

Im Windschatten von Justitia 4.0 zum digitalen Bundesverwaltungsverfahren?

Eine verfahrensrechtliche Analyse



Dr. iur. Christian Meyer, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter, Winterthur*

I. Einleitung

Die Digitalisierung der Schweizer Rechtsverfahren wird aktuell in verschiedenen Rechtsbereichen und auf sämtlichen Staatsebenen vorangetrieben.¹ Mit einer Revision des VwVG² sollen auch die «Weichen gestellt» werden für eine weitergehende Digitalisierung des Bundesverwaltungsverfahrens.³ Das bestehende Bundesverwaltungsverfahrensrecht enthält zwar bereits allgemeine Grundlagen für den elektronischen Rechtsverkehr (ERV) und das elektronische Akteneinsichtsrecht,⁴ diese Verfahrensinstitute konnten sich bislang aber nicht als echte Alternative zum postalischen Verkehr durchsetzen.⁵ Aktuell nimmt der Gesetzgeber einen neuen Anlauf, das Bundesverwaltungsverfahren zu digitalisieren. Die entsprechende Revision des VwVG liegt im Vorentwurf vor

Im Windschatten des *E-Justice*-Projekts Justitia 4.0 wird auch die Digitalisierung des Bundesverwaltungsverfahrens vorangetrieben. Die Vernehmlassung zu einem entsprechenden Vorentwurf des VwVG wurde im Frühjahr 2021 abgeschlossen. Die zentralen verfahrensrechtlichen Probleme, die sich mit der Digitalisierung des VwVG stellen, werden mit dieser Revision zwar angegangen, doch orientiert sie sich zu stark an den Lösungen für die *E-Justice*. Verfahrensrechtliche Besonderheiten sowie bestehendes Verwaltungsverfahrens- und Organisationsrecht werden noch ungenügend berücksichtigt.

Dans le sillage du projet de *e-Justice* Justitia 4.0, la procédure administrative fédérale entend également s'ouvrir à la numérisation. La consultation sur un avant-projet de la loi sur la procédure administrative portant sur cette question s'est close au printemps 2021. Cette révision aborde certes les principaux problèmes de procédure qui se posent avec la numérisation de la loi sur la procédure administrative, mais elle s'oriente trop fortement vers les solutions pour *l'e-justice*. Les particularités procédurales ainsi que le droit de la procédure et de l'organisation administratives en vigueur ne sont pas encore suffisamment prises en compte. (P.P.)

* Dr. iur. Christian Meyer, Rechtsanwalt, arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW), School of Management and Law, Zentrum für Öffentliches Wirtschaftsrecht, in Winterthur.

- 1 Vgl. zur *E-Justice* Jacques Bühler/Barbara Widmer, Auf dem Weg zur digitalen Justiz – Ein Statusbericht, *Anwaltsrevue* 2021 169 ff.; vgl. im besonderen Bundesverwaltungsrecht etwa das digitale Transformationsprogramm des Zolls *DaziT* oder die Plattform *E-Zivi*, über die u.a. auch Verfügungen eröffnet werden; BVGer B-2372/2018 vom 23.6.2018 [Dass-Entscheid]; siehe ferner die Online-Plattform *ePortal* des EFD, die verschiedene Dienstleistungen vorab im Bereich des Steuerrechts anbietet (z.B. Einreichung der Mehrwertsteuerabrechnung), (EFD, *ePortal*, <www.eportal.admin.ch> [zuletzt besucht am 19.7.2021]); für einen Überblick zu elektronischen Verfahren und aktuellen Entwicklungen im Steuerbereich siehe Botschaft zum Bundesgesetz über elektronische Verfahren im Steuerbereich vom 20. Mai 2020, BBl 2020 4705 ff., 4707 f.; auf kantonaler Ebene etwa das Projekt *DigiLex* des Kantons Zürich oder der aktuelle Vorentwurf zum Berner Gesetz über die digitale Verwaltung.
- 2 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).
- 3 Bundesamt für Justiz (BJ), Erläuternder Bericht zum Vorentwurf betr. «Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ)» vom 11. November 2020, 26, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/e-kommunikation.html>> (zuletzt besucht am 19.7.2021).
- 4 Vgl. Art. 11b Abs. 2, Art. 21a, Art. 26 Abs. 1^{bis} und Art. 34 Abs. 1^{bis} VwVG; vgl. Christian Meyer, Eine Auslegeordnung der elektronischen Verfahrensinstitute des VwVG des Bundes, SJZ 16/17/2021 Ziff. III-V.
- 5 Vgl. Meyer (Fn. 4) Ziff. I (Fn. 9).

(im Folgenden VE-VwVG)⁶ und die Vernehmlassung wurde im Frühjahr 2021 abgeschlossen.⁷ Die VwVG-Revision betrifft einerseits das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht und ist insofern Teil des Projekts Justitia 4.0, mit dem die schweizerischen Justizverfahren digitalisiert werden sollen. Andererseits nutzt der Bundesgesetzgeber die Gelegenheit, um Digitalisierungsfragen auch gleich für seine Verwaltungsverfahren⁸ zu regeln.⁹

Während Justitia 4.0 im Fokus der rechtswissenschaftlichen Betrachtung steht,¹⁰ wird die Revision in Bezug auf das Verwaltungsverfahren bislang kaum diskutiert. Ein kritischer Blick aus verfahrensrechtlicher Perspektive ist aber angezeigt, da sich Justiz- und Verwaltungsverfahren in einigen zentralen Aspekten unterscheiden. So sind Verwaltungsverfahren weniger formstrenge¹¹ und prinzipiell heterogener, auch weil sie regelmässig durch spezialgesetzliches Verfahrensrecht geprägt sind.¹² Insofern ist zu prüfen, ob sich das elektronische Verwaltungsverfahren rechtzeitig aus dem Windschatten der *E-Justice*-Vorlage löst, um für das Verwaltungsverfahren praktikable Lösungen zu schaffen. Dazu beleuch-

tet der vorliegende Beitrag die aktuellen Pläne des Gesetzgebers aus einer verfahrensrechtlichen Perspektive. Einleitend werden Justitia 4.0 und der entsprechende Erlass (BEKJ) als Kontext der aktuellen Entwicklungen bei der Digitalisierung des Verwaltungsverfahrens auf Bundesebene dargestellt (II.). Es folgt eine Analyse der vorgeschlagenen Neuregelungen geordnet nach drei Problemkreisen (III.–V.). Jeder Problemkreis wird vorab anhand der Schwachpunkte der aktuell bestehenden Regelungen und der dazu ergangenen Praxis konkretisiert.¹³ In einem nächsten Schritt werden die Lösungsansätze des VE-VwVG vorgestellt. Unter Berücksichtigung der Vernehmlassungsantworten wird sodann jeweils ein kritisches Zwischenfazit gezogen, ob und wie die identifizierten Probleme angegangen werden. Abschliessend werden aus den gewonnenen Erkenntnissen Schlussfolgerungen gezogen (VI.).

II. Kontext: Justitia 4.0 und BEKJ

A. Inhalt

Mit dem Projekt Justitia 4.0 soll die Justiz in der Schweiz grundlegend digitalisiert werden (*E-Justice*). Papierakten werden demnach durch die elektronische Justizakte ersetzt. Zudem wird eine elektronische Justizplattform geschaffen (*Justitia.Swiss*), über die sämtliche Handlungen im Justizverfahren abgewickelt werden können (sog. «One-Stop-Shop»). Der Rechtsverkehr zwischen Privaten und Behörden sowie zwischen den Behörden untereinander erfolgt ebenso wie die Akteneinsicht über *Justitia.Swiss*.¹⁴

Die Funktionsweise und die Trägerschaft von *Justitia.Swiss* werden in einem Mantelerlass geregelt – dem Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (im Folgenden VE-BEKJ)^{15,16} Als Trägerschaft ist primär die Schaffung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft vorgesehen,¹⁷ die mittels einer Vereinbarung zwischen Bund

6 Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 11. November 2020, Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VE-VwVG), Anhang, 12 ff., <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/e-kommunikation.html>> (zuletzt besucht am 19.7.2021).

7 Bundesamt für Justiz (BJ), Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/e-kommunikation.html>> (zuletzt besucht am 19.7.2021). Da es sich bei den Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens um eine zusammenhängende PDF-Datei handelt, wird bei nachfolgendem Verweis auf die einzelnen Stellungnahmen jeweils der Absender, der Titel des Briefkopfes, das Datum und die bezugnehmende Seitenzahl in der Stellungnahme genannt.

8 Mit dem Begriff «Verwaltungsverfahren» sind vorliegend verwaltungsinterne Verfahren gemeint. Soweit nötig, werden weiter erstinstanzliche (verwaltungsinterne) Verfahren und verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren differenziert.

9 Treffend *Bundesgericht*, Vernehmlassung des Bundesgerichts zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 12.2.2021, 6 bzw. 334.

10 Siehe jüngst etwa *Arnold Marti*, Geplante elektronische Justizplattform – heikle Rechtsschutz-, Verfassungs- und Sicherheitsfragen, ZBl 2021 305 f.; *Bühler/Widmer* (Fn. 1) 169 ff.; *Jasmin Büeler*, E-Justice in der Strafjustiz zwischen Effizienz und Legitimation, in: *Monika Simmler* (Hrsg.), *Smart Criminal Justice. Der Einsatz von Algorithmen in der Polizeiarbeit und Strafrechtspflege*, Basel 2021, 59 ff.; *Jens Piesbergen*, Transformation in der Justiz – Evolution oder Revolution?, *Anwaltsrevue* 2020 20 ff.

11 Vgl. *Regina Kiener/Bernhard Rütsche/Mathias Kuhn*, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 874 ff.

12 Vgl. *Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 323; *Isabelle Häner*, Digitalisierung des Verwaltungsverfahrens, in: *Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR)* (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*. Jahrbuch 2017/2018, 23 ff., 26 f.

13 Dies vorab gestützt auf die Erkenntnisse des Beitrags *Meyer* (Fn. 4).

14 *Jacques Bühler/Vital Meyer*, Projekt Justitia 4.0. Jahresbericht 2020, 4, <https://www.justitia40.ch/wp-content/uploads/2021/04/Justitia_Layout_DE_v9.pdf> (zuletzt besucht am 19.7.2021); *Bühler/Widmer* (Fn. 1) 170.

15 Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) (VE-BEKJ) vom 11. November 2020, 1 ff., <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/e-kommunikation.html>> (zuletzt besucht am 19.7.2021).

16 *Bühler/Meyer* (Fn. 14) 5; *Isabelle Häner*, Justitia 4.0. Folgen für den Verwaltungsprozess, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/2 Rz. 2 f.

17 Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a und b VE-BEKJ.

und Kantonen gegründet wird.¹⁸ Falls keine Vereinbarung zustande kommt, setzt der Bundesrat eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung als Trägerschaft der *E-Justice*-Plattform ein.¹⁹ Die Körperschaft kann neben der *E-Justice*-Plattform weitere Dienstleistungen für die elektronische Kommunikation in Justizverfahren anbieten, insbesondere die Durchführung von Video- und Telefonkonferenzen.²⁰ Die Kosten für den Aufbau der Plattform sollen zu 25% vom Bund und 75% von den Kantonen getragen werden.²¹

Die Funktionen der Plattform werden in Art. 17 ff. VE-BEKJ geregelt. Die Plattform nimmt von den Benutzern Eingaben entgegen und stellt sie dem Adressaten zum Abruf zur Verfügung.²² Die Benutzer werden dabei grundsätzlich über eine *E-ID* authentifiziert.²³ Die Behörden haben ihre Sendungen mit einem elektronischen Siegel nach ZertES²⁴ zu versehen. Bei Eingaben anderer Benutzer bringt die Plattform selbst ein derartiges Siegel an.²⁵ Die Plattform erfasst die verfahrensrechtlich relevanten Zeitpunkte automatisch, indem sie die Entgegennahme der Dokumente quittiert (Eingangsquittung)²⁶ und beim erstmaligen Abruf der Dokumente eine Abrufquittung ausstellt.²⁷ Sobald die siebentägige Legalfrist der Zustellfiktion abläuft, stellt sie ebenfalls eine Quittung aus.²⁸

Darüber hinaus soll das BEKJ mittels spezifischer Verfahrensregeln eine sichere und einfache elektronische Kommunikation gewährleisten.²⁹ Art. 25 VE-BEKJ regelt die Fristerstreckung für den Fall, dass die *E-Justice*-Plattform am Tag, an dem die Frist abläuft, nicht erreichbar ist. Die Art. 28 f. VE-BEKJ betreffen die Digitalisierung und Rücksendung von physischen Dokumenten. Physisch eingereichte Dokumente sind demnach elektronisch einzulesen und mit einem qualifizierten Zeitstempel nach dem ZertES zu versehen. Die elektronischen

Dokumente gelten als massgebliche Version. Näheres wird dabei durch den Bundesrat zu regeln sein.

B. Anwendungsbereich

Das BEKJ ist anwendbar, soweit das jeweilige Verfahrensrecht dies vorsieht.³⁰ Eine umfassende Anwendbarkeit ist aktuell vorab für die bundesrechtlich geregelten Justizverfahren vorgesehen.³¹ Der erläuternde Bericht spricht zwar von «*Verfahrensgesetzen des Bundes*»,³² die das BEKJ für anwendbar erklären können, die kantonalen Verwaltungsjustizverfahren waren aber stets Teil der Vision von *Justitia 4.0*. Diesbezüglich liegt die Kompetenz, das Verfahrensrecht entsprechend anzupassen, allerdings bei den Kantonen.³³

Die *E-Justice*-Plattform *Justitia.Swiss* ist demnach in Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht anwendbar.³⁴ Die vorliegend untersuchten Verwaltungsverfahren sind demgegenüber grundsätzlich nicht Teil von *Justitia 4.0*.³⁵ Nach dem expliziten Willen des Bundesgesetzgebers ist *Justitia.Swiss* in Verwaltungsverfahren und verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren jedenfalls nicht anwendbar.³⁶ Art. 6a Abs. 2 VE-VwVG sieht stattdessen den Betrieb einer separaten Plattform vor (im

18 Art. 3 VE-BEKJ.

19 Bühler/Widmer (Fn. 1) 170 f.

20 Art. 5 VE-BEKJ.

21 Art. 32 VE-BEKJ.

22 Art. 21 Abs. 1 und 5 VE-BEKJ.

23 Art. 19 VE-BEKJ.

24 Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (ZertES) vom 18. März 2016 (SR 943.03); dazu Meyer (Fn. 4) Ziff. III.C.

25 Art. 21 Abs. 2 und 3 VE-BEKJ.

26 Art. 21 Abs. 4 VE-BEKJ.

27 Art. 21 Abs. 6 VE-BEKJ.

28 Art. 21 Abs. 7 VE-BEKJ.

29 BJ (Fn. 3) 9 f.

30 Art. 2 VE-BEKJ.

31 Vgl. Art. 37a VE-VGG; Art. 38a VE-BGG; Art. 103a VE-StPO; Art. 128a VE-ZPO (vgl. Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz [BEKJ] vom 11. November 2020, Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 [VE-BGG], Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 [VE-VGG], Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [VE-ZPO], Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [VE-StPO], Anhang, 15 ff., <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/e-kommunikation.html>> [zuletzt besucht am 19.7.2021]).

32 BJ (Fn. 3) 10.

33 Häner (Fn. 16) Rz. 1; Paul Tschümperlin, Die Justiz auf dem Weg zum elektronischen Dossier. Eine Standortbestimmung, SJZ 2018 313 ff., 318 f.; Ulrich Meyer/Jacques Bühler, Das Projekt *Justitia 4.0*, Justice – Justiz – Giustizia 2019/1 Rz. 4.

34 Art. 37a VE-VGG.

35 Meyer/Bühler (Fn. 33) Rz. 6.

36 Art. 6a Abs. 1 VE-VwVG; vgl. BJ (Fn. 3) 7, 26. Ob die Kantone das BEKJ bezüglich ihrer Verwaltungsverfahren für anwendbar erklären können, wurde bislang kaum diskutiert, scheint aber nicht *per se* ausgeschlossen (vgl. Regierungsrat AR, Eidg. Vernehmlassung, Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz vom 19.2.2021, 7 bzw. 24), wonach für die Kantone die Möglichkeit geprüft werden sollte, *Justitia.Swiss* auch für Verfahren ausserhalb der Justiz zu nutzen (*Justiz- und Sicherheitsdepartement LU*, Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz vom 23.2.2021, 2 bzw. 101), wonach die Nutzung der Plattform von der Projektleitung zumindest für die «verwaltungsinterne kantonale *Verwaltungsgerichtsbarkeit*» in Betracht gezogen werde. Mit einem anderen Verständnis: Regierung SG, Anhang zur Vernehmlassungsantwort «Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz» vom 25.2.2021, 1 bzw. 140, die in der aktuellen Fassung sämtliche Verfahren nach kantonalem Verwaltungsverfahrensrecht ausgeschlossen sieht.

Folgenden E-Government-Plattform). Für die Ausgestaltung und die Funktionen dieser Plattform (Quittungen, elektronische Erfassung von Dokumenten, Fristenregelungen etc.) verweist Art. 6a Abs. 1 VE-VwVG dann allerdings auf das BEKJ.³⁷

III. Problemkreis 1: Parteiautonomie und behördliches Ermessen

A. Aktuelle Regelungen und Praxis

Der ERV und die elektronische Akteneinsicht sind für die Parteien nach dem geltenden VwVG freiwillig.³⁸ Für die Behörde ist die Entgegennahme und Behandlung von ordnungsgemäss übermittelten eGov-Eingaben zwingend.³⁹ Die übrigen elektronischen Verfahrensinstitute setzt sie hingegen nach Ermessen ein. Der Partei kommt weder ein Anspruch auf eine elektronische Eröffnung von Verfügungen⁴⁰ noch ein Anspruch auf elektronische Akteneinsicht zu.⁴¹

Die umfassende Parteiautonomie und das weite Ermessen der Verwaltung führen zu einer stetigen Ungewissheit über das Ausmass der Nutzung durch die anderen Verfahrensbeteiligten. Dies macht den ERV für Parteien wie Behörden unvorhersehbar. Im Ergebnis hat es sich daher für beide Seiten regelmässig kaum gelohnt, die notwendige Infrastruktur, das Fachwissen etc. anzuschaffen bzw. zu erarbeiten. Selbst wenn die Partei alles für den ERV Notwendige vorkehrt, muss sie hinnehmen, dass Behördenmitteilungen und Akten weiterhin postalisch bei ihr eingehen.⁴² Für die Behörden sind Investitionen in den ERV uninteressant, weil Verfügungen – mangels parteilicher Zustimmung – nach wie vor nur in Einzelfällen elektronisch eröffnet werden können. Insofern werden die elektronischen Verfahrensinstitute

37 BJ (Fn. 3) 27.

38 Art. 11b Abs. 2, Art. 26 Abs. 1^{bis}, Art. 34 Abs. 1^{bis} VwVG; vgl. Meyer (Fn. 4) Ziff. IV, m.w.Verw.

39 Art. 21a VwVG i.V.m. der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (VeÜ-VwV) vom 18. Juni 2010 (SR 172.021.2); vgl. Meyer (Fn. 4) Ziff. III.A., m.w.Verw.

40 Meyer (Fn. 4) Ziff. IV; jüngst noch einmal explizit BGer 1B_240/2020 vom 4.6.2021 E. 2.4.1 ff. (zur amtl. Publikation vorgesehen), in Bezug auf die mit den VwVG-Regelungen wortgleichen strafprozessualen Bestimmungen.

41 Meyer (Fn. 4) Ziff. V.

42 Meyer (Fn. 4) Ziff. IV; vgl. Gian Sandro Genna, Der digitale Anwalt – ein Erfahrungsbericht, HAVE 2019 76 ff., 77; vgl. auch Gian Sandro Genna, Sind wir Anwälte fit für die Digitalisierung?, Anwaltsrevue 2017 55 ff., 56; ferner *PrivaSphere*, Vernehmlassungs-Antwort zum «Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ)» vom 23.2.2021, 11 bzw. 587, wonach heute auf elektronische Eingaben in «höchstens 10% der Fälle auch ein rechtskonform digital gestaltetes Urteil oder eine digitale Verfügung» erfolge.

aus Behördensicht bisweilen eher als störende Ausnahmerecheinungen wahrgenommen.⁴³ Die entsprechende mangelnde «mentale Akzeptanz» oder Organisation auf Behördenseite macht den ERV wiederum für die Absender elektronischer Eingaben unattraktiv («Huhn-Ei-Problematik»)^{44,45}

B. Lösungsansätze VE-VwVG

Nach Art. 11b Abs. 2 VE-VwVG hat die Partei, die eine Adresse auf der Zustellplattform angibt, einen Anspruch auf Nutzung der Plattform, sofern sie dies «verlangt». Parteien mit Wohnsitz im Ausland sind darüber hinaus davon befreit, ein Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen, wenn sie über eine eigene Adresse oder die einer Drittperson auf der jeweiligen Plattform erreichbar sind.⁴⁶ Diese Regelungen sollen die grundsätzlich weiterhin freiwillige Nutzung des ERV fördern.⁴⁷ Ähnliches gilt für die Akteneinsicht: Nach Art. 26 Abs. 1^{bis} VE-VwVG wird Personen, die mit der Behörde über die jeweilige Plattform kommunizieren, die Akteneinsicht auf dieser Plattform gewährt.

Im Beschwerdeverfahren sind nach Art. 47a Abs. 1 VE-VwVG Personen, die berufsmässig Parteien vertreten, verpflichtet, die jeweilige Plattform zu nutzen. Abs. 2 präzisiert den persönlichen Anwendungsbereich des Obligatoriums: Als berufsmässig handelnd gilt, wer bereit ist, in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen die Vertretung zu übernehmen (lit. a) oder als Anwältin bzw. Anwalt berechtigt ist, Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden zu vertreten (lit. b). Zu den Personen

43 Vgl. Stephan Jau, E-Justice: Quo vadis?, HAVE 2019 79 ff., 80; Häner (Fn. 16) Rz. 24. Zahlreiche Kantone verzichten in Verwaltungs(gerichts-)verfahren denn auch von vornherein auf den ERV (vgl. etwa Kanton Solothurn, Elektronischer Rechtsverkehr. Zivil- und Strafverfahren, <<https://so.ch/gerichte/informationen/elektronischer-rechtsverkehr>> [zuletzt besucht am 19.7.2021], wonach die Gründe für das Zuwarten sind, dass der elektronische Rechtsverkehr nur von einer verschwindend kleinen Zahl von Anwältinnen, Anwälten und Parteien genutzt wird, sowie «derzeit noch aus technischen Gründen» [VGer SO SOG 2018 Nr. 6 vom 19.6.2018 E. 2 f.]); für den Kanton Wallis vgl. Kanton Wallis, Elektronischer Rechtsverkehr, <<https://www.vs.ch/de/web/tribunaux/communication-electronique>> (zuletzt besucht am 19.7.2021); für den Kanton Graubünden vgl. Justiz Graubünden, Verwaltungsgericht, <<https://www.justiz-gr.ch/gerichte/verwaltungsgericht/ueber-uns/kontakt-und-standort.html>> (zuletzt besucht am 19.7.2021).

44 Martin Dumermuth/Sandra Eberle, E-Justice – Gesetz. Durchbruch für den elektronischen Rechtsverkehr?, Jusletter IT vom 18.5.2017, Rz. 5.

45 Georges Chanson, Augenmass beim ERV. Zwei wichtige Entscheide, Anwaltsrevue 2014 139 ff., 140, der als Beispiel nennt, dass die Eingabe nicht sofort vom Mailserver abgeholt wird, weil die zuständige Person, die das Passwort kennt, gerade frei hat und die zweite in den Ferien weilt; siehe auch *PrivaSphere* (Fn. 42) 2 ff. bzw. 578 ff.

46 Art. 11b Abs. 1 VE-VwVG.

47 BJ (Fn. 3) 28.

nach lit. a gehört etwa die Rechtsvertretung im Asylverfahren gemäss Art. 102 i.V.m. Art. 120i Abs. 4 AsylG⁴⁸. Un-erheblich ist, ob die Vertretung entgeltlich erfolgt oder nicht.⁴⁹ Sachlich vom Obligatorium ausgenommen bleiben Dokumente, die sich aus technischen Gründen nicht für die elektronische Übermittlung eignen.⁵⁰ Reicht eine Person, die dem Obligatorium unterliegt, eine Eingabe auf Papier ein, ist nach Art. 47a Abs. 3 VE-VwVG eine angemessene Frist zur elektronischen Einreichung anzusetzen. Dabei ist anzudrohen, dass die Eingabe sonst unbeachtet bleibt. Diese Regelung ist mit der Nachfristsetzung bei fehlender Unterschrift gemäss Art. 52 Abs. 2 VwVG vergleichbar.⁵¹

C. Zwischenfazit

Die Parteiautonomie bei der Wahl des Kommunikationskanals im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren bleibt weiterhin umfassend gewahrt, was zu begrüssen ist.⁵² Hingegen wird das amtliche Ermessen beschränkt. Die Verwaltung muss mit Parteien, die dies «verlangen», über die Plattform kommunizieren. Im bestehenden System hat sich gezeigt, dass die Behörden, auch wenn die Partei alles Notwendige vorkehrt, relativ konsequent auf die Möglichkeit zur elektronischen Eröffnung verzichtet haben.⁵³ Ein Anspruch der Partei auf elektronische Kommunikation scheint daher sinnvoll, um die Huhn-Ei-Problematik zu durchbrechen. Das separate Erfordernis, dass die Nutzung der Plattform «verlangt» werden muss, ist dabei eine unnötig hohe Hürde. Die Zustimmung zur elektronischen Kommunikation sollte vielmehr möglichst niederschwellig sein (z.B. durch das blosses Setzen eines Hakens oder indem die Versendung einer Eingabe per Plattform als Zustimmung gilt).⁵⁴ Zu berücksichtigen ist dabei immerhin, dass auch eine niederschwellige Zustimmung nicht dazu führen darf, dass die Zustellfiktion der Plattform nach Art. 20 Abs. 2^{ter} VE-VwVG weiter greift, als die bestehende nach Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG. Verfahrenseröffnende Verfügungen bzw.

Mitteilungen, mit denen die Partei nicht rechnen muss, müssen ausgenommen bleiben,⁵⁵ ansonsten werden Parteien mit Plattform-Konten schlechtergestellt.⁵⁶

Konsequenterweise sollten alle Parteien – nicht bloss jene mit Wohnsitz im Ausland – die alternative Wahl zwischen einer postalischen oder einer elektronischen Zustelladresse haben. Eine Ausnahme braucht es – ohnehin auch für Personen mit Wohnsitz im Ausland – für den Fall, dass nach Art. 29 VE-BEKJ physische Beweismittel zurückgesandt werden müssen.⁵⁷ Ferner ist bei der Eröffnung von Verfügungen gegenüber Parteien im Ausland die Souveränität des Wohnsitzstaates zu wahren. Sofern der Wohnsitzstaat eine direkte Zustellung nicht explizit oder zumindest implizit toleriert, ist dies auch über eine elektronische Plattform nicht unproblematisch. Unabhängig von der Zustellungsart gelten Mitteilungen als direkt zugestellt, wenn keine Behörde des ausländischen Staats zwischengeschaltet ist – dies gilt heute namentlich auch bei E-Mails.⁵⁸ Für das Verwaltungsrecht bestehen betreffend die direkte Zustellung regelmässig keine staatsvertraglichen Vereinbarungen,⁵⁹ sodass das Völkerrecht der Tragweite von Art. 11b Abs. 1 VE-VwVG in Bezug auf Parteien im Ausland Grenzen setzen wird.

Das Obligatorium nach Art. 47a VE-VwVG gilt für verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren vor Bundesbehörden sowie für Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht. Nach Art. 37a VE-VGG sind in Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht sämtliche Bestimmungen

48 Asylgesetz (AsylG) vom 26. Juni 1998 (SR 142.31).

49 BJ (Fn. 3) 29.

50 Art. 47a Abs. 4 VE-VwVG.

51 BJ (Fn. 3) 29.

52 Vgl. die Kritik zum Obligatorium im Beschwerdeverfahren sogleich.

53 Meyer (Fn. 4) Ziff. IV. Das Bundesverwaltungsgericht schliesst die elektronische Eröffnung gar explizit aus (vgl. Art. 9 des Ausführungsreglements des Bundesverwaltungsgerichts über den elektronischen Rechtsverkehr mit Parteien [ERV-BVGer] vom 16. Juni 2020 [SR 173.320.6]).

54 Vgl. Bundesverwaltungsgericht, Vernehmlassung: Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 4.3.2021, 9 bzw. 368.

55 Vgl. Patricia Egli, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 20 VwVG N 54 f.

56 Die Forderung, bereits die Adressangabe als generelle Zustimmung zu werten, scheint daher problematisch (vgl. Regierungsrat AG, Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz; Vernehmlassung vom 3.3.2021, 2 f., 11; Regierungsrat ZH, Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, Vernehmlassung vom 3.2.2021, 9 f. bzw. 203 f.; Regierungsrat BL, Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, Vernehmlassungsantwort vom 9.2.2021, 7 f. bzw. 50 f.; Bundesgericht [Fn. 9] 7 bzw. 335, m.Verw.a. Art. 3 des Reglements des Bundesgerichts über den elektronischen Rechtsverkehr mit Parteien und Vorinstanzen [ReRBGer] vom 20. Februar 2017 [SR 173.110.29]) sowie der Vorschlag einer Push-Nachricht bei Laien. Zusätzliche Benachrichtigungen ausserhalb der Plattform über neue Dokumente erfolgen allerdings ohne Gewähr (Art. 22 VE-BEKJ) (vgl. zu diesen Überlegungen auch Regierungsrat BS, Regierungsratsbeschluss vom 9. Februar 2021, Vernehmlassung zum neuen Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt vom 10.2.2021, 4 f. bzw. 57 f.).

57 Vgl. Bundesverwaltungsgericht (Fn. 54) 8 bzw. 367.

58 BVerfGE C-5306/2013 vom 4.3.2015 E. 6.4; Kaspar Plüss, Zustellung verwaltungsrechtlicher Verfügungen ins Ausland. Aktuelle Rechtslage und künftige Entwicklungen, ZBl 2018 455 ff., 456 f.

59 Plüss (Fn. 58) 457.

des BEKJ anwendbar. Somit werden diese Verfahren über *Justitia.Swiss* geführt. Hingegen laufen Verfahren vor den Bundesverwaltungsbehörden – unabhängig von ihrer Stellung im Instanzenzug – über die eigenständige *E-Government-Plattform* nach Art. 6a Abs. 2 VE-VwVG. Ansprüche und Pflichten in Bezug auf die Plattform-Kommunikation unterscheiden sich demnach je nach Verfahrensart wie folgt:

- *Erstinstanzliches (verwaltungsinternes) Verfahren*: Die Nutzung der elektronischen Kommunikation ist für die Parteien wie auch deren berufsmässige Vertretung freiwillig. Die Parteien haben einen Anspruch, dass die Behörden mit ihnen über die *E-Government-Plattform* nach Art. 6a Abs. 2 VwVG kommunizieren.
- *Verwaltungsinternes Beschwerdeverfahren*: Personen, die berufsmässig Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden vertreten, sind verpflichtet, die *E-Government-Plattform* nach Art. 6a Abs. 2 VE-VwVG zu verwenden. Im Übrigen haben die Parteien einen Anspruch auf Nutzung der *E-Government-Plattform*.
- *Beschwerdeverfahren (und Klageverfahren) vor Bundesverwaltungsgericht*: Personen, die berufsmässig Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden vertreten, sind verpflichtet, die *E-Justice-Plattform Justitia.Swiss* zu verwenden. Im Übrigen haben die Parteien einen Anspruch auf Nutzung von *Justitia.Swiss*.

Das Obligatorium gilt demnach nicht nur auf *Justitia.Swiss*, sondern erstreckt sich in verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren auch auf die *E-Government-Plattform*. Das Obligatorium an sich ist nicht unumstritten,⁶⁰ es kann an dieser Stelle aber nicht im Grundsatz bewertet werden. Im Hinblick auf Justizverfahren wird das Obligatorium u.a. dazu führen, dass für die Eintragung

60 Der Zwang zur Nutzung der elektronischen Alternativen schaltet die Parteiautonomie bei der Wahl des Kommunikationskanals aus und tangiert damit verschiedene grundrechtlich geschützte Positionen. Insofern muss ein Obligatorium den Anforderungen von Art. 36 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101) standhalten (vgl. kritisch *Rüesch Rechtsanwälte*, Vernehmlassung zum VE für ein Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz [BEKJ] vom 25.2.2021, 1 f. bzw. 601 [mangelndes öffentliches Interesse]; *ICJ-CH*, Vernehmlassung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz [BEKJ] vom 25.2.2021, 3 f. bzw. 436 f. [Unverhältnismässigkeit]; siehe ferner *SP Schweiz*, Vernehmlassungsantwort zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz [BEKJ] vom 19.2.2021, 5 bzw. 242; *Advokatenkammer Basel*, Vernehmlassungsantwort zum VE für ein Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz [BEKJ] vom 26.2.2021, 11 bzw. 259; *Bernischer Anwaltsverband*, Vernehmlassungsantwort zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz [BEKJ] vom 26.2.2021, 23 bzw. 326).

im Anwaltsregister eine elektronische Zustelladresse auf der «*E-Justiz-Plattform*» (*Justitia.Swiss*) vorausgesetzt ist.⁶¹ Konsequenter wäre freilich, wenn sich berufsmässige Vertreter zwingend auch auf der *E-Government-Plattform* registrieren müssten, ist diese doch ebenfalls vom Obligatorium erfasst. Eine solche doppelte Registrierungspflicht erscheint unpraktikabel.⁶² Das Obligatorium bezieht sich tatsächlich nur auf eine geringe Anzahl Verfahren, die über die *E-Government-Plattform* ablaufen. Zudem lässt es in seiner jetzigen Form die alternative elektronische Übermittlungsformen nach Art. 6a Abs. 3 VE-VwVG und auch gewisse spezialgesetzliche Rechtsmittel ausser Acht.⁶³ Die vorgesehene Tragweite des Obligatoriums mutet für das Verwaltungsverfahren entsprechend beliebig an.⁶⁴ Es ist zu streichen oder grundlegend neu zu konzipieren.⁶⁵

IV. Problemkreis 2: Akten- und Verfahrensführung

A. Aktuelle Regelungen und Praxis

Die elektronische Akte war nicht Bestandteil der Justizreform 2007.⁶⁶ Auch die wenig genutzten elektronischen Institute des VwVG boten für sich kaum Anlass, elektronische Eingänge effizient zu organisieren oder gar durchgängig auf elektronische Aktenführung umzu-

61 Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. e des Vorentwurfs zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 11. November 2020, Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 (VE-Anwaltsgesetz), Anhang, 34, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/e-kommunikation.html>> (zuletzt besucht am 19.7.2021).

62 Vgl. bereits grundsätzlich kritisch zu mehreren Plattformen *Advokatenkammer Basel* (Fn. 60) 11 f. bzw. 259 f.; *Basellandschaftlicher Anwaltsverband*, Vernehmlassungsantwort zum VE für ein Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 26.2.2021, 11 bzw. 294; *Bär & Karrer*, Vernehmlassung zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 26.2.2021, 8 bzw. 281; *FDP. Die Liberalen*, Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, Vernehmlassungsantwort vom 1.3.2021, 2 bzw. 230.

63 Zum Verhältnis *E-Government-Plattform* und andere Übermittlungsarten siehe ausführlich hinten Ziff. V.C.

64 Ein Beispiel: Das Bundesgesetz über den Verkehr mit Tieren und Pflanzen geschützter Arten (BGCITES) vom 16. März 2012 (SR 453) sieht in Art. 24 die Einsprache gegen Verfügungen des Bundesamts für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV) vor. Nach Art. 25 BGCITES unterliegen Verfügungen anderer Bundesbehörden der Beschwerde beim BLV. Ein sachlicher Grund, weshalb das Obligatorium (nur) im zweiten Fall greift, ist nicht ersichtlich. Einsprache- bzw. Beschwerdeentscheide können gleichermaßen beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (ggf. obligatorisch über *Justitia.Swiss*).

65 Im Ergebnis für eine Streichung *Bundesgericht* (Fn. 9) 7 bzw. 335, wonach das Obligatorium einzig im BEKJ und explizit in Bezug auf die *E-Justice-Plattform* festgehalten werden solle.

66 Vgl. *Meyer* (Fn. 4) Ziff. II.

stellen.⁶⁷ Soweit die Verfahrensakten nicht bereits ohnehin digital verarbeitet werden, bedeuten elektronische Eingaben für die Behörden einen Zusatzaufwand, weil erst der Medienbruch⁶⁸ zum Papierdossier überwunden werden muss, bevor die Eingabe weiter bearbeitet werden kann.⁶⁹ Ein entsprechender Abwehrreflex hat sich in der Vergangenheit etwa darin geäussert, dass die Kosten für den Ausdruck einer (ordnungsgemäss erfolgten) elektronischen Eingabe der Partei überbunden wurden oder dass die bestehende Möglichkeit zum Nachfordern der Papierform in kantonaler Praxis offenbar im Sinne eines Automatismus angewendet wurde.⁷⁰ Dies betraf zwar vorab den Art. 130 Abs. 3 aZPO⁷¹, aber auch das VwVG setzt für die Nachforderung in Papierform erst seit der Revision vom 1. Januar 2017 «*technische Probleme*» voraus.⁷² Vorbehalte gegenüber elektronischen Eingaben zeigen sich heute noch: Die technischen Risiken des ERV trägt überwiegend die Partei.⁷³ Zudem bleibt der ERV in der Praxis trotz vorhandener Rechtsgrundlagen regelmässig eine Einbahnstrasse.⁷⁴ Beim Akteneinsichtsrecht sind Medienbrüche zwischen analoger Aktenführung und elektronischem Einsichtsrecht ebenso ein steter

Störfaktor.⁷⁵ Auch auf Seiten der Anwaltschaft verursachen Medienbrüche zusätzlichen Aufwand und dürften oftmals mit ein Grund sein, weshalb oft auf ERV verzichtet wird.⁷⁶ Insgesamt sind die Medienbrüche zwischen elektronischen Instituten und einer grundsätzlich analogen Verfahrens- und Aktenführung wohl ein zentraler Grund, weshalb sich der ERV in der Praxis bislang kaum durchsetzen konnte.⁷⁷

Die elektronische Aktenführung der Bundesverwaltung findet ihre Grundlage heute in Art. 57h RVOG⁷⁸ i.V.m. der GEVER-Verordnung^{79, 80}. Die revidierte GEVER-Verordnung trat am 1. April 2020 in Kraft. Demnach haben die Verwaltungseinheiten des Bundes ihre Akten grundsätzlich elektronisch zu führen.⁸¹ Dokumente, die auf Papier oder in anderer physischer Form eingehen oder erstellt werden, sind elektronisch einzulesen. Ausgenommen sind physische Dokumente, die sich aus technischen Gründen nicht dafür eignen. Das elektronische Dokument wird sodann für die Zwecke der Geschäftsverwaltung als massgebliche Version behandelt.⁸² Vermutungsweise dürfte sich der Grundsatz elektronischer Aktenführung nach GEVER-Verordnung zumindest mittelfristig positiv auf die angesprochene *mentale Akzeptanz* des ERV auswirken. Entsprechende Erfahrungsberichte oder gar empirische Daten bzw. Untersuchungen fehlen allerdings noch.

67 Bundesrat, Bericht in Erfüllung der Motion 12.4139, Pirmin Bischof, SR, 12. Dezember 2012 betr. «Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs» vom 7.12.2015, 8; vgl. Dumermuth/Eberle (Fn. 44) Rz. 5.

68 Unter diesem Begriff wird ein Wechsel des informationstragenden Mediums innerhalb eines Informationsbeschaffungs- oder Informationsverarbeitungsprozesses verstanden (z.B. wenn Daten für eine weitere Verarbeitung gescannt oder ausgedruckt werden müssen). Medienbrüche verlangsamen die Bearbeitung und können die Qualität der Inhalte mindern (z.B. Übertragungsfehler) (vgl. dazu das eindrückliche Beispiel bei Max Baumann, Beweisführung mit eingescannten Dokumenten?, Anwaltsrevue 2015 86 f.: Ein Softwarefehler bei der Datenkompression hatte bei Scannern dazu geführt, dass eingeleseene Dokumente mit veränderten Zahlen abgespeichert und wiedergegeben wurden.).

69 Chanson (Fn. 45) 141 f.; vgl. auch die explizite Regelung des Papierausdrucks in Art. 12 VeÜ-VwV.

70 Chanson (Fn. 45) 141; ferner Jau (Fn. 43) 80; Genna (Fn. 42) 58; Bundesrat (Fn. 67) 8.

71 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272), i.d.F. vom 1.1.2016. Die Tragweite von Art. 130 Abs. 3 aZPO war durchaus umstritten (vgl. KGer SZ ZK2 2013 55, 56 vom 21.1.2014).

72 Art. 21a Abs. 4 lit. c VwVG. Nach Art. 7 ERV-BVGer gilt vor Bundesverwaltungsgericht allerdings bereits als technisches Problem, wenn die elektronische Eingabe nicht ausgedruckt werden kann. Auf kantonaler Ebene bestehen heute noch voraussetzungslose Nachforderungsmöglichkeiten (vgl. Art. 11^{bis} Abs. 3 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP SG] vom 16. Mai 1965 [sGS 951.1]; dazu Adrian Rufer, in: Salim Rizvi/Benjamin Schindler/Urs Peter Cavelti (Hrsg.), Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen (VRP), Art. 11^{bis} VRP SG N 6.

73 Meyer (Fn. 4) Ziff. III.D.

74 Vgl. vorne Ziff. III.A. Fn. 24.

75 Genna (Fn. 42) 57 f.; Häner (Fn. 12) 30 f. Ein Beispiel aus der Praxis: Im Rahmen der elektronischen Akteneinsicht stellt der Beschwerdeführer fest, dass die Daten auf gewissen Dokumenten nicht stimmen können. Dieser Umstand wird sodann Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, wo sich herausstellt, dass sich die monierten Daten auf die Erstellung des elektronischen Dossiers und nicht auf die Erstellung der Dokumente selbst beziehen. Das elektronische Dossier wurde nämlich erst infolge des Akteneinsichtsgesuchs überhaupt erstellt (AppGer BS VD.2018.44 vom 22.3.2019 E. 1.6).

76 Vgl. Häner (Fn. 16) Rz. 6. Die absehbaren Entwicklungen rund um Justitia 4.0 treiben allerdings auch die Digitalisierung auf Seiten der Anwaltschaft voran (vgl. Alexander Frei/Matthias Kessler, IT-Umstellung in der Anwaltskanzlei – Ein Erfahrungsbericht, Anwaltsrevue 2021 263 ff., 266; Daniel Hürlimann/Martin Steiger, Auf dem Weg zur digitalen Anwaltskanzlei trotz Berufsgeheimnis und Datenschutz, Anwaltsrevue 2021 199 ff., 199).

77 Vgl. für die kantonale Ebene PK VRP SG–Rufer (Fn. 72) Art. 11^{bis} VRP SG N 7.

78 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997 (SR 172.010).

79 Verordnung über die elektronische Geschäftsverwaltung in der Bundesverwaltung (GEVER-Verordnung) vom 3. April 2019 (SR 172.010.441).

80 Häner (Fn. 12) 27.

81 Art. 2 Abs. 1 GEVER-Verordnung.

82 Art. 5 GEVER-Verordnung.

B. Lösungsansätze VE-VwVG

Aus Art. 6a Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 28 VE-BEKJ ergibt sich eine amtliche Pflicht zur Digitalisierung physischer Akten. Darüber hinaus hält Art. 6b VE-VwVG explizit fest, «[d]ie Behörden führen alle Akten elektronisch und geben sie elektronisch weiter. Ausgenommen sind Akten, die sich aus technischen Gründen nicht dafür eignen». Die Pflicht zur Digitalisierung trifft damit – das Obligatorium vorbehalten – die Behörde, nicht aber Private.⁸³ Die sachliche Ausnahme soll sicherstellen, dass nicht digitalisierbare Beweismittel (z.B. Tatwaffe) oder Beweismittel, die ihren Beweiswert einbüßen würden (z.B. Unterschrift, die im Verdacht steht, gefälscht zu sein), weiterhin physisch erhalten bleiben.⁸⁴

Eine Nachreichung in Papierform darf nach Art. 21a Abs. 3 VE-VwVG nur noch in zwei Situationen verlangt werden: wenn technische Probleme auftreten, die eine Bearbeitung innert nützlicher Frist gefährden (lit. a) oder wenn dies zur Überprüfung der Echtheit oder zur weiteren Verwendung benötigt wird (lit. b).

Die Umstellung auf die E-Verwaltungsakte zieht ferner eine Änderung des Akteneinsichtsrechts nach sich. Grundsätzlich sollen die Akten der Anwaltschaft wie auch den übrigen Verfahrensparteien über die Plattform zugestellt werden.⁸⁵ Akten können zwar weiterhin bei der Behörde eingesehen werden, die Einsichtnahme erfolgt aber auch hier grundsätzlich in elektronischer Form (Computer, Tablet o.Ä.).⁸⁶

C. Zwischenfazit

Die Regelungen zur E-Verwaltungsakte nach VE-VwVG i.V.m. VE-BEKJ sind mit den bestehenden Normen des Organisationsrechts noch abzustimmen. So überschneiden sich die Regelungen zur Digitalisierung und Rücksendung von Akten nach Art. 28 f. VE-BEKJ teilweise mit

der revidierten GEVER-Verordnung.⁸⁷ Mit der E-Verwaltungsakte wird das elektronische Verfahren jedenfalls um einen zentralen Pfeiler ergänzt. Zahlreiche Medienbrüche zu den elektronischen Verfahrensinstituten werden damit ausgeräumt. Demgegenüber muss bei Papiereingaben der Medienbruch nun jeweils erst überwunden werden (z.B. durch Scannen), was – insbesondere soweit Laien am Verfahren beteiligt sind – erheblichen Aufwand verursacht.⁸⁸ Dies dürfte im Allgemeinen Entwicklungen begünstigen, die die Nutzung des ERV favorisieren (z.B. durch *Nudging* über die Gebührenregelung).⁸⁹

Auch die E-Verwaltungsakte ist an den aus Art. 5 BV abgeleiteten allgemeinen Grundsätzen der Aktenführung zu messen (Aktenwahrheit, Aktenvollständigkeit, Aktenklarheit, Aktenbeständigkeit).⁹⁰ Darüber hinaus birgt die Digitalisierung Potenzial, die Aktenführung effizienter zu gestalten, die Qualität der Akten zu verbessern und damit auch das Akteneinsichtsrecht zu stärken.⁹¹ Fragen werfen Konstellationen auf, in denen der Partei bzw. ihrem Anwalt das Recht auf Kopien respektive die Zustellung der Originalakten zukommt.⁹² Bestehen diese Ansprüche im ausserobligatorischen Bereich fort? Oder können entsprechende Begehren mit dem Hinweis auf die Möglichkeit zur Einsicht per Plattform abgewiesen werden? Ferner ist noch un geregelt, wie nicht auf der Plattform registrierten Parteien im Ausland das Akteneinsichtsrecht gewährt wird.⁹³

87 Zudem knüpft Art. 5 RVOG bei der elektronischen Erfassung auch an das Erfordernis der Geschäftsrelevanz ab, was in Art. 6b VE-VwVG keine Erwähnung findet. Die Ausnahme nach Art. 5 RVOG wird trotz ähnlichen Wortlauts wie in Art. 6b VE-VwVG offenbar weiter verstanden (z.B. auch übergrosse Formate [vgl. *Bundeskanzlei* {BK}, Erläuterungen zur Verordnung betr. «Verordnung über die elektronische Geschäftsverwaltung in der Bundesverwaltung {GEVER-Verordnung; SR 172.010.441}» vom 3. April 2019, 11]). Über den verfahrensrechtlichen Blickwinkel hinaus ist zu bedenken, dass die Aktenführungspflicht nicht nur die Akteneinsicht gewährleistet, sondern auch anderen Zielen dient; etwa dem Informationsmanagement, der Planung, dem Controlling und der Aufsicht sowie der Rechenschaftsablage gegenüber Dritten (*Andreas Jörger*, Aktenführungspflicht und Modalitäten der Akteneinsichtnahme im Verwaltungsverfahren, *Anwaltsrevue* 2019 479 ff., 479, 481).

88 Vgl. aus Sicht der erstinstanzlichen Gerichte *Konferenz der Gerichte SG*, Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, Vernehmlassung vom 10.2.2021, 2 f. bzw. 447 f.

89 Vgl. in diese Richtung *Kanton Zürich*, Normkonzept «Rechtliche Grundlagen für elektronischen Geschäftsverkehr» (DigiLex) vom 18. Januar 2021, 18 f.

90 *Roger Peter*, Die Aktenführungspflicht im Sozialversicherungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens, Jusletter vom 14.10.2019, Rz. 14 ff.; vgl. auch *Jörger* (Fn. 87) 480 ff.

91 Indem beispielsweise Aktenstücke automatisch klassifiziert oder Inhaltsverzeichnisse erstellt werden (*Jörger* [Fn. 87] 482, 485).

92 *Jörger* (Fn. 87) 483 f.; vgl. BGE 131 V 35 E. 4.2, in: *Pra* 2006 Nr. 47; BGE 126 I 7 E. 2b, in: *Pra* 2001 Nr. 157.

93 Etwa durch elektronische Einsichtnahme bei einer schweizerischen Auslandsvertretung (vgl. *Bundesverwaltungsgericht* [Fn. 54] 9 bzw. 368).

83 *BJ* (Fn. 3) 27.

84 *BJ* (Fn. 3) 27.

85 Art. 26 Abs. 1^{bis} VE-VwVG; *BJ* (Fn. 3) 29.

86 Art. 26 Abs. 1 VE-VwVG; *BJ* (Fn. 3) 28.

Den Umfang der E-Verwaltungsakte gilt es noch zu präzisieren. In verschiedenen Vernehmlassungsworten wird zu Recht gefordert, der Gesetzestext von Art. 6b VE-VwVG solle klarer vermitteln, dass nur Akten von der Digitalisierung ausgenommen sind, deren Weiterführung in der E-Verwaltungsakte technisch unmöglich bzw. sinnlos ist.⁹⁴ In diesem Zusammenhang ist auch die sachliche Ausnahmeregelung des Obligatoriums nach Art. 47a Abs. 4 VwVG zu präzisieren. Sind die beiden Ausnahmen deckungsgleich? Müssen also sämtliche elektronischen Akten i.S.v. Art. 6b VE-VwVG von den berufsmässigen Vertretern digitalisiert werden? Oder geht diese Ausnahme weiter und es liegt auch im obligatorischen Bereich an der Behörde, Dokumente, die aufgrund ihres Formats oder Designs mit üblichen Scannern nur schwer digitalisiert werden können, elektronisch zu erfassen?

Die Ausnahmen nach Art. 21a Abs. 3 VE-VwVG, in denen eine Nachreichung in Papierform verlangt werden darf, können gestrichen werden.⁹⁵ Es scheint sinnvoller, organisatorisch sicherzustellen, dass technische Probleme innert nützlicher Frist behoben werden (jedenfalls schneller als eine postalische Nachreichung inkl. Nachfrist und Versanddauer). Die zweite Ausnahme ist bereits durch Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 52 BZP⁹⁶ abgedeckt; geht es doch tatsächlich nicht darum, dass ein Ausdruck oder eine Kopie nachgereicht wird, sondern vielmehr um die Einreichung des Originals.

V. Problemkreis 3: Faktische Zugangsschranken

A. Aktuelle Regelungen und Praxis

Der ERV sowie die elektronische Akteneinsicht unterliegen aktuell verschiedenen faktischen Zugangsschranken, die sich vorab aus der Komplexität der Anwendung ergeben. Spezifisches technisches wie auch rechtli-

ches *Know-how* sind vorausgesetzt. Es bestehen zahlreichen Fallstricke (z.B. richtige Signierung, limitierte Dateigrößen oder die Handhabung unterschiedlicher Quittungen).⁹⁷ Die Überwindung dieser Schwierigkeiten verursacht Kosten bzw. dürfte Laien regelmässig überfordern. Zudem muss für die Nutzung des ERV eine besondere Infrastruktur angeschafft und unterhalten werden. So erweist sich bereits die Verwendung der elektronischen Signatur als wenig benutzerfreundlich und als Kostenfaktor, insbesondere wenn sie nicht regelmässig genutzt wird.⁹⁸ Unter diesen Vorzeichen zügelt die Macht der Gewohnheit i.V.m. der gut funktionierenden Schweizerischen Post das Verlangen der Akteure, auf eine (komplexe) elektronische Alternative umzusteigen.⁹⁹ Dass *E-Government* hingegen genutzt wird, wenn die faktischen Zugangsschranken gering sind, zeigt sich anhand von Einzelbeispielen bereits heute.¹⁰⁰

Die korrekte und effiziente Anwendung des ERV wird zudem durch die Rechtsunsicherheit erschwert, die als Folge der Rechtszersplitterung bzw. der unübersichtlichen Rechtsgrundlagen auftritt.¹⁰¹ So ergeben sich die Modalität einer *eGov*-Eingabe an eine Bundesverwaltungsbehörde grundsätzlich aus dem VwVG i.V.m. VeÜ-VwV i.V.m. dem Onlineverzeichnis des BJ.¹⁰² Je nach Rechtsgebiet bestehen weitere erhebliche Unterschiede: Während die Digitalisierung des Zollverfahrens etwa bereits weit über die allgemeinen Institute des VwVG hinaus fortge-

94 In diesem Sinne BJ (Fn. 3) 27; siehe auch *Regierungsrat GR*, Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 23.2.2021, 3 bzw. 90; *Landammann und Regierungsrat NW*, Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, Stellungnahme vom 23.2.2021, 6 bzw. 130; *Regierungsrat ZH*, RRB Nr. 100/2021, Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, Vernehmlassung vom 3.2.2021, 9 bzw. 203.

95 So im Ergebnis auch *Landammann und Regierungsrat NW* (Fn. 94) 6 bzw. 130; *KKJPD*, Entwurf für ein neues Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, Stellungnahme des Vorstandes der KKJPD vom 5.2.2021, 7 bzw. 468.

96 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP) vom 4. Dezember 1947 (SR 273).

97 Vgl. *Meyer* (Fn. 4) Ziff. III.

98 *Bundesrat* (Fn. 67) 8; *Piesbergen* (Fn. 10) 21; vgl. zu den vorab nötigen Vorkehrungen *Laurent Merz*, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar. Bundesgerichtsgesetz*, 3. A., Basel 2018, Art. 42 BGG N 82 ff.

99 *Jau* (Fn. 43) 80; vgl. auch *Häner* (Fn. 12) 23, 33; *Piesbergen* (Fn. 10) 21.

100 Etwa die *eServices* für Kurzarbeitsentschädigung des SECO (Staatssekretariat für Wirtschaft [SECO], *eServices* und Formulare für Kurzarbeitsentschädigung, <<https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/formulare/fuer-arbeitgeber/kae-covid-19.html>> [zuletzt besucht am 19.7.2021]). Auf kantonaler Ebene diverse Online-Steuererklärungen (vgl. nur *SDA/lop*, Die neue Zürcher Steuererklärung sorgt für begeisterte Zuschriften, *Tages-Anzeiger* vom 6.4.2021). Vor allem einfache Formularprozesse dürften die Benutzerfreundlichkeit steigern (siehe mit weiteren Beispielen *Häner* [Fn. 12] 27 f.).

101 Vgl. *Andreas Glaser/Marco Ehrat*, *E-Government-Gesetzgebung durch die Kantone. Integration in die Verfahrenskodifikation oder Auslagerung in Spezialerlasse?*, *LeGes* 3/2019 Nr. 5, Rz. 41, m.w.Verw.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl 1965 II 1348 ff., 1353 f.

102 Wobei das Online-Verzeichnis wiederum relativ unübersichtlich und uneinheitlich ist (vgl. *Meyer* [Fn. 4] Ziff. III.A.). Vor dem Bundesverwaltungsgericht ergeben sich die einschlägigen Regelungen aus Art. 31 VGG i.V.m. Art. 21a VwVG i.V.m. ERV-BVGer i.V.m. VeÜ-VwV.

schritten ist,¹⁰³ läuft das erleichterte Einbürgerungsverfahren noch weitgehend analog ab.¹⁰⁴ In Verfahren nach ATSG¹⁰⁵ ist der elektronische Verkehr nicht vorgesehen. Der Bundesrat könnte nach Art. 55 Abs. 1^{bis} ATSG die entsprechenden Normen des VwVG für anwendbar erklären, hat dies aber unterlassen.¹⁰⁶ Gleichwohl – oder gerade deswegen –¹⁰⁷ war die elektronische Kommunikation in Verfahren nach ATSG immer wieder Streitpunkt.¹⁰⁸

Ein weiteres faktisches Hindernis ist das gegenüber dem Postweg gesteigerte Haftungsrisiko im elektronischen Fristenregime.¹⁰⁹ Für die Ausreizung der Frist sind elektronische Eingaben in ihrer heutigen Form nicht geeignet, vielmehr muss sich der Absender für den Fall von technischen Problemen, «*lequel pouvait toujours survenir avec un système informatisé*»,¹¹⁰ stets die Möglichkeit der fristgerechten Posteingabe offenhalten.¹¹¹

103 Dazu *Nadja Braun Binder*, Der Untersuchungsgrundsatz als Herausforderung vollautomatisierter Verfahren, zsis) 2/2020 Rz. 16 ff.; BVGE 2015/35 E. 3.3.3 f., E. 5.2. Weitere Beispiele: Für das Zivildienstverfahren besteht das Portal *E-ZIVI* (WBF, E-ZIVI – das Portal für den Zivildienst, <ezivi.admin.ch> [zuletzt besucht am 19.7.2021]), über das u.a. auch Verfügungen eröffnet werden (vgl. BVGer B-2372/2018 vom 23.6.2018 [Dass-Entscheid]). Über die Online-Plattform *ePortal* des EFD werden verschiedenen Dienstleistungen vorab im Bereich des Steuerrechts angeboten (z.B. Einreichung der Mehrwertsteuerabrechnung) (EFD [Fn. 1]).

104 So kann das Gesuchsformular zwar per E-Mail beim SEM angefordert werden. Das Formular wird dann aber per Post zugestellt und sei vollständig ausgefüllt auf dem Postweg beim SEM einzureichen (SEM, Ausländerinnen und Ausländer der dritten Generation, <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/integration-einbuengerung/schweizer-werden/3-generation.html> [zuletzt besucht am 19.7.2021]); vgl. *Andreas Glaser*, Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ 2018 181 ff., 186 f.; siehe ferner *Marcos de Moraes Sousa*, eJustice in der Schweiz. Projekt Justitia 4.0 aus der Perspektive von Richtern, Justizmanagern und IT-Verantwortlichen, Justice – Justiz – Giustizia 2020/4 Rz. 27.

105 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1).

106 BGE 142 V 152 E. 2.4; vgl. BGER 8C_455/2016 vom 10.2.2017 E. 2 f.

107 Vgl. *Glaser/Ehrat* (Fn. 101) Rz. 42, die Spezialerlasse, welche allgemeine Verfahrenserlasse derogieren und Suggestivgesetzgebung auf kantonaler Ebene als besonders problematisch identifiziert haben.

108 Vgl. BGE 142 V 152 E. 2.4; BGER 8C_455/2016 vom 10.2.2017 E. 2 f.; BVGer C-6692/2013 vom 22.12.2014 E. 3.3.4; BVGer C-947/2011 vom 27.11.2012 E. 7.3.

109 *Häner* (Fn. 12) 24. Wobei das Risiko unter der alten Fassung des Art. 21a Abs. 3 VwVG dem Absender noch weitgehender aufgebürdet wurde (vgl. *Meyer* [Fn. 4] Ziff. III.D.). In den AGB weisen *IncaMail* wie auch *PrivaSphere* darauf hin, dass die Verwendung der Plattform zum Zwecke der Wahrung von Fristen ausschliesslich auf Nutzen und Gefahr des Kunden erfolgt und insbesondere nicht auf einen störungs- bzw. unterbrechungsfreien Ablauf vertraut werden darf (siehe bereits *Roger Bieri*, Auch das ist ERV: Rundschau in den AGB der Betreiber, Anwaltsrevue 2013 393 ff., 393 f.). Das Bundesverwaltungsgericht hat überdies in Art. 8 ERV-BVGer einen expliziten Haftungsausschluss festgehalten.

110 BGER 6B_691/2012 vom 21.3.2013 E. 1.4.

111 *Meyer* (Fn. 4) Ziff. III.D.; siehe auch *Bieri* (Fn. 109) 393 f., 397; *Häner* (Fn. 12) 38.

B. Lösungsansätze VE-VwVG

Die Bundesverwaltungsbehörden dürfen ihre Verfahren nicht über *Justitia.Swiss* durchführen, weil es sich bei verwaltungsinternen Verfahren nicht um «*Justizverfahren im engeren Sinn*» handelt.¹¹² Für die Bundesverwaltungsverfahren wird eine separate *E-Government*-Plattform geschaffen,¹¹³ die in ihrer Funktionsweise aber der *E-Justice*-Plattform entspricht.¹¹⁴ Weil im Verkehr über die Plattform die Authentifizierung sichergestellt ist, muss die elektronische Eingabe dort nicht mehr elektronisch unterzeichnet werden. Dieser Änderung tragen auch die neuen Formulierungen von Art. 52 Abs. 1 und 3 VE-VwVG Rechnung.¹¹⁵ Art. 6a Abs. 3 VE-VwVG sieht zudem vor, dass mit Einwilligung der Partei auch eine «*andere Übermittlungsart*» verwendet werden darf. Dabei muss gewährleistet bleiben, dass die Partei eindeutig identifiziert, der Zeitpunkt der Übermittlung eindeutig festgestellt und die Integrität und Sicherheit der Sendung sichergestellt ist (also z.B. durch bestehende anerkannte Zustellplattformen).¹¹⁶ Mit Art. 34 Abs. 1^{bis} VE-VwVG wird ergänzt, dass der Bundesrat das Format regelt, indem die Dokumente per Plattform übermittelt werden.

Die Auslösung des Fristenlaufs bei elektronischer Eröffnung bleibt prinzipiell gleich. Art. 20 Abs. 2^{ter} VE-VwVG verknüpft den Zeitpunkt der Zustellung einer Sendung an die Partei mit der Abrufquittung. Diese wird nach Art. 21 Abs. 6 VE-BEKJ für jede Adressatin separat ausgestellt, sobald sie das Dokument abrufen. Art. 20 Abs. 2^{ter} VE-VwVG verankert ferner die Zustellfiktion nach siebentägiger Frist explizit für die Übermittlung *per* Plattform. Ob die Frist gewahrt ist, bestimmt sich gemäss Art. 21a Abs. 1 VE-VwVG anhand der Eingangsquittung. Diese stellt die Plattform aus, wenn sie die Dokumente entgegennimmt.¹¹⁷ Ist die Plattform am letzten Tag der Frist nicht erreichbar, tragen die Absender das Übermittlungsrisiko neu nur noch insofern, als sie diese Nichterreichbarkeit glaubhaft machen müssen. Die Frist verlängert sich in diesen Fällen bis zu dem Werktag, der auf den Tag folgt, an dem die Plattform erstmals wieder nutzbar ist.¹¹⁸

112 *BJ* (Fn. 3) 26.

113 Art. 6a Abs. 2 VE-VwVG.

114 Vgl. vorne Ziff. II.B.

115 *BJ* (Fn. 3) 30.

116 *BJ* (Fn. 3) 27.

117 Art. 21 Abs. 4 VE-BEKJ.

118 Art. 25 VE-BEKJ.

C. Zwischenfazit

Die separate Plattform für verwaltungsinterne Verfahren wird zwar mit dem Argument der Gewaltenteilung begründet, eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern die Nutzung derselben Plattform bzw. eine einheitliche Trägerschaft die Gewaltenteilung gefährdet, fehlt allerdings.¹¹⁹ Dies gilt umso mehr, als die *E-Justice*-Plattform selbst im Verwaltungsstrafverfahren von den Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichten gleichermaßen genutzt werden soll.¹²⁰ Auch der Verweis kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze auf das BEKJ wird nicht ausgeschlossen.¹²¹ Der blosse Hinweis auf die Gewaltenteilung ist daher kaum überzeugend. Es bedürfte vielmehr weiterer Untersuchungen, welche Kriterien für eine Differenzierung in Bezug auf die Plattform-Trägerschaft massgebend sein sollen.¹²² So bestehen etwa gewichtige ausserrechtliche Argumente, die gegen eine einzige Plattform für den gesamten Verwaltungs- und Verwaltungsjustizapparat sprechen. Die Konzentration auf eine Plattform schafft einen *single point of failure*. Bei technischen Problemen wird das gesamte System lahmgelegt. Damit wird eine umfassende, zentrale Plattform auch für Cyberattacken (z.B. Terrorismus oder Erpressung) attraktiver.¹²³

119 Vgl. *Advokatenkammer Basel* (Fn. 60) 11 f. bzw. 259 f.; siehe allerdings *Bundesgericht* (Fn. 9) 5 f. bzw. 333 f., wonach der Umstand, dass das verwaltungsinterne Verfahren ebenfalls geregelt werden soll, nicht dazu führen darf, dass die Zuständigkeiten vermengt werden. Befürwortet wird daher eine Klarstellung, dass sich die Kompetenz nach Art. 6a Abs. 2 VE-VwVG auf aussergerichtliche Verfahren beschränkt. Ansonsten wird etwa dem Bundesverwaltungsgericht die Kompetenz genommen, selbst über die zulässigen Formate zu entscheiden (vgl. Art. 21a Abs. 2, Art. 34 Abs. 1^{bis} VE-VwVG; *Bundesverwaltungsgericht* [Fn. 54] 9 f. bzw. 368 f.).

120 Art. 31a des Vorentwurfs zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 11. November 2020, Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VE-VStrR), Anhang, 28 ff., <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/e-kommunikation.html>> (zuletzt besucht am 19.7.2021).

121 Vorne II.B. Fn. 36.

122 Die Aufspaltung in zwei Plattformen stösst vor allem bei der Anwaltschaft auf Kritik (vgl. *Baader Rechtsanwälte*, Vernehmlassung/Stellungnahme zum VE für ein Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz [BEKJ] vom 3.3.2021, 9 bzw. 272); *Bär & Karrer* (Fn. 62) 8 bzw. 281; *Basellandschaftlicher Anwaltsverband* (Fn. 62) 11 bzw. 194; *Bernischer Anwaltsverband* (Fn. 60) 23 f. bzw. 326 f.; *Schweizer Notarenverband*, Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 26.2.2021, Ziff. 3 bzw. 613.

123 Vgl. *PrivaSphere* (Fn. 42) 11 bzw. 587; *pEp Foundation*, Vernehmlassungsantwort VE-BEKJ: Kritik an hochzentralisierter Justizplattform vom 26.2.2021, 2 bzw. 555; *ICJ-CH* (Fn. 60) 7 bzw. 440; siehe auch *Regierungsrat ZG*, Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ), Vernehmlassung des Kantons Zug vom 23.2.2021, 3 bzw. 190, wonach zur Senkung des Risikos der Zugang nicht nur über das Internet, sondern auch über das Bundesnetz (*KOMBV-KTV*) gewährleistet werden soll.

Zudem sind Verwaltungsverfahren gegenüber Justizverfahren weit heterogener. Der *E-Government*-Plattform kann daher nur schwer derselbe Stellenwert wie *Justitia.Swiss* als *One-Stop-Shop* eingeräumt werden. Art. 6a Abs. 3 VE-VwVG ermöglicht dementsprechend den Behörden in ihrem Zuständigkeitsbereich, auch alternative Übermittlungskanäle anzubieten (z.B. für Steuern, Zoll, Bewilligungen etc.).¹²⁴ Diese technologieneutrale Offenheit für massgeschneiderte Lösungen ist prinzipiell sinnvoll. Bislang haben sich in der Verwaltung vor allem bereichsspezifische Digitalisierungsprojekte als erfolgversprechend erwiesen.¹²⁵ Das Verhältnis zwischen der *E-Government*-Plattform und den anderen Übermittlungsarten scheint insgesamt wenig durchdacht. Der Anspruch der Partei auf ERV bezieht sich nur auf die *E-Government*-Plattform.¹²⁶ Die Regelungen zur Fristwahrung nach Art. 21a Abs. 1 VE-VwVG sind spezifisch auf die Plattform gemäss Art. 6a Abs. 2 VE-VwVG i.V.m. VE-BEKJ zugeschnitten. Für das Justizverfahren mit dem *One-Stop-Shop Justitia.Swiss* ist dies folgerichtig. Für andere Übermittlungsarten nach Art. 6a Abs. 3 VE-VwVG, die keine entsprechende Quittung ausstellen, würde im Zweifel aber wiederum ein strenges Empfangsprinzip gelten.¹²⁷ Auch die einheitliche Formatvorgabe durch den Bundesrat bezieht sich nur auf die Plattform.¹²⁸ Entsprechendes gilt selbst für das Obligatorium nach Art. 47a VE-VwVG, das sich auf die «jeweilige Plattform» (*Justitia.Swiss* bzw. *E-Government*-Plattform) bezieht – was alternative Lösungen im obligatorischen Bereich faktisch ausschliesst.

Darüber hinaus ist im ERV des Verwaltungsverfahrens der informelle elektronische Verkehr mitzudenken. Soweit keine Formvorschriften bestehen bzw. es sich nicht um eine eigentliche Verfahrenshandlung handelt, sind neben den Verfahrensinstituten nach Art. 6a VwVG insbesondere gewöhnliche E-Mails zulässig bzw. in der Verwaltungspraxis weit verbreitet.¹²⁹ Im Konzept des VE-VwVG bleibt die informelle elektronische Kommunikation unberücksichtigt, sodass ein Grossteil der Verfahrenskommunikation (Stellungnahme, Eingaben von Beweismitteln bis hin zu Fristerstreckungsgesuchen)

124 *BJ* (Fn. 3) 27.

125 Vgl. die Hinweise in Fn. 1 und Fn. 100. Bereichsspezifische Projekte sind auch der Grund, weshalb der Verweis von Art. 55 Abs. 1^{bis} ATSG auf den ERV nach VwVG gestrichen werden soll (*BJ* [Fn. 3] 42 f.).

126 Vgl. Art. 11b Abs. 2 VE-VwVG.

127 Vgl. dazu *Meyer* (Fn. 4) Ziff. III.D.

128 Art. 34 Abs. 1^{bis} VE-VwVG.

129 *Meyer* (Fn. 4) Ziff. III.B.; vgl. auf kantonalen Ebene *Kanton Zürich* (Fn. 89) 13 f.

weiterhin derart ablaufen dürfte, ohne an die gesetzlichen Verfahrensinstitute angeschlossen zu sein. Namentlich die Attraktivität der Plattform wird hierunter leiden, da sie in wenig formstrengen Verfahren faktisch auf eine elektronische Zustelladresse für Verfügungen reduziert wird.

Das aktuell unattraktive Fristenregime («*abgeschwächtes Übergabeprinzip*»)¹³⁰ wird insofern entschärft, als der Absender von technischen Risiken der Plattform befreit wird, wenn er deren Nichterreichbarkeit glaubhaft machen kann. Der erläuternde Bericht des BJ stellt klar, dass die Nichterreichbarkeit nicht unbedingt mit einer Störung an der Plattform selbst zusammenhängen muss. Störungen können an beliebigen Punkten des Netzwerks auftreten.¹³¹ Wie extensiv die Regelung tatsächlich ist, bleibt aber undurchsichtig. Das Gesetz selbst äussert sich dazu nicht weiter. Störungen bei Dritten (z.B. *Internetprovider*) müssten wohl erfasst sein. Aber wie verhält es sich etwa mit Störungen im *IT*-System der Partei?¹³² Nach Art. 25 Abs. 1 VE-BEKJ sollen jedenfalls nur Störungen am letzten Tag der Frist relevant sein. Die Bedeutung von Dauer und Zeitpunkt der Nichterreichbarkeit bleibt darüber hinaus im Dunkeln.¹³³ Die Voraussetzungen der Fristerstreckung sollten vom Gesetzgeber klarer umschrieben werden. Auch die Beweiserbringung könnte zumindest anhand von Beispielen weiter konkretisiert werden.¹³⁴

Die Systematik der elektronischen Verfahrensinstitute im VwVG wird mit der Revision nicht überarbeitet, so dass die Lesbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Bestimmungen weiter leidet.¹³⁵ Dass die Rechtsfindung verkompliziert wird, zeigt sich exemplarisch bei den Fristenregelungen, die zwischen VwVG und BEKJ (plus allfälligen Sachgesetzen) aufgeteilt sind.¹³⁶ So ist nach Art. 25 VE-BEKJ das Recht des Kantons, in dem die verfahrensleitende Behörde ihren Sitz hat, massgebend, um die Feiertage zu bestimmen. Nach Art. 6a Abs. 1 VE-

VwVG geht aber Art. 20 Abs. 3 VwVG vor. Demnach ist das Recht des Kantons massgebend, in dem die Partei oder ihr Vertreter Wohnsitz oder Sitz hat.

VI. Schlussfolgerungen

Die bestehenden elektronischen Verfahrensinstitute des VwVG konnten sich bis heute nicht substanziell durchsetzen. Die Gründe für diese Entwicklung können auf drei Problemkreise zurückgeführt werden, die eng zusammenhängen: Erstens die Parteiautonomie und das behördliche Ermessen beim Einsatz der elektronischen Institute (Huhn-Ei-Problematik); zweitens die bis vor kurzem im Grundsatz analoge Akten- und Verfahrensführung. Und drittens erschweren verschiedene faktische Zugangsschranken die Anwendung.

Der aktuelle Anlauf zur Digitalisierung des Bundesverwaltungsverfahrens geschieht im Windschatten des Projekts *Justitia 4.0* und teilweise gestützt auf den entsprechenden Mantelerlass (BEKJ). Die identifizierten Problemkreise werden dadurch grundsätzlich angegangen. Der Partei wird ein Anspruch auf ERV und elektronische Akteneinsicht eingeräumt. Mit der E-Verwaltungsakte werden Medienbrüche ausgeräumt und darüber hinaus werden gewisse faktische Zugangsschranken abgebaut (Verminderung des Haftungsrisikos, Abschaffung des Erfordernisses der elektronischen Signatur, Festlegung eines einheitlichen Formats durch den Bundesrat).

Die starke Orientierung am E-Justizverfahren hat aber zur Folge, dass dem bestehenden Verwaltungsverfahren- und Organisationsrecht sowie den Besonderheiten des Verwaltungsverfahrens (heterogene Verfahren, wenig Formstrenge, Laienfreundlichkeit) bislang nur unzureichend Rechnung getragen wird. Insbesondere das Verhältnis zwischen der geplanten *E-Government-Plattform* (die funktional dem *One-Stop-Shop Justitia Swiss* folgt) und den «*anderen Übermittlungsformen*» (die massgeschneiderte Lösungen ermöglichen) bleibt diffus. Die neuen Verfahrensregeln (Fristen, Obligatorium, Anspruch auf ERV und elektronische Akteneinsicht) sind grundsätzlich auf die Plattform ausgerichtet. Auch der in der Verwaltungspraxis weit verbreitete informelle Verkehr per gewöhnlicher E-Mail bleibt unberücksichtigt. Diese blosser Kopie des Plattform-Konzepts von *Justitia 4.0* ergänzt durch die fragmentarische Regelung alternativer Kommunikationskanäle dürfte den Eigenheiten des Verwaltungsverfahrens nicht gerecht werden. Das digitalisierte Verwaltungsverfahren muss sich insofern

130 Meyer (Fn. 4) Ziff. III.D.

131 BJ (Fn. 3) 21.

132 Vgl. *Regierung SG* (Fn. 36) 5 f. bzw. 144 f., wonach geltend gemachte Störungen im Netzwerk der Partei kaum überprüfbar und daher schon aus Praktikabilitätsgründen auszunehmen seien.

133 Vgl. *Regierungsrat BS* (Fn. 56) 5 bzw. 58; *Justiz- und Sicherheitsdepartement LU* (Fn. 36) 10 bzw. 109.

134 Etwa durch den Nachweis einer Fehlermeldung oder *Screenshots* (*Schweizerischer Anwaltsverband, SAV* Stellungnahme zum neuen Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz [BEKJ] vom 26.2.2021, 2 bzw. 633).

135 Vgl. *Bundesverwaltungsgericht* (Fn. 54) 11 f. bzw. 370 f.

136 Die folgenden Überlegungen für das erstinstanzliche Verfahren beruhen auf *Bundesverwaltungsgericht* (Fn. 54) 7 bzw. 366.

stärker von den Lösungen der *E-Justice* emanzipieren. Die vorliegende Untersuchung erlaubt diesbezüglich erste Schlussfolgerungen:

- Der *Anspruch* auf ERV sowie das elektronische Akteneinsichtsrecht sind technologie-neutral auszugestalten.
- Das elektronische *Fristenregime* ist ebenfalls technologie-neutral auszugestalten.
- Ein allfälliges *Obligatorium* ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Arten von Verwaltungsverfahren

und der anderen Übermittlungsarten neu zu konzipieren.

- Die *E-Verwaltungsakte* ist verfahrens- und organisationsrechtlich koordiniert zu regeln.
- Die durchgehende Nutzung des ERV durch *Parteien im Ausland* muss völkerrechtlich abgesichert werden.
- Der formalisierte ERV muss mit der *informellen elektronischen Verfahrenskommunikation* abgestimmt werden.
- Die *Systematik des Gesetzes* muss vereinfacht werden.