

Daniel Kettiger

Wenn beim elektronischen Rechtsverkehr die Technik versagt: Ein Alternativvorschlag für Art. 26 BEKJ

Welche Regelung der Fristwahrung soll künftig gelten, wenn beim elektronischen Rechtsverkehr die Technik versagt? Dieser Beitrag befasst sich mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen, sich in der parlamentarischen Beratung befindenden Regelung in Art. 26 BEKJ und macht einen alternativen Regelungsvorschlag.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Zivilprozessrecht, Notariats- und Anwaltsrecht,
Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht

Zitiervorschlag: Daniel Kettiger, Wenn beim elektronischen Rechtsverkehr die Technik versagt: Ein Alternativvorschlag für Art. 26 BEKJ, in: Jusletter 24. Juni 2024

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Ausgangslage
 - 2.1. Der Text von Art. 26 BEKJ im Antrag des Bundesrats
 - 2.2. Der Text von Art. 26 BEKJ im Beschluss des Nationalrats
 - 2.3. Frühe Bedenken aus Anwaltssicht hinsichtlich der Nichterreichbarkeit der Plattform
 - 2.4. Kritik am aktuellen Text von Art. 26 BEKJ
3. Das Verhältnis zur Wiederherstellung der Frist
4. Konzept zum Vorgehen bei Nichterreichbarkeit der Plattform
5. Alternativer Regelungsvorschlag zu Art. 26 BEKJ
 - 5.1. Vorgeschlagene gesetzliche Regelung
 - 5.2. Erläuterungen

1. Einleitung

[1] Zurzeit laufen die Vorbereitungen für die Digitalisierung der schweizerischen Justiz auf Hochtouren. Während durch eine Projektorganisation eine Plattform mit dem Namen «Justitia.swiss»¹ für den künftigen elektronischen Rechtsverkehr entwickelt wird, befindet sich parallel dazu eine Gesetzesvorlage betreffend den zukünftigen elektronischen Rechtsverkehr in der parlamentarischen Beratung. Die vorgesehene Regelung bei «Nichterreichbarkeit der Plattform» führte zu kontroversen Diskussionen.² Der vorliegende Beitrag zeigt den Verlauf der Debatte auf und leitet einen alternativen Regelungsvorschlag her.

2. Ausgangslage

2.1. Der Text von Art. 26 BEKJ im Antrag des Bundesrats

[2] Der Bundesrat überwies am 15. Februar 2023 eine Vorlage für ein Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) an das Parlament.³ Diese befindet sich derzeit in den Beratungen in den eidgenössischen Räten.⁴ Im Antrag des Bundesrats war Art. 26 BEKJ als einziger Artikel im 5. Abschnitt «Nichterreichbarkeit der Plattform» wie folgt formuliert:⁵

Art. 26

¹ Ist eine Plattform am Tag, an dem eine Frist abläuft, nicht erreichbar, so verlängert sich die Frist bis zu dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Plattform erstmals wieder erreichbar ist.

² Fällt der Folgetag auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächstfolgenden Werktag.

¹ <https://www.justitia40.ch/de> (alle Weblinks in diesem Beitrag zuletzt besucht am 18. Juni 2024).

² Siehe unten Ziffer 2.4.

³ Vgl. Botschaft vom 15. Februar 2023 zum Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz, BBl 2023 679. [<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/679/de>].

⁴ Siehe Geschäftsdatenbank der eidg. Räte, Geschäft 23.022, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20230022>.

⁵ Siehe Entwurf des Bundesrats, BBl 2023 680 [<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/680/de>].

Massgebend ist das Recht des Kantons, in dem die verfahrensleitende Behörde ihren Sitz hat.

³ *Die Nichterreichbarkeit der Plattform ist von der Benutzerin oder dem Benutzer glaubhaft zu machen.*

⁴ *Während die Plattform nicht erreichbar ist, sind die betroffenen Benutzerinnen und Benutzer nicht verpflichtet, die Plattform zu nutzen.*

[3] Dazu findet sich in der Botschaft des Bundesrats die folgende Erläuterung:⁶

«Art. 26 Nichterreichbarkeit einer Plattform

Abs. 1 und 2

Ist die von einer Benutzerin oder einem Benutzer verwendete Plattform am Tag des Fristablaufs nicht erreichbar, werden laufende Fristen, gesetzliche wie von einer Behörde festgelegte, verlängert und zwar bis zu dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Plattform wieder erreichbar ist. Fällt dieser auf ein Wochenende oder einen anerkannten Feiertag, dann verlängert sich die Frist bis zum nächsten Werktag.

Abs. 3

Die Nichterreichbarkeit muss nicht unbedingt mit einer Störung an der betroffenen Plattform selbst zusammenhängen. Da es sich beim Internet um ein Netzwerk handelt, kann eine Störung an einem beliebigen Punkt im Netzwerk auftreten. In diesem Fall können einzelne Benutzerinnen und Benutzer nicht mehr auf ihre Plattform zugreifen, für andere Benutzerinnen und Benutzer bleibt diese Plattform weiterhin erreichbar. Aus Sicht der betroffenen Plattform wird in diesem Fall jedoch keine Störung verzeichnet. Für den Fall, dass eine Plattform bei Fristablauf nicht erreichbar ist, wird kein strikter Beweis verlangt, sondern lediglich ein Glaubhaftmachen. Dies erfolgt in Anlehnung an die Regelungen in den bisherigen Prozessgesetzen, welche bei unverschuldetem Versäumnis ebenfalls nur ein Glaubhaftmachen vorsehen, um die Frist wiederherzustellen.

Die Absätze 1 und 2 räumen bei Nichterreichbarkeit der Plattform eine Fristverlängerung ein. Allerdings kann es vorkommen, dass aufgrund von terminlichen Konflikten auch diese Frist zur elektronischen Einreichung nicht eingehalten werden könnte. Deswegen wird zusätzlich zu der in den Absätzen 1 und 2 gewährten Fristverlängerung auch das Obligatorium für die betroffenen Benutzerinnen und Benutzer während der Nichterreichbarkeit aufgehoben. Eingaben können während dieser Zeit auf andere Weise getätigt werden, die im Rahmen des jeweils anwendbaren Verfahrensgesetzes vorgesehen sind.»

[4] Diese Erläuterungen sind sehr vage und allgemein gehalten und tragen nicht wirklich zur Klärung oder Präzisierung des vorgeschlagenen Gesetzestextes bei.

⁶ Vgl. Botschaft BEKJ, BBl 2023 679, S. 33 f.

2.2. Der Text von Art. 26 BEKJ im Beschluss des Nationalrats

[5] Der Nationalrat behandelte als Erstrat das Geschäft im September 2023 und beschloss am 25. September 2023 den Gesetzesentwurf mit Abweichungen zum Antrag des Bundesrats.⁷ Im Rahmen der Debatte im Nationalrat führte Frau Nationalrätin Min Li Marti als Sprecherin der vorberatenden Kommission folgendes aus:

«Artikel 26 ist der zweite Artikel, der sehr lange diskutiert worden ist. Hier haben wir eine harte Nuss, die wir noch nicht ganz geknackt haben. Es geht um die Frage, was passiert, wenn die Plattform nicht erreichbar ist. Wie hoch müssen die Hürden sein, dass man glaubhaft machen kann, dass die Plattform nicht erreichbar war? Auf der einen Seite ist klar, dass man Missbräuche, wonach die Nichterreichbarkeit als einfache Entschuldigung vorgebracht wird, verhindern will. Auf der anderen Seite kann es passieren – Sie kennen das von anderen Informatikprojekten –, dass Plattformen vielleicht nicht ganz so gut funktionieren, wie sie sollten. Aus diesem Grund haben wir hier eine Formulierung der Bestimmung beschlossen, von der die Kommission der Meinung ist, dass sie noch nicht ganz der Weisheit letzter Schluss ist. Daher möchten wir unsere Schwesterkommission bitten, sich dieser Frage hier noch einmal anzunehmen.»⁸

[6] Das Votum kling wie eine Kapitulationserklärung; von der grossen Kammer eines nationalen Parlaments bzw. dessen vorberatender Kommission darf erwartet werden, dass gute gesetzgeberische Lösungen gesucht werden. Zu Art. 26 BEKJ gab es in den Beratungen des Nationalrats kein weiteres Votum mehr. Art. 26 soll gemäss Beschluss des Nationalrats den folgenden Text aufweisen (Abweichungen zum Bundesrat unterstrichen):⁹

Art. 26

¹ Ist eine Plattform am Tag, an dem eine Frist abläuft, nicht erreichbar, so verlängert sich die Frist bis zu dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Plattform erstmals wieder erreichbar ist.

² Fällt der Folgetag auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächstfolgenden Werktag. Massgebend ist das Recht des Kantons, in dem die verfahrensleitende Behörde ihren Sitz hat.

³ Die Nichterreichbarkeit der Plattform ist ~~von der Benutzerin oder dem Benutzer~~ glaubhaft zu machen.

⁴ Während die Plattform nicht erreichbar ist, sind die betroffenen Benutzerinnen und Benutzer, die Behörden oder die Gerichte nicht verpflichtet, die Plattform zu nutzen.

⁷ Vgl. Fahne nach Beschluss Nationalrat <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2023/20230022/N11%20D.pdf>.

⁸ AB 2023 N 1915, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=62271#votum2>.

⁹ Vom Verfasser redigiert nach der Fahne nach Beschluss Nationalrat <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2023/20230022/N11%20D.pdf>.

[7] Der Ständerat ist Zweitrat und wird das BEKJ voraussichtlich in der Herbstsession 2024 beraten. Die Rechtskommission des Ständerats hat die Vorberatung des BEKJ bereits begonnen und wird diese am 27./28. Juni 2024 fortsetzen¹⁰.

2.3. Frühe Bedenken aus Anwaltsicht hinsichtlich der Nichterreichbarkeit der Plattform

[8] Die Frage der Fristwahrung bei Eingaben auf dem Weg des elektronischen Rechtsverkehrs sorgte schon seit jeher für Bedenken, Unbehagen und Unsicherheit.¹¹ Auch das Risiko für die Anwaltschaft wurde bereits früh thematisiert und führte etwa zu folgendem Hinweis: «Mit dem elektronischen Rechtsverkehr wird sich der Risikobereich des Anwalts im Vergleich zum bisher bekannten konventionellen Rechtsverkehr mit Hilfe der Briefpost etwas erhöhen, weil sich die Übermittlung einer Eingabe vom eigenen PC zur Zustellplattform der physischen Kontrollmöglichkeit entzieht und weil zudem nicht der Zugang der Eingabe bei der Zustellplattform, sondern erst das Absenden der Zugangsbestätigung fristwährend ist.»¹² Zwar wurde dieses spezifische Problem der Fristwahrung gelöst, in dem seit Inkrafttreten des ZertES 2016 am 1. Januar 2017 neu gemäss Art. 8b VeÜ-ZSSV ausdrücklich die Abgabequittung und nicht mehr die Eingangsquittung als fristwährend gilt. Unbeachtet dessen war schon vor dem Vorverfahren der Gesetzgebung zum BEKJ bekannt, dass die Fristwahrung im elektronischen Rechtsverkehr technisch und juristisch ein heikles Thema ist.

[9] Bereits vor und während des Vernehmlassungsverfahrens zum BEKJ wurde die Frage, was denn die richtige Lösung sei, wenn beim elektronischen Rechtsverkehr die Technik versagt, öffentlich thematisiert und diskutiert. So wurde auf einer Website, welche «Überlegungen zu Justitia 4.0/BEKJ aus Anwaltsicht» vermittelte, auf diese Problematik hingewiesen und u.a. Folgendes ausgeführt: «Für Rechtsanwält/innen ist es deshalb zentral, dass ihnen unter keinen Umständen eine Beweislast für das Nicht-Funktionieren der zentralen Plattform auferlegt wird. Funktioniert die Plattform nicht, muss immer ein alternativer Übermittlungsweg zur Verfügung stehen, der eine fristwahrende Übermittlung (elektronisch und in Papierform) ohne Zeitverlust ermöglicht.»¹³ Ähnliches findet sich in einer Medienmitteilung des Bernischen Anwaltsverbands (BAV).¹⁴ Schon damals wurde auch das Verhältnis zur Wiederherstellung der Frist angesprochen.¹⁵

¹⁰ <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/sitzungsplanung-rk-s.pdf>.

¹¹ Vgl. beispielsweise GEORGES CHANSON, «Durchklick»: Fristwahrung auf elektronischem Weg, *Anwaltsrevue* 5/2012, S. 248–251, https://www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/AwR_05-12_Chanson_ERV-Fristwahrung.pdf; GEORGES CHANSON, Augenmass beim ERV – zwei wichtige Entscheide, *Anwaltsrevue* 3/2014, https://www.sav-fsa.ch/documents/672183/2070367/139_augenmass-beim-erv_zwei-wichtige-entscheide+%281%29.pdf/3573be87-ef3c-f046-f83c-d04d7c9be668?t=1645182075467.

¹² THOMAS KOLLER/MATTHIAS REY, Haftungsrisiken beim elektronischen Rechtsverkehr mit Gerichten und Behörden des Bundes, in: *Jusletter* 11. Dezember 2006, Rz. 68.

¹³ Siehe <https://www.justitia-40.ch/>, Punkt 10.

¹⁴ Vgl. «Medienmitteilung Justitia 4.0» des Bernischen Anwaltsverbands (BAV), https://www.justitia-40.ch/Uploads/Medienmitteilung_Justitia40_BAV_08.07.2022.pdf.

¹⁵ Siehe das Interview mit dem Verfasser, in: *in dubio* 1_22, S. 63 f.

[10] Auch in Deutschland sorgt der elektronische Rechtsverkehr aus Anwaltssicht im Zusammenhang mit dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach (beA) für Diskussionen.¹⁶

2.4. Kritik am aktuellen Text von Art. 26 BEKJ

[11] Nachfolgend werden verschiedene Kritikpunkte am aktuellen Art. 26 BEKJ (Stand Beschluss des Nationalrats¹⁷) zusammengetragen. *IusBubble*, eine im Frühling 2024 von Daniel Brugger gegründete digitale Community für alle, die sich für das schweizerische Recht und seine Digitalisierung interessieren,¹⁸ widmete der Kritik an Art. 26 BEKJ ein Webinar mit dem Titel «Wer wird schlau aus Art. 26 E-BEKJ?»¹⁹; diesem können ebenfalls Kritikpunkte entnommen werden.

[12] Als weitere Vorbemerkung sei festgehalten, dass die Absätze 1 und 2 von Art. 26 BEKJ als zusammengehörend betrachtet werden müssen; Art. 26 Abs. 2 BEKJ regelt nur zusätzlich den Fristenlauf an Samstagen und Sonntagen bezüglich der Nachfrist nach Art. 26 Abs. 1 BEKJ.

[13] Eine erste Unklarheit besteht trotz der Erläuterungen in der Botschaft darin, wann eine «Unerreichbarkeit der Plattform» im Sinne des Gesetzes vorliegt. Gemäss den zitierten Erläuterungen in der Botschaft²⁰ liegt eine solche Unerreichbarkeit vor, wenn die Plattform selber eine Funktionsstörung hat oder wenn eine Störung im Netzwerk zwischen dem Computer- oder Serversystem der Nutzerin bzw. des Nutzers und der Plattform besteht, welche die Unerreichbarkeit der Plattform bewirkt.²¹ Das wurde auch in einem Aufsatz des Projektleiters Justitia 4.0 bestätigt.²² Unklar ist, wo die Grenze im System liegt, ab welcher die Nutzerin bzw. der Nutzer selber die Verantwortung für die Störung tragen muss und nicht mehr eine Unerreichbarkeit der Plattform im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BEKJ geltend machen kann. Diese Frage stellt sich u.a. am Beispiel des Stromausfalls. Wenn ein Stromausfall im Stromnetz dazu führt, dass das Übertragungsnetzwerk an einer Stelle ausfällt, dann liegt klarerweise ein Fall von Art. 26 Abs. 1 BEKJ vor. Schon nicht mehr so klar ist, wie ein Stromausfall im städtischen Stromnetz zu beurteilen ist, der dazu führt, dass das IT-System der Nutzerin bzw. des Nutzers ausfällt. Und noch weniger klar ist die Anwendbarkeit von Art. 26 Abs. 1 BEKJ in Fällen, in welchen wegen einer Strompanne im Gebäude der Nutzerin bzw. des Nutzers deren bzw. dessen IT-System ausfällt.²³

[14] Die Frist verlängert sich «bis zu dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Plattform erstmals wieder erreichbar ist». Abgesehen davon, dass diese Regelung rechtsungleich sein kann, weil in einem bestimmten Fall die Nachfrist fast 48 Stunden umfasst, in einem anderen Fall aber nur wenig mehr als 24 Stunden, ist die Regelung klar. Sie ist aber wenig anwendungstauglich, wenn

¹⁶ Siehe beispielsweise Anwaltsblatt, Sieben Mythen beim elektronischen Rechtsverkehr mit dem beA, 22. Oktober 2021, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/news/sieben-mythen-beim-elektronischen-rechtsverkehr-mit-dem-bea>.

¹⁷ Siehe oben Rz. 6.

¹⁸ <https://www.iusbubble.com/home>.

¹⁹ Aufzeichnung abrufbar unter <https://www.iusbubble.com/c/aufzeichnungen-webinar/webinar-5-wer-wird-schlau-aus-art-26-e-bekj>, Präsentation unter <https://assets.circle.so/xo1am683ap9nwg5juv1ue2rb6hjf>.

²⁰ Siehe oben Rz. 3.

²¹ Siehe oben Rz. 3.

²² Vgl. JACQUES BÜHLER/BARBARA WIDMER, Auf dem Weg zur digitalen Justiz – ein Statusbericht, *Anwaltsrevue* 4/2021, S. 172.

²³ Das ist dann möglicherweise – wie heute – ein Anwendungsfall der Wiederherstellung der Frist, siehe dazu nachfolgend Ziffer 3.

die Nutzerin bzw. der Nutzer allenfalls während fast 24 Stunden wiederholt selber herausfinden muss, ab wann die Erreichbarkeit der Plattform wieder gegeben war. Zumindest betreffend Störungen der Plattform selber muss somit eine aktuelle Liste bestehen, in der öffentlich (im Internet) die Art und Dauer aller Störungen der Plattform ausgewiesen werden, soweit diese den Betreiberinnen und Betreibern bekannt sind.

[15] Die Nachfrist von gerade mal einem Tag ist sehr kurz bemessen, wenn man sie mit den Fristen für ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist²⁴ vergleicht.

[16] Schwierig ist es auch, Störungen in der Internetverbindung und Störungen in der Stromversorgung glaubhaft zu machen, weil dazu kaum innert nützlicher Frist Bestätigungen der jeweiligen Netzbetreiber erhältlich gemacht werden können. Es wäre zwar wohl verfassungsrechtlich zulässig (Telekommunikations- und Stromversorgungsrecht), aber politisch kaum machbar, von den Telekommunikationsanbietern und Stromnetzbetreibern gesetzlich zu verlangen, alle Netzstörungen laufend öffentlich zugänglich aufzulisten. Die Dokumentation der Nichterreichbarkeit einer Plattform zwecks Glaubhaftmachung ist auch in anderen Fällen als einer Störung der Stromversorgung mit erheblichem Aufwand verbunden.

[17] Die Regelung ist auch deshalb nicht zielführend, weil im Streitfall ein Gericht nachträglich darüber entscheiden müsste, ob eine bestimmte Plattform erreichbar war oder nicht, ohne diese Sachfrage selber in unabhängiger Weise überprüfen und beurteilen zu können. Eine solche Entscheidung wird deshalb selten willkürfrei sein und damit oft das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzen. Weiter kann ein solcher Entscheid wohl gegen Art. 30 Abs. 1 BV (fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit) verstossen, namentlich dann, wenn eine weitere Plattform eines Kantons im Sinne von Art. 4 BEKJ betroffen ist und das Gericht (oder ein Gericht unter seiner Aufsicht) diese Plattform selber betreibt.

[18] Absatz 4 lässt offen, ob dann an Stelle des elektronischen Rechtsverkehrs ausnahmsweise rechtmässig eine Eingabe in Papierform gemacht werden darf. Diesbezüglich ist zusätzlich zu bedenken, dass eine Papiereingabe zu erheblichem Mehraufwand führt und in bestimmten Fällen gar nicht möglich ist, beispielsweise wenn nicht ausdrückbare elektronische Beweismittel wie Videodateien einzureichen sind.

[19] Weiter steht die neue Regelung in Art. 26 BEKJ in einer gewissen Konkurrenz zu den Regelungen zur Wiederherstellung der Frist (vgl. z.B. Art. 148 ZPO). Diesbezüglich ist eine Klärung notwendig.²⁵

[20] An Regelungen, die das Prozessrecht betreffen, werden in der Regel sehr hohe Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt, insbesondere wenn verfahrensrechtliche Bestimmungen der Fristwahrung betroffen und damit mit dem Verlust eines Rechtsanspruchs verbunden sind. Diesem Erfordernis vermag der Art. 26 BEKJ in der vom Nationalrat beschlossenen Fassung nicht zu genügen.

²⁴ Vgl. dazu nachfolgend Ziffer 3.

²⁵ Vgl. dazu nachfolgend Ziffer 3.

3. Das Verhältnis zur Wiederherstellung der Frist

[21] Die meisten Verfahrensgesetze kennen eine Regelung zur Wiederherstellung der Frist; dies ist namentlich bei den folgenden zentralen Verfahrensgesetzen des Bundes der Fall:²⁶

- *Zivilprozessrecht*: Art. 148 Abs. 1 ZPO hält unter dem Titel «Wiederherstellung» folgendes fest: «Das Gericht kann auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft.» Die Frist für ein entsprechendes Gesuch beträgt 10 Tage ab Wegfall des Säumnisgrunds (Art. 148 Abs. 2 ZPO).
- *Strafprozessrecht*: Art. 94 Abs. 1 StPO hält unter dem Titel «Wiederherstellung» folgendes fest: «Hat eine Partei eine Frist versäumt und würde ihr daraus ein erheblicher und unersetzlicher Rechtsverlust erwachsen, so kann sie die Wiederherstellung der Frist verlangen; dabei hat sie glaubhaft zu machen, dass sie an der Säumnis kein Verschulden trifft.» Die Frist für ein entsprechendes Gesuch beträgt 30 Tage ab Wegfall des Säumnisgrunds (Art. 94 Abs. 2 StPO).
- *Verwaltungsverfahren*: Art. 24 Abs. 1 VwVG hält unter dem Titel «Wiederherstellung» folgendes fest: «Ist der Gesuchsteller oder sein Vertreter unverschuldeterweise abgehalten worden, binnen Frist zu handeln, so wird diese wieder hergestellt, sofern er unter Angabe des Grundes innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses darum ersucht und die versäumte Rechtshandlung nachholt; vorbehalten bleibt Artikel 32 Absatz 2.» Der Vorbehalt von Art. 32 Abs. 2 VwVG betrifft verspätete Parteivorbringen, die trotzdem noch berücksichtigt werden können.
- *Verfahren vor Bundesgericht*: Art. 50 BGG hält unter dem Titel «Wiederherstellung» folgendes fest: «Ist eine Partei oder ihr Vertreter beziehungsweise ihre Vertreterin durch einen anderen Grund als die mangelhafte Eröffnung unverschuldeterweise abgehalten worden, fristgerecht zu handeln, so wird die Frist wiederhergestellt, sofern die Partei unter Angabe des Grundes innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses darum ersucht und die versäumte Rechtshandlung nachholt.»

[22] Informatikprobleme im System einer Anwaltskanzlei (z.B. Pannen oder Virus-Befall) können grundsätzlich einen unverschuldeten Grund der Verhinderung der Fristwahrung darstellen.²⁷ Allerdings ist die Gerichtspraxis nicht einheitlich. Das Bundesgericht hat denn auch schon folgendes festgehalten «Il appartient au mandataire professionnel de s'organiser de telle manière qu'un délai puisse être respecté indépendamment d'un éventuel empêchement de sa part (ATF 143 I 284 consid. 1.3; ATF 119 II 86 consid. 2a). De manière générale, une défaillance dans l'organisation interne de l'avocat (problèmes informatiques, auxiliaire en charge du recours, absence du mandataire principal) ne constitue pas un empêchement non fautif justifiant une restitution du délai

²⁶ Wie unschwer festgestellt werden kann, war der Bundesgesetzgeber nicht in der Lage, die Frage der Wiederherstellung in allen bundesrechtlich geregelten Verfahren textgleich oder wenigstens einheitlich zu regeln.

²⁷ Vgl. PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, La restitution de délai dans le Code de procédure civile suisse, ZSR 2015 1, S. 161, dort findet sich in Fn. 100 das folgende Beispiel: «TC VD du 04.07.2013 no 180 (2013/498) c. 1e: en l'espèce, l'avocat n'avait pas pu envoyer à temps le recours, pourtant déjà prêt, en raison d'un virus affectant son système informatique et avait contacté le jour même un informaticien qui s'était emparé du disque dur et n'avait été en mesure de récupérer l'acte que deux jours plus tard. La restitution a été accordée, la Cour ayant estimé que le défaillant avait démontré par pièces la véracité du motif allégué et établi que celui-ci s'était produit indépendamment de sa volonté.»

(ATF 149 IV 97 consid. 2.1; ATF 143 I 284 consid. 1.3; arrêt 6B_1367/2020 du 9 février 2021 consid. 3 et les références citées).»²⁸

[23] Mit dem BEKJ bzw. den neuen Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz wird eine Abgrenzung zwischen den Folgen der Nichterreichbarkeit der Plattformen einerseits und der Wiederherstellung der Frist nach den Prozessordnungen andererseits unabdinglich. Der aktuelle Gesetzestext blendet diese Problematik leider vollkommen aus, womit nicht klar ist, wann Art. 26 BEKJ und wann die Regelungen zur Wiederherstellung der Frist zur Anwendung gelangen. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Abgrenzung an der Grenzlinie zwischen der Nichterreichbarkeit ohne Einflussmöglichkeit der Nutzerin bzw. des Nutzers einerseits und Informatikpannen im Verantwortungsbereich der Nutzerin bzw. des Nutzers der Plattform andererseits erfolgen:

- Die Unerreichbarkeit einer Plattform aus Gründen, die ausserhalb des Einfluss- und Verantwortungsbereichs der Nutzerin bzw. des Nutzers liegen, sollte im BEKJ geregelt werden.
- Die Unerreichbarkeit der Plattform aus Gründen, die im Einfluss- und Verantwortungsbereich der Nutzerin bzw. des Nutzers liegen (z.B. Computerpannen in der Anwaltskanzlei; Stromausfall im Gebäude der Anwaltskanzlei) sollten nach den Regeln der Wiederherstellung der Frist abgehandelt werden, wobei aber die Frist wiederhergestellt werden sollte, wenn der Nutzerin bzw. dem Nutzer nicht offensichtliche Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann.

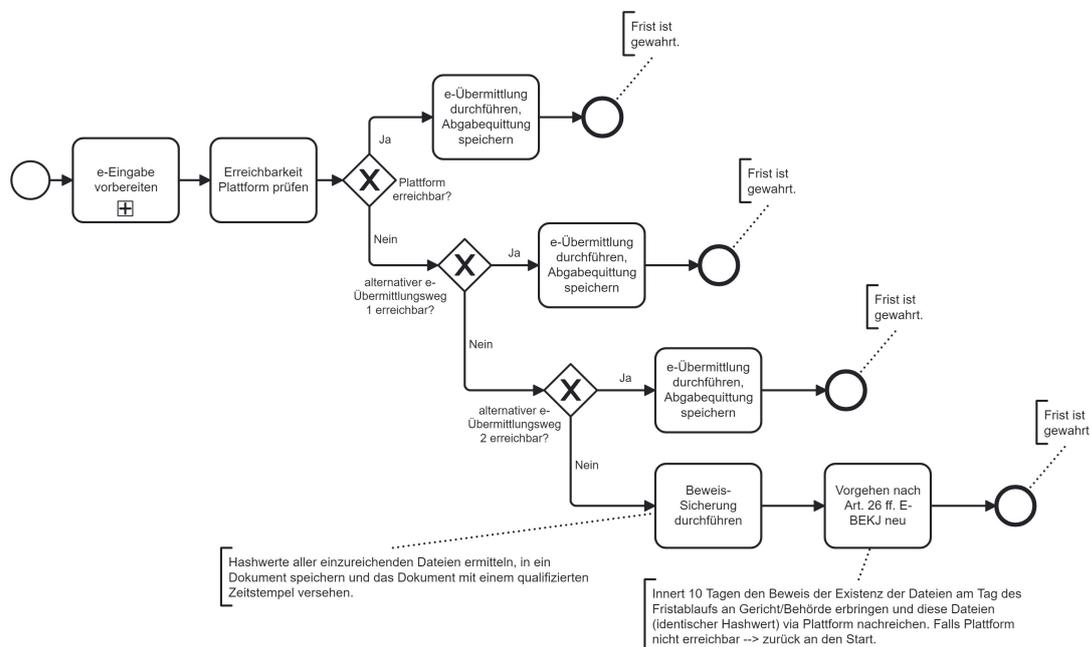
[24] Diese Abgrenzung der Unerreichbarkeit der Plattform aus unterschiedlichen Gründen sollte mit genügender Bestimmtheit gesetzlich geregelt sein.

4. Konzept zum Vorgehen bei Nichterreichbarkeit der Plattform

[25] Es muss eine praktikable Regelung für den Fall der Unerreichbarkeit der Plattform gefunden werden. Dabei versteht es sich von selber, dass angesichts der zunehmenden Digitalisierung von Gesellschaft und Recht eine Ersatzlösung für die Nutzung der Plattform nicht in der Einreichung in Papierform bestehen kann, denn in absehbarer Zeit werden Justizbehörden wie Anwaltskanzleien allenfalls nicht mehr über Drucker verfügen, welche es erlauben, innert nützlicher Frist die notwendigen Papierdokumente herzustellen. Zudem kann eine elektronische Kommunikation Daten bzw. Dateien enthalten, die der Papierform gar nicht zugänglich sind, beispielsweise Videodateien oder grosse Excel-Dateien mit zahlreichen hinterlegten Formeln. Eine Lösung der Einreichung von Eingaben im Fall der Unerreichbarkeit der Plattform muss ebenfalls eine Form des elektronischen Rechtsverkehrs sein.

²⁸ BGE 149 IV 196 E. 1.1; Übersetzung durch den Verfasser: «Es obliegt dem berufsmässigen Vertreter, sich so zu organisieren, dass die Frist unabhängig von seiner allfälligen Verhinderung gewahrt werden kann (BGE 143 I 284, E. 1.3; BGE 119 II 86, E. 2a). Ganz allgemein stellt ein Mangel in der internen Organisation einer Anwaltskanzlei (Informatikprobleme, Ersatz für den Berufungsfall, Abwesenheit des Anwalts selber) keine unverschuldete Verhinderung dar, welche eine Wiederherstellung der Frist rechtfertigt (BGE 149 IV 97, E. 2.1; BGE 143 I 284, E. 1.3; Urteil 6B_1367/2020 vom 9. Februar 2021, E. 3, mit Hinweisen).»

[26] Claudia Schreiber, Rechtsanwältin und Spezialistin für die Digitalisierung des Rechtswesens, hat einen Vorschlag des Ablaufs im Falle einer Nichterreichbarkeit der Plattform erarbeitet und veröffentlicht:²⁹



[27] Die Lösung besteht darin, dass neben (jeder) Plattform zwei alternative Wege der elektronischen Einreichung von Eingaben bestehen müssen. Mindestens zwei solche alternative Wege sind derzeit bereits vorhanden (vom Bundesamt für Justiz anerkannte Plattformen für den elektronischen Rechtsverkehr). Bei Nichterreichbarkeit der Plattform muss zuerst versucht werden, die Eingabe über diese alternativen Wege des elektronischen Rechtsverkehrs einzureichen (z.B. zuerst via *IncaMail*, dann via *PrivaSphere* oder umgekehrt). Dies ist jedenfalls immer dann möglich, wenn die Nichterreichbarkeit der Plattform in einer Störung der primären Plattform begründet ist. Werden die alternativen Übermittlungswege beispielsweise durch zentrale Webformulare pro Plattform umgesetzt³⁰, stehen diese auch Rechtsanwälten und Privaten zur Verfügung, die nicht bereits über ein Konto bei diesen beiden anerkannten Plattformen verfügen.

[28] Versagen alle drei Übermittlungswege gleichzeitig, was äusserst selten vorkommen dürfte, muss der Beweis der Existenz der einzureichenden Dateien am Tag des Fristablaufs gesichert werden und die Dateien können dann, wenn die Plattform wieder erreichbar ist, innert einer Nachfrist zusammen mit dem Nachweis ihrer Existenz am Tag des Fristablaufs auf die Plattform hochgeladen werden. Dadurch gilt die Frist als gewahrt.

[29] Der Nachweis der Existenz einer Datei am Tag des Fristablaufs kann beispielsweise dadurch erbracht werden, dass die einzelnen Hashwerte aller einzureichenden Dateien ermittelt werden, letztere in einem Dokument zusammengefasst werden und das betreffende Dokument nach dem

²⁹ Vgl. <https://www.iusbubble.com/c/events/workshop-alternativvorschlag-zu-art-26-e-bekj>.

³⁰ Beispiel: <https://securemail.ba.admin.ch/E-REQ-FORM?la=de>.

Speichern mit einem qualifizierten Zeitstempel (und allenfalls mit einer qualifizierten elektronischen Signatur) versehen wird.

[30] Dieses Konzept beruht auf bestehender, bewährter Infrastruktur des elektronischen Rechtsverkehrs, berücksichtigt das Prinzip der Business Continuity, vermeidet Medienbrüche, ist klar und einfach und dürfte nur in wenigen Ausnahmefällen zu Rechtsstreitigkeiten über die Fristwahrung führen. Da zahlreiche Nutzerinnen und Nutzer über einen alternativen (behelfsmässigen) Zugang von ihrem Informatik-System ins Internet verfügen (beispielsweise über einen persönlichen Hotspot ihres Mobiltelefons), dürfte der Fall, dass die Dateien nicht innert Frist über die Plattform oder mittels einer ersatzweisen Modalität der elektronische Kommunikation erreicht werden können, sehr selten eintreffen.

5. Alternativer Regelungsvorschlag zu Art. 26 BEKJ

5.1. Vorgeschlagene gesetzliche Regelung

[31] Im Rahmen eines Online-Workshops von *IusBubble*³¹ entstand – ausgehend von einem Entwurf des Verfassers – der folgende Vorschlag für eine alternative Regelung zu Art. 26 BEKJ:

5. Abschnitt: Nichterreichbarkeit einer Plattform

Art. 26 Anwendungsfall

¹ Die Regelungen dieses Abschnitts finden Anwendung, wenn eine Plattform aus Gründen, welche die Benutzerin oder der Benutzer nicht beeinflussen kann und nicht zu verantworten hat, nicht erreicht werden kann.

² Kann die Benutzerin oder der Benutzer die Plattform nicht erreichen aus Gründen, welche sie oder er beeinflussen kann oder in ihrem oder seinem Verantwortungsbereich liegen, finden die Regelungen der Wiederherstellung der Frist der betreffenden Verfassungsgesetzgebung Anwendung. Unverschuldete Störungen im Informatiksystem der Benutzerin oder des Benutzers einschliesslich der Stromversorgung, die nicht nachweislich auf deren eigenes Verschulden zurückzuführen sind, gelten als Wiederherstellungsgrund.

Art. 26a Ersatzweise elektronische Kommunikation

Der Bund für die zentrale Plattform (Art. 3) sowie weitere Plattformen nach Bundesrecht und der Kanton für seine weitere Plattform (Art. 4) legen für jede Plattform zwei ersatzweise Modalitäten der elektronischen Kommunikation für den Fall der Nichterreichbarkeit fest.

Art. 26b Vorgehen bei Nichterreichbarkeit

¹ Ist eine Plattform nicht erreichbar, so reicht die Benutzerin oder der Benutzer die Dokumente fristgerecht mittels einer der bestimmten ersatzweisen Modalitäten (Art. 26a) ein.

³¹ Vgl. <https://www.iusbubble.com/c/events/workshop-alternativvorschlag-zu-art-26-e-bekj>; der Online-Workshop wurde nicht aufgezeichnet.

² Sind beide ersatzweise Modalitäten der elektronischen Kommunikation nicht verfügbar oder nicht funktionsfähig, geht die Benutzerin oder der Benutzer wie folgt vor:

- a. Sie oder er sichert den Beweis, dass alle einzureichenden Dokumente am Tag, an dem die Frist abläuft, in elektronischer Form vorhanden sind.
- b. Sie oder er reicht die Dokumente innert 10 Tagen seit Fristablauf unverändert auf der Plattform ein, zusammen mit dem Beweis, dass alle Dokumente am Tag, an dem die Frist abließ, in elektronischer Form vorhanden waren.
- c. Sie oder er macht glaubhaft, dass die Plattform nicht erreichbar war und die beiden ersatzweisen Modalitäten der elektronischen Kommunikation ebenfalls nicht möglich waren.

³ Mit dem Vorgehen gemäss den Absätzen 1 oder 2 ist die Frist gewahrt.

[32] Der Entwurf bedarf noch der folgenden terminologischen Anmerkung: Korrekterweise müsste man von «Dateien» sprechen.³² Da im BEKJ der Begriff der Dateien ansonsten nicht vorkommt und dafür der Begriff «Dokumente» verwendet wird (gemeint sind elektronische Dokumente und damit grundsätzlich Dateien), wurde auch hier der Begriff der Dokumente verwendet.

5.2. Erläuterungen

Zu Art. 26 BEKJ:

[33] Der vorgeschlagene neue Art. 26 BEKJ regelt die Anwendungsfälle der Rechtsnormen zur Nichterreichbarkeit der Plattform im BEKJ und nimmt die notwendige Abgrenzung zu den Regelungen der Wiederherstellung der Frist in den Prozessgesetzen vor. Mit dem zweiten Satz im Absatz 2 soll zum Ausdruck gebracht werden, dass – entgegen Teilen der heutigen Gerichtspraxis und namentlich in Abweichung der bundesgerichtlichen Praxis – Computerpannen in der Anwaltskanzlei grundsätzlich einen Grund für die Wiederherstellung der Frist darstellen.³³ Nur bei nachweislichem Verschulden der Anwältin oder des Anwalts soll die Frist nicht wiederhergestellt werden. Es wird im Übrigen auf Ziffer 3 verwiesen.

Zu Art. 26a BEKJ:

[34] Nach der in Ziffer 4 dargestellten Konzeption des Vorgehens bei Nichterreichbarkeit i.w.S. einer Plattform soll die Einreichung mittels ersatzweisen Modalitäten der elektronischen Kommunikation erfolgen.³⁴ Deshalb wird im Vorschlag zu Art. 26a BEKJ geregelt, dass solche ersatzweise Modalitäten der elektronischen Kommunikation bezeichnet werden. Dies kann darin bestehen, dass im betreffenden Rechtserlass beispielsweise *IncaMail* und *PrivaSphere* als solche Ersatzkommunikationswege bezeichnet werden. Der Bundesrat muss in einer Verordnung die ersatzweise Modalität der elektronischen Kommunikation für zwei Plattformen regeln, nämlich für die zentrale Plattform nach Art. 3 BEKJ (Justitia.swiss) und für die weitere im neuen Art. 6a VwVG³⁵

³² Siehe zur Frage der Begrifflichkeiten im elektronischen Rechtsverkehr und in der digitalisierten Justiz auch CLAUDIA SCHREIBER/DANIEL KETTIGER, Elektronische Beweismittel – neue Herausforderungen, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2024/2, Rz. 3, 4, 15 und 16.

³³ Beispielsweise BGE 149 IV 196 E. 1.1.

³⁴ Siehe oben Rz. 27.

³⁵ Siehe https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/680/de#lv1_u1/lv1_u1/lv1_2/d4e61.

für das Verwaltungsverfahren vorgesehene Plattform. Die Kantone müssen entsprechende Regelungen erlassen, wenn sie in Anwendung von Art. 4 BEKJ eigene Plattformen betreiben.

Zu Art. 26b BEKJ:

[35] Der vorgeschlagene Art. 26b BEKJ hält fest, wie vorzugehen ist, wenn es zu einem Fall der Nichterreichbarkeit einer Plattform im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BEKJ kommt. Er folgt der in Ziffer 4 dargestellten Konzeption. Wie schon erwähnt,³⁶ geht dieser Vorschlag davon aus, dass eine ersatzweise Einreichung in Papierform nicht zumutbar ist (technische Unmöglichkeit und unverhältnismässiger Aufwand). Weiter wurde eine Lösung angestrebt, die wenn immer möglich zu einer fristgemässen elektronischen Eingabe führt, ohne dass Nachfristen unter Glaubhaftmachung der Nichterreichbarkeit bemüht werden müssen. Es geht auch darum, in Fällen der Nichterreichbarkeit möglichst wenig Zusatzaufwand für die Anwaltschaft und die Justizbehörden zu generieren. Der Vorschlag ist auch losgelöst vom «letzten Tag der Frist». Die Modalitäten des Vorgehens bei Nichterreichbarkeit der Plattform sollen auch gelten, wenn an einem anderen Tag der Einreichung vor Fristablauf eine Nichterreichbarkeit vorliegt.

[36] Der gesetzlich zu regelnde Weg ist ein Kaskadenmodell: In einer ersten Stufe soll die Benutzerin oder der Benutzer versuchen, die Dokumente fristgerecht mittels einer der bestimmten ersatzweisen Modalitäten (Art. 26a BEKJ) elektronisch einzureichen. Gelingt dies, ist die Frist gewahrt und zwar ohne irgendein Glaubhaftmachen der Nichterreichbarkeit. Das Missbrauchspotenzial ist vernachlässigbar klein. Wenn die Einreichung auf dem Weg der ersatzweisen Modalität auch nicht gelingt (beispielsweise weil die Nichterreichbarkeit in einer Störung des Internetzugangs bedingt ist), kommt die zweite Stufe zur Anwendung (Art. 26b Abs. 2 BEKJ). An die Glaubhaftmachung dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.

Mag. rer. publ. DANIEL KETTIGER ist Berater, Rechtsanwalt und Justizforscher in Bolligen.

Diesem Beitrag liegt ein Online-Workshop zugrunde, der am 11. Juni 2024 von *IusBubble* organisiert wurde. Der Verfasser dankt Rechtsanwältin Claudia Schreiber, Rechtsanwalt Daniel Brugger, Rechtsanwältin Dr. Eleonore Gyr, Rechtsanwalt Martin Steiger und MLaw Martin Wilhelm für ihre wertvollen Inputs anlässlich des Workshops und für die Durchsicht des Manuskripts.

³⁶ Siehe oben Rz. 25.