

E-Commerce

Überblick

Rechtssicherer Einsatz elektronischer Signaturen im grenzüberschreitenden unternehmerischen Vertragswesen

Rechtsanwalt Johannes Brand, LL.M. (Trinity College, Dublin), Frankfurt am Main/

Rechtsanwalt Albrecht von Wilucki, LL.M. (Boston University), Düsseldorf*

Seit Anfang 2020 haben wir im Privaten wie im Geschäftlichen Abstand gehalten. Im Schatten von mittlerweile selbstverständlichen Videokonferenzen rückte auch der Vertragsschluss zwischen Abwesenden in den Fokus. Zentrale Geschäftsabläufe wie Vertragsabschlüsse und Vertragsmanagement sind von der Digitalisierung häufig noch unberührt. Dieser Beitrag setzt sich mit dem Einsatz von eSignaturen im grenzüberschreitenden unternehmerischen Rechtsverkehr auseinander. Er beantwortet die Fragen, ob und wie eSignaturen bei grenzüberschreitenden Verträgen zu rechtswirksamen Vertragsschlüssen eingesetzt werden können und welche praktischen Überlegungen zur prozessualen Beweissicherung und Dokumentation angestellt werden müssen.

I. Einführung

Es bedarf keiner wissenschaftlichen Untersuchung zu belegen, dass ein Mausklick schneller und einfacher ist als die Ausfertigung und Unterzeichnung von Dokumenten im Umlaufverfahren, von Reisezeiten zur Unterzeichnung ganz zu schweigen.¹ Dass diese Effizienzargumente bei grenzüberschreitend agierenden Unternehmen noch mehr wiegen, ist ebenso evident.

Dass eSignaturen trotzdem nicht längst gelebter Standard – jedenfalls in international agierenden – Unternehmen sind, dürfte auch mit rechtlichen und tatsächlichen Bedenken der Einführung von eSignaturen im Unternehmen zu tun haben. Oft bestehen Unsicherheiten wegen der Rechtswirksamkeit, der Dokumentation und Beweisführung durch eSignaturen im Streitfall und der rechtskonformen Umsetzung im Unternehmen. Zwar sind die Vorteile von eSignaturen im grenzüberschreitenden Einsatz besonders deutlich. Hier verstärken sich die Unsicherheiten aber auch.

II. Rechtswirksamer Vertragsschluss

In einer perfekten Welt wird der Einsatz einer eSignatur bei grenzüberschreitenden Verträgen im Einzelfall geprüft. Welches Recht ist auf die Signatur anwendbar? Welche rechtlichen Anforderungen stellt das anwendbare Recht an die Signatur? Welcher Anbieter kommt dafür in Betracht?

Diese Prüfung im Einzelfall mag bei Verträgen mit einer gewissen (wirtschaftlichen) Bedeutung angemessen sein, bei (wirtschaftlich) weniger gewichtigen und massenhaft abgeschlossenen Verträgen wird der Aufwand für eine solche Prüfung häufig außer Verhältnis zur Bedeutung des Vertrags stehen. In der Praxis wird man sich mit einer überschlüssigen Prüfung des (geplanten) Haupteinsatzgebietes begnügen können, für diese eine Unternehmensrichtlinie für den Einsatz von Signaturen o.ä. festlegen und die wenigen Ausnahmefälle auf Einzelfallbasis prüfen. Wie wichtig ein sorgfältiges Ver-

tragsmanagement im internationalen Kontext ist, beschreibt *Brödermann* anschaulich.² Die nachfolgenden Überlegungen sind daher zwar als Einzelfallprüfung formuliert, aber »skalierbar«, lassen sich also zu Fallgruppen oder »Use Cases« zusammenfassen.

1. Kollisionsrecht zur Bestimmung des anwendbaren Rechts

Ohne Kollisionsrecht oder IPR geht es bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht. Will man die Rechtsquellen – und somit die Anforderungen – für elektronische Signaturen bestimmen, so führt kein Weg daran vorbei, das anwendbare Recht zu bestimmen. In einer perfekten Welt müssten Unternehmen das für jeden einzelnen Vertrag (oder sogar für jede einzelne Rechtshandlung, wie z.B. Kündigungen) prüfen.³

Die Ermittlung des anwendbaren Kollisionsrechts ist ein eigener Prüfungsschritt. Kollisionsrecht ist Forumsrecht, d.h. das mit der Sache betraute in- oder ausländische Gericht wendet sein eigenes Kollisionsrecht an.⁴ Vor der Bestimmung des anwendbaren Kollisionsrechts steht also die Bestimmung des zuständigen (Schieds-)Gerichts. Diese Prüfung lässt sich abstrakt kaum darstellen, da das Zuständigkeitsrecht wie das IPR nationales Recht ist.⁵ Beim Einsatz von eSignaturen im grenzüberschreitenden unternehmerischen Vertragswesen werden häufig Gerichtsstandsvereinbarungen zum Einsatz kommen. Deren Wirksamkeit ist innerhalb der EU durch Art. 25 f. Brüssel Ia-VO⁶ einheitlich geregelt. Im Verhältnis zu Drittstaaten legt das HGÜ⁷, dem neben der EU u.a. die USA, China, UK und Mexiko beigetreten sind, verlässliche Standards fest.⁸

* Die Autoren sind Rechtsanwälte bei BUSE Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB, Johannes Brand als Fachanwalt für internationales Wirtschaftsrecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht am Frankfurter Standort, Albrecht von Wilucki im Bereich des IT- und Datenschutzrechts am Düsseldorfer Standort.

1 Vgl. z.B. die Aussage von *Sven Preiss*, Head Legal Commercial bei Scout24, bei Adobe Live for Business #23 – Digitale Signatur & Business-Continuity, www.youtube.com/watch?v=zxNca7wOHAU [16.05.2021], 12:00 Min., der eine durchschnittliche Verkürzung des Unterschriftsprozesses inklusive Einpflegung in die Vertragsdatenbank von einer Woche auf sechs Stunden berichtet.

2 *Brödermann* NJW 2012, 977.

3 *Hausmann/Odersky*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2.

4 *Hausmann/Odersky* (s. Fn. 3), § 1 Rn. 2.

5 MAH Int. WirtschaftsR/*Reinmüller*, 1. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1.

6 VO (EU) Nr. 1215/2012 v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

7 Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen v. 30.06.2005.

8 *HCCH*, Statustabelle, <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/status-table/?cid=98> [28.05.2021]. Die USA und China sind zwar Vertragsstaaten, dort ist das HGÜ allerdings noch nicht in nationales Recht umgesetzt worden.

Aus Sicht des ermittelten Forumsstaates kann das Kollisionsrecht im nationalen Recht oder in über- oder zwischenstaatlichem Recht geregelt sein.⁹ Das Kollisionsrecht für Verträge ist innerhalb der EU einheitlich in der Rom I-VO¹⁰ geregelt. Hervorzuheben ist, dass die Form nicht notwendig von dem auf den Vertrag anwendbaren Recht bestimmt wird, sondern gesondert anzuknüpfen ist. Das sog. Formstatut, also das auf die Form eines Vertrages anwendbare Recht, ist durch Art. 11 Rom I-VO bestimmt. Das gilt auch für die Bestimmung des auf die Signatur anwendbaren Rechts.¹¹

Art. 11 Abs. 1 regelt das Formstatut für den Vertragsschluss unter Vertragsschließenden, die sich in demselben Land aufhalten, Art. 11 Abs. 2 Rom I-VO den Vertragsschluss unter Abwesenden, die sich in unterschiedlichen Ländern aufhalten und Art. 11 Abs. 3 Rom I-VO das Formstatut für einseitige Rechtsgeschäft in Bezug auf Verträge.

Allen drei Absätzen gemein ist der sog. *favor negotii*. Die Wirksamkeit soll nach Möglichkeit nicht an der Form scheitern und wird deshalb alternativ angeknüpft.¹² Die Wirksamkeit nach Art. 11 Abs. 2 Rom I-VO bestimmt sich z.B. *entweder* nach dem Vertragsstatut *oder* nach dem Recht des Aufenthaltsorts einer der beiden Parteien *oder* nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort. Das können im äußersten Fall fünf verschiedene Rechtsordnungen sein, die dem Vertrag zur Formwirksamkeit verhelfen und darüber entscheiden, ob die eSignatur formwirksam eingesetzt werden kann. Bei Abs. 1 sind es immerhin potentiell zwei verschiedene Rechtsordnungen, bei Abs. 3 drei verschiedene Rechtsordnungen. Zwar gilt die Rom I-VO universell, also auch dann, wenn vor dem Gericht eines EU-Mitgliedsstaats die Bestimmung des Kollisionsrechts zum Recht eines Drittstaats führt.¹³ Allerdings kann ein anderes IPR das Formstatut gänzlich anders anknüpfen. Schweizer IPR z.B. knüpft das Formstatut ebenfalls alternativ an, der gewöhnliche Aufenthalt spielt dort aber keine Rolle.¹⁴ Bei Anwendung US-amerikanischen Kollisionsrechts ist außerdem die Bedeutung des interlokalen Privatrechts zu beachten, das zu allem Überfluss auch nicht einmal einheitlich geregelt ist.¹⁵ Die obige Darstellung ist also exemplarisch. Sie soll dafür sensibilisieren, dass in grenzüberschreitenden Zusammenhängen das anwendbare Recht nicht vorausgesetzt, sondern präzise bestimmt werden muss. Immerhin gelten aber für den Binnenmarkt einheitliche Regelungen.

2. EU-Fälle ohne Drittstaatenbezug

Ist das Recht eines EU-Staates anwendbar, ist die Formwirksamkeit von Vertragsschlüssen aus Rechtsquellen unterschiedlicher Herkunft zu bestimmen. Obwohl die eIDAS-VO EU-weit einheitliche Regelungen u.a. zu den verschiedenen Signaturarten trifft, enthält sie – bis auf Art. 25 Abs. 1 – keine Regelungen zur Wirkung von Signaturen beim Vertragsabschluss, nimmt diese sogar ganz ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich aus.¹⁶ Die Rechtswirkungen sind damit dem nationalen Recht überlassen.

a) Regelungen der eIDAS-VO (und nationaler Ausführungsgesetze)

Das Recht der elektronischen Signaturen ist in der EU wesentlich durch die eIDAS-VO bestimmt. Sie regelt die Arten elektronischer Signaturen, ihre Voraussetzungen und (sehr begrenzt) die Rechtswirkungen.

Die eIDAS-VO ist, wie jede Verordnung der EU, in den Mitgliedsstaaten unmittelbar anwendbar¹⁷ und hat Anwendungsvorrang vor nationalem Recht.¹⁸ Sie hebt zugleich ihre Vorgänger-Richtlinie¹⁹ auf, die in Deutschland durch das Signaturgesetz und die Signaturverordnung umgesetzt worden war. Beide gehören damit ebenso wie die Signatur-Richtlinie der Vergangenheit an. Dafür wird nun die eIDAS-VO auf nationaler Ebene durch das Vertrauensdienstegesetz ergänzt.

(1) Vertrauensdienste

Die Erstellung von elektronischen Signaturen ist ein Vertrauensdienst (VD)²⁰ und wird durch (kommerzielle) Vertrauensdiensteanbieter (VDA) geleistet.²¹ Qualifizierte Zertifikate für qualifizierte elektronische Signaturen (qeS)²² darf nur ein *qualifizierter* Vertrauensdiensteanbieter (qVDA) ausstellen.²³ Diese Anbieter unterliegen strenger Aufsicht nationaler Behörden.²⁴ In Deutschland ist die Aufsicht im Bereich der eSignaturen der Bundesnetzagentur übertragen.²⁵ Die Kommission führt eine Liste der VDA und qVDA.²⁶

(2) Signaturarten

Die eIDAS-VO kennt drei Formen der elektronischen Signatur, die eher verstreut in der VO geregelt sind und aufeinander aufbauen. Die **(einfache) elektronische Signatur** ist der Grundtyp der Signatur. Von einer *einfachen* elektronischen Signatur spricht die Verordnung nicht, die Bezeichnung ist aber allgemein gebräuchlich.²⁷ Art. 3 Nr. 10 eIDAS-VO definiert sie als »Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verbunden werden und die der Unterzeichner zum Unterzeichnen verwendet.« Schon eine einfache mit Namen versehene E-Mail erfüllt diese Definition.²⁸ An eine solche (einfache) elektronische Signatur knüpft die Verordnung kaum Rechtsfolgen,²⁹ sie ist aber ge-

9 Hausmann/Odersky (s. Fn. 3), § 1 Rn. 28.

10 VO (EG) Nr. 593/2008 v. 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

11 MüKoBGB/Spellenberg, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO, Art. 10 Rn. 54.

12 Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, VO (EG) 593/2008 Art. 11 Rn. 1 m.w.N.

13 Art. 3 Rom I-VO.

14 Art. 124 Abs. 1 und 2 chBG über das Internationale Privatrecht.

15 Zum interlokalen Privatrecht der Bundesstaaten vgl. MüKoBGB/v. Hein, EGBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rn. 179.

16 Nach Art. 2 Abs. 3 berührt die Verordnung »nicht das nationale Recht oder das Unionsrecht in Bezug auf den Abschluss und die Gültigkeit von Verträgen oder andere rechtliche oder verfahrensmäßige Formvorschriften« (s.a. EG (49) der VO). *Sosna* CR 2014, 826 f., weist zu Recht darauf hin, dass zwischen Art. 2 Abs. 3 und Art. 25 Abs. 2 ein Widerspruch besteht, den die VO selbst nicht auflöst.

17 Art. 288 Abs. 2 AEUV.

18 *Rofsnagel* MMR 2018, 31 m.w.N. in Fn. 3.

19 Art. 50 RL 1999/93/EG v. 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen.

20 Art. 3 Ziffer 17 Buchst. a) eIDAS-VO.

21 Art. 3 Ziffer 19 eIDAS-VO.

22 Dazu unten II.2.a).

23 Art. 3, Ziffer 15 eIDAS-VO.

24 Art. 20 f. eIDAS-VO.

25 § 2 Abs. 1 Nr. 1 VDG.

26 Art. 22 Abs. 4 eIDAS-VO; abrufbar unter: *Kommission der Europäischen Union*, Trusted List Browser, <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/> [17.05.2021].

27 Vgl. z.B. *Voigt/Herrmann/Danz* NJW 2020, 2991; *Heinzl Prado Ojea* CR 2018, 37, 40.

28 *Voigt/Herrmann/Danz* NJW 2020, 2991 m.w.N.

29 Hoeren/Siebert/Holzschlag/Ortner, Multimedia-Recht (Loseblatt), 54. Lfg. 2020, Teil 13.2. Rn. 13.

wissermaßen der erste Baustein, auf den die beiden weiteren Signaturformen Bezug nehmen und aufbauen.

So ist die **fortgeschrittene elektronische Signatur** nach Art. 3 Nr. 11 eIDAS-VO der aufbauenden Struktur des Gesetzes nach »eine elektronische Signatur, die die Anforderungen des Artikels 26 erfüllt«, also eine eeS mit den zusätzlichen Attributen, die Art. 26 eIDAS-VO fordert. Die eher vagen Rechtsbegriffe des Art. 26 eIDAS-VO definiert die VO allerdings nicht weiter. Sie helfen auch wenig bei der Bestimmung, wie ein Verfahren zur Erstellung einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur nun genau auszusehen hat. Die VO ist bewusst technologieneutral gehalten.³⁰ Auf welche Art und Weise eine feS den Anforderungen des Art. 26 gerecht wird, bleibt dem jeweiligen Anbieter überlassen.

Etwas Rechtssicherheit verschafft immerhin ein Durchführungsbeschluss,³¹ der bestimmte Signaturformate als feS-konform definiert, gleichzeitig aber Raum für innovative neue Technologien lässt. Grob lassen sich die Verfahren in biometrische³² und kryptographische³³ unterscheiden.³⁴

Da für die feS **keine Zertifizierung** durch Aufsichtsbehörden existiert (anders als bei der qualifizierten elektronischen Signatur), haben die Anbieter in eigener Verantwortung sicherzustellen, dass ihr technisches Verfahren die Voraussetzungen erfüllt. Flankiert wird dies durch die Haftung der VDA,³⁵ wenn sie Pflichten aus der Verordnung fahrlässig oder vorsätzlich verletzen.³⁶

Eine Identitätsprüfung (wie bei der qualifizierten elektronischen Signatur) findet bei der feS nicht statt.³⁷ Die Identifizierung des Unterzeichnenden wird nach Art. 26 Abs. 1 Buchst. a) eIDAS-VO nur *ermöglicht*.³⁸ Das ist aber kein Grundsatzargument gegen die feS. Denn auch bei einer physischen Unterschrift unter Abwesenden findet keine Identitätsprüfung statt.³⁹ Außerdem sind die Vertragspartner selten nur über den VDA im Austausch. Wird parallel per Telefon oder (bekannter) E-Mail-Adresse über den Vertrag kommuniziert, müssen ein hohes Maß an krimineller Energie und Zugriff auf diese Kommunikationsmedien⁴⁰ zusammentreffen, damit der Unterzeichner letztlich nicht derjenige ist, den der Vertragspartner annimmt.

Eine **qualifizierte elektronische Signatur** ist nach Art. 3 Nr. 11 eIDAS-VO eine »fortgeschrittene elektronische Signatur, die von einer qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit erstellt wurde und auf einem qualifizierten Zertifikat für elektronische Signaturen beruht«. Nur bei der qeS findet eine Identitätsprüfung statt. Denn ein **qualifiziertes Zertifikat** erlangt der Unterzeichnungswillige nur nach Identitätsprüfung,⁴¹ Art. 24 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung definiert vier verschiedene Möglichkeiten der Erstidentifikation für die Erstellung des qualifizierten Zertifikats, wobei insbesondere auch auf die Möglichkeit einer Identifizierung aus der Ferne nach Buchst. b) und die sonstigen Identifizierungsmethoden nach Buchst. d), worunter in Deutschland auch das Video-Ident fällt,⁴² hinzuweisen ist. Das qualifizierte Zertifikat (für elektronische Signaturen) wird durch Art. 28 näher bestimmt, und die (technischen) Anforderungen sind in Anhang I näher dargelegt.⁴³

Mit diesem Zertifikat und der **qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit** – eine konfigurierte Hardware oder Software⁴⁴ – kann der Unterzeichner nun die qeS erstellen. Die (technischen) Anforderungen an diese Einheit

bestimmt Anhang II (vgl. Art. 3 Ziffer 23). Längst sind das nicht mehr nur unpraktikable Kartenlesegeräte, qeS können entweder durch Zertifikatssoftware oder durch Fernsignatur erstellt werden,⁴⁵ sodass eine qeS von unterschiedlichen Endgeräten erstellt werden kann.

b) Formvorschriften des nationalen Rechts

Die Bestimmung des nationalen Rechts ist bei reinen EU-Fällen nötig, da die eIDAS-VO sich mit der Frage der Rechtswirkungen von eSignaturen nicht auseinandersetzt. Für die Frage, *ob* eine bestimmte Signatur zur Formwirksamkeit des Vertrages eingesetzt werden muss oder kann, ist daher auf das jeweils anwendbare nationale Recht zurückzugreifen.

(1) Deutsches Recht

Das **deutsche Recht** enthält keine (unmittelbare) Regelung darüber, welche Verträge mit eSignaturen abgeschlossen werden können oder müssen. § 126 Abs. 3 BGB bestimmt, dass die elektronische Form die Schriftform ersetzen kann, wenn das Gesetz nichts anderes regelt.⁴⁶ Die elektronische Form ist in § 126a BGB geregelt. Dieser bestimmt in Abs. 1, dass »der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen« muss. Die qeS ist wie oben dargestellt in der eIDAS-VO geregelt.⁴⁷

In Betracht kommt zunächst eine gesetzliche Schriftform. Das BGB und Einzelnormen bestimmen, welche Verträge und Willenserklärungen der Schriftform bedürfen. Es ergeben sich drei Fallgruppen:

- Für viele gebräuchliche Vertragsformen besteht kein Form-erfordernis, sodass diese mit jeder Signaturart (eeS, feS, qeS)

30 EG (27).

31 Durchführungsbeschluss (EU) 2015/1506 v. 08.09.2015 zur Festlegung von Spezifikationen für Formate fortgeschrittener elektronischer Signaturen und fortgeschrittener Siegel, die von öffentlichen Stellen gem. Art. 27 Abs. 5 und Art. 37 Abs. 5 der VO (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt anerkannt werden.

32 So der Anbieter Signaturit, der bei Unterschrift auf Touchpad oder mittels Maus gespeicherte Druckpunkte nötigenfalls zur Identifizierung des Unterzeichnenden mittels Sachverständigen nutzen will, <https://blog.signaturit.com/de/was-ist-die-fortgeschrittene-elektronische-signatur#2> [16.05.2021].

33 So z.B. bei dem Anbieter Docusign, bei dem die feS durch 2-Factor-Authentifizierung sichergestellt wird, <https://www.docusign.de/blog/5-fragen-zur-elektronischen-unterschrift> [16.05.2021].

34 Vgl. auch die sehr verständliche Darstellung bei Werthwein ZChinR 2005, 90, 91, und zahlreiche Internet-Tutorials, die dem technischen Verständnis der komplexen Materie helfen.

35 Vgl. Fn. 13.

36 Art. 13 Abs. 1 eIDAS-VO.

37 *HeinzelPrado Ojea* CR 2018, 37, 41.

38 Der Anbieter Signaturit formuliert offen: »Die feS bietet also keine Garantie dafür, dass die Person, die sich als Unterzeichnender ausgibt, tatsächlich der Unterzeichnende ist. Sie bietet nur die Möglichkeit, diesen – ggf. mit einigem Aufwand – zu ermitteln.«, <https://blog.signaturit.com/de/was-ist-die-fortgeschrittene-elektronische-signatur#2> [16.05.2021].

39 *HeinzelPrado Ojea* CR 2018, 37, 41.

40 Jedenfalls bei der 2FA, vgl. Fn. 33.

41 Art. 24 eIDAS-VO.

42 Bundesnetzagentur, Neufassung der Verfügung gem. § 111 Abs. 1 Satz 4 TMG (Stand: 16.12.2020).

43 Art. 3 Ziffer 15 eIDAS-VO.

44 Art. 3 Ziffer 22 und 23 eIDAS-VO.

45 EG (52) eIDAS-VO.

46 Zur Vereinbarkeit mit Art. 25 Abs. 2 eIDAS-VO und dennoch kritisch: *Sosna* CR 2014, 825, 826.

47 s.o.: II.2.b)(1).

oder sogar mit unsigniertem Mailaustausch geschlossen werden können.⁴⁸

- Eine Reihe von schriftformgebundenen Verträgen schließen die Ersetzung durch elektronische Form (qeS) aus, erfordern also einen nach § 126 BGB urschriftlich geschlossenen Vertrag.⁴⁹
- Es bleibt ein – kleines – Einsatzfeld an Schriftformerfordernissen, die durch elektronische Form (qeS) ersetzt werden können.⁵⁰

In der Praxis häufig anzutreffen ist demgegenüber die gewillkürte Schriftform, i.d.R. eine Schriftformklausel, wonach Änderungen an einem bestehenden Vertrag der Schriftform bedürfen. § 127 Abs. 2 BGB aber bestimmt in formereleichternder Abweichung von § 127 Abs. 1 BGB, dass, »soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, die telekommunikative Übermittlung« genüge. Das können die Parteien vertraglich anders regeln, ist aber dem Gesetz nach schon durch den einfachen Austausch von nicht signierten E-Mails erfüllt.⁵¹

Die Regelung in § 126a BGB hat damit im grenzüberschreitenden unternehmerischen Bereich keinen großen Anwendungsbereich. Üblicherweise wird entweder schon eine eeS oder gar ein Austausch unsignierter E-Mails ausreichen oder die Schriftform ist zwingend.

(2) Rechtsordnungen anderer EU-Staaten

Das **Sachrecht anderer EU-Staaten** kann und darf die Formfordernisse ganz anders regeln (Erwägungsgrund (49) eIDAS-VO).⁵² Das französische Recht bspw. regelt in Übereinstimmung mit Art. 25 Abs. 1 eIDAS-VO, dass die qeS die Schriftform ersetzt,⁵³ verlangt diese aber z.B. für die Forderungsabtretung zwischen Zedent und Zessionar,⁵⁴ was aus deutscher Sicht ungewohnt erscheint. Auch das spanische Recht regelt die Ersetzungsbefugnis der Schriftform durch die qeS,⁵⁵ stellt aber besondere Anforderungen auf für notariell beglaubigte Unterschriften (Art. 3 Abs. 5 Satz 2), was in Deutschland nicht nötig wäre, da zwar die Schriftform *auch* durch die notarielle Beglaubigung erfüllt wird (§ 126 Abs. 1 BGB a.E.), aber ansonsten nach der Regelungssystematik des BGB die elektronische Form (noch) nicht zur notariellen Beglaubigung ausreicht.

c) Zwischenfazit

Selbst vor dem (geplanten) Einsatz nur innerhalb der EU ist also sorgfältig zu prüfen, (a) welchem nationalen Recht das Formstatut der Verträge folgt und (b) welcher Anbieter mit welcher Signaturart gewählt wird (feS oder qeS). Durch die alternative Anknüpfung in Art. 11 Rom I-VO und die einheitlichen Regelungen zum *Wie* der eSignaturen in der eIDAS-VO spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Formwirksamkeit bei Einsatz jedenfalls der qeS; aber sicher ist das nicht, wie man an der zwingenden Schriftform (ohne Ersetzungsbefugnis durch qeS) im deutschen Recht sieht.

3. Drittstaatenbezug

Gelangt das Kollisionsrecht zur Anwendung des Rechts eines Drittstaates, ist die Formwirksamkeit des Vertragsschlusses noch sorgfältiger zu prüfen.

a) EWR

Führt die Prüfung des Kollisionsrechts zu einem der drei Mitgliedsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) Island, Liechtenstein oder Norwegen,⁵⁶ gilt die eIDAS-VO auch dort.⁵⁷

Das bedeutet Rechtssicherheit hinsichtlich der einheitlichen Standards für die unterschiedlichen Signaturarten. Wie innerhalb der EU ist aber nach nationalem Recht zu prüfen, ob und welche eSignatur für den jeweiligen Vertrag gilt.

b) Schweiz

Die Schweiz ist weder EU- noch EWR-Mitglied.⁵⁸ Das Recht der eSignaturen ist in der Schweiz durch ein Bundesgesetz, das ZertES, geregelt.⁵⁹

Das ZertES orientiert sich augenscheinlich an der – früher ergangenen – eIDAS-VO,⁶⁰ unterscheidet sich aber bspw. hinsichtlich einer »geregelten elektronischen Signatur« (geS), die zwischen feS und qeS angesiedelt ist. Im Unterschied zur eIDAS-VO muss der Unterzeichnungswillige aber »*persönlich* erscheinen und den Nachweis ihrer Identität erbringen.«⁶¹

Was die Wirkung der Signaturen betrifft, verhält sich auch das ZertES wie die eIDAS-VO neutral und will diese nicht regeln.⁶² Das übernimmt Art. 14 Abs. 2^{bis} des Obligationenrechts,⁶³ welcher die Gleichwertigkeit der qeS mit einer handschriftlichen Unterschrift bewirkt, um dann aber klarzustellen, dass gesetzlich oder vertraglich etwas anderes gelten kann. Auch hier bleibt also eine Prüfung des konkreten Einsatzfeldes dem Anwender nicht erspart.

c) Vereinigtes Königreich

Das Vereinigte Königreich (UK) ist bekanntermaßen aus der EU ausgetreten. UK hat im Zuge des Austritts wesentliche Teile des EU-Sekundärrechts in nationales Recht umgewandelt.⁶⁴ Die eIDAS-VO gilt inhaltlich also dort weiter. Allerdings hat UK die eIDAS-VO in einigen Teilen durch die eIDAS-SI⁶⁵ modifiziert. Das so geschaffene Gesetzeswerk ist als UK eIDAS-VO bekannt.⁶⁶ Die Änderungen haben dabei für das hier be-

48 Dies gilt sowohl für die im BGB geregelten Kauf- und Lieferverträge Dienstverträge, Werkverträge als auch für typenfreie Verträge wie bspw. NDAs.

49 Kündigung von Arbeitsverträgen, Bürgschaftserklärungen, Schuldversprechen – letztere aber durch qeS ersetzbar, wenn beiderseitiges Handelsgeschäft.

50 Im Kontext der grenzüberschreitenden Verträge zwischen Unternehmen größtenteils irrelevant; vgl. aber Verbraucherdarlehen und Vermittlung, Ratenlieferungsverträge.

51 BT-Drucks. 14/4987, S. 20; OLG Zweibrücken 04.03.2013, 3 W 149/12.

52 Art. 2 Abs. 3 eIDAS-VO.

53 Art. 1174 Abs. 1 Code Civil.

54 Art. 1322 Code Civil.

55 Art. 3 Abs. 4 Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23399> [16.05.2021].

56 Präambel Abkommen über den EWR.

57 Decision of the EEA Joint Committee No 22/2018 of 9 February 2018 amending Annex XI (electronic communication, audiovisual services and information society) to the EEA Agreement [2019/2058].

58 Das Abkommen über den EWR hat sie infolge einer negativen Volksabstimmung nicht ratifiziert (Vorlage Nr. 388 des Bundesbeschlusses über den Europäischen Wirtschaftsraum).

59 Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES v. 18.03.2016 (Stand: 01.01.2020).

60 Vgl. z.B. die Definition der feS und qeS in Art. 2 Buchst. b) und c) ZertES.

61 Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) ZertES.

62 Art. 1 Abs. 2 ZertES, wenn auch möglicherweise nicht absolut präzise formuliert: »*Es regelt mit Ausnahme der Haftung nach den Artikeln 17 und 18 nicht die Rechtswirkungen der Verwendung digitaler Zertifikate.*« Schließlich geht es um die Rechtswirkung der Verwendung der Signaturen, wenngleich diese auf Zertifikaten beruhen und die Aussage mittelbar richtig ist.

63 BG betreffend die Ergänzung des chZGB (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

64 Art. 2 f. EU (Withdrawal) Act 2018.

65 The Electronic Identification and Trust Services for Electronic Transactions (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019.

66 Vgl. z.B. *Information Commissioner's Office*, What is the eIDAS Regulation?, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-eidas/what-is-the-eidas-regulation/> [16.05.2021].

handelte Thema allerdings kaum Auswirkungen. Die wichtige Regelung aus Art. 25 Abs. 2 eIDAS-VO ist geblieben, womit auch in UK die qeS mit einer handschriftlichen Unterschrift gleichgestellt bleibt. Bemerkenswert ist, dass UK qVDA aus der EU anerkennt, während eine reziproke Anerkennung der EU bisher ausgeblieben ist.⁶⁷ Das kurz vor Jahresende 2020 geschlossene Handelsabkommen⁶⁸ zwischen EU und UK sieht in Art. 206 f. Regelungen zu Signaturen vor, diese bewirken aber keine Verpflichtung der EU, UK-Signaturen anzuerkennen.⁶⁹

Auch das erübrigt aber keine Prüfung der jeweils nötigen Form im Einzelfall. Hinzu kommen die Besonderheiten des Case Law, das Formerfordernisse schaffen kann.⁷⁰ Eine – hier nicht abschließend zu behandelnde – geringe Rechtsunsicherheit bleibt damit ebenso wie die Gewissheit, dass die qeS eines EU-qVDA grundsätzlich in UK anerkannt wird.

d) USA

Ist das Recht eines US-amerikanischen Bundesstaates auf den Vertrag anwendbar,⁷¹ enthält das Bundesgesetz ESIGN Act wesentliche Regelungen zu eSignaturen und dem Vertragsschluss mittels dieser Signaturen. Daneben gibt der Uniform Electronic Transaction Act (UETA) eine Art Mustergesetz vor, das einzelne Bundesstaaten in eigenes Recht umsetzen können und das teilweise getan haben.⁷² Sec. 101 (a) ESIGN Act bestimmt, dass die eSignatur der handschriftlichen Unterschrift gleichsteht, ohne aber die technischen Anforderungen an die Signatur näher zu definieren. Während der ESIGN Act als Bundesgesetz grundsätzlich Vorrang vor landesrechtlichen Regelungen hätte, gibt er in Sec. 102 (a)(1) landesrechtlichen Regelungen die Befugnis zu abweichenden Regelungen, soweit diese dem UETA entsprechen. Diese regeln dann weitere (technische) Anforderungen an die Signaturen.

Der rechtskonforme Einsatz hängt damit nicht nur davon ab, welcher Einsatz für die eSignatur geplant ist, sondern auch welches bundesstaatliche Recht anwendbar ist. Zudem sind nicht nur der ESIGN Act, sondern auch das (UETA-konforme aber nicht immer einheitliche) Recht der Bundesstaaten⁷³ und das Case Law zu berücksichtigen.

e) China

Unterliegt die Form des Vertrages dem Recht der Volksrepublik China, kommt das Gesetz der Volksrepublik China über elektronische Signaturen zur Anwendung (ChinSigG).⁷⁴ Auch das chinesische Gesetz regelt nicht, ob und welche Signatur für welchen Vertragstyp verwendet werden kann und darf. Es bestimmt aber, dass elektronische Dokumente, »deren Inhalt in körperlicher Form dargestellt werden kann und die jederzeit eingesehen und überprüft werden können [...] als der in Gesetzen und [anderen] Rechtsnormen verlangten Schriftform entsprechend« gelten.⁷⁵

Diese Regelung findet sich auch in § 469 Abs. 3 des neuen Zivilgesetzbuchs (ChinZGB).⁷⁶ Das noch bei Werthwein⁷⁷ angesprochene Vertragsgesetz ist durch § 1260 ZGB aufgehoben worden. Die Schriftform, und damit die elektronische Form, gilt bspw. bei Darlehensverträgen,⁷⁸ Factoring-Verträgen⁷⁹ oder Technologieverträgen,⁸⁰ wozu auch Lizenzverträge zählen.⁸¹ Liefer- und Kaufverträge, Werkverträge und Dienstverträge verlangen grundsätzlich keine bestimmte Form, können also durch eSignatur geschlossen werden.

Die Anforderungen an Zertifikate sind in §§ 13 f. des Signaturgesetzes geregelt. § 26 bestimmt, dass auch ausländische Zertifikate grundsätzlich anzuerkennen sind. Sie müssen aber

im Einzelfall durch die zuständige chinesische Behörde zugelassen werden.⁸² Dies sollte mit dem jeweils gewählten Anbieter vor Einsatz geklärt werden.

4. Zwischenfazit

Der Überblick hat gezeigt, dass vor dem Einsatz von eSignaturen im Unternehmen die »Use Cases« geprüft werden müssen. Dabei muss im grenzüberschreitenden Bereich zwingend auch das Kollisionsrecht berücksichtigt werden. Ein grober Fehler bestünde darin, die Prüfung nur auf Basis des nationalen oder europäischen Verständnisses durchzuführen. Am Ende der Prüfung dürfte die Erkenntnis stehen, dass viele Verträge formfrei geschlossen werden können, bspw. durch einfachen E-Mail-Austausch. Dessen ungeachtet wird nachfolgend gezeigt, dass die Nutzung einer eeS oder besser feS wegen der Beweissicherungs- und Dokumentationszwecke auch dann sinnvoll ist, wenn sie nicht erforderlich ist.

III. Prozessuales und Beweisfragen

1. Beweisregeln der eIDAS-VO

Die Regelungen der eIDAS-VO zur Beweiswirkung sind überschaubar. So darf einem elektronischen Dokument die Rechtswirkung und die Zulässigkeit als Beweismittel in Gerichtsverfahren nicht allein deshalb abgesprochen werden, weil es in elektronischer Form vorliegt (Art. 46 eIDAS-VO). Dasselbe gilt für die eSignatur, der die Rechtswirkung nicht deshalb abgesprochen werden darf, weil sie in elektronischer Form vorliegt oder weil sie die Anforderungen an eine qualifizierte eSignatur nicht erfüllt (Art. 25 eIDAS-VO). Damit sind jedenfalls in der EU, im EWR und in UK⁸³ elektronische Dokumente zumindest im Rahmen der freien Beweiswürdigung als Augenscheinsobjekte relevant.⁸⁴ Die konkrete Beweiswirkung elektronischer Dokumente – mit oder ohne Signatur – muss daher nach nationalem Recht bestimmt werden.

2. Beweiskraft elektronischer Dokumente nach nationalem Recht

Die konkrete Beweiswirkung elektronischer Dokumente – mit oder ohne Signatur – muss daher nach nationalem Recht bestimmt werden.

67 Information Commissioner's Office, What is the eIDAS Regulation?, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-eidas/what-is-the-eidas-regulation/> [16.05.2021]. Art. 14 eIDAS-VO ermöglicht die reziproke Anerkennung gegenüber Drittstaaten ausdrücklich.

68 Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der EU und der EAG einerseits und dem VK Großbritannien und Nordirland andererseits.

69 Im Detail: Rauer ZdiW 2021, 221 f.

70 Vgl. nur die Übersicht bei DocuSign, Electronic Signature Cases – English Law, https://www.docusign.com/sites/default/files/emea_uk_electronic_signature_cases_-_english_law.pdf [16.05.2021].

71 Zur Gesetzgebungskompetenz der Bundesstaaten im Vertragsrecht: Lejeune ITRB 2013, 283.

72 Lejeune ITRB 2013, 283.

73 Werthwein ZChinR 2005, 90, 93.

74 Zitierung nach deutscher Übersetzung in Werthwein, ZChinR 2005, 142.

75 § 4 ChinSigG.

76 Zitiert nach der deutschen Übersetzung in ZChinR 2020, 207, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747931 [16.05.2021].

77 Werthwein ZChinR 2005, 90, 94.

78 § 668 Abs. 1 ChinZGB.

79 § 762 Abs. 2 ChinZGB.

80 §§ 851 Abs. 3, 863 Abs. 3 ChinZGB.

81 § 863 Abs. 2 ChinZGB.

82 Werthwein ZChinR 2005, 142.

83 Vgl. zur Geltung in EWR und UK oben II.3.a) und II.3.c).

84 Die Beweisregeln zu den weiteren in der Verordnung geregelten Vertrauensdiensten bleiben hier außer Acht.

a) Deutsches Recht

Für unsignierte elektronische Dokumente ergibt sich gegenüber Art. 25 Abs. 1 eIDAS-Verordnung kein Unterschied. Sie können nach § 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO als Augenscheinsobjekte übermittelt oder vorgelegt werden und unterliegen nach § 286 Abs. 1 ZPO der freien Beweiswürdigung.

Für signierte elektronische Dokumente unterscheidet die ZPO nicht nach den Signaturtypen der eIDAS-Verordnung. Neben den unsignierten beschäftigt sie sich nur mit qualifizierten signierten Dokumenten.

Unsignierten wird wie einfach elektronisch signierten Dokumenten aufgrund ihrer Manipulationsmöglichkeiten ein geringerer Beweiswert beigemessen. Der Beweiswert eines elektronischen Dokuments steigt, wenn es durch eine feS gesichert ist. Im Regelfall bedarf es aber einer ergänzenden Beweisaufnahme durch Sachverständigengutachten.⁸⁵ Eine feS muss mit dem signierten Dokument unveränderlich verbunden sein. Ob die hierzu eingesetzten technischen Verfahren geeignet sind, unterliegt keiner Aufsicht. Folglich ist die Frage, ob die Anforderungen des Art. 26 eIDAS-VO erfüllt werden, am unübersichtlichen Markt kaum zu überprüfen. Der Beweisführer muss daher Integrität und Authentizität der signierten Erklärung bei Einwänden des Beweisgegners nach allgemeinen Regeln nachweisen. Bei der feS kommt es für die Beweiskraft immer auch auf die Sicherheit des jeweils eingesetzten Verfahrens an, das durch Sachverständigenbeweis belegt werden kann.⁸⁶

Bei Fernsignaturen durch Einbindung eines VDA können Verfahren wie Single-Sign-On und Zwei-Faktor-Authentifizierung verwendet werden. Je nach Anbieter werden weitere identifizierende Daten wie Standort, IP-Adressen und biometrische Daten⁸⁷ erhoben, die eine nachträgliche Identifizierung ermöglichen. Diese Umstände der Transaktion werden in einem (vom VDA signierten) Prüfbericht zusätzlich zu dem unveränderbar mit der Signatur verbundenen Dokument dokumentiert. Unterschiede zwischen der eeS und feS dürften sich daher im Rahmen der freien Beweiswürdigung deutlich auswirken und das tatsächliche Risiko, dass Abschluss oder Inhalte eines Vertrags abgestritten werden, deutlich verringern.

Auf private elektronische Dokumente, die mit einer qeS versehen sind, finden die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden entsprechende Anwendung (§ 371a Abs. 1 Satz 1 ZPO). Ihnen kommt dadurch zunächst dieselbe Beweiskraft zu wie privaten Urkunden, die vom Aussteller unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind. Sie bieten analog § 416 ZPO den vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen vom Inhaber des Signaturschlüssels stammen.⁸⁸ Diese formelle Beweiskraft betrifft aber weder Inhalt, Zeit, Ort oder Zugang der Erklärung. Während der Beweisführer bei nicht anerkannten privaten Urkunden nach §§ 439, 440 Abs. 1 ZPO erst die Echtheit der Urkunde bzw. der Namensunterschrift beweisen muss, um die Wirkung des § 416 ZPO auszulösen, obliegt es bei qualifizierten elektronischen Dokumenten dem Beweisgegner, die zur Erschütterung des Anscheinsbeweises notwendigen Tatsachen beizubringen.⁸⁹

Wegen § 371a Abs. 1 Satz 2 ZPO kann der Anschein der Echtheit einer in elektronischer Form vorliegenden Erklärung, der sich aufgrund der Prüfung nach dem Signaturgesetz ergibt, nur durch Tatsachen erschüttert werden, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung vom Sig-

natur Schlüssel-Inhaber abgegeben worden ist.⁹⁰ In Betracht kommen technische Mängel wie bspw. falsche Zuordnung von Zertifikaten, unterlassene Sperrung von Zertifikaten oder fehlerhafte Identifizierung von Personen.⁹¹ Mit zunehmender Verlagerung hin zu Fernsignaturenlösungen, bei denen ein qVDA die Signatur in seinem Rechenzentrum erstellt, rücken Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Auslösung der Signaturerstellung in den Vordergrund.

b) International

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ergeben sich die Beweisregeln aus dem Prozessrecht des zuständigen Gerichts (*lex fori*). Im hier relevanten B2B-Bereich gilt der schon aus Art. 46 eIDAS-VO bekannte Grundsatz, dass einem elektronischen Dokument die Rechtswirkung und die Zulässigkeit als Beweismittel in Gerichtsverfahren nicht allein deshalb abgesprochen werden darf, weil es in elektronischer Form vorliegt.⁹² Darüber hinaus werden – abseits qualifizierter elektronischer Signatur im Geltungsbereich der eIDAS-VO – elektronische Dokumente im Einzelfall daran gemessen, welches Vertrauen in ihre Integrität und Authentizität besteht. Hierzu enthalten viele nationale Signaturgesetze Regelungen. So gibt bspw. § 8 ChinSigG dem Gericht Kriterien für die gem. § 63 II ChinZPG vorzunehmende Beweiswürdigung an die Hand.⁹³ Für die USA sammelt der Anbieter DocuSign Entscheidungen, die die Beweiskraft der über ihn elektronisch signierten Dokumente zum Gegenstand haben und hebt die positive Bedeutung des Audit Trails für den Nachweis von Echtheit und Integrität hervor.⁹⁴

IV. Fazit

Weder Formerfordernisse noch Beweisschwierigkeiten sprechen grundsätzlich gegen die Digitalisierung von Unterschriftenprozessen in Unternehmen. Im Rahmen einer »Use Case«-Analyse sind überschlüssig die häufigsten Vertragsschlüsse und das darauf anwendbare Recht festzustellen. Die Autoren wagen die These, dass für diese »Use Cases« ohnehin selten Formerfordernisse bestehen, also den eSignaturen nichts im Wege steht. Während Formfreiheit grundsätzlich auch den Abschluss per unsignierter Mails einschließt, spricht aus Gründen der Beweissicherung und der prozessualen Beweiskraft einiges für die Verwendung mindestens einfacher, besser noch fortgeschrittener elektronischer Signaturen.

Solange keine zwingenden Gründe die eine oder andere Form erfordern, ist dies alles eine Frage von Kosten und Nutzen. Auch – aber nicht nur – aus Compliance-Gründen sollten Unternehmen in Richtlinien festhalten, für welche Vorgänge welche Signaturen verwendet werden.

85 *Rofsnagel* MMR 2016, 647.

86 Hoeren/Sieber/*Holzsnagel* MMR-HdB, Teil 13.2 Beweisqualität elektronischer Dokumente Rn. 14, beck-online.

87 Sensormessungen des Touchscreens während einer digital geleisteten Unterschrift, die Druck, Winkel und Geschwindigkeit eines Stifts erfassen.

88 BeckOK ZPO/*Bach*, 40. Ed. 01.03.2021, ZPO § 371a Rn. 4.

89 *Heinzel/Prado Ojea* CR 2018, 37, 41.

90 Beck TMG/*Rofsnagel*, 1. Aufl. 2013, ZPO § 371a Rn. 25.

91 MüKoZPO/*Zimmermann*, 6. Aufl. 2020, ZPO § 371a Rn. 4.

92 *Werthwein* ZChinR 2005, 90, 96 für China.

93 *Werthwein* ZChinR 2005, 90, 96.

94 *DocuSign*, Are Electronic Signatures Admissible in Court?, <https://www.docuSign.com/blog/are-electronic-signatures-admissible-in-court> [17.05.2021].