

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

übermittelt per E-Mail an
rechtsinformatik@bj.admin.ch

Basel, 26. Februar 2021

Vernehmlassungsantwort zum VE für ein Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die oberwähnte, am 11. November 2020 eröffnete Vernehmlassung. In dieser für die Anwaltschaft, die Justiz von Bund und Kantonen und allen Rechtssuchenden wichtigen Angelegenheit nehmen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme dafür dankend wahr und unterbreiten Ihnen nachfolgend unsere Überlegungen und Anträge dazu.

Zusammenfassung unserer, aus Anwaltssicht, wichtigsten Anliegen:

- **Datenspeicherung:** die Plattform darf nicht als zentraler Datenspeicher der Justiz ausgestaltet sein.
- **Sicherheit und Datenschutz:** Weitere Elemente sind ausdrücklich im Gesetz zu regeln, insb. Ausdehnung von StGB 320 auf Hilfspersonen sowie eine analoge Regelung gem. nDSG für automatisierte Entscheidungsfindung oder Entscheidungsvorbereitung.
- **Benutzungspflichten: Kein Obligatorium** für die berufsmässigen Vertreter. Falls ein Obligatorium gesetzlich vorgesehen werden sollte: Zumindest gesetzlich verankerte Übergangsfrist von mindestens 5 Jahren für die Einführung eines solchen Obligatoriums.
- **Fristwahrung:** das Risiko technischer Unwägbarkeiten und Systemfehler (Nichterreichen der Plattform u.ä.) ist nicht auf die Anwältinnen und Anwälte oder die Parteien abzuwälzen. Zur Fristwahrung muss – wie bis anhin – der Nachweis des fristgemässen Versands genügen (nicht: Zugangsprinzip).

I. Allgemeines

Grundsätzlich ist die Idee einer einheitlichen, gesamtschweizerischen Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz zwischen Privaten und Behörden zu begrüssen. Insbesondere der in Art. 1 Abs. 1 VE-BEJK geregelte Zweck, nämlich die Gewährleistung einer *sicheren und einfachen* elektronischen Kommunikation ist zentral und soll bei der konkreten Ausgestaltung der Plattform massgebend sein. Die Sicherheit aber auch die einfache Bedienbarkeit der Plattform sind unabdingbare Komponenten, welche zudem ein Obligatorium in den einzelnen Prozessgesetzen für berufsmässig handelnde Parteien überflüssig macht.

Die Bedienbarkeit der Plattform muss so ausgestaltet sein, dass es auch Laien ohne erheblichen Aufwand möglich ist, elektronische Eingaben über diese Plattform zu tätigen; ansonsten macht diese Lösung langfristig keinen Sinn.

Die Vorlage zum BEKJ weist jedoch bisher einige Mängel auf. So finden sich darin zwar Bestimmungen zur Trägerschaft der Plattform, doch fehlen hinreichende Ausführungen zu den Rechten und Pflichten der Trägerschaft und ihrer Organe. In der Gesetzesvorlagen sind ebenfalls einige Funktionen der Plattform aufgeführt, wobei jedoch genauere Spezifikationen zu der Plattform fehlen. Zudem wurde den Risiken der Digitalisierung und der elektronischen Justizakten sowie den daraus resultierenden Schutzbedürfnissen noch zu wenig Beachtung geschenkt.

II. Grundsätzliches

A) Gesetzliche Klarstellung betreffend Funktion der Plattform

Im Zusammenhang mit der Übermittlung der Daten bleibt im VE-BEJK unklar, wo die Daten zwecks Übermittlung an die andere Partei gespeichert werden. Weder aus Art. 21 noch aus dem erläuternden Bericht ist ersichtlich, ob die Plattform als Server für sämtliche zu übermittelnden Dokumente fungiert oder ob sie lediglich als «Mittler» zwischen den Parteien, oder als Hybrid beider Varianten gedacht ist. Art. 28 und der Umstand, dass das Bundesgericht sich die Verordnungskompetenz wünscht, lassen befürchten, dass nicht bloss eine Übermittlungsplattform (wie in Art. 1 als Gegenstand des BEKJ definiert) gemeint ist, sondern ein justizeigenes Datenverwaltungssystem. Ein reines Übermittlungssystem könnte wohl ebenso wenig einer Verordnungs-kompetenz des Bundesgerichtes unterliegen wie die Schweizerische Post.

In Bezug auf die angestrebte Sicherheit der Plattform und angesichts der Vielfalt bereits bestehender IT-Systeme in den Kantonen kann kaum gemeint sein, dass die Plattform als Datenspeicher für die gesamte Justiz in der Schweiz fungieren soll. Dies ist ein zentraler Punkt in Bezug auf die Funktionalität der Plattform und bedarf zwingend einer Klärung im Gesetz.

Sollte doch eine andere Ausgestaltung geplant sein, würde dies zusätzliche Anforderungen an die Regelung von Sicherheit und Archivierung bedingen. Es würde zudem heikle Kompetenzfragen aufwerfen, liegt doch die primäre Kompetenz für die Organisation der Gerichte bei den Kantonen (Art. 122 Abs. 2 und Art. 123 Abs. 2 BV).

B) Digitale Justizakten erfordern zusätzliche Schutzbestimmungen im Gesetz

Die Digitalisierung der Justiz führt zu ganz neuen Risiken in viel grösseren Dimensionen (insb. punkto Datenvolumen, Gefahr von versehentlichen oder absichtlichen Datenmanipulationen in den Justizakten und Möglichkeiten anonymisierter Fernzugriffe), die angemessen berücksichtigt und deren Realisierung mit zusätzlichen zumutbaren Schutzbestimmungen zu verhindern ist, wobei diese Sicherheits- und Schutzanforderungen im Wesentlichen bereits in Bundesgesetzen verankert werden müssen.

1. Amtsgeheimnis und Strafbarkeit von Verletzungen müssen auch Hilfspersonen erfassen

Bisher wurde offenbar übersehen, dass gravierende Lücken in der Strafbarkeit von Amtsgeheimnisverletzungen bestehen, weil Hilfspersonen (wie bspw. externe Informatiker) diesen aktuell noch nicht unterstehen. Dafür, dass in Art. 320 StGB im Gegensatz zum Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB und zum Art. 321ter StGB (Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses) Hilfspersonen nicht erfasst werden, besteht keine sachliche Rechtfertigung, weshalb diese Lücke auf strafrechtlicher Ebene ohnehin dringend geschlossen werden sollte.

Zumindest Hilfspersonen, welche Zugang zu elektronischen Daten haben, sind daher neu ausdrücklich dem Amtsgeheimnis und Art. 320 StGB zu unterstellen. Dieser Bedarf ist dringlich und deshalb möglichst als separate Revision von Art. 320 StGB zeitlich vorzuziehen. Sollte dies zeitlich nicht möglich sein, sind die Kantone mittels gesetzlicher Verankerung bis zu einer entsprechenden StGB-Revision zu verpflichten, beim Beizug von Hilfspersonen nur bei Vorliegen vertraglich vereinbarter Geheimnisschutzverpflichtungen zu vergeben.

2. Technische Möglichkeiten, die unerwünscht sind, müssen im Voraus verhindert werden

Digitale Justizakten eröffnen neue technische Manipulationsmöglichkeiten, die objektiv unerwünscht sind.

Deshalb ist vom Gesetzgeber im Hinblick auf die Digitalisierung der Justiz heute zu prüfen, welche Manipulationsmöglichkeiten bereits heute möglich sind und - vorausschauend - was künftig technisch möglich sein könnte. Insofern sind im Gesetz vorsorglich die notwendigen Schranken mit Schutzpflichten und Verboten aufzunehmen, um Missbräuche und drohende Schäden zu verhindern. Dies betrifft insbesondere folgende Aspekte:

a) Justiz als kritische Infrastruktur mit entsprechendem Schutzbedarf

Die Justizbetriebe bilden wie Spitäler, Stromversorgung und zentrale Behörden Teile der sogenannten *kritischen Infrastruktur* der Schweiz, welche entsprechend besonders vor Datendiebstahl und Angriffsmöglichkeiten auf die Integrität von Daten zu schützen sind. Dazu gehören alle üblichen Schutzmassnahmen (insb. die regelmässige obligatorische Schulung und Weiterbildung

aller Justizmitarbeitenden mit Digitalzugang, einschliesslich Magistratspersonen, sowie Einhaltung der IKT-Minimalstandards¹ des Bundes und regelmässige Überprüfung durch verantwortliche Organe) einschliesslich mehrfach jährlich durchgeführter Intrusion-Tests zur Gewährleistung der Datensicherheit, sowohl auf kantonaler wie auch auf Bundesebene.

Da in der Praxis bisher in diesen Bereichen noch grosse Lücken bestehen, ist die Qualifizierung als kritische Infrastruktur sowie die entsprechenden Pflichten und Organe für diesbezügliche Überprüfungen ausdrücklich im BEKJ oder in einem eigenen Bundesgesetz festzuhalten, bevor die Digitalisierung der Justiz ausgebaut wird.

b) Verbot und technische Verhinderung fallübergreifender Datenabfragen / -auswertungen
Justizakten enthalten eine grosse Anzahl sensibler Daten mit erhöhtem Schutzbedarf. Die Digitalisierung der Justiz ändert nichts an der Geheimhaltungspflicht für alle Daten und darf keinesfalls dazu führen, dass Datenabfragen und -auswertungen über die Grenzen der einzelnen Verfahren hinaus realisiert werden können, was ohne wirksame Gegenmassnahmen technisch leicht machbar wäre und gravierende Verletzungen von Persönlichkeitsrechten und Geschäftsgeheimnissen etc. haben könnte.

Zur Sicherheit braucht es deshalb auf Bundesebene eine ausdrückliche Verpflichtung der kantonalen und eidgenössischen Gerichtsbehörden, dies mit zumutbaren organisatorischen und technischen Mitteln zu verhindern. Allenfalls notwendig erscheinende Ausnahmen (z.B. für statistische Zwecke) sowie ihre Voraussetzungen und Schranken (insb. effektive Anonymisierung) wären im Bundesgesetz ausdrücklich aufzuführen.

c) Explizite Regelung des Einsatzes von Tools für automatisierte Entscheidfindung / -vorbereitung analog DSG

Im Ausland wird zum Teil schon seit Jahren (z.B. Brasilien, Grossbritannien) mit künstlicher Intelligenz und automatisierten Gerichtsverfahren experimentiert. Beides ist technisch möglich, aber stünde in der rechtsstaatlichen Schweiz in einem kaum überbrückbaren Spannungsverhältnis zu den verfassungsmässigen Rechten (Rechtsweggarantie in Art. 29a BV und Anspruch auf die Beurteilung durch den verfassungsmässigen Richter gemäss Art. 30 BV).

Der Einsatz von Mitteln zur automatisierten Auswertung digitaler Justizakten zum Zweck, Grundlagen für automatisierte Entscheide zu schaffen^[PY(1)], ist gleichzeitig bzw. spätestens mit der Schaffung der Plattform im Gesetz entweder gänzlich zu verbieten oder die Ausnahmen vom Verbot sind detailliert im Gesetz zu regeln, um heute und in Zukunft drohenden Missbräuchen zuvor zu kommen. Es sollte zumindest eine Regelung analog von Art. 21 nDSG vorgesehen werden.

¹ https://www.bwl.admin.ch/dam/bwl/de/dokumente/themen/ikt/broschuere_minimalstandard.pdf.download.pdf/IKT_DE_2018_Web.pdf

C) Kein Zwang zur obligatorischen Nutzung durch die Anwaltschaft

Der in den vorgeschlagenen Änderungen zu den Prozessgesetzen vorgesehene unmittelbare Zwang zu einer obligatorischen Nutzung durch die Anwaltschaft und andere berufsmässig handelnde Personen ohne Übergangsfristen führte de facto zu einer Ungleichbehandlung und in zahlreichen Fällen zu einer organisatorischen und finanziellen Schranke bei der Berufsausübung.

1. Obligatorium ist entweder nicht notwendig oder nicht im öffentlichen Interesse

Wird, so wie Art. 1 es vorsieht, eine einfache, attraktive Kommunikationsmöglichkeit mit der Justiz geschaffen, so wird deren Nutzung bei der Anwaltschaft freiwillig zur ersten Wahl, so wie es in Österreich geschehen ist: in Österreich ist der elektronische Rechtsverkehr bereits 1990 eingeführt worden und erfreute sich schnell so grosser Beliebtheit, dass die Einführung des Obligatoriums 2007 kaum bemerkt wurde.

Wenn es in der Schweiz ebenfalls gelingt, eine überzeugend einfache und sichere Kommunikationsplattform zu schaffen, dann ist ein Obligatorium gar nicht notwendig. Namentlich auch nicht etwa deshalb, um die gesamte Kommunikation der Justiz auf die elektronische Plattform zu verlagern – denn der Entwurf sieht je gerade kein Obligatorium für nicht berufsmässig handelnde Vertreter oder unvertretene Parteien vor.

Wird das in Art. 1 postulierte Ziel umgekehrt verfehlt, und es gelingt nicht, eine einfache und sichere Plattform zu schaffen, dann kann es von vorneherein nicht im öffentlichen Interesse liegen, dass diese gegenüber der bewährten einfachen und sicheren Übermittlung auf dem Postweg bevorzugt würde.

Dem vorgeschlagenen Obligatorium fehlt mithin immer mindestens eine der Voraussetzungen, welche Art. 5 Abs. 2 BV für jedes staatliche Handeln, und besonders für Zwangsvorschriften, aufstellt. Entweder es ist nicht nötig, weil es den Postverkehr ohnehin verdrängt. Oder es ist nötig – doch dann kann gerade deshalb kein ernsthaftes öffentliches Interesse daran bestehen.

2. Zwang darf nicht notwendig werden

Eine einfache und sichere elektronische Plattform setzt sich ohne Zwang durch. So schrieb der SAV-Vorstand in seinem «Factsheet SAV zum Elektronischen Rechtsverkehr» vom 13.07.2012 an die Kantonalverbände nach der einleitenden Zusicherung, ein Obligatorium sei kein Ziel:

„Wenn aber in 10 Jahren alle oder fast alle Anwälte auf den ERV umgestellt haben, weil dieser eine Arbeitserleichterung bringt, ist voraussehbar, dass die Gerichte nicht einige wenige „papierene“ Eingaben gesondert verarbeiten wollen. [...] Aus Österreich vernehmen wir, dass die im Gesetz ab 1.1.2011 verankerte Verpflichtung letztlich eine reine Formsache gewesen sei. Eine weit überwiegende Zahl der Anwälte hätten schon längst auf den ERV umgestellt, weil das ja viel komfortabler sei. [...] Diese faktische Entwicklung in Österreich macht deutlich, dass es in der Schweiz zu gegebener Zeit gar kein Obligatorium für eine Teilnahme am ERV brauchen wird, so wenig wie bei der seinerzeitigen Einführung von Internet in den anwaltlichen Geschäftsbetrieb. [...]“

Dass sich der SAV zwischenzeitlich im Widerspruch dazu, und zu vielen Kantonalverbänden für ein Obligatorium ausspricht, ist für die Advokatenkammer Basel schwer nachvollziehbar.

In Wirklichkeit war denn auch das bisherige Problem in der Schweiz nicht etwa ein fehlender Zwang, sondern die praktische Untauglichkeit der bestehenden ERV-Angebote (inkl. der gravierenden Probleme mit der digitalen Signatur), welche statt Vorteilen im Gegenteil grossen Mehraufwand sowie Zusatzrisiken für die Anwaltschaft und die Klienten bedeuteten.

Deshalb gehen auch die Erläuterungen zum Vorentwurf in Ziff. 1.1, welche die bisher praktisch inexistente ERV-Nutzung als zentralen Grund für den angeblichen Handlungsbedarf und einen Zwang zur Nutzung anführen wollten („Die Prozessgesetze sehen bereits seit 2011 vor, dass die Übermittlung von Eingaben und Verfügungen auf elektronischem Weg erfolgen kann. Trotzdem wird der Verkehr zwischen Gerichten und den Verfahrensbeteiligten bisher nur in wenigen Fällen elektronisch abgewickelt. ...“), an der objektiven Sachlage vorbei.

3. Kein indirekter Zwang zur digitalen Aktenführung

Laut Art. 1 hat das BEKJ eine reine Übermittlungsplattform zum Gegenstand. Doch daran kommen Zweifel auf: Das Obligatorium für berufsmässige Vertreter einerseits, besonders aber die Vorschrift, wonach auch Dokumente, die den Behörden auf Papier zugehen, zu digitalisieren seien (Art. 28) lassen noch eine andere Stossrichtung vermuten. Der Bericht des BJ spricht diese in Ziff. 3.1.6 aus: Die Akten sollen bei Behörden und Gerichten nur noch elektronisch geführt werden.

Wir befürchten, dass auch das Obligatorium einen indirekten Druck auch auf die nicht dem Bund zugehörigen Behörden und Gerichte erzeugen soll, ihre innere Organisation zu ändern und auf rein digitale Aktenführung umzustellen. Das aber wäre nicht bloss bundesstaatlich problematisch. Es lässt sich auch sonst nicht als im öffentlichen Interesse stehend oder notwendig begründen.

4. Zwang steht im Widerspruch zur Digitalisierungspolitik des Bundes

Nicht nur fehlen Notwendigkeit und/oder ein überwiegendes öffentliches Interesse, sondern gleichzeitig widersprechen solche Zwangsmassnahmen den Grundsätzen und Empfehlungen für die Einführung und Förderung von E-Government, welche den Verkehr mit den Behörden ja gerade erleichtern und nicht mit unnötigen Hindernissen erschweren sollen:

- Dies wurde schon in der E-Government Strategie Schweiz 2007-2010 als Ziel hervorgehoben (vgl. Ziff. 1.1.: „Die Verwaltungstätigkeit soll mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) so bürgernah und so wirtschaftlich wie möglich gestaltet werden.“).²

² http://ict-21.ch/IMG/pdf/E-Gov_Strategie_d_2007-01-24-2.pdf

- Ebenso wird im Erläuternden Bericht vom 11. Dezember 2021 zum Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBaG) auf S. 26 ausdrücklich festgehalten: *„Um den Wandel hin zur digitalen Verwaltung zu erreichen, hat der Bund den elektronischen Kanal zukünftig so attraktiv zu gestalten, dass dieser für die Bevölkerung und die Wirtschaft zur ersten Wahl wird.“*³
- Und ganz in diesem Sinn steht am Anfang von Art. 1 VE-BEJK explizit **als Zweck** des Gesetzes: *„Dieses Gesetz bezweckt die Gewährleistung einer sicheren **und einfachen** elektronischen Kommunikation in der Justiz ...“*

Zudem würden die Zwangsvorschriften nicht nur den Justizzugang unnötig erschweren und damit Art 29a BV berühren, sondern sich gemäss Entwurf einseitig gegen die Anwaltschaft und andere berufsmässige Vertreter richten und somit ungerechtfertigte Diskriminierungen schaffen gegenüber nicht berufsmässigen Vertretern und Organisationen wie Mieterverbände und Gewerkschaften, welche mit angestellten Anwälten und Anwältinnen dem Obligatorium nicht unterstellt wären, und somit ohne die zusätzlichen Infrastrukturkosten und Risiken weiterhin beliebig Eingaben auf Papier einreichen könnten.

III. Zu einzelnen Artikeln

Art. 19 Authentifizierung der Benutzerinnen und Benutzer

Gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. k E-ID-Gesetz sollen die privaten «Identity Provider» («IdP») die Nutzungsdaten der E-ID während sechs Monaten aufbewahren. Es muss sichergestellt werden, dass das Anwaltsgeheimnis gewahrt wird und jeder Zugriff von Behörden und Gerichten auf die Nutzungsdaten der die elektronische Kommunikationsplattform benutzenden Anwältinnen und Anwälte ausgeschlossen bleibt.

Im Zusammenhang mit der Übermittlung gemäss Art. 21 und der Gruppenverwaltung gemäss Art. 24 ist hinsichtlich der Authentifizierung zu präzisieren, welche Benutzerinnen oder Benutzer zur Authentifizierung legitimiert sind. Die Plattform soll grundsätzlich von den Parteien direkt oder indirekt durch ihre Rechtsvertreter genutzt werden können. In der Praxis werden jedoch auch Hilfspersonen von Anwältinnen und Anwälten Zugriff auf die Plattform benötigen, die lediglich rein administrative Aufgaben erledigen (Anwaltsassistentinnen und –Assistenten, vgl. organisationsbezogenes elektronisches Siegel). Auch diese Personen müssen sich als Benutzer registrieren können, um die von den Anwältinnen und Anwälten vorgängig legitimierten Handlungen auf der Plattform vornehmen zu können (z.B. Entgegennahme von Sendungen).

Art. 21 Ablauf der Übermittlung

Der Wegfall des Unterschriftenerfordernisses ist zu begrüessen, da dies eines der Haupthindernisse zur elektronischen Übermittlung von Dokumenten in den bereits zur Verfügung stehenden Systemen darstellt.

³ <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/64432.pdf>

Anstelle der qualifizierten digitalen Signatur soll richtigerweise die Regelung in Abs. 3 die Authentizität und Integrität der Dokumente mittels einer elektronischen Siegelung gewährleisten. Da jedoch bereits bei der Übermittlung oder auf der Plattform bis zum Anbringen dieses amtlichen elektronischen Siegels allfällige Fehler oder Änderungen am Dokument mangels qualifizierter digitaler Signatur nicht absolut ausgeschlossen sind, muss den Benutzern auf der Eingangsquittung zusätzlich der Hash-Wert der Eingabe übermittelt werden.

Da elektronische Zustellungen theoretisch rund um die Uhr und auch an Sonn- und Feiertagen möglich sind, drängt sich ausserdem eine Ergänzung zur Abruffrist in Abs. 7 auf, damit diese nicht faktisch verkürzt werden kann. Folgender Zusatz wird deshalb beantragt:

„Ist eine behördliche elektronische Übermittlung nicht an Werktagen oder erst nach 17.00 Uhr erfolgt, so gilt diese erst am nächsten Werktag als erfolgt.“

Der Entwurf enthält keine Regelung, welche den sofortigen Abruf und die umgehende Bearbeitung dringlicher Eingaben (bspw. Arrestbegehren, Anträge auf superprovisorische vorsorgliche Massnahmen) gewährleisten. Solche Eingaben erfolgen oft, wenn Gefahr im Verzug ist und jede Verzögerung dazu führen kann, dass ein begründeter Rechtsschutzanspruch vereitelt wird. In der heutigen Praxis stellt die Anwältin dem Gericht solche Eingaben per Kurier zu, oder begibt sich noch öfter selbst zum Gericht, um sie dort zu deponieren und sich so zu vergewissern, dass die Bearbeitung unverzüglich an die Hand genommen wird.

Sofern auf das Obligatorium zur Nutzung der elektronischen Kommunikationsplattform verzichtet wird, wäre das auch zukünftig möglich. Wünschenswert, und im Falle des Obligatoriums notwendig wäre aber eine Normierung, wann Behörden und Gerichte zumindest solche Zustellungen abrufen müssen, die als dringend gekennzeichnet sind, und natürlich die Möglichkeit einer solchen Kennzeichnung regeln.

Art. 24 Gruppenverwaltung

Bei der Gruppenverwaltung ist es u.E. zwingend notwendig, dass Benutzergruppen nicht (nur) generell, sondern pro Verfahren / Dossier gebildet werden können. Es würde stark in die Organisation der Anwaltskanzleien eingreifen, wenn einzelne Benutzer nicht mehr einzelnen Verfahren zugewiesen werden könnten. Eine generelle Freigabe für Benutzer für sämtliche Verfahren stellt eher den Ausnahmefall dar und wird zeitlich befristet eingesetzt (z.B. für eine Vertretung). Bei der Gruppenverwaltung sind die zu Art. 19 angebrachten Präzisierungen (Ausweitung der Benutzer auf Hilfspersonen von Anwältinnen und Anwälten) zu berücksichtigen.

Art. 25 Fristen

Bei dieser Bestimmung bleibt die Frage unbeantwortet, was präzise unter "Nichterreichbarkeit der Plattform" zu verstehen ist. Die Plattform kann aus diversen Gründen, deren Ursache bei den Nutzern, der Plattform oder allenfalls auch bei Dritten (z.B. Netzbetreiberinnen) liegen, nicht erreichbar sein. Diese Fälle und die Folgen daraus müssen im Gesetz präzisiert werden. Bis anhin gilt beim postalischen Rechtsverkehr das Versandprinzip (Datum Poststempel), womit das Risiko allfälliger Unwägbarkeiten und damit einhergehend der Fristwahrung ab Versand einer parteilichen Eingabe bei der Post bzw. beim Gericht / den Behörden liegt. Nicht einzusehen ist deshalb

der mit Einführung des digitalen Rechtsverkehrs vorgesehene Systemwechsel zum Zugangsprinzip und damit impliziert die Erweiterung des Haftungsrisikos der Anwaltschaft. Primär sollen mit dem elektronischen Rechtsverkehr die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden entlastet werden. Entsprechend ist ihnen das Risiko der nicht zeitgerechten Übermittlung von Eingaben zu überbinden, zumindest sofern der Versand von Eingaben nachweislich rechtzeitig erfolgt ist. Lösbar wäre dies mittels eines elektronischen Zeitstempels bei Versand der parteilichen Eingabe, d.h. notwendig wäre hier eine entsprechende Software-basierte Lösung, die in einen Download integriert ist.

Generell soll bei Nichterreichbarkeit der Plattform, deren Ursache nicht beim Benutzer liegt, automatisch von einer Nichterreichbarkeit ausgegangen werden. In allen Fällen muss zudem gerade dann die Möglichkeit bestehen, eine Eingabe notfalls auch auf einem anderem Weg, z.B. postalisch, übermitteln zu können, wenn anders als von uns vertreten ein Obligatorium für die Nutzung der elektronischen Plattform eingeführt würde. Eine solche Notfallregelung wäre nicht zuletzt auch im Hinblick auf allfällig längere Ausfälle wie bspw. einem schweizweiten Netzausfall oder einer Stromnotlage, zwingend erforderlich.

Art. 28 / 29 Digitalisierung von physischen Dokumenten

Es ist zunächst nicht einzusehen, warum Behörden oder Gerichte physisch eingereichte Dokumente einlesen müssen, wenn das BEKJ – so wie in Art. 1 deklariert – lediglich eine Übermittlungsplattform regelt. Jede Behörde und jedes Gericht kann dann nämlich selber entscheiden, in welcher Form es die Akten führen will. Entscheidet sich eine Behörde dafür, die Akten physisch zu führen, dann gibt es keinen Grund, warum sie die Akten einlesen sollte.

Abs. 2 übersieht, dass es auch Dokumente gibt, die aus rechtlichen Gründen nicht eingesehen werden dürfen, oder die sich aus rechtlichen Gründen nicht für die Digitalisierung eignen, bspw. weil der Beweiswert des elektronischen Outputs im Vergleich zum analogen Input stark vermindert ist (bspw. Papier-Asservate wie gefälschte Banknoten, Drohbriefe, etc.).

Entgegen Abs. 3 sollte die massgebliche Version eines Dokuments allein diejenige sein, welche der Benutzer tatsächlich zugestellt hat. Lädt er seine Dokumente auf die elektronische Übermittlungsplattform, so sind die so digitalisierten Dokumente – die der Benutzer vor dem Versand ja überprüfen kann – massgeblich. Sendet die Benutzerin das Dokument per Post, so muss hingegen weiterhin massgeblich bleiben, was sich in dem Kuvert befindet. Anders legiferieren hiesse, den Benutzern die Verantwortung für interne Kanzleifehler bei den Behörden zu überbürden, wie beispielsweise die in der Praxis relativ häufige versehentliche Vermischung von Dokumenten aus verschiedenen Fällen.

Die physisch eingereichten, nach wie vor massgeblichen Dokumente sollen erst nach Beendigung des Verfahrens bzw. Rechtskraft des Entscheides zurückgesendet werden, da es im laufenden Verfahren jederzeit möglich sein muss, allfällige Scanfehler nachvollziehen zu können oder analoge Originale aus anderen Gründen nochmals physisch vorzulegen.

Die Rechtsetzungs-Delegation an den Bundesrat zur Regelung des Digitalisierungsverfahrens darf nicht bedeuten, dass dieser bezüglich der Art, der Form und des Formats physisch einzureichender Dokumente Vorgaben machen kann. Dies ist im Gesetz selber oder in der Botschaft ausdrücklich festzuhalten.

Art. 31 Gebühren

Es wird den Kantonen überlassen, die Gebühren für die Nutzung der Plattform in den kantonalen Gebührenverordnungen zu regeln und den Partelen zu überwälzen. Es ist jedoch zentral, dass die Grundsätze für die Gebühren für die Parteien in allen Kantonen gleich ausgestaltet werden; es kann nicht sein, dass bspw. eine Eingabe an ein Basler Gericht mehr kostet als eine Eingabe an ein Luzerner Gericht, insbesondere wenn alles über die gleiche Plattform läuft. Der Gebührenansatz hat sich dabei an der Höhe der bisherigen Kosten für eine Eingabe zu richten und darf diesen nicht übersteigen. Allgemeine Verwaltungskosten und insbesondere die Kosten für den Betrieb der Plattform dürfen nicht durch die Digitalisierung auf die Benutzerinnen und Benutzer überwälzt werden, ansonsten wäre der gemäss Art. 29a BV garantierte Rechtsweg unrechtmässig beschränkt.

Art. 35 Referendum und Inkrafttreten

Grundsätzlich ist von einem Obligatorium für eingetragene Anwältinnen und Anwälte abzusehen (siehe vorstehende Ziff. II. C. und nachstehend Ziff. IV). Sollte an dem Obligatorium festgehalten werden, so ist als zwingendes Erfordernis für die Inkraftsetzung des Obligatoriums eine Übergangsfrist vorzusehen, während der die Plattform mängelfrei und in voller Funktionsfähigkeit im Produktivbetrieb funktioniert hat (mind. 5 Jahre). Im Erläuterungsbericht wird erwähnt, dass die Plattform einsatzbereit sein solle, bevor die Änderungen in den jeweiligen Prozessgesetzen in Kraft gesetzt werden. Die reine Einsatzbereitschaft reicht jedoch nicht aus; bekanntlich krankt jede Software anfangs an Fehlern oder Mängeln, weshalb ein mängelfreier Produktivbetrieb über einen längeren Zeitraum als Voraussetzung für das Inkrafttreten des Obligatoriums zwingend notwendig ist. Zudem ermöglicht eine angemessene Übergangsfrist den Anwältinnen und Anwälten ihre Strukturen den neuen Anforderungen anzupassen.

Für berufsmässige Vertreter, welche ihre Tätigkeit innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Obligatoriums niederlegen werden, braucht es überdies eine Ausnahme vom Obligatorium (Grandfathering-Klausel). Es wäre unverhältnismässig und unzumutbar, wenn sie für eine kurze verbleibende Berufsausübung die entsprechenden Investitionen in die Infrastruktur und die teure digitale Archivierung (für 10 Jahre nach Berufsbeendigung) tätigen müssten oder aufgrund der anstehenden Investitionen zu einer vorzeitigen Berufsaufgabe gezwungen wären. Aus diesem Grund schlagen wir eventualiter folgende Anpassung in Art. 35 Abs. 2 vor:

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. Die Änderungen bzgl. der obligatorischen elektronischen Übermittlung in den jeweiligen Prozessgesetzen sowie der Registrierungspflichten im BGFA kann frühestens fünf Jahre nach Inbetriebnahme und unter der Bedingung des mängelfreien Betriebs der Plattform sowie mit einer Ankündigungsfrist von 12 Monaten in Kraft gesetzt werden. Berufsmässige Vertreter, welche innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Obligatoriums ihre Tätigkeit aufgeben, sind vom Obligatorium ausgeschlossen.

IV. Zu den zu ändernden Erlassen

Zum Obligatorium der elektronischen Übermittlung in den einzelnen Prozessgesetzen

(Art. 47a Verwaltungsverfahrensgesetz, Art. 38c Bundesgerichtsgesetz, Art. 37a Verwaltungsgerichtsgesetz, Art. 128c Zivilprozessordnung, Art. 103c Strafprozessordnung, Art. 2c Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz, Art. 8c Opferhilfegesetz, Art. 31c Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht, Art. 37c Militärstrafprozess, Art. 12 Rechtshilfegesetz)

Wie bereits vorgängig erwähnt, ist zum heutigen Zeitpunkt grundsätzlich von einem Obligatorium für die elektronische Übermittlung für Anwältinnen und Anwälte abzusehen. Die Bewährung in der Praxis ist unabdingbar für das Vertrauen der Anwender in die Plattform. Dies bedarf jedoch einiger Zeit und die Plattformbetreiber müssen erst den Beweis erbringen, dass die gesetzlichen Vorgaben der sicheren und einfachen Kommunikation erfüllt werden können. Wenn dies gelingt, werden sich insbesondere die forensisch tätigen Anwältinnen und Anwälte ohnehin freiwillig dem System anschliessen.

Die Umstellung auf ein rein digitales System wird allen involvierten Parteien Kosten verursachen. Auch aus diesem Grund ist die (erzwungene) Ablösung der derzeit bewährten Systeme erst ab dem Zeitpunkt angebracht, in dem sich das neue System bewährt hat. Gerade auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen unserer deutschen Nachbarn mit dem «besonderen elektronischen Anwaltspostfach», das seit der Einführung im Jahr 2016 immer wieder mit Ausfällen und gravierenden Sicherheitsproblemen zu kämpfen hat, rechtfertigt sich bzgl. der Schweizer Lösung eine vorsichtige Umsetzung und der Verzicht auf ein Obligatorium. Schliesslich sind Behörden gehalten, Eingaben von Privatpersonen und Anwälten oder Anwältinnen von gemeinnützigen Organisationen weiterhin im herkömmlichen Sinne, d.h. auf dem Postweg, entgegen zu nehmen, da für diese kein Obligatorium vorgesehen ist. Solange Eingaben bei Behörden auch noch auf dem Postweg möglich sind, muss diese Möglichkeit auch den berufsmässig handelnden Parteien weiterhin offen stehen.

Zu den Fristerfordernissen bei elektronischen Übermittlungen in einzelnen Prozessgesetzen

(Art. 21a Verwaltungsverfahrensgesetz, Art. 44 Abs. 3 Bundesgerichtsgesetz, Art. 139 und 143 Abs. 2 Zivilprozessordnung, Art. 86 Strafprozessordnung)

Die zu Art. 21 und Art. 25 VE-BEKJ vorstehend gemachten Argumente und Anträge sind betreffend Fristenlauf und Nachweis der Fristeinhaltung bei der Revision dieser Verfahrensbestimmungen analog zu berücksichtigen.

Zum Verwaltungsverfahrensgesetz VwVG

Art. 6

Nach Art. 6a nVwVG und den Ausführungen im erläuternden Bericht plant der Bund nebst der im BEKJ geplanten zentralen Plattform noch eine zusätzliche Plattform für Verwaltungsverfahren zu errichten. Es ist höchst fraglich, ob dies dem Zweck einer einheitlichen und gesamtschweizeri-

schen Lösung in der Justiz dienlich ist. Die Begründung, dass es sich bei Verfahren bzgl. Verfügungen einer Bundesverwaltungsbehörde erster Instanz und vor Bundesverwaltungsgericht nicht um Justizverfahren im engeren Sinn handle, ist nicht schlüssig. Eine einheitliche und gesamtschweizerische Lösung für sämtliche Verfahren in der Schweiz wäre wünschenswert.

Zum Anwaltsgesetz

Art. 8 und 36a nBGFA

Gem. Art. 8 Abs. 1 Bst. e und Art. 36a nBGFA müssten alle in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Personen innerhalb von drei Monaten nach Inkrafttreten des BEJK über eine elektronische Zustelladresse auf der Plattform verfügen. Diese weiteren Zwangs-Bestimmungen sind nicht nur unnötig und unverhältnismässig, sondern schon in sich inkohärent: Das BEJK wird in Kraft treten, lange bevor die Plattform überhaupt programmiert wird, da das BEJK die Rechtsgrundlage für die Trägerschaft, welche die Plattform entwickeln lassen und betreiben wird, darstellt. Es gibt auch keinen erkennbaren Grund, weshalb alle im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte zwingend eine elektronische Zustelladresse haben müssten, zumal eine stattliche Anzahl der Anwaltschaft nur noch eine beratende Tätigkeit ausübt, weshalb derartige Zwangsvorschriften erst Recht unverhältnismässig wären.

Zudem wäre eine dreimonatige Frist extrem kurz, insbesondere vor dem Hintergrund, dass zur Erlangung einer Zustelladresse erst eine E-ID erstellt werden muss. Die Frist müsste daher mindestens zwölf Monate betragen nach Inkrafttreten eines allfälligen Obligatoriums (siehe obenstehend Ziff. III Art. 35). Für ältere Anwältinnen und Anwälte, die nach Inkrafttreten des Obligatoriums innerhalb von fünf Jahren ihre Tätigkeit aufgeben, ist eine Ausnahme vom Obligatorium vorzusehen (siehe obenstehend Ziff. III Art. 35) und entsprechend müssten diese auch nicht zwingend über eine elektronische Zustelladresse verfügen.

Abschliessend bitten wir um Berücksichtigung der vorerwähnten Überlegungen in der weiteren Ausarbeitung der Vorlage. Für Rückfragen stehen wir zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen
ADVOKATENKAMMER BASEL



Jan Bangert

Advokat, Präses Advokatenkammer Basel-Stadt