



Digitale Signatur im Vertragswesen

Merkblatt der kantonalen Beschaffungskonferenz (KBK) vom 7. Juni 2024

1. Empfehlungen

1. Verträge sollten seitens der kantonalen Behörden grundsätzlich mit einem geregelten elektronischen Siegel abgeschlossen werden, seitens der anderen Vertragsparteien je nach Verfügbarkeit mit ihrem geregelten elektronischen Siegel oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (QES).
2. Jedoch müssen Verträge, die Vertragstypen entsprechen oder die Bestimmungen enthalten, für die das Bundesrecht die Schriftform vorschreibt (s. Anhang 1) mit einer QES abgeschlossen werden.
3. Es kommt nicht darauf an, ob die andere Vertragspartei eine eigene QES nach Schweizer oder europäischem Recht bzw. ein eigenes geregeltes elektronisches Siegel einsetzt, oder die ihr mit BE-Signatur zur Verfügung gestellte QES.
4. Verträge von geringer Bedeutung können in Textform (z.B. per E-Mail) abgeschlossen werden, wenn die kantonale Behörde das Risiko, dass die Gültigkeit oder die Echtheit des Vertrags je in Zweifel gezogen wird, als geringer erachtet als den Aufwand, der mit der digitalen Signatur verbunden ist.
5. Hybride Unterschriftsmethoden (die Behörde unterzeichnet digital, die andere Partei von Hand) sollten wegen dem damit verbundenen Medienbruch ebenfalls nur ausnahmsweise und für wenig bedeutende Verträge eingesetzt werden.
6. Anhang 2 vermittelt eine Übersicht der oben beschriebenen Anwendungsfälle.
7. Zu beachten sind weiterhin:
 - a. für öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge: das separate Merkblatt des Personalamts zur digitalen Signatur im Personalwesen,
 - b. Vorschriften über die doppelte Unterschrift von Verträgen, namentlich Art. 11 Bst. b OÖBV,¹
 - c. organisationsspezifische Vorschriften über die Zuständigkeit für den Vertragsabschluss,
 - d. die Anleitungen in www.be.ch/signatur zum Anbringen und Überprüfen digitaler Signaturen.

2. Ausgangslage

Seit November 2023 steht allen Mitarbeitenden des Kantons Bern der Service BE-Signatur des Amts für Informatik und Organisation (KAIO) zur Verfügung. Der Service kann im Servicekatalog des KAIO bestellt werden und ist unter www.be.ch/signatur näher beschrieben.

Mit dem Service können Mitarbeitende über eine Web-Benutzeroberfläche, aus der elektronischen Geschäftsverwaltung GEVER oder aus Fachapplikationen Dokumente digital signieren. Dabei stehen ihnen als Signaturmethoden das geregelte elektronische Siegel des Kantons oder eine persönliche qualifizierte elektronische Signatur (QES) zur Verfügung. Es ist auch möglich, mit BE-Signatur anderen Personen

¹ Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens, BSG 731.22

innerhalb oder ausserhalb der Verwaltung (z.B. Vertragspartnern) Dokumente zur elektronischen Signatur zuzustellen.

Dieses Merkblatt beschreibt, für welche Verträge der Berner Kantonsverwaltung der Einsatz von BE-Signatur empfohlen wird. Es gilt sowohl für Verträge nach dem Obligationenrecht (OR) wie auch für öffentlich-rechtliche Verträge nach dem Berner Verwaltungsrecht, z.B. Leistungsvereinbarungen mit Organisationen, die Leistungen für die Allgemeinheit erbringen.

3. Rechtliche Grundlagen

Personen, die beruflich mit Behörden im Kanton Bern verkehren, müssen dies digital tun, und umgekehrt (Art. 8 DVG²). Die Behörden müssen die dafür nötigen ICT-Mittel (wie BE-Signatur) bezeichnen. Zu den so verpflichteten Personen gehören namentlich juristische Personen sowie Personen, die Staatsbeiträge beantragen oder empfangen.

Daraus ergibt sich, dass Verträge des Kantons grundsätzlich digital abgeschlossen werden müssen. Soweit der Kanton jedoch nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich handelt, oder soweit er Verträge mit natürlichen Personen abschliesst, die nicht nach Art. 8 DVG zum digitalen Verkehr mit den Behörden verpflichtet sind, ist auch für die digitale Form des Vertrags der Konsens aller Vertragsparteien erforderlich.

Die Nutzung digitaler Signaturen ist im Berner Verwaltungsrecht wie folgt geregelt: Rechtlich massgebend ist die digitale Form von Dokumenten (Art. 5 Abs. 2 DVG). Die kantonalen ICT-Standards regeln, welche Methoden die Echtheit digitaler Dokumente sicherstellen (Art. 2 DVV³). Die Standards erlässt der Regierungsrat (Art. 14 DVG). Er hat diese Kompetenz an die Konferenz digitale Verwaltung und ICT (KDI) delegiert (Art. 34 Abs. 1 Bst. c DVG in Verbindung mit Art. 8 DVV). Die KDI hat in den ICT-Standards (www.be.ch/ict-standards) unter ID APP-019 festgelegt, dass die QES und das geregelte elektronische Siegel zulässige Methoden sind, um die Echtheit von Dokumenten der Behörden und von Dritten sicherzustellen.

Daraus ergibt sich, dass die von BE-Signatur angebotenen Signaturmethoden für die Zwecke des Berner Verwaltungsrechts gültige Unterschriften sind und die Echtheit der signierten Dokumente belegen. Eine digitale Signatur ist aber nicht in allen Fällen erforderlich. Auch nicht signierte Dokumente (z.B. E-Mails, Logdaten von Applikationen) sind rechtsverbindlich, wenn kein ernsthafter Zweifel an ihrer Echtheit besteht (Art. 2 Abs. 1 Bst. b DVV).

Für Verträge des Kantons ergeben sich aus dem Verwaltungsrecht die folgenden Anforderungen. Art. 13 IVöBV bestimmt: «Der Auftraggeber schliesst den Vertrag in Schriftform ab. Eine eigenhändige Unterschrift oder eine elektronische Signatur beim Abschluss in digitaler Form sind nicht erforderlich.» «Schriftform» bedeutet dabei «Textform», also «eine digitale Form, die den Nachweis durch Text erlaubt» (Art. 3 DVV). In diesem Sinne ist auch der zweite Satz von Art. 13 Abs. 1 IVöBV zu verstehen, wonach eine physische oder digitale Signatur nicht erforderlich ist. Dies reflektiert den weiten Schriftlichkeitsbegriff des Berner Verwaltungsrechts, der weiter geht als der Schriftlichkeitsbegriff des Obligationenrechts (s. dazu nachstehend).

Zu beachten sind jedoch auch die besonderen Anforderungen des Bundeszivilrechts. Nach dem Obligationenrecht können Verträge zwar grundsätzlich formfrei, also auch mündlich oder in Textform abgeschlossen werden. Jedoch ist eine Handunterschrift nötig, wenn das Gesetz die Schriftform im bundesrechtlichen Sinne vorschreibt (Art. 13 und 14 OR). Die Handunterschrift kann nur durch eine QES, nicht aber durch ein geregeltes elektronisches Siegel ersetzt werden (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR). Alle Verträge, die

² Gesetz über die digitale Verwaltung, BSG 109.1

³ Verordnung über die digitale Verwaltung, BSG 109.111

nach dem Bundesrecht «schriftlich» abgeschlossen werden müssen, setzen daher eine QES voraus, wenn sie digital abgeschlossen werden sollen.

Das heisst, dass Verträge des Kantons Bern mindestens in Textform abgeschlossen werden müssen, und in bestimmten vom Bundesrecht vorgegebenen Fällen mit einer QES versehen werden müssen.

In der Praxis finden sich manchmal «hybride» Formen, bei der eine Partei von Hand unterschreibt, und die andere Partei (hier die Behörde) eine Scankopie des halb unterzeichneten Vertrags digital signiert. Davon ist abzuraten, weil der Medienbruch dazu führt, dass keine authentische Ausfertigung des Vertrags existiert, sondern nur Kopien. Dies kann im Streitfall zu Beweisschwierigkeiten führen. Daher sollte diese Methode nur ausnahmsweise und bei weniger bedeutsamen Verträgen Anwendung finden. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn die andere Partei nicht in der Lage ist, die QES-Funktion von BE-Signatur zu nutzen, z.B. weil sie kein Smartphone oder keinen gültigen Ausweis hat.

Anhang 1: Schriftformgebundene Verträge nach OR

Schriftformgebunden und daher nur mit QES oder Handunterschrift gültig sind u.a. folgende in der Verwaltungspraxis ggf. relevante Verträge oder Rechtsgeschäfte:⁴

- Forderungsabtretung (Art. 165 OR)
- Schenkungsversprechen (Art. 243 OR)
- Vertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und ihrer Vertretung (Art. 718b OR)
- Beitritt zu einer Genossenschaft (Art. 834, 840 OR)
- Verpfändung bestimmter Forderungen (Art. 900, 903 ZGB)
- Übertragung von Marken (Art. 17 MSchG) und Designrechten (Art. 14 II DesG)
- Vereinsbeschlüsse (Art. 66 ZGB)
- Verschiedene Verträge bzw. Vereinbarungen sowie Rechtsgeschäfte im Arbeitsrecht, im Mietrecht, im Aktienrecht, im Versicherungsrecht, im Erbrecht, im Kinder- und Erwachsenenschutzrecht und betreffend Grundstücke. Bei Erbverträgen und Grundstückkaufverträgen ist nicht nur die Schriftform vorgeschrieben, sondern diese Verträge bedürfen auch noch der öffentlichen Beurkundung.

⁴ Nach Christoph Müller, Berner Kommentar zum OR, 2018, Art. 11 N 72 ff.

Anhang 2: Übersicht der Anwendungsfälle

Diese Tabelle vermittelt eine vereinfachte Übersicht möglicher Anwendungsfälle und dafür geeigneter Signaturmethoden. Mit dem Risiko ist das rechtliche Risiko gemeint, das eintreten kann, wenn im seltenen Fall, dass der Vertrag Gegenstand eines Justizverfahrens wird, eine Gegenpartei seine Gültigkeit oder Echtheit bestreitet. Es ist an der vertragschliessenden Behörde, die im jeweiligen Anwendungsfall dem konkreten Risiko angemessene Methode einzusetzen.

	Risiko	Methode	Anwendungsfälle
1.	keines	a. QES (beidseitig)	Schriftformgebundene Verträge oder Vertragsbestimmungen (Anhang 1)
		b. Siegel (Kanton), Siegel oder QES (Gegenpartei)	Regelfall: Alle nicht unten oder oben aufgeführten Verträge
2.	gering	Siegel (Kanton), Scan der Handunterschrift (Gegenpartei)	In Einzelfällen für weniger bedeutsame Verträge, wenn die Gegenpartei nicht digital signieren kann oder will
3.	erhöht	Blosse Textform, z.B. E-Mail, Bild der Handunterschrift, sog. einfache oder fortgeschrittene elektronische Signatur	In Einzelfällen für unwichtige Verträge oder Willenserklärungen
4.	hoch	Mündlicher Vertrag	Der mündliche oder stillschweigende Vertragsabschluss ist verboten (<u>Art. 13 Abs. 1 IVöBV⁵</u> im Umkehrschluss)

* * *

⁵ Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBV), BSG 731.21