Die elektronische Signatur nach EU-Recht.....	12
2.4.5	Die qualifizierte Schriftlichkeit	13
2.5	Die öffentliche Beurkundung im Besonderen	13
2.5.1	Form und Zwecke.....	13
2.5.2	Die elektronische öffentliche Beurkundung.....	14
2.6	Die sogenannte «Textform» im Besonderen.....	15
2.6.1	Voraussetzungen	15
2.6.2	Besondere Fragen.....	16
2.7	Überblick über die formpflichtigen Rechtsgeschäfte des Zivilrechts.....	17
2.7.1	Schriftform.....	17
2.7.2	Öffentliche Beurkundung	18
2.8	Staatlich anerkannter elektronischer Identifikationsnachweis (E-ID).....	19
3	Analyse	20
3.1	Allgemeine Beurteilung.....	20
3.1.1	Überwiegende Formfreiheit im Geschäftsalltag	20
3.1.2	Textform als generelle Alternative zur Schriftform	20
3.1.3	Schaffung einer neuen allgemeinen gesetzlichen Formvorschrift	21
3.1.4	Besondere Analyse für verschiedene Bereiche	21
3.2	Zession	22
3.2.1	Praktische Bedeutung	22
3.2.2	Formvorschrift in der Praxis.....	23
3.2.3	Rechtsvergleich.....	23
3.2.4	Fazit	24
3.3	Wertpapierrecht.....	25
3.3.1	Formvorschriften und deren Zwecke im Wertpapierrecht.....	25
3.3.2	Frage einer weiteren Öffnung des Wertpapierrechts	27
3.3.3	Fazit	28
3.4	Provisorische Rechtsöffnung	28
3.4.1	Besondere formelle Anforderungen	28
3.4.2	Bewertung und Fazit	28
3.5	Erbrecht	29

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

3.6	Sachenrecht.....	29
3.7	Mietvertrags- und Arbeitsvertragsrecht sowie Agenturvertragsrecht.....	30
3.8	Gesellschaftsrecht.....	31
3.8.1	Optimierung und Vereinfachung der Prozesse im Handelsregister.....	31
3.8.2	Rein digitale Unternehmensgründungen (Motion 21.3180 Silberschmidt).....	32
3.9	Konsumkreditgesetz.....	32
3.10	Zivilprozessrecht und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	34
4	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen.....	35

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

1 Ausgangslage und Auftrag

1.1 Einleitung

Hintergrund des vorliegenden Berichts sind einerseits verschiedene Aufträge des Bundesrates (siehe dazu nachfolgend Ziff. 1.2 und 1.3). Andererseits stehen damit verschiedene parlamentarische Vorstösse in engem thematischem Zusammenhang und namentlich das Postulat 19.3759 Dobler (siehe dazu nachfolgend Ziff. 1.4) soll mit diesem Bericht beantwortet werden. Dieser Bericht beschränkt sich daher aber nicht auf die Beantwortung dieses Postulats, sondern integriert diese in die umfassenderen Untersuchungen, womit auch die Bundesratsaufträge erfüllt werden.

1.2 Umfrage «Digitaler Test»

Im Jahr 2017 führte das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) im Auftrag des Bundesrates die Umfrage «**Digitaler Test**» bei Wirtschaftsverbänden, Gewerkschaften, diverse Unternehmen sowie Konsumentenschutzorganisationen durch, um zu prüfen, wo die bestehende wirtschaftspolitische Gesetzgebung die Digitalisierung behindert oder wo sie durch die digitale Entwicklung redundant wird.¹ Die Rückmeldungen zeigten, dass die digitale Wirtschaft in der Schweiz grundsätzlich gute Rahmenbedingungen vorfindet. Zusätzlicher Handlungsbedarf wurde in den Umfrageergebnissen unter anderem aber bei bestimmten gesetzlichen Formvorschriften ausgemacht, namentlich bei der **provisorischen Rechtsöffnung** sowie der **Forderungsabtretung**.² Da gewisse Rechtsgeschäfte und Eingaben gegenüber Behörden eine Unterschrift erfordern, sich die der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellte qualifizierte elektronische Signatur³ in der Praxis aber nicht durchsetzen konnte, würden rein digitale Abläufe zum Teil erschwert.

Der Bundesrat beauftragte in der Folge am 29. August 2018 alle Departemente, die **Formvorschriften** in ihrem Zuständigkeitsbereich zu **überprüfen**.⁴ Dabei hat sich einerseits gezeigt, dass mehr als 1'700 gesetzliche Bestimmungen in 390 Rechtserlassen existieren, welche eine Form von Schriftlichkeit verlangen. Andererseits wurde klar, dass weitere detaillierte Analysen notwendig sind, um zielführende Lösungen in Bezug auf den umfangreichen und heterogenen Bestand an Formvorschriften zu eruieren. Die grosse Mehrheit dieser 1'700 Bestimmungen betreffen dabei das öffentliche Recht.⁵

In der Folge sollten die Formvorschriften des Privatrechts sowie des öffentlichen Rechts separat analysiert werden.⁶ Dabei sollte das Bundesamt für Justiz (BJ) die Formvorschriften des Privatrechts auf ihre Angemessenheit hin überprüfen.⁷ Was das öffentliche Recht anbetrifft, sollten im Rahmen einer Arbeitsgruppe (unter Federführung des SECO, in Zusammenarbeit mit dem BJ) ausgewählte Erlasse systematisch überprüft werden. Diese Detailanalysen sollen zeigen, ob im konkreten Fall Hindernisse für die Digitalisierung bestehen oder nicht, ob

¹ Vgl. Ergebnisbericht der Umfrage «Digitaler Test» - Überprüfung regulatorischer Hindernisse für die Digitalisierung; der Bericht ist abrufbar unter: www.seco.admin.ch > Wirtschaftslage & Wirtschaftspolitik > Wirtschaftspolitik > Digitalisierung > Ergebnisbericht der Umfrage «Digitaler Test» - Überprüfung regulatorischer Hindernisse für die Digitalisierung

² Vgl. Art. 82 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1] für die provisorische Rechtsöffnung und Art. 165 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR; SR 220] für die Abtretung von Forderungen.

³ Vgl. Art. 13 und Art. 14 Abs. 2^{bis} OR.

⁴ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. August 2018 «[Bundesrat will Hindernisse für Digitalisierung beseitigen](#)».

⁵ Es ist darauf hinzuweisen, dass es insbesondere im Gesundheitsrecht auch sogenannte Doppelnormen mit zugleich privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Inhalt gibt.

⁶ Vgl. dazu auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Mai 2020 auf die Interpellation [20.3020](#) Schneeberger «Hindernisse für die Digitalisierung rasch beseitigen».

⁷ Vgl. dazu auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 21. August 2019 auf die Motion [19.3565](#) Schneeberger «Digitale Vertragsabschlüsse breit ermöglichen. Schaffung einer digitalen Alternative zur eigenhändigen Vertragsunterzeichnung» (erledigt).

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Handlungsspielraum bei der behördlichen Anwendung der Formvorschrift besteht und ob allenfalls eine Gesetzes- oder Verordnungsänderung erforderlich ist.

Am 10. Juni 2022 hat der Bundesrat bereits den **Bericht zur Überprüfung der Formvorschriften im öffentlichen Recht** verabschiedet.⁸ Der vorliegende Bericht liefert den letzten Teil dieser Arbeiten und fasst die **Überprüfung der Formvorschriften des Privatrechts** zusammen, namentlich zur Rechtsöffnung und zur Forderungsabtretung.

1.3 Weitere Bundesratsaufträge

In Umsetzung der Motion 13.3841⁹ setzte das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) am 27. August 2015 eine auf drei Jahre befristete **Expertengruppe «Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit»** ein, deren Aufgabe es war, diverse Fragen zur Datenbearbeitung und Datensicherheit zu beantworten. Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hat in diesem Zusammenhang den «Bericht zu den Empfehlungen der Expertengruppe zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit: Kenntnisnahme und weiteres Vorgehen»¹⁰ erstellt. Das EJPD (BJ) wurde daraufhin am 30. Oktober 2019 beauftragt, für digitale Verträge und Inhalte unter Berücksichtigung der internationalen Entwicklungen zu prüfen, ob Anpassungen im Vertragsrecht nötig sind, und dem Bundesrat darüber Bericht zu erstatten.

Im Zusammenhang mit der Verabschiedung der Botschaft zur weiteren **Verbesserung der Rahmenbedingungen für Blockchain/DLT** hat der Bundesrat das EJPD 2019 zudem beauftragt, eine Modernisierung des Wertpapierrechts im Hinblick auf die Möglichkeiten der Digitalisierung bis Ende 2021 in einem breiteren Kontext zu prüfen und bei allfälligem gesetzgeberischem Handlungsbedarf anschliessend eine Vernehmlassungsvorlage vorzubereiten.

1.4 Parlamentarische Vorstösse zum Thema

Folgende parlamentarische Vorstösse sind relevant:

- **Motion 19.3448 Dobler** «Provisorische Rechtsöffnung. Anpassung an die gewandelte Geschäftspraxis (Digitalisierung)».¹¹
Die Motion beauftragt den Bundesrat, die in Artikel 82 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs festgehaltene Voraussetzung der "durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung" an die gewandelte Geschäftspraxis anzupassen, namentlich an die heute übliche Bestellung von Waren und Dienstleistungen per Internet sowie an weitere formfrei mögliche Vertragsabschlüsse. Die Motion wurde vom Ständerat abgelehnt.¹²
- **Postulat 19.3759 Dobler** «Konsumkreditgesetz. Digital taugliche Formerfordernisse».¹³
Mit dem Postulat wird der Bundesrat beauftragt zu prüfen, wie das Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG¹⁴) so geändert werden kann, dass ein Konsumkreditvertrag unter Wahrung des heutigen Schutzniveaus für Kreditnehmerinnen und Kreditnehmer nebst der

⁸ Der Bericht ist abrufbar unter: www.seco.admin.ch > [Wirtschaftslage & Wirtschaftspolitik](#) > [Wirtschaftspolitik](#) > [Digitalisierung](#) > [Digitalisierung: Bericht Formvorschriften im öffentlichen Recht](#).

⁹ Motion [13.3841](#) Rechsteiner «Expertenkommission zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit» vom 26. September 2013.

¹⁰ Abrufbar unter www.bj.admin.ch > [Dokumentation](#) > [Medienmitteilungen](#) > [30.10.2019](#) > [Umsetzung von Empfehlungen zur Datenbearbeitung und Datensicherheit](#).

¹¹ Motion [19.3448](#) Dobler «Provisorische Rechtsöffnung. Anpassung an die gewandelte Geschäftspraxis (Digitalisierung)» vom 8. Mai 2019.

¹² AB 2021 S 287

¹³ Postulat [19.3759](#) Dobler «Konsumkreditgesetz. Digital taugliche Formerfordernisse» vom 20. Juni 2019.

¹⁴ Bundesgesetz über den Konsumkredit; SR 221.214.1.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

einfachen Schriftlichkeit in einer digital tauglichen Form abgeschlossen und widerrufen werden kann. Das Postulat wurde vom Nationalrat am 4. März 2020 angenommen.¹⁵

- **Postulat 20.3797 Dobler** «Bei der Errichtung von Testamenten/Vorsorgeaufträgen soll a) die digitale Verfügungsform geprüft werden und b) wie anderweitig eine Diskriminierung bestimmter Bevölkerungsgruppen vermieden werden kann».¹⁶
Mit dem Postulat wird der Bundesrat beauftragt zu prüfen, wie das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) geändert werden kann, dass Testamente sowie Vorsorgeaufträge unter Wahrung des heutigen Schutzniveaus in einer digitalen Verfügungsform gültig errichtet werden können und dass eine Diskriminierung von bestimmten Bevölkerungsgruppen, insb. Menschen mit körperlichen Einschränkungen, in Bezug auf die Formvorschriften vermieden werden kann.
- **Motion 21.3180 Silberschmidt** «Unternehmensgründung auf rein digitalem Weg»¹⁷
Mit der Motion wird der Bundesrat beauftragt, für die Möglichkeit der medienbruchfreien, das heisst volldigitalen Unternehmensgründung zu sorgen. Damit wird insbesondere eine Digitalisierung der öffentlichen Urkunden gefordert, beispielsweise durch ein elektronisches und virtuelles Instrumentenverfahren. Darüber hinaus soll sichergestellt werden, dass der gesamte Prozess elektronisch abgewickelt werden kann.

1.5 Vorarbeiten

Das BJ hat Prof. Dr. Mirjam Eggen und Prof. Dr. Christian Cachin von der Universität Bern mit der Erstellung eines Gutachtens zur **Modernisierung der Formerfordernisse bei der Übertragung von Rechten** beauftragt. Es sollte geprüft werden, ob die Formerfordernisse bei der Übertragung von Rechten im Wertpapierrecht und im Zessionsrecht abgeschafft oder modernisiert werden können und sollten. Der erste Teil des Gutachtens betreffend das Wertpapierrecht wurde am 22. Dezember 2020 abgeliefert¹⁸ und der zweite Teil des Gutachtens, welcher die Zession betrifft, am 26. Juni 2021¹⁹.

Zur **provisorischen Rechtsöffnung** (Art. 82 SchKG) hat das BJ ein Gutachten von Prof. Florian Eichel von der Universität Bern eingeholt. Vor dem Hintergrund der Frage, ob die Voraussetzungen zur provisorischen Rechtsöffnung dem heutigen Wirtschaftsverkehr, in dem Verträge immer häufiger mittels «elektronischer Kommunikation» abgeschlossen werden, genügen, sollte der Gutachter die heute herrschende Praxis der erstinstanzlichen Gerichte zu den Formerfordernissen von Artikel 82 SchKG darstellen. Dazu wurde im Rahmen des Gutachtens eine Befragung aller 108 erstinstanzlichen Zivilgerichte zur gegenwärtigen Rechtsöffnungspraxis durchgeführt. Das Gutachten wurde am 12. Juni 2019 abgeliefert.²⁰

2 Die Formvorschriften des Privatrechts

2.1 Grundsatz der Formfreiheit

Im Schweizer Recht gilt der Grundsatz der Formfreiheit:²¹ Gemäss Artikel 1 Absatz 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrags die **übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung**

¹⁵ AB 2020 N 123

¹⁶ Postulat [20.3797](#) Dobler «Bei der Errichtung von Testamenten/Vorsorgeaufträgen soll a) die digitale Verfügungsform geprüft werden und b) wie anderweitig eine Diskriminierung bestimmter Bevölkerungsgruppen vermieden werden kann» vom 18. Juni 2020.

¹⁷ Motion [21.3180](#) Silberschmidt «Unternehmensgründung auf rein digitalem Weg» vom 16. März 2021.

¹⁸ Gutachten EGGEN.

¹⁹ Gutachten EGGEN/CACHIN.

²⁰ Gutachten EICHEL.

²¹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 489 ff.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

der Parteien erforderlich («Konsensprinzip»²²). Eine besondere **Form ist nur erforderlich, sofern das Gesetz eine solche vorschreibt** (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR). Als Abweichung vom generellen Prinzip der Formfreiheit sind Formvorschriften eng auszulegen.²³

2.2 Begriff und Arten von Formvorschriften

Mit Formvorschriften werden über das Erfordernis der gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen hinaus spezifische Anforderungen an den Tatbestand des Rechtsgeschäfts gestellt. Formvorschriften können nach den **verlangten Formelementen** unterschieden werden, also den eigentlichen Erfordernissen, welche die Parteien zu berücksichtigen haben. Für die praktische Handhabung der Formvorschriften durch die beteiligten Parteien und insbesondere für die «Digitaltauglichkeit» der Formvorschrift sind die Formelemente von entscheidender Bedeutung. Aus diesem Grund werden die Formvorschriften nachfolgend in separaten Kapiteln vertieft dargestellt (siehe dazu im Besonderen nachfolgend unter Ziff. 2.4, 2.5 und 2.6). Daneben ist aber auch die **Rechtsfolge** der Formvorschriften von grosser Bedeutung. Unter diesem Gesichtspunkt können Formvorschriften wie folgt unterschieden werden:²⁴

- Bei **Gültigkeitsformen** hängt die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts oder einer rechtlich relevanten Erklärung von der Einhaltung der Formvorschrift ab. Die Formvorschriften nach Artikel 11 ff. OR sind, sofern das Gesetz nichts Anderes anordnet, Gültigkeitsformen (vgl. Art. 11 Abs. 2 OR).
- Bei der **Beweisform** kann der gerichtliche Beweis über den Vertragsschluss oder die Abgabe der Erklärung nur anhand der korrekten Form geführt werden, beispielsweise nur durch Vorlage der formrichtig erstellten Urkunde. Die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts hängt jedoch nicht von der Formvorschrift ab. Beweisformen haben im Schweizer Recht heute keine Bedeutung.²⁵
- **Verurkundungsvorschriften** beinhalten die Pflicht, ein bestimmtes Rechtsgeschäft zu verurkunden bzw. zu verschriftlichen. Sie haben deklaratorische Wirkung und sind gegebenenfalls gerichtlich durchsetzbar. Es gibt im Bundesrecht praktisch bedeutsame Verurkundungsvorschriften. Oft werden sie ebenfalls durch den Begriff «schriftlich» ausgedrückt. Im Einzelfall kann unklar sein, ob es sich um die Schriftform als Gültigkeitsform oder um eine blosser Verurkundungsvorschrift handelt. Auch die konkrete Ausgestaltung dieser Formvorschriften ist oft nicht klar, insbesondere hinsichtlich des Erfordernisses der eigenhändigen Unterschrift. Beispiele für solche Verurkundungsvorschriften sind die Vorschriften über die Versicherungspolice (Art. 11 VVG), das Pachtinventar (Art. 277 OR) oder den Versatzschein (Art. 909 ZGB). Wenn in der Lehre oder Rechtsprechung davon gesprochen wird, dass eine Formvorschrift «bloss Beweiszwecken» diene, ist damit in der Regel nicht eine eigentliche Beweisform gemeint, sondern eine Verurkundungsvorschrift.

2.3 Zwecke von Formvorschriften

Mit Formvorschriften verfolgt der Gesetzgeber bestimmte rechtspolitische Zwecke. Es werden insbesondere die nachfolgende Zwecke unterschieden.²⁶

²² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 491.

²³ BGE 116 II 117, 127; 113 II 404.

²⁴ Nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 11 N 105 ff.

²⁵ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 11 N 106.

²⁶ Vgl. dazu bspw. KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 11 N 8 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 11 N 40 ff.; VON THUR/PETER, S. 235; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 497 ff.; XOUDIS, Art. 11 N 4 f.; HUGUENIN, N 339 ff.; MÜLLER, Art. 11 N 46 ff.; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Rz. 31.02; die einzelnen Zwecke werden in der Literatur teilweise unterschiedlich voneinander abgegrenzt und benannt.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

- **Warnfunktion und Schutz vor Übereilung:** Bezweckt wird der Schutz der Parteien vor ihrem eigenen unüberlegten Handeln. Die Formvorschrift soll den Abschluss erschweren, um dem Erklärenden die Tragweite des Geschäfts zum Bewusstsein zu bringen und ihn zu veranlassen, die Ernsthaftigkeit seines Willens zu prüfen.²⁷ Dieser Zweck spielt vor allem bei Geschäften von grosser Tragweite eine Rolle (z.B. bei Rechtsgeschäften über Grundstücke oder bei Verfügungen von Todes wegen). Warnfunktion bzw. Schutz vor Übereilung wird oft durch die **Schriftlichkeit** (siehe dazu nachfolgend Ziff. 2.4), die **qualifizierte Schriftlichkeit** (siehe dazu nachfolgend Ziff. 2.4.5) oder die **öffentliche Beurkundung** (siehe dazu nachfolgend Ziff. 2.5) bewirkt.

Zunächst stellt es eine Hürde dar, wenn ein Rechtsgeschäft schriftlich fixiert werden muss; bereits dies schliesst eine spontane Zusage über nur mündlich Besprochenes aus. Vor allem aber ist die eigenhändige Unterschrift in gewissem Mass ein «feierlicher Akt», welcher den Parteien die Wichtigkeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts verdeutlichen soll. Auch eine elektronische Unterschrift kann unter Umständen geeignet sein, den Übereilungsschutz zu gewährleisten. Dies im Gegensatz zu einer **reinen Textform** ohne Signatur, welche insbesondere nach deutscher Lehrmeinung nicht als geeignet erachtet wird, den Schutz vor Übereilung zu wahren.²⁸

- **Rechtssicherheit und Beweisfunktion:** Formvorschriften dienen bisweilen der Rechtssicherheit unter den Beteiligten aber auch gegenüber Dritten. Es wird im Hinblick auf ein etwaiges Gerichtsverfahren ein Beweismittel geschaffen, welches die Rechtslage klärt. Sodann besteht eine klare Trennung zwischen Vertragsverhandlungen und Vertragsabschluss. Schliesslich soll das Rechtsverhältnis in gewissen Fällen auch für Dritte ersichtlich sein.²⁹ Insbesondere in der deutschen Lehre werden im Zusammenhang mit der Beweisfunktion die *Identitätsfunktion* und die *Echtheitsfunktion* unterschieden. Die Formvorschrift soll nicht nur den Inhalt der Erklärung nachweisen, sondern auch die Identität ihres Absenders ausweisen und die Echtheit (Authentizität) der Erklärung gewährleisten, das heisst die Übereinstimmung des vorgeblichen mit dem tatsächlich Erklärenden.³⁰ Formvorschriften, welche die eigenhändige Unterschrift oder eine qualifizierte elektronische Signatur voraussetzen, erfüllen diese Zwecke in hohem Mass. Erklärungen ohne eigenhändige Unterschrift, wie beispielsweise solche in Textform nach § 126b BGB³¹, oder elektronische Kommunikation im Allgemeinen werden jedoch nicht als geeignet erachtet, die Identität des Absenders und die Echtheit der Erklärung zu beweisen.³²

Auch wenn eine Formvorschrift die Beweisfunktion bezweckt, so handelt es sich dabei im Schweizer Recht in der Regel gleichwohl nicht um eine Beweisform und der formgültige Erklärungsträger hat keine verstärkte Beweiskraft.³³ Im Zivilverfahrensrecht gilt **Grundsatz der freien Beweiswürdigung**.³⁴ Demnach kann der Beweis für das Zustandekommen und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts auch auf andere Art erbracht werden, als

²⁷ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 11 N 45.

²⁸ Grüneberg-ELLENBERGER, § 126b Rn. 1; Münchener Kommentar-EINSELE, § 126 RdNr. 1 und 9; vgl. auch PWW-AHRENS, § 126b Rn. 2; siehe dazu auch unten 2.6.2.

²⁹ Beispielsweise bei der Zession sollen die Gläubiger des Zedenten und des Zessionars wie auch der Schuldner aus der Abtretungsurkunde selbst ohne weiteres feststellen können, wem die Forderung zusteht: BGE 122 III 361 E. 4c.

³⁰ Vgl. Grüneberg-ELLENBERGER, § 125 Rn. 3.

³¹ Bürgerliches Gesetzbuch Deutschland.

³² GIRSBERGER, Art. 358 N 3; vgl. BERGER, Art. 17 ZPO N 38; HEDINGER/HOSTETTLER, Art. 17 ZPO N 18; Grüneberg-ELLENBERGER, § 126b Rn. 1; Münchener Kommentar-EINSELE, § 126 RdNr. 1 und 9; vgl. auch PWW-AHRENS, § 126b Rn. 2; siehe dazu auch unten 2.6.2.

³³ Vgl. dazu MÜLLER, Art. 11 N 91 ff.

³⁴ Art. 157 ZPO.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

durch Vorlage der formrichtigen Urkunde. Eine Ausnahme gilt für die öffentliche Beurkundung, da eine öffentliche Urkunde gemäss Artikel 9 ZGB (und Art. 179 ZPO³⁵) für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis erbringt, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist.

- **Klarstellung und Präzisierung:** Eine Formvorschrift – namentlich, wenn diese eine schriftliche Fixierung des Erklärungsinhalts erfordert – zwingt die Parteien zur Klarstellung und Präzisierung der Verhältnisse und der Rechtslage. Das Risiko, dass der Inhalt eines Rechtsgeschäfts unklar bleibt oder umstritten ist, wird reduziert. Es wird damit insbesondere auch eine klare Grundlage für einen etwaigen Eintrag in ein öffentliches Register geschaffen.³⁶
- **Information und Dokumentation:** Bei diesen Zwecken soll entweder eine als schutzbedürftig erachtete Vertragspartei in bestimmter Form über ihre Rechte informiert werden oder der Inhalt eines Rechtsgeschäfts soll dokumentiert werden. Der Informationszweck spielt vor allem in neuerer Zeit im Zusammenhang mit dem Konsumentenschutz eine Rolle. Die Erreichung dieses Zwecks wird entweder durch die Schriftform oder aber durch schriftliche Information einer Vertragspartei oder schriftliche Fixierung des Rechtsgeschäfts erreicht, wobei auf eine Unterschrift verzichtet werden kann. In den letzten beiden Fällen handelt es sich dann im Wesentlichen um «Textformen» (vgl. Art. 40d OR; Art. 17 Abs. 2 und Art. 358 Abs. 1 ZPO; Art. 5 Abs. 1 und Art. 178 Abs. 1 IPRG³⁷). Die Textform des deutschen Rechts nach § 126b BGB soll vordringlich diesen Zwecken dienen.

2.4 Die Schriftlichkeit im Besonderen

Die Schriftlichkeit ist in **Artikel 12–15 OR** (lückenhaft) geregelt. Verlangt werden im Wesentlichen **zwei Erfordernisse**, nämlich einerseits eine Erklärung in Schriftform (Verurkundung des Erklärungsinhalts) und andererseits eine Unterzeichnung dieser Urkunde durch den Erklärenden.³⁸

2.4.1 Verurkundung

Die Verurkundung ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, die Lehre verlangt diesbezüglich jedoch, dass der Gehalt der Erklärung (i) mit sprachlichen Mitteln (Worten und Sätzen) geformt, (ii) *in Schriftzeichen ausgedrückt* und (iii) auf einem körperlichen Gegenstand *dauerhaft* angebracht werden muss (Perpetuierungsfunktion).³⁹ Das Element der Dauerhaftigkeit bezieht sich auf die Schriftzeichen und den Urkundenstoff.⁴⁰ Bereits die Verurkundung hat eine gewisse Warnfunktion für die beteiligten Parteien und gewährleistet damit einen gewissen Übereilungsschutz. Die Perpetuierungsfunktion ist zudem unerlässlich für die Zwecke der Rechts- bzw. Beweissicherheit und die Informations- und Dokumentationsfunktion. Trotz des Erfordernisses der Dauerhaftigkeit der Verurkundung, hängt der Bestand des Rechtsgeschäfts aber nicht vom Fortbestand der Urkunde ab.⁴¹

³⁵ Zivilprozessordnung; SR 272.

³⁶ Vgl. beispielsweise die Formvorschriften für den Grundstückkaufvertrag oder die Gründung der Aktiengesellschaft nach Art. 216 bzw. Art. 629 Abs. 1 OR.

³⁷ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987; SR 291.

³⁸ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 503.

³⁹ Vgl. dazu SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 13 N 6 ff.

⁴⁰ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 13 N 7 und 11.

⁴¹ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 13 N 7.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

2.4.2 Unterschrift oder qualifizierte elektronische Signatur

Die verkündete Erklärung muss durch alle Personen, die durch das Rechtsgeschäft verpflichtet werden (Art. 13 Abs. 1 OR), mittels **eigenhändiger Unterschrift** (Art. 14 Abs. 1 OR) unterzeichnet werden. Die Formvorschrift ist erfüllt, sobald alle erforderlichen Personen unterzeichnet haben.⁴² Die Parteien können auf verschiedenen Urkunden unterzeichnen, wobei die unterzeichneten Urkunden anschliessend ausgetauscht werden müssen.⁴³ Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift bezweckt, die erklärende Person zu identifizieren (Identifikation) und festzustellen, dass sie den Erklärungsinhalt anerkennt (Rekognition).⁴⁴ Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift dient besonders dem *Übereilungsschutz*, da es dem Erklärenden die rechtliche Verbindlichkeit der Erklärung vor Augen führt und ihm Anlass zur nochmaligen Reflexion gibt. Es dient aber aufgrund der damit einhergehenden Identifikation des Erklärenden und des Nachweises der Echtheit der Urkunde auch dem Beweisziel. Eine Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Weg wird nur da als genügend anerkannt, wo deren Gebrauch im Verkehr üblich ist, insbesondere, wo es sich um die Unterschrift auf Wertpapieren handelt, die in grosser Zahl ausgegeben werden (Art. 14 Abs. 2 OR).

Der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist die mit einem qualifizierten Zeitstempel verbundene **qualifizierte elektronische Signatur** gemäss ZertES⁴⁵ (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR). Die qualifizierte elektronische Signatur basiert auf dem Prinzip eines asymmetrischen Kryptosystems (vgl. Art. 2 Bst. f ZertES). Dabei ist – wie generell bei der elektronischen Informations- und Datenverarbeitung – für den Benutzer die tatsächliche Datenverarbeitung nicht nachvollziehbar. Er muss darauf vertrauen, dass die Daten diese Qualität aufweisen und in dieser Weise verarbeitet werden, wie ihm dies auf Ebene der Benutzeroberfläche mitgeteilt wird und wie er das dort veranlasst. Für den Benutzer ist nicht erkennbar, ob es sich um den vorgebliehen Prozess handelt und ob dieser korrekt abläuft. Eine nachträgliche Überprüfung ist zudem meist relativ aufwändig. Um dieses fehlende Vertrauen zu schaffen, sieht das ZertES eine Anerkennung der Anbieter von Zertifizierungsdiensten durch Anerkennungsstellen vor, welche wiederum durch eine (staatliche) Akkreditierungsstelle akkreditiert werden (vgl. Art. 3 ff. ZertES).

Anzufügen ist, dass in einigen Ausnahmefällen, wenn im Gesetz der Begriff «schriftlich» verwendet wird, gleichwohl keine eigenhändige Unterschrift oder qualifizierte elektronische Signatur verlangt wird. Als Beispiele sind Artikel 330b OR⁴⁶ und Artikel 335 Absatz 2 OR (wobei betreffend Letzteres in der Lehre keine Einigkeit besteht)⁴⁷ zu nennen. In diesen Fällen handelt es sich letztlich um eine Textform (siehe dazu nachfolgend Ziff. 2.6).

2.4.3 Die Schriftform im Kontext moderner Kommunikationsmittel

Zur Zeit der Entstehung des OR war die Schriftform eine einfache Möglichkeit, die angestrebten Zwecke (s. vorne Ziff. 2.3) zu erreichen. Durch den zwischenzeitlichen technischen Wandel und die Verlagerung auf elektronische Kommunikationsmittel haben sich jedoch neue Fragen ergeben. Mit der Schaffung der qualifizierten elektronischen Signatur gemäss ZertES und der Gleichsetzung dieser Signatur mit der eigenhändigen Unterschrift (siehe vorne

⁴² MÜLLER, Art. 13 N 76; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 13 N 64.

⁴³ BGE 50 II 267 E. 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 508; MÜLLER, Art. 13 N 86; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 13 N 69. XOUDIS, Art. 13 N 13 f.

⁴⁴ BGE 140 III 54 E. 2.3; 138 III 401 E. 2.4.2; 138 III 123 E. 2.4.1; 119 III 4 E. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 512; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 13 N 20; MÜLLER, Art. 13 N 31 ff.

⁴⁵ Bundesgesetz vom 18. März 2016 über die elektronische Signatur, SR 943.03.

⁴⁶ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Art. 330 N 12.

⁴⁷ Vgl. dazu STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Art. 335 N 13.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Ziff. 2.4.2), wurde eine Möglichkeit geschaffen, namentlich per E-Mail dem Erfordernis der Schriftform zu entsprechen. Die qualifizierte elektronische Signatur hat sich in der Praxis aber nicht stark verbreitet und wird namentlich von Konsumentinnen und Konsumenten kaum eingesetzt.

Klar ist heute, dass der Austausch von *Fotokopien* der originalunterzeichneten Urkunde per Post der Formvorschrift nicht genügt.⁴⁸ Demgegenüber soll gemäss der Lehre die Übermittlung per *Telefax* dem Erfordernis der Schriftform genügen, obgleich auch dabei keine originale Unterschrift übermittelt wird.⁴⁹ Das Bundesgericht hat diese Frage allerdings bislang offen gelassen.⁵⁰

Fraglich ist, ob original-unterzeichnete und alsdann *eingescannte und als Bild- bzw. PDF-Dokumente* per gewöhnlicher E-Mail ausgetauschte Dokumente dem Schriftformerfordernis genügen. Dies scheint in der Lehre in Analogie zum Telefax und unter Hinweis auf das enorme praktische Bedürfnis überwiegend bejaht zu werden.⁵¹ Zu bedenken ist aber, dass die Echtheit einer eingescannten Unterschrift wie bei einer Fotokopie auch bei guter Bildqualität und -auflösung nicht mehr mit derselben Zuverlässigkeit überprüft werden kann wie beim Original und damit der Beweiszweck nicht in gleichem Masse erfüllen kann. Aus diesem Grund hat das Bundesgericht die Eingabe per Fax oder von Fotokopien denn auch als dem verfahrensrechtlichen Unterschriftserfordernis nicht genügend qualifiziert.⁵² Bei mittels einfacher E-Mail, SMS oder anderen Übermittlungs- und Nachrichtendienste (wie WhatsApp etc.) übermittelten Willenserklärungen ist klar, dass sie dem Formerfordernis der einfachen Schriftlichkeit nicht genügen.⁵³

2.4.4 Die elektronische Signatur nach EU-Recht

Seit dem 1. Juli 2016 ist die Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG⁵⁴ (eIDAS-Verordnung) in Kraft⁵⁵. Die eIDAS-Verordnung bezweckt, ein angemessenes Sicherheitsniveau bei elektronischen Identifizierungsmitteln und Vertrauensdiensten und das ordnungsgemässe Funktionieren des Binnenmarkts sicherzustellen; dazu regelt sie die gegenseitige Anerkennung der elektronische Identifizierungsmittel der Mitgliedstaaten untereinander, sie legt Vorschriften für Vertrauensdienste – insbesondere für elektronische Transaktionen – fest und sie legt einen Rechtsrahmen für elektronische Signaturen, elektronische Siegel, elektronische Zeitstempel, elektronische Dokumente, Dienste für die Zustellung elektronischer Einschreiben und Zertifizierungsdienste für die Website-Authen-

⁴⁸ Nach einem Teil der Lehre deswegen, weil die original-unterzeichnete Urkunde den Bereich des Absenders nicht verlässt und gleichzeitig kein Bedürfnis bestehe, in solchen Fällen vom Erfordernis der Originalunterschrift abzuweichen; vgl. bspw. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 13 N 14a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn 518. Das Bundesgericht weist bezüglich kopierter Unterschriften vor allem auf die Missbrauchsgefahr hin: BGE 112 1a 173 E. 1.

⁴⁹ Der Grund dafür liegt im mittlerweile aufgehobenen Art. 13 Abs. 2 OR, wonach u.a. auch ein Telegramm der Schriftform genügen konnte, sofern die Aufgabendesche die eigenhändige Unterschrift trug; diese Regel wurde von der Lehre später aus praktischen Gründen auf den Telefax übertragen; vgl. m.w.H. auf die Lehre GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 518; MÜLLER, Art. 13 N 100; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 13 N 14c.

⁵⁰ Vgl. BGE 127 III 181 E. 4b; m.w.H. auch MÜLLER, Art. 13 N 99.

⁵¹ Vgl. m.w.H. auf die Lehre GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 518; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 13 N 14c bejahend für veränderungsresistente PDF-Dokumente; WIEGAND/HURNI, Art. 13 N 5 bejahend nur für die Fälle, in welchen nach Art. 14 Abs. 2 OR eine Faksimileunterschrift genügt; HUGUENIN, N 349 bejahend zumindest im Zusammenhang mit der elektronischen Signatur; XODIS, Art. 13 N 19 bejahend mit dem Hinweis, dass bei der Zustellung von Kopien die Zwecke der Formvorschrift weitestgehend gewahrt bleiben.

⁵² Vgl. nur BGE 121 II 252 E. 3; 112 Ia 173 E. 1.

⁵³ Vgl. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung MÜLLER, Art. 13 N 141; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 519a; XODIS, Art. 13 N 9.

⁵⁴ Verordnung (EU) 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, ABl. L 257 vom 28.8.2014, S. 73.

⁵⁵ Vgl. Art. 52 Abs. 2 der eIDAS-Verordnung.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

tifizierung fest (vgl. Artikel 1 der eIDAS-Verordnung). Als EU-Verordnung hat die eIDAS-Verordnung allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in allen 27 EU-Mitgliedstaaten sowie aufgrund ihrer Aufnahme in das EWR-Abkommen im Europäischen Wirtschaftsraum.

Die eIDAS-Verordnung listet in Kapitel III einen präzisen Anforderungskatalog für Vertrauensdiensteanbieter auf. Die Vertrauensdiensteanbieter stellen die digitale Identität sicher und sind verantwortlich für digitale Zertifikate und Signaturen. Ausschliesslich Vertrauensdiensteanbieter, die die ab Artikel 13 aufgeführten Voraussetzungen erfüllen, gelten als qualifiziert und somit als staatlich anerkannte Trust Center. Unternehmen und Privatpersonen haben die Möglichkeit, die qualifizierten von den nicht-qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter anhand der sogenannten «EU/EEA Trusted List»⁵⁶ zu unterscheiden. In dieser Liste sind alle Anbieter und Dienstleistungen aufgeführt, die in den betreffenden EU-Staaten einen qualifizierten Status besitzen. Wer nicht auf der Liste steht, ist vom Anbieten qualifizierter Vertrauensdienstleistungen ausgeschlossen.

2.4.5 Die qualifizierte Schriftlichkeit

Bei der qualifizierten Schriftlichkeit ordnet das Gesetz zusätzlich zur einfachen Schriftlichkeit weitere Elemente, wie beispielsweise **bestimmte Angaben in der Urkunde** (z.B. die Inhaltsangaben bei bestimmten Verträgen nach Art. 9–12 KKG), die Benutzung eines bestimmten Formulars (z.B. bei Mietzinserhöhung für Wohn- oder Geschäftsräume nach Art. 269d Abs. 1 OR) oder die eigenhändige Niederschrift des Urkundeninhalts oder einzelner Teile davon (z.B. bei der letztwilligen Verfügung nach Art. 505 Abs. 1 ZGB oder der Bürgschaftserklärung nach Art. 493 Abs. 2 OR) sein.⁵⁷

2.5 Die öffentliche Beurkundung im Besonderen

2.5.1 Form und Zwecke

Obwohl in keinem Bundesgesetz näher geregelt, handelt es sich bei der öffentlichen Beurkundung um einen **Begriff des Bundesrechts**.⁵⁸ Es ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren.⁵⁹ Nach Bundesrecht beurteilt sich, was unter der öffentlichen Beurkundung zu verstehen ist und welchen Mindestanforderungen sie zu genügen hat.⁶⁰ Das Bundesrecht regelt aber nicht, in welcher Weise, in welchem Verfahren und durch welche Person die öffentliche Beurkundung vorzunehmen ist. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB ist es den Kantonen überlassen, dies zu regeln. Soweit das **kantonale Recht** die Einzelheiten der öffentlichen Beurkundung regelt, bestimmt es auch, ob es sich um Gültigkeits- oder blosse Ordnungsvorschriften handelt.⁶¹ Die öffentliche Beurkundung besteht praktisch zumeist darin, dass die Urkundsperson die Identität der Parteien sowie ihre Urteilsfähigkeit zu prüfen hat und sich vergewissert, dass der Inhalt der Urkunde dem wirklichen Parteiwillen entspricht.⁶²

⁵⁶ Die «EU/EEA Trusted List» ist abrufbar unter: eidas.ac.europa.eu > eIDAS Dashboard > Search for an EU-EEA trust service provider

⁵⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 521.

⁵⁸ BGE 113 II 402 E. 2a; BGE 124 I 297 E. 4a; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 11 N 57.

⁵⁹ BGE 99 II 159 E. 2a.

⁶⁰ BGE 99 II 159 E. 2a; vgl. auch BGE 124 I 297 E. 4a; 106 II 146 E. 1.

⁶¹ BGE 106 II 146 E. 3.

⁶² Vgl. bspw. §§ 239 ff. EG ZGB ZH (Loseblattsammlung des Kantons Zürich, Ordnungsnummer 230); Art. 43 ff. Notariatsverordnung BE (Bernische Systematische Gesetzessammlung Nr. 169.112); Art. 39 ff. und Art. 47 ff. Loi sur le notariat VD (Recueil systématique VD Nr. 178.11).

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Die öffentliche Beurkundung stellt die **strengste gesetzliche Form** dar. Wegen ihrer strengen Vorschriften sind insbesondere der Übereilungsschutz⁶³ aber auch andere Zwecke, wie die Beweisfunktion⁶⁴ und die Klarstellungs- und Präzisierungsfunktion⁶⁵ in hohem Masse gewährleistet. Die öffentliche Beurkundung wird bei besonders wichtigen und risikoreichen Geschäften und dann, wenn das Rechtsgeschäft Grundlage für einen Eintrag in einem öffentlichen Register ist, angeordnet.⁶⁶

2.5.2 Die elektronische öffentliche Beurkundung

Nach geltendem Recht muss das Original einer öffentlichen Urkunde zwingend in Papierform errichtet werden. Gemäss Artikel 55a SchIT ZGB kann im kantonalen Beurkundungsrecht aber vorgesehen werden, dass Urkundspersonen elektronische Ausfertigungen und elektronische Beglaubigungen von Kopien erstellen können. Die elektronische Ausfertigung wird im beurkundungsrechtlichen Nachverfahren erstellt und vertritt das Original der öffentlichen Urkunde im Rechtsverkehr. Die Ausführungsbestimmungen zu Artikel 55a SchIT ZGB finden sich in der Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV)⁶⁷ und der Verordnung des EJPD über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und Beglaubigungen (EÖBV-EJPD).⁶⁸

Diese Rechtslage ist mit einem Medienbruch verbunden: Auch wenn die Entwürfe der öffentlichen Urkunden heute regelmässig in elektronischer Form entstehen, können die Urkundspersonen elektronische öffentliche Urkunden nicht direkt am Computer erstellen. Vielmehr sind mehrere Zwischenschritte zu durchlaufen. Den am Computer erstellten Entwurf der öffentlichen Urkunde müssen die Urkundspersonen zunächst ausdrucken, um im Rahmen des Hauptverfahrens eine öffentliche Urkunde auf Papier (das Original) zu erstellen. Möchten sie das so entstandene Original der öffentlichen Urkunde im elektronischen Geschäftsverkehr einsetzen, ist dieses durch Einlesen zurück in ein elektronisches Dokument zu verwandeln. Dieser Arbeitsablauf ist weder effizient noch zeitgemäss.

Der Bundesrat hat am 17. Dezember 2021 die Botschaft⁶⁹ und den Entwurf zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (Notariatsdigitalisierungsgesetz; DNG)⁷⁰ verabschiedet. Mit dem neuen Bundesgesetz soll der Schritt zu der vollständigen elektronischen öffentlichen Beurkundung gemacht werden. In Zukunft soll es möglich sein, die öffentliche Urkunde direkt im Original elektronisch zu errichten. Die im Original elektronisch erstellten öffentlichen Urkunden sollen dauernd revisionssicher, lesbar und vor unbefugtem Zugriff sicher aufbewahrt werden. Zu diesem Zweck sind die Originale der elektronischen öffentlichen Urkunde unmittelbar nach der Erstellung in einem zentralen Urkundenregister zu registrieren und zu speichern. Die Vorlage wurde am 16. Juni 2023 in der Schlussabstimmung von den eidgenössischen Räten verabschiedet. Die Referendumsfrist läuft bis am 5. Oktober 2023.⁷¹

⁶³ BRÜCKNER, N 258 ff.; JEANDIN, S. 17.

⁶⁴ MARTI, S. 22 f.

⁶⁵ WOLF/PFAMMATTER, N 9 zu Art. 23 Notariatsgesetz; SCHMID, Art. 55 SchIT N 12.

⁶⁶ SCHWENZER/FOUNTULAKIS, Art. 11 N 7; vgl. auch BGE 99 II 159 E. 2a.

⁶⁷ Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen vom 8. Dezember 2017 (EÖBV; SR 211.435.1).

⁶⁸ Verordnung des EJPD über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und Beglaubigungen vom 8. Dezember 2017 (EÖBV-EJPD; SR 211.435.11)

⁶⁹ BBI 2022 143.

⁷⁰ BBI 2022 144.

⁷¹ vgl. dazu www.parlament.ch > [21.083](#) Notariatsdigitalisierungsgesetz.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Mit diesem Schritt hin zu der vollständigen elektronischen öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften in Zusammenhang mit dem Grundeigentum werden die Hindernisse für die Digitalisierung auch in diesem Bereich aufgehoben.

2.6 Die sogenannte «Textform» im Besonderen

Die Bestimmung über die Orientierungspflicht des Anbieters in Artikel 40d OR sowie die Bestimmungen über die Form von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im nationalen und internationalen Verhältnis in Artikel 17 Absatz 2 und Artikel 358 Absatz 1 ZPO beziehungsweise Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 178 Absatz 1 IPRG enthalten eine in den wesentlichen Zügen gleich formulierte Formvorschrift: Demnach müssen die formpflichtigen Erklärungen *«schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text erlaubt»* ergehen.

Mit dieser Form beziehungsweise Formulierung, die zuerst Eingang ins IPRG gefunden hat, sollte den Kommunikationsusancen im internationalen Geschäftsverkehr Rechnung getragen werden.⁷² Im deutschen Recht ist im Jahr 2001 mit der «Textform» nach § 126b BGB⁷³ eine vergleichbare Form ins Privatrecht eingeführt worden.⁷⁴ Mit dieser Form wurden bislang verstreute ähnliche Einzelschriften durch nunmehr eine einheitliche Form ersetzt, welche den Entwicklungen des modernen Rechtsverkehrs Rechnung tragen soll.⁷⁵ Im Schweizer Recht stellt sich bei den entsprechenden Textformen die Frage, inwiefern es sich stets um dieselbe, einheitlich auszulegende Formvorschrift handelt. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass die Anforderungen an die Form für Gerichtsstandsvereinbarungen nach Artikel 17 Absatz 2 ZPO und Artikel 5 Absatz 1 IPRG (und auch die Form nach Art. 23 LugÜ⁷⁶) einheitlich auszulegen seien.⁷⁷

2.6.1 Voraussetzungen

Die formpflichtige Willenserklärung beziehungsweise das formpflichtige Rechtsgeschäft muss in einer Art und Weise zum Ausdruck gebracht werden, welche eine **dauerhafte, unveränderte Wiedergabe in Form eines Textes** ermöglicht.⁷⁸ Die Erklärung muss in einem geschriebenen Schriftbild visuell wahrnehmbar und körperlich reproduzierbar beim Empfänger eingehen.⁷⁹ Auch elektronische Übermittlungen und Erklärungsträger können diesem Erfordernis genügen, sofern der Text nicht nur während einer beschränkten Zeit am Bildschirm oder Display betrachtet, sondern ausgedruckt oder die Datei dauerhaft abgespeichert oder mindestens während eines für den Erklärungszweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist.⁸⁰ Das blosses Zugänglichmachen der Willenserklärung in einem nur vom Erklärenden beherrschten Medium, welches dem Empfänger keine Speicherung erlaubt, genügt nicht.⁸¹

⁷² Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBI 1983 263, 300.

⁷³ Grüneberg-ELLENBERGER, § 126b Rn. 1; PWW-AHRENS, § 126b Rn. 1; Münchener Kommentar-EINSELE, § 126 RdNr. 1.

⁷⁴ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehrsverkehr, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/4987 vom 14. Dezember 2000, S. 5.

⁷⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehrsverkehr, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/4987 vom 14. Dezember 2000, S. 18 ff.

⁷⁶ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) vom 30. Oktober 2007; SR 0.275.12.

⁷⁷ BGer 4A_507/2021 vom 2. Juni 2022 E. 5.1.2; 4A_592/2014 vom 25. Februar 2015 E. 2.1.

⁷⁸ MÜLLER, Art. 11 N 105, unter Hinweis auf Grüneberg-ELLENBERGER, § 126b BGB N 3.

⁷⁹ GIRSBERGER, Art. 358 N 7.

⁸⁰ MÜLLER, Art. 11 N 106 ff.; GIRSBERGER, Art. 358 N 7.

⁸¹ MÜLLER, Art. 11 N 105.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Demnach kann die Form durch Übermittlung per Telefax, E-Mail, SMS oder auch Herunterladen von einer Website erfüllt werden,⁸² wobei bei letzterer Variante der Empfänger die Erklärung tatsächlich herunterladen und speichern muss, damit die Form gewahrt ist.⁸³ Eine eigenhändige **Unterschrift ist nicht erforderlich**. Nach Ansicht eines Teils der Lehre soll diese aber nur entbehrlich sein, wenn ein Kommunikationsmittel gewählt wird, welches aus technischen Gründen die Übermittlung der eigenhändigen Unterschrift im Original nicht erlaubt.⁸⁴

2.6.2 Besondere Fragen

Textformen in der genannten Ausprägung werfen Fragen auf, welche sich bisher im Zusammenhang mit der Schriftlichkeit nicht stellten. Bei der Schriftlichkeit (und umso mehr beim Erfordernis der eigenhändigen Niederschrift eines Teils oder der ganzen Urkunde; siehe dazu vorne 2.4.5) kann die Form notwendigerweise nur von der erklärenden Partei persönlich realisiert werden, womit jeweils klar ist, dass die Erklärung von dieser Partei stammt und dass sie den Inhalt der Erklärung anerkennt. Auch wenn eine Erklärung «äusserlich» die Erfordernisse dieser Textformen erfüllt, ist damit alleine noch nicht gewährleistet, dass sie tatsächlich eine Erklärung der sich verpflichtenden Partei darstellt. Die **Zuordnung des Textes zur verfassenden Person** muss deswegen auf andere Weise vorgenommen werden. Dies kann durch fakultative eigenhändige Unterschrift geschehen oder durch eine maschinelle Namenssetzung unter dem Text oder beispielsweise eine Absenderzeile in einer E-Mail; lässt sich der Text nicht einer erklärenden Person zuordnen, kann er nicht ohne Weiteres als Willensäusserung verstanden werden.⁸⁵ Probleme können sich auch bei der Frage ergeben, ob beziehungsweise wie eine allseitige Formwahrung aller sich verpflichtender Personen erreicht werden kann. Bei formgültiger Offerte und stillschweigender oder konkludenter Annahme wäre die Form «äusserlich» ebenfalls gewahrt, jedoch stammt diese Erklärung nur von einer Partei. Das Bundesgericht scheint in solchen Fällen die Form in der Regel nicht als gewahrt zu betrachten.⁸⁶ Aus der Gesamtheit der in Textform nachgewiesenen Äusserungen aller Vertragspartner muss die Zustimmung zur Schiedsvereinbarung hervorgehen.⁸⁷ Unter Anwesenheit genügt so etwa die gemeinsame schriftliche Niederlegung in einem Dokument und ein Austausch der Erklärungen ist dann nicht erforderlich (so etwa bei einem allseitig genehmigten Protokoll).⁸⁸

Da somit diese Textform weder die Anerkennung des Erklärungsinhaltes durch die erklärende Person ausweisen noch diese identifizieren und auch keine Versinnbildlichung der Verbindlichkeit der Erklärung wie eine eigenhändige Unterschrift bietet, dient die Textform in erster Linie der **Klarstellung** des Inhalts, der **Information** einer Vertragspartei oder der **Dokumentation** des Rechtsgeschäfts; der Übereilungsschutz und die Beweisfunktion können hingegen nur in sehr begrenztem Mass gewahrt werden.⁸⁹ Das Bundesgericht sieht im Zusammenhang mit Schiedsvereinbarungen zwar durchaus den Übereilungsschutz als Zweck dieser Formvorschrift,⁹⁰ auch wenn bei der Textform sowohl der **Übereilungsschutz** als auch die **Beweisfunktion** erheblich **zugunsten der praktischen Bedürfnisse abgeschwächt** ist.

⁸² MÜLLER, Art. 11 N 106; GIRSBERGER, Art. 358 N 7.

⁸³ MÜLLER, Art. 11 N 106.

⁸⁴ So GROLIMUND/BACHOFNER, Art. 5 N 26.

⁸⁵ GIRSBERGER, Art. 358 N 10.

⁸⁶ BGer 4A_618/2015 resp. 4A_634/2015 vom 9. März 2016 E. 4.3.

⁸⁷ GRÄNICHER, Art. 178 N 16.

⁸⁸ GIRSBERGER, Art. 358 N 13 und 15; OETIKER, Art. 178 N 31.

⁸⁹ Siehe dazu vorne 2.3 und zu Hinweisen zum deutschen Recht Fn. 32; ferner MÜLLER, Art. 11 N 101.

⁹⁰ BGE 142 III 239 E. 3.3.1.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

2.7 Überblick über die formpflichtigen Rechtsgeschäfte des Zivilrechts

2.7.1 Schriftform

Folgende **selbständige Rechtsgeschäfte**⁹¹ des **ZGB** unterstehen der einfachen oder qualifizierten Schriftlichkeit:⁹²

- Gründung eines Vereins (Art. 60 Abs. 2 ZGB)
- Vorsorgeauftrag (Art. 361 Abs. 1 ZGB; oder öffentliche Beurkundung)
- Patientenverfügung (Art. 371 Abs. 1 ZGB)
- Betreuungsvertrag (Art. 382 Abs. 1 ZGB)
- Eigenhändige letztwillige Verfügung (Art. 505 Abs. 1 ZGB)
- Aufhebung eines Erbvertrags durch Vertrag (Art. 513 Abs. 1 ZGB);
- Erbteilungsvertrag (Art. 634 Abs. 2 ZGB), auch wenn er sich auf ein Grundstück bezieht, sowie Vertrag über die Abtretung eines Erbanteils (Art. 635 Abs. 1 ZGB);
- Erklärung des bisherigen Gläubigers zur Übertragung des Register-Schuldbriefs (Art. 858 Abs. 1 ZGB);
- Erklärung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers zur Verpfändung des Register-Schuldbriefs (Art. 859 Abs. 1 ZGB);
- Nachverpfändung von Fahrnis (Art. 886 ZGB);
- Verpfändung einer Forderung, für die keine Urkunde oder nur ein Schuldschein besteht (Art. 900 Abs. 1 ZGB);
- Nachverpfändung von Forderungen und anderen Rechten (Art. 903 ZGB);
- Begründung eines Versatzpfandes (Art. 909 ZGB).

Im ZGB finden sich sodann ebenfalls verschiedene **unselbständige Rechtsgeschäfte**, die der Schriftlichkeit unterstehen. Dies betrifft besonders verschiedene Abreden im *Sachenrecht* und dort besonders im Zusammenhang mit dem *Grundpfand*, aber auch gewisse Mitteilungen an die von einer Massnahme betroffene Person im *Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*.⁹³

Folgende **selbstständige Rechtsgeschäfte** des **OR** unterstehen der einfachen oder qualifizierten Schriftlichkeit:⁹⁴

- Abtretung einer Forderung (Art. 165 Abs. 1 OR; siehe dazu ausführlich nachfolgend Ziff. 3.2);
- Vorverkaufsvertrag über ein Grundstück (Art. 216 Abs. 3 OR);
- Schenkungsversprechen (Art. 243 Abs. 1 OR), soweit es sich nicht auf ein Grundstück oder auf die Begründung eines dinglichen Rechts bezieht;
- Verpfändung eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf Vorsorgeleistungen oder eines Betrags bis zur Höhe seiner Freizügigkeitsleistung (Art. 331d Abs. 3 OR, schriftliche Anzeige an die Vorsorgeeinrichtung);
- Lehrvertrag (Art. 344a OR);
- Handelsreisendenvertrag (Art. 347a Abs. 1 OR);
- Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356c Abs. 1 OR);
- Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (Art. 406d OR);
- Bürgschaftserklärung in gewissen Fällen (Art. 493 Abs. 1, 2 und 3 OR);
- Erteilung einer Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft sowie Versprechen, Bürgschaft zu leisten im Sinne von Artikel 493 Abs. 1, 2 und 3 OR (Art. 493 Abs. 6 OR);

⁹¹ Zum Begriff der selbständigen und unselbständigen Rechtsgeschäfte siehe MÜLLER, Art. 11 N 39 f.

⁹² Vgl. dazu auch MÜLLER, Art. 11 N 74

⁹³ Siehe dazu im Einzelnen MÜLLER, Art. 11 N 78, 83 und 87.

⁹⁴ Vgl. dazu auch MÜLLER, Art. 11 N 72.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

- Leibrentenvertrag (Art. 517 OR);
- Verpfändungsvertrag mit einer staatlich anerkannten Pfundanstalt (Art. 522 Abs. 1 OR);
- Verschiedene Rechtsgeschäfte im Bereich des Gesellschaftsrechts;⁹⁵
- Erklärung zur Übertragung bei Namenpapieren (Art. 967 Abs. 1 OR; siehe zum Wertpapierrecht ausführlich nachfolgend Ziff. 3.3);
- Abtretungserklärung für die Übertragung von Wertrechten (Art. 973c Abs. 4 OR).

Sodann unterliegt eine grössere Zahl **unselbstständiger Rechtsgeschäfte** beziehungsweise Nebenabreden formfreier Rechtsgeschäfte der einfachen oder qualifizierten Schriftlichkeit. Dies betrifft insbesondere verschiedene Vorschriften im Miet-, Arbeitsvertrags- sowie im Agenturvertragsrecht, aber auch eine grössere Zahl von Nebenabreden im Gesellschafts- und Wertpapierrecht.⁹⁶

Neben den Rechtsgeschäften des ZGB und OR unterstehen auch einige in privatrechtlichen Nebenerlassen geregelte (selbständige und unselbständige) Rechtsgeschäfte dem Erfordernis der Schriftform. Zu erwähnen sind insbesondere verschiedene Mitteilungen und Willenserklärungen gemäss dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG⁹⁷), verschiedene Rechtsgeschäfte nach dem Konsumkreditgesetz (KKG; siehe dazu ausführlich nachfolgend Ziff. 3.9), der Fusions- und Spaltungsvertrag sowie weitere Tatbestände nach dem Fusionsgesetz (FusG⁹⁸) und schliesslich vereinzelte weitere Rechtsgeschäfte, insbesondere aus dem Bereich des Immaterialgüterrechts, des Finanzmarktrechts, der landwirtschaftlichen Pacht sowie betreffend Schiffe und Luftfahrzeuge.⁹⁹

2.7.2 Öffentliche Beurkundung

Folgende **Rechtsgeschäfte des ZGB** unterstehen der öffentlichen Beurkundung:¹⁰⁰

- Errichtung einer Stiftung (Art. 81 Abs. 1 ZGB);
- Trauung (Art. 102 ZGB i.V.m. Art. 71 ZStV);
- Ehevertrag (Art. 184 ZGB);
- Inventar der Vermögenswerte der Ehegatten (Art. 195a ZGB);
- Eigengut nach Ehevertrag (Art. 199 i.V.m. Art. 184 ZGB);
- Vertrag über die Begründung einer Gemeinderschaft (Art. 337 ZGB);
- Vorsorgeauftrag (Art. 361 Abs. 1 ZGB; wahlweise zur qualifizierten Schriftlichkeit);
- öffentliche letztwillige Verfügung (Art. 499–504 ZGB);
- Erbvertrag (Art. 512 ZGB);
- einseitige öffentliche Aufhebung des Erbvertrags bei Verschulden der Erben oder Bedachten (Art. 513 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 499 ZGB).
- Vereinbarung zum Ausschluss der Aufhebung des Miteigentums (Art. 650 Abs. 2 ZGB);
- alle auf Übertragung des Eigentums an Grundstücken gerichteten Verträge und Rechtsgeschäfte (Art. 657 Abs. 1 ZGB, unter Vorbehalt von Art. 216 Abs. 3 und Art. 229 Abs. 2 sowie Art. 634 Abs. 2 ZGB);
- Aufhebung oder Abänderung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen (Art. 680 Abs. 2 ZGB);

⁹⁵ Sacheinlagevertrag bei der Aktiengesellschaft in gewissen Fällen (Art. 634 Ziff. 2 OR); Vertrag zwischen der Aktiengesellschaft und ihrem Vertreter (Art. 718b OR); Abtretung sowie Verpflichtung zur Abtretung von Stammanteilen einer GmbH (Art. 785 Abs. 1 OR); Gründung einer Genossenschaft (Art. 834 Abs. 1 i.V.m. Art. 832); Beitritt zu einer Genossenschaft (Art. 834 Abs. 1, Art. 840 Abs. 1 OR); Vertrag zwischen der Genossenschaft und ihrem Vertreter (Art. 899a OR).

⁹⁶ Siehe dazu im Einzelnen MÜLLER, Art. 11 N 76, 84 und 88.

⁹⁷ SR 221.229.1.

⁹⁸ SR 221.301.

⁹⁹ Siehe dazu im Einzelnen MÜLLER, Art. 11 N 75, 79, 86 und 90.

¹⁰⁰ Siehe dazu MÜLLER, Art. 11 N 130, 137, 141 und 145.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

- Vereinbarung über den Ausschluss oder die Abänderung eines gesetzlichen Vorkaufrechts (Art. 681b Abs. 1 ZGB);
- Begründung von Stockwerkeigentum (Art. 712d i.V.m. Art. 712e Abs. 1 ZGB);
- Verschiedene Geschäfte über beschränkte dingliche Rechte.¹⁰¹

Folgende **Rechtsgeschäfte des OR** unterstehen der öffentlichen Beurkundung:

- Kaufvertrag über ein Grundstück (Art. 216 Abs. 1 OR);
- Vorvertrag, Kaufrechtsvertrag und Rückkaufsrechtsvertrag bezüglich eines Grundstücks (Art. 216 Abs. 2 OR);
- Tauschvertrag über ein Grundstück (Art. 237 i.V.m. Art. 216 Abs. 1 OR);
- Schenkungsversprechen über ein Grundstück oder ein dingliches Recht (Art. 243 Abs. 2 OR);
- Bürgschaftserklärung der natürlichen Person, falls der Haftungsbetrag CHF 2'000 übersteigt (Art. 493 Abs. 2 OR);
- Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft und Versprechen durch die natürliche Person, Bürgschaft zu leisten, falls der Haftungsbetrag CHF 2'000 übersteigt (Art. 493 Abs. 6 i.V.m. Art. 493 Abs. 2 OR);
- Verpfändungsvertrag (Art. 522 Abs. 1 OR, unter Vorbehalt von Abs. 2);
- Verschiedene gesellschaftsrechtliche Geschäfte;¹⁰²
- Erklärung des Gläubigers bezüglich der Entkräftung des Schuldscheins und der Tilgung der Schuld bei der Kraftloserklärung von Namenpapieren (Art. 977 Abs. 2 OR).
- Verweigerung der Annahme oder der Zahlung (Protest) beim gezogenen Wechsel (Art. 1034 Abs. 1 OR);
- Verweigerung der Zahlung (Protest) im Checkrecht (Art. 1128 Abs. 1 OR);

Daneben unterstehen auch einige weitere, in privatrechtlichen Nebenerlassen geregelten Rechtsgeschäfte dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung, wie beispielsweise der Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsbeschluss nach FusG.¹⁰³

2.8 Staatlich anerkannter elektronischer Identifikationsnachweis (E-ID)

Mit der E-ID soll ein sicherer staatlicher Identitätsnachweis geschaffen werden, mit welchem eine Identifikation auch online möglich sein soll. Vom 29. Juni 2022 bis zum 20. Oktober 2022 wurde die öffentliche Vernehmlassung durchgeführt. Der Bundesrat wurde über eine erste Analyse der Stellungnahmen am 2. Dezember 2022 informiert. Die Botschaft zum neuen E-ID-Gesetz wird voraussichtlich Ende 2023 vorliegen, womit die parlamentarische Beratung frühestens Anfang 2024 beginnen kann.¹⁰⁴

Da die E-ID die Identität ihres Benutzers ausweisen wird, wird sie grundsätzlich geeignet sein, die Beweisfunktion mindestens teilweise wahrzunehmen. Es wird sich deswegen die

¹⁰¹ Errichtung einer Grunddienstbarkeit (Art. 732 ZGB); Begründung der Nutzniessung an einem Grundstück (Art. 746 Abs. 1 ZGB); Inventar über die Gegenstände der Nutzniessung (Art. 763 ZGB); Begründung eines Wohnrechts (Art. 776 Abs. 3 ZGB); Begründung eines selbstständigen und dauernden Baurechts (Art. 779a ZGB); Begründung einer Grundlast (Art. 783 Abs. 1 und 3 ZGB); Errichtung eines Grundpfandes (Art. 799 Abs. 2 ZGB).

¹⁰² Errichtungsakt der AG (Art. 629 OR); Sacheinlagevertrag bei der Aktiengesellschaft in gewissen Fällen (Art. 634 Abs. 2 OR); Beschluss der Generalversammlung der AG, welcher eine Statutenänderung zum Gegenstand hat (Art. 647 Abs. 1 OR); Beschluss über die Erhöhung des Aktienkapitals der AG (Art. 650 Abs. 2 OR); Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals der GmbH (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 1 i.V.m. Art. 650 Abs. 2 OR); Beschluss und Feststellungen des Verwaltungsrats bei der ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung der AG (Art. 652g Abs. 2 OR); Feststellung, dass der Prüfungsbericht des zugelassenen Revisionsexperten die verlangten Angaben bezüglich des Erlöschens von Wandel- oder Optionsrechten enthält (Art. 653i Abs. 2 OR); Feststellung, dass die Vorschriften der Art. 732–735 für die Herabsetzung des Aktienkapitals der AG erfüllt sind (Art. 734 OR); Beschluss der Generalversammlung, die AG aufzulösen (Art. 736 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 737 OR); Errichtungsakt der Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 2 i.V.m. Art. 629 OR); Errichtungsakt einer GmbH (Art. 777 OR); Beschluss über eine Änderung der Statuten der GmbH (Art. 780 OR); Beschluss über die Herabsetzung des Stammkapitals der GmbH (Art. 782 Abs. 4 OR); Auflösung der GmbH (Art. 821 Abs. 2 OR).

¹⁰³ Siehe dazu im Einzelnen MÜLLER, Art. 11 N 131, 138, 142 und 146.

¹⁰⁴ Siehe zum Projekt E-ID: www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Staatliche E-ID.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Frage stellen, ob sie die Schriftlichkeit dort, wo es nur um die Beweisfunktion geht, ersetzen können wird. Dies wird einerseits voraussetzen, dass die E-ID eine breite Akzeptanz findet. Andererseits wird im Lichte der zukünftigen gesellschaftlichen Verhältnisse und der technischen Einzelheiten der E-ID zu prüfen sein, ob und gegebenenfalls in welchen konkreten Zusammenhängen sie allenfalls an die Stelle der Handunterschrift treten könnte.

3 Analyse

3.1 Allgemeine Beurteilung

3.1.1 Überwiegende Formfreiheit im Geschäftsalltag

Die vorstehende Darstellung und Übersicht (siehe Ziff. 2.7) macht deutlich, dass im geltenden Schweizer Recht die grosse **Mehrheit der Rechtsgeschäfte** und vor allem die häufigsten Rechtsgeschäfte des Alltags **formfrei** möglich sind. Dies gilt insbesondere für den Kaufvertrag und die meisten Dienstleistungsverträge (Werkvertrag, Auftrag, Arbeitsvertrag).

So unterstehen der **Schriftform** hauptsächlich Rechtsgeschäfte, welche insbesondere von natürlichen (Einzel-)Personen – falls überhaupt – selten abgeschlossen werden. Bedeutung haben die formpflichtigen Rechtsgeschäfte vor allem für in bestimmten Bereichen tätige professionelle Akteure, bspw. solche, die regelmässig grundstück-, gesellschafts- oder wertpapierrechtliche Geschäfte vornehmen, wie z.B. Finanzdienstleister oder Immobilienunternehmen. Sowohl für Privatpersonen als insbesondere auch für Unternehmen hat die Schriftform aber hauptsächlich im Miet- sowie im Arbeitsvertragsrecht eine breitere Bedeutung. Zwar sind sowohl der Miet- als auch der Arbeitsvertrag selber mit Ausnahme des Lehrvertrags formfrei gültig, jedoch unterstehen zahlreiche Nebenabreden der Schriftform beziehungsweise im Mietrecht teilweise auch der Formularpflicht. Ebenso unterstehen Verträge betreffend die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih der Schriftform.

Was die **öffentliche Beurkundung** betrifft, so beschlägt sie neben Ehe- und Erbverträgen sowie gewissen sehr seltenen Rechtsgeschäften, hauptsächlich Rechtsgeschäfte betreffend Grundstücke sowie gesellschaftsrechtliche Geschäfte. Für natürliche Personen und Einzelunternehmen hat diese Formvorschrift im Alltag wenig oder keine Bedeutung. Auch von dieser Formvorschrift sind vor allem in den einschlägigen Bereichen tätige professionelle Akteure sowie in beschränkter Masse Handelsgesellschaften betroffen.

Angesichts dieser Ausgangslage scheint nur ein beschränktes Bedürfnis nach einem Ersatz der heutigen Formvorschriften zu bestehen. Zwar hat sich die qualifizierte elektronische Signatur nicht grossflächig durchgesetzt (siehe dazu auch vorne Ziff. 2.4.3) und der Schriftform unterstehen doch immerhin einige praktisch bedeutsame Rechtsgeschäfte des Alltags. Andererseits spielen die Formvorschriften im Alltag für grosse Kreise der Bevölkerung keine grosse Rolle, was auch das verminderte Interesse an der qualifizierten elektronischen Signatur mindestens teilweise erklären könnte. Daher stellt sich gleichwohl die Frage, ob die Schriftlichkeit nach Artikel 12 ff. OR an die aktuellen Verhältnisse angepasst oder generell durch eine andere Form ersetzt werden müsste. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob die Schriftform generell durch eine Textform ersetzt werden kann (nachfolgend Ziff. 3.1.2), und schliesslich, ob anstelle der Schriftform oder zusätzlich zu dieser, eine neue gesetzliche Formvorschrift geschaffen werden soll, welche dieselben Schutzzwecke erfüllen könnte (nachfolgend Ziff. 3.1.3).

3.1.2 Textform als generelle Alternative zur Schriftform

Eine Textform, wie sie heute punktuell schon im Schweizer Recht und als allgemeine gesetzliche Formvorschrift zum Beispiel im deutschen Recht besteht (siehe dazu vorne Ziff. 2.6),

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

ist insofern «digitalisierungsfreundlicher», als dass sie grundsätzlich auf das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift oder einer qualifizierten elektronischen Signatur verzichtet. Im Gegenzug ist sie allerdings nicht geeignet, im gleichen Ausmass wie die Schriftform die Beweisfunktion zu übernehmen und den Übereilungsschutz zu gewährleisten (siehe dazu vorne Ziff. 2.6.2). Weil mit der Textform also überwiegend **andere Schutzzwecke** verfolgt werden (können), vermag sie die Schriftform **nicht generell zu ersetzen**. Insofern kann die Textform diese nur dann ersetzen, wenn gleichzeitig eine rechtspolitische Neubewertung der bisher mit der Schriftform verfolgten Schutzbedürfnisse erfolgt, das heisst, wenn die gesetzliche Anordnung der Schriftform im konkreten Fall heute als überschüssend und unnötig erachtet würde. Die Frage der Praktikabilität der Formvorschriften kann somit nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen. Dieselben Überlegungen gelten auch für die öffentliche Beurkundung, wobei dort viel offensichtlicher ist, dass mit einer Textform nicht die mit der öffentlichen Beurkundung verfolgten Zwecke erreicht werden können. Soweit sich die Frage nach einer rechtspolitischen Neubewertung für konkrete Fälle aufdrängt, wird diese nachfolgend bei der besonderen Analyse für verschiedene Bereiche (nachfolgend Ziff. 3.2 ff.) abgehandelt.

3.1.3 Schaffung einer neuen allgemeinen gesetzlichen Formvorschrift

Ausgehend von der Feststellung, dass die Textform die Schriftform nicht generell zu ersetzen vermag, stellt sich die Frage, ob allenfalls eine gänzlich neue, «digitaltaugliche» Form geschaffen werden könnte, welche die Schriftform ersetzen oder als Alternative dazu dienen könnte. Diesbezüglich ist zunächst auf die qualifizierte elektronische Signatur zu verweisen, welche das «digitaltaugliche» Pendant zur eigenhändigen Unterschrift ist (siehe dazu vorne Ziff. 2.4.2). Damit besteht eine solche Form eigentlich bereits heute. Da sich diese in der Praxis aber nicht durchgesetzt hat, wäre nach einer Form zu suchen, welche die Beweisfunktion und die Übereilungsschutz im selben Mass zu übernehmen vermag und grossflächig akzeptiert würde oder bereits ist. In der Praxis ist im Bereich des Internetverkehrs derzeit aber keine solche Form ersichtlich. Zwar bestehen verschiedene Signaturen privater Anbieter, und auch Log-Ins grosser Anbieter werden zu Identifikationszwecken plattformübergreifend verwendet. An solche bereits bestehenden privaten Instrumente kann der Gesetzgeber aber nicht anknüpfen, da die Funktionsweise und Zuverlässigkeit wie auch die Aspekte der Datensicherheit und des Datenschutzes nicht abschliessend beurteilt und gewährleistet werden können oder diese heute sogar offensichtlich nicht gegeben sind. Die Schaffung eines ähnlichen gesetzlichen Instruments würde im Hinblick auf die mögliche Akzeptanz im Rechtsverkehr auf die Schaffung einer zweiten qualifizierten elektronischen Signatur – wenn auch mit eventuell anderem technischem Hintergrund – hinauslaufen. Dies erscheint heute nicht sinnvoll. Zudem wird mit der geplanten staatlichen E-ID (siehe dazu vorne Ziff. 2.8) ein erfolgsversprechendes Projekt verfolgt, welches die qualifizierte elektronische Signatur in gewissen Bereichen eventuell ersetzen und unter Umständen in ihrer Anwendung erheblich vereinfachen und damit ihre Verbreitung fördern könnte.

3.1.4 Besondere Analyse für verschiedene Bereiche

Angesichts dieser Ausgangslage werden nachfolgend verschiedene Bereiche des Privatrechts besonders analysiert, wobei der Fokus entsprechend der Ergebnisse des «Digitalen Tests» und verschiedenen Aufträge (siehe dazu vorne Ziff. 1.1 und 1.3) auf die Abtretung von Forderungen (Zession; siehe nachfolgend Ziff. 3.2) und das Wertpapierrecht (siehe nachfolgend Ziff. 3.3) sowie auf die Rechtsöffnung (siehe nachfolgend Ziff. 3.4) gelegt wird. Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich insbesondere auf zwei externe Gutachten (siehe Ziff. 1.5).

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

3.2 Zession

Gemäss Artikel 165 Absatz 1 OR bedarf die Abtretung einer Forderung der **Schriftform**. Dies gilt nur für die **Abtretung als Verfügungsgeschäft**, die Verpflichtung zur Abtretung kann formlos begründet werden (Art. 165 Abs. 2 OR). Die Formvorschrift des Artikel 165 Absatz 1 OR dient der **Rechts- und Verkehrssicherheit** beziehungsweise der **Klarstellung**; die Gläubiger des Zedenten und des Erwerbers sollen ebenso wie der Schuldner der zedierten Forderung feststellen können, wem die Forderung in einem bestimmten Zeitpunkt zusteht.¹⁰⁵

Im Rahmen der Arbeiten zum Gutachten EGGEN wurden mit Vertreterinnen und Vertreter von Gerichten beziehungsweise Schlichtungsbehörden, Konkursbehörden, Banken, Inkassounternehmen und der Anwaltschaft Gespräche über die Relevanz der Schriftform für die Abtretung geführt.¹⁰⁶ Die Interviews konnten aufgrund der nichtrepräsentativen Zahl der befragten Stellen und Unternehmen nicht quantitativ, sondern lediglich qualitativ ausgewertet werden. Im Vordergrund stand die Identifikation der Praxisfelder, in welchen die Zession im Rechtsalltag zur Anwendung kommt, sowie die praktischen Herausforderungen, welchen die Teilnehmer in ihrer Tätigkeit begegnen. Weiter wurde insbesondere gefragt, ob eine **Anpassung oder Abschaffung der zessionsrechtlichen Formvorschriften** für notwendig erachtet wird.

3.2.1 Praktische Bedeutung

Die Zession ist **von sehr grosser wirtschaftlicher Bedeutung**, da sie bei der Übertragung von unverbrieften Forderungen zur Anwendung kommt. Die Zession wird in der Praxis beispielsweise im Zusammenhang mit der Kreditsicherung und dem Factoring eingesetzt.¹⁰⁷ Die Forderungsabtretungen können bei der **Kreditsicherung** als Einzel- oder Globalzessionen erfolgen und ersetzen das komplexe Verfahren der Forderungsverpfändung, indem der Kreditnehmer dem Kreditgeber sicherungshalber eine oder mehrere Forderungen abtritt. Auch im Rahmen des **Factorings**¹⁰⁸ dient die Zession der Vermittlung von Liquidität.

Sodann ist die Zession auch im Zusammenhang mit **Beteiligungs- und Forderungsrechte** von Bedeutung:¹⁰⁹ Zwar können Beteiligungs- und Forderungsrechte als Wertpapiere ausgegeben werden und seit dem Inkrafttreten des Bucheffektengesetzes werden Kapitalmarktpapiere zunehmend als Bucheffekten im Sinne von Artikel 3 BEG¹¹⁰ ausgestaltet. Zudem ist auch eine Ausgabe von Wertrechten als Registerwertrechte im Sinne von Artikel 973d OR möglich. Diese Möglichkeiten zur digitalen Ausgestaltung von Beteiligungs- und Forderungsrechten sind für Marktteilnehmer geeignet, die mit dem regelmässigen Handel der fraglichen Papiere rechnen. Ein nicht unerheblicher Teil von Unternehmen verzichtet jedoch auf die Ausgabe von Bucheffekten oder Registerwertrechten. Wird bei der Ausgabe der Beteiligungs- oder Forderungsrechte zugleich von einer wertpapierrechtlichen Verbriefung abgesehen, sind die entsprechenden Forderungen mittels Abtretung auf Dritte zu übertragen. Auch **Derivate** werden ausserhalb des Retailsegments regelmässig nicht als Wertpapiere verbrieft oder als Bucheffekten ausgegeben, sondern als einfache Forderungen geführt.¹¹¹ Die Übertragung unter schweizerischem Recht hat dann mittels Abtretung zu erfolgen.

¹⁰⁵ BGE 122 III 361 E. 4.c; 105 II 83 E. 2, BGE 82 II 48 E. 1.

¹⁰⁶ EGGEN, S. 45 ff.

¹⁰⁷ Siehe dazu EGGEN, S. 45 f.

¹⁰⁸ Unter einem Factoringvertrag erwirbt eine Partei (Factor), regelmässig eine Bank, Forderungen von der Gegenpartei. Im Gegenzug bevorzusst sie dieser Gegenpartei einen Grossteil der Liquidität aus den abgetretenen Forderungen. Für diese Dienstleistung erhält der Factor von seinem Kunden eine Gebühr sowie einen Zins und unter Umständen eine sogenannte Delkredereprovision, vgl. dazu EGGEN, S. 46.

¹⁰⁹ Siehe dazu EGGEN, S. 46.

¹¹⁰ Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG) vom 3. Oktober 2008; SR 957.1.

¹¹¹ EGGEN, S. 47.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Von besonderer Bedeutung ist die Zession auch für das **Inkassogeschäft**. Lässt ein Geschäft seine Ansprüche gegenüber Kunden und Dritten durch ein spezialisiertes Inkassounternehmen eintreiben, kann es dem Inkassounternehmen die Vollmacht zum Inkasso für die fraglichen Forderungen erteilen. Alternativ kann es die Forderungen aber auch fiduziarisch auf das Inkassounternehmen übertragen. Das Inkassounternehmen macht somit die Forderung als deren Inhaberin im eigenen Namen beim Schuldner geltend. Den eingezogenen Betrag abzüglich der eigenen Ansprüche leitet es anschliessend an den Auftraggeber weiter.¹¹² Forderungen können auch in völlig anderem Kontext an Dritte abgetreten werden, beispielsweise können sie erfüllungshalber oder an Erfüllungsstatt abgetreten werden oder sie können mittels Zession verkauft oder verschenkt werden.¹¹³

3.2.2 Formvorschrift in der Praxis

Die Interviews im Gutachten EGGEN mit betroffenen Kreisen aus der Praxis zeigen auf,¹¹⁴ dass die geltenden Formvorschriften bei Abtretungen in der Praxis grundsätzlich ohne weiteres umgesetzt werden können. Der Nachweis der Abtretung mittels Text («Verurkundung» des Erklärungsinhalts) wird von der Mehrheit der befragten Personen begrüsst. Die Dokumentation des Rechtsgeschäfts führe zu Rechtssicherheit für sämtliche Beteiligten. Schwierigkeiten bereite dagegen der Umstand, dass der Gesetzgeber neben der Verurkundung die eigenhändige Unterschrift des Zedenten verlangt. Als problematisch werden insbesondere der Medienbruch, die Übermittlungszeit und die fehlende Praktikabilität der qualifizierten elektronischen Signatur erachtet.

Zum **gesetzgeberischen Handlungsbedarf** äusserten sich die befragten Personen dahingehend, dass eine Mehrheit von ihnen eine Anpassung des geltenden Schriftformerfordernisses für die Abtretung von Forderungen befürwortet. Gewünscht wurde insbesondere eine Abschaffung des Erfordernisses der eigenhändigen Unterschrift. Uneinigkeit bestand aber darin, ob eine ersatzlose Abschaffung wünschenswert wäre oder ob der Nachweis des Urhebers und der Textintegrität nach wie vor Voraussetzung für die Gültigkeit der Abtretung sein soll. Darüber, wie dieser Nachweis erbracht werden soll, bestand unter den befragten Personen verschiedene Auffassungen. Eine Minderheit ist mit der geltenden Regelung zufrieden und wünscht keine Anpassung des Schriftformerfordernisses für Zessionen.

3.2.3 Rechtsvergleich

Im internationalen Vergleich besteht eine grosse **Bandbreite an Formvorschriften** für die Übertragung von Forderungen.¹¹⁵ Insbesondere die *common law*-Jurisdiktionen wie England oder die USA verzichten grundsätzlich auf das Schriftformerfordernis bei der Übertragung von Forderungen. Der Schuldner wird aber insofern geschützt, als dass er erst nach einer Abtretungsanzeige an den Zessionar leisten muss. In *civil law*-Rechtsordnungen bestanden lange sehr unterschiedliche Formvorschriften für die Übertragung von Forderungen. Rechtsordnungen wie beispielsweise diejenigen von Deutschland,¹¹⁶ Frankreich,¹¹⁷ Italien¹¹⁸ oder Japan¹¹⁹ sehen zwar nicht für die Abtretung selbst, aber für andere Elemente, welche die Wirksamkeit der Transaktion gegenüber Dritten betreffen, ähnlich hohe formelle Anforderungen wie

¹¹² EGGEN, S. 47.

¹¹³ EGGEN, S. 47.

¹¹⁴ Siehe zur Übersicht über die Ergebnisse der Befragung EGGEN, S. 51 f.

¹¹⁵ Siehe dazu EGGEN, S. 53 ff., Zusammenfassung siehe S. 90 f.

¹¹⁶ Siehe zu Deutschland EGGEN, S. 54 ff.

¹¹⁷ Siehe zu Frankreich EGGEN, S. 60 ff.

¹¹⁸ Siehe zu Italien EGGEN, S. 64 ff.

¹¹⁹ Siehe zu Japan EGGEN, S. 77 ff.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

das schweizerische Recht vor. Nach wie vor lässt sich **kein einheitliches Bild** über die Formvorschriften zur Abtretung beziehungsweise zur Abtretungsanzeige zeichnen. Internationalen Regelwerke verzichten regelmässig auf die Statuierung von Formvorschriften für die Abtretung. Im Gegenzug schützen sie die Schuldnerinteressen dadurch, dass dieser erst nach dem Eintreffen einer Abtretungsanzeige an den Zessionar leisten muss. Weiter erhält der Schuldner regelmässig die Möglichkeit, einen entsprechenden Nachweis der Abtretung einzuverlangen.¹²⁰

Von besonderem Interesse ist, inwieweit in ausländischen Rechtsordnungen zur Erreichung der mit den von Formvorschriften verfolgten Zwecken bereits auf neuere technische Möglichkeiten zurückgegriffen wird. In jüngeren Gesetzesanpassungen wurde zum Teil der Umstand berücksichtigt, dass mit Hilfe von technischen Verfahren eine hohe Beweissicherheit erreicht werden kann: So hat beispielsweise Japan als Alternative zur notariellen Beglaubigung der Abtretungsurkunde die Registrierung der Abtretung eingeführt, und in den USA wird für die befreiende Wirkung der Notifikation teilweise deren Authentizität verlangt.¹²¹ Für die Notifikation der Abtretung wird in jüngeren Erlassen zunehmend die Authentizität der fraglichen Nachricht gefordert, was mittels händischer oder digitaler Signatur erbracht werden kann und womit die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen mit Formerfordernissen und solchen ohne besondere Formvorschriften immer mehr nur noch gradueller Natur erscheinen.¹²²

3.2.4 Fazit

Im Gutachten EGGEN wurden die Möglichkeiten einer Revision des Zessionsrechts gestützt auf die Umfrage der betroffenen Kreise und des Rechtsvergleichs geprüft. Das Gutachten kommt zum Schluss, dass die Rechtssicherheit und auch die Beweis Zwecke weiterhin durch eine Formvorschrift zu gewährleisten sei, weswegen eine formfreie Abtretung abgelehnt wird.¹²³ Deswegen soll das Erfordernis der Verurkundung, d.h. die **Dokumentation in Text**, grundsätzlich beibehalten werden.¹²⁴ Um die Beweissicherheit zu gewährleisten, sollte auch ein **Authentizitäts- und Integritätsnachweis** beibehalten werden.¹²⁵ Ebenso soll die Formvorschrift **Gültigkeitserfordernis** der Abtretung selber bleiben und nicht etwa nur der Abtretungsanzeige, wie dies teilweise im ausländischen Recht vorgesehen ist, da dies unter Umständen für den Zessionar zu erheblichen Problemen führen kann.¹²⁶

Schliesslich wird vorgeschlagen, eine neue Variante *ergänzend* zur heutigen Formvorschrift zu schaffen.¹²⁷ Für eine solche neue Variante wird eine Lösung mit einem **Abtretungsregister** aber grundsätzlich verworfen, da die Registrierung für viele Praxisfälle zu aufwendig sei und höchstens für besondere Konstellationen, insbesondere für Forderungen, die als Sicherheiten übertragen werden sollen, geprüft werden könnte.¹²⁸ Als weitere Möglichkeit wird sodann die Anpassung der Anforderungen an die **qualifizierte elektronische Signatur** geprüft; da sich diese Variante aber auf eine Vielzahl von Formvorschriften auswirken könnte, wurde nicht abschliessend geprüft, ob eine solche Anpassung angebracht wäre oder nicht. Für den Anwendungsbereich von Artikel 165 OR wurden aber weder die Überarbeitung der Anforde-

¹²⁰ Siehe zu den internationalen Regelwerken im Besonderen EGGEN, S. 82 ff.

¹²¹ EGGEN, S. 91; zu Japan im Besonderen S. 77 ff. und zu den USA im Besonderen S. 74 ff.

¹²² EGGEN, S. 91.

¹²³ EGGEN, S. 92 f.

¹²⁴ EGGEN, S. 94.

¹²⁵ EGGEN, S. 95 ff.

¹²⁶ EGGEN, S. 97 f.

¹²⁷ EGGEN, S. 98 f.

¹²⁸ EGGEN, S. 100.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

rungen an die Zertifikatsausstellung noch die Anerkennung eines tieferen ZertES-Standards als geeignet erachtet, um die praktischen Herausforderungen bei der digitalen Erfüllung der zessionsrechtlichen Formerfordernisse befriedigend zu beseitigen.¹²⁹ Befürwortet wird schliesslich die **Einführung eines digitalen Authentizitäts- und Integritätsnachweises**, dessen konkrete Umsetzung der Praxis überlassen werden soll.¹³⁰ Dieses Erfordernis sollte im Gesetzestext abstrakt formuliert werden und müsste im Einzelfall konkretisiert und beurteilt werden.¹³¹ Die Wahl der konkreten Signatur könnte damit den Parteien überlassen werden, Voraussetzung wäre einzig, dass die Signatur «sicher» wäre, das heisst die Authentizität und Integrität der Erklärung ausweist. Eine solche Lösung hätte den Vorteil, dass zukünftige Entwicklungen technischer oder gesellschaftlicher Natur mit dieser Formvorschrift vereinbar wären. Dem stünden aber erhebliche Nachteile gegenüber: Namentlich hätten die beteiligten Parteien zwingend dem Anbieter der Signatur oder des technischen Verfahrens zu vertrauen. Es gäbe keine staatliche Garantie, dass das technische Verfahren zuverlässig ist und die Integrität und Authentizität der Daten gewahrt bleibt. Es wäre sehr ungewiss, ob eine solche Form Akzeptanz finden würde. Zudem wäre die gerichtliche Überprüfung, ob die Formvorschrift tatsächlich eingehalten ist, je nachdem sehr schwierig oder unmöglich, da die tatsächlichen informationstechnischen Vorgänge unter Umständen auch im Rahmen eines Gutachtens durch eine fachkundige Person nicht vollständig nachvollzogen werden könnten. Angesichts dieser Ausgangslage erscheint eine entsprechende Gesetzesänderung zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht angezeigt. Zukünftige technische und gesellschaftliche Entwicklungen könnten aber unter Umständen neue Lösungsmöglichkeiten eröffnen.

3.3 Wertpapierrecht

3.3.1 Formvorschriften und deren Zwecke im Wertpapierrecht

Bei der Verbriefung von Rechten in Wertpapieren werden Werte (Rechte) mit Papieren verbunden.¹³² Die Rechte werden in eine spezielle Form gekleidet und damit besonderen Regeln unterworfen, was sich namentlich auf die Modalitäten ihrer Übertragung auswirkt. Die Verknüpfung von Recht und Sache macht die Rechte traditionellerweise umlauf- und kapitalmarktfähig und die Rechte werden mobilisiert.¹³³

Wertpapiere sind nach der gesetzlichen Definition Urkunden, mit denen ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch übertragen werden kann (vgl. Art. 965 OR). Wertpapiere erfüllen **verschiedene Funktionen**:¹³⁴

- **Legitimationsfunktion**: Der Besitz des Wertpapiers dient als Ausweis für die Geltendmachung des verbrieften Rechts.
- **Transportfunktion**: Die Übertragung des Besitzes am Papier ist Voraussetzung für die Übertragung des verbrieften Rechts.
- **Verkehrsschutzfunktion**: Der Besitz am Papier ist Grundlage für den Gutgläubensschutz von Erwerbenden bei Wertpapieren öffentlichen Glaubens.

Mit dem Wertpapierrecht wird ein Recht in einen **besonderen Rechtsrahmen** gehüllt, welcher der Vereinfachung von Übertragung, Legitimation und (bei Wertpapieren öffentlichen

¹²⁹ EGGEN, S. 102 ff.

¹³⁰ EGGEN, S. 105 ff.

¹³¹ Siehe dazu den Formulierungsvorschlag und die Erläuterungen in EGGEN, S. 110 ff.

¹³² Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Rz. 1 ff.; Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBI 2020 233, 258 ff.; Botschaft zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen vom 15. November 2006, BBI 2006 9315, 9321.

¹³³ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Rz. 1315.

¹³⁴ Vgl. die Zusammenfassung in Botschaft zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen vom 15. November 2006, BBI 2006 9315, 9321 ff.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Glaubens) dem Verkehrsschutz dient.¹³⁵ Das traditionelle Wertpapier muss dabei als Schriftstück, das eine privatrechtlich relevante Erklärung enthält¹³⁶ beziehungsweise (rechtserhebliche) Gedanken kundgibt, ausgestaltet sein.¹³⁷ Im Zuge des technischen Fortschritts und der Digitalisierung besteht jedoch seit einiger Zeit die Tendenz zur *Immobilisierung* und schliesslich zur *Entmaterialisierung* der Wertpapiere.¹³⁸ Zwei Revisionen haben dieser Entwicklung bereits Rechnung getragen:

- Das **Bucheffektengesetz** (BEG) regelt die Verwahrung sowie die Übertragung von Wertpapieren und Wertrechten durch Verwahrungsstellen (Art. 1 Abs. 1 BEG). Als **Verwahrungsstellen** kommen nur die in Artikel 4 BEG aufgeführten Finanzintermediäre in Frage. Diese Institutionen führen Effektenkonten und nehmen auf Weisung ihrer Kunden Buchungen vor, ohne dass die zugrundeliegenden Wertrechte und Wertpapiere körperlich vorhanden sein oder verschoben werden müssen.
- Mit dem Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register vom 25. September 2020¹³⁹ (**DLT-Gesetz**) wurde in den Artikeln 973d ff. OR die **Möglichkeit einer elektronischen Registrierung von Rechten** geschaffen, welche die Funktionen von Wertpapieren gewährleisten kann. Die Revision des Wertpapierrechts sollte in erster Linie gewährleisten, dass Rechte in manipulationsresistenten elektronischen Registern – ohne zwingende Zwischenschaltung von Finanzintermediären – mit Rechtswirkungen abgebildet und übertragen werden können.¹⁴⁰ Die so geschaffenen wertpapierähnlichen Rechte werden als **Registerwertrechte** bezeichnet, das zugrundeliegende Register als **Wertrechtregister**.

Sowohl das Bucheffektengesetz als auch die Artikel 973d ff. OR zu den Registerwertrechten stellen dabei hohe Anforderungen auf, damit auch unter Verzicht auf die Ausstellung eines körperlichen Wertpapiers die Wirkungen eines Wertpapiers öffentlichen Glaubens, namentlich der Gutgläubensschutz für die Erwerber von Wertpapieren, eintreten können. Während nach dem Bucheffektengesetz nur vertrauenswürdige, einer staatlichen Aufsicht unterstehende Finanzintermediäre rechtswirksame Buchungen vornehmen können, werden bei den neuen Registerwertrechten qualifizierte technische Anforderungen an die Wertrechtregister aufgestellt. In Artikel 973d Absatz 2 OR werden die Ziele definiert, die ein Register erreichen muss, um eine traditionelle Urkunde als Informationsträger zu ersetzen. Ausgegangen wird dabei vom Papier, welches einen gewissen Schutz vor Fälschungen bietet, welches nach Ausstellung an den Gläubiger übergeben wird und damit dem Zugriff des Schuldners entzogen ist und welches durch den Besitz auch Publizität schafft, in dem der Besitzer des Papiers als aus dem Papier Berechtigter wahrgenommen werden kann.¹⁴¹ Verlangt wird deshalb, dass

- das gewählte Register die Integrität der darin enthaltenen Daten gewährleisten kann,
- dass es den Gläubigern – nicht aber dem Schuldner – erlauben muss, über ihre Rechte zu verfügen, und
- dass es Publizität über die Zuteilung der Rechte schafft.

¹³⁵ Vgl. ZOBL/GERICKE, Rz. 17; Bericht des Bundesrates vom 14. Dezember 2018 über Rechtliche Grundlagen für Distributed-Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz, abrufbar unter: www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen (Medienmitteilung vom 14. Dezember 2018), Ziff. 5.1.3.

¹³⁶ Vgl. nur MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Rz. 6.; KUHN, Art. 965 N 19, je m.w.N.

¹³⁷ Vgl. PETITPIERRE-SAUVAIN, 15.

¹³⁸ Botschaft zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen vom 15. November 2006, BBI 2006 9315, 9321 ff.

¹³⁹ AS 2021 33

¹⁴⁰ Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBI 2020 233, 258 ff.

¹⁴¹ Vgl. zu dieser Analogie im Einzelnen Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBI 2020 233, 278 ff.; KUHN/STENGEL/MEISSER/WEBER, Rz 15; MAIRE/GERSZT, 134 f.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Diese Anforderungen geben ein Grundgerüst, welches die wertpapierrechtlich entscheidenden Punkte festhält¹⁴² und in diesem Rahmen die **rein digitale Ausgabe und Übertragung von Rechten mit Wertpapierfunktionen** erlaubt.

3.3.2 Frage einer weiteren Öffnung des Wertpapierrechts

Obwohl sowohl bei der Einführung der Bucheffekten als auch bei den Registerwertrechten grosser Wert auf eine technologieneutrale Ausgestaltung der Regeln gelegt wurde, gingen dennoch beide Revisionen von konkreten Anwendungsfällen in der Praxis aus. So sind die Registerwertrechte trotz ihrer technologieneutralen Ausgestaltung auf heute bekannte DLT-Anwendungen zugeschnitten und sollten in diesem Bereich schnell Rechtssicherheit schaffen.¹⁴³ Es stellt sich die Frage, ob sich diese Lösung in Zukunft nicht als zu eng erweisen könnte. Das Gutachten EGGEN/CACHIN analysierte daher die Zielsetzungen des Wertpapierrechts (Obligationenrecht), prüfte die Möglichkeit einer technologischen Öffnung des Wertpapierrechts, z.B. durch Ausdehnung der vorgeschlagenen DLT-Wertrechtregelung auf weitere Technologien, und formulierte allgemeine, möglichst technologieneutrale Voraussetzungen, unter denen Wertpapiere digitalisiert dargestellt werden können. Im Sinne einer Auslegeordnung wurden verschiedene technologische Methoden auf ihre Eignung hin untersucht, die zentralen Funktionen eines Wertpapiers öffentlichen Glaubens (Legitimation, Transport, Verkehrsschutz) zu erfüllen, darunter sichere Hardware-Module, dezentrale parallele Aufzeichnungen (DPA) und Digital-Rights-Management (DRM)-Lösungen wie beispielsweise geschützte PDF-Dokumente.¹⁴⁴ Die Analyse kommt zum Schluss, dass vorderhand einzig sichere Hardware-Module und DPA-Systeme einen ausreichenden Sicherheitsstandards für die Digitalisierung von Rechten, welcher mit der Distributed Ledger-Technologie vergleichbar ist, gewährleisten können.¹⁴⁵

Untersucht wurde in einem weiteren Schritt, ob sich diese vielversprechenden neuen technischen Methoden unter die geltenden Vorschriften des Wertpapierrechts – inklusive der neuen Kategorie der Registerwertrechte – subsumieren lassen oder ob sich bereits ein Anpassungsbedarf der Regelung abzeichnet.¹⁴⁶ Das Gutachten kommt zum Schluss, dass die für Registerwertrechte aufgestellten Anforderungen (Art. 973d OR) grundsätzlich ausreichenden Spielraum lassen, um auch andere Technologien als DLT-Systeme für die digitale Ausgabe und Übertragung von Rechten zum Zuge kommen zu lassen.¹⁴⁷ Wohl sei mittelfristig die Einführung von umfassend technologieneutralen Vorschriften zu empfehlen.¹⁴⁸ Diese Neuerung hätte aber eine umfassende Überarbeitung des gesamten Wertpapierrechts zur Folge.¹⁴⁹ Kurzfrist erweise sich eine umfassende Gesetzesrevision und namentlich eine Anpassung der traditionellen, auf Papierurkunden ausgerichteten wertpapierrechtlichen Bestimmungen, dagegen nicht als erforderlich.¹⁵⁰

¹⁴² Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBl 2020 233, 259

¹⁴³ Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBl 2020 233, 244 f.

¹⁴⁴ EGGEN/CACHIN, S. 52 ff.

¹⁴⁵ EGGEN/CACHIN, S. 79.

¹⁴⁶ EGGEN/CACHIN, S. 77 ff.

¹⁴⁷ EGGEN/CACHIN, S. 109.

¹⁴⁸ EGGEN/CACHIN, S. 109.

¹⁴⁹ EGGEN/CACHIN, S. 113.

¹⁵⁰ EGGEN/CACHIN, S. 109.

3.3.3 Fazit

Der Gesetzgeber hat im Wertpapierrecht auf die technischen Entwicklungen in der Praxis reagiert und mit den Bucheffekten und den Registerwertrechten zwei vollständig digitale Wertpapierformen zur Verfügung gestellt. Die umfassende, unter Berücksichtigung der neuesten technischen Entwicklungen erstellte Untersuchung der Universität Bern hat keinen dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Wertpapierrecht ergeben. Mangels eines praktischen Bedürfnisses ist eine umfassende Revision des Wertpapierrechts derzeit nicht angezeigt. Die technischen Entwicklungen sind jedoch weiterhin zu beobachten.

3.4 Provisorische Rechtsöffnung

3.4.1 Besondere formelle Anforderungen

Gemäss Artikel 82 SchKG kann der Gläubiger in einer Betreuung, in welcher der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat, die provisorische Rechtsöffnung verlangen, wenn die Forderung auf einer durch **öffentliche Urkunde** festgestellten oder **durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung** beruht. Diese Bestimmung selber stellt keine Formvorschrift dar, sie knüpft aber an die Form einer Schuldanerkennung respektive eines Vertrags die Rechtsfolge der einfacheren Vollstreckung, sofern diese eine bestimmte Form hat. Insofern könnte diese Bestimmung im Ergebnis eine ähnliche Funktion wie eine Formvorschrift haben.

Die Lehre erachtet die eigenhändige Unterschrift oder die qualifizierte elektronische Signatur als Anforderung an den Rechtsöffnungstitel, wobei die **Einreichung einer Kopie** (auch als PDF) genügt, sofern das Originaldokument unterzeichnet wurde und keine begründeten Zweifel an der Echtheit der Kopie bestehen.¹⁵¹ Eine bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Konkretisierung der formellen Anforderungen an die Unterschrift fehlt weitgehend. In der Praxis der Rechtsöffnungsgerichte wird aber grösstenteils eine eigenhändige Unterschrift verlangt und eine elektronische Mitteilung oder Signatur, welche nicht den Anforderungen einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des ZertES entspricht, wird nicht als ausreichend erachtet.¹⁵² Immerhin scheint eine Mehrheit der Rechtsöffnungsgerichte eine eingescannte Unterschrift zu akzeptieren, wenn davon ausgegangen werden kann, dass ein originalunterzeichnetes Dokument existiert und der Schuldner die Echtheit nicht bestreitet; nicht von einer Mehrheit akzeptiert wird hingegen beispielsweise eine elektronisch auf einem Unterschriftenpad gezeichnete Unterschrift.¹⁵³ Die Situation entspricht somit im Ergebnis im Wesentlichen der Rechtslage bei der **einfachen Schriftlichkeit**, mit dem Unterschied, dass vielfach auch aufgrund eines Scans im PDF-Format Rechtsöffnung erteilt wird. Im Übrigen wird gemäss der Praxis der Gerichte für elektronisch abgeschlossene Verträge aber keine provisorische Rechtsöffnung erteilt.¹⁵⁴

3.4.2 Bewertung und Fazit

Mit der Ablehnung der Motion 19.3448 Dobler, welche eine Anpassung von Artikel 82 SchKG an die gewandelte Geschäftspraxis verlangte (vgl. dazu auch vorne Ziff. 1.4), brachte das Parlament unlängst zum Ausdruck, dass es in Bezug auf diese Formvorschrift **keine Anpassung** möchte. Im Ständerat wurde von verschiedenen Ratsmitgliedern eine grosse Zurückhaltung beim Eingriff in das diffizile Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner postuliert.¹⁵⁵ Die provisorische Rechtsöffnung für Rechtsgeschäfte, die nicht in Schriftform (bzw.

¹⁵¹ Vgl. SCHMIDT, Art. 82 N 19 f.; STAEHELIN, Art. 82 N 12, 14 und 17 sowie m.w.H. EICHEL, Rz. 24 ff. und zur Kopie Rz. 30 ff. bzw. zum Scan Rz. 35.

¹⁵² Vgl. EICHEL, Rz. 25 ff., 57.

¹⁵³ EICHEL, Rz. 38.

¹⁵⁴ EICHEL, Rz. 74 f.

¹⁵⁵ Siehe AB 2021 S 282 ff.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

ohne Unterschrift) abgeschlossen wurden, würde im Ergebnis eine Beweislastumkehr bedeuten und die provisorische Rechtsöffnung sei für solche Rechtsgeschäfte auch bisher nie zur Verfügung gestanden. Nach Ansicht des Bundesrates ist bei dieser Ausgangslage zurzeit auf Anpassungen der formellen Anforderungen der provisorischen Rechtsöffnung zu verzichten, weil diese **weder praktisch notwendig noch politisch mehrheitsfähig** erscheinen. Möglicherweise ist in Zukunft namentlich im Lichte der neuen Regelungen der zukünftigen neuen staatlichen E-ID (siehe dazu Ziff. 2.8) eine Neubeurteilung der Situation vorzunehmen.

3.5 Erbrecht

Formvorschriften sind im Erbrecht vor allem im Zusammenhang mit **letztwilligen Verfügungen** von Bedeutung. Letztwillige Verfügungen sind entweder mit öffentlicher Beurkundung oder eigenhändig oder – was nur in gewissen Fällen zulässig ist – durch mündliche Erklärung zu errichten (Art. 498 und ff. ZGB). **Erbverträge** bedürfen ebenfalls der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung (Art. 512 Abs. 1 ZGB). Im Ergebnis besteht heute keine Möglichkeit für die gültige Errichtung einer letztwilligen Verfügung in einer anderen, insbesondere elektronischen Form.

Im Vorentwurf zur Revision des Erbrechts von 2016 hatte der Bundesrat daher unter anderem vorgeschlagen, Artikel 506 ZGB (mündliches Testament) so zu ergänzen, dass es in Zukunft auch möglich sein soll, eine letztwillige Verfügung mittels eines **audiovisuellen Nottestaments** wirksam zu errichten.¹⁵⁶ Dieser Vorschlag wurde in der Vernehmlassung grundsätzlich positiv aufgenommen, es wurden aber zahlreiche weitere Fragen aufgeworfen, wie namentlich die Anwesenheit von Zeugen, die Frist für Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, zulässige Datenträger, Ausweitung auf nicht dringende Situationen und Weiteres.¹⁵⁷ Der Bundesrat hat beschlossen, diese Frage in einem späteren Teil der gesamten Erbrechtsrevision zu behandeln: Die **Frage neuer, insbesondere digitaler bzw. audiovisueller Formen letztwilliger Verfügungen** wird zusammen mit weiteren technischen und formellen Fragen im Rahmen des letzten dritten Teils für eine Revision des Erbrechts geprüft und behandelt. In diesem Zusammenhang wird auch das Anliegen des Postulats 20.3797 Dobler (siehe dazu vorne Ziff. 1.4) geprüft. Die Verwaltung hat die Arbeiten zu dieser Revision aufgenommen, sie werden aber noch einige Zeit in Anspruch nehmen.

3.6 Sachenrecht

Das Sachenrecht ist geprägt von dem Erfordernis der **öffentlichen Beurkundung** bei der Begründung oder Übertragung dinglicher Rechte an Grundstücken. Die öffentliche Beurkundung im Zusammenhang mit Rechtsgeschäften über Grundstücke hat verschiedenen Funktionen. Dazu gehören der Schutz der vor Übereilung,¹⁵⁸ die Schaffung einer Erinnerungsstütze,¹⁵⁹ die Beweisfunktion,¹⁶⁰ die Streitvermeidung,¹⁶¹ die Errichtung geeigneter Rechtsgrundausweise für das Grundbuch,¹⁶² rechtspolizeiliche Funktion,¹⁶³ die Gewährleistung der

¹⁵⁶ Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 4. März 2016, S. 57, abrufbar unter: [www.bj.admin.ch > Gesellschaft > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Erbrecht](http://www.bj.admin.ch/Gesellschaft/Laufende_Rechtsetzungsprojekte/Erbrecht).

¹⁵⁷ Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht), Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 17. Mai 2017, S. 63 ff., abrufbar unter: [www.bj.admin.ch > Gesellschaft > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Erbrecht](http://www.bj.admin.ch/Gesellschaft/Laufende_Rechtsetzungsprojekte/Erbrecht).

¹⁵⁸ BRÜCKNER, N 258 ff.; JEANDIN, S. 17.

¹⁵⁹ MARTI, S. 21 f.

¹⁶⁰ MARTI, S. 22 f.

¹⁶¹ MARTI, S. 22.

¹⁶² JEANDIN, S. 17; MARTI, S. 24.

¹⁶³ JEANDIN, S. 18; MARTI, S. 25.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Klarheit des Rechtsgeschäfts¹⁶⁴ sowie das Bedürfnis nach einer öffentlichen Urkunde, welche zeitlich unbefristet aufbewahrt werden kann¹⁶⁵ (siehe dazu auch vorne Ziff. 2.5.1).

Unbestrittenermassen ist das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung mit einem gewissen Aufwand verbunden, so dass deren gesetzliche Anordnung durchaus einer besonderen Rechtfertigung bedarf und diese durchaus auch hinterfragt werden kann. So wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratung zur Teilrevision des Immobiliarsachenrechts, die am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist, die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung diskutiert.¹⁶⁶ Im Ergebnis wurde das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung auf die Errichtung von sämtlichen Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten ausgedehnt. In den damaligen Beratungen wurde unterstrichen, dass mit dem Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung im Bereich des Grundeigentums die Rechtssicherheit bei Rechtsgeschäften verbessert und sichergestellt werden soll, dass für das Grundbuch zuverlässige Rechtsgrundausweise errichtet werden. Zudem sollen bei komplexen Verhältnissen und dem Eingehen einschneidender immobilarsachenrechtlicher Verpflichtungen alle Beteiligten eine umfassende Beratung erhalten.¹⁶⁷

Die sowohl in der Lehre als auch in der politischen Diskussion genannten Funktionen der öffentlichen Beurkundung haben in der heutigen Zeit nichts von ihrer Bedeutung verloren, im Gegenteil: Die Verhältnisse im Bereich des Grundeigentums werden aus verschiedenen Gründen immer komplexer. So wird heute beispielsweise Stockwerkeigentum auf einem Bau-recht errichtet und das Grundstück gleichzeitig mit diversen Dienstbarkeiten belastet. Die Ausgestaltung eines klaren Rechtsgrundausweises und eine Beratung und Aufklärung der involvierten Parteien erscheint in solchen Konstellationen zum Schutz der Betroffenen und der Rechtssicherheit unerlässlich, gerade auch in Anbetracht der Tatsache, dass immobilarsachenrechtliche Rechtsgeschäfte für die betroffenen Grundeigentümer einschneidende und weitreichende Folgen haben können.

Nach Ansicht des Bundesrates ist daher am Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung im Bereich des Grundeigentums auch in Zukunft festzuhalten. Hinsichtlich der Digitalisierung gilt es aber auch im Bereich der öffentlichen Beurkundung bestehende Hindernisse zu beheben, wie das aktuell bereits geschieht (vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.2). Mit diesen Schritten hin zu der **vollständigen elektronischen öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften in Zusammenhang mit dem Grundeigentum** werden die Hindernisse für die Digitalisierung auch in diesem Bereich aufgehoben, ohne dass die Form der öffentlichen Beurkundung als solche in Frage gestellt würde.

3.7 Mietvertrags- und Arbeitsvertragsrecht sowie Agenturvertragsrecht

Ein grosser Teil der im Vertragsrecht überhaupt vorkommenden formpflichtigen Rechtsgeschäfte sind verschiedene Nebenabreden im Miet- und Arbeitsvertragsrecht, welche der einfachen oder qualifizierten Schriftlichkeit beziehungsweise einer Formularpflicht unterstehen (siehe dazu vorne Ziff. 2.4, 2.4.5 und 2.7.1).

Diese Formvorschriften haben **in der Praxis eine grosse Bedeutung**, da praktisch sämtliche Privatpersonen und Unternehmen Partei solcher Vertragsverhältnisse und damit auch von solchen Nebenabreden und der für sie anzuwendenden Schriftlichkeit betroffen sind: Nur schriftlich oder mit offiziellem Formular zulässig sind im Mietvertragsrecht beispielsweise die

¹⁶⁴ WOLF /PFAMMATTER, N 9 zu Art. 23 NG; SCHMID, Art. 55 SchIT N 12.

¹⁶⁵ BRÜCKNER CHRISTIAN, S. 63; JEANDIN, S. 18.

¹⁶⁶ AB 2008 S 410 ff.; AB 2009 N 613, 618 ff.

¹⁶⁷ AB 2008 S 410 ff.; AB 2009 N 613, 618 ff.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Kündigung durch den Vermieter (Art. 266/ Abs. 2 OR i.V.m. Art. 9 VMWG¹⁶⁸) und den Mieter (Art. 266/ Abs. 1 OR), Mietzinsanpassungen und andere einseitige Vertragsänderungen (Art. 269d OR i.V.m. Art. 19 VMWG) oder die Fristansetzung mit Kündigungsandrohung bei Zahlungsverzug (Art. 257d OR). Im Arbeitsvertragsrecht sind beispielsweise das Konkurrenzverbot (Art. 340 Abs. 1 OR), Abreden betreffend die Überstundenentschädigung (Art. 321c Abs. 3 OR) oder die Einsprache bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 336b OR) nur schriftlich gültig. Im Agenturvertragsrecht wurde zum Schutz des Agenten ebenfalls bei manchen Nebenabreden die Schriftform angeordnet.¹⁶⁹

Die erwähnten Vertragsverhältnisse (beim Mietvertrag zumindest dann, wenn die Miete von Wohn- und teilweise auch Geschäftsräumen betroffen ist) zeichnen sich dadurch aus, dass typischerweise ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht und dass der Vertrag einen fundamentalen Lebensbereich der schwächeren Partei betrifft. Die Schriftform ist daher wegen der grossen Tragweite dieser Abreden zentral für den **Schutz der schwächeren Partei** sowie zur **Beweissicherung**.¹⁷⁰ Daran hat sich auch mit den veränderten praktischen Bedürfnissen und Verhältnissen sowie insbesondere der Digitalisierung des (Geschäfts-)Alltags nichts geändert. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, heute von den Formvorschriften in diesen Bereichen abzurücken und sie durch eine andere Form zu ersetzen oder ganz darauf zu verzichten.

3.8 Gesellschaftsrecht

3.8.1 Optimierung und Vereinfachung der Prozesse im Handelsregister

Die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) empfahl nach einer Untersuchung der Zuverlässigkeit der Handelsregisterdaten und der Aufsicht des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (EHRA) unter anderem «die rechtlichen, technischen und finanziellen Möglichkeiten zu prüfen, um die Informatikumgebung für das Handelsregister mittelfristig zu vereinfachen. Eine einzige Informatikanwendung für alle Schweizer Ämter wäre effizienter. Sie würde die Kosten der Kantone und des Bundes rationalisieren und gleichzeitig eine sichere und vereinfachte Datenverarbeitung gewährleisten.»¹⁷¹ Im Anschluss daran liess das zuständige Amt die Bedürfnisse der Benutzerinnen und Benutzer und der am Handelsregister beteiligten Parteien im Hinblick auf eine Vereinheitlichung der Informatikumgebung des Handelsregisters durch eine externe Bedarfsanalyse zu ermitteln. Diese Analyse kam im Februar 2020 zum Schluss, dass die Hauptbedürfnisse der Nutzer des Handelsregisters eine hohe und einheitliche Datenqualität, Benutzerfreundlichkeit, umfangreiche Suchfunktionen und schnelle Prozesse sind.¹⁷² Gestützt darauf entschied der Bundesrat am 28. April 2021 auf die Umsetzung der Empfehlung der EFK zu verzichten und beauftragte stattdessen das EJPD, die rechtlichen, technischen und finanziellen Möglichkeiten zur Vereinfachung der Informatikumgebung des Handelsregisters zu prüfen und bis Ende 2022 darüber Bericht zu erstatten. An seiner Sitzung vom 9. Dezember 2022 hat der Bundesrat die Eckwerte für eine Änderung des OR sowie der Handelsregisterverordnung (HRegV) festgelegt und dem EJPD den Auftrag erteilt, bis Ende Juni 2024 eine Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten. Im Rahmen dieser Revision sollen weitere Verbesserungen der Prozesse im Handelsregister geprüft werden. Die Bundesverwaltung bereitet derzeit eine Vernehmlassungsvorlage zuhanden des Bundesrates vor. Einige der darin bislang angedachten Massnahmen könnten zu einer Überprüfung der

¹⁶⁸ Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990; SR 221.213.11.

¹⁶⁹ Siehe zur Geschichte und Ratio des Agenturvertragsrechts BÜHLER, Vorbemerkungen zu Art. 418a-418v, N 21 ff.

¹⁷⁰ Betreffend das Arbeitsvertragsrecht: STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Art. 320 N 3.

¹⁷¹ Siehe Eidgenössische Finanzkontrolle, Prüfung der Datenzuverlässigkeit des Handelsregisters, 16. April 2018, unter: www.efk.admin.ch > Publikationen > Archiv Justiz und Polizei > Datenzuverlässigkeit des Handelsregisters - Bundesamt für Justiz.

¹⁷² BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG, Bedarfsabklärung: Vereinheitlichung der Informatikumgebung des Handelsregisters, 28. Februar 2020, unter: www.bj.admin.ch > Publikationen & Service > Berichte Gutachten und Verfügungen > Externe Berichte und Gutachten > Bedarfsabklärung: Vereinheitlichung der Informatikumgebung des Handelsregisters.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Formerfordernisse im Gesellschaftsrecht führen, um diese zu vereinfachen und zu optimieren, insbesondere auch durch die Digitalisierung.

3.8.2 Rein digitale Unternehmensgründungen (Motion 21.3180 Silberschmidt)

Die vom Parlament im Dezember 2022 angenommene Motion 21.3180 Silberschmidt verlangt die Schaffung der Möglichkeit einer medienbruchfreien, volldigitalen Unternehmensgründung (vgl. dazu auch vorne Ziff. 1.4). In seiner Stellungnahme vom 19. Mai 2021 hat der Bundesrat die Annahme der Motion beantragt und im Wesentlichen festgehalten, dass seit dem 1. Januar 2013 alle Handelsregisterämter zur Annahme elektronischer Anmeldungen und zur digitalen Datenerfassung und Weiterverarbeitung im Handelsregisterverbund verpflichtet und ausgerüstet sind. Weiter hat der Bundesrat darauf hingewiesen, dass er die Botschaft zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer öffentlicher Beglaubigungen (EÖBG) verabschieden wird (dem entspricht heute der Entwurf über das DNG, siehe dazu vorne 2.5.2). Es ist darin vorgesehen, dass auch die öffentliche Beurkundung medienbruchfrei digital möglich sein wird. Für eine vollständig digitale Gründung müssten sich die Parteien allerdings ohne physische Präsenz am Beurkundungsverfahren beteiligen und identifizieren können. Eine solche «Fernbeurkundung» ist heute in den 26 kantonalen Regelungen zur öffentlichen Beurkundung noch nicht vorgesehen. Auch die EU geht mit der Richtlinie (EU) 2019/1151 (Digitalisierungsrichtlinie) bereits in die vom Motionär gewünschte Richtung: Die 27 EU-Mitgliedstaaten haben bis am 1. August 2023 Verfahren zur Online-Gründung einzuführen.¹⁷³ Auch die Schweiz hat ein starkes Interesse an einem durchgehend digitalen Verfahren ohne Medienbrüche. Gerade im digitalen Bereich sind zudem schweizweit einheitliche Regeln bei der Beurkundung sinnvoll. Eine Expertengruppe im Auftrag des BJ hat Leitsätze zu einem vereinheitlichten bundesrechtlichen Beurkundungsverfahren erarbeitet.¹⁷⁴ Auf dieser Grundlage sollen unter Einbezug der Kantone und des Notariats anschliessend auch die Gesetzgebungsarbeiten im Hinblick auf eine vollständig digitale Unternehmensgründung aufgenommen werden. Die Bundesverwaltung hat die Arbeiten hierzu begonnen und Aspekte der Motion insbesondere im Zusammenhang mit den Arbeiten am DNG sowie der Optimierung und Vereinfachung der Prozesse im Handelsregister (vgl. dazu vorne Ziff. 3.8.1) behandelt.

3.9 Konsumkreditgesetz

Das KKG sieht für den Abschluss von Konsumkreditverträgen, Leasingverträgen sowie Verträgen, mit denen eine Kreditgeberin einen Kredit in Form eines Überziehungskredits auf laufendem Konto oder auf einem Kredit- und Kundenkartenkonto mit Kreditoption gewährt, die Schriftform vor (vgl. Art. 9 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 KKG). Zweck dieser Formvorschriften ist insbesondere, die umfassende Information der Konsumenten über die Bedeutung, den Umfang und die Kosten eines Konsumkreditvertrages sicherzustellen sowie die Konsumenten vor einem übereilten Vertragschluss zu schützen.¹⁷⁵ Sodann wird auch die Beweissicherung und damit die Erleichterung der Prozessführung als Zweck der Formvorschrift gesehen.¹⁷⁶ Die Schriftform trägt der Situation der Konsumenten in der Rolle der Kreditnehmer, die im Rechtsverkehr unerfahren sind und sich erheblichen finanziellen Risiken aussetzen, Rechnung.¹⁷⁷

¹⁷³ Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl. L 186 vom 11.7.2019, S. 80.

¹⁷⁴ Siehe dazu: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Einheitliches Beurkundungsverfahren Schweiz.

¹⁷⁵ BGer 4C.227/2001 vom 29. Oktober 2001 E. 2.a.

¹⁷⁶ Vgl. BARNIKOL, S. 67.

¹⁷⁷ BARNIKOL, S. 67.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Das entspricht der **Rechtslage im europäischen Ausland**: Auch die geltende europäische Richtlinie 2008/48/EG vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge (Verbraucherkredit-RL) schreibt vor, dass Kreditverträge mit Konsumentinnen und Konsumenten auf Papier auszufertigen sind (Art. 10 (1) Verbraucherkredit-RL). Entsprechend sieht beispielsweise das deutsche Recht vor, dass Verbraucherdarlehensverträge schriftlich abgeschlossen werden müssen und damit von der Konsumentin oder vom Konsumenten eigenhändig zu unterzeichnen sind (§ 492 (1) BGB).

Im Zusammenhang mit der Neuregelung des Finanzmarktrechts und der Schaffung des neuen Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) wurde das KKG geändert.¹⁷⁸ In diesem Kontext wurde damals auch geprüft, ob auf diese Formvorschriften zu verzichten sei.¹⁷⁹ Der Bundesrat kam damals zum Schluss, dass mit der Reduktion der Formvorschriften ein Kernelement des KKG in Frage gestellt wäre, das als **zentraler Pfeiler des Konsumentenschutzes** im Gesetz verankert worden ist. Ohne grundsätzliche rechtspolitische Diskussion erschien ein Abrücken von den Formvorschriften und somit eine Senkung des Schutzniveaus nicht gerechtfertigt und entsprechend wurde dieser Punkt damals fallen gelassen.¹⁸⁰

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass kein Anlass besteht, heute bereits wieder auf den damaligen Entscheid zurückzukommen, da sich die technologischen und gesellschaftlichen Umstände seither kaum massgeblich geändert haben. Das gleiche gilt rechtsvergleichend. Insofern stellt sich mit Blick auf das Postulat 19.3759 (siehe vorne 1.4) die Frage, ob die im konkreten Fall mit der Schriftform verfolgten Zwecke der Information der Konsumenten, der Beweissicherung und des Übereilungsschutzes auf andere Weise gewahrt werden können. Eine Textform ohne Unterschriftserfordernis kann weder die eigentliche Beweisfunktion noch den Schutz vor Übereilung gewährleisten (siehe dazu vorne Ziff. 2.3, 2.4.1, 2.4.2 und 2.6.1). Sie kann deshalb die im KKG angeordneten Schriftlichkeitserfordernisse nicht ersetzen. Insofern stellt sich die Frage, ob eine neue sektorielle Lösung gefunden werden soll. Dies erscheint gegenwärtig aber kaum sinnvoll: Die mit den heutigen Formvorschriften im KKG verfolgten Schutzzwecke erfordern eine sichere Identifikation des Konsumenten oder der Konsumentin sowie eine «Hürde» vor dem Abschluss des Vertrags, welche als Warnfunktion dient. Es müsste also ein sicheres Identifikationsverfahren vorgesehen werden, was ohne erheblichen Aufwand heute nicht möglich ist (allerdings könnte die E-ID in diesem Punkt in Zukunft Abhilfe schaffen, siehe dazu vorne 2.8). Sodann müsste vor dem konkreten Abschluss des Konsumkreditvertrags ein Mechanismus, der vor übereilem Vertragsschluss schützt, vorgesehen werden. Die einfache Schriftlichkeit nimmt diese Funktion effizient wahr. Andere digitale Lösungen, wie zum Beispiel eine zweifache Bestätigung durch Mausklick, dürften keinen vergleichbaren Übereilungsschutz bieten.¹⁸¹ Die Einführung einer sektoriellen Lösung wäre im Resultat also vergleichbar aufwändig oder noch aufwändiger als die einfache Schriftlichkeit und es ist zu bezweifeln, dass dies bei den Konsumentinnen und Konsumenten mehr Akzeptanz finden würde, als die qualifizierte elektronische Signatur. Aus diesen Gründen scheinen sich zurzeit keine Alternativen zu den Schriftformerfordernissen im KKG anzubieten. Wie erwähnt könnte die E-ID in Zukunft aber die sichere Identifikation der Konsumentin oder des Konsumenten übernehmen und damit die Anwendung der qualifizierten elektronischen Signatur vereinfachen und für Konsumentinnen und Konsumenten attraktiver machen.

¹⁷⁸ AS 2018 5247; BBl 2015 8901.

¹⁷⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision KKG (Unterstellung crowdlending-Plattformen) vom 4. August 2017, S. 4 f.

¹⁸⁰ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision KKG (Unterstellung crowdlending-Plattformen) vom 4. August 2017, S. 4 f.

¹⁸¹ Ein solches «Durchklicken» kann ohne grösseren Zeitverlust, gleichsam routinemässig erfolgen und wird den Konsumenten oder die Konsumentin kaum zur nochmaligen vertieften Reflexion über die eigene Willenserklärung anhalten. Als negatives Vorbild dienen mögen hier die sogenannten «Cookie-Banner» beim Aufrufen von Interseiten, die in der Praxis ihren Zweck mehrheitlich wohl kaum wahrnehmen.

3.10 Zivilprozessrecht und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Formvorschriften spielen im gesamten Verfahrensrecht und damit auch im gesamten **Zivilverfahrensrecht** eine zentrale Rolle. Für Eingaben der Parteien bestehen formale Vorgaben (vgl. Art. 130 ZPO), aber bei auch gerichtlichen Vorladungen und Entscheidungen bestehen Anforderungen an deren Form und Zustellung (vgl. Art. 133 und 136 ff.). Heute können Eingaben elektronisch gemacht werden und mit Einverständnis der betroffenen Partei können ihr Vorladungen, Verfügungen und Entscheide elektronisch zugestellt werden (vgl. Art. 130 Abs. 2 und 139 ZPO).

Mit dem **Projekt Justitia 4.0** wird im Auftrag der Justizdirektorinnen und -direktoren und der Justizkonferenz die umfassende Digitalisierung der Schweizer Justiz angestrebt.¹⁸² Mit diesem Projekt sollen nicht nur die Formvorschriften für gerichtliche Eingaben angepasst werden, sondern es sollen die heutigen Papierakten gänzlich durch elektronische Dossiers ersetzt werden. Der Rechtsverkehr zwischen den verschiedenen Verfahrensbeteiligten und die Akteneinsicht sollen künftig in allen Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsverfahren elektronisch über eine zentrale Plattform erfolgen. Die dazu erforderlichen gesetzliche Anpassungen im Bundesrecht erfolgen mit der Vorlage für ein Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz, das derzeit im Parlament beraten wird.¹⁸³ Dabei ist vorgesehen, dass sich die Benutzerinnen und Benutzer mittels einer vom Bundesrat anerkannten elektronischen Identität an der zentralen Plattform anmelden und dann Dokumente (Rechtsschriften, Beweismittel) an Gerichte und Behörden übermitteln können. Die Plattform wird ein geregeltes elektronisches Siegel mit einem qualifizierte Zeitstempel anbringen. Dadurch kann auf eine eigenhändige Unterschrift resp. einer qualifizierten elektronischen Signatur verzichtet werden. Durch die Anmeldung mittels einer elektronischen Identität kann der Nachweis erbracht werden, welche Person die Dokumente übermittelt hat. Durch die Anbringung eines geregelten elektronischen Siegels mit einem qualifizierten Zeitstempel kann der Zeitpunkt der Übermittlung sowie die Integrität der übermittelten Dokumente sichergestellt werden.

Im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht besteht mit **eSchKG** schon seit Jahren eine sehr weitgehende Digitalisierung: eSchKG ist ein Standard für den Austausch von elektronischen Betreibungsdaten zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts sowie Betreibungsämtern. Gläubigerinnen und Gläubiger können damit auf elektronischem Weg ein Betreibungsbegehren und ein Begehren um eine Betreibungsauskunft stellen.¹⁸⁴ Im Jahr 2022 wurden 1'942'765¹⁸⁵ von insgesamt 2'782'251¹⁸⁶ Betreibungen und damit rund 70 Prozent aller Betreibungen über eSchKG abgewickelt.

Sodann hat der Bundesrat am 22. Juni 2022 Vorschläge für eine **weitere Digitalisierung im SchKG** gemacht: So sollen die Betreibungsämter künftig auf elektronischem Weg auf die Einwohnerregister zugreifen um abzuklären, ob die Person, über welche eine Betreibungsauskunft erstellt wird, im Einwohnerregister des Betreibungskreises bereits erfasst ist. Weiter soll die Verwendung elektronischer Verlustscheine gefördert und die Versteigerung von Vermögensgegenständen über Online-Plattformen gesetzlich geregelt werden.¹⁸⁷ Die Vernehmlass-

¹⁸² Für Näheres siehe www.justitia40.ch.

¹⁸³ Botschaft vom 15. Februar 2023 zum Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz, BBl 2023 679; siehe auch www.parlament.ch > [23.022](#) «Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz».

¹⁸⁴ Näheres dazu unter www.eschkg.ch und <https://www.bj.admin.ch> > Staat & Bürger > Rechtsinformatik > Projekt eSchKG.

¹⁸⁵ Siehe www.eschkg.ch > Aktuell > eSchKG in Zahlen.

¹⁸⁶ Siehe www.bfs.admin.ch > Statistiken finden > Industrie, Dienstleistungen > Unternehmen und Beschäftigte > Unternehmensdemografie > Betreibungen und Konkurse.

¹⁸⁷ Näheres unter <https://www.bj.admin.ch> > Wirtschaft > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Modernisierung des Betreibungswesens.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

sung dazu hat im Herbst 2022 stattgefunden, derzeit läuft die Auswertung und es ist geplant, dass der Bundesrat im 3. Quartal 2023 Botschaft und Entwurf zu Händen des Parlaments verabschieden wird.

4 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Die Analyse (siehe vorne Ziff. 3 ff.) zeigt, dass die Schriftlichkeit und auch die öffentliche Beurkundung nur bei wenigen Rechtsgeschäften gesetzlich vorgesehen ist. Die Mehrheit der Anwendungsfälle betrifft ganz besondere Rechtsgeschäfte, die insbesondere Privatpersonen, aber auch Unternehmen mit Ausnahme von besonderen Akteuren in bestimmten Branchen nur selten vornehmen, wie namentlich Rechtsgeschäfte betreffend Immobilien sowie gesellschaftsrechtliche Geschäfte. In diesen Bereichen sprechen wiederum ganz spezifische Gründe für die Beibehaltung der Formvorschriften und ein Verzicht darauf oder ein punktueller Ersatz durch die Textform erscheint heute weder zielführend noch mehrheitsfähig. In beiden Bereichen sind überdies derzeit Arbeiten im Gange, um digitalisierte Abläufe zur möglichen beziehungsweise zu vereinfachen. Bereits angesichts dieser grundsätzlichen Ausgangslage ist zusammenfassend festzuhalten, dass nach Ansicht des Bundesrates die bestehenden Formvorschriften heute insgesamt kein relevantes Hindernis für die Digitalisierung in der Schweizer Wirtschaft und Gesellschaft darstellen.

Bei den übrigen Rechtsgeschäften, bei welchen Formvorschriften bestehen und Privatpersonen, aber auch Unternehmen regelmässig betreffen, erscheint ein Verzicht auf die geltenden Formvorgaben und insbesondere auch ein punktueller Ersatz der geltenden Formvorgaben durch die Textform weder sachlich gerechtfertigt noch mehrheitsfähig. Dies gilt namentlich für die spezifischen Formvorschriften im Miet- und Arbeitsvertragsrecht. In den restlichen betroffenen Bereichen sind entweder bereits Bestrebungen zur Ermöglichung digitalisierter Abläufe im Gange – wie namentlich im Bereich des Erbrechts (siehe dazu vorne Ziff. 3.5) oder der Justiz beziehungsweise im Verfahrensrecht (siehe dazu vorne Ziff. 3.10) – oder es sind in jüngerer Zeit politische Entscheide erfolgt, wonach bewusst auf entsprechende Schritte verzichtet wurde – wie namentlich im Bereich der provisorischen Rechtsöffnung (siehe dazu vorne Ziff. 3.4) oder des KKG (siehe dazu vorne Ziff. 3.9).

Die heute in ganz bestimmten Bereichen bestehende Textform, welche beispielsweise den Formen für die Gerichtsstand- oder Schiedsvereinbarung (Art. 17 Abs. 2 und Art. 358 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 5 Abs. 1 und Art. 178 Abs. 1 IPRG) oder der deutschen Textform (§ 126 BGB) entspricht, kann die Schriftlichkeit nicht generell ersetzen, da sie weder die eigentliche Beweisfunktion noch den Schutz vor Übereilung gewährleisten kann (siehe dazu vorne Ziff. 2.3, 2.4.1, 2.4.2 und 2.6.1). Eine entsprechende Ergänzung der Schriftlichkeit oder die Schaffung einer allgemeinen Textform als generelle Alternative zur Schriftlichkeit wäre nicht sachgerecht und daher nach Ansicht des Bundesrates keine Option.

Entsprechend könnte man sich fragen, ob somit eine neue Formvorschrift geschaffen werden könnte, die anstelle der einfachen Schriftlichkeit treten könnte, gleichzeitig aber praktisch einfacher zu handhaben ist, als die qualifizierte elektronische Signatur. Zurzeit ist aber keine solche Form oder Signatur erkennbar oder verfügbar. Bei der qualifizierten elektronischen Signatur wird das Vertrauen in die Signatur letztlich vom Staat geschaffen (siehe vorne Ziff. 2.4.2). Ähnlich verhält es sich auch in den anliegenden Nachbarländern (siehe vorne Ziff. 2.4.4). Die Alternative dazu wäre ein digitaler Authentizitäts- und Integritätsnachweis, der im Gesetzestext nur abstrakt formuliert ist. Die Wahl der konkreten Signatur könnte den Parteien überlassen werden, Voraussetzung wäre einzig, dass die Signatur «sicher» wäre, das heisst die Authentizität und Integrität der Erklärung ausweist. Eine solche Form hätte aber erhebliche Nachteile, da die beteiligten Parteien zwingend dem Anbieter der Signatur vertrauen müssten und kein Vertrauen durch den Staat geschaffen würde. Daher erscheint es mehr

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

als ungewiss, ob eine solche Form Vertrauen, Akzeptanz und Verbreitung finden würde. Zudem wäre die (gerichtliche oder behördliche) Überprüfung, ob die Formvorschrift tatsächlich eingehalten ist, je nach dem sehr schwierig oder unmöglich. Aus diesen Gründen erscheinen eine solche Änderung und der damit verbundene Paradigmenwechsel jedenfalls heute nach Ansicht des Bundesrates nicht opportun. Dem Konzept des asymmetrischen Kryptosystems in Kombination mit einer vom Staat geschaffenen Vertrauensgrundlage entspricht aber im Wesentlichen die heutige qualifizierte elektronische Signatur nach ZertES. Die Schaffung einer ähnlichen Form wäre daher nicht sinnvoll.

Mit der derzeit laufenden Schaffung eines staatlich anerkannten elektronischen Identitätsnachweises (E-ID) soll es in naher Zukunft möglich sein, die Identität ihres Benutzers im digitalen Kontext auszuweisen. Damit könnte die E-ID diese zentrale Beweisfunktion mindestens teilweise wahrnehmen (siehe vorne Ziff. 2.8). Dies könnte neue Möglichkeiten eröffnen. Namentlich könnte die Anwendung der qualifizierten elektronischen Signatur vereinfacht werden. Die E-ID wird aber auch privaten Vertragsparteien, staatlichen Behörden und dem Gesetzgeber als potentielle Lösung zur Verfügung stehen bei Verhältnissen, wo es nur um die sichere Identifikation der Gegenpartei geht.

Im Rahmen des vorliegenden Berichts wurden die Formvorschriften bei der Forderungsabtretung sowie im Wertpapierrecht einer besonderen Prüfung unterzogen, da es sich um praktisch ausserordentlich bedeutsame Rechtsgebiete handelt (siehe dazu vorne Ziff. 3.2 und 3.3). Während im Wertpapierrecht kein aktueller praktischer Bedarf nach neuen Lösungen gefunden werden konnte, besteht in der Praxis im Zusammenhang mit der Forderungsabtretung, welche heute der Schriftform untersteht, ein Bedürfnis nach einer einfacheren Lösung. Eine neue Lösung, die nicht gleichzeitig grössere Nachteile oder unschätzbare Folgen mit sich bringen würde, scheint heute aber nicht verfügbar. Aus diesem Grund sollen nach Ansicht des Bundesrates in diesen Gebieten zunächst die neueren Entwicklungen abgewartet werden, zumal die heutigen Formvorschriften diese Rechtsgeschäfte nicht schlechthin verunmöglichen oder in einem unzumutbaren Masse erschweren.

Zusammenfassend besteht somit nach Ansicht des Bundesrates zurzeit kein Bedarf nach weiteren Massnahmen im Bereich der gesetzlichen Formvorschriften. Insgesamt stellen die Formvorschriften im Privatrecht heute kein relevantes Hindernis für die Digitalisierung dar. Soweit heute durchaus Handlungs- und Revisionsbedarf besteht, so ist dieser nicht generell, sondern vielmehr punktuell in bestimmten Rechtsgebieten und Bereichen. Wie der vorliegende Bericht zeigt, wurden hier bereits Massnahmen umgesetzt und sind darüber hinaus zahlreiche und teilweise sehr tiefgreifende und umfassende Massnahmen und Entwicklungen in vielen betroffenen Teilbereichen derzeit bereits im Gange. Es ist davon auszugehen, dass punktuell bestehende oder möglicherweise noch auftauchende praktische Probleme im Zusammenhang mit den gesetzlichen Formvorschriften so insbesondere deutlich effizienter und einfacher gelöst werden können, als etwa mit der Schaffung einer neuen gesetzlichen Form im Privatrecht oder anderen umfassenden Eingriffen in das bestehende und grundsätzlich bewährte System der Formvorschriften im Schweizer Privatrecht.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

Literaturverzeichnis

BARNIKOL MICHAEL, Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, Diss., Bern 2014.

BERGER BERNHARD, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Artikel 1-149, Band II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Koord.: Andreas Güngerich; erl. von Cipriano Alvarez [et al.], Band III, Art. 353-399 ZPO, Artikel 407 ZPO, Koord.: Marco Stacher; erl. von Christopher Boog [et al.], Bern 2012–2014.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, Bd. 4, Bern 2018.

BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürich 2000.

EGGEN MIRJAM, Modernisierung der Formerfordernisse bei der Übertragung von Rechten (Zession und Wertpapierrecht), Teil 2: Zessionsrecht, Rechtliches Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern 2020, abrufbar unter www.bj.admin.ch > [Publikationen & Service > Berichte, Gutachten und Verfügungen > Externe Berichte und Gutachten](#) > 26.06.2021.

EGGEN MIRJAM / CACHIN CHRISTIAN, Modernisierung der Formerfordernisse bei der Übertragung von Rechten (Zession und Wertpapierrecht), Teil 1: Wertpapierrecht, Rechtliches Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern 2020, abrufbar unter www.bj.admin.ch > [Publikationen & Service > Berichte, Gutachten und Verfügungen > Externe Berichte und Gutachten](#) > 22.12.2020.

EICHEL FLORIAN, Gutachten zum Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift als Voraussetzung an den provisorischen Rechtsöffnungstitel im Zeitalter des elektronischen Rechtsverkehrs dem Bundesamt für Justiz vorgelegt, Bern 2019, abrufbar unter www.bj.admin.ch > [Publikationen & Service > Berichte, Gutachten und Verfügungen > Externe Berichte und Gutachten](#) > 12.06.2019.

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020.

GIRSBERGER DANIEL, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

GRÄNICHER DIETER, in: Grolimund Pascal / Loacker Leander D. / Schnyder Anton K. (Hrsg.) Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Basel 2019.

GROLIMUND PASCAL / BACHOFNER EVA, in: Grolimund Pascal / Loacker Leander D. / Schnyder Anton K. (Hrsg.) Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Basel 2019.

Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Auflage, München 2023 (zit. Grüneberg-AUTOR).

HOSTETTLER YANNICK / HEDINGER MARTIN, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016.

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019.

JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Genf/Zürich/Basel 2017.

KRAMER ERNST A. / SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR. Allgemeine Bestimmungen: Die Entstehung durch Vertrag, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.

KUHN HANS, in: Amstutz Marc / Breitschmid Peter / Furrer Andreas / Girsberger Daniel / Huguenin Claire / Jungo Alexandra / Müller-Chen Markus / Roberto Vito / Schnyder Anton K. / Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.

KUHN HANS / STENGEL CORNELIA / MEISSER LUZIUS / WEBER ROLF H., Wertrechte als Rechtsrahmen für die Token-Wirtschaft, in: Jusletter IT, 23. Mai 2019.

MAIRE SONJA / GERSZT ARIE, DLT-Vorlage des Bundesrates: Zivil- und finanzmarktrechtliche Aspekte in: Reutter Thomas U. / Werlen Thomas, Kapitalmarkt (Hrsg.), Recht und Transaktionen XV, Zürich 2020.

MARTI HANS, Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989.

MEIER-HAYOZ ARTHUR / VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, 3. Aufl. Bern 2018.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR. Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018.

OETIKER CHRISTIAN, in: Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (2 Bände), 3. Auflage, Zürich 2018.

PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, Les papiers-valeurs, Schweizerisches Privatrecht Band VIII/7, Basel 2006.

PRÜTTING HANNS / WEGEN GERHARD / WEINREICH GERD (Hrsg.), BGB Kommentar, 17. Auflage, Köln 2022 (zit. PWW-AUTOR).

SÄCKER FRANZ JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1 – 240, AGG, 9. Auflage, München 2021 (zit. Münchener Kommentar-AUTOR).

SCHMID JÖRG, in: Geiser Thomas / Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019.

SCHMIDT ANDRÉ, in: Foëx Bénédicte / Jeandin Nicolas / Braconi Andrea / Chappuis Benoît (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, Basel 2005.

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung, einschl. Internationales Privatrecht, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973.

SCHWENZER INGEBORG / FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Basel 2019.

SCHWENZER INGEBORG / FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bern 2020 (zit. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht).

STAEHELIN DANIEL, in: Daniel Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Basel 2021.

STREIFF ULLIN / VON KÄNEL ADRIAN / RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012.

Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Formvorschriften im Privatrecht

VON TUHR ANDREAS / PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Auflage, Zürich 1979.

WIEGAND WOLFGANG / HURNI CHRISTOPH, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, 2. Auflage, Basel 2014.

WOLF STEPHAN / PFAMMATTER ARON, N 9 zu Art. 23 NG in: Wolf Stephan (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009.

XOUDIS JULIA, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I., Art. 1-529 CO, 3. Auflage, Basel 2021.

ZOBL DIETER, in: Zobl Dieter / Hess Martin / Schott Ansgar (Hrsg.), Kommentar zum Bucheffektengesetz (BEG), Zürich 2013.