



19. September 2023

Leitfaden zur Auslegung und Gestaltung von Formvorschriften im öffentlichen Recht des Bundes



Inhaltsverzeichnis

1	Einführung	3
2	Übersicht	3
3	Formvorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Überblick	4
4	Auslegung und Anwendung von Formvorschriften ausserhalb des Verwaltungsverfahrensgesetzes	5
4.1	Wortlaut.....	6
a.	Kein automatischer Schluss auf die «einfache Schriftlichkeit» des OR.....	6
b.	Kein automatischer Schluss auf «Papierform»	7
c.	«Unterschrift» und «elektronische Signatur» sind auslegungsbedürftige Begriffe.....	7
4.2	Zwecke von Formvorschriften.....	7
a.	Fixierung der Information.....	7
b.	Schutz der Integrität der Dokumente	8
c.	Schutz der Authentizität der Dokumente	8
d.	Übereilungsschutz.....	8
e.	Zeitpunkt der Finalisierung	8
f.	Beweisfunktion?	9
5	Gestaltung von Formvorschriften	9
5.1	Schutzniveau bewusst festlegen	9
5.2	Digital unterstützte Abwicklung von Geschäftsabläufen ermöglichen.....	10
5.3	Alternativen zu elektronischen Signaturen nach ZertES prüfen	11
5.4	Begriff «Nachweis durch Text» vermeiden	12
5.5	Rechtsfolge der Nichteinhaltung der Formvorschrift bedenken.....	13
6	Hinweise zu Formularpflichten (Exkurs)	13
7	Fazit	14

1 Einführung

Der vorliegende Leitfaden soll die Bundesverwaltung, insbesondere die Rechtsdienste der Ämter, bei der Auslegung sowie der praxistauglichen und digitalisierungsfreundlichen Gestaltung von Formvorschriften im öffentlichen Recht unterstützen.¹ Formvorschriften sollen ihre Zwecke erfüllen (z.B. die Integrität und Authentizität der Dokumente² schützen), ohne sinnvolle Abläufe zu verhindern. Mit anderen Worten sollen unnötige bürokratische Barrieren abgebaut, gleichzeitig aber sollen die bisherigen Schutzzwecke, soweit weiterhin relevant, erfüllt und allenfalls neu hinzukommender Schutzbedarf abgedeckt werden. So können Formvorschriften einen Beitrag für die rechtssichere und gleichzeitig effiziente Abwicklung von analogen wie auch digitalen Geschäftsabläufen leisten. Die Ansatzpunkte sind die Auslegung bestehender Vorschriften (dazu Ziff. 3 und 4) und die gezielte Gestaltung neuer oder zu revidierender Vorschriften (dazu Ziff. 5). Dabei sollen die Spielräume genutzt werden, die das öffentliche Recht enthält, um digitale Angebote zu ermöglichen.

Das vorliegende Dokument konzentriert sich auf rechtliche Aspekte von Formvorschriften. Hintergrundinformationen und allgemeine Ausführungen zu den elektronischen Signaturen können den zur Verfügung stehenden Informationen des [Bundesamtes für Informatik und Telekommunikation \(BIT\)](#), des [Bundesamtes für Kommunikation \(BAKOM\)](#) und des [Bereichs «Digitale Transformation und IKT-Lenkung» \(DTI\)](#) der Bundeskanzlei entnommen werden.

Der Leitfaden gibt Hinweise zur Auslegung und Gestaltung von Formvorschriften gemäss der Praxis des Bundesamtes für Justiz. Die Verantwortung für die rechtskonforme Handhabung von Formvorschriften liegt unverändert bei der zuständigen Verwaltungseinheit.

2 Übersicht

Der Leitfaden zeigt auf, dass sich aus der Abwesenheit einer Legaldefinition der Schriftlichkeit im öffentlichen Recht des Bundes einige Flexibilität ergibt. Mittels Auslegung von Formvorschriften sind in einem ersten Schritt die Spielräume zu identifizieren, welche das bestehende Recht enthält. Ausgangspunkt bildet die Frage, nach welcher Grundordnung sich ein bestimmter digitaler Geschäftsablauf richtet bzw. welche übergeordneten Vorgaben zu berücksichtigen sind.

Geht es um Formvorschriften im Bereich des *förmlichen Verwaltungshandelns* in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren (konkret für elektronische Eingaben an eine Behörde oder für die elektronische Eröffnung von Verfügungen), sind die einschlägigen Vorgaben des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG)³ und der Verordnung vom 18. Juni 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (VeÜ-VwV)⁴ zu berücksichtigen (insb. Art. 21a und 34 Abs. 1^{bis} VwVG). Weitere Ausführungen zu den allgemeinen Formvorschriften betreffend Verwaltungsverfahren finden sich in Ziffer 3.

¹ Basierend auf dem Auftrag des Bundesrats vom 10.6.2022, siehe www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > Publikationshinweis vom 10.6.2022 zum [Bericht Formvorschriften öffentliches Recht](#).

² Der vorliegende Leitfaden geht jeweils davon aus, dass sich Formvorschriften auf *Dokumente* beziehen. Je länger je mehr geschieht der Austausch von *Daten* auch in Formen, die nicht primär an das Wort «Dokument» denken lassen. Viele Aussagen des Leitfadens können sinngemäss auch auf Konstellationen übertragen werden, in denen Datenpakete von Maschine zu Maschine übertragen werden, ohne dass sie für Menschengenossen je als gesondertes, in sich abgeschlossenes Dokument in Erscheinung treten.

³ SR 172.021

⁴ SR 172.021.2

Die allgemeinen Vorgaben des VwVG werden in den *Sacherlassen* auf mannigfache Weise konkretisiert oder auch derogiert. Zahlreiche spezialgesetzliche Formvorschriften regeln zudem Abläufe, die nicht in den Geltungsbereich des VwVG fallen (z.B. Meldeverfahren).⁵ Hinweise zur Auslegung und Anwendung von spezialgesetzlich festgelegten Formvorschriften finden sich in Ziffer 4. Je nachdem kann sich dabei auch die Frage nach der Abgrenzung zwischen Zivilrecht und Verwaltungsrecht stellen (Doppelnormen), wobei jedoch verwaltungsrechtliche Begriffe nicht unbesehen gleich wie im Zivilrecht ausgelegt werden sollten, sondern der spezifische Sinn der verwaltungsrechtlichen Regelung zu ermitteln ist.⁶

Erst wenn sich ergibt, dass eine bestimmte Formvorschrift eine effiziente Geschäftsabwicklung verhindert, insbesondere indem sie durchgängig digitalen Prozessen entgegensteht, sollte eine Revision in Betracht gezogen werden. Die für einen bestimmten Anwendungsfall erforderlichen Formvorschriften sollen sich an den konkreten Schutzerfordernissen orientieren. Hinweise zur Gestaltung von Formvorschriften finden sich in Ziffer 5.

3 Formvorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Überblick

Das Verwaltungsverfahren läuft bekanntlich zur Hauptsache schriftlich ab. Das Verwaltungsverfahrensgesetz enthält indessen keinen expliziten allgemeinen Grundsatz der Schriftform.⁷ Ebenfalls enthält das VwVG keine Legaldefinition des Begriffs der Schriftlichkeit. Vielmehr ist zu unterscheiden:

- Für *Eingaben der Parteien an Behörden* ist nicht allgemein festgelegt, dass diese in Schriftform erfolgen müssen, um rechtswirksam zu sein. Artikel 21 Absatz 1 VwVG bezieht sich explizit auf die Fristwahrung bei schriftlichen Eingaben. Darunter sind, in Abgrenzung zu mündlichen Mitteilungen, Eingaben zu verstehen, die auf einem dauerhaften Erklärungsträger aufgezeichnet sind.⁸ Darüber hinaus lässt sich der Bestimmung jedoch nicht entnehmen, dass Parteieingaben stets schriftlich sein müssen.⁹ Auch fordert das VwVG nicht ausdrücklich, dass schriftliche Eingaben generell unterzeichnet werden müssen.¹⁰ Vorbehalten bleiben spezifische Formvorschriften: So ist für die *Beschwerdeschrift* die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seiner Vertretung vorgeschrieben (Art. 52 Abs. 2 VwVG).¹¹ Auch sind in zahlreichen Sacherlassen ergänzende Formvorschriften für Eingaben von Parteien enthalten, welche über die Grundordnung des VwVG hinausgehen. Deren Gehalt ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. Ziff. 4).
- Für *elektronisch zugestellte Eingaben der Parteien an Behörden* schreibt Artikel 21a Absatz 2 VwVG die qualifizierte elektronische Signatur gemäss Bundesgesetz vom 18. März 2016 über die elektronische Signatur (ZertES)¹² vor. Wenn indessen die Identifizierung der Partei und die Integrität der Übermittlung in anderer geeigneter Weise sichergestellt sind, ist eine qualifizierte elektronische Signatur nicht erforderlich (Art. 6 Abs. 1 VeÜ-VwV). Ausgenommen sind Fälle, in denen eine Unterschrift vorgeschrieben ist, wie dies beispielsweise für Beschwerdeschriften gemäss Artikel 52 Absatz 1

⁵ Gemäss Bericht Formvorschriften (Fn. 1) existieren mehr als 1700 gesetzliche Formvorschriften in 390 Erlassen des Bundesrechts, wovon die meisten eine Form der Schriftlichkeit verlangen.

⁶ Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2022, Rz. 372.

⁷ Vgl. Benjamin Schindler, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Einleitung Rz. 19, wonach sich das Vorherrschen der Verfahrensschriftlichkeit zwar «wie ein roter Faden» durch das ganze Gesetz zieht, dieses jedoch keinen expliziten Grundsatz der Schriftlichkeit kennt.

⁸ Patricia Egli, in: Waldmann/Krauskopf, VwVG – Praxiskommentar, 3. Aufl. 2023, Art. 21 VwVG Rz. 3; Urs Peter Cavelti, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 21 VwVG Rz. 7.

⁹ So sind mündliche Mitteilungen der Parteien etwa im Rahmen einer Befragung oder eines Augenscheins (Art. 12 Bst. b und d VwVG) von der Behörde entgegenzunehmen und in geeigneter Form für das weitere Verfahren aufzubereiten (insb. zu protokollieren, BGE 130 II 473 E. 4.4).

¹⁰ Egli (Fn. 8), Art. 21 VwVG Rz. 3; Cavelti (Fn. 8), Art. 21 VwVG Rz. 8.

¹¹ Zur Rechtsprechung betreffend die Einreichung von Rechtsschriften per E-Mail oder Telefax siehe die Hinweise bei René Wiederkehr/Christian Meyer/Anna Böhme, OFK-VwVG Kommentar 2022, Art. 21 Rz. 16 ff.

¹² SR 943.03

VwVG gilt (siehe oben). Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. dazu die Hinweise in Ziff. 4). In den zahlreichen Anwendungsfällen, in denen die Unterschrift *nicht* vorgeschrieben ist, kann die Behörde alternative Identifikationsmethoden wie beispielsweise die geregelte elektronische Signatur oder das geregelte elektronische Siegel¹³ oder anderweitige Alternativen vorsehen (vgl. dazu die Beispiele in Ziff. 5).

- *Verfügungen von Behörden* sind grundsätzlich schriftlich zu eröffnen (Art. 34 Abs. 1 VwVG); die mündliche Form ist nur ausnahmsweise für Zwischenverfügungen an anwesende Parteien erlaubt (Abs. 2). Seltene Ausnahmen sind in Sacherlassen enthalten (z.B. Art. 13 Abs. 1 AsylG). Die elektronische Eröffnung richtet sich nach Artikel 34 Absatz 2 VwVG (siehe hiernach). Die Schriftform ist Voraussetzung für die Gültigkeit der Verfügung. Sie schafft Klarheit über den Inhalt der Verfügung und macht diese für die Betroffenen erst anfechtbar.¹⁴ Weitere Anforderungen an die Form von Verfügungen sind Artikel 35 VwVG zu entnehmen.¹⁵ Gemäss der neueren Rechtsprechung ist eine Unterschrift für die Gültigkeit einer Verfügung von Bundesrechts wegen nicht erforderlich, soweit das anwendbare Recht keine Unterschrift verlangt.¹⁶ Dies gilt gemäss Bundesverwaltungsgericht nicht nur in Bezug auf Massenverfügungen, sondern auch in Bezug auf individuell ausgefertigte Verfügungen.¹⁷ Jedenfalls kann aus dem Erfordernis der Schriftlichkeit nicht die Notwendigkeit der eigenhändigen Unterzeichnung abgeleitet werden. Fehlt eine Unterschrift trotz positivrechtlicher Pflicht, ist die Verfügung in der Regel bloss anfechtbar, nicht aber nichtig.¹⁸
- *Verfügungen von Behörden* können *elektronisch* eröffnet werden, sofern sich die Partei damit einverstanden erklärt (Art. 34 Abs. 1^{bis} VwVG). Über die Einzelheiten der elektronischen Eröffnung hält das Gesetz einzig fest, dass diese «mit einer elektronischen Signatur» zu versehen ist (Art. 34 Abs. 1^{bis} Satz 2 VwVG). Die Einzelheiten sind in der VeÜ-VwV geregelt. Die für die Eröffnung relevanten Bestimmungen finden sich in Artikel 8 – 10 VeÜ-VwV. Ob die Verfügung mit einem geregelten elektronischen Siegel oder einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird, liegt im Ermessen der Behörde (Art. 9 Abs. 4 VeÜ-VwV).

Hinweis: Der Entwurf zum Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (E-BEKJ)¹⁹ sieht eine Anpassung von Artikel 21a und 52 VwVG vor. Demnach werden Signaturanforderungen für Private wegfallen, wenn der Benutzer Dokumente über die entsprechende Plattform nach Artikel 6 E-BEKJ eingibt.

4 Auslegung und Anwendung von Formvorschriften ausserhalb des Verwaltungsverfahrensgesetzes

In den Sacherlassen finden sich zahlreiche Formvorschriften, welche die hiervor beschriebenen allgemeinen Vorgaben des VwVG konkretisieren oder auch derogieren. Hinzu kommen spezialgesetzliche Formvorschriften, die Abläufe regeln, welche nicht in den Geltungsbereich des VwVG fallen (z.B. Meldeverfahren). Diese Formvorschriften sind, wie alle anderen

¹³ Urs Peter Cavelti, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 21a VwVG Rz. 17.

¹⁴ Regina Kiener/Bernhard Rüttsche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl. 2020, Rz. 819.

¹⁵ Neben einer korrekten Bezeichnung muss aus der Verfügung auch hervorgehen, wer die verfügende Behörde ist (amtliche Bezeichnung der verfügenden Verwaltungseinheit), jedenfalls sofern sich dies nicht aus einem amtlichen Publikationsorgan entnehmen lässt (BGE 128 V 82 E. 2b), vgl. zum Ganzen Lorenz Kneubühler/Ramona Pedretti, in: Auer/Müller/Schindler, VwVG-Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 34 VwVG Rz. 8.

¹⁶ BVGer A-6102/2019 vom 23. März 2020 E. 5.2. Inwiefern zur (gesetzlich vorgesehenen) Schriftlichkeit auch die eigenhändige oder faksimilierte Unterschrift gehört, ist gemäss Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1067 nicht restlos geklärt.

¹⁷ Vgl. BGE 112 V 87 E. 1 und BGE 105 V 248 E. 4; Urteile des BVGer C-1410/2013 vom 23. Februar 2015 E. 1.2.3, A-8603/2010 vom 23. August 2011 E. 3, A-438/2009 vom 8. März 2011 E. 9.1.2 und A-4580/2007 vom 17. Januar 2008 E. 3.2.

¹⁸ BVGer A-2588/2013 vom 4.2.2016, E. 2.6; B-6065/2013 vom 3.11.2015 E. 5.1.3.

¹⁹ BBI 2023 680

Rechtsnormen, nach den anerkannten Auslegungsmethoden auszulegen: Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck (sog. «Methodenpluralismus» gemäss Bundesgericht).²⁰ Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf das grammatikalische sowie das teleologische Element.

4.1 Wortlaut

Zahlreiche Bestimmungen des Bundesrechts verwenden Ausdrücke wie «schriftlich» oder «Schriftform». Aus grammatikalischer Sicht sind die folgenden Hinweise hilfreich:

a. Kein automatischer Schluss auf die «einfache Schriftlichkeit» des OR

Im Zivilrecht lässt sich von Ausdrücken wie «schriftlich» ziemlich zuverlässig auf die sog. «einfache Schriftlichkeit» nach dem Obligationenrecht (OR)²¹ schliessen. Daraus folgt, dass eine Handunterschrift oder eine qualifizierte elektronische Signatur mit qualifiziertem Zeitstempel nach dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES) erforderlich ist (Art. 13 und 14 Abs. 2^{bis} OR).

Einen solchen Automatismus gibt es mangels Legaldefinition des Begriffs der Schriftlichkeit im öffentlichen Recht des Bundes grundsätzlich nicht²²: Wenn etwa eine obligatorische Meldung «schriftlich» zu erstatten oder ein Gesuch «in Schriftform» einzureichen ist, sollte dies mit offenem Ergebnis ausgelegt werden.

Beispiel:

Artikel 13 Absatz 1 der Aussenlandeverordnung vom 14. Mai 2014²³ schreibt vor, dass Bewilligungen auf «schriftliches» Gesuch hin erteilt werden. Damit ist nicht automatisch erstellt, dass die Gesuche auch unterschrieben oder qualifiziert elektronisch signiert (s.o. Ziff. 3 zu Art. 6 Abs. 1 VeÜ-VwV) werden müssen.

Es gibt viele solche Vorschriften, die sich zwanglos in dem Sinn auslegen lassen, dass ein geschriebener Text erforderlich ist, nicht aber eine Handunterschrift oder eine bestimmte elektronische Signatur. «Schriftlich» bedeutet dann primär, dass die mündliche Form oder stillschweigende Erklärungen ausgeschlossen sind. Eine solche Auslegung ist günstig für die Gestaltung durchgehender elektronischer Abläufe.

Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, in dem die Unterschrift – sei es als Handunterschrift oder als elektronische Signatur – auslegungsgemäss vorgeschrieben ist (siehe hiernach).²⁴ Einen Vorbehalt machen Rechtsprechung und Lehre auch für den Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen.²⁵ Demnach ist hier das Schriftformerfordernis im Sinne von Artikel 13 OR zu beachten; Ausnahmen erfordern eine (ausdrückliche) Grundlage im jeweiligen Sacherlass.

²⁰ Vgl. statt vieler BGE 145 II 270 E. 4.1.

²¹ SR 220

²² Vgl. Bericht Formvorschriften (Fn. 1), Ziff. 1.2. Das Bundesgericht hat bereits in BGE 105 V 248 E. 4b festgehalten, dass eine analoge Anwendung der zivilrechtlichen Bestimmungen über die Schriftform im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren nicht zugänglich ist, da diese Bestimmungen von ganz anderen Voraussetzungen ausgehen (bestätigt in BGE 108 V 232 E. 2a).

²³ SR 748.132.3

²⁴ Vgl. etwa BGE 142 V 152 E. 2.4, wonach eine per E-Mail erhobene Einsprache gegen eine Verfügung des Unfallversicherers mangels der gemäss Art. 10 Abs. 4 erster Satz ATSV bei schriftlich erhobenen Einsprachen erforderlichen Unterschrift nicht zulässig ist.

²⁵ Vgl. Tschannen/Müller/Kern (Fn. 6), Rz. 997 mit Hinweis auf Urteil des BGer 1C_61/2010 vom 2.11.2010, E. 4.1.

b. Kein automatischer Schluss auf «Papierform»

Ausdrücke wie «schriftlich» lassen nicht automatisch darauf schliessen, dass Dokumente zwingend in Papierform vorliegen müssen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass als Schriftträger grundsätzlich auch elektronische Dokumente möglich sind. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die betreffende Formvorschrift im Sinn der einfachen Schriftlichkeit des OR zu interpretieren ist (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR). Elektronische Dokumente müssen dann eine qualifizierte elektronische Signatur mit qualifiziertem Zeitstempel tragen.

c. «Unterschrift» und «elektronische Signatur» sind auslegungsbedürftige Begriffe

Wo ein Erlass eine «Unterschrift» verlangt, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob einzig eine Handunterschrift zulässig ist, ob sie im Original auf Papier vorliegen muss oder ob auch elektronische Signaturen erfasst werden sollen. Ersteres setzt nach Auffassung des BJ eine ausdrückliche Vorgabe oder eine qualifizierte Begründung aufgrund anderer Auslegungselemente voraus.

Beispiel:

Für die Unterschrift für ein fakultatives Referendum ist die «eigenhändige» Unterschrift ausdrücklich vorgeschrieben (vgl. Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 [BPR]).²⁶ Raum für elektronische Signaturen besteht somit nicht.

Erfasst der Begriff «Unterschrift» gemäss Auslegung auch elektronische Signaturen oder verlangt ein Erlass bloss eine «elektronische Signatur», ohne spezifische Anforderungen an die Qualität der Signatur zu stellen, so stellt sich die Anschlussfrage, welche Anforderungen im Einzelnen zu erfüllen sind. Um eine *qualifizierte* elektronische Signatur gemäss ZertES (und allenfalls einen qualifizierten Zeitstempel) zu verlangen, bedarf es einer entsprechenden Begründung (insb. aufgrund des Wortlautes [z.B. Art. 18 Abs. 4 Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007²⁷] oder aufgrund einer teleologischen Auslegung). Naheliegend ist eine solche Auslegung dort, wo auf Papier eine Handunterschrift erforderlich ist, da diese beiden Elemente von Formvorschriften im Allgemeinen gleichgestellt werden (vgl. die plakative Regelung für das Privatrecht in Art. 14 Abs. 2^{bis} OR: «Der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist ...»).

4.2 Zwecke von Formvorschriften

Entscheidend für die Auslegung ist oft die Frage nach den Zwecken, die eine bestimmte Formvorschrift erfüllen soll. Viele Vorschriften stammen aus einer Zeit, in der die elektronische Kommunikation noch nicht verbreitet war. Entsprechend erwähnen ältere Materialien, Literatur und Rechtsprechung typischerweise nur das Anbringen von Handunterschriften. Daraus kann nicht unbesehen abgeleitet werden, dass nur diese Umsetzungsmöglichkeit besteht. Die neuen Technologien bergen teils vergleichbare, teils aber auch anders gelagerte Risiken. Formvorschriften sollten so ausgelegt werden, dass ihre Zwecke vor dem Hintergrund des aktuellen Standes der Technik verwirklicht werden. Verbreitet sind die folgenden Zwecke:

a. Fixierung der Information

Das Niederschreiben («Verschriftlichen», «Verurkunden») führt zu einer dauerhaften Fixierung der Information im Vergleich zur mündlichen (z.B. telefonischen) oder stillschweigenden Äusserung. Für die Informationsfixierung kommen verschiedene Technologien in Frage

²⁶ SR 161.1

²⁷ SR 221.411

(papierbasierte Dokumente oder elektronische Dokumente wie E-Mail, PDF, online-Formulare usw.). Je nachdem ist der Dauerhaftigkeit der Lesbarkeit besondere Aufmerksamkeit zu schenken, insbesondere durch die Wahl eines geeigneten Dateiformats (z.B. PDF, eventuell das auf langfristige Lesbarkeit und Täuschungssicherheit optimierte PDF/a) sowie Datenträgers. Anzumerken ist, dass die Fixierung von Informationen für sich genommen keine Handunterschrift bzw. elektronische Signatur erfordert.

b. Schutz der Integrität der Dokumente

Sowohl Handunterschriften als auch elektronische Signaturen können es erleichtern, festzustellen, ob Dokumente nachträglich verändert wurden, mit unterschiedlichem Aufwand und Verlässlichkeitsgrad. Je nach Anwendungsfall unterscheidet sich das erforderliche Schutzniveau für die Integrität und damit auch die konkreten Schutzvorkehrungen. Massgebend ist das Risiko, dass Dokumente gefälscht werden oder dass Fälschungen behauptet werden und die Echtheit von Dokumenten beweisbar sein muss.

c. Schutz der Authentizität der Dokumente

Die Handunterschrift wie auch elektronische Signaturen dienen typischerweise dazu, den Inhalt des Dokuments einer Autorin oder einem Autor zuzuschreiben und im Nachhinein (z.B. im Bestreitungsfall) eine möglichst verlässliche Überprüfung zu ermöglichen, ob die an der Oberfläche zum Ausdruck kommende Zuschreibung tatsächlich stimmt (Prüfung der Authentizität des Dokuments). Auch hier variieren der Aufwand für die Überprüfung und der Verlässlichkeitsgrad. Je nach Anwendungsfall unterscheidet sich das erforderliche Schutzniveau für die Authentizität und damit die konkreten Schutzvorkehrungen.

d. Übereilungsschutz

Formvorschriften dienen oft dazu, dass die Autorin oder der Autor des Dokuments sich durch eine Art Ritual der Bedeutung des Akts bewusst werden und sie damit vor unüberlegtem Handeln geschützt werden. Das spielt bei der Handunterschrift und der qualifizierten elektronischen Signatur eine Rolle, und umso mehr bei der aus dem Zivilrecht bekannten öffentlichen Beurkundung. Aber auch schon eine reine Verschriftlichung ohne Handunterschrift oder elektronische Signatur kann einen gewissen Effekt haben.

e. Zeitpunkt der Finalisierung

Ist eine elektronische Signatur mit einem qualifizierten Zeitstempel verbunden, so macht dieser den Zeitpunkt der Finalisierung des Dokuments zuverlässig beweisbar.²⁸ Auch die Angabe des Datums neben einer Handunterschrift kann in dieser Hinsicht einen gewissen Beweiswert haben. Dies kann in Bezug auf die rechtssichere Gestaltung von Verfahrensabläufen von Bedeutung sein.

Vom Zeitpunkt des Anbringens der Handunterschrift oder elektronischen Signatur zu unterscheiden ist der Moment, in dem das Dokument bei seinem Adressaten eingeht (z.B. die Beschwerdeschrift bei der Beschwerdeinstanz). Für die Fristwahrung gelten daher im VwVG spezifische Regeln, die nicht auf die Unterschrift oder Signatur abstellen (Art. 21 und 21a Abs. 3 VwVG sowie Art. 5a und 9 Abs. 1 und 2 Bst. b VeÜ-VwV).

²⁸ Das Anbringen der elektronischen Signatur alleine sagt nichts über den Zeitpunkt aus. Erst im Zusammenspiel mit einem Zeitstempeldienst ist das möglich. Das Betreiben eines eigenen Zeitstempeldienstes ist nicht schwierig, jedoch kann der Betreiber eines solchen Dienstes den Zeitpunkt beliebig festlegen. Um dem vorzubeugen, wird ein qualifizierter Zeitstempeldienst verlangt. Ein solcher wird regelmässig auditiert, um sicherzustellen, dass die Zeitangaben richtig sind.

f. Beweisfunktion?

Betrachtet man die obenstehenden Zwecke in dieser Detailschärfe, so ist in der oft genannten «Beweisfunktion» nichts Neues enthalten: Bewiesen werden können insbesondere der fixierte Inhalt, die Integrität, die Authentizität, die Einhaltung eines Rituals zwecks Übereilungsschutz und der Zeitpunkt der Finalisierung des Dokuments.

5 Gestaltung von Formvorschriften

Eine Rechtsänderung sollte nur in Betracht gezogen werden, wenn mittels Auslegung erstellt ist, dass eine bestehende Formvorschrift eine effiziente Geschäftsabwicklung verhindert, insbesondere indem sie durchgängig digitalen Prozessen entgegensteht. Bei der gezielten Gestaltung zu revidierender oder auch neuer Vorschriften sollen die Spielräume genutzt werden, die das öffentliche Recht bietet, um digitale Angebote zu ermöglichen.

Rechtsänderungen sind insbesondere nötig, wenn von allgemeinen Vorgaben wie etwa vom Schriftformerfordernis für erstinstanzliche Verfügungen (Art. 34 Abs. 1 VwVG) abgewichen werden soll. Spezialgesetzliche Formvorschriften können auch erforderlich sein, wenn keine allgemeinen Vorgaben anwendbar sind, wie dies im Fall von Parteieingaben (Art. 21 VwVG) der Fall ist (hiervor Ziff. 3). Zur Zulässigkeit der Rechtsetzung auf Verordnungsstufe siehe Kapitel 12 Gesetzgebungsleitfaden.²⁹

Bei der Gestaltung von Formvorschriften können folgende Überlegungen nützlich sein:

5.1 Schutzniveau bewusst festlegen

Das erforderliche Schutzniveau unterscheidet sich je nach Anwendungsfall. Wichtig ist, dass der Entscheid über die hiervon abzuleitende Formvorschrift im Rahmen einer Risiko-Nutzen-Abwägung erfolgt. Kriterien sind etwa die Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter, die Bedeutung eines Geschäfts (z.B. hohes Auftragsvolumen), die Gefahr von Beweisschwierigkeiten oder nachgelagerte Formvorschriften (etwa im Betreibungsverfahren, wo eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanererkennung nach Artikel 82 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)³⁰ die provisorische Rechtsöffnung ermöglicht und dem Gläubiger damit einen Vorteil im Verfahren vermittelt). Insbesondere ist nicht für jede Eingabe bzw. für jeden Geschäftsvorgang eine Handunterschrift bzw. eine qualifizierte elektronische Signatur notwendig.

Beispiele:

- Beim Umgang mit bestimmten Sonderabfällen müssen die Abgeberbetriebe, Transporteure und Entsorgungsunternehmen *Begleitscheine* ausfüllen, mitführen und aufbewahren, die neben genau vorgeschriebenen Inhalten auch die jeweilige Unterschrift aufweisen müssen³¹. Damit soll sichergestellt werden, dass die notwendigen Informationen über die gefährlichen Stoffe korrekt vom Abgeberbetrieb an den Transporteur und das Entsorgungsunternehmen weitergegeben werden. Nicht beantwortet ist damit die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen elektronische Begleitscheine zulässig sind; dieser Frage ist bei der Neugestaltung von Formvorschriften mit ähnlicher Motivation Aufmerksamkeit zu schenken.
- Artikel 6 VeÜ-VwV legt fest, dass für *elektronische Eingaben von Privaten in Verwaltungsverfahren* eine qualifizierte elektronische Signatur (Art. 21a Abs. 2 VwVG) nur

²⁹ Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, 4. Aufl. 2019, Rz. 721 ff.

³⁰ SR 281.1

³¹ Art. 6, 11, 13 und Anhang 1 der Verordnung über den Verkehr mit Abfällen (VeVA, SR 814.610)

erforderlich ist, wenn das anwendbare Bundesrecht die Unterzeichnung eines bestimmten Dokuments vorschreibt (vgl. schon unter Ziff. 3 das Beispiel der Beschwerdeschrift nach VwVG). In den übrigen Fällen kann auf eine qualifizierte elektronische Signatur verzichtet werden, wenn die Identifizierung der Absenderin oder des Absenders und die Integrität der Übermittlung in anderer geeigneter Weise sichergestellt sind.

- In *zollrechtlichen Verfahren*, bei denen nur ein geringes Risiko für fehlerhafte Warenanmeldungen besteht oder es um einen geringfügigen Abgabebetrag geht, soll zukünftig die Vollzugsbehörde festlegen können, dass auf die Authentifizierung der Partei ganz oder teilweise verzichtet werden kann.³² Im Vordergrund steht beispielsweise die E-Vignette für die Nationalstrassenabgabe, bei der die Sicherstellung der Identität im Zeitpunkt der Übermittlung der elektronischen Daten nicht erforderlich ist.
- Gesuche um *Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Öffentlichkeitsgesetz* können formlos gestellt werden.³³ Zulässig sind mündlich oder schriftlich eingereichte Gesuche, sei es auf Papier, per Telefon, per E-Mail oder Webformular, wobei keine Authentifizierung der gesuchstellenden Person erforderlich ist.

5.2 Digital unterstützte Abwicklung von Geschäftsabläufen ermöglichen

Die Behörden sollen, «wann immer möglich und soweit sinnvoll» die digital unterstützte Abwicklung von Geschäftsabläufen ermöglichen (Art. 3 Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben [EMBAG]³⁴).³⁵ Vorbehalten bleiben Fälle, in denen dies aus praktischen Gründen nicht möglich oder aus wichtigen Gründen nicht erwünscht ist.

Bei der Gestaltung von Formvorschriften müssen die Behörden einen rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Leistungen sicherstellen. Aktuell kann als Faustregel dienen, dass im Kontakt mit Unternehmen die Nutzung elektronischer Kanäle obligatorisch vorgesehen werden kann, nicht aber für Behördenkontakte der Bevölkerung im Allgemeinen.³⁶ Ob eine bestimmte Formvorschrift den Adressaten zugemutet werden kann, hängt freilich von der konkreten Ausgestaltung ab. So kann nicht jedes KMU unbesehen verpflichtet werden, zu übermittelnde Daten aufwändig mithilfe von Spezialsoftware zu strukturieren. Um den jeweiligen Gegebenheiten unterschiedlicher Adressaten Rechnung zu tragen, kann es sinnvoll sein, mehrere mögliche Kommunikationsformen mit unterschiedlichem Anforderungsprofil anzubieten (z.B. Übermittlung strukturierter Daten entweder über manuell auszufüllende Online-Formulare oder über Maschine-zu-Maschine-Schnittstellen).

Beispiele:

- Das Bundesgesetz vom 18. Juni 2021 über *elektronische Verfahren im Steuerbereich*³⁷ verpflichtet die Kantone, ein elektronisches Verfahren zu ermöglichen für die direkte

³² Vgl. Art. 75 Abs. 3 E-BAZG-Vollzugsaufgabengesetz sowie die zugehörige Botschaft (BBI 2022 2724, S. 118/436 ff.).

³³ Art. 10 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3) i.V.m. Art. 7 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Mai 2006 über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31).

³⁴ Referendumsvorlage: BBI 2023 787.

³⁵ Der Bundesrat stellt diesen Gedanken in der «Strategie Digitale Schweiz 2023» (BBI 2022 3154, Ziff. 2) unter den Titel «Digital first»; Art. 3 EMBAG bestätigt ihn sowie seine Relativierung angesichts der unterschiedlichen Möglichkeiten und Voraussetzungen der Menschen in unterschiedlichen Situationen.

³⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben, BBI 2022 804, S. 56.

³⁷ AS 2021 673, zum Inkrafttreten vgl. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85713.html>

Bundessteuer, die kantonalen direkten Steuern, die Verrechnungssteuer und die Wehrpflichtersatzabgabe.³⁸

- Der Entwurf zum Bundesgesetz über die *Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz* (E-BEKJ) beschränkt das Obligatorium auf berufsmässige Parteien und im Verwaltungsverfahren zudem auf das Beschwerdeverfahren.³⁹ Der allgemeinen Bevölkerung wird eine Verpflichtung zum elektronischen Austausch von Dokumenten hingegen nicht zugemutet. Jedoch können nicht berufsmässige Parteien freiwillig die elektronische Option nutzen. Ist das Angebot anwenderfreundlich und effizient, so kann sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Nutzungspflicht für die allgemeine Bevölkerung erübrigen, wenn nämlich die meisten Privatpersonen die gebotene Vereinfachung freiwillig nutzen.
- Bewährte und effiziente Lösungen aus der analogen Welt sollen weiterhin möglich sein. Beispielsweise soll zwar die *zollrechtliche Warenanmeldung* zukünftig grundsätzlich elektronisch vorgenommen werden.⁴⁰ Der Bundesrat kann jedoch andere Formen der Warenanmeldung beziehungsweise der Willensäusserung zulassen wie z.B. die mündliche Warenanmeldung oder die Anmeldung durch konkludentes Verhalten im Rahmen der an Flughäfen und Bahnhöfen üblichen «Rot-Grün-Systeme».⁴¹

5.3 Alternativen zu elektronischen Signaturen nach ZertES prüfen

Bisher galt die qualifizierte elektronische Signatur nach ZertES als der eigentliche «Goldstandard» für die sichere Authentifizierung im Rechtsverkehr zwischen Privaten und Behörden sowie für die Gewährleistung der Integrität des signierten Dokuments. Allerdings konnte sich diese Art der Signatur in der Praxis bisher kaum etablieren. In jüngerer Zeit haben sich daher neue Regelungsansätze ergeben:

Beispiele:

- Artikel 6 Absatz 1 erster Satz VeÜ-VwV verlangt den Schutz der Authentizität (Identifizierung der Absenderin oder des Absenders) und der Integrität (vgl. Ziff. 3 hiervor).
- Als Alternative zur elektronischen Signierung von Dokumenten bietet sich der Aufbau und Betrieb eines Informationssystems durch die zuständige Behörde an. An Stelle der Unterschrift bzw. der qualifizierten elektronischen Signatur tritt die *Authentifizierung gegenüber dem Informationssystem*, die den bestehenden Risiken von Fälschung bzw. Identitätsmissbrauch entspricht (z.B. mit einer 2-Faktor-Authentisierung wie eine Verifikation einer Mobiltelefonnummer durch einen per SMS verschickten Einmalcode; zukünftig mit einem elektronischen Identitätsnachweis gemäss dem Entwurf zu einem E-ID-Gesetz⁴²). Das Informationssystem versieht Eingaben des Benutzers mit einem elektronischen Siegel, welches die Integrität der Dokumente sowie den Zeitpunkt des

³⁸ Vgl. Art. 104a DBG, Art. 38b StHG, Art. 35a VStG und Art. 30a WPEG, jeweils in der Fassung gemäss Ziffer I des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2021 über elektronische Verfahren im Steuerbereich (vgl. Fn. 37).

³⁹ Vgl. Art. 38d E-BGG, Art. 128d E-ZPO, Art. 103d E-StPO und Art. 47a VwVG, jeweils in der Fassung des Anhangs zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ), BBl 2023 680.

⁴⁰ Vgl. Art. 75 Abs. 1 des Entwurfs des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil der Abgabenerhebung und die Kontrolle des grenzüberschreitenden Waren- und Personenverkehrs durch das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit (BAZG-Vollzugsaufgabengesetz, BAZG-VG), BBl 2022 2725.

⁴¹ Botschaft E-BAZG-Vollzugsaufgabengesetz (BBl 2022 2724, S. 64/436).

⁴² Vernehmlassungsvorlage 2022/19 (https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/19/cons_1)

Hochladens belegbar machen. Auf diesem Weg soll zukünftig die elektronische Kommunikation mit Gerichten und Behörden⁴³ oder auch die elektronischen Eingaben von Privaten in zollrechtlichen Verfahren⁴⁴ abgewickelt werden.

- Die Eröffnung eines *elektronischen Patientendossiers* soll neu auch möglich sein, ohne dass die Einwilligungserklärung eigenhändig unterzeichnet bzw. mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird. Vorgesehen ist, dass der Bundesrat ein alternatives Verfahren ermöglichen kann.⁴⁵ Die Einwilligung muss auf einem Verfahren beruhen, welches eine ausdrückliche Willensbekundung zur Eröffnung erfordert und die jederzeitige Nachweisbarkeit der erfolgten Einwilligung ermöglicht.
- Artikel 16 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, HFG)⁴⁶ schreibt vor, dass die Einwilligung zur Teilnahme an einem Forschungsprojekt «schriftlich zu erteilen ist». Die elektronische Form ist nicht ausdrücklich geregelt. Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses liegt primär in der Fixierung von Informationen im Sinne einer Beweissicherung (Sicherheit des Rechtsverkehrs) sowie im Übereilungsschutz. Die Einwilligung in elektronischer Form ist nicht ausgeschlossen, müsste aber dieselben Zwecke in vergleichbarer Weise erreichen, um als Modalität der Schriftform rechtsgültig vorgesehen werden zu können. Das Ausführungsrecht zum Humanforschungsgesetz soll gemäss einer Vernehmlassungsvorlage die Schutzvorgaben für die Einwilligung in elektronischer Form konkretisieren (vgl. Art. 7b VE KlinV⁴⁷). Vorgesehen ist unter anderem, dass die Einwilligung in elektronischer Form nicht zwingend eine qualifizierte elektronische Signatur nach ZertES voraussetzt. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs im Bereich Humanforschung lässt sich gewährleisten, wenn die Einwilligung in einem Verfahren erteilt wurde, das die betroffene Person eindeutig identifiziert. Zudem muss sichergestellt sein, dass die Einwilligung erst abgegeben werden kann, wenn die betroffene Person bestätigt hat, sich der Tragweite ihrer Entscheidung bewusst zu sein (Übereilungsschutz). Die Bewilligungsbehörde überprüft, ob das für ein konkretes Forschungsprojekt vorgesehene System diesen und weiteren Vorgaben genügt (Art. 25 Bst. d Ziff. 6 VE KlinV).

5.4 Begriff «Nachweis durch Text» vermeiden

Es kann vorkommen, dass das blossе Wort «schriftlich», nach den anerkannten Regeln ausgelegt (siehe dazu Ziff. 4), als einfache Schriftlichkeit im Sinn des Zivilrechts zu interpretieren ist, während eigentlich eine liberalere Schriftlichkeit erwünscht wäre. Dies kann insbesondere bei Bestimmungen der Fall sein, die eine besondere Nähe zum Zivilrecht aufweisen, v.a. bei sogenannten Doppelnormen, die sowohl verwaltungsrechtlich relevant sind als auch Zivilrechtsverhältnisse gestalten. Nicht verwendet werden sollte die bisher vereinzelt anzutreffende Formulierung «Form, die den Nachweis der Vereinbarung / des ... durch Text ermöglicht»⁴⁸. Sie würde ein falsches Signal senden, wonach «schriftlich» auch im öffentlichen Recht mehr oder weniger schematisch im Sinn des Zivilrechts zu interpretieren sei und die «Textform» konsequent mit der genannten Formulierung vorgesehen werden müsse. Daher sind andere Lösungen zu suchen, um die relevanten Schutzzwecke zu erreichen (s.o. Ziff. 5.3).

⁴³ Vgl. Art. 20 Abs. 1 sowie Art. 22 Abs. 2 des Entwurfs des Bundesgesetzes über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ), BBI 2023 680.

⁴⁴ Vgl. Art. 75 Abs. 4 E-BAZG-Vollzugsaufgabengesetz (vgl. Fn. 40).

⁴⁵ Art. 3 Abs. 1^{bis} des Vorentwurfs für die Revision des Bundesgesetzes über das elektronische Patientendossier (Vernehmlassungsvorlage 2022/63, https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/63/cons_1).

⁴⁶ SR 810.30

⁴⁷ Vernehmlassung 2023/5 (https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2023/5/cons_1).

⁴⁸ Insb. bei Schieds- und Gerichtsstandsklauseln im Zivilrecht: Art. 5 Abs. 1, Art. 149b Abs. 1 und Art. 178 Abs. 1 IPRG, Art. 17 Abs. 2 und Art. 358 Abs. 1 ZPO.

5.5 Rechtsfolge der Nichteinhaltung der Formvorschrift bedenken

Je nachdem können Formvorschriften im Sinn einer blossen Ordnungsvorschrift oder aber als Gültigkeitserfordernis ausgestaltet sein. Im ersten Fall handelt es sich um eine Anweisung, im Dienst der Ordnung und Klarheit eine bestimmte Form zu benutzen (insb. zwecks Nachvollziehbarkeit der Verwaltungstätigkeit; vgl. Art. 22 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung [RVOV]⁴⁹). Im zweiten Fall hat die Nichteinhaltung der Form die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Zur Vermeidung von überspitzten Anforderungen an die Form sind in diesem Fall verfahrensrechtliche Absicherungen in Erwägung zu ziehen.

Beispiele:

- Fehlt eine vorgeschriebene elektronische Signatur, so kann die Behörde der Partei gemäss Artikel 6 Absatz 2 VeÜ-VwVG eine Frist zur Korrektur einräumen. Die Partei kann die Eingabe zusammen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur wiederholen oder nach den Regeln von Artikel 21 VwVG mit handschriftlicher Unterschrift einreichen.
- Eine Plattform für die elektronische Kommunikation kann Eingaben auf bestimmte Formfehler automatisiert prüfen (z.B. Vorhandensein der elektronischen Signatur auf hochgeladenen Dokumenten), allfällige Mängel zurückmelden und die Quittierung verhindern.
- Für den Fall, dass die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz am Tag des Fristablaufs nicht erreichbar ist, sollen laufende Fristen verlängert werden, und zwar bis zu dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Plattform wieder erreichbar ist.⁵⁰ Zudem ist vorgesehen, dass der Benutzer keinen vollen Beweis für die Nichterreichbarkeit der Plattform führen muss, sondern dies lediglich glaubhaft machen muss.

6 Hinweise zu Formularpflichten (Exkurs)

Ein Formular ist ein amtlicher Vordruck («Maske») zur Beantwortung bestimmter Fragen oder für bestimmte Angaben.⁵¹ Es ist Inbegriff des bürokratisierten Verwaltungsbetriebs, das regelmässig am Anfang von Massenverfahren steht (z.B. ein Gesuchsformular), und einen standardisierten schriftlichen Dialog zwischen den Rechtsadressaten und der Behörde ermöglicht.⁵² Formulare erscheinen in unterschiedlichen Formen, insbesondere als Papierformulare, als elektronische Formulare in Dateien (etwa im PDF-Format) oder als Online-Eingabemasken. Ihre Zwecke sind teils ähnlich gelagert wie oben beschrieben (Ziff. 4.2). Hinzu kommen typischerweise auch die Strukturierung und Selektierung von Informationen durch die Benutzer (statt durch die Behörde selber), was letztlich der Vereinheitlichung der Rechtsanwendung dient.⁵³

Die Pflicht, ein Formular zu benutzen, kann als besondere Formvorschrift betrachtet werden.⁵⁴ Ob eine solche Formularpflicht einer spezifischen gesetzlichen Grundlage bedarf, ist nicht restlos geklärt. Es gibt gewisse Anzeichen, dass die Gerichte je nach Konstellation Anforderungen der Behörden stützen, im Rahmen der Mitwirkungspflicht der Partei (Art. 13 VwVG) ein Formular ausgefüllt einzureichen, auch wenn das sektorielle Gesetzes- und

⁴⁹ SR 172.010.1

⁵⁰ Vgl. Art. 26 des Entwurfs des Bundesgesetzes über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ), BBl 2023 680.

⁵¹ Christian Meyer, Das Formular im Verwaltungsverfahren – Elemente einer Dogmatik, ZBl 123/2022 S. 231, 233.

⁵² In umgekehrter Richtung können Behörden sog. «Formularschreiben» verwenden, um ein Verfahren standardisiert abzuschliessen; diese Ausprägung bleibt im Folgenden ausgeklammert.

⁵³ Meyer (Fn. 51), S. 237-239.

⁵⁴ Meyer (Fn. 51), S. 23; Kiener/Rütsche/Kuhn (Fn. 14), Rz. 890.

Verordnungsrecht keine Formularpflicht vorsieht. In diesem Fall wäre in letzter Konsequenz ein Nichteintretensentscheid bei fehlendem Formular zulässig, wenn dieses in den Bereich der notwendigen und zumutbaren Mitwirkung fällt (Art. 13 Abs. 2 VwVG).⁵⁵ Um unnötige Zweifel in der Rechtsanwendung zu vermeiden, ist es daher anzuraten, eine Formularpflicht im sektoriellen Recht zu verankern. Die Rechtsfolge im Säumnisfall sollte ebenfalls verankert werden, sofern die Grundregel von Artikel 13 Absatz 2 VwVG nicht anwendbar ist oder sich aus rechtspolitischen Erwägungen Abweichungen hiervon aufdrängen (für ein Beispiel siehe etwa Art. 29 und Art. 43 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]⁵⁶).

In jedem Fall muss sich ein Formular, das von der Verwaltung herausgegeben wird und von den Parteien auszufüllen ist, auf diejenigen Inhalte beschränken, die nach dem anwendbaren Recht erforderlich sind. Besondere Aufmerksamkeit ist nötig bei obligatorischen Formularfeldern, die, wenn nicht ausgefüllt, das Absenden verhindern. Auch in Fällen, wo das anwendbare Gesetzes- oder Verordnungsrecht die Verwendung eines Formulars für obligatorisch erklärt, kann z.B. die Festlegung von Bewilligungsvoraussetzungen nicht der Verwaltungsbehörde überlassen werden, die das Formular herausgibt. Anders sieht das aus, wo ein Formular Teil des anwendbaren (Verordnungs-) Rechts ist⁵⁷; auch dort ist aber auf die Wahl der richtigen Normstufe zu achten (zur Zulässigkeit der Rechtsetzung auf Verordnungsstufe siehe Kapitel 12 Gesetzgebungsleitfaden⁵⁸).

7 Fazit

Bei der Auslegung und Gestaltung von Formvorschriften im öffentlichen Recht sollen unnötige bürokratische Barrieren abgebaut und gleichzeitig die jeweiligen Schutzzwecke erfüllt werden. Formvorschriften wie die Schriftlichkeit oder die Unterschrift sind im allgemeinen Sprachgebrauch eingängige Begriffe. Aus einer rechtlichen Perspektive sind jedoch verschiedene Bedeutungen möglich.

Im öffentlichen Recht des Bundes fehlt eine Legaldefinition der Schriftlichkeit, woraus sich einige Flexibilität ergibt. Die Spielräume sind mittels *Auslegung* zu identifizieren. Ausgangspunkt bildet die Frage, nach welcher Grundordnung sich ein bestimmter Geschäftsablauf richtet. Für Verwaltungsverfahren sind dabei die Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes sowie dessen Ausführungsrecht zu berücksichtigen. Diese Vorgaben werden in den Sacherlassen auf mannigfache Weise konkretisiert sowie derogiert.

Auf *begrifflicher Ebene* lässt sich generell sagen, dass Ausdrücke wie «schriftlich» nicht automatisch auf die «einfache Schriftlichkeit» des OR schliessen lassen. Oftmals bedeutet dies nur, dass die mündliche Form oder stillschweigende Erklärungen ausgeschlossen sind. Ob eine eigenhändige Unterschrift oder eine elektronische Signatur erforderlich sind, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist oft die Frage nach dem *Normzweck* entscheidend. Formvorschriften bezwecken namentlich die Fixierung von Informationen, den Schutz der Integrität und Authentizität von Dokumenten und den Übereilungsschutz. Die konkreten Anforderungen und Schutzvorkehrungen variieren je nach Anwendungsfall.

Eine *Rechtsänderung* sollte nur in Betracht gezogen werden, wenn mittels Auslegung erstellt ist, dass eine bestehende Formvorschrift eine effiziente Geschäftsabwicklung verhindert, insbesondere indem sie durchgängig digitalen Prozessen entgegensteht. Bei der Gestaltung

⁵⁵ Zuversichtlich in diesem Sinn Meyer a.a.O. S. 243-244 und 252, mit Hinweisen.

⁵⁶ SR 830.1

⁵⁷ Beispiele: Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 (VZV; SR 741.51), Anhänge 2a ff.; Verordnung über die Ursprungsregeln für Zollpräferenzen zugunsten der Entwicklungsländer vom 30. März 2011 (VUZPE; SR 946.39), Anhang 2.

⁵⁸ Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, 4. Aufl. 2019, Rz. 721 ff.

zu revidierender oder auch neuer Vorschriften sollen die Spielräume genutzt werden, die das übergeordnete Recht bietet. Dabei soll das Schutzniveau bewusst festgelegt werden. Insbesondere ist nicht für jeden Geschäftsvorgang eine Unterschrift zwingend nötig. Ausdrücke wie «schriftlich» können und sollen weiterhin verwendet werden. Wichtig ist dabei, dass die mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke in den Materialien beschrieben werden. Nicht verwendet werden sollte demgegenüber die bisher vereinzelt anzutreffende Formulierung «Form, die den Nachweis der Vereinbarung / des ... durch Text ermöglicht».

Bei der Gestaltung von Formvorschriften ist im Weiteren darauf zu achten, dass die Behörden einen rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Leistungen sicherstellen. Jedenfalls im Kontakt mit der Bevölkerung im Allgemeinen sollte die Nutzung elektronischer Kanäle nicht alternativlos sein. In jüngerer Zeit haben sich verschiedene Regelungsansätze bzw. neue technische Lösungsansätze ergeben, welche an Stelle der elektronischen Signaturen nach ZertES treten können. Dabei bieten Technologien wie Behördenplattformen unter Umständen die Möglichkeit, die Einhaltung von Formvorschriften bereits zum Übermittlungszeitpunkt automatisiert zu prüfen. Zur Vermeidung von überspitzten Anforderungen an die Form sind freilich verfahrensrechtliche Absicherungen in Erwägung zu ziehen. Den Adressaten sind wenn nötig mehrere mögliche Kommunikationsformen mit unterschiedlichem Anforderungsprofil anzubieten (z.B. Übermittlung strukturierter Daten entweder über manuell auszufüllende Online-Formulare oder über Maschine-zu-Maschine-Schnittstellen).

Anregungen für die Weiterentwicklung des vorliegenden Leitfadens sind willkommen. Bitte melden Sie sich bei rs-sekretariat@bj.admin.ch

Version 1 / JEC / CHB