

## Haftungsrisiken von Anwälten beim elektronischen Rechtsverkehr in der Schweiz

THOMAS KOLLER, MATTHIAS REY\*

INHALTSVERZEICHNIS: 1. Einleitung – 2. Entwicklungen im elektronischen Rechtsverkehr – 2.1. Internationale und nationale Entwicklung – 2.2. Elektronischer Rechtsverkehr mit dem Schweizerischen Bundesgericht – 3. Haftungsrechtliche Risiken – 3.1. Eingabe von (elektronischen) Rechtschriften – 3.2. Die (elektronische) Zahlung von Vorschüssen und Sicherstellungen – 3.3. Risikosphäre des Anwalts – 3.4. Wiederherstellung von Fristen – 3.5. Beweisprobleme – 4. Fazit

### **Riassunto: Rischi di responsabilità degli avvocati nell'ambito della comunicazione elettronica con tribunali ed enti pubblici in Svizzera.**

La nuova legge sul Tribunale federale svizzero consente l'utilizzo di strumenti elettronici per la presentazione elettronica dei ricorsi di appello davanti al Tribunale e ad alcune altre autorità giudiziarie. Tra alcuni anni tutti i tribunali adotteranno probabilmente questo sistema.

In Svizzera gli avvocati devono seguire rigide regole di diligenza. Posto che i rischi formali di procedura, come il mancato rispetto di requisiti procedurali, comportano problemi di responsabilità, gli avvocati sono obbligati a tenere conto di diversi standard di condotta. Gli aspetti formali dei giudizi riguardano in particolare regole di forma e di rispetto di termini.

La gestione informatica dei documenti giudiziari comporta l'utilizzo di uno speciale tracciato e di una firma elettronica accreditata. Entrambi implicano rischi procedurali come, ad esempio, i problemi di rettifica e la possibilità di abuso. Tuttavia il rischio di responsabilità più importante deriva dalle regole relative ai termini. Il nuovo sistema di trasmissione elettronica degli atti opera

\* Prof. Dr. iur Thomas Koller, Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern/lic. iur. Matthias Rey, Wissenschaftlicher Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern. Bei diesem Text handelt es sich um eine aktualisierte und geringfügig modifizierte Fassung eines Beitrages, den die Autoren im Dezember 2006 bereits elektronisch publiziert haben: T. KOLLER, M. REY, *Haftungsrisiken beim elektronischen Rechtsverkehr mit Gerichten und Behörden des Bundes*, in: KOLLER T., LEUPOLD M., BÜRGE U., „Elektronischer Rechtsverkehr mit Gerichten und Verwaltungsstellen vor der Einführung“, Tagungsband der Tagung 2006 für Informatik und Recht, Jusletter vom 11. Dezember 2006 (im Internet publiziert unter [http://www.weblaw.ch/de/content\\_edition/jusletter/artikel.asp?ArticleNr=5208](http://www.weblaw.ch/de/content_edition/jusletter/artikel.asp?ArticleNr=5208)). Das Manuskript wurde am 5. Juni 2007 abgeschlossen.

su una piattaforma controllata dalle Poste Svizzere che agisce come intermediario. Il termine di ricevimento dell'atto è calcolato nel momento in cui la piattaforma invia la conferma della ricevuta dell'appello. Nel caso in cui il termine non sia stato rispettato vi è la possibilità di sanatoria quando questo non è stato rispettato a causa di un impedimento non imputabile. Per i rigorosi doveri di diligenza imposti agli avvocati, non costituiscono motivo di sanatoria i malfunzionamenti imputabili alla organizzazione interna dell'ufficio o agli strumenti informatici o infine alla condotta di terzi che agiscono come ausiliari.

Viene, in ogni caso, fatta eccezione per i casi di malfunzionamento della piattaforma postale svizzera, dato il suo carattere di monopolista.

In definitiva un diligente avvocato che usa la trasmissione elettronica delle domande di appello deve impiegare lo stesso tempo che impiegherebbe con la posta tradizionale.

Anche se il sistema di trasmissione elettronica è stato fino a ora utilizzato in misura minima, si può pensare che il numero degli utilizzatori aumenterà qualora venga installato un meccanismo più semplice e maneggevole.

Im Rahmen der Justizreform ist am 1. Januar 2007 in der Schweiz der elektronische Rechtsverkehr mit dem Bundesgericht und den Bundesverwaltungsstellen eingeführt worden. Für forensisch tätige Anwälte, die diese Option nutzen möchten, ergeben sich modifizierte Prozess- und damit Haftungsrisiken. Im Zentrum des Interesses stehen dabei die Fristenproblematik sowie die Möglichkeit der Wiederherstellung einer verpassten Frist. Um diesen veränderten Risiken adäquat begegnen zu können, drängen sich gewisse Verhaltensregeln auf.

## 1. EINLEITUNG

Email und Website gehören bereits heute zu den unverzichtbaren Kommunikationsplattformen in der Advokatur. Der elektronische Geschäftsverkehr, der Verkehr zwischen Anwalt und Klient, ist Alltag. Der nächste Schritt in die Zukunft stellt nun der elektronische Rechtsverkehr, der elektronischen Verkehr zwischen dem Anwalt und den schweizerischen Gerichten und Behörden, dar. Rechtsanwälte werden den elektronischen Rechtsverkehr rasch zu nutzen versuchen und über kurz oder lang werden sich wohl auch eher traditionalistisch eingestellte Anwälte dieser Entwicklung nicht verschliessen können. Im Zuge

<sup>1</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

der Justizreform ist durch das neue Bundesgerichtsgesetz (BGG)<sup>1</sup> am 1. Januar 2007 in der Schweiz erstmals auf höchster Gerichtsebene sowie im Bereich des VwVG<sup>2</sup> der elektronische Rechtsverkehr, d.h. der elektronische Verkehr mit Gerichten und Behörden, gesetzlich eingeführt worden<sup>3</sup>. Es ist anzunehmen, dass mit der Zeit immer mehr Bundesbehörden und in der Folge bald auch kantonale Gerichte und Behörden den elektronischen Rechtsverkehr ermöglichen werden<sup>4</sup>.

Die elektronische Übertragung von Daten bringt allerdings einige schwer kontrollierbare oder einschätzbare (technische und organisatorische) Risiken mit sich. Dies wirft die Frage auf, welche *besonderen Haftungsrisiken für Anwälte* (und andere Parteivertreter wie z.B. Steuerberater in Steuerprozessen) entstehen können, die sich für den elektronischen Rechtsverkehr statt für den bisher gewohnten postalischen (konventionellen) Verkehr mit Gerichten und Behörden entscheiden. Denn gerade Anwälte mit ihren strengen auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten setzen sich in diesem Bereich naturgemäss einer gewissen Haftungsgefahr aus. Um solche Haftungsrisiken zu minimieren, sind einige Verhaltensregeln angezeigt, wie im Folgenden ausgeführt werden soll.

## 2. ENTWICKLUNGEN IM ELEKTRONISCHEN RECHTSVERKEHR

### 2.1. Internationale und nationale Entwicklung

Der elektronische Verkehr mit Behörden, insbesondere mit Gerichten, stellt in der Schweiz den neusten Entwicklungsschritt in der "Technisierung" bzw. "Virtualisierung" des Anwaltsberufs dar. In Öster-

<sup>2</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

<sup>3</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das BGG bzw. auf dessen Vorgängererlass, das aOG (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, in Kraft bis Ende 2006), können jedoch grundsätzlich analog auf die meist gleichlautenden Bestimmungen des VwVG sowie der E-ZPO (Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, BBl 2006 7413 ff.) und der E-StPO (Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, BBl 2006 1389 ff.) angewendet werden. Entsprechende Hinweise auf die Normen im VwVG und der E-ZPO finden sich jeweils in den Fussnoten. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich ebenfalls nach dem VwVG; siehe Art. 37 VGG, Bundesgesetz über das Verwaltungsgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.32.

<sup>4</sup> Siehe dazu Art. 128 und Art. 137 E-ZPO sowie Art. 84 und Art. 108 E-StPO.

reich indes besteht die Möglichkeit der elektronischen Eingabe von Rechtsschriften schon seit 1990, und seit Mitte 2000 dürfen auch gerichtliche Entscheidungen elektronisch zugestellt werden<sup>5</sup>. Heute können in Österreich mit wenigen Ausnahmen alle Eingaben dem Gericht elektronisch eingereicht werden, was auch rege genutzt wird<sup>6</sup>. *Seit der Einführung im Jahre 1990 ist in Österreich offenbar kein einziger Haftungsfall im Zusammenhang mit dem elektronischen Verkehr eingetreten*. Insbesondere wurden alle zunächst verloren geglaubten elektronischen Rechtsschriften wieder gefunden, wobei die Übertragungsprobleme in jedem Fall durch menschliche Fehler bei der Bedienung der Software verursacht worden waren<sup>7</sup>.

In Deutschland wurden im Rahmen der Initiative "BundOnline2005" am 22. März 2005 die gesetzgeberischen Voraussetzungen für die Einführung des elektronischen Verkehrs mit Behörden und Gerichten geschaffen<sup>8</sup>, wobei es den Bundesländern überlassen bleibt, ab wann sie den elektronischen Rechtsverkehr endgültig zulassen<sup>9</sup>. Praktische Erfahrungen, insbesondere zu möglichen Haftungsrisiken, fehlen dementsprechend noch.

Auch in der Schweiz fanden schon früher erste Ansätze des elektronischen Rechtsverkehrs Eingang ins geltende Recht. Fast unbemerkt von der juristischen Fachwelt hat beispielsweise der Bundesrat am 15. Februar 2006 beschlossen, das 124-jährige Schweizerische Handelsamtsblatt (SHAB) zusätzlich zur gedruckten nun auch in elektronischer Form erscheinen zu lassen<sup>10</sup>. Zudem wurde kurzerhand die elektronische Form als massgebend erklärt<sup>11</sup>. Zur Sicherung der Authentizität der SHAB-Dokumente werden qualifizierte elektronische

<sup>5</sup> G. BENN IBLER, *Netzwerk Justiz – Österreich klagt schon per PC*, Anwalt 12/2001, S. 36 ff., S. 38.

<sup>6</sup> T. GOTTWALD, W. VIEFHUES, *Elektronischer Rechtsverkehr in Österreich – Schlussfolgerungen aus deutscher Sicht*, MMR 12/2004, S. 792 ff., S. 793 mit weiteren Ausführungen.

<sup>7</sup> T. GOTTWALD, W. VIEFHUES (Fn. 6), S. 794.

<sup>8</sup> Vgl. etwa §§ 130a f. der deutschen ZPO; siehe auch T. GOTTWALD, W. VIEFHUES (Fn. 6), S. 795.

<sup>9</sup> § 130 Abs. 2 der deutschen ZPO.

<sup>10</sup> Art. 8 Abs. 1 Verordnung SHAB (Verordnung über das schweizerische Handelsamtsblatt vom 15. Februar 2006, SR 221.415).

<sup>11</sup> Art. 9 Verordnung SHAB.

Signaturen gemäss dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES)<sup>12</sup> eingesetzt<sup>13</sup>. Besondere Haftungsrisiken sind in diesem Zusammenhang aber kaum ersichtlich.

## 2.2. Elektronischer Rechtsverkehr mit dem Schweizerischen Bundesgericht

Initiiert durch die Projekte Govlink, Tracking und JusLink hat das Schweizerische Bundesgericht bei der Lancierung des elektronischen Rechtsverkehrs mit Gerichten die Federführung übernommen, *um eine Zersplitterung in verschiedene kantonale elektronische Rechtsverkehrsmodelle zu verhindern*<sup>14</sup>. Das Endziel besteht darin, den elektronischen Rechtsverkehr von der Eingabe der ersten Rechtsschrift bei der untersten Instanz durchgehend bis zur Zustellung des abschliessenden Bundesgerichtsurteils zu ermöglichen. Bis dieses Endziel realisiert sein wird, vergeht wohl noch einige Zeit. Am Beginn der Entwicklung steht nun der elektronische Rechtsverkehr mit dem Bundesgericht: Das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene BGG lässt gemäss Art. 42 Abs. 4 *Eingaben ans Bundesgericht* in elektronischer Form und gemäss Art. 60 Abs. 3 die elektronische *Eröffnung von gerichtlichen Entscheiden* bei Einverständnis des Empfängers zu<sup>15</sup>.

Das elektronische Einreichen von Rechtsschriften beim Bundesgericht funktioniert nach dem Prinzip der *Zustellung über einen dazwischen geschalteten Intermediär*, welcher den Empfang der Schriften zu bestätigen hat. Die Intermediärsfunktion übernimmt die Schweizerische Post; das Projekt läuft unter dem Namen “IncaMail”

<sup>12</sup> Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES) vom 29. Dezember 2003, SR 943.03.

<sup>13</sup> Art. 8 Abs. 2 Verordnung SHAB. Die gängige Version 7.0 des Acrobat Readers kann die elektronischen Signaturen offenbar noch nicht korrekt lesen, denn es erscheint die Meldung “Unterschrift wurde noch nicht bestätigt”.

<sup>14</sup> Vgl. J. BÜHLER, *Der elektronische Geschäftsverkehr mit dem Schweizerischen Bundesgericht*, in: EHRENZELLER B., SCHWEIZER R.J. (Hrsg.), “Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis”, St. Gallen 2006, N 1.

<sup>15</sup> Ebenso Art. 21a und Art. 34 Abs. 1bis VwVG; Art. 128 und Art. 137 E-ZPO; Art. 84 und Art. 108 E-StPO.

<sup>16</sup> “Inca” steht für Integrität (die Nachricht bleibt unverändert), Nichtabstreitbarkeit (Versand und Erhalt sind unbestreitbar), Confidentiality (Vertraulichkeit, nur der vom

und ist kostenpflichtig<sup>16</sup>. Die IncaMail-Plattform steht für die elektronisch eingeschriebene Post und gleicht dem herkömmlichen eingeschriebenen Briefverkehr in mancher Hinsicht. Sie ist die offizielle Zustelladresse des Bundesgerichts<sup>17</sup>. *Beim Versand an diese Plattform wird das Eintreffen der Eingabe elektronisch bestätigt, wobei dieser Vorgang fristwährend ist*<sup>18</sup>. Auch die Weiterleitung der Eingabe an das Bundesgericht wird vom Intermediär bestätigt. Alle diese Emails werden verschlüsselt verschickt<sup>19</sup>; nur die Kopfdaten des Mails werden von der Verschlüsselung nicht erfasst.

Für die Kommunikation mit der Plattform benötigt der Anwender einen sog. Client. Zurzeit stehen verschiedene solcher Clients zur Verfügung, so z.B. ein vom Betriebssystem unabhängiger Java-Client, ein Microsoft-Outlook kompatibler Client sowie ein vom Bundesgericht als Open-source-Software entwickelter Client (eGovLink), welcher auch die Formulare für den Zugang ans Bundesgericht enthält<sup>20</sup>.

### 3. HAFTUNGSRECHTLICHE RISIKEN

Gemäss Art. 394 Abs. 1 OR<sup>21</sup> verpflichtet sich der Beauftragte, d.h. der Anwalt, mit der Annahme des Mandats, die ihm übertragenen Geschäfte vertragsgemäss zu besorgen. *Er haftet aufgrund von Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR für die getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrages.* In den letzten

Absender bestimmte Empfänger kann die Nachricht lesen) und Authentizität (Sender und Empfänger sind eindeutig identifiziert); siehe <http://www.incamail.ch> (besucht am 5.06.07), wo auch die entsprechenden Tarife zu finden sind.

<sup>17</sup> J. BÜHLER, 2006 (Fn. 14), N 2.3.

<sup>18</sup> Siehe dazu unten Ziff. 3.1.2.

<sup>19</sup> Siehe Punkt 4.4 der AGB von IncaMail; abrufbar unter [http://www.incamail.ch/MainFrame/pdf/AGB\\_IncaMail\\_DE.pdf](http://www.incamail.ch/MainFrame/pdf/AGB_IncaMail_DE.pdf) (besucht am 5.06.07).

<sup>20</sup> Zudem existiert zurzeit noch ein Client für die Software Abacus; siehe zum Ganzen <http://www.incamail.ch/MainFrame/main.asp?kapitel=3200&sprache=D#11> (besucht am 5.06.07). Seit dem 1. Januar 2007 ist das Bundesgericht, welches bei der Einführung dieses Systems massgeblich beteiligt war, nur noch Benutzer desselben. Die technische Weiterentwicklung des Projekts erfolgt nunmehr einzig durch die Post.

<sup>21</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220; kurz auch Schweizerisches Obligationenrecht genannt.

Jahren und Jahrzehnten wurden die auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten durch die Rechtsprechung laufend verschärft, was insbesondere auch für die anwaltliche Tätigkeit erhebliche Auswirkungen zeitigte<sup>22</sup>.

Im Vordergrund des Interesses stehen hier die Sorgfaltspflichten, welche die Anwälte bei ihrer forensischen Tätigkeit zu beachten haben. Grundsätzlich hat der Anwalt von mehreren möglichen Massnahmen immer die sicherste zu wählen, doch stellt das Sicherheitsgebot nur einen Aspekt bei der Abwägung der zu treffenden Massnahmen dar<sup>23</sup>. Der risikogeneigten Arbeit des Anwalts wird in der berufshaftungsrechtlichen Rechtsprechung zumindest dadurch Rechnung getragen, dass er nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen hat, welche sich nachträglich als schädlich erweist, denn nach wie vor hat einzig die Partei das Prozessrisiko zu tragen<sup>24</sup>. Auf die Fälle verpasster prozessualer Fristen hat diese Relativierung jedoch kaum einen Einfluss. Verpasst der Anwalt z.B. eine Rechtsmittelfrist und gewährt ihm das Gericht keine Fristwiederherstellung nach Art. 50 BGG bzw. früher nach Art. 35 aOG, so wird in diesen Fällen auch eine Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht zu bejahen sein<sup>25</sup>. Die folgenden Ausführungen gehen daher von der These aus, dass prozessuale Risiken (im Zusammenhang mit dem konventionellen Rechtsverkehr einerseits und dem elektronischen Rechtsverkehr andererseits) grundsätzlich zu privatrechtlichen Haftungsrisiken im Verhältnis zum Klienten führen. In der Praxis hat sich denn auch gezeigt, dass Fristversäumnisse bei der Berufshaftung von Anwälten von ausserordentlich grosser Relevanz sind<sup>26</sup>.

Vergleichbar dem *Gefahrübergang im Vertragsrecht* (z.B. im Kaufrecht) besteht auch im Rechtsverkehr mit Gerichten und Behörden ein Zeitpunkt (und Ort), *ab welchem der Anwalt das Transport-, Verlust- und*

<sup>22</sup> Siehe statt vieler W. FELLMANN, *Haftung für fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung*, in: JUNG P. (Hrsg.), "Tagungsband Recht aktuell 2006" (Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht), Rz. 49 ff. m.w.H.

<sup>23</sup> W. FELLMANN (Fn. 22), Rz. 32 m.w.H.

<sup>24</sup> BGE 127 III 357 E. 1b S. 359.

<sup>25</sup> BGE 87 II 364 E. 1 S. 372; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.274/2004 vom 18. November 2004, E. 2.1.

<sup>26</sup> Siehe die Aufzählung der häufigsten Schadensfälle bei D. OBERHÄNSLI, *Steigende Nachfrage nach Berufshaftpflicht-Versicherungsschutz für Rechtsanwälte*, *Anwaltsrevue* 11-12/2002, S. 12.

*Verzögerungsrisiko der Eingabe an ein Gericht nicht mehr tragen muss.* In diesem Zeitpunkt gilt die Rechtsschrift als zugestellt bzw. die Eingabefrist als eingehalten. Da die Nichteinhaltung von Fristen für die rechtssuchende Partei das *Nichteintreten auf das materielle Begehren* nach sich zieht (sofern die versäumte Frist durch das Gericht nicht wieder hergestellt wird), stellt dieser prozessuale “Gefahrübergang” einen zentralen Aspekt bei der Betrachtung möglicher haftungsrechtlicher Folgen für den Anwalt dar.

Um die besonderen Haftungsrisiken auf dem Gebiet des elektronischen Rechtsverkehrs zu eruieren, soll im Folgenden v.a. der Vergleich mit dem “Gefahrübergang” bei der konventionellen Eingabe von Rechtsschriften per Briefpost Hinweise liefern. Insbesondere muss dabei untersucht werden, welche Grundsätze und Aspekte der bisherigen Rechtsprechung zum konventionellen Rechtsverkehr auch auf den elektronischen Rechtsverkehr übertragen werden können.

### 3.1. Eingabe von (elektronischen) Rechtsschriften

#### 3.1.1. Beginn des Fristenlaufs

Ausgangspunkt sämtlicher Ausführungen zur Wahrung des Fristenlaufs ist der Beginn desselben. In den folgenden Erläuterungen soll daher auf die Möglichkeit der elektronischen Eröffnung hingewiesen werden, obwohl diese durch die kantonalen Gerichte in nächster Zukunft noch nicht praktiziert werden kann. Deshalb wird hier bei der elektronischen Eröffnung von Entscheiden von der Regelung des Bundesgerichtsgesetzes ausgegangen, welche auf die unteren Instanzen als Vorreiter – so bleibt zumindest zu hoffen – einen vereinheitlichenden Einfluss ausüben wird.

##### 3.1.1.1. Modalitäten der Fristauslösung bei der konventionellen Zustellung

Für den Beginn des Fristenlaufs (z.B. für das Einreichen eines Rechtsmittels) ist nach wie vor der Tag der Zustellung (z.B. des unterinstanzlichen Urteils) relevant. Auf dem Postweg gilt ein Entscheid dann als eröffnet, wenn er dem Adressaten mitgeteilt wird, d.h. *in seinen Machtbereich*

<sup>27</sup> BGE 122 III 316 E. 4b S. 320; K. SPÜHLER, A. DOLGE, D. VOCK, *Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, Zürich/St. Gallen 2006, Art. 44 BGG N 1; H. SEILER, N.

gelang<sup>27</sup>. Die tatsächliche Kenntnisaufnahme spielt dabei keine Rolle.

Bei der Berechnung der Frist wird der Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt, nicht mitgezählt<sup>28</sup>. Fällt das fristauslösende Ereignis auf einen Feiertag oder in die Gerichtsferien, so beginnt der Fristenlauf nicht mehr wie früher am zweiten Tag, sondern gemäss Art. 44 Abs. 1 BGG bereits am ersten Tag nach dem Feiertag bzw. den Gerichtsferien<sup>29</sup>. Fällt hingegen der letzte Tag der Frist auf einen Feiertag oder in die Gerichtsferien, so endet die Frist am nächsten Werktag<sup>30</sup>. Als anerkannte Feiertage gelten nur solche, die eine gesetzliche Grundlage im kantonalen (oder eidgenössischen) und nicht bloss im kommunalen Recht haben oder gar nur gewohnheitsrechtlichen Charakter aufweisen<sup>31</sup>.

Die Zustellung gilt im Übrigen auch dann als wirksam, wenn das über 16 Jahre alte und beim Beschwerdeführer wohnende "Kind" die Post in Empfang nimmt, selbst wenn dieses ohne Bevollmächtigung handelt<sup>32</sup>. Mitteilungen, die durch Unterschrift empfangen werden (Einschreiben), gelten spätestens am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt<sup>33</sup>. Abweichende Vereinbarungen mit der Post, dass Einschreiben länger abgeholt werden können, betreffen diese

VON WERDT, A. GÜNGERICH, *Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht*, Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2007 (BGG Komm-GÜNGERICH), Art. 44 N 4.

<sup>28</sup> Art. 44 Abs. 1 BGG; Art. 20 Abs. 1 VwVG; Art. 140 Abs. 1 E-ZPO; Art. 88 Abs. 1 E-StPO.

<sup>29</sup> Botschaft des Bundesrats zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 S. 4297; K. SPÜHLER, A. DOLGE, D. VOCK (Fn. 27), Art. 44 BGG N 1; ebenso Art. 20 Abs. 3 VwVG. BGE 132 II 153 E. 4 S. 158 f. bestätigt diese Praxis bereits für das geltende VwVG im Gegensatz zum aOG; siehe zur alten Rechtsprechung BGE 122 V 60.

<sup>30</sup> BGE 124 II 527 E. 2b S. 528 zu Art. 32 Abs. 2 aOG; siehe Art. 45 Abs. 1 BGG; ebenso Art. 20 Abs. 3 VwVG; Art. 140 Abs. 3 E-ZPO; Art. 88 Abs. 2 E-StPO.

<sup>31</sup> BGE 115 IV 266 E. 1 und 2 S. 266 f. zu Art. 32 Abs. 2 aOG; vgl. Art. 45 Abs. 2 BGG; ebenso Art. 20 Abs. 3 VwVG; Art. 140 Abs. 3 E-ZPO; Art. 88 Abs. 2 E-StPO.

<sup>32</sup> BGE 92 I 213 E. 2a S. 216; siehe auch Art. 136 Abs. 2 E-ZPO; Art. 83 Abs. 3 E-StPO.

<sup>33</sup> BGE 131 V 305 E. 4.2.2 S. 310; 100 III 3 E. 3 S. 7 f.; vgl. BGE 91 II 151 S. 151 f.; Art. 44 Abs. 2 BGG; ebenso Art. 20 Abs. 2bis VwVG; vgl. auch Art. 136 Abs. 3 E-ZPO; Art. 83 Abs. 4 E-StPO.

<sup>34</sup> BGG Komm-GÜNGERICH (Fn. 27), Art. 44 N 7; K. SPÜHLER, A. DOLGE, D. VOCK (Fn. 27), Art. 44 BGG N 2. In BGE 127 I 31 E. 2b S. 34 f. im Übrigen als nicht überspitzt formalistisch bezeichnet.

rechtliche Zustellfiktion nicht<sup>34</sup>.

Nach wie vor darf dem Rechtssuchenden aus der mangelhaften Eröffnung eines Entscheids kein Nachteil erwachsen<sup>35</sup>.

### 3.1.1.2. Die elektronische Zustellung des Entscheides

Gemäss Art. 39 Abs. 2 und Art. 60 Abs. 3 BGG<sup>36</sup> können Entscheide elektronisch zugestellt werden, *sofern die entsprechende Partei ihr Einverständnis erklärt und ihren öffentlichen kryptographischen Schlüssel der elektronischen Signatur angibt*<sup>37</sup>. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ReRBGer<sup>38</sup> haben sich die Parteien bzw. deren Vertreter in ein Register auf der Zustellplattform einzutragen, wenn sie Urteile elektronisch zugestellt wünschen. Dieser Eintrag soll als generelles Einverständnis im oben genannten Sinn gelten<sup>39</sup>. Damit ist die früher geäusserte Vorstellung, dass das Einverständnis für jedes Verfahren neu eingeholt werden müsse, überholt<sup>40</sup>.

Wird durch die Eintragung das Einverständnis abgegeben, so kann der elektronische Entscheid im elektronischen Postfach der Partei bzw. des Vertreters auf der Zustellplattform abgelegt werden. Die Nutzer können mit dem Intermediär optional vereinbaren, dass sie über den Eingang von elektronischer Post per Email informiert werden. Dieses Mail wird als einziges im ganzen Verfahren unverschlüsselt versandt.

Der Entscheid gilt dann als zugestellt, *wenn er tatsächlich abgeholt wird*<sup>41</sup>,

<sup>35</sup> Art. 49 BGG; BBl 2001 4202 S. 4299; vgl. auch BGE 124 I 255 E. 1a/cc S. 255; 122 III 316 E. 3 S. 319; 117 Ia 421 E. 2a S. 422.

<sup>36</sup> Ebenso Art. 11b Abs. 2 und Art. 34 Abs. 1bis VwVG; Art. 137 E-ZPO; Art. 84 E-StPO.

<sup>37</sup> Siehe zum kryptographischen Schlüssel unten Ziff. 3.1.5.

<sup>38</sup> Reglement des Bundesgerichts über den elektronischen Rechtsverkehr mit Parteien und Vorinstanzen vom 5. Dezember 2006, SR 173.110.29; vgl. dazu J. BÜHLER, 2006 (Fn. 14), N 3.1.

<sup>39</sup> Art. 3 Abs. 2 ReRBGer.

<sup>40</sup> Vgl. BBl 2001 4202 S. 4270 und 4303; J. BÜHLER, 2006 (Fn. 14), N 3.1.

<sup>41</sup> Art. 7 Abs. 3 ReRBGer. Da die Abholung auch vom Ausland aus erfolgen kann, wäre somit eine rechtsgültige Zustellung über die Grenzen hinweg zulässig. Ob dies das in Art. 39 Abs. 3 BGG und in Art. 11b Abs. 1 VwVG enthaltene Territorialitätsprinzip (unter dem Vorbehalt des Völkerrechts) verletzt, kann vorläufig offen bleiben. Denn der in BBl 2001 4202 S. 4269 geäusserte Einwand, dass ausländische Provider nicht verpflichtet werden können,

spätestens aber am siebten Tag nach dem ersten "erfolglosen Zustellungsversuch", d.h. dem Ablauf der siebentägigen Abholfrist<sup>42</sup>. Holt der Nutzer den Entscheid bis zu diesem Zeitpunkt nicht ab, so wird er vom Gericht nochmals zugestellt, und zwar per Post in Papierform, was jedoch für den Fristenlauf keine Bedeutung mehr hat<sup>43</sup>. Auch im elektronischen Rechtsverkehr vermögen im Übrigen abweichende Vereinbarungen mit der Zustellplattform die Fiktion der Zustellung nach sieben Tagen nicht zu modifizieren<sup>44</sup>.

Aus dieser Zustellregelung ergibt sich für den Anwalt eine Obliegenheit, regelmässig seinen elektronischen Briefkasten zu leeren. Da er über den Eingang von Nachrichten auf der Zustellplattform per (normales) Email informiert wird, dürfte ihm dies allerdings keine grossen praktischen Schwierigkeiten verursachen. Zudem eröffnet sich ihm so die Möglichkeit, den Beginn des Fristenlaufes innerhalb der Sieben-Tage-Frist beliebig zu steuern, indem er frei entscheiden kann, wann er die Sendung abholen will. Praktische Probleme können sich hier ergeben, wenn der Anwalt das Passwort für seine Signatur und damit für sein Postfach an sein Sekretariatspersonal weitergibt. Neben dem bei der Weitergabe eines Passwortes grundsätzlich immer vorhandenen Missbrauchsrisiko besteht hier zusätzlich die Möglichkeit, dass das Sekretariatspersonal allfällige elektronische Post ungewollt "zu früh" herunterlädt und damit den Fristenlauf auslöst. Es verhält sich dabei allerdings nicht anders als bei der Zustellung von Entscheiden mit gewöhnlicher Post: Leert das Sekretariatspersonal das Postfach des Anwalts und holt es alle an ihn gerichteten eingeschriebenen Sendungen ab, so löst es damit den Lauf von Rechtsmittelfristen auch dann aus, wenn der Anwalt, um Zeit zu gewinnen, dies gerne um ein paar Tage hinausgezögert hätte.

über den Zeitpunkt des Eintreffens des Entscheids auf dem Account der Partei zu informieren, läuft ins Leere, da auf den Zeitpunkt des Abrufens bei der (schweizerischen) Zustellplattform abgestellt wird; vgl. D. SANGIORGIO, *Neuerungen im elektronischen Verkehr mit dem Bundesgericht und den Bundesbehörden*, Aktuelle Anwaltspraxis 2001, S. 47 ff., S. 58.

<sup>42</sup> Art. 7 Abs. 4 ReRBGer; J. BÜHLER, 2006 (Fn. 14), N 3.2 f.; vgl. auch K. SPÜHLER, A. DOLGE, D. VOCK (Fn. 27), Art. 44 BGG N 3.

<sup>43</sup> Vgl. BBl 2001 4202 S. 4268 f.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 127 I 31 E. 2b S. 34 f.; vgl. auch die Punkte 5.6 und 5.7 sowie 18 der AGB von IncaMail (Fn. 19).

Um unerwünschte Fristauslösungen zu verhindern, ist eine gut funktionierende interne Organisation der Anwaltskanzlei mit klarer Kompetenzregelung unerlässlich<sup>45</sup>.

### 3.1.2. Örtliche und zeitliche Einhaltung der Frist

Bei der Benutzung des herkömmlichen Briefverkehrs gilt eine Rechtsschrift dann beim Schweizerischen Bundesgericht als fristwährend zugestellt, wenn sie am letzten Tag der Frist dem Bundesgericht selbst, der *Schweizerischen Post* oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist<sup>46</sup>. Die Frist konnte früher auch durch Abgabe an gewisse unzuständige Behörden gewahrt werden, so nach Art. 32 Abs. 4 aOG durch Eingabe an andere Bundesbehörden oder an die kantonale Instanz, die den vorgängigen Entscheid getroffen hat<sup>47</sup>. Durch Art. 48 Abs. 3 BGG ist diese Regelung auf sämtliche kantonalen Behörden ausgeweitet worden. Die unzuständige Behörde hat die Rechtsschrift unverzüglich an das Bundesgericht weiterzuleiten<sup>48</sup>.

In zeitlicher Hinsicht kann die Frist *bis um 24 Uhr des letzten Tages* eingehalten werden<sup>49</sup>. Bei der Postaufgabe genügt der *Einwurf in einen Briefkasten der Post* (bzw. direkt beim Bundesgericht), dessen Zeitpunkt jedoch zu beweisen ist, z.B. durch unterschriebene Bestätigung von anwesenden Zeugen direkt auf dem Couvert.

Bei der elektronischen Zustellung ist die Frist nach Art. 48 Abs. 2 BGG dann gewahrt, *wenn der Empfang der Eingabe bei der Zustelladresse des Bundesgerichts vor Ablauf der Frist durch das betreffende Informatiksystem bestätigt*

<sup>45</sup> Insbesondere muss geklärt werden, ob für alle in einer Kanzlei tätigen Anwälte die elektronische Post zusammen heruntergeladen wird oder jeweils einzeln.

<sup>46</sup> Art. 48 Abs. 1 BGG; Art. 21 Abs. 1 VwVG; Art. 141 Abs. 1 E-ZPO; Art. 89 Abs. 2 E-StPO.

<sup>47</sup> Siehe auch BGE 121 I 173 und 121 I 93.

<sup>48</sup> Art. 48 Abs. 3 BGG; BGE 118 Ia 241; vgl. Art. 21 Abs. 2 VwVG; ; Art. 89 Abs. 4 E-StPO.

<sup>49</sup> BGG Komm-GÜNGERICH (Fn. 27), Art. 48 N 2; O. VOGEL, K. SPÜHLER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 8. Auflage, Bern 2006, 9 N 93.

<sup>50</sup> Ebenso Art. 141 Abs. 2 E-ZPO; Art. 89 Abs. 3 E-StPO. Leicht anders formuliert aber in Art. 21a Abs. 3 VwVG: “[...] wenn das Informatiksystem, welchem die elektronische Zustelladresse der Behörde angehört, vor ihrem Ablauf den Empfang bestätigt hat.” Siehe auch

worden ist<sup>50</sup>. Mit dieser Formulierung wollte der Gesetzgeber dem Bundesgericht die Möglichkeit eröffnen, entweder selber eine Zustelladresse einzurichten oder aber einen Intermediär dazwischenzuschalten<sup>51</sup>. Wie oben erwähnt, hat sich das Bundesgericht für die zweite Lösung entschieden. Demnach gilt die Frist dann als gewahrt, wenn die IncaMail-Plattform als Zustelladresse durch das Informatiksystem, d.h. automatisch und 24 Stunden täglich, den Empfang bestätigt<sup>52</sup>. *Dabei ist der Zeitpunkt des Absendens der Bestätigung relevant und nicht das Eintreffen dieser Bestätigung beim Nutzer*<sup>53</sup>. Dies wird insbesondere anhand der aktiven Formulierung in Art. 21a Abs. 3 VwVG deutlich: “[...] den Empfang bestätigt *hat*” (Hervorhebung durch die Verfasser). Obwohl der Nutzer erst mit Erhalten der Bestätigung die Sicherheit hat, dass die Eingabe erfolgreich (und fristgerecht) eingereicht wurde, fällt die effektive (rechtlich massgebende) Einreichung also schon auf einen früheren Zeitpunkt. Zwischen dem Absenden der Empfangsbestätigung und dem Eintreffen der Bestätigung beim Nutzer besteht somit eine Unsicherheitszeitspanne. Der Absender, insbesondere der sorgfältig handelnde (und zur Sorgfalt verpflichtete) Anwalt, kann und darf sich vorsichtshalber nur auf Letzteres verlassen.

Die Situation ist vergleichbar mit dem Gang zur Post, der sich beim herkömmlichen Postverkehr auch im Risikobereich des Anwalts bzw. der Partei befindet. Im elektronischen Rechtsverkehr ergeben sich aber bezüglich des Risikobereiches gewisse Modifikationen. Die erste betrifft den Weg der Bestätigung von der Plattform der Post zurück zum Anwalt. Zwar spielt sich diese theoretisch nicht im Risikobereich des Anwalts ab; solange die Bestätigung nicht eintrifft, muss er aber wie erwähnt vom Scheitern der Zustellung ausgehen und anderweitige Vorkehrungen zur Einhaltung der

die Formulierung im österreichischen Gerichtsorganisationsgesetz § 89d Abs. 1: “Elektronische Eingaben (§ 89a Abs. 1) gelten als bei Gericht angebracht, wenn ihre Daten zur Gänze bei der Bundesrechenzentrum GmbH eingelangt sind. Ist vorgesehen, dass die Eingaben über eine Übermittlungsstelle zu leiten sind [...], so gelten sie als bei Gericht mit demjenigen Zeitpunkt angebracht, an dem die Übermittlungsstelle dem Einbringer rückgemeldet hatte [...]”

<sup>51</sup> BBl 2001 4202 S. 4267; D. SANGIORGIO (Fn. 41), S. 54 f.

<sup>52</sup> Siehe Punkt 5.3 der AGB von IncaMail (Fn. 19).

<sup>53</sup> BBl 2001 4202 S. 4298.

<sup>54</sup> Vgl. BBl 2001 4202 S. 4268; D. SANGIORGIO (Fn. 41), S. 55; K. SPÜHLER, A. DOLGE, D. VOCK (Fn. 27), Art. 48 BGG N 2; BGG Komm-GÜNGERICH (Fn. 27), Art. 48 N 3.

Frist treffen<sup>54</sup>. Denn der Anwalt verfügt zu diesem Zeitpunkt über kein Wissen über den Verbleib der (elektronischen) Schrift. Effektiv in seinem Risikobereich befindet sich zudem die Möglichkeit, dass die Zustellplattform nicht funktioniert; eine Situation, die vergleichbar ist mit einem zugeklebten oder verstopften Briefkasten im herkömmlichen Rechtsverkehr. Selbstredend kann der Betroffene diesfalls eine Fristwiederherstellung verlangen, doch ist dies immerhin mit einem gewissen Aufwand verbunden<sup>55</sup>. Eine weitere Modifikation besteht darin, dass dem Anwalt die Kontrolle über einen Teil seines Risikobereichs praktisch entzogen wird. Während beim konventionellen Briefverkehr die Rechtsschrift physisch auf die Post gebracht und übergeben wird (was leicht überwachbar ist), fehlt bei der elektronischen Einreichung die körperlich manifeste Kontrolle vollständig. Im Endeffekt spielt dieser Aspekt in der Praxis jedoch kaum eine grosse Rolle, weil die Fälle möglichen Scheiterns der Zustellung in technischer Hinsicht mannigfaltig und kaum kalkulierbar sind. Da der vorsichtige Anwalt ohnehin in jedem Fall die Bestätigung des Empfangs der Rechtsschrift durch die Zustellplattform abwarten und bei deren Ausbleiben immer und unabhängig vom Grund des Scheiterns einen andern Zustellversuch unternehmen muss, wird diese zusätzliche Unsicherheitskomponente kaum einen Einfluss auf sein Verhalten ausüben. Zu beachten ist auch, dass die Übertragung an sich mehrere Minuten in Anspruch nehmen kann. Der Anwalt sollte also mit der Versendung nicht später als eine Stunde vor Fristablauf beginnen, damit ihm genügend Zeit für einen Übertragungsversuch und, im Falle des Scheiterns, für den Ausdruck der Rechtsschrift und den Gang zum Briefkasten verbleibt.

### 3.1.3. Nachreichen einer Rechtsschrift durch Fax?

Gelingt die elektronische Einreichung einer Rechtsschrift nicht, so muss der Anwalt die Eingabe rechtzeitig physisch der Post übergeben. Reicht dazu die Zeit nicht mehr aus, so fragt es sich, ob die Rechtsschrift wirksam noch per Fax innerhalb der Frist nachgereicht werden kann. Das Problem beim

<sup>55</sup> Siehe dazu unten Ziff. 3.4. Die Post übernimmt in diesem Fall grundsätzlich keine Haftung für zusätzliche Aufwendungen einer Fristwiederherstellung, sondern erstattet einzig die Kosten für die Nutzung von IncaMail; vgl. Punkt 21 der AGB von IncaMail (Fn. 19).

Übermitteln einer Rechtsschrift per Fax stellt das Fehlen der eigenhändigen Unterschrift dar. Nach früherem Recht hätte in einer solchen Situation grundsätzlich die Möglichkeit bestanden, dem Anwalt gestützt auf Art. 30 Abs. 2 aOG eine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen. Das Bundesgericht hat indessen die Anwendung dieser Vorschrift beim Fax hauptsächlich mit dem Argument abgelehnt, dass dies praktisch auf eine Verlängerung der Fristen hinauslaufen würde<sup>56</sup>. Beim Fax sei deshalb kein versehentliches Fehlen der Unterschrift anzunehmen. Im Grunde läuft jedoch diese Befürchtung vor möglichen Missbräuchen ins Leere, denn der Fax kann nachträglich nicht mehr abgeändert werden, weshalb der Anwalt keine Möglichkeit hat, die per Fax eingereichte Rechtsschrift noch auszubauen oder zu verbessern<sup>57</sup>. Das Einreichen von Rechtsschriften per Fax wird denn auch in einigen Verfahrensbereichen als zulässig erachtet, sei es aufgrund einer expliziten Gesetzesvorschrift<sup>58</sup>, sei es durch die Rechtsprechung der betroffenen Instanzen<sup>59</sup>. Ob das Bundesgericht seine Rechtsprechung unter der Herrschaft des BGG ändern wird, bleibt zurzeit offen.

Bei der Frage nach der Einhaltung der Frist müsste auf den Zeitpunkt des Empfanges des Fax' beim Gericht abgestellt werden<sup>60</sup>. Sollte die Eingabe einer Rechtsschrift an das Bundesgericht per Fax zulässig werden, *so wird es dabei keinen Zeitpunkt des Übergangs des Transport-, Verlust- und Verzögerungsrisikos vor Eingang beim Bundesgericht geben*. In diesem Zusammenhang gilt es zu bedenken, dass das Bundesgericht nur über eine beschränkte Anzahl von Faxgeräten verfügt und sich der Eingang beim Einreichen von mehreren grösseren Rechtsschriften durch verschiedene Parteien erheblich verzögern dürfte. Folglich böte auch diese

<sup>56</sup> BGE 121 II 252 E. 4b und c S. 255 f.; siehe auch BGE 127 III 181 zum Rechtsvorschlag per Fax.

<sup>57</sup> Vgl. VPB 63 Nr. 12, 59 Nr. 56; R. FEUZ, *Beschwerde per Telefax?*, Jusletter 15. Mai 2000, Rz. 7.

<sup>58</sup> Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1; Art. 23 Abs. 1 der früheren Verordnung über die Schweizerische Asylrekurskommission; siehe zum Ganzen auch BBl 2001 4202 S. 4260.

<sup>59</sup> BVR 2000 145 E. 2c S. 148; vgl. R. FEUZ (Fn. 57), Rz. 1 ff.

<sup>60</sup> Vgl. das *obiter dictum* in BGE 121 II 252 E. 2c S. 256, wo die Frage schlussendlich aber offen gelassen wird.

Zustellmethode (wenn sie in Zukunft vom Bundesgericht anerkannt werden sollte) keine absolute Sicherheit für den Anwalt, der am letzten Tag der Frist kurz vor Mitternacht mit einem elektronischen Zustellversuch gescheitert ist und nicht mehr genügend Zeit für den Gang zu einem Postbriefkasten hat oder dort keine Zeugen findet, die ihm den rechtzeitigen Einwurf in den Kasten bestätigen.

### 3.1.4. Anforderungen an die elektronische Rechtschrift

Die elektronische Eingabe muss gemäss Art. 42 Abs. 4 BGG<sup>61</sup> zwei Anforderungen genügen: Einerseits muss das gesamte Dokument inklusive aller Beilagen mit einer *anerkannten elektronischen Signatur* versehen sein und andererseits muss die Rechtschrift *in einem bestimmten Format* eingereicht werden.

#### 3.1.4.1. Die anerkannte elektronische Signatur

Die elektronische Signatur ersetzt zum einen die eigenhändige Unterschrift auf der Rechtschrift und besitzt zum anderen die Funktion eines Siegels; sie wirkt wie ein “elektronischer Umschlag” und ermöglicht es, allfällige nachträgliche Veränderungen an einer Sendung nachzuweisen<sup>62</sup>. Die digitale Signatur kann nur für natürliche Personen ausgestellt werden, da auch die eigenhändige Unterschrift, deren Surrogat sie darstellt, evidenterweise nur von Menschen ausgeführt werden kann und nicht etwa von juristischen Personen<sup>63</sup>.

Art. 42 Abs. 4 BGG spricht vom Erfordernis einer *anerkannten elektronischen Signatur*. Das ZertES nennt in Art. 2 drei verschiedene Arten von Signaturen: Die (einfache) elektronische Signatur, die fortgeschrittene und die qualifizierte elektronische Signatur. Gemäss der Botschaft zum BGG soll für die Eingabe einer Rechtschrift ein kryptographischer Schlüssel erforderlich sein, der mit Sicherheit einer natür-

<sup>61</sup> Ebenso Art. 21a Abs. 1 und 2 VwVG; vgl. auch Art. 128 Abs. 2 E-ZPO sowie Art. 108 Abs. 2 E-StPO.

<sup>62</sup> Vgl. BBl 2001 4202 S. 4265.

<sup>63</sup> Siehe Amtliches Bulletin 2003 Nationalrat 805 ff. und Art. 7 Abs. 1 lit. c sowie Abs. 2 lit. a ZertES.

<sup>64</sup> BBl 2001 4202 S. 4263 und 4295.

lichen Person zugeordnet werden kann<sup>64</sup>. Damit fällt die einfache elektronische Signatur weg, die nicht ausschliesslich einer Person zugeordnet werden muss<sup>65</sup>. Da die digitale als Surrogat der eigenhändigen Unterschrift fungiert, sollte *nur die qualifizierte elektronische Signatur gemäss Art. 6 und 7 ZertES als anerkannt im Sinne des BGG zugelassen werden*<sup>66</sup>. Denn nur diese vermag privatrechtlich die eigenhändige Unterschrift zu ersetzen und nur für diese besteht eine explizite (deliktische) Haftungsnorm für den Fall eines Missbrauchs<sup>67</sup>. Trotzdem kann das IncaMail-Portal im Moment sowohl mit der qualifizierten elektronischen Signatur als auch mit der bloss fortgeschrittenen elektronischen Signatur bedient werden<sup>68</sup>.

Zertifizierte (qualifizierte) digitale Signaturen werden bis anhin von der “Swisscom Solutions AG”, der “QuoVadis Trustlink Schweiz AG” und der “SwissSign AG” angeboten<sup>69</sup>; bei letzterer handelt es sich um eine Konzerngesellschaft der Schweizerischen Post. Zurzeit lässt IncaMail nur qualifizierte Zertifikate von “SwissSign” zu, obwohl diese offenbar noch gar nicht erhältlich sind<sup>70</sup>. Auf die Dauer wäre eine derartige “Monopolisierung” der qualifizierten elektronischen Signatur für den Rechtsverkehr allerdings ausserordentlich problematisch. Dass die Post zudem zwei weitere nicht-qualifizierte Zertifikate zulässt – nota bene von SwissSign und der Post selbst – erscheint vor diesem Hintergrund noch bedenklicher.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass wie früher *in Zivil- und Strafsachen als Parteivertreter nur Anwälte und Anwältinnen auftreten können, die berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten*<sup>71</sup>. Diese Vorschrift muss selbstredend auch beim elektronischen Rechtsverkehr

<sup>65</sup> Art. 2 lit. b Ziff. 1 ZertES e contrario.

<sup>66</sup> Ebenso J. BÜHLER, *Der elektronische Rechtsverkehr mit dem Schweizerischen Bundesgericht*, Anwaltsrevue 5/2007, S. 204 ff., S. 205.

<sup>67</sup> Art. 14 Abs. 2bis und Art. 59a OR. Art. 2 lit. e ReRBGer lässt diese Frage offen.

<sup>68</sup> Siehe <http://www.incmail.ch> (besucht am 5.06.07).

<sup>69</sup> Siehe <http://www.seco.admin.ch/sas/00229/00251/index.html?lang=de> (besucht am 5.06.07) sowie J. BÜHLER, 2006 (Fn. 14), N 2.1.

<sup>70</sup> Siehe <http://www.incmail.ch> (besucht am 5.06.07); J. BÜHLER, 2007 (Fn. 66), S. 205 und 207.

<sup>71</sup> Art. 40 Abs. 1 BGG. Die Rechtslehrerinnen und Rechtslehrer an schweizerischen Hochschulen gemäss Art. 29 Abs. 2 aOG fallen mit dem BGG weg.

beachtet werden. Man werfe vor diesem Hintergrund einen Blick auf die (frühere) Regelung bei der konventionellen handschriftlichen Unterschrift: Wenn die Rechtsschrift von einem nicht zugelassenen Vertreter unterzeichnet wurde, so konnte es überspitzt formalistisch sein, auf die Eingabe nicht einzutreten, ohne der betroffenen Partei vorgängig i.S.v. Art. 30 Abs. 2 aOG die Möglichkeit zur Behebung des Mangels einzuräumen<sup>72</sup>. Wurde die Rechtsschrift jedoch nur deshalb von einem Anwaltspraktikanten unterschrieben, weil der Anwalt im Ausland weilte, so wurde auf das Rechtsmittel ohne Nachfristansetzung nicht eingetreten<sup>73</sup>. Diese Rechtsprechung zu Art. 30 Abs. 2 aOG kann auf den gleichlautenden Art. 42 Abs. 5 BGG<sup>74</sup> übertragen werden. Was das aber konkret bedeutet, wird die Zukunft weisen müssen. Es ist ohne weiteres denkbar (und wohl auch wahrscheinlich), dass etliche Anwälte die elektronische Unterschrift nicht selbst anbringen, sondern durch Kanzleipersonal auf das Eingabepaket setzen lassen (da sie vielleicht im Umgang mit dem PC nicht sattelfest sind oder ihre Zeit anderweitig einsetzen möchten). Dazu muss jedoch der effektiv signierenden Person das Passwort offenbart werden, was ein erhebliches Missbrauchspotential mit sich bringt und zu potentiellen Haftungsrisiken führt<sup>75</sup>. Noch heikler ist aber die Frage, ob eine derart formell mit der Signatur des Anwalts versehene Eingabe vom Bundesgericht als von einer nicht zur Parteivertretung berechtigten Person stammend betrachtet werden wird und ob das Bundesgericht analog zum erwähnten Fall des Anwaltspraktikanten die Ansetzung einer Nachfrist zur Behebung des Mangels verweigern wird. Der Haftung gegenüber seinem Klienten aus unsorgfältiger Mandatsführung wird dann der Anwalt offenkundig nicht entgehen können. *Nicht nur das Missbrauchspotential, sondern auch diese Unsicherheiten lassen es daher als nicht ratsam erscheinen, die elektronische Signatur dem Kanzleipersonal anzuvertrauen*<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> BGE 99 V 120 E. 3c S. 124; vgl. auch BVR 1991 93 E. 2 S. 94 f.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 99 II 349 E. 2 und 3 S. 350 f.

<sup>74</sup> Vgl. Art. 52 VwVG; Art. 130 Abs. 1 E-ZPO.

<sup>75</sup> Siehe dazu unten Ziff. 3.1.5.

<sup>76</sup> In der Praxis werden Fälle naturgemäss selten bekannt werden. Ausgeschlossen werden kann dies indessen nicht, so etwa wenn das Personal den Anwalt denunziert.

### 3.1.4.2. Das Format der elektronischen Eingabe

In welchem Format die elektronische Eingabe erfolgen kann, hat das Bundesgericht gemäss Art. 42 Abs. 4 BGG per Reglement zu bestimmen<sup>77</sup>. Es stellt dazu nach Art. 4 Abs. 1 und 2 ReRBGer ein entsprechendes Formular zur Verfügung, welches die Rechtsschrift im PDF- und im XML-Format<sup>78</sup> einsehbar macht.

Fraglich ist, wie mit Eingaben in einem falschen, nicht lesbaren Format umgegangen wird. *Grundsätzlich könnten die Regeln über die Eingabe in einer falschen Sprache analog zur Anwendung kommen*, d.h. es bestünde an sich die Möglichkeit der Ansetzung einer Frist zur Nachbesserung<sup>79</sup>. Der Bundesrat hielt eine solche Möglichkeit in seiner Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 indes für nicht sinnvoll, da dies zu einer erheblichen Mehrbelastung des Bundesgerichts führen könne und zudem eine Missbrauchsgefahr geschaffen werde, weil der Einzelne dazu verleitet werden könnte, Zeit zu gewinnen, um seine Eingabe nach Ablauf der Frist zu vollenden<sup>80</sup>. Ein vorgegebenes Formular bietet zudem die Möglichkeit der automatischen Registrierung von Verfahrenshandlungen; ein Vorteil, der verloren geht, wenn ein Anwalt ein falsches, nicht lesbares Format verwendet. Deshalb soll zumindest mittelfristig die Benutzung der vorgegebenen Formulare obligatorisch werden<sup>81</sup>. Es ist zu bedauern, dass das Bundesgericht diese Frage im ReRBGer nicht grundsätzlich und verbindlich beantwortet hat.

Im jetzigen Zeitpunkt wird man auf Grund dieser Umstände vorsichtshalber davon ausgehen müssen, dass eine Eingabe im falschen

<sup>77</sup> Ebenso Art. 21a Abs. 1 VwVG, wo diese Kompetenz dem Bundesrat übertragen wird. Es stellt sich die Frage nach dem Sinn, im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs, der ja möglichst vereinheitlicht und harmonisiert ablaufen soll, zwei Reglemente zur selben Materie zu erlassen. Das Reglement bzw. die Verordnung des Bundesrats soll Mitte 2007 in Kraft treten; J. BÜHLER, 2007 (Fn. 66), S. 207. Vgl. dazu auch Art. 128 Abs. 2 E-ZPO; Art. 108 Abs. 2 E-StPO.

<sup>78</sup> Extensible Markup Language (erweiterbare Auszeichnungssprache); siehe dazu J. BÜHLER, 2006 (Fn. 14), N. 2.2.

<sup>79</sup> Art. 42 Abs. 5 und 6 BGG; Art. 130 Abs. 2 E-ZPO; Art. 108 Abs. 5 E-StPO; vgl. Art. 52 VwVG.

<sup>80</sup> BBl 2001 4202 S. 4266.

<sup>81</sup> BBl 2001 4202 S. 4266.

Format *ohne Nachfristansetzung als unbeachtlich zurückgewiesen wird*. Dies wird insbesondere dann gelten, wenn eine eingereichte Rechtschrift gänzlich unleserlich ist, sodass jegliche Identitätskontrolle zwischen dem ersten und einem allfällig nachgereichten (elektronischen oder konventionellen) Dokument entfallen würde und damit auch die Möglichkeit zur (an sich unzulässigen) Ergänzung der Rechtschrift nach Fristablauf bestünde<sup>82</sup>.

Auch beim Format von Beilagen zur Rechtschrift gilt wohl der Grundsatz des strengen Umgangs mit unleserlichen Dokumenten, jedoch muss dieser bei den Beilagen offener gehandhabt werden, d.h. dass alle üblichen Dateiformate zugelassen werden sollten<sup>83</sup>. Deren konkrete Nennung bleibt der Praxis überlassen.

Nach Art. 52 Abs. 1 BZP<sup>84</sup> kann eine Urkunde im Original, in beglaubigter Abschrift, als Fotokopie oder auch als elektronische Kopie vorgelegt werden. Bei jeder Form der Kopie kann der Richter die Vorlage des Originals verlangen, denn die Papierkopie ist keineswegs sicherer als die elektronische Kopie<sup>85</sup>. Diese Regelung ist auch im Verwaltungsverfahren nach VwVG sowie im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht anwendbar<sup>86</sup>. Die elektronische Kopie ist also der herkömmlichen gleichgestellt, was durchaus sachgerecht ist, da beide Reproduktionsverfahren auf denselben technischen Vorgängen beruhen. In beiden Fällen wird das Dokument elektronisch eingescannt und danach entweder in elektronischer Form oder wiederum körperlich ausgedruckt weitergeleitet. Das Missbrauchspotential ist bei beiden Formen grundsätzlich dasselbe. Deswegen kann beispielsweise auch die eingescannte Vollmacht anstelle der konventionellen Kopie verwendet werden. Ist ein Originaldokument schon elektronisch signiert, so muss dieses in der elektronischen Form eingereicht werden, wobei in diesem Fall auch untypische Formate zugelassen werden müssen<sup>87</sup>.

Wer eine Rechtschrift elektronisch einreicht, ist allerdings nicht gezwungen, dem Gericht alle Beilagen elektronisch zuzustellen. Beilagen

<sup>82</sup> J. BÜHLER, 2007 (Fn. 66), S. 206; BBl 2001 4202 S. 4296.

<sup>83</sup> Vgl. BBl 2001 4202 S. 4296.

<sup>84</sup> Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273.

<sup>85</sup> BBl 2001 4202 S. 4356.

<sup>86</sup> Art. 55 Abs. 1 BGG, Art. 19 VwVG; vgl. auch Art. 174 E-ZPO.

<sup>87</sup> BBl 2001 4202 S. 4296.

können (ganz oder teilweise) auch mit konventioneller Post übermittelt werden. In diesem Fall müssen jedoch die Beilagen in der Rechtsschrift mit deren unterschiedlicher Zustellungsform erwähnt werden. Für die elektronische Rechtsschrift einerseits und die in Papierform eingereichten Beilagen andererseits gelten dann die jeweils anwendbaren Regeln über die fristgerechte Zustellung<sup>88</sup>.

### 3.1.5. Gefahren durch die elektronische Übertragung

Die Frage, ob herkömmliche unverschlüsselte Emails gezielt abgefangen und verändert werden können, ist umstritten<sup>89</sup>. Falls ein Anwaltsbüro über einen eigenen Emailserver verfügt, kann dieses Risiko auf jeden Fall massiv reduziert werden. Einigkeit besteht darüber, dass durch eine angemessene Verschlüsselung das Risiko der fremden Einsichtnahme praktisch auf Null reduziert werden kann<sup>90</sup>. Immer aber muss mit der Möglichkeit der *Fehladressierung einer Sendung* gerechnet werden, welche jedoch auf eigenes menschliches Versagen des Absenders zurückzuführen ist, analog zur falschen Adressierung eines Postbriefes<sup>91</sup>. In der Praxis dürfte dies aber bei Emailsendungen häufiger vorkommen als bei gewöhnlichen Postsendungen.

Die im elektronischen Rechtsverkehr vorgeschriebene anerkannte digitale Signatur muss eine *kryptographische Verschlüsselung* aufweisen<sup>92</sup>. Das System der qualifiziert zertifizierten digitalen Signatur basiert auf einem

<sup>88</sup> Art. 4 Abs. 4 ReRBGer.

<sup>89</sup> Bejahend etwa M. KUMMER, *E-Mail-Verschlüsselung in der Anwaltskanzlei*, Anwaltsrevue 10/2005, S. 400 ff., S. 400; für praktisch unmöglich haltend M. AXMANN, T.A. DEGEN, *Kanzlei-Homepages und elektronische Mandatsbearbeitung – Anwaltsstrategien zur Minimierung rechtlicher Risiken*, NJW 2006 Heft 21, S. 1457 ff., S. 1457 f. m.w.H.

<sup>90</sup> M. KUMMER (Fn. 89), S. 403.

<sup>91</sup> Siehe dazu auch T. GOTTWALD, W. VIEFHUES (Fn. 6), S. 794. Die in diesem Zusammenhang oft verwendeten Disclaimer vermögen für versehentlich angeschriebene Dritte keine Handlungspflichten zu begründen; M. KUMMER (Fn. 89), S. 401; M. AXMANN, T.A. DEGEN (Fn. 89), S. 1463. Trotzdem erscheinen diese unter dem Aspekt der Abschreckung als empfehlenswert. Bei Fehlleitungen haftet die Kanzlei bzw. der Anwalt aber in jedem Fall, denn der Disclaimer hat keinen Einfluss auf den Sorgfaltsmassstab.

<sup>92</sup> Vgl. BBl 2001 4202 S. 4295.

sog. asymmetrischen Verfahren. Bei diesem verfügt jeder Teilnehmer über zwei Schlüssel, nämlich über einen öffentlichen und einen privaten (asymmetrisches Schlüsselpaar). Durch die Verwendung des privaten Schlüssels stellt der Absender seine Identität analog zur eigenhändigen Unterschrift sicher. Mit Hilfe des öffentlich zugänglichen Schlüssels des Empfängers verschlüsselt der Absender sodann das Email, womit sichergestellt ist, dass nur der Empfänger mit seinem privaten Schlüssel die Nachricht vollständig entschlüsseln kann und der Inhalt seit dem Absenden nicht mehr verändert worden ist<sup>93</sup>. Die digitale Signatur stellt dadurch sowohl die Identität des Absenders (Authentizität) als auch die Integrität oder Unversehrtheit des Inhalts sicher und gewährt durch die Verschlüsselung zudem die Vertraulichkeit der Nachricht. Aus einem derart gesicherten Email-Verkehr ergeben sich kaum relevante Gefährdungsrisiken.

*Die grösste Gefahr im elektronischen Rechtsverkehr stellt jedoch (ebenso wie im konventionellen Briefverkehr) der Mensch dar.* Zur Identifizierung der elektronisch unterzeichnenden Person werden grundsätzlich zwei Systeme angeboten. Beim wesentlich missbrauchsanfälligeren blossen Software-Zertifikat muss der Inhaber der Signatur seine Identität einzig mit einem Passwort verifizieren. Bei der Hardware-Lösung kommt noch eine physische Komponente in Form einer Smartcard oder eines USB-Sticks dazu. In diesem Fall kann sich der Inhaber nur durch gleichzeitige Passwordeingabe und Verwendung der Hardware-Komponente korrekt identifizieren, was wesentlich mehr Sicherheit schafft<sup>94</sup>. So oder anders ist es aber denkbar, dass sich ein Unbefugter Zugang zum Passwort und zur Hardwarekomponente beschaffen kann (etwa wenn das Passwort und die Smartcard im Anwaltsbüro nicht sorgfältig verwahrt werden). Daraus kann je nach den Umständen eine Haftung des Signaturinhabers aus Art. 59a OR erwachsen. Im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs mit Behörden und Gerichten dürfte dieses Haftungsrisiko allerdings bloss von geringer praktischer Bedeutung sein.

<sup>93</sup> Vgl. zum Ganzen D. SANGIORGIO (Fn. 41), S. 50.

<sup>94</sup> Falls diese Hardware-Komponente nicht funktionieren oder zerstört werden sollte, so kann der Anwender im Notfall mittels eines speziellen Passworts eine Software-Kopie via Internet herunterladen.

Wesentlich grössere Risiken geht der Anwalt ein, wenn er das elektronische Signieren seiner Eingaben dem Kanzleipersonal überlässt. Die Weitergabe des Passworts für das Zertifikat und der Hardware-Komponente an das Büropersonal ist vergleichbar mit einer Blanko-Unterschrift auf einem Papier. Letzteres mag in Anwaltskanzleien in der Praxis durchaus vorkommen, aber die daraus erwachsenden Risiken sind begrenzt, weil es sich stets um eine limitierte Anzahl von papiernen Blanko-Unterschriften handeln wird. Die dem Kanzleipersonal anvertraute elektronische Signatur dagegen kann unbeschränkt oft verwendet (und gegebenenfalls missbraucht) werden. Sofern die digitale Signatur an eine Chipkarte oder einen USB-Stick gebunden ist, kann diese Gefahr zwar zeitlich reduziert werden, da die digitalen Blankette nur solange verwendet werden können, bis der Anwalt seinen Chip bzw. Stick wieder zurück erhält. Dennoch bleibt ein grundlegendes Risiko: Wer einem Dritten durch die freiwillige Weitergabe seiner digitalen Signatur deren Verwendung ermöglicht, schafft einen Rechtsschein, auf den sich im *Rechtsgeschäftsverkehr* jeder gutgläubige Dritte berufen kann<sup>95</sup>. Aufgrund des Veranlassungsprinzips muss analog dazu im *Rechtsverkehr mit Behörden und Gerichten* gelten, dass sich ein Anwalt auf einer durch das Sekretariatspersonal eingereichten Rechtsschrift behaften lassen muss, sie also z.B. nur kostenpflichtig zurückgezogen werden könnte und dem Anwalt alle allfälligen inhaltlichen und formellen Mängel der Eingabe angelastet würden (sog. Rechtsscheinshaftung)<sup>96</sup>. In Zivil- und Strafsachen muss der Anwalt gar damit rechnen, dass das Bundesgericht auf die Eingabe nicht eintritt, weil sie – obwohl formell mit der Signatur eines Anwalts versehen – effektiv nicht von einer zur Parteivertretung befugten Person stammt<sup>97</sup>. Unter diesen Umständen empfiehlt es sich kaum, dass der Anwalt das Signieren seiner Rechtsschriften dem Kanzleipersonal überlässt. Jedenfalls muss er vor der Weitergabe seiner Signatur sorgfältig zwischen Effizienzaspekten ein-

<sup>95</sup> Siehe den nach wie vor massgeblichen BGE 88 II 422 E. 2d S. 428 betreffend Wirkung der Blankounterschrift. Wohl a. A. S. SCHLAURI, *Elektronische Signaturen*, Diss. Zürich 2002, Rz. 694 ff., insb. Rz. 701.

<sup>96</sup> Vgl. auch die Analogie zur (Anscheins-)Vollmacht gemäss Art. 33 Abs. 3 OR; BGE 88 II 422 E. 2d S. 428.

<sup>97</sup> Siehe dazu oben Ziff. 3.1.4.1.

erseits (Administration der elektronischen Post durch das Sekretariat) und Sicherheitsaspekten andererseits abwägen<sup>98</sup>.

### 3.2. Die (elektronische) Zahlung von Vorschüssen und Sicherstellungen

#### 3.2.1. Die bisherige Rechtsprechung

Auch die Nichteinhaltung von Zahlungsfristen für Vorschüsse und Sicherstellungen kann einen Nichteintretensentscheid nach sich ziehen. Der “Gefahrübergang”, also der Übergang des Transport-, Verlust- und Verzögerungsrisikos, ist damit im Rahmen des Rechtsverkehrs mit Behörden und Gerichten bei Zahlungen in gleicher Weise relevant wie beim Einreichen von Rechtsschriften.

Bei der Zahlung eines Vorschusses oder bei einer Sicherstellung galt die Frist nach früherer ständiger Rechtsprechung in analoger Anwendung von Art. 32 Abs. 3 aOG dann als gewahrt, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag bei der Schweizerischen Post einbezahlt oder beim Giromandat der Überweisungsauftrag der Post übergeben worden ist sowie alternativ wenn die Buchung beim Bundesgericht selbst erfolgte<sup>99</sup>. Durch die Beauftragung einer Bank oder Buchungsmassnahmen derselben konnte die Frist also nicht per se eingehalten werden<sup>100</sup>; massgebend war das Eintreffen des Betrages bei der Post. Faktisch war der Inhaber eines Bankkontos somit gegenüber dem Benutzer eines Postkontos schlechter gestellt, da er die Zahlung fast eine Woche früher veranlassen musste, um die Frist mit Sicherheit zu erfüllen, während der Postkontobenutzer den Zahlungsauftrag am letzten Tag der Post übergeben konnte<sup>101</sup>. Die Begründung für diese Rechtsprechung des Bundesgerichts berücksichtigte Praktikabilitätsüberlegungen: Einerseits

<sup>98</sup> Offenbar kann jedoch die elektronisch signierte Rechtsschrift auch als Anhang verschickt werden, ohne im vorgesehenen Formular enthalten zu sein. Es genügt ein Verweis auf den entsprechenden Anhang. Dieses Vorgehen entschärft die Problematik weitgehend. Siehe dazu J. BÜHLER, 2007 (Fn. 66), S. 206.

<sup>99</sup> BGE 117 Ib 220 E. 2a S. 221; 114 Ib 67 E. 1 S. 68; 111 V 406 E. 1b S. 407; 110 V 218 E. 2 S. 220; 104 II 61 E. 2 S. 63; 96 I 471 E. 1 S. 472.

<sup>100</sup> BGE 114 Ib 67 E. 1 S. 68; 96 I 471 E. 1 S. 472.

<sup>101</sup> Vgl. BBl 2001 4202 S. 4298.

kann die Post sofort die Gutschrift vornehmen und andererseits kann der Zahlende selbst das genaue Datum der Gutschrift bei der Post weder bestimmen noch zuverlässig berechnen<sup>102</sup>.

Einzig bei der Benützung des Sammelauftragsdienstes der Post kann der Auftraggeber auf den Zeitpunkt der Gutschrift Einfluss nehmen, da jeder einzelne Zahlungsauftrag ein Fälligkeitsdatum aufweisen muss, welches den Tag der Gutschrift auf das Empfängerkonto kennzeichnet<sup>103</sup>. Beim Sammelauftrag galt die Frist deshalb nur dann als gewahrt, wenn spätestens der letzte Tag als Fälligkeitsdatum eingesetzt und der den Auftrag enthaltende Datenträger rechtzeitig der Post übergeben worden war<sup>104</sup>. Nach alter Rechtsprechung war das Kriterium der rechtzeitigen Übergabe daran geknüpft, dass die Gutschrift nach dem ordentlichen postalischen Gang spätestens am bezeichneten (d.h. am letzten) Tag erfolgen konnte<sup>105</sup>. Diese Rechtsprechung wurde später insofern geändert (oder besser: differenziert), als die Übergabe auch am letzten Tag der Frist noch als rechtzeitig galt, auch wenn die Gutschrift dann effektiv zu spät erfolgte<sup>106</sup>. Damit war die zusätzliche faktische Fristverkürzung von mindestens zwei Tagen beim Sammelauftrag behoben, womit diese Zahlungsart den anderen (postalischen) Zahlungsarten gleichgestellt worden war<sup>107</sup>.

Für alle Zahlungsarten galt zudem, dass *der Auftrag der Post so erteilt werden musste, dass er ausgeführt werden konnte*, was beispielsweise die Richtigkeit der erforderlichen Angaben (z.B. des korrekten Empfängers) voraussetzte<sup>108</sup>. Die versehentliche Falschadressierung eines Überwei-

<sup>102</sup> BGE 117 Ib 220 E. 2a S. 221; 110 V 218 E. 2 S. 220.

<sup>103</sup> BGE 110 V 218 E. 1b S. 219 f.

<sup>104</sup> BGE 114 Ib 67 E. 1 S. 68 f.; 110 V 218 E. 2 S. 220.

<sup>105</sup> BGE 114 Ib 67 E. 1 S. 68 f.; 110 V 218 E. 2 S. 220.

<sup>106</sup> BGE 117 Ib 220 E. 2a S. 222; siehe auch BGE 118 Ia 8 E. 2a S. 12; vgl. neuerdings auch Urteil des Bundesgerichts 1P.465/2006 vom 14. August 2006, E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 2A.144/2003 vom 10. April 2003, E. 2.2.

<sup>107</sup> BGE 118 Ia 8 E. 2b S. 12 f. Die Anwendung der alten Rechtsprechung auf kantonale Verfahren ist aber weder rechtsungleich, noch überspitzt formalistisch; BGE a.a.O. E. 2c S. 14; Urteil des Bundesgerichts 2A.144/2003 vom 10. April 2003, E. 2.5.

<sup>108</sup> BGE 104 II 61 E. 2 S. 63.

sungsauftrages an eine unzuständige Behörde war aber analog zu den Rechtsschriften fristwährend<sup>109</sup>.

### 3.2.2. Die neue Regelung und deren Auswirkungen

Nach Art. 48 Abs. 4 BGG gilt bei der Zahlung eines Vorschusses oder bei einer Sicherstellung die Frist dann als gewahrt, *wenn der Betrag am letzten Tag der Frist zu Gunsten des Bundesgerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist*<sup>110</sup>. Es sollen also zwei alternative Kriterien massgebend sein: Entweder Übergabe an die Post zuhanden des Bundesgerichts oder Zeitpunkt der Belastung auf dem Post- oder Bankkonto zugunsten des Bundesgerichts.

Unverändert bleibt somit die Möglichkeit, eine Barzahlung am letzten Tag der Frist am Postschalter vorzunehmen<sup>111</sup>. *Beim bargeldlosen Zahlungsverkehr ist das Bankkonto dem Postkonto gleichgestellt*. Gleichzeitig wurde aber die Frist zur Zahlung über ein Postkonto gegenüber dem früheren Recht verkürzt. Denn der Postkontoinhaber kann (ebenso wie der Bankkontobesitzer) zur Einhaltung der Frist nicht mehr am letzten Tag einen Umschlag mit dem Zahlungsauftrag versenden<sup>112</sup>. Der Auftrag muss spätestens einen Tag vor Ablauf der Frist an die Postfinanz oder die Bank geschickt werden, damit die (fristwährende) Belastung des Kontos rechtzeitig erfolgen kann<sup>113</sup>. *Dabei liegt das gesamte Verzögerungsrisiko beim Absender*. Diese radikale Neuerung zur Fristeinhaltung bei der Bezahlung von Kostenvorschüssen oder Sicherstellungen macht die alte Ordnung mitsamt der Rechtsprechung zu grossen Teilen irrelevant. Dennoch ist nun endlich die Vereinheitlichung und Gleichbehandlung sämtlicher Zahlungsarten

<sup>109</sup> BGE 111 V 406 E. 2 S. 407 f.; bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist die Zahlung an jegliche unzuständige Behörde von Bund, Kanton oder Gemeinde fristwährend, vorbehaltlich der rechtsmissbräuchlichen Fehladressierung.

<sup>110</sup> Ebenso Art. 21 Abs. 3 VwVG; Art. 141 Abs. 3 E-ZPO; Art. 89 Abs. 5 E-StPO.

<sup>111</sup> Relevant ist der Zeitpunkt, in welchem der Betrag der Schweizerischen Post zu Gunsten des Bundesgerichts übergeben wird, auch anlässlich einer Überweisung im Ausland; BBl 2001 4202 S. 4298.

<sup>112</sup> K. SPÜHLER, A. DOLGE, D. VOCK (Fn. 27), Art. 48 BGG N 4; BGG Komm-GÜNGERICH (Fn. 27), Art. 48 N 4; BBl 2001 4202 S. 4299.

<sup>113</sup> BBl 2001 4202 S. 4299.

(und insbesondere Kontoarten) durch den Gesetzgeber verwirklicht worden – übrigens ein erklärtes Ziel des Bundesgerichts<sup>114</sup>. *Problematisch an der Neuregelung ist, dass die Bareinzahlung am Postschalter gegenüber dem bargeldlosen Zahlungsverkehr begünstigt wird.* Der sorgfältige Anwalt, der den Zahlungsauftrag rechtzeitig abgesendet hat, wird spätestens am letzten Tag der Frist prüfen müssen, ob auch die Belastung erfolgt ist, damit er notfalls noch eine fristgerechte Bareinzahlung am Postschalter veranlassen kann.

Elektronische Zahlungen können diese Probleme und Risiken vermindern, aber nicht ganz beseitigen. Zumindest das *Übermittlungsrisiko* wird dem Nutzer beim elektronischen Zahlungsverkehr abgenommen, da er beim E-Banking unmittelbar im Anschluss an seine Eingabe eine Meldung erhält, ob der Zahlungsauftrag erfolgreich übermittelt wurde. Ob aber der erfolgreich übermittelte Auftrag fristgerecht ausgeführt wird (*Ausführungsrisiko*), ist wie beim konventionellen (postalisch versandten) Auftrag ungewiss. Bei Überweisungen mit E-Banking ist insbesondere zu beachten, *dass die Annahmeschlusszeiten für gewöhnliche (also nicht prioritäre) Zahlungsaufträge je nach Anbieter meist ziemlich früh angelegt sind*<sup>115</sup>. Sodann verbleibt bei elektronischen Zahlungen immer das *Restrisiko einer Informatikpanne*, welches der Zahlende allein zu tragen hat, denn Banken wie Post bedingen i.d.R. die Haftung für leichtes Verschulden in den AGB weg<sup>116</sup>. Deshalb empfiehlt es sich auch bei elektronischen Zahlungen, die Belastung von der Bank oder Post bestätigen zu lassen (oder den Kontostand rechtzeitig zu überprüfen), so dass allenfalls wie beim “Zahlungsauftrag per Papier” noch der Gang an den Postschalter vor Ablauf der Frist möglich bleibt.

Die alte Rechtsprechung, wonach der Zahlungsauftrag so erteilt werden muss, dass er ausgeführt werden kann<sup>117</sup>, wirkt im Ergebnis fort.

<sup>114</sup> Siehe BGE 118 Ia 8 E. 2b S. 12. Eine Vorwirkung dieser Regelung hatte das Bundesgericht aber ausdrücklich ausgeschlossen; Urteil des Bundesgerichts 1P.465/2006 vom 14. August 2006, E. 3.

<sup>115</sup> Die Annahmeschlusszeit der UBS AG für Überweisungen in CHF von der Schweiz aus ist beispielsweise um 14.00 bzw. 06.00 Uhr am Valutatag; siehe [http://www.ubs.com/1/ShowMedia/ubs\\_ch/private/payments/abroad/annahmeschlusszeiten?contentId=36557&name=cut-off-times-d.pdf](http://www.ubs.com/1/ShowMedia/ubs_ch/private/payments/abroad/annahmeschlusszeiten?contentId=36557&name=cut-off-times-d.pdf) (besucht am 5.06.07).

<sup>116</sup> Siehe auch BBl 2001 4202 S. 4299; man beachte dabei Art. 100 Abs. 2 OR.

<sup>117</sup> BGE 104 II 61 E. 2 S. 63.

Denn Art. 48 Abs. 4 BGG verlangt die Belastung eines schweizerischen Bank- oder Postkontos *zugunsten des Bundesgerichts*, was von vornherein eine korrekte Auftragserteilung erfordert.

### 3.3. Risikosphäre des Anwalts

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Risikosphäre des Anwalts durch den elektronischen Rechtsverkehr im Vergleich zur konventionellen Eingabe von Rechtsschriften per Post bzw. im Vergleich zur konventionellen Zahlung von Vorschüssen und Sicherstellungen in folgenden Bereichen modifiziert ist:

Sowohl der physische Gang zur Post als auch die elektronische Übermittlung bis zur Absendung der Eingangsbestätigung befinden sich im Risikobereich des Anwalts. Im Gegensatz zum physischen Gang zur Post entzieht sich jedoch der elektronische Eingabeweg jeglicher körperlich manifester Kontrolle. Dies wird besonders bedeutsam, wenn systemimmanente Verzögerungen auftreten, sei es, dass das anwalteigene elektronische System Probleme verursacht, sei es, dass die Zustellplattform nicht funktioniert. Solche Fehler lassen sich nur indirekt dadurch feststellen, dass die Eingangsbestätigung nicht eintrifft.

Die Schnittstelle zwischen dem Unterzeichnenden und der elektronischen Signatur ist im Gegensatz zur eigenhändigen Unterschrift missbrauchsanfälliger, zumindest wenn die Signatur nicht zusätzlich durch Hardware (Smartcard oder USB-Stick) gesichert ist. Falls der Anwalt aus Zeitgründen sein Passwort an das Sekretariat weitergibt, besteht ein erhöhtes Risiko der unbefugten Verwendung und in Zivil- und Strafsachen vor Bundesgericht zudem die Gefahr, dass das Bundesgericht auf das Rechtsmittel nicht eintritt, wenn der Umstand der "Fremdsignierung" bekannt werden sollte.

Gegenüber der konventionellen Eingabe einer Rechtsschrift trägt der Anwalt voraussichtlich ein verschärftes Ablehnungsrisiko wegen Nichteinhaltung des vorgeschriebenen elektronischen Formats (im Vergleich zur Verwendung einer falschen Sprache).

Eine indirekte Erweiterung der Risikosphäre des Anwalts im Vergleich zur konventionellen Eingabe einer Rechtsschrift besteht darin, dass vorsichtshalber die Zustellungsbestätigung des Intermediärs abgewartet und bei deren Ausbleiben weitere Handlungen, z.B. eine erneute elektronische

Eingabe oder der Gang zur Post, vorgenommen werden müssen<sup>118</sup>. Faktisch trägt also der Anwalt auch für den Weg der Bestätigung von der Postplattform zu ihm ein Risiko, indem beim Fehlen der Bestätigung immer gehandelt werden muss, auch wenn die Rechtsschrift tatsächlich zugegangen ist. Dies macht es erforderlich, beim Einreichen einer elektronischen Eingabe stets genügend Zeit für allfällige Ersatzhandlungen einzukalkulieren.

Nur unwesentlich geringer wird das Risiko für den Anwalt, wenn er für die Zahlung von Gerichtskostenvorschüssen oder Sicherstellungen den elektronischen Weg wählt. Allerdings ist die Überprüfung, ob eine in Auftrag gegebene Zahlung rechtzeitig erfolgte, beim E-Banking wesentlich einfacher.

Im Weiteren befinden sich selbstredend wie früher schon *sämtliche Vorgänge in der Kanzlei und jegliche Hilfspersonenhandlungen in der Risikosphäre des Anwalts*<sup>119</sup>. Dies betrifft u.a. Missverständnisse und Falschanweisungen zwischen dem Anwalt und der Bank oder Post bei Zahlungsaufträgen, Softwarefehler oder sonstige Vorgänge im internen Informatiksystem sowie das weite Feld von Fehlern an der Schnittstelle von Mensch und Maschine.

### 3.4. Wiederherstellung von Fristen

#### 3.4.1. Die Wiederherstellung nach Art. 50 BGG und Art. 35 aOG

Führt ein Ereignis im Risikobereich des Anwalts zum Verpassen einer Eingabe- oder Zahlungsfrist, so besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Wiederherstellung der Frist durch das Gericht. Eine solche Wiederherstellung kann sowohl bei gesetzlichen wie auch bei richterlichen Fristen erfolgen<sup>120</sup>. Materiell entspricht die Regelung zur Fristwiederherstellung in Art. 50 BGG der alten Regelung in Art. 35 aOG<sup>121</sup>; verändert wurde bloss die Frist zum Einreichen des

<sup>118</sup> Auch die Faxeingabe bietet in diesem Fall keine Sicherheit, da dort auf den unsicheren Zeitpunkt des Eingangs beim Bundesgericht abgestellt wird, sich die Eingabe also vollständig im Risikobereich des Anwalts befindet; siehe dazu oben Ziff. 3.1.3.

<sup>119</sup> Siehe dazu sogleich unten Ziff. 3.1.4.

<sup>120</sup> BGG Komm-GÜNGERICH (Fn. 27), Art. 50 N 2; BGE 85 II 145 S. 146.

<sup>121</sup> BBl 2001 4202 S. 4299; ebenso Art. 24 Abs. 1 VwVG; siehe jedoch die anders lautenden Art. 146 E-ZPO und Art. 92 E-StPO.

Wiederherstellungsgesuchs. Deshalb sollen zunächst einige Aspekte der umfangreichen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Fristwiederherstellung nach dem aOG betrachtet werden.

Die Wiederherstellung gemäss Art. 50 Abs. 1 BGG bzw. Art. 35 Abs. 1 aOG wird nur gewährt, wenn die Partei oder ihr Vertreter durch *ein unverschuldetes Hindernis* von der Einhaltung der Frist abgehalten worden sind. Gemäss aOG war dazu innert zehn Tagen die versäumte Rechtshandlung nachzuholen und ein Gesuch um Wiederherstellung einzureichen; nach Art. 50 Abs. 1 BGG beträgt diese Frist dreissig Tage. Das Gesuch ist mit der Eingabe zu begründen; eine spätere Begründung nach Ablauf der Frist wird nicht mehr berücksichtigt<sup>122</sup>.

Wiederherstellung einer Frist kann auch gewährt werden, wenn ein Nichteintretensentscheid infolge Verspätung bereits ergangen ist, denn die Wiederherstellung vermag, wie auch die ausserordentlichen Rechtsmittel, die Rechtskraft zu beseitigen<sup>123</sup>.

### 3.4.2. Unverschuldetes Hindernis

Ein unverschuldetes Hindernis liegt nicht nur vor, wenn die Einhaltung der Frist *objektiv unmöglich* war, sondern *auch wenn das Versäumnis als entschuldbar erscheint* und der Anwalt (oder der Mandant) daher nicht dafür einstehen muss, ihm also kein Vorwurf gemacht werden kann<sup>124</sup>. Entschuldbar ist z.B. ein Irrtum des Rechtssuchenden bei der Wahl des Rechtsmittels, *wenn er durch ein Fehlverhalten einer Behörde verursacht wird*, beispielsweise durch eine falsche Rechtsmittelbelehrung<sup>125</sup> oder wenn *zwei Abteilungen des Bundesgerichts zu einer bestimmten Frage eine*

<sup>122</sup> BGE 92 I 213 E. 2b S. 216; vgl. BGE 119 II 86 E. 2b S. 88.

<sup>123</sup> BGE 85 II 145 S. 147. In Art. 50 Abs. 2 BGG wird dies nunmehr ausdrücklich festgehalten.

<sup>124</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.162/2003 vom 21. Mai 2003; BGE 112 V 255 E. 2a S. 255; 92 I 213 E. 2b S. 216 f.; 85 II 145 S. 147 f. (in diesem Fall durfte sich der Gesuchsteller als Laie auf eine falsche Information der Kanzlei des kantonalen Obergerichts bezüglich des Fristablaufs verlassen); 76 I 355 S. 357; vgl. auch K. SPÜHLER, A. DOLGE, D. VOCK (Fn. 27), Art. 50 BGG N 1.

<sup>125</sup> BGE 96 II 262 E. 1a S. 265; 92 I 213 E. 2b S. 217; 85 II 145 S. 147 f.; 76 I 355 S. 357.

*abweichende Rechtsprechung entwickeln, aber nur eine ihre Entscheide (amtlich) veröffentlicht* und der Rechtssuchende auf die veröffentlichten Urteile vertraut hat<sup>126</sup>. Ob diese ältere Praxis mit der Publikation sämtlicher Entscheide des Bundesgerichts auf dem Internet seit dem Jahr 2000 heute noch Geltung beanspruchen kann, ist allerdings fraglich, denn die auf dem Internet zugänglichen Bundesgerichtsurteile haben zumindest die Anwälte zu kennen<sup>127</sup>.

Kein unverschuldetes Hindernis, sondern reine Unachtsamkeit und damit auch kein Wiederherstellungsgrund liegt vor *bei unrichtiger Adressierung einer Eingabe* oder u.U. erkennbar falscher Datierung des Entscheides<sup>128</sup>. Eine Krankheit oder ein Unfall ist dann ein unverschuldetes Hindernis, wenn sie die betroffene Person davon abhält, entweder selbst innert Frist zu handeln, einen Vertreter beizuziehen (sofern der Betroffene die Notwendigkeit einer Vertretung wahrnehmen kann) oder aber den Klienten zu veranlassen, selbst zu handeln oder einen neuen Anwalt aufzusuchen<sup>129</sup>. Demzufolge dauert die Entschuldigbarkeit der Krankheit nur solange an, wie es dem Betroffenen subjektiv oder objektiv nicht zumutbar ist, die oben genannten Handlungsmöglichkeiten wahrzunehmen, d.h. einen Dritten oder den Klienten selbst mit der Interessenwahrung zu beauftragen<sup>130</sup>. Die Wiederherstellung ist eher zu gewähren, wenn der Gesuchsteller kurz vor Fristablauf erkrankt, da er die genannten Voraussetzungen dann kaum noch zu erfüllen in der Lage sein

<sup>126</sup> BGE 96 II 262 E. 1b S. 265 f.

<sup>127</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6P.91/2005 vom 15. November 2005, E. 3, wo die Nichtgewährung der Fristwiederherstellung wegen Unkenntnis der publizierten obergerichtlichen Praxis als nicht überspitzt formalistisch bezeichnet wurde.

<sup>128</sup> BGE 78 IV 131 S. 133; 34 II 108 E. 2 S. 111; E. GRÜNINGER, *Bundesgesetz über die Organisation der Rechtspflege (vom 16. Dezember 1943) mit Anmerkungen aus Revision und Rechtspflege*, Zürich 1945, Art. 35, S. 21 m.w.H. Dies steht jedoch in einem gewissen Widerspruch zum Gebot, dass dem Rechtssuchenden aus der mangelhaften Eröffnung kein Nachteil entstehen darf; siehe dazu oben Fn. 35.

<sup>129</sup> BGE 119 II 86 E. 2a S. 87; 112 V 255 E. 2a S. 255 m.w.H.; vgl. auch BGE 108 V 109 E. 2c S. 110.

<sup>130</sup> BGE 119 II 86 E. 2a S. 87; 112 V 255 E. 2a S. 256; BGG Komm-GÜNGERICH (Fn. 27), Art. 50 N 3; K. SPÜHLER, A. DOLGE, D. VOCK (Fn. 27), Art. 50 BGG N 1.

wird<sup>131</sup>. Als Krankheit im Sinne eines unverschuldeten Hindernisses gelten beispielsweise eine schwere Lungenentzündung, schwere nachoperative Blutungen und eine schwere Blutvergiftung, nicht aber ein immobilisierter rechter Arm oder eine schwere Grippe<sup>132</sup>.

Keine Fristwiederherstellung gewährt wurde einem Anwalt, der die originalen Prozessakten in seinem Fahrzeug auf einem stark frequentierten Parkplatz liegen liess und dem diese dort gestohlen wurden<sup>133</sup>. *Der Vorwurf der Unentschuldbarkeit bezog sich in diesem Fall jedoch eher auf die unterlassene Erstellung von Sicherheitskopien als auf das Liegenlassen der Akten im Auto*<sup>134</sup>.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Bundesgericht verpasste Fristen nur unter relativ strengen Voraussetzungen wiederherstellt. Insbesondere Anwälten wird die Fristwiederherstellung nur selten gewährt. Denn der Anwalt hat die Pflicht, seinen Kanzleibetrieb so zu organisieren, dass Fristen auch während seiner Abwesenheit oder Verhinderung gewahrt werden können<sup>135</sup>.

### 3.4.3. Zurechnung von Drittverhalten

*Alle Handlungen von Angestellten und weiteren Hilfspersonen werden dem Anwalt zugerechnet*, so z.B. auch das (Fehl-)Verhalten der Bank bei der Zahlung eines Gerichtskostenvorschusses<sup>136</sup>. Ein ständiges Rechtsverhältnis mit der Hilfsperson ist dafür nicht notwendig<sup>137</sup>. Als zurechenbare Handlungen gelten unter anderem auch Kurierdienste, das Einpacken, Adressieren und Frankieren von Sendungen sowie sämtliche

<sup>131</sup> BGE 112 V 255 E. 2a S. 256; danach ist aber jedermann berechtigt, die Rechtsschrift erst gegen Ende der Frist auszuarbeiten und einzureichen.

<sup>132</sup> BGE 112 V 255 E. 2a S. 255 f. m.w.H.; 119 II 86 E. 2a S. 87; 51 II 450 S. 450 f.

<sup>133</sup> Urteil des Bundesgerichts 5P.162/2003 vom 21. Mai 2003.

<sup>134</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.162/2003 vom 21. Mai 2003.

<sup>135</sup> BGE 119 II 86 E. 2a S. 87; 99 II 349 E. 4 S. 352; 85 II 46 S. 48; 82 II 254 S. 255 m.w.H.

<sup>136</sup> BGE 114 Ib 67 E. 2e und 3 S. 74; 107 Ia 168 E. 2a S. 169 m.w.H.; 87 IV 147 E. 2 S. 150 f.; 85 II 46 S. 48; 78 IV 131 S. 133; Urteil des Bundesgerichts 1P.465/2006 vom 14. August 2006, E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 2A.144/2003 vom 10. April 2003, E. 2.2; K. SPÜHLER, A. DOLGE, D. VOCK (Fn. 27), Art. 50 BGG N 1.

<sup>137</sup> BGE 107 Ia 168 E. 2a S. 169 f.

weiteren administrativen Bürotätigkeiten. Die Pflicht des Anwalts, sein Büro so zu organisieren und kontrollieren, dass Fristen selbst während seiner Abwesenheit oder Verhinderung gewahrt werden können, besteht auch im Zusammenhang mit Angestellten und Hilfspersonen<sup>138</sup>. So ist das Verpassen einer Frist nicht entschuldbar, wenn z.B. die Lehrtochter den (rechtzeitigen) Einwurf eines Briefes vergisst oder wenn der Anwalt eine Rechtsschrift am zweitletzten Tag der Frist auf ein Diktiergerät spricht und die Sekretärin schriftlich anweist, die Eingabe am nächsten Tag auszufertigen und durch einen Büropartner unterschreiben zu lassen, die Sekretärin jedoch am folgenden Tag krank wird<sup>139</sup>.

Aufträge zur Zahlung von Gerichtskostenvorschüssen oder Sicherstellungen müssen rechtzeitig erteilt werden und der Bank muss klar gemacht werden, dass die Sache dringlich sei<sup>140</sup>. Gerade bei der Einbindung von Hilfspersonen, die üblicherweise nicht als solche eingesetzt werden (wie z.B. Banken oder Versicherungen), darf nicht mit entsprechender Erfahrung gerechnet werden<sup>141</sup>. Eine telefonische Weisung reicht in diesem Fall nicht aus, sondern diese müsste schriftlich bestätigt werden und unmissverständlich formuliert sein; zudem müsste sich der Anwalt vor Ablauf der Frist erkundigen, ob die Handlung tatsächlich erfolgt ist. Soll die Zahlung eines Gerichtskostenvorschusses durch den Klienten oder eine Versicherung erfolgen, so reicht die blossе Zustellung des Einzahlungsscheins zusammen mit der entsprechenden prozessleitenden Verfügung beispielsweise nicht aus<sup>142</sup>. Der Anwalt muss sich vergewissern, dass der Klient (oder dessen Hilfsperson, z.B. dessen Versicherung) die Mitteilung erhalten und die Zahlung effektiv und fristgerecht vorgenommen hat<sup>143</sup>. Verstösst ein Anwalt gegen diese

<sup>138</sup> BGE 87 IV 147 E. 2 S. 151.

<sup>139</sup> BGE 96 I 162 E. 3 S. 164; 87 IV 147 E. 2 S. 150 f.

<sup>140</sup> BGE 96 I 471 E. 2a und b S. 472.

<sup>141</sup> BGE 107 Ia 168 E. 2b S. 170.

<sup>142</sup> BGE 107 Ia 168 E. 2b S. 170. Die Versicherung des Klienten zahlte den Kostenvorschuss an den Anwalt statt an das Bundesgericht, im Glauben, der Anwalt werde die Zahlung vornehmen.

<sup>143</sup> BGE 110 Ib 94 E. 2 S. 95 betreffend Ferienabwesenheit des Mandanten, der den Kostenvorschuss hätte tätigen sollen. Siehe auch BGE 96 I 162 E. 3 S. 164.

Verhaltensregeln, so ist das Verpassen der Frist nicht entschuldbar. Erfolgt die entsprechende Handlung zu spät, so kommt es also in den seltensten Fällen darauf an, ob der Prozessvertreter oder ein allfälliger Erfüllungsgehilfe die Verspätung verursacht hat.

Begeht hingegen die Post einen Fehler, der einem allfälligen (zusätzlichen) Fehler der Hilfsperson als gleichwertig erscheint, so ist das Ganze letzten Endes der Post zuzuschreiben und somit entschuldbar<sup>144</sup>.

#### 3.4.4. Fristwiederherstellung beim elektronischen Rechtsverkehr

Die dargelegten restriktiven Grundsätze der Fristwiederherstellung werden auch dann massgebend sein, wenn sich der Anwalt für den elektronischen Rechtsverkehr mit Gerichten und Behörden entscheidet. So wird etwa die Rechtsprechung, wonach der Anwalt seinen Kanzleibetrieb derart zu organisieren und kontrollieren hat, dass die Fristen gewahrt werden können<sup>145</sup>, auch für den gesamten Informatikbereich des Anwalts und seines Klienten gelten. In einem Bereich wird jedoch eine Einschränkung zu machen sein: *Das Nichtfunktionieren einer oder mehrerer technischer Komponenten der Zustellplattform der Post muss einen Wiederherstellungsgrund i.S.v. Art. 50 BGG darstellen*<sup>146</sup>. Denn in diesem Bereich besteht ein Monopol, d.h. der Partei bzw. dem Anwalt steht nur ein einziger Intermediär zur Verfügung. Deswegen muss dieser Wiederherstellungsgrund für sämtliche technischen Komponenten im Monopolbereich gelten. Dazu gehört vorerst einmal wie schon erwähnt die Zustellplattform selbst<sup>147</sup>. Die Client-Software wird voraussichtlich nicht monopolistisch von der Post vertrieben, jedoch scheint momentan einzig der vom Bundesgericht ent-

<sup>144</sup> BGE 104 II 61 E. 2 S. 64; der Auftrag muss aber so übergeben worden sein, dass er ausgeführt werden konnte; dieser Entscheid bezog sich auf Art. 35 Abs. 1 aOG.

<sup>145</sup> BGE 119 II 86 E. 2a S. 87; 99 II 349 E. 4 S. 352; 85 II 46 S. 48; 82 II 254 S. 255 m.w.H.

<sup>146</sup> So in Art. 4 Abs. 3 eines uns vorliegenden Vorentwurfs vom 31.07.2006 für ein Reglement des Bundesgerichts über den elektronischen Rechtsverkehr mit Vorinstanzen und Parteien. Im nun geltenden ReRBGe wurde diese Bestimmung indes gestrichen.

<sup>147</sup> Nicht relevant sind jedoch Vereinbarungen zwischen Intermediär und Benutzer, z.B. AGB; vgl. BGE 127 I 31 E. 2b S. 34 f.

wickelte eGovLink-Client über die benötigten Eingabeformulare zu verfügen<sup>148</sup>. Falls aufgrund dieser Formulare weiterhin ein faktisches Monopol zugunsten dieses Clients bestehen wird, so muss auch hier bei allfälligen Fehlern, die eine rechtzeitige Eingabe verhindern, eine Fristwiederherstellungsmöglichkeit bestehen.

Nicht zu diesem Bereich zu rechnen sind dagegen Schwierigkeiten im Umgang mit qualifizierten elektronischen Signaturen, die von verschiedenen Anbietern ausgegeben werden und damit nicht in den Monopolbereich fallen. Die mit der digitalen Unterschrift zusammenhängenden Gründe zum Fristversäumnis können also nicht zu einer Wiederherstellung i.S.v. Art. 50 BGG führen. Zurzeit akzeptiert IncaMail offenbar jedoch nur Zertifikate des Post-Tochterunternehmens SwissSign sowie der Post selbst. Solange dieses (sachlich allerdings unhaltbare) faktische Monopol bei den digitalen Signaturen effektiv aufrechterhalten wird, ergeben sich dieselben Folgen wie bei den erwähnten Clients: Es besteht eine Wiederherstellungsmöglichkeit bei Fristversäumnissen, die durch Fehler in diesen technischen Komponenten verursacht werden.

Nichtwiederherstellbarkeit gilt hingegen, wie oben ausgeführt, für jegliche Probleme und Fehler in der eigenen Hard- und Software des Anwalts<sup>149</sup>. Aufgrund der grossen Abhängigkeit von der EDV ist daher eine funktionierende interne Organisation unumgänglich und es empfiehlt sich zudem ein dem neuesten technischen Stand angepasstes Informatiksystem, insbesondere mit Firewall sowie aktualisierten Antivirusvorkehrungen<sup>150</sup>. Das eigene System muss dabei nicht nur gegen mögliche Einflussnahmen von aussen geschützt werden, sondern auch regelmässige Backups gehören zu den Pflichten des Anwalts. Denn

<sup>148</sup> Siehe dazu [http://www.incamail.ch/info?SIT\\_ID=49](http://www.incamail.ch/info?SIT_ID=49) (besucht am 5.06.2007). Die Ausgestaltung als Opensource-Software ändert daran nichts.

<sup>149</sup> Eine Haftung entfällt aber in jedem Fall, wenn der Schaden auf Ursachen beruht, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik nicht erkennbar bzw. behebbbar waren; R.H. WEBER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I (BSK OR I-WEBER), 4. A., Basel 2007, Art. 398 N 27, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>150</sup> Siehe dazu etwa U. BRÜGGER, *Informationssicherheit – ein vernachlässigter Prozess?*, Anwaltsrevue 3/2005, S. 115 ff.

der Verlust von (elektronischen) Originalakten stellt kein unverschuldetes Hindernis im Rahmen der Wiederherstellung dar, wenn keine Sicherheitskopien erstellt worden sind<sup>151</sup>. Vorsichtshalber sollten diese Sicherheitskopien im Übrigen an einem anderen Ort gelagert werden, die elektronischen Daten idealerweise auf einem externen Server.

### 3.5. Beweisprobleme

Die Beweislast für das Einhalten von Fristen liegt beim Anwalt. Das kann in der Praxis unter Umständen auch dann zu Problemen führen, wenn die Frist an sich eingehalten ist. Dies soll anhand von einigen (nicht erfundenen!) Beispielen aus dem konventionellen Postverkehr illustriert werden.

So ist uns etwa bekannt, dass gewisse Poststellen ab 16.00 Uhr auf eingeworfene Briefsendungen oder gar auf eingeschriebene Sendungen den Poststempel des nachfolgenden Tages aufsetzen, wodurch der Eindruck entsteht, die Eingabe sei erst am nächsten Tag erfolgt. Fällt das Bundesgericht einen Nichteintretensentscheid, so muss der Anwalt ein Revisionsgesuch einreichen, was Kosten verursacht. Ob dem Anwalt der Beweis der rechtzeitigen Postaufgabe gelingt, ist nicht sicher; jedenfalls kann dieser je nach den Umständen mit einem gewissen Aufwand verbunden sein (dem Vernehmen nach bestätigt die Post zurzeit ihre fragwürdige "Stempelpraxis" allerdings problemlos).

Bisweilen kommt es vor, dass Postsendungen durch Unachtsamkeit von Postangestellten in ein falsches Postfach abgelegt werden. Der Empfänger bemerkt dies vielleicht erst einige Tage später und nimmt die Sendungen daher mit Verzögerung in Empfang. Der Postangestellte weigert sich, schriftlich zu bestätigen, dass diese Verzögerung durch eine Unachtsamkeit der Post eingetreten ist mit der Begründung, die Post hafte für die Verzögerung nicht. Theoretisch beginnen in einer solchen Situation selbstverständlich allfällige Rechtsmittelfristen erst mit der effektiven Übergabe der Sendung an den Empfänger zu laufen. Bei nicht eingeschriebenen Sendungen (z.B. bei der Eröffnung von Steuerveranlagungen) besteht aber zumindest der Anschein, dass die

<sup>151</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.162/2003 vom 21. Mai 2003.

Zustellung wesentlich früher erfolgte, und der Rechtssuchende riskiert, dass die Rechtsmittelbehörde auf ein fristgerecht eingereichtes Rechtsmittel nicht eintritt, weil sie annimmt, der Beschwerdeführer habe die angefochtene Verfügung früher erhalten.

Weitere heikle Konstellationen bieten Fehlleitungen: So erhält etwa ein Brief ins Ausland einen falschen Laufzettel, weil ein Angestellter unsorgfältig arbeitet, und landet schliesslich im falschen Land, wo er verschwindet. Diese Vorgänge sind praktisch unmöglich zu beweisen.

In den achtziger Jahren hat eine grosse Schweizer Poststelle mehrfach verschiedene eingeschriebene Sendungen mit derselben Nummer versehen. Als in einem bestimmten Prozess verfahrensrelevante Zustellbestätigungen eingeholt werden mussten, bestätigte diese Poststelle aufgrund des dadurch verursachten Durcheinanders unbesehen praktisch alles und jedes! Nur mit viel Aufwand konnte schliesslich nachgewiesen werden, dass die abgegebenen Zustellbestätigungen wertlos waren.

Probleme dieser Art wird es beim elektronischen Rechtsverkehr nicht mehr geben. Insoweit sollte sich die Lage für den Anwalt und die Parteien mit dem elektronischen Rechtsverkehr verbessern. Mit der digital signierten Quittung der Zustellplattform kann künftig der Beweis über den Zeitpunkt des Versands einer Eingabe und über den Zeitpunkt des Abholens einer gerichtlichen Sendung erbracht werden, wobei Letzteres für den Beweis des Beginns des Fristenlaufs relevant ist. Der Zeitpunkt des Versands erzeugt aber keine rechtlichen Wirkungen. Die rechtzeitige Eingabe muss über die (erhaltene) Eingangsbestätigung bewiesen werden.

#### 4. FAZIT

Beim elektronischen Rechtsverkehr erweist sich der Risikobereich des Anwalts im Vergleich zum bisher bekannten konventionellen Rechtsverkehr mit Hilfe der Briefpost als etwas grösser, weil sich die Übermittlung einer Eingabe vom eigenen PC zur Zustellplattform der physischen Kontrollmöglichkeit entzieht und zudem nicht der Zugang der Eingabe bei der Zustellplattform, sondern erst das Absenden der Zugangsbestätigung fristwährend ist. Vorsichtshalber darf der Anwalt sogar erst mit dem Eintreffen der Zugangsbestätigung bei ihm auf den

rechtzeitigen Zugang seiner Rechtsschrift vertrauen. Die sorgfältige Mandatsführung i.S.v. Art. 398 OR verlangt daher, dass der Anwalt beim elektronischen Rechtsverkehr genügend Zeit einkalkuliert, um notfalls noch den Postweg beschreiten zu können. Ebenfalls sorgfältig zu achten hat der Anwalt darauf, dass er im elektronischen Rechtsverkehr stets das korrekte Eingabeformat verwendet; widrigenfalls riskiert er, dass auf seine Eingabe ohne Ansetzung einer Nachfrist zur Verbesserung nicht eingetreten wird.

Insgesamt erwachsen dem Anwalt aus dem elektronischen Rechtsverkehr im Vergleich zum konventionellen Rechtsverkehr aber keine allzu grossen zusätzlichen Haftungsrisiken. Nach wie vor in seiner Risikosphäre liegt allerdings der “interne” EDV-Bereich, d.h. der Anwalt hat alle Risiken zu tragen, die aus dem Nichtfunktionieren der Soft- oder Hardware der Anwaltskanzlei, der allfälligen Weitergabe des Signaturschlüssels etc. entstehen.

Die Erfahrungen im benachbarten Österreich haben aber gezeigt, dass die Risiken des elektronischen Rechtsverkehrs offenbar eher theoretischer Natur sind und dass sich diese neue Form der Zustellung in der Praxis als äusserst missbrauchs- und fehlerresistent erwiesen hat. Die Zukunft wird zeigen, ob dies auch für die Schweiz zutrifft. Bis jetzt wurde beim Bundesgericht noch keine einzige elektronische Rechtsschrift eingereicht<sup>152</sup>. Dass sich jedoch der elektronische Rechtsverkehr in der Schweiz über kurz oder lang durchsetzen wird, scheint kaum zweifelhaft. Wann dies der Fall sein wird, dürfte sich nicht zuletzt anhand der Summe von Details im Rahmen der Kosten (z.B. für das Erlangen einer qualifiziert zertifizierten elektronischen Signatur), der Benutzerfreundlichkeit, der auftretenden Risiken etc. entscheiden.

#### NACHTRAG

Seit Abschluss des Manuskripts am 5. Juni 2007 haben sich einige wenige im Aufsatz angesprochene Gegebenheiten verändert.

Einerseits wurde am 4. Juli 2007 ein vierter Anbieter von zertifizierten digitalen Signaturen zugelassen: das Bundesamt für Informatik und

<sup>152</sup> J. BÜHLER, 2007 (Fn. 66), S. 207.

Telekommunikation BIT<sup>153</sup>. Überdies akzeptiert die IncaMail-Plattform der Post neben den eigenen elektronischen Signaturen nun auch jene von "QuoVadis", obwohl diese Signaturen noch nicht als qualifizierte Zertifikate vorliegen<sup>154</sup>.

Andererseits hat das Bundesgericht mit einem Entscheid vom 7. September 2007<sup>155</sup> den Grundsatz in Frage gestellt, wonach den Parteien aus mangelhafter Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen dürfen (Art. 49 BGG). Es trat auf eine zu spät eingereichte Beschwerde einer nicht anwaltlich vertretenen Frau trotz falscher Rechtsmittelbelehrung durch die Vorinstanz nicht ein, da im konkreten Fall eine neue, spezielle und kürzere Frist Anwendung fand, die dem Gesetz entnommen werden konnte. Die Tragweite dieses Entscheids ist jedoch zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht absehbar.

<sup>153</sup> Siehe <http://www.seco.admin.ch/sas/00229/00251/index.html?lang=de> (besucht am 19.10.07).

<sup>154</sup> Siehe [http://www.incamail.ch/info?SIT\\_ID=48](http://www.incamail.ch/info?SIT_ID=48) (besucht am 19.10.07).

<sup>155</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_352/2007 vom 7. September 2007, E. 2.