Digitale Formulare als Angelpunkt automatisierter Verwaltungsverfahren

Christian Meyer*

Schlagwörter: Formular, Verwaltungsverfahren, Digitalisierung, automatisiertes Verwaltungsverfahren, rechtliches Gehör, Diskriminierungsverbot, Datenschutz

A. Einleitung

Der grundlegende Zusammenhang zwischen Digitalisierung und Automatisierung liegt darin, dass die Verbreitung der digitalen Technologien zu einer umfassenden Datafizierung weiter Bereiche der Gesellschaft führt.[1] Daten sind wiederum die Grundvoraussetzung zur Automatisierung kognitiver Prozesse.[2] Die parallele Entwicklung der beiden Phänomene lässt sich denn auch in der Schweizer Verwaltung und ihren Verfahren beobachten. In Form der webbasierten Plattform SuisseMED@P werden polydisziplinäre medizinische Gutachtensaufträge nach dem Zufallsprinzip vergeben.[3] Über den Online-Schalter EasyGov.swiss können Unternehmen verschiedene Bewilligungs-, Antrags- und Meldeverfahren elektronisch abwickeln. Web-Formularservices erlauben es, die Umzugsmeldung[4] oder die Fristerstreckung der Steuererklärung[5] online und automatisiert durchzuführen. Das VwVG[6] kennt zwar verschiedene Insti-

* Dr. iur., Advokat, wiss. Mitarbeiter, ZHAW School of Management and Law.

1 Digitalisierung und Datafizierung sind indes nicht gleichzusetzen. Datafizierung beschreibt die Formatierung von Daten, sodass sie kategorisiert und interpretiert werden können. Ein eingescanntes Dokument gilt demnach erst als datafiziert, wenn mittels Texterkennungssoftware die Buchstaben, Wörter und Paragrafen erfasst wurden; vgl. Viktor Mayer-Schönberger/Kenneth Cukier, Big data, A revolution that will transform how we live, work, and think, Boston/New York 2013, S. 83 f.

2 Vgl. Paul von Bünau, Künstliche Intelligenz im Recht, Möglichkeiten und Mythos, in: Stephan Breidenbach/Florian Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2. Aufl., München 2021, S. 71–82, Rz. 3 und 8 ff.;

3 URL: ‹www.suissemedap.ch›.

4 URL: ‹www.eumzug.swiss›.

5 Vgl. etwa URL: ‹https://esteuern.bs.ch/private/fristerstreckung›.

6 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021).

tute des elektronischen Rechtsverkehrs (Parteieingabe, Verfügungseröffnung, Akteneinsicht), zu einer eigentlichen Digitalisierung des Verfahrens hat dies bislang aber nicht geführt.[7]

Von den Entwicklungen der Digitalisierung und Automatisierung wird auch die Kernaufgabe der Verwaltung – die Rechtsanwendung – zunehmend erfasst. Diese Tendenz hat als «automatisiertes Verwaltungsverfahren» in der schweizerischen Rechtswissenschaft bereits für eine gewisse Resonanz gesorgt.[8] Bei dieser Debatte steht jedoch ein Elefant im Raum: das Formular. Als zentraler Baustein einer digitalen Verwaltung wird es zwar regelmässig identifiziert,[9] im Hinblick auf die Automatisierung von Verfahren aber noch kaum angesprochen.[10] Der vorliegende Beitrag soll helfen, diese Lücke zu schliessen. Ausgehend von einer Darstellung der Phänomene «automatisierte Verwaltungsverfahren» (B.) und «Formular» (C.) wird die Schlussfolgerung entwickelt, dass Formulare den Angelpunkt automatisierter Verfahren darstellen, sodass diese weitgehend als Formularverfahren verstanden werden müssen (D.). Diese Erkenntnis eröffnet neue Perspektiven auf die rechtswissenschaftliche Debatte, was abschliessend anhand von vier weiterführenden Thesen exemplarisch aufgezeigt wird (E.).

7 Vgl. Nadja Braun Binder, Als Verfügungen gelten Anordnungen der Maschinen im Einzelfall … –Dystopie oder künftiger Verwaltungsalltag?, ZSR 2020, S. 253–278, S. 254 ff.; Christian Meyer, Eine Auslegeordnung der elektronischen Verfahrensinstitute des VwVG des Bundes, SJZ 2021, S. 836–844. Im Zuge des Projekts Justitia 4.0 soll nun aber auch ein durchgängig medienbruchfreies elektronisches Bundesverwaltungsverfahren ermöglicht werden; Bundesamt für Justiz, Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ), Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, November 2020, S. 26 ff.; Christian Meyer, Im Windschatten von Justitia 4.0 zum digitalen Bundesverwaltungsverfahren?, Eine verfahrensrechtliche Analyse, SJZ 2021, S. 855–867.

8 Siehe jüngst etwa Daniela Thurnherr, Automatisierte Verwaltungsverfahren auf Bundesebene (Schweiz), in: Nadja Braun Binder/Peter Bußjäger/Mathias Eller (Hrsg.), Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen, Wien/Hamburg 2021, S. 133–157; Andreas Glaser, Automatisierte Verwaltungsverfahren in den Schweizer Kantonen, in: Nadja Braun Binder/Peter Bußjäger/Mathias Eller (Hrsg.), Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen, Wien/Hamburg 2021, S. 159–180; Michael Montavon, Cyberadministration et protection des données, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich 2021, S. 652 ff.; Roger Plattner, Digitales Verwaltungshandeln, Rechtliche Aspekte der Digitalisierung in der öffentlichen Verwaltung, Diss. Zürich 2020, Zürich 2021, Rz. 607 ff.; ferner Monika Simmler (Hrsg.), Smart Criminal Justice, Einsatz von Algorithmen in der Polizeiarbeit und Strafrechtspflege, Basel 2021.

9 Siehe bereits Max Baumann, E-Government und Formulare, SJZ 2006, S. 99–102, S. 99 f. («ohne Formulare kein e-Government»); ferner eGovernment Benchmark 2021 Background Report, S. 35 (URL: ‹https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/egovernment-benchmark-2021›); E-Government Schweiz–Suisse–Svizzera, Monitoringbericht 2021, S. 12 (URL: ‹https://www.digitale-verwaltung-schweiz.ch/application/files/4516/3895/9077/Monitoringbericht_2021.pdf›).

10 Vgl. immerhin zum Zollrecht Nadja Braun Binder, Der Untersuchungsgrundsatz als Herausforderung vollautomatisierter Verfahren, zsis) 2/2020, A5, Rz. 25 ff.

B. Automatisierte Verwaltungsverfahren

I. Begriff

Automation beschreibt einen bestimmten Stand der Technik[11] in Bezug auf die Selbsttätigkeit künstlicher Systeme, die tendenziell menschliche Tätigkeit ersetzen.[12] Wie Automation darüber hinaus zu definieren ist, ist insbesondere in Abgrenzung zur Mechanisierung umstritten.[13] Bei der Automation von Rechtsanwendung geht es ausschliesslich um kognitive Prozesse.[14] In der Rechtswissenschaft werden hierfür Begriffe wie «automatisierte Entscheidung»[15] oder spezifischer «automatisiertes Verwaltungsverfahren»[16] verwendet. Im internationalen Kontext wird regelmässig von «algorithmic decision-making systems» (ADMs) gesprochen.[17] Die Konturen des Begriffs «automatisch» bleiben dabei in gewissem Masse unscharf. Automation ist letztlich mehr als Topos, dessen Bedeutung je nach sozio-technischem Umfeld variiert, denn als Fachbegriff zu sehen.[18] Im juristischen Kontext erscheint nach allgemeiner Auffassung massgebend, dass die Beurteilung eines Sachverhalts und die Entscheidung, die auf dieser Sachverhaltsbeurteilung beruht, ohne menschliche Einwirkung erfolgen.[19]

---

11 Demgegenüber beschreibt Automatisierung einen dynamischen Prozess, mit dem die Automation qualitativ oder quantitativ gesteigert werden soll; Panagiotis Lazaratos, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, Diss. Tübingen 1989, Berlin 1990, S. 34; Thurnherr (Fn. 8), S. 135.

12 Lazaratos (Fn. 11), S. 30.

13 Lazaratos (Fn. 11), S. 29 f. Teilweise wird Automation als eine ab den 1950er-Jahren beobachtbare Weiterentwicklung von «Mechanisierung» und «Rationalisierung» verstanden, wobei aber die Abgrenzung der Begriffe ebenso unscharf bleibt; Carl Schneider, Datenverarbeitungs-Lexikon, Wiesbaden 1970, S. 30 f.

14 Dies in Abgrenzung zur Automation körperlicher Kräfte; Lazaratos (Fn. 11), S. 32 f.

15 Vgl. etwa Nadja Braun Binder, Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Datenschutzrecht und öffentliche Verwaltung, SZW 2020, S. 27–34; Rolf H. Weber, Automatisierte Entscheidungen, Perspektive Grundrechte, SZW 2020, S. 18–26.

16 vgl. etwa Nadja Braun Binder, Weg frei für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren in Deutschland, Jusletter IT vom 22. September 2016; Mario Martini/David Nink, Wenn Maschinen entscheiden … – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2017/10, S. 1–14.

17 Vgl. etwa European Law Institute, Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration, Report of the European Law Institute, S. 16: «‹Algorithmic Decision-Making System› means a computational process, including one derived from machine learning, statistics, or other data processing or artificial intelligence techniques, that makes a decision, or supports human decision-making used by a public authority.» Ferner zur Terminologie im Zusammenhang mit dem Begriff der Künstlichen Intelligenz Nadja Braun Binder, Künstliche Intelligenz und automatisierte Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, SJZ 2019, S. 467–476, S. 468 ff.

18 Lazaratos (Fn. 11), S. 32.

19 Vgl. Florent Thouvenin/Alfred Früh/Teresa Rudolph/Simon Henseler/Emre Ba-Yamlioglu/Nadja Braun Binder/Christian Katezenbach/Joshua Kroll/Momin Malik/Matthias Spielkamp, Towards Principled Regulation of Automated Decision-Making (ADM), A Workshop Report, Ziff. 1 (URL: ‹https://www.itsl.uzh.ch/dam/jcr:edba006c-8452–4ffc-bbb0-

Als Verwaltungsverfahren gelten nach Art. 1 Abs. 1 VwVG Verfahren, die eine Verwaltungssache betreffen, die in der Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde liegen und die durch eine Verfügung abzuschliessen sind.[20] Nach der herrschenden Lehre stellt in diesem Rahmen auch ein automatisiert erzeugter Output eine Verfügung dar.[21] Abzugrenzen vom automatisierten Verwaltungsverfahren sind die Verfahren zur Herstellung der Entscheidsysteme.[22] Dabei handelt es sich nicht um Verwaltungsverfahren im Sinne der Legaldefinition. Wie sie auszugestalten sind, ist Gegenstand einer eigenen Debatte.[23]

II. Aktuelle Anwendungsfelder

1. Stufe Bund

In Sachgesetzen finden sich auf Bundesebene bereits vereinzelt Normen zur (Teil-)Automation von Verwaltungsverfahren. Art. 23 BöB[24] regelt die elektronische Auktion. Demnach können Offerten durch ein automatisiertes Verfahren bewertet werden, wenn in einem offenen, selektiven oder Einladungsverfahren standardisierte Leistungen beschafft werden.[25] Die elektronische Auktion ist folglich kein separates automatisiertes Beschaffungsverfahren, sondern ein Ele-

fd8fde62d114/Workshop%20Report%20Lavin.pdf›); Braun Binder (Fn. 7), S. 258 f.; ferner Glaser (Fn. 8), S. 159 f.

20 Pierre Tschannen, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), VwVG Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 1 N 3; Nadine Mayhall, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 1 N 9; ferner Thurnherr (Fn. 8), S. 134 f.

21 So auch die Prämisse von Art. 21 revDSG; Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff., 7059 und 7138 ff.; vgl. David Rechsteiner, Der Algorithmus verfügt, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte automatisierter Einzelentscheidungen, Jusletter vom 26. November 2018, passim; ferner Thurnherr (Fn. 8), S. 155, und Braun Binder (Fn. 7), S. 272 f., die zur Klarstellung jedoch eine explizite gesetzliche Regelung i.S.v. § 35a VwVfG befürworten; siehe kritisch auch Andreas Glaser, Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ 2018, S. 181–190, S. 187 f.

22 Grundlegend können zwei Arten von automatisierten Entscheidungssystemen differenziert werden: Generieren sie den Output nach starr vorgegebenen Regeln, spricht man von Konditionalprogrammen oder auch Expertensystemen. Wird hingegen Machine Learning verwendet, leitet das Entscheidsystem die Entscheidungsregeln eigenständig aus Daten ab. Diese Regeln stellen sodann das eigentliche Entscheidsystem dar; Katharina A. Zweig/Tobias Krafft, Qualität von algorithmischen Entscheidungen, digma 2017, S. 110–115, S. 110 f.; Viktoria Herold, Demokratische Legitimation automatisiert erlassener Verwaltungsakte, Diss. Heidelberg 2019, Berlin 2020, S. 52 ff.

23 Vgl. jüngst etwa die Modelregeln für die Folgenabschätzung von ADMs des European Law Institute (Fn. 17).

24 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB, SR 172.056.1).

25 Vgl. Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851 ff., S. 1931 f.; Hans Rudolf Trüeb/Nathalie Clausen, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar, VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG, 2. Aufl., Zürich 2020, Art. 23 N 4; Marcel

ment der Automation, das im Rahmen der bestehenden Verfahrensarten eingesetzt werden kann.[26] Vergleichsweise weiter fortgeschritten ist die Digitalisierung und Automatisierung der Zollanmeldung.[27] Es gilt der Grundsatz der elektronischen Zollanmeldung, wobei spezifische Systeme bzw. Automaten vorgeschrieben sind.[28] Die summarische Prüfung der Zollanmeldung erfolgt sodann automatisch durch das elektronische Datenverarbeitungssystem des Bundesamts für Zoll und Grenzsicherheit (BAZG). Stellt das System einen Fehler fest, weist es die Zollanmeldung zurück.[29] Durchläuft die Zollanmeldung die automatisierte summarische Prüfung erfolgreich, gilt die Anmeldung als angenommen und das System fügt Annahmedatum und -zeit hinzu.[30] Noch stärker automatisiert ist das Grenzkontrollsystem für die Schengen-Aussengrenze am Flughafen. Die Daten auf dem biometrischen Pass bzw. einer spezifischen Teilnehmerkarte werden vom System mit dem automatisierten Polizeifahndungssystem (RIPOL) und dem Schengener Informationssystem (SIS) abgeglichen.[31] Ergeben sich keine Auffälligkeiten, lässt das System die Person automatisch einreisen, was eine formlose positive Verfügung darstellt. Kann das System die Einreise nicht zulassen, wird der Fall ausgesondert, sodass ein menschlicher Beamter die Grenzkontrolle vornimmt und allenfalls die Wegweisung verfügt.[32]

HADORN, in: Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 23 N 10 und 12.

26 Die Vergabebehörde hat jeweils zu prüfen, ob die potenziellen Einsparnisse die mit der Durchführung der elektronischen Auktion verbundenen administrativ bedingte Mehrkosten überwiegen; vgl. TRÜEB/CLAUSEN (Fn. 25), Art. 23 N 4; HADORN (Fn. 25), Art. 23 N 8 und 10.

27 BRAUN BINDER (Fn. 10), Rz. 16 ff.; Art. 38 Abs. 2 E-ZG. Diese Entwicklung ist im Kontext des Transformationsprogramms DaziT zu sehen, womit bis 2026 die Zoll-, Abgaben- und Kontrollprozesse vereinfacht, automatisiert und digitalisiert werden; Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Finanzierung der Modernisierung und Digitalisierung der Eidgenössischen Zollverwaltung (Programm DaziT), BBl 2017 1719 ff.; BRAUN BINDER (Fn. 7), S. 264; ISABELLE EMMENEGGER, DaziT: Effizientere Zollabwicklung dank Digitalisierung, Zoll Revue 2018/2, S. 29–33, insb. S. 30 f.

28 Art. 28 Abs. 2 Zollgesetz vom 18. März 2005 (ZG, SR 631.0) i.V.m. Art. 6 Zollverordnung des BAZG vom 4. April 2007 (ZV-BAZG, SR 631.013); vgl. auch betreffend besondere Verfahren Art. 105 und 125 und Art. 178a Zollverordnung vom 1. November 2006 (ZV, SR 631.01); eingehend zu den Formen der Zollanmeldung BEAT KÖNIG/CHRISTIAN MADUZ, Einführung in das Zollrecht, Bern 2021, Rz. 135 ff.

29 Art. 84 ZV. Indes sind die Prüfungsmöglichkeiten des Systems beschränkt. Es kann z.B. weder erkennen, ob die Zollanmeldung der zugeführten Ware entspricht, noch stellt es fest, ob die notwendigen Begleitdokumente vorhanden oder korrekt sind; KÖNIG/MADUZ (Fn. 28), Rz. 146.

30 Art. 16 ZV-BAZG. Siehe zum Ganzen BRAUN BINDER (Fn. 7), S. 261 ff.; THURNHERR (Fn. 8), S. 136.

31 Art. 103a Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (AIG, SR 142.20); Art. 45 Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung vom 15. August 2018 (VEV, SR 142.204).

32 Siehe zum Ganzen THURNHERR (Fn. 8), S. 136; PLATTNER (Fn. 8), Rz. 609; RECHSTEINER (Fn. 21), Rz. 8; BRAUN BINDER (Fn. 10), Rz. 16 ff.; ferner VALERIO PRIULI, in: Marc Spescha/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka/Fanny de Weck/Valerio Priuli (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, Schweizerisches Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz

Im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes gibt es bislang keine Regelungen, die sich mit der Automation des Verwaltungsverfahrens befassen.[33] Insbesondere sind die bestehenden Normen zum elektronischen Rechtsverkehr – wie auch jene nach VE-VwVG geplanten –[34] nicht auf das Phänomen «automatisiertes Verfahren» ausgerichtet. Eine erste allgemeine Regelung wird nun mit dem neuen Datenschutzgesetz eingeführt (Art. 21 revDSG).[35] Im Zuge der Totalrevision des DSG[36] erhalten ferner verschiedene Sachgesetze einen Verweis auf diese Bestimmung, um die Einrichtung automatisierter Verfahren zu ermöglichen.[37] Die Vernehmlassung zum revDSG wurde am Im Oktober 2021 abgeschlossen. Die neuen Rechtsgrundlagen werden voraussichtlich am 1. September 2023 in Kraft treten. Allerdings sehen die neuen Normen gegenüber dem geltenden VwVG keine weitergehenden Verfahrensrechte oder sonstige Verfahrensregeln vor.[38]

2. *Stufe Kantone*

Die Situation in den Kantonen ist naturgemäss uneinheitlich.[39] Ein kurzer Überblick mag dennoch helfen, sich an ein Gesamtbild der Schweiz anzunähern. Das Steuer- und Abgaberecht ist auf kantonaler Ebene qualitativ wie quantitativ das herausragende Rechtsgebiet für Automatisierungsbestrebungen.[40] In gewissen Kantonen werden bereits einfache Steuerveranlagungen digital und automatisiert abgewickelt.[41] Baubewilligungsverfahren können in einzelnen Gemeinden zwar bereits vollständig elektronisch durchgeführt werden,

(AsylG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) sowie Bürgerrechtsgesetz (BüG) mit weiteren Erlassen, Zürich 2019, Art. 103a N 1 ff.

33 Vgl. THURNHERR (Fn. 8), S. 136.

34 Vgl. für eine Übersicht der vorgesehenen Reglungen MEYER (Fn. 7), S. 858 ff.

35 Dazu ausführlich DAVID ROSENTHAL, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. vom November 2020, Rz. 107 ff.; ferner Botschaft DSG (Fn. 21), S. 7057; THURNHERR (Fn. 8), S. 138 ff.; BRAUN BINDER (Fn. 7), S. 258 f.

36 Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1).

37 Namentlich geht es um folgende Bereiche: Zoll, Tabaksteuer, Biersteuer, Mineralölsteuer, Schwerverkehrsabgaben, Unfall- und Militärversicherung; Botschaft DSG (Fn. 21), S. 7138 ff.; im Einzelnen dazu BRAUN BINDER (Fn. 7), S. 261 ff.

38 BRAUN BINDER (Fn. 7), S. 259 ff.; BRAUN BINDER (Fn. 15), S. 32; BRAUN BINDER (Fn. 10), Rz. 11 ff.; SIMON ROTH, Die automatisierte Einzelentscheidung, digma 2017, S. 104–109, S. 105.

39 Vgl. zu den Rechtsgrundlagen des E-Government im Allgemeinen ANDREAS GLASER/MARCO EHRAT, E-Government-Gesetzgebung durch die Kantone, Integration in die Verfahrenskodifikation oder Auslagerung in Spezialerlasse?, LeGes 2019/3 Nr. 5, Rz. 7 ff.

40 GLASER (Fn. 8), S. 161 ff.

41 NADJA BRAUN BINDER/MATTHIAS SPIELKAMP/CATHERINE EGLI/LAURENT FREIBURGHAUS/ELIANE KUNZ/NINA LAUKENMANN/MICHELE LOI/ANNA MÄTZENER/LILIANE OBRECHT/JESSICA WULF, Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung: rechtliche und ethische Fragen Schlussbericht vom 28. Februar 2021 zum Vorprojekt IP6.4, S. 24 f. (URL: ‹https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/politik-staat/kanton/digitale-verwaltung-und-e-government/projekte_digitale_transformation/ki_einsatz_in_der_verwaltung_2021.pdf›); GLASER (Fn. 8), S. 162.

der Verfügungserlass ist aber noch nirgends automatisiert worden.[42] Im Bereich der Sozialversicherungen geht es momentan primär um den automatisierten Zugriff auf Daten anderer Verwaltungsträger.[43]

Überdies sind namentlich infolge der Covid-19-Pandemie bestimmte Verfahren (teilweise) automatisiert worden. So wird das Verfahren zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung seit dem Frühjahr 2020 vollständig digital durchgeführt, wobei einzelne Verfahrensschritte automatisiert ablaufen. Das elektronische Formular prüft die Eingaben unmittelbar auf Vollständigkeit und Logikfehler, bevor es den Fall an die Sachbearbeiter weiterleitet. Die Kommunikation zwischen Antragstellerin und Behörde läuft ausschliesslich über das elektronische Formular ab.[44] Ferner erlaubt es Art. 8 Covid-19-Verordnung Zertifikate[45] den Kantonen, Covid-19-Genesungszertifikate in einem automatisierten Verfahren auszustellen. Der Bund stellt das entsprechende elektronische Antragsformular zur Verfügung. Ergibt der Abgleich mit den aus dem Informationssystem abgerufenen Daten, dass die Voraussetzungen erfüllt sind, so generiert das System das Zertifikat. Ergibt der Abgleich kein eindeutiges oder ein negatives Ergebnis, so nimmt die zuständige kantonale Stelle Rücksprache mit der antragstellenden Person und prüft manuell, ob die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Zertifikats erfüllt sind.[46]

42 Glaser (Fn. 8), S. 163 f.

43 Glaser (Fn. 8), S. 164. Eine gesetzliche Grundlage für den elektronischen Rechtsverkehr mit den Parteien fehlt im Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1). Der Bundesrat könnte nach Art. 55 Abs. 1bis ATSG die entsprechenden Normen des VwVG für anwendbar erklären, hat dies aber unterlassen; vgl. BGE 142 V 152 E. 2.4; BGer 8C_455/2016 vom 10.2.2017 E. 2 f. Die Digitalisierung des erstinstanzlichen Sozialversicherungsverfahren soll zukünftig durch spezifische Projekte vorangetrieben werden; Bundesamt für Justiz (Fn. 7), S. 42 f.

44 Sämtliche Kantone haben sich dem vom SECO initiierten System angeschlossen; vgl. Blaise Dévaud, Projektbericht Automatisierung der Kurzarbeitformulare, Jusletter IT vom 16. Dezember 2021. Die Befristung der Rechtsgrundlage in Art. 8i Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033) ist indes per 31. März 2021 abgelaufen.

45 Verordnung über Zertifikate zum Nachweis einer Covid-19-Impfung, einer Covid-19-Genesung oder eines Covid-19-Testergebnisses vom 4. Juni 2021 (Covid-19-Verordnung Zertifikate, SR 818.102.2).

46 Vgl. BGer 2C_942/2021 vom 2.3.2022 E. 5.2 und 5.4, wonach insbesondere das automatisierte Verfahren zur Ausstellung und der Rechtsschutz bei Verweigerung des Zertifikats in der Verordnung aber nicht näher geregelt wird.

C. Formulare

I. Phänomen des Verwaltungsverfahrens[47]

Das Formular ist ein komplexes verwaltungsverfahrensrechtliches Phänomen, das dogmatisch noch wenig durchdrungen ist. Es ist Eingangstor zum Verwaltungsverfahren, Kommunikationsmittel zwischen Bürger und Behörde und zugleich Arbeits- und Organisationsmittel innerhalb der Verwaltung. Die Bedeutung des Formulars kann anhand von drei Grundfunktionen konkretisiert werden. Erstens strukturiert und standardisiert es die Kommunikation zwischen Rechtsunterworfenen und Verwaltung. Die Informationen, die der Verwaltung übermittelt werden sollen, müssen nach der Vorgabe des Formulars zerteilt sowie unpersönlich und standardisiert formuliert werden.[48] Damit wirkt das Formular gleichsam als Filter, der die Verwaltung von «unnötiger» Kommunikation entlastet. Es soll (nur) jene Informationen übermitteln, die die Behörde für die weitere Bearbeitung bzw. den Entscheid der Angelegenheit benötigt.[49] Zweitens ist das Formular ein Instrument der Informationsverarbeitung. Als Teil eines umfassenden Informationsflusses kann es sämtliche Bearbeitungsschritte begleiten und ordnen (Erfassen, Speichern, Transportieren und Präsentieren von Informationen). Dabei dient es ebenso als Handlungsanweisung.[50] Drittens kommt dem Formular eine Subsumtionsfunktion zu: Die Behörde leistet bei der Formularerstellung bereits eine generelle Subsumtionsarbeit, unabhängig vom konkreten Sachverhalt.[51] Diese Vorstrukturierung begrenzt den im Einzelfall verbleibenden Ermessensspielraum der Entscheidbehörde.[52] Von den Rechtsunterworfenen ist mit dem Ausfüllen eine individuelle Subsumtionsarbeit zu leisten, indem sie die eigene Wirklichkeit den Fragen bzw. den Leerfeldern des Formulars zuordnen.[53]

47 Zum Ganzen auch Christian Meyer, Das Formular im Verwaltungsverfahren – Elemente einer Dogmatik, ZBl 2022, S. 231–253.

48 Felix Gantner, Theorie der juristischen Formulare, Ein Beitrag zur Methodenlehre der Rechtsanwendung, Diss. Innsbruck, Berlin 2010, S. 3; Sabine Walder/Max Baumann, Von der Wiege bis zur Bahre schreibt der Bürger Formulare, oder: Versuch einer Annäherung an eine verkannte Rechtsquelle, SJZ 1994, S. 393 ff., S. 396.

49 Hans Brinckmann/Klaus Grimmer/Anne Höhmann/Stefan Kuhlmann/Wolfgang Schäfer, Formulare im Verwaltungsverfahren, Wegbereiter standardisierter Kommunikation, Darmstadt 1986, S. 131; Srikant Sarangi/Stefaan Slembrouck, Language, Bureaucracy and Social Control, Singapore 1996, S. 128.

50 Brinckmann/Grimmer/Höhmann/Kuhlmann/Schäfer (Fn. 49), S. 123; Peter Becker, Formulare als «Fliessband» der Verwaltung?, in: Peter Collin/Klaus-Gert Lutterbeck (Hrsg.), Eine intelligente Maschine? Handlungsorientierungen moderner Verwaltung (19./20. Jh.), Baden-Baden 2009, S. 281–298, S. 282 f.

51 Felix Gantner, Formulare und eGovernment, in: Erich Schweighofer/Thomas Menzel/Günther Kreuzbauer (Hrsg.), IT in Staat und Recht, Tagungsband des 5. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2002, S. 227 ff., S. 232.

52 Brinckmann/Grimmer/Höhmann/Kuhlmann/Schäfer (Fn. 49), S. 126; Gantner (Fn. 48), S. 151 f.; Wilma Albrecht, Verwaltung – Formulare – Bürger, Sozialer Fortschritt 1986 Nr. 7, S. 145 ff., S. 148.

53 Becker (Fn. 50), S. 294; vgl. Sarangi/Slembrouck (Fn. 49), S. 135 f.

Das Formular dient damit insgesamt der Praktikabilität und Ökonomie des Verfahrens – insbesondere in der Massenverwaltung.[54]

II. Formularverfahren

Als Formularverfahren werden Verwaltungsverfahren bezeichnet, in denen die Verfügung einzig gestützt auf die Angaben eines Formulars sowie allfällige Beilagen ergeht. Weitere amtliche Sachverhaltsabklärungen sind im Formularverfahren nicht vorgesehen.[55] Der Begriff wird in der schweizerischen Rechtswissenschaft kaum verwendet, in der Praxis ist diese Verfahrensart zuletzt aber bei der Entrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen relevant geworden.[56]

III. Digitalität

Damit das Formular in elektronische Verwaltungsabläufe integriert werden kann, sind einige Besonderheiten zu beachten. Eine digitale Weiterverarbeitung setzt strukturierte Daten voraus,[57] deren Aufbau und Kategorie bereits vor der Datenspeicherung in tabellarischer Form definiert wurden.[58] Dabei reicht es nicht aus, analoge Formulare zu scannen, um ein digitales bzw. elektronisches Formular zu erhalten. Die – für Menschen ohne Weiteres verwertbaren – Informationen sind für den Computer lediglich unstrukturierte Daten, die nicht unmittelbar verarbeitbar sind.[59] Es bestehen zwar Ansätze, um in Scans «gefangene» Daten mittels Verfahren maschinellen Lernens zu strukturieren. Dieser

54 Vgl. etwa Art. 29 Abs. 2 ATSG, Art. 124 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11) oder Art. 112i Zollverordnung vom 1. November 2006 (ZV, SR 631.01).

55 Gantner (Fn. 48), S. 92 f.; vgl. LGVE 2021 III Nr. 2 E. 6.3.

56 Vgl. LGVE 2021 III Nr. 2 E. 6.3: «Die kantonalen Arbeitsämter respektive die Arbeitslosenkassen durften ausschliesslich gestützt auf diese Antrags- und Abrechnungsformulare Kurzarbeitsentschädigungen auszahlen. Eine alternative Abrechnung im Normalverfahren war nicht möglich. Die Rechtsgrundlage dafür wurde mit der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [Art. 8i Abs. 1] geschaffen und ist wie ausgeführt nicht zu beanstanden.» Siehe auch oben Ziff. B.II.2.

57 Gantner (Fn. 48), S. 135. Vgl. die Legaldefinition in Art. 1 lit. f Durchführungsverordnung (EU) 2021/16 der Kommission vom 8. Januar 2021 zur Festlegung der erforderlichen Maßnahmen und praktischen Modalitäten für die Datenbank der Union für Tierarzneimittel (Produktdatenbank der Union): «‹[S]trukturierte Daten› bezeichnet Daten in einem vordefinierten und standardisierten Format, die von Computern geparst, organisiert und verarbeitet werden können».

58 Olivier Heuberger, Profiling im Persönlichkeits- und Datenschutzrecht der Schweiz, Diss. Luzern 2019, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 36; von Bünau (Fn. 2), Rz. 25.

59 Werden Formulare zwar elektronisch zur Verfügung gestellt, von der Partei aber schriftlich eingereicht, spricht Gantner (Fn. 48), S. 133 f., vom «elektronischen Papierformular». Dieses hat durchaus Vorteile (vereinfachte Information der Partei, Einsparungen bei Druck- und Lagerkosten), wirkt sich darüber hinaus aber nicht auf das Verfahren aus.

Vorgang ist aber komplex und eine potenzielle Fehlerquelle.[60] Ebenso ermöglichen es Methoden der natürlichen Sprachverarbeitung (Natural Language Processing, NLP) erst in Ansätzen, Bedeutung aus Texten zu extrahieren.[61] Für die Durchführung automatisierter Verfahren erscheint es – nach dem aktuellen Stand der Technik – folglich essenziell, dass die Falldaten mittels eines digitalen Formulars als strukturierte Daten erfasst werden.[62] Das digitale Formular wird damit zur abstrakten Datensatzdefinition. Die Benutzeroberfläche (Eingabemaske) ist davon prinzipiell unabhängig und kann je nach Bedürfnissen neu zusammengesetzt werden.[63] Digitale Formulare können folglich dynamisch gestaltet (z.B. ausblenden irrelevanter Folgefragen)[64] und mit multimedialen Elementen ergänzt werden.[65] Eine Echtzeitkontrolle verhindert weitgehend, dass das Formular unvollständig oder widersprüchlich eingereicht wird.[66] Überdies lassen sich Eingabefelder automatisch ergänzen, soweit das Formular mit einer entsprechenden Datenbank verknüpft ist.[67]

D. Schlussfolgerungen

Der Einsatz von Formularen ist ein aussagekräftiges Merkmal dafür, dass es sich um ein hochgradig routinisiertes Verfahren handelt, indem weitgehend gleichförmige Fälle verarbeitet werden. Damit ist gleichermassen der vorzugsweise An-

60 Vgl. etwa Shubham Paliwal/Vishwanath Dhanraj/Rohit Rahul/Monika Sharma/Lovekesh Vig, TableNet: Deep Learning model for end-to-end Table detection and Tabular data extraction from Scanned Document Images (URL: ‹https://arxiv.org/abs/2001.01469›).

61 Vgl. von Bünau (Fn. 2), Rz. 18 und 26. Die Fortschritte im Bereich Natural Language Processing als Subdisziplin der KI-Forschung sind indes zunehmend geeignet, die Grundannahme, dass Daten strukturiert in Datenbanken hinterlegt sein müssen, in Frage zu stellen; vgl. James Thorne/Majid Yazdani/Marzieh Saeidi/Fabrizio Silvestri/Sebastian Riedel/Alon Halevy, From natural language processing to neural databases, PVLDB 2021, S. 1033–1039. Das jüngst vom Google Research Team entwickelte Modell PaLM konnte in den typischen Aufgaben des NLP erhebliche Verbesserungen erzielen. Es kann etwa Witze oder bei der Lösung von mathematischen Textaufgaben mehrstufige Gedankengänge erläutern; Sharan Narang/Aakanksha Chowdhery, Pathways Language Model (PaLM): Scaling to 540 Billion Parameters for Breakthrough Performance (URL: ‹https://ai.googleblog.com/2022/04/pathways-language-model-palm-scaling-to.html›).

62 Vgl. Gantner (Fn. 48), S. 135; Annette Guckelberger, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, Analysen und Strategien zur Verbesserung des E-Governments aus rechtlicher Sicht, Baden-Baden 2019, Rz. 402.

63 Gantner (Fn. 48), S. 138 ff.; Lorenz Prell, E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, NVwZ 2018, S. 1255–1259, S. 1257.

64 Umgekehrt kann ein schlecht programmiertes Formular aber auch dazu führen, dass die Nutzer gezwungen sind unnötige Felder auszufüllen, weil sie den Formularprozess ansonsten nicht abschliessen können; Baumann (Fn. 9), S. 101.

65 Etwa durch Erklärvideos statt schriftlicher Erläuterungen oder die Funktion, das Formular vorlesen zu lassen; vgl. etwa URL: ‹www.sg.ch/recht/handelsregister-notariate/handelsregister/bestellformular.html›.

66 Vgl. Dévaud (Fn. 44), Rz. 14; ferner BVGer B-5792/2020 8.3.2022 E. 3.3.2.

67 Prell (Fn. 63), S. 1257.

wendungsbereich automatisierter Verfahren beschrieben. Beide Phänomene sind demnach insbesondere für Verfahren der Massenverwaltung von Interesse.[68] Ein Blick auf die schweizerische Praxis bestätigt diese Überlagerung weitgehend. Auf Bundesebene wie auch auf kantonaler Ebene werden Verfahren automatisiert, die auch im analogen Verfahren überwiegend durch den Einsatz von Formularen geprägt sind. Der Einsatz digitaler Formulare ermöglicht die Erfassung der rechtserheblichen Sachverhaltselemente in Form strukturierter Daten und damit die Automation des Verfügungserlasses bzw. eines bestimmten Verfahrensschritts. Automatisierte Verfahren sind heute demnach auch – oder sogar primär – als Formularverfahren zu verstehen, in denen ein korrekt und vollständig ausgefülltes Formular die tatsächliche Entscheidungsgrundlage bilden soll.

Unter dieser Optik erscheint das (digitale) Formular als zentrale Schnittstelle zwischen Rechtsunterworfenen und Verwaltung sowie Angelpunkt des automatisierten Verfahrens. Damit liegt zum einen der Schluss nahe, dass jene Verfahren, in denen Formularangaben in der Regel eine ausreichende Verfügungsgrundlage darstellen respektive der Sachverhalt ohne Weiteres formularmässig erfasst werden kann, für eine Automatisierung besonders geeignet sind.[69] Zum andern ist zu vermuten, dass sich das Formular, seine Funktionen und seine rechtlichen wie tatsächlichen Eigenschaften massgeblich auf das automatisierte Verfahren auswirken. Inwiefern dadurch eine zusätzliche Perspektive auf das Phänomen automatisierter Verwaltungsverfahren ermöglicht wird, soll im Folgenden anhand von vier weiterführenden Thesen aufgezeigt werden.

E. Weiterführende Thesen

I. Keine freien Mitteilungsfelder

These: Formulare mit freien Mitteilungsfeldern stehen der Automatisierung des Verfahrens entgegen.

Nach Art. 29 Abs. 2 BV[70] steht es der Partei zu, jene Angaben vorzubringen, die sie für rechtserheblich erachtet, und es ist an der Behörde, diese auf ihre Wesentlichkeit zu prüfen. Inhalt, Umfang, Form sowie Zeitpunkt der Gehörsgewährung sind abhängig von der konkreten Interessenabwägung.[71] Formulare

68 Siehe bereits Spiros Simitis, Automation in der Rechtsordnung – Möglichkeiten und Grenzen, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 14. Februar 1967, Karlsruhe 1967, S. 17.

69 Vgl. Simitis (Fn. 68), S. 17 f.: «Je gleichförmiger die Fallsituation, desto wahrscheinlicher entsteht bei der Rechtsanwendung ein regelrechter Zwang, routinisierte Verfahren zu entwickeln. Ein untrügliches Merkmal dafür ist die Ausarbeitung von Formularen.»

70 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

71 BGE 126 V 130 E. 2b; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 4. Aufl., Basel 2021, Rz. 309.

können folglich in ein Spannungsverhältnis zu diesem Gehörsrecht i.e.S. treten, weil die Behörde mit ihnen prinzipiell im Voraus unabhängig vom Einzelfall festlegt, welche Sachverhaltselemente entscheidwesentlich sind.[72]

Dabei sind herkömmliche Formularpflichten weitgehend unproblematisch, weil die Rechtssuchenden weitere Angaben stets an den «Seitenrändern» des Formulars festhalten können. Mit anderen Worten: Die Behörde ist verpflichtet, Äusserungen der Partei unbesehen der Form zu berücksichtigen, soweit sie rechtserheblich sind und in der Formvorgaben des Formulars keinen Platz gefunden haben. Ein freies Mitteilungsfeld ist daher nicht nötig.[73] In Formularverfahren dürfen die SachbearbeiterInnen eine Äusserung «am Seitenrand» hingegen nicht beachten. Von Gesetzes wegen bilden ausschliesslich die formularmässig erfassten Angaben die tatsächliche Entscheidgrundlage.[74] In automatisierten Verfahren gibt die Eingabemaske faktisch abschliessend vor, welche Angaben vorgebracht werden können. Damit wird das Spannungsfeld zum Äusserungs- und Anhörungsrecht nach Art. 29 Abs. 2 BV evident.[75] Weniger problematisch ist dabei, dass der Partei im automatisierten Verfahren keine Möglichkeit gewährt wird, sich vor einem abschlägigen Entscheid (nochmals) zu äussern. Wenn aber die inhaltliche Beschränkung im Einzelfall verhindert, dass rechtserhebliche Informationen berücksichtigt werden können, erscheint das Äusserungs- und Anhörungsrecht als tangiert.[76]

Technisch ist es ohne Weiteres möglich, in der Eingabemaske für automatisierte Verfahren ein freies Mitteilungsfeld einzurichten.[77] Dieses kann indes nur dazu dienen, Fälle zur menschlichen Bearbeitung herauszufiltern, sodass mangels strukturierter Daten ein automatisiertes Verfahren gerade nicht stattfinden kann.[78] Zudem ist der Nutzen eines freien Mitteilungsfelds insofern zu relativieren, als es kaum mit sinnvollen amtlichen Erläuterungen ergänzt werden kann. Denn: Ein freies Mitteilungsfeld bezieht sich naturgemäss auf Sachverhaltselemente, die die Behörde gerade nicht als entscheidrelevant vorausgesehen hat (ansonsten wären sie im Formular erfassbar). Insofern ist einerseits zweifelhaft, ob die Parteien (insb. Laien) freie Mitteilungsfelder sinnvoll nutzen können.[79] Andererseits scheint gerade in hochroutinisierten Verfahren von vornherein fraglich, ob die menschliche Bearbeitung überhaupt zu einem ande-

72 Vgl. oben Ziff. C.I.
73 Vgl. Meyer (Fn. 47), S. 248 ff.
74 Oben Ziff. C.II
75 Vgl. Braun Binder (Fn. 7), S. 273; Braun Binder (Fn. 10), Rz. 25 ff.; Thurnherr (Fn. 8), S. 148.
76 Vgl. Meyer (Fn. 47), S. 248.
77 Vgl. zu dieser Lösung im deutschen Steuerrecht Braun Binder (Fn. 7), S. 273 f.
78 Vgl. oben Ziff. C.III.
79 Damit zumindest für ohnehin positive Entscheide keine formalistischen Leerläufe verursacht werden, müsste gleichzeitig die Ausnahme nach Art. 30 Abs. 2 lit. c VwVG angewendet werden, sodass ausgefüllte Freie Mitteilungsfelder ignoriert werden, wenn der Entscheid umfänglich zugunsten der Partei ausfällt.

ren Ergebnis (oder zumindest Rückfragen) führen kann. Das Äusserungsrecht kann hier – unbesehen der weiteren Verarbeitungsmodi – in der Formularabgabe aufgehen.[80]

II. Reproduktion von Diskriminierung

These: Das Formular ist eine diskriminierende Verfahrenshürde; automatisierte Verfahren drohen, diese zu reproduzieren.

Wenn im Zusammenhang mit automatisierten Verfahren von Diskriminierung die Rede ist, geht es zumeist um diskriminierende Entscheidsysteme, sei dies aufgrund der technischen Funktionsweise (Generalisierungen, Scheinkausalität) oder dem verbleibenden menschlichen Einfluss (Programmierung, Auswahl von Trainingsdaten).[81] Das Formular weist hingegen auf ein anders gelagertes Diskriminierungspotenzial hin. Wie bereits angedeutet, sind Formulare als naturgemäss komplexe juristische Textsorten für Laien regelmässig nur schwer verständlich.[82] Zur Unverständlichkeit kann auch die Gestaltung des Formulars beitragen (z.B. zu kleine Schrift, zu grelle oder schwer unterscheidbare Farben).[83] Formulare sind daher in Bezug auf Diskriminierungsgründe wie die soziale Stellung,[84] Herkunft, Sprache, Behinderung und – verstärkt noch bei digitalen Formularen – das Alter[85] problematisch. Dies wird plastisch, wenn man sich die Subsumtionsfunktion des Formulars vor Augen führt. Das Ausfüllen eines Formulars erweist sich grundsätzlich als äusserst anspruchsvoll. Verlangt ist eine «gezielte Reinterpretation der eigenen Situation und der eigenen Geschichte», um sie in «neuen Begrifflichkeiten zu denken, zu bewerten […] und einzutragen».[86] Dies mag unproblematisch erscheinen, soweit dabei an alltägliche Standards angeknüpft wird, etwa

80 Vgl. Guckelberger (Fn. 62), Rz. 693; ferner grundlegend zum Äusserungsrecht im Gesuchsverfahren Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Bern 2000, S. 263 ff.

81 Vgl. eingehend Mario Martini, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Berlin 2019, S. 47 ff.; Montavon (Fn. 8), S. 660 ff.; ferner Weber (Fn. 15), S. 19 f.; Rolf H. Weber, Digitalisierung und der Kampf ums Recht., in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Hrsg.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Zürich 2019, S. 3–23, S. 17; Braun Binder, Künstliche Intelligenz, S. 473 f.

82 Oben Ziff. E. II.

83 Borries Schwesinger, Formulare gestalten, Das Handbuch, Mainz 2007, S. 209.

84 Wozu insbesondere auch die Bildung gehört; Rainer J. Schweizer, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf, Art. 8 N 74.

85 Der Anteil der regelmässigen Internetnutzer bricht in der Alterskategorie ü-60 leicht (auf 79 %) und ü-70 dramatisch (auf 53 %) ein; vgl. Bundesamt für Statistik, Internetnutzung in der Schweiz nach Alter (URL: ‹https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kultur-medien-informationsgesellschaft-sport.assetdetail.14941639.html›).

86 Becker (Fn. 50), S. 294; vgl. Sarangi/Slembrouck (Fn. 49), S. 135 f.

wenn ein Antragssteller seine Hausgenossen in Form der korrekten familienrechtlichen Begriffe zu beschreiben hat («Ehegatte», «Kind»).[87] Die Kategorien des Formulars können allerdings vom Verständnishorizont der Ausfüllenden abweichen (wie sind z.B. Begriffe wie «Einkommen» oder «unterstützte Personen» zu verstehen?). Insbesondere bei Personen, welche nicht Teil der Mehrheitsgesellschaft sind, verstärkt sich die Gefahr, dass Begriffe oder Fragen missinterpretiert werden.[88] Empirische Studien aus verschiedenen Ländern weisen darauf hin, dass vor allem ärmere, ältere und wenig gebildete Bürgerinnen und Bürger im Umgang mit Formularen Schwierigkeiten haben. Ihnen wird es folglich durch schwer verständliche Formulare erschwert – oder verunmöglicht –, ihre Ansprüche geltend zu machen.[89] Das Formular ist indes an die anzuwendenden Gesetze gebunden und darf diese Bindung durch die adressatengerechte Ausgestaltung und Erläuterung nicht aufgeben.[90] Zudem hat das Formular unterschiedliche, sich widerstrebende Funktionen zu erfüllen, sodass das Streben nach Verständlichkeit zu Zielkonflikten führt.[91]

Diese Diskriminierungsproblematik entsteht nicht wegen der Automatisierung des Verfahrens. Grund dafür ist vielmehr ein innerer Widerspruch des Formulars: Es gewährleistet die Rechtssicherheit und Gleichmässigkeit des Verwaltungshandelns, schliesst aber jene Personen aus, die seiner Logik nicht folgen können, und steht damit einem sicheren und gleichmässigen Gesetzesvollzug entgegen. Dieser Mechanismus droht im automatisierten Verfahren reproduziert zu werden. Es reicht demnach nicht aus, die Entscheidsysteme selbst diskriminierungsfrei auszugestalten. Diskriminierungsfreie automatisierte Verfahren setzen ebenso voraus, dass die entsprechenden Formulare den Rechtssuchenden, unabhängig von Bildungsgrad, Alter, Herkunft oder Behinderung, die wirksame Durchsetzung ihrer Ansprüche ermöglichen. Im Rahmen der digitalen Verwaltung stehen hierzu neue Möglichkeiten zur Verfügung.[92] Auto-

87 Brinckmann/Grimmer/Höhmann/Kuhlmann/Schäfer (Fn. 49), S. 125 und 196 ff.

88 So kann etwa die Frage «Leben Sie mit einer anderen Person im gleichen Haushalt?» je nach Kulturkreis ganz unterschiedlich verstanden werden; vgl. Sarangi/Slembrouck (Fn. 49), S. 133 ff.; Norbert Lüdenbach, Formulare und Kommunikationsmaximen, Diss. Utrecht 1984, S. 66 ff.

89 Becker (Fn. 50), S. 295; vgl. differenziert zum Stand der Untersuchungen in der 1980er-Jahren Lüdenbach (Fn. 88), S. 60 ff.

90 Becker (Fn. 50), S. 295; Michael Becker-Mrotzek/Maximilian Scherner, Textsorten der Verwaltung, in: Armin Burkhardt/Hugo Steger/Herbert Ernst Wiegand (Hrsg.), Text- und Gesprächslinguistik/Linguistics of Text and Conversation, Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung/An International Handbook of Contemporary Research, Bd. 16.1, Berlin 2000, S. 628 ff., S. 637.

91 Vgl. Wolfgang Mentrup, Kurzbericht – Diskussionsverlauf – Fünf-Punkte-Programm, in: Siegfried Grosse/Wolfgang Mentrup (Hrsg.), Bürger – Formular – Behörde, Wissenschaftliche Arbeitstagung zum Kommunikationsmittel «Formular», Tübingen 1980, S. 119 f.; Albrecht (Fn. 52), S. 155 f.; zum Ganzen Meyer (Fn. 47), S. 237 ff. und 250.

92 Schwesinger (Fn. 83), S. 209. Vgl. zu entsprechenden internationalen Standards Christin Hulsheimer/Janina Müller/Michelle Nagel/Pepe Thölken, Standards im Umgang mit Barrierefreiheit, in: Ralf Daum (Hrsg.), Digitalisierung und Barrierefreiheit in der öffentlichen

matisierte Verfahren werden nur diskriminierungsfrei sein, wenn – in interdisziplinärer Zusammenarbeit – Formulare entwickelt werden, die für alle zugänglich, verständlich und bedienbar sind. Ansonsten bleibt die «barrierefreie Verwaltung» eine leere Worthülse.[93]

III. Perfektion des bürokratischen Denkens

These: Automatisierte Verfahren stellen keinen Paradigmenwechsel dar, sondern die Perfektion des bürokratischen Denkens.

Eine grundlegende Funktion des Formulars ist es, die Kommunikation zwischen Rechtsunterworfenen und Verwaltung zu standardisieren, entpersonalisieren sowie für die verwaltungsinterne Verarbeitung zu filtern und in eine geeignete Form zu bringen.[94] Dass damit der einzelne Beamte als Entscheidfaktor wie auch das persönliche Ansehen des Rechtsunterworfenen ausgeschaltet werden, entspricht auf einer übergeordneten Ebene der Funktion bürokratischer Verwaltung als Ausübung legaler Herrschaft.[95]

Die Steigerung dieser Tendenzen lässt sich im Übrigen bereits anhand der Geschichte des Formulars nachvollziehen. Anfänglich war das Formular als Arbeitsinstrument den Experten in der Verwaltung vorbehalten. Die Rechtssuchenden hatten ihre Situation dem Verwaltungsbeamten im persönlichen Gespräch zu schildern und dieser übertrug die notwendigen Angaben ins Formular.[96] Diese ressourcenintensive Interaktion wurde in der Massengesellschaft

---

Verwaltung, Hamburg 2021, S. 31–68; ferner zur «Usability» von digitalen Formularen Luke Wroblewski, Web Form Design, Filling in the Blanks, New York 2008, insb. S. 76 ff.

93 Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109) verpflichtet die Schweiz nach Art. 4 Abs. 1 lit. g, insbesondere die Forschung und Entwicklung für neue Informations- und Kommunikationstechnologien zu betreiben oder zu fördern, wenn sie für Menschen mit Behinderungen geeignet sind; vgl. Weber (Fn. 81), S. 16. Das Ziel der barrierefreien Verwaltung kommt auch in den E-Government-Strategien der verschiedenen Gemeinwesen regelmässig zum Ausdruck; vgl. etwa Botschaft vom 29. Januar 2020 zur Legislaturplanung 2019–2023, BBl 2020 1777 ff., S. 1883; Kanton Luzern/Verband Luzerner Gemeinden, E-Government-Strategie Luzern, S. 11 f. (URL: ‹https://www.egovernment-luzern.ch/-/media/Egovernment_Luzern/Dokumente/Strategie/egovernmentstrategieluzern_2.pdf›).

94 Vgl. oben Ziff. C.I.

95 «Sachliche Erledigung» bedeutet in erster Linie Erledigung «ohne Ansehen der Person» nach berechenbaren Regeln; Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie, Tübingen 1922, S. 661. Prägnant dazu Maren Lehmann, Bürokratische Symbiose, in: Peter Plener/Niels Werber/Burkhardt Wolf (Hrsg.), Das Formular, Berlin 2021, S. 35–50, S. 41: «In einer bürokratisierten Gesellschaft kann nur der erreichen, dass es um ihn selbst geht, wer zu gewährleisten und hinzunehmen vermag, dass es nicht um ihn selbst geht, also: dass es in jedem Fall um seinen Fall, aber in keinem Fall um ihn selbst geht.»

96 Bereits zu diesem Zeitpunkt lautet die Kritik, dass der Mensch auf ein Formular zurückgestutzt wird und auch der Beamte dem Bürger nicht als Mensch, sondern als «Schreibmaschine» gegenübertritt; vgl. Burkhardt Wolf, Medien der Bürokratiekritik, Paperwork im Zeitalter der «Verwaltungskultur», in: Friedrich Balke/Bernhard Siegert/Joseph Vogl (Hrsg.), Medien der Bürokratie, Paderborn 2016, S. 42.

bzw. im Leistungsstaat immer mehr durch das Formular selbst verdrängt. Der menschliche Mittler entfällt und indem die Parteien das Formular selbständig auszufüllen haben, wird es gleichsam zum Eingangstor des Verfahrens.[97] Automatisierte Verfahren sind folglich kein Paradigmenwechsel, sondern vielmehr eine Fortsetzung bzw. nach LUHMANN die «Perfektion» einer allgemeinen Tendenz der modernen bürokratischen Massenverwaltung.[98] Insofern ist die Hoffnung, dass eine Automatisierung des Verwaltungsverfahrens einer Entbürokratisierung entspricht, zu hinterfragen.[99]

IV. Formulare als Antithese

These: Formulare stehen der Automatisierung des Verwaltungsverfahrens entgegen.

Diese These scheint auf den ersten Blick dem Titel und den Schlussfolgerungen in Ziff. D. diametral entgegenzustehen. Der vermeintliche Widerspruch ist indes eine Folge davon, dass die Bedeutung von «Automation» durch das sozio-technische Umfeld geprägt ist. So wurde oben ausgeführt, dass Automation grundsätzlich einen bestimmten Stand der Technik in Bezug auf die Selbsttätigkeit künstlicher Systeme, die tendenziell menschliche Tätigkeit ersetzen, beschreibt.[100] Im juristischen Kontext gelten Verfahren heute bereits als (voll-)automatisiert, wenn die Beurteilung eines Sachverhalts und die Entscheidung, die auf dieser Sachverhaltsbeurteilung beruht, ohne menschliche Einwirkung erfolgt.[101] Damit wird die Perspektive der Rechtsunterworfenen begrifflich ausgeblendet. Auch die Verfahrenshandlungen der Privaten sind der Automation zugänglich. Sei dies, indem Algorithmen Formulare mit vorbestehenden Daten automatisiert füllen oder die Fortschritte im NLP dereinst menschliche Sprachäusserungen ohne Weiteres für Computerprogramme verarbeitbar machen.[102] Fällt aber aus dem Blick, welche Tätigkeiten von den Parteien im «automatisierten» Verfahren verlangt werden, drohen diese für

97 BENEDIKT BURKARD, Liste, Vordruck, Bildschirmmaske, Eine kleine Geschichte des Formulars, Das Archiv 2010/1, S. 6 ff., S. 11 f.; BECKER (Fn. 50), S. 283 f.; zum Ganzen auch MEYER (Fn. 47), S. 236.

98 Vgl. NIKLAS LUHMANN, Schriften zur Organisation 4, Reform und Beratung, Wiesbaden 2020, S. 14. f.; grundlegend WEBER (Fn. 95), S. 650 ff. Zu den Auswirkungen dieser Tendenz auf die Gesellschaft insgesamt THEODOR W. ADORNO, Kultur und Verwaltung, in: Rolf Tiedemann (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Band 8, Soziologische Schriften I, Berlin 1960, S. 122–146, S. 134: «Es gibt keine Schlupfwinkel mehr […]; keine Armut in Würde, nicht einmal mehr die Möglichkeit des bescheidenen Überwinterns für den, der aus der verwalteten Welt herausfällt.»

99 Dies insbesondere aus Sicht der Rechtsunterworfenen; dazu sogleich auch Ziff. E. IV.

100 Oben Ziff. B.I.

101 Oben Ziff. B.I. und II.

102 Vgl. oben Ziff. C.III.

Effizienzgewinne der Verwaltung mit eigenem bürokratischem Aufwand zu bezahlen.[103]

Während die Rechtswissenschaft die Entwicklungen in der NLP-Forschung weitgehend aus der Ferne betrachtet, spielen rechtliche Konzepte in Bezug auf das (teilweise) automatische Formularausfüllen unmittelbar eine Rolle. Nach Art. 4 Abs. 3 DSG gilt der Grundsatz der Zweckbindung.[104] Demnach darf eine Datenbearbeitung jeweils nur zu einem bestimmten Zweck erfolgen. Damit sind insbesondere die Datenspeicherung auf Vorrat und für die Zweckerreichung unnötige Datenweitergabe an andere staatliche Stellen prinzipiell verboten,[105] womit dem Formular als Organisationsmittel rechtliche Grenzen gesetzt sind. Die Zweckbindung erweist sich bei digitalen Formularen, die strukturierte Daten erheben, als kontrovers. Derart erfasste Daten erscheinen besonders gefährdet respektive nützlich, weil automatisierte Systeme direkt auf sie zugreifen und sie verarbeiten können.[106] Damit ist aus datenschutzrechtlicher Sicht ein Problemkreis angesprochen, der unter dem Begriff once-only-Prinzip diskutiert wird. Es geht dabei um einen Gegenentwurf zum Zweckbindungsprinzip. Daten sollen grundsätzlich nur einmal erhoben werden und die Verwaltung hat vorhandene Daten zu nutzen, statt diese für jeden Fall neu zu erheben.[107] Das once-only-Prinzip gilt als zentraler Baustein der digitalen Verwaltung.[108] Die Vorteile liegen auf der Hand: Der bürokratische Aufwand, der durch eine Mehrfacherfassung verursacht wird, entfällt auf Seiten der Rechts-

103 Vgl. auch oben Ziff. E. III.

104 Das revidierte Datenschutzgesetz wird diesbezüglich keine (materiellen) Änderungen bringen; vgl. Botschaft DSG (Fn. 21), S. 7024 f.

105 Bruno Baeriswyl, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Bern 2015, Art. 4 DSG N 34; Walder/Baumann (Fn. 48), S. 396 f. Abweichung von der ursprünglichen Zwecksetzung sind nur zulässig, wenn eine gesetzliche Grundlage dies vorsieht; Baeriswyl (Fn. 105), Art. 4 DSG N 41.

106 Vgl. oben Ziff. C.III.

107 Mario Martini/Michael Wenzel, «Once only» versus «only once»: Das Prinzip einmaliger Erfassung zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Bürgerfreundlichkeit, DVBl 2017, S. 749–758, S. 749. Michael Montavon/Stéphane Schwab, eGovernment: quelques comparaisons et réflexions à partir de l'exemple estonien (1/2), FZR 2019, S. 3–26, S. 21 f. In diesem Spannungsverhältnis scheint zentral, dass das once-only-Prinzip seine Legitimation aus dem Dienstleistungsgedanken der Verwaltung zieht, weshalb insbesondere nachrichtendienstliche oder polizeiliche Zugriffe davon nicht gedeckt sein können; Martini/Wenzel (Fn. 107), S. 751, insb. Fn. 25.

108 Vgl. die Tallinn Declaration on eGovernment (URL: ‹https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/49838.pdf›), die auch von der Schweiz unterzeichnet wurde; Montavon (Fn. 8), S. 40 f. Der Vorentwurf für das Berner Gesetz über die digitale Verwaltung (DVG) enthält einen once-only-Grundsatz für Personendaten; dazu Ines Weihrauch, Aus den Datenschutzbehörden, digma 2020, S. 156–157, S. 156. Ferner ist «once-only» ein Grundsatz der vom Bundesrat am 19. Dezember 2018 verabschiedete Strategie für den Aufbau einer gemeinsamen Stammdatenverwaltung; vgl. Bundesrat, Strategie für den Ausbau der gemeinsamen Stammdatenverwaltung des Bundes vom 19. Dezember 2018, S. 5 (URL: ‹https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/55211.pdf›).

suchenden ebenso wie auf Behördenseite.[109] Auch kann die Datenqualität verbessert werden, weil das Erheben der Daten mittels Formular komplex und damit eine stetige Fehlerquelle ist.[110] Bereits teilweise automatisch vorausgefüllte Formulare stellen eine Ausprägung des once-only-Prinzips dar.[111] Ist das Prinzip umfassend verwirklicht, sind sogenannte antragslose Verfahren möglich.[112] Diese erreichen einen höheren Automationsgrad, weil auch keine unmittelbaren Handlungen der Partei mehr notwendig sind. Konsequent weitergedacht führt dieser Ansatz schliesslich zum Modell einer Verwaltung als no-stop-shop: Die Verwaltung greift dann auf einen «ubiquitären Datensatz» zu, funktioniert insofern als geschlossenes System und ist auf die Schnittstelle Formular nicht mehr angewiesen.[113] Vor diesem Hintergrund mögen Formulare heute als Angelpunkt automatisierter Verfahren erscheinen. Auch ohne das Begriffspaar Utopie/Dystopie bemühen zu müssen, dürften Formular aber angesichts der möglichen rechtlichen und technischen Entwicklungen dereinst das Kennzeichen eines geringen Automationsgrads sein.

Zusammenfassung

Das Formular ist Eingangstor zum Verwaltungsverfahren, Kommunikationsmittel zwischen Bürger und Behörde und gleichsam Arbeits- und Organisationsmittel innerhalb der Verwaltung. Im Dienste der Praktikabilität und Pro-

109 Martini/Wenzel (Fn. 107), S. 749. Zum Potenzial der Kostenreduktion vgl. Europäische Kommission, Study on eGovernment and the Reduction of Administrative Burden, 2014, S. VI ff. (URL: ‹https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/finalreportstudyonegovernmentandthereductionofadministrativeburden.pdf›).

110 Vgl. auch oben Ziff. E. III.

111 Vgl. Tino Schuppan, Internationale Entwicklungen digitaler Verwaltungstransformation, in: Sylvia Veit/Christoph Reichard/Göttrik Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 5. Aufl., Wiesbaden 2019, S. 523–535, S. 530; Prell (Fn. 63), S. 1257. In der Schweiz wird diese technische Möglichkeit indes erst vereinzelt genutzt; siehe E-Government Schweiz–Suisse–Svizzera, Monitoringbericht 2021, S. 12 (URL: ‹https://www.digitale-verwaltung-schweiz.ch/application/files/4516/3895/9077/Monitoringbericht_2021.pdf›), wonach vorausgefüllte Formulare mit Daten aus Quellen wie Basisregister nur in 12 % der untersuchten E-Services existieren (EU: 61 %), wobei EasyGov.swiss eine tragende Rolle spielt.

112 Es geht hierbei um Verfahren, die prinzipiell der Dispositionsmaxime unterliegen, aber antragslos (auch: proaktiv, autonom) durchgeführt werden, soweit die Behörde über die relevanten Informationen verfügt (so wird etwa in Österreich bei der Geburt eines Kindes automatisch geprüft, ob alle Voraussetzungen zur Ausrichtung von Unterstützungsleistungen erfüllt sind respektive die notwendigen Informationen vorliegen); vgl. Guckelberger (Fn. 62), Rz. 666 ff.; Martini/Nink, (Fn. 16), S. 2; Martini/Wenzel (Fn. 107), S. 749 f.

113 Peter Plener, Facta sunt servanda, Zu Form/Formel/Format/Formular an Schnittstellen der Kontingenz, in: Peter Plener/Niels Werber/Burkhardt Wolf (Hrsg.), Das Formular, Stuttgart 2022, S. 53–71, S. 68; ausführlich Hendrik Scholta/Willem Mertens/Marek Kowalkiewicz/Jörg Becker, From one-stop shop to no-stop shop: An e-government stage model, Government Information Quarterly 2019, S. 11–26.

zessökonomie prägt es die routinisierten Verfahren der Massenverwaltung. In diesem Bereich sind ebenso die aktuellen und absehbaren Anwendungsfelder automatisierter Verwaltungsverfahren auszumachen. Eine Analyse zeigt, dass diese auf absehbare Zeit massgeblich durch die Funktionsweise und die technischen Zwängen der (digitalen) Formulare geprägt sein werden. Automatisierte Verwaltungsverfahren müssen daher weitgehend als Formularverfahren verstanden werden. Der Beitrag zeigt den Erkenntnisgewinn dieser neuen Perspektive anhand von vier Thesen exemplarisch auf. Als Denkanstösse betreffen siekonkrete Fragen zur Ausgestaltung automatisierter Verwaltungsverfahren (freie Mitteilungsfelder, Barrierefreiheit) wie auch systemische Überlegungen (Bürokratietheorie, once-only-Prinzip).

Résumé

Le formulaire est la porte d'entrée de la procédure administrative, un moyen de communication entre le citoyen et l'autorité et, en quelque sorte, un outil de travail et d'organisation au sein de l'administration. Au service de la praticabilité et de l'économie de processus, il caractérise les procédures routinières de l'administration de masse. C'est également dans ce domaine que se trouvent les champs d'application actuels et prévisibles des procédures administratives automatisées. Une analyse montre que, dans un avenir prévisible, ces dernières seront essentiellement marquées par le fonctionnement et les contraintes techniques des formulaires (numériques). Les procédures administratives automatisées doivent donc être considérées dans une large mesure comme des procédures de formulaires. L'article présente les implications possibles de cette perspective. L'article présente les implications possibles de cette perspective, exemples à l'appui, en s'appuyant sur des questions concrètes relatives à l'aménagement des procédures administratives automatisées (champs de communication libres, accessibilité) ainsi que sur des réflexions systémiques (théorie de la bureaucratie, principe «once-only»).