

Stand der Digitalisierung und rechtliche Herausforderungen in der Schweiz

Nadja Braun Binder

A. Einleitung

Die Digitalisierung in den öffentlichen Verwaltungen und den Gerichten in der Schweiz ist stark durch den föderalen Staatsaufbau und die damit verbundene Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den 26 Kantonen geprägt. Dies führt zu heterogenen Entwicklungen im Bereich der E-Government-Leistungen.¹ Diese Vielfalt kann auf der einen Seite als nützlich eingestuft werden, weil daraus ein Wettbewerb der Ideen entsteht und gute E-Government-Dienste zu einem Standortfaktor für einzelne Kantone werden können. Sie birgt andererseits die Gefahr der Entwicklung von Einzellösungen, die nicht mit anderen Systemen kommunizieren können. Den Nachteil tragen die Nutzerinnen und Nutzer, wenn sie die mangelnde Interoperabilität durch Verwendung unterschiedlicher Systeme kompensieren müssen.

Über Kooperations- und Koordinationsgremien wird deshalb versucht, die digitale Transformation der öffentlichen Verwaltungen und der Gerichte in der Schweiz harmonisiert voranzutreiben, wobei den gegebenen Kompetenzverteilungen stets Rechnung getragen werden soll. So kommt der Zusammenarbeit zwischen den föderalen Ebenen im Bereich des E-Government, die erstmals 2007 in einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvereinbarung zwischen Bund und Kantonen geregelt wurde, eine wichtige Rolle zu.² Die Vereinbarung wurde in der Folge mehrmals angepasst und weitergeführt.³ Gestützt auf die Rahmenvereinbarung entstand die Organisation *E-Government Schweiz*, die sich als Integrationsinstanz für die verschiedenen Staatsebenen in der Schweiz versteht.⁴ Per

¹ Siehe *Brugger/Faoro*, in: Stember et al. (Hrsg.), Handbuch E-Government, 2019, S. 53, 57 f.

² Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz (2007-2011) vom 22.6.2007 bzw. 29.8.2007, BBl 2008 3391.

³ Änderung v. 16.11./16.12.2011, BBl 2011 9345.

⁴ Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz 2016-2019 vom 18.11.2015 bzw. 18.12.2012, BBl 2015 9637, sowie Öffentlich-rechtliche

1. Januar 2022 wurde *E-Government Schweiz* in die neue Zusammenarbeitsorganisation *Digitale Verwaltung Schweiz* überführt.⁵ Gemäss Art. 1 Abs. 1 ÖRR-DVS regelt die Rahmenvereinbarung die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen im Bereich der digitalen Transformation ihrer Verwaltungen. Art. 1 Abs. 2 ÖRR-DVS präzisiert sodann, dass die Rahmenvereinbarung nicht in die Zuständigkeiten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden eingreift. Die *Digitale Verwaltung Schweiz* gibt Empfehlungen ab, entwickelt Standards und versteht sich als politische Plattform.⁶ Sie erlässt hingegen keine verbindlichen Regelungen.

Während die Organisation *Digitale Verwaltung Schweiz* die digitale Transformation der Verwaltungen fördert, existieren für den Bereich der Justiz zwei erwähnenswerte Organisationen. Dazu zählt der Verein *eJustice.CH*, der den Einsatz von Informationstechnologie zur Steigerung der Leistungsfähigkeit und Bürgernähe in der Rechtspflege von Bund, Kantonen und Gemeinden, unter anderem im Bereich der Gerichte und der Justiz bzw. im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs, fördern will.⁷ Über regelmässig stattfindende Veranstaltungen⁸ und die Erarbeitung von gemeinsamen Papieren⁹ trägt der Verein zur schweizweiten Vernetzung und zum Austausch von Know-how zwischen einer Vielzahl von Akteuren aus öffentlichen Verwaltungen aller Staatsebenen, Privatwirtschaft, zivilgesellschaftlichen Organisationen und der Wissenschaft bei.¹⁰ 2019 wurde mit *Justitia 4.0* ausserdem eine Projektorganisation ins Leben gerufen, die sich die Einführung der elektronischen Aktenführung (eJustizakte) und des elektronischen Rechtsverkehrs zum Ziel gesetzt hat. In die Projektorganisation *Justitia 4.0* sind Vertreterinnen und Vertreter der Kantonalen Konferenz der Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) sowie Fachexpertinnen und Fachexperten aus den Gerichten, Staatsanwaltschaften, Vollzugsbehörden-

Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz 2020 vom 20.11.2019 bzw. 20.12.2019, BBl 2019 8729.

⁵ Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die Digitale Verwaltung Schweiz vom 27.9.2021 bzw. 17.12.2021 (ÖRR-DVS), BBl 2021 3030.

⁶ *Digitale Verwaltung Schweiz*, abrufbar unter <https://www.digitale-verwaltung-schweiz.ch>. Der letzte Abruf aller in diesem Kapitel referenzierten Web-Adressen ist der 27.10.2022.

⁷ *Leupold/Holenstein*, Statuten des Vereins *eJustice.CH* vom 28.3.2011, Stand 13.5.2019, abrufbar unter <https://www.ejustice.ch/de/statuten.html>.

⁸ Etwa das jährlich stattfindende Magglinger Rechtsinformatikseminar, dem im Jahr 2022 das erste Mal ein Open Legal Lab voranging; siehe *eJustice.CH*, Magglinger Rechtsinformatikseminar, 2022, abrufbar unter https://www.ejustice.ch/de/m_rechtsinformatikseminar.html.

⁹ Siehe etwa *eJustice.CH*, Eine Vision für *eJustice* in der Schweiz, 2016, abrufbar unter https://www.ejustice.ch/de/pdf/Vision%20eJustice_de.pdf.

¹⁰ Siehe die Mitgliederliste unter *eJustice.CH*, Mitglieder, Stand 1.1.2022, abrufbar unter <https://www.ejustice.ch/de/mitglieder.html>.

und Anwaltschaften eingebunden.¹¹ *Justitia 4.0* hat u. a. ein Konzept erarbeitet, mit welchem der Rahmen für die professionelle Begleitung aller Betroffenen im Umgang mit der digitalen Transformation in der Justiz vorgegeben wird.¹² In technischer Hinsicht soll die Digitalisierung der Justiz über eine zentrale Plattform (*justitia.swiss*) abgewickelt werden. *Justitia 4.0* hat in der Konzeptphase zentrale Vorarbeiten für die Entwicklung der Plattform geleistet.¹³

Parallel zu den strategischen und operativen Tätigkeiten der eben skizzierten Organisationen, laufen in der Schweiz verschiedene Rechtsetzungsprojekte, die der Schaffung von weiteren Grundlagen für die digitale Transformation in den Verwaltungen und in den Gerichten dienen und über das hinausgehen, was nach dem Status Quo (siehe B.) bereits zulässig ist. Dazu zählen auf Bundesebene der Entwurf für ein Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG)¹⁴, die Rechtsetzungsarbeiten zur Schaffung von Grundlagen für einen staatlich anerkannten elektronischen Identifikationsnachweis (E-ID)¹⁵ sowie der Vernehmlassungsentwurf für ein Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ)¹⁶. Diese drei Vorhaben werden im Folgenden näher erörtert (C.). Dabei ist darauf hinzuweisen, dass damit kein vollständiges Bild der künftigen Rechtslage für digitale Behördenleistungen auf allen Staatsebenen gezeichnet werden kann. Ergänzend wäre insbesondere ein Blick auf die bestehenden oder geplanten Regelungen in den Kantonen zu werfen.¹⁷ Dies würde den Umfang des vorliegenden Beitrages allerdings sprengen.¹⁸

¹¹ *Projekt Justitia 4.0*, Projektorganisation, abrufbar unter <https://www.justitia40.ch/de/projektorganisation>.

¹² *Projekt Justitia 4.0*, Transformation im Projekt Justitia 4.0, abrufbar unter <https://www.justitia40.ch/de/teilprojekte/transformation>.

¹³ *Projekt Justitia 4.0*, Basis des Projekts Justitia 4.0, abrufbar unter <https://www.justitia40.ch/de/justitia40/basisinformationen>.

¹⁴ BBl 2022 805.

¹⁵ *Bundesamt für Justiz*, Staatliche E-ID, 2022, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/staatliche-e-id.html>.

¹⁶ BBl 2020 8915 bzw. *Bundesamt für Justiz*, Elektronische Kommunikation mit Gerichten und Behörden, 2022, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/e-kommunikation.html>.

¹⁷ Exemplarisch sei auf das Rechtsetzungsvorhaben DiGiLex des Kantons Zürich hingewiesen, mit welchem Rechtsgrundlagen für den elektronischen Geschäftsverkehr mit den Behörden im Kanton Zürich geschaffen werden sollen; *Staatskanzlei*, Eröffnung Vernehmlassung DigiLex: Der elektronische Geschäftsverkehr mit den Behörden im Kanton Zürich soll ermöglicht werden, 2021, abrufbar unter <https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2021/07/mitteilung-eroeffnung-vernehmlassung-digilex-der-elektronische-geschaeftsverkehr-mit-den-behoerden-im-kanton-zuerich-soll-ermoglicht-werden.html>.

¹⁸ Siehe aber etwa *Glaser/Ehret*, *LeGes* 2019, Heft 3, abrufbar unter <https://leges.weblaw.ch/dam/>

B. Bestehende Rechtsgrundlagen für (teilweise) digitale Verfahren

In der Schweiz wurden im Zuge der Neuordnung der Bundesrechtspflege¹⁹ Rechtsgrundlagen für den elektronischen Schriftverkehr zwischen Parteien und Behörden erlassen. In verschiedenen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes²⁰ werden die Voraussetzungen für die Gleichstellung des elektronischen Rechtsverkehrs mit dem bisherigen Schriftverkehr vor dem Bundesgericht verankert.²¹ Die entsprechenden Bestimmungen sind seit dem 1. Januar 2007 in Kraft.²² Mit der Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts bzw. der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes²³ auf das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG²⁴) wurde eine Anpassung des VwVG notwendig.²⁵ Im Rahmen der Justizreform wurden deshalb auch im VwVG Regelungen über die elektronische Zustellung (Art. 11b Abs. 2, Art. 34 Abs. 1^{bis} VwVG), über elektronische Eingaben (Art. 21a VwVG) und zur elektronischen Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 1^{bis} VwVG) geschaffen.²⁶ Einzelheiten zur Übermittlung von Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG sowie Eingaben im Hinblick auf Verfügungen sind in der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (VeÜ-VwV)²⁷ verankert.²⁸

Die erwähnten Regelungen beziehen sich lediglich auf den elektronischen Schriftverkehr zwischen Parteien und Behörden. Grundsätzlich sollte damit in Fällen, in denen das Bundesrecht die Schriftform verlangt, die elektronische

publicationsystem_leges/2019/3/e-government-gesetzg_57af12d3ff/LeGes_e-government-gesetzg_57af12d3ff_de.pdf.

¹⁹ Vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege v. 28.2.2001, BBl 2001 4202 ff. sowie die entsprechenden Erlassentwürfe in BBl 2001 4480 ff.

²⁰ Bundesgesetz v. 17.6.2005 über das Bundesgericht (BGG), SR 173.110. Zu den erwähnten Bestimmungen zählen namentlich Art. 39 Abs. 2 (Zustellungsdomizil), Art. 42 Abs. 2 (Rechtsschriften), Art. 48 Abs. 2 (Einhaltung der Frist) und Art. 60 Abs. 3 (Eröffnung des Entscheids).

²¹ Siehe *Dolge*, AJP 2007, 299 (299 f.).

²² AS 2006 1205.

²³ Bundesgesetz v. 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG), SR 172.021.

²⁴ Bundesgesetz v. 17.6.2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG), SR 173.32.

²⁵ Siehe BBl 2001 4403.

²⁶ Siehe *Kneubühler/Pedretti*, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 34 Rn. 12.

²⁷ Art. 1 Abs. 2 lit. a und b Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens vom 18.6.2010, SR 172.021.2.

²⁸ Siehe zu den aktuellen Regelungen etwa auch *Braun Binder*, ZSR 2020, 253; *Meyer*, SJZ 2021, 836.

Form ermöglicht werden.²⁹ Insofern waren die für das analoge Verwaltungshandeln geltenden Vorschriften nur leicht zu modifizieren.³⁰ So haben zum Beispiel Verfügungen nach wie vor schriftlich zu ergehen (Art. 34 Abs. 1 VwVG), aber mit Einverständnis der Parteien dürfen sie elektronisch eröffnet werden (Art. 34 Abs. 1^{bis} VwVG). Damit sind elektronische Verfügungen zwar grundsätzlich zulässig. Ein eigentlicher Systemwechsel, etwa der konsequente Übergang vom schriftlichen zum elektronischen Rechtsverkehr, fand jedoch nicht statt. Dies liegt zum einen an der mangelnden Attraktivität des elektronischen Rechtsverkehrs, zum anderen an dessen Freiwilligkeit.³¹ So sind Art. 11b Abs. 2 und Art. 21a VwVG als „kann-Vorschriften“ formuliert. Gleiches gilt für die Möglichkeit, elektronische Akteneinsicht zu gewähren (Art. 26 Abs. 1^{bis} VwVG). Entsprechend konstatiert auch der Bundesrat in einem Bericht aus dem Jahr 2015, dass sich der elektronische Rechtsverkehr in der Praxis noch nicht durchsetzen konnte und die elektronische Akteneinsicht bei Verwaltungsverfahren nach Bundesrecht soweit bekannt nicht praktiziert werde.³²

Neben den soeben skizzierten, bereits seit Längerem bestehenden Rechtsgrundlagen ist auf die Totalrevision des Datenschutzgesetzes hinzuweisen. Das neue Datenschutzgesetz (nDSG) wurde im September 2020 von der Bundesversammlung beschlossen³³, tritt allerdings erst am 1. September 2023 in Kraft.³⁴ Mit Blick auf die Digitalisierung von Verwaltungsverfahren ist Art. 21 Abs. 4 nDSG zu erwähnen, wonach für Bundesorgane eine Kennzeichnungspflicht für automatisierte Einzelentscheidungen verankert wird. In der Botschaft hat der Bundesrat präzisiert, dass es dabei um den Erlass von Verfügungen gehen soll.³⁵ Obwohl mit Art. 21 Abs. 4 nDSG keine hinreichende Rechtsgrundlage für den Erlass vollautomatisierter Verfügungen geschaffen wurde, impliziert die Bestimmung doch, dass der Bundesgesetzgeber davon ausgeht, dass es inskünftig

²⁹ BBl 2001 4405 (mit Blick auf Art. 21a VwVG).

³⁰ Glaser, SJZ 2018, 181 (187).

³¹ Siehe nur etwa Häner, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR) (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2017/2018, 2018, S. 23, 26 ff.

³² Schweizerische Eidgenossenschaft, Bericht des Bundesrates vom 4.12.2015 zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs in Erfüllung der Motion 12.4139, Pirmin Bischof, SR, 12. Dezember 2012, S. 8, 11, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/rechtsinformatik/e-akteneinsicht/ber-motion-d.pdf>.

³³ BBl 2020 7639.

³⁴ Siehe Bundesamt für Justiz, Stärkung des Datenschutzes, 2022, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html>.

³⁵ BBl 2017 6941, 7059.

auf Bundesebene möglich sein könnte, dass Verfügungen ohne menschliches Zutun ergehen könnten.³⁶

C. Ausgewählte Rechtsetzungsvorhaben

Im Folgenden werden drei Rechtsetzungsvorhaben näher erörtert, welche auf der einen Seite wichtige Grundlagen für die Digitalisierung in den Verwaltungen oder in den Gerichten schaffen, auf der anderen Seite aber auch paradigmatisch für die unterschiedlichen Herausforderungen in der Rechtsetzung in diesen Bereichen stehen.

I. Elektronische Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben

Am 4. März 2022 hat der Bundesrat den Entwurf für das EMBAG (E-EMBAG) verabschiedet. Ziel des neuen Gesetzes ist es, Rechtsgrundlagen für eine wirkungsvolle digitale Transformation in der Bundesverwaltung sowie für die Zusammenarbeit zwischen Behörden verschiedener Gemeinwesen und Dritten auf dem Gebiet des E-Government zu schaffen.³⁷ In den Anwendungsbereich des Gesetzes soll lediglich die zentrale Bundesverwaltung fallen; der Bundesrat kann allerdings vorsehen, dass das Gesetz auch für Einheiten der dezentralen Verwaltung gilt (Art. 1 Abs. 1 und 2 E-EMBAG). Dieser Anwendungsbereich ist im Vergleich zur Vernehmlassungsvorlage enger gefasst. In der ursprünglichen Fassung hätten auch kantonale Stellen für den Vollzug von Bundesrecht zur Nutzung von elektronischen Behördendiensten und von technischen, organisatorischen und prozeduralen Standards verpflichtet werden können.³⁸ Dieser Aspekt wurde allerdings aufgrund entsprechender Vorbehalte in der Vernehmlassung fallen gelassen.³⁹

Gemäss Art. 3 Abs. 1 E-EMBAG sollen Bundesbehörden, soweit sinnvoll, elektronische Mittel für die Interaktion mit anderen Behörden, mit

³⁶ Ausführlich *Braun Binder*, ZSR 2020, 253 (257 ff.); *dies.*, SZW 2020, 27; *Rechsteiner*, Der Algorithmus verfügt, Jusletter 26.11.2018.

³⁷ Botschaft v. 4.3.2022 zum Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (Botschaft E-EMBAG), BBl 2022 804, S. 2.

³⁸ Siehe Art. 12 und 13 der Vernehmlassungsvorlage zum EMBAG; *Bundesrat*, Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zum Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben, 2020, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81580.html>.

³⁹ Botschaft E-EMBAG (Fn. 37), S. 17.

Unternehmen und mit natürlichen Personen verwenden. Mit dieser Vorgabe soll für Bundesbehörden der Grundsatz „digital first“ eingeführt werden.⁴⁰ Weitere Grundsätze verpflichten die Bundesbehörden zur Abstimmung ihrer Tätigkeiten mit den Kantonen und zur Wahrung von deren Autonomie; zur Berücksichtigung des Prinzips der Nachhaltigkeit sowie zur Sicherstellung der Zugänglichkeit ihrer Leistungen für die gesamte Bevölkerung (Art. 3 Abs. 2–4 E-EMBAG). Neben verschiedenen organisatorischen und finanzrechtlichen Normen, Vorgaben zu Standards und Schnittstellen, zur Bereitstellung von IKT-Mitteln von Bundesbehörden, zur Schaffung einer Interoperabilitätsplattform und zur Durchführung von Pilotversuchen, enthält der E-EMBAG Bestimmungen zu Open Source Software und Open Government Data.

Bundesbehörden sollen verpflichtet werden, „wenn es möglich und sinnvoll ist und die Rechte Dritter gewahrt werden“, den Quellcode von Software, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben entwickeln oder entwickeln lassen, offenzulegen (Art. 9 E-EMBAG). Die Verpflichtung zur Freigabe von Open Source Software soll dabei nicht schrankenlos gelten. So ist Software Dritter, die unverändert erworben wird, von der Bestimmung nicht erfasst.⁴¹ Ferner ist nach dem Wortlaut die Pflicht zur Freigabe nur vorgesehen, wo dies möglich und sinnvoll erscheint. In der Botschaft wird dies wie folgt erläutert:

„Eine Freigabe kann beispielsweise ausscheiden, wenn dafür nötige Rechte Dritter nicht zu angemessenen Bedingungen erworben werden können, Geheimhaltungsgründe dagegensprechen oder wenn die Freigabe mit einem hohen technischen oder finanziellen Aufwand verbunden wäre.“⁴²

Ein weiterer zentraler Aspekt des E-EMBAG ist die Bestimmung zu Open Government Data. Gemäss Art. 10 Abs. 1 E-EMBAG sollen die dem Gesetz unterstehenden Verwaltungseinheiten ihre Daten, die sie zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben beschaffen oder generieren und die elektronisch gespeichert und in Sammlungen strukturiert vorliegen, öffentlich zugänglich machen. Personendaten und Daten juristischer Personen sind von dieser Verpflichtung explizit ausgenommen (Art. 10 Abs. 2 lit. a E-EMBAG). Mit dieser Bestimmung soll dem Leitgedanken „open data by default“ Rechnung getragen werden.⁴³ Die unter diese Bestimmung fallenden Daten sollen auf der Plattform `opendata.swiss` referenziert werden.⁴⁴ Damit soll eine einfache Nutzung sowohl durch Dritte als

⁴⁰ Botschaft E-EMBAG (Fn. 37), S. 54.

⁴¹ Botschaft E-EMBAG (Fn. 37), S. 64.

⁴² Botschaft E-EMBAG (Fn. 37), S. 64.

⁴³ Botschaft E-EMBAG (Fn. 37), S. 67 f.

⁴⁴ Botschaft E-EMBAG (Fn. 37), S. 68 f.

auch durch Behörden, die nicht nur Datenlieferanten, sondern auch Datennutzende sind, ermöglicht werden. Da die Zurverfügungstellung von Open Government Data keine eigenständige Verwaltungsaufgabe sein soll, sollen die Verwaltungseinheiten keine neuen zusätzlichen Daten beschaffen oder generieren und aufbereiten müssen. Vielmehr sollen ohnehin beschaffte und generierte Daten, die einen Mehrwert für die Gesellschaft, die Umwelt und die Wirtschaft darstellen, zur freien Weiterverwendung zur Verfügung gestellt werden.⁴⁵ Mit der Formulierung „Daten, die sie zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe beschaffen oder generieren“ in Art. 10 Abs. 1 E-EMBAG wird klargestellt, dass nur ohnehin und systematisch anfallende Daten bekannt gemacht werden müssen.⁴⁶

II. Elektronischer Identitätsnachweis

Der elektronische Identitätsnachweis (E-ID) einer Person stellt eine wesentliche Voraussetzung für die Entwicklung von E-Government-Anwendungen dar. Aus diesem Grund sollen in der Schweiz Rechtsgrundlagen für einen staatlich anerkannten Identifizierungsnachweis geschaffen werden. Die entsprechenden Bemühungen können inzwischen als bewegte Geschichte mit für die Schweiz und ihre direktdemokratischen Verfahren prägenden Meilensteinen umrissen werden. Im Jahr 2015 wurden erste Konsultationen durchgeführt, im Februar 2017 ein erster Entwurf in die Vernehmlassung geschickt und am 1. Juni 2018 verabschiedete der Bundesrat den Entwurf für ein Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste (E-ID-Gesetz).⁴⁷ Der Entwurf wurde sodann in National- und Ständerat beraten⁴⁸ und am 27. September 2019 schließlich vom Parlament verabschiedet.⁴⁹

Bundesgesetze unterliegen in der Schweiz dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 lit. a BV⁵⁰). Das bedeutet, dass eine Volksabstimmung stattfindet, wenn 50'000 Stimmberechtigte dies innerhalb von 100 Tagen seit der amtlichen Veröffentlichung des Erlasses verlangen. Im Falle des E-ID-Gesetzes wurde das Referendum erfolgreich ergriffen und die Volksabstimmung am 7. März

⁴⁵ Botschaft E-EMBAG (Fn. 37), S. 69.

⁴⁶ Botschaft E-EMBAG (Fn. 37), S. 69.

⁴⁷ BBl 2018 3989. Siehe auch Botschaft vom 1.6.2018 zum Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste, BBl 2018 3915.

⁴⁸ *Die Bundesversammlung – Das Schweizer Parlament*, Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste, 2018, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20180049>.

⁴⁹ BBl 2019 6567.

⁵⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999, SR 101.

2021 durchgeführt. Die Stimmberechtigten lehnten das E-ID-Gesetz ab.⁵¹ Ausschlaggebend für das Nein an der Urne dürfte der Kritikpunkt gewesen sein, dass mit dem neuen Gesetz ein amtlicher Ausweis kommerzialisiert und durch private Anbieterinnen herausgegeben werde. Unternehmen wie Banken und Versicherungen würden die sensiblen Daten der Bürgerinnen und Bürger verwalten, so die Kritik des Referendumskomitees.⁵² Die Herausgabe von Identitätsnachweisen müsse aber in staatlicher Verantwortung bleiben. Demgegenüber führte der Bundesrat aus, dass die E-ID freiwillig sei und der Bund die Anbieterinnen laufend kontrollieren werde.⁵³ Das der Abstimmung unterbreitete E-ID-Gesetz sah vor, dass eine Person, die eine E-ID wollte, den Antrag bei einer vom Bund anerkannten Anbieterin stellen sollte. Als Anbieterin wären Unternehmen, Kantone oder Gemeinden in Frage gekommen. Die Anbieterin hätte den Antrag an den Bund übermittelt, der die Identität der antragstellenden Personen überprüft und der Anbieterin sodann grünes Licht für die Ausstellung der E-ID gegeben hätte.⁵⁴ Mit der Ablehnung des E-ID-Gesetzes war das entsprechende Rechtsetzungsvorhaben vorerst gescheitert.⁵⁵

Im Mai 2021 nahm der Bundesrat das Vorhaben E-ID erneut in Angriff. Auf Basis verschiedener öffentlicher Konsultationsrunden wurde ein Grobkonzept erarbeitet.⁵⁶ Im Dezember 2021 fällte der Bundesrat einen Grundsatzentscheid und legte insbesondere fest, dass die staatliche E-ID den Nutzerinnen und Nutzern die größtmögliche Kontrolle über ihre Daten ermöglichen solle.⁵⁷ Der Staat soll als Herausgeber der E-ID auftreten und für den Betrieb der nötigen Vertrauensinfrastruktur sorgen. Der Entwurf zum neuen Gesetz zur E-ID ging Mitte 2022 in die Vernehmlassung.

⁵¹ BBl 2021 1185.

⁵² Kritik abrufbar unter E.ID.Gesetz Nein, <https://www.e-id-referendum.ch/>.

⁵³ Siehe *Bundeskanzlei*, Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 7.3.2021, 2021, S. 6 f., 20 ff. abrufbar unter https://www.admin.ch/dam/gov/de/Dokumentation/Abstimmungen/Mar2021/DE_volksabstimmung.pdf.download.pdf/DE_volksabstimmung.pdf.

⁵⁴ Siehe *Bundeskanzlei* (Fn. 53), S. 6.

⁵⁵ Siehe zum abgeschlossenen E-ID-Rechtsetzungsprojekt auch *Bundesamt für Justiz*, Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste, 2020, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/e-id.html>.

⁵⁶ Siehe zum neuen E-ID-Rechtsetzungsprojekt *Bundesamt für Justiz*, Staatliche E-ID, 2022, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/staatliche-e-id.html>.

⁵⁷ Siehe *Der Bundesrat*, Bundesrat trifft Richtungsentscheid zur E-ID, 2021, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-86465.html>.

III. Elektronischer Rechtsverkehr

Die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs (auch: E-Justice) ist keine ganz neue Entwicklung. Die Prozessgesetze sehen bereits seit 2011 vor, dass die Übermittlung von Eingaben und Verfügungen auf elektronischem Weg erfolgen kann.⁵⁸ Trotzdem wird der Verkehr zwischen Gerichten und den Verfahrensbeteiligten bisher nur in wenigen Fällen elektronisch abgewickelt.⁵⁹

Die KKJPD ist an ihrer Herbstversammlung vom 17./18. November 2016 einstimmig zum Schluss gekommen, dass rechtliche Grundlagen für die obligatorische Einführung von E-Justice im Bereich der Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte sowie der Strafverfolgungsbehörden geschaffen werden sollen.⁶⁰ Die entsprechende gesetzliche Grundlage soll mit dem BEKJ geschaffen werden. Bis Ende Februar 2021 lief die Vernehmlassung zu diesem Gesetzesentwurf.⁶¹ Zu der Vorlage gingen zahlreiche Stellungnahmen ein.⁶² Es ist zu erwarten, dass der Gesetzesentwurf in Folge der verschiedenen Stellungnahmen Anpassungen erfahren wird. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich deshalb auf grundlegende Eckpunkte der vorgeschlagenen Regelung, wobei noch nicht absehbar ist, inwieweit diese in den Gesetzesentwurf einfließen werden, der dem Parlament dereinst unterbreitet werden wird.

Ein zentrales Anliegen des geplanten Gesetzes ist, die rechtlichen Voraussetzungen für eine zentrale Plattform zu schaffen, über welche Behörden⁶³, Gerichte, Anwaltschaft, Verfahrensparteien sowie weitere Verfahrensbeteiligte Dokumente zustellen und empfangen können.⁶⁴ Auch die elektronische Akten-

⁵⁸ Siehe Kapitel B. hiervor.

⁵⁹ Zur Frage der Digitalisierung des Bundesverwaltungsverfahrens parallel zum Vorhaben *Justitia 4.0* siehe ausführlich Meyer, SJZ 2021, 855.

⁶⁰ *Bundesamt für Justiz*, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, 2020, S. 3, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/e-kommunikation/vn-ber.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>.

⁶¹ Siehe Fn. 16.

⁶² *Bundesamt für Justiz*, Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/e-kommunikation/ve-ber.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf>.

⁶³ Der Behördenbegriff definiert sich im Rahmen der E-Justiz-Plattform eigenständig und umfasst die Strafbehörden von Bund und Kantonen sowie die Verwaltungsbehörden des Bundes – sofern diese am Verfahren beteiligt sind – sowie die Gerichte (ohne kantonale Verwaltungsgerichte). Siehe Bühler/Widmer, Anwaltsrevue 2021, 169 (171).

⁶⁴ Art. 1 Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz BEKJ (VE-BEKJ).

einsicht soll über diese Plattform stattfinden.⁶⁵ Die Plattform soll von Bund und Kantonen gemeinsam betrieben werden – das wäre jedenfalls nach dem Vernehmlassungsentwurf die prioritäre Lösung.⁶⁶ Zu diesem Zweck soll eine Körperschaft gegründet werden, an der Bund und Kantone beteiligt sind.

Die Pflicht zur Benutzung der Plattform, also das eigentliche Obligatorium, wird in den jeweiligen Prozessgesetzen geregelt.⁶⁷ Das Obligatorium trifft Behörden und berufsmässig handelnde Personen, nicht aber Private. Private sollen weiterhin auch physische Eingaben machen und in die bei den Gerichten vorhandenen Akten Einsicht erhalten können. Den Gerichten und Behörden wird eine Pflicht zur elektronischen Aktenführung auferlegt.⁶⁸ Heute bestehende Unterschriftserfordernisse werden bei der Nutzung der elektronischen Kommunikation aufgehoben. An Stelle der Unterschriften tritt die Authentifizierung an der Plattform sowie das automatisierte Anbringen von geregelten elektronischen Siegeln.⁶⁹

Mit der geplanten Regelung sind einige Herausforderungen verbunden. So ist hinsichtlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Kompetenzverteilung im föderalistischen Staatsgefüge zu berücksichtigen. Während die Zivil- und Strafprozesskompetenz in der Schweiz beim Bund liegt (Art. 122 Abs. 1 bzw. Art. 123 Abs. 1 BV), ist die Verwaltungsprozesskompetenz nach Sachzuständigkeit zwischen Bund und Kantonen aufgeteilt und die Gerichtsorganisation ist grundsätzlich Sache der Kantone.⁷⁰ Der Bund verfügt mithin nicht über die Kompetenz der Rechtsetzung im Bereich des kantonalen Verwaltungsgerichtsverfahrens. Das Obligatorium zur Führung einer digitalisierten Akte und zur Nutzung der Plattform trifft die kantonalen Verwaltungsgerichte folglich nur im Anwendungsbereich des Bundesgerichtsgesetzes, d. h. wenn ein Entscheid mit Beschwerde ans Bundesgericht weitergezogen werden kann. Nicht zulässig wäre es hingegen, die kantonalen Gerichte zu zwingen, die Gerichtsdossiers elektronisch zu führen. Im Verwaltungsprozess gelangt das Vorhaben damit an föderalistische Grenzen bzw. erstaunt es nicht, dass verschiedene Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren die Einbindung der kantonalen Verwaltungsgerichte als Vorinstanzen des Bundesgerichts kritisierten. Befürchtet wird insbesondere, dass die Umstellung auf den elektronischen Rechtsverkehr sich auch auf die Vorinstanzen der kantonalen Verwaltungsgerichte – z. B. verwaltungsinterne Rechtsmittelbehörden – auswirkt.

⁶⁵ Erläuternder Bericht zum VE-BEKJ (Fn. 60), S. 6.

⁶⁶ Art. 3 ff. VE-BEKJ; erläuternder Bericht zum VE-BEKJ (Fn. 60), S. 10 f.

⁶⁷ Erläuternder Bericht zum VE-BEKJ (Fn. 60), S. 6.

⁶⁸ Erläuternder Bericht zum VE-BEKJ (Fn. 60), S. 6.

⁶⁹ Erläuternder Bericht zum VE-BEKJ (Fn. 60), S. 6.

⁷⁰ *Kiener/Rütsche/Kuhn*, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl. 2021, S. 33 ff.

Eine weitere Herausforderung kann in der Ausbalancierung zwischen Exekutive und Judikative gesehen werden. Das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Gewalten kommt in zwei Punkten besonders zum Ausdruck. Einerseits sollen die Exekutiven sowohl der Kantone als auch des Bundes stark in den Aufbau und den Betrieb der Justiz-Plattform involviert werden.⁷¹ Andererseits ist bislang unklar, wer für den Erlass der Ausführungsvorschriften zum BEKJ zuständig sein soll, der Bundesrat oder das Bundesgericht. Dies ist zwischen den beiden Behörden umstritten; der Punkt wurde in der Vernehmlassung denn auch zu einer gesonderten Frage gemacht.⁷² Für den Bundesrat spricht, dass er institutionell besser geeignet ist als das Bundesgericht, um Rechtsetzungsaufgaben zu übernehmen. Allerdings geht es um Ausführungsregelungen, die unmittelbar die Verwaltungsautonomie der Gerichte betreffen, was für eine Regelung durch das Bundesgericht spricht.

D. Fazit

Die Digitalisierung in öffentlichen Verwaltungen und Gerichten der Schweiz soll voranschreiten; dahingehend besteht wohl bei allen Akteuren grundsätzlich Einigkeit. Die föderalistische Struktur und die damit verbundene Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen führt allerdings dazu, dass hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung unterschiedliche Vorstellungen aufeinandertreffen, die es in Einklang zu bringen gilt. Hinzu kommt, dass in direktdemokratischen Verfahren Lösungen gefunden werden müssen, die auch den Bedenken der Bürgerinnen und Bürger Rechnung tragen. Die skizzierten Rechtsetzungsprojekte illustrieren diese Herausforderungen, zeigen aber auch auf, dass Wege gefunden werden können, um Rechtsgrundlagen zu schaffen, die eine digitale Transformation unter Berücksichtigung heterogener Interessenlagen erlauben.

⁷¹ Erläuternder Bericht zum VE-BEKJ (Fn. 60), S. 10 ff.

⁷² Siehe *Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartment*, Frage betreffend Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen im Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, 2020, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6020/67/cons_1/doc_5/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6020-67-cons_1-doc_5-de-pdf-a.pdf.