

Stellungnahme

Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBaG)

Plenarversammlung vom 26. März 2021

1. Grundsätzliche Bemerkungen

1 Mit dem Vorentwurf zum "Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBaG)" sollen die Rechtsgrundlagen für einen wirkungsvollen Einsatz elektronischer Mittel im Zusammenhang mit dem Angebot elektronischer Behördendienstleistungen geschaffen werden. Die Kantonsregierungen begrüßen die grundsätzliche Stossrichtung des Gesetzesentwurfs. Sie erachten es als sinnvoll, die aktuell offenen Fragen in diesem Bereich in einem entsprechenden Gesetz zusammenzuziehen und nicht punktuell in einzelnen Fachgesetzen zu regeln. Der gewählte Ansatz erhöht die Kohärenz und erleichtert bei Bedarf eine konsistente Weiterentwicklung der entsprechenden Gesetzgebung.

2 Gestützt auf einen Auftrag des Bundesrates und der Kantonsregierungen vom Frühjahr 2020 wurden im Rahmen eines gemeinsamen Projekts von Bund und Kantonen Grundlagen für die Schaffung der neuen Organisation "Digitale Verwaltung Schweiz" (DVS) erarbeitet. Der Bundesrat und die KdK haben bereits einen Beauftragten von Bund und Kantonen für die DVS gewählt. Weiter befindet sich namentlich der Entwurf für eine neue öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundesrat und den Kantonsregierungen als rechtliche Grundlage für die DVS in Konsultation. Aus Sicht der Kantonsregierungen ist zwingend, dass Klarheit geschaffen wird zum Verhältnis des hier vorliegenden Gesetzesentwurfs zum Projekt DVS. Letzterem muss aus der Perspektive des Bundesstaates die oberste Priorität zukommen. Das Gesetz ist so zu konzipieren, dass es das Projekt DVS unterstützt und nicht konkurrenziert. Um eine effiziente und konstruktive Zusammenarbeit sicherzustellen, laden die Kantonsregierungen den Bund ein, in Zusammenarbeit mit den Kantonen einen globalen und kohärenten Ansatz für die Entwicklung der digitalen Verwaltung in der Schweiz aufzuzeigen.

3 Die Kantonsregierungen können den Gesetzesentwurf in weiten Teilen unterstützen. Sie begrüßen insbesondere, dass mit Art. 6 eine gesetzliche Grundlage für die Beteiligung des Bundes an der eOperations Schweiz AG geschaffen werden soll. Der Bund konnte sich bisher mangels gesetzlicher Grundlage nicht an

dieser Organisation beteiligen. Eine möglichst rasche formelle Beteiligung des Bundes ist erwünscht, gerade auch aus der Perspektive des Projekts DVS. Im Falle von Verzögerungen dieser Bundesbeteiligung könnten weiterhin Risiken von juristischen Hindernissen für die Zusammenarbeit von Kantonen und Gemeinden mit dem Bund bestehen bleiben. Im Sinne der Grundsätze in Art. 4 ist darauf zu achten, dass keines der beteiligten Gemeinwesen eine Mehrheitsbeteiligung an der eOperations Schweiz AG hält. Darüber hinaus laden die Kantonsregierungen den Bund ein, gemeinsam mit den Kantonen zu prüfen, ob der laufende Gesetzgebungsprozess zur Schaffung einer Rechtsgrundlage für eine zweckmässige Finanzierung der im Rahmen des Projekts DVS vorgesehenen Agenda "Nationale Infrastruktur und Basisdienste für die Digitale Verwaltung" genutzt werden kann.

4 Aus den nachfolgend dargelegten Gründen weisen die Kantonsregierungen den Gesetzesentwurf in seiner jetzigen Form zurück. Dieser ist im Sinne der Stellungnahme in Zusammenarbeit mit den Kantonen grundlegend zu überarbeiten.

Ungenügende Abstimmung mit dem Projekt DVS

5 Die Kantonsregierungen unterstreichen, dass die digitale Transformation beim Handeln der Verwaltungen über alle drei Staatsebenen hinweg zu fördern ist. Im Zuge des digitalen Wandels sind neue institutionelle Ansätze nötig, die eine intensivere Zusammenarbeit der drei Staatsebenen erforderlich machen. Im Rahmen des Projekts DVS wurden wichtige Vorarbeiten geleistet. Per 1. Januar 2022 soll im Rahmen des Projekts DVS eine politische Plattform mit Standardentwicklung geschaffen werden. Diese soll die Kooperation zwischen den drei Staatsebenen im Bereich der digitalen Verwaltung stärken und entsprechende Empfehlungen an Bund, Kantone und Gemeinden richten, jedoch keine für diese verbindlichen Beschlüsse fassen können. Die bisherigen Rechtsgrundlagen genügen für die DVS als politische Plattform mit Standardentwicklung. Dafür ist Art. 5 des Gesetzesentwurfs nicht erforderlich, dies ist klar festzuhalten.

6 Die Aussage im erläuternden Bericht (S. 10), die geltende Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz sei als "rechtlich nicht genügend" einzustufen, stellt das bisherige Handeln des Bundesrates in Frage. Die erste Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit trat 2008 in Kraft. Sie wurde 2012 und 2016 in leicht veränderter Form weitergeführt. Der Bundesrat stimmte der geltenden Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz am 20. November 2019 zu. Somit besteht in diesem Bereich eine langjährige und unbestrittene staatsrechtliche Praxis. Der Bundesrat durfte sich aus guten Gründen darauf verlassen, dass er sich mit der Zustimmung zu diesen Vereinbarungen auf rechtlich gesichertem Boden bewegt. Auch die Kantonsregierungen, handelnd durch die Konferenz der Kantonsregierungen, durften sich ebenfalls darauf verlassen, dass die im Bereich E-Government durch die Exekutiven geprägte Koordination des Handelns über die drei Staatsebenen hinweg rechtlich zulässig ist. Die erwähnte Aussage im erläuternden Bericht delegitimiert die langjährige Praxis des Bundesrates und der Kantonsregierungen. Dies ist auch deshalb problematisch, weil die Aussage, es fehle eine genügende Rechtsgrundlage im Bundesrecht, nicht weiter begründet wird.

7 Nicht für jedes staatliche Handeln ist eine formelle gesetzliche Grundlage notwendig. Erforderlich ist nur eine ausreichende rechtssatzmässige Grundlage. Das Bundesgericht legte fest, dass im Bereich der staatlichen Organisation eine gesetzliche Grundlage für jedes Verfahren erforderlich ist, "in welchem bindende Entscheide zustande kommen, sei es auf dem Gebiet der Gesetzgebung, der Rechtsprechung oder der Verwaltung" (BGE 104 Ia 226, 232f.). Das bedeutet für den hier zu beurteilenden Fall, dass für eine Vereinbarung zwischen dem Bundesrat und den Kantonsregierungen im Bereich der digitalen Verwaltung keine formelle gesetzliche Grundlage erforderlich ist, solange die mit dem Vollzug beauftragte Organisation keine Beschlüsse fällt, die für die beteiligten Gemeinwesen verbindlich sind. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass Art. 8 Abs. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes des Bundes (SR 172.010) einen allgemein formulierten Auftrag an den Bundesrat enthält, die Leistungs- und Innovationsfähigkeit der Bundesverwaltung zu fördern. Dazu gehört auch digitale Transformation, die im föderalistischen Kontext in Zusammenarbeit mit den Kantonen anzugehen ist. Zudem koordiniert der Bundesrat die staatlichen Tätigkeiten auch mit den Kantonen (Art. 180 Abs. 1 BV). Weiter bestätigt Art. 52 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (SR 172.010), dass der Bundesrat die ihm durch Verfassung und Gesetz übertragenen Koordinationsaufgaben wahrzunehmen hat. Es geht dabei im Kern um eine Vollzugsaufgabe im digitalen Bereich, welche dem exekutiven Handeln zuzurechnen ist. Grundlage für die bisherigen und die neue geplante öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung bildet Art. 48 BV. Nach dieser Verfassungsbestimmung können die Kantone Verträge abschliessen, an denen sich der Bund im Rahmen seiner Kompetenzen beteiligen kann (Art. 48 Abs. 2 BV). Es handelt sich um ein Instrument des kooperativen Föderalismus. In der Lehre wird die öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government Zusammenarbeit in der Schweiz als Anwendungsfall für diese Verfassungsbestimmung genannt (Biaggini, Komm. BV, 2. A. 2017, Art. 48, N. 9).

Verpflichtende Vorgaben des Bundes an die Kantone

8 Der Gesetzesentwurf nennt im Ingress Art. 173 Abs. 2 Bundesverfassung (BV, SR 101) als Verfassungsgrundlage. Interessanterweise wird diese Bestimmung in Ziff. 5.1 des erläuternden Berichts aber nicht genannt. Dort ist nur von der Kompetenz des Bundes zum Abschluss von Vereinbarungen im E-Government-Bereich die Rede. Als Verfassungsgrundlage wird zudem Art. 178 Abs. 1 BV erwähnt. Dort steht, dass der Bundesrat die Bundesverwaltung leitet und für ihre zweckmässige Organisation und eine zielgerichtete Erfüllung der Aufgaben sorgt. Aus dieser Organisationsbestimmung kann aber keine Kompetenz des Bundes abgeleitet werden, Bestimmungen zu erlassen, die für die Kantone verbindlich sind, wie dies in Art. 12 und 13 EM-BaG vorgesehen ist. Die Kantonsregierungen kommen daher zum Schluss, dass der Bund über keine Verfassungsgrundlage verfügt, um derart weit in die Autonomie der Kantone einzugreifen.

9 Im Bereich E-Government braucht es eine enge Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen. Die Herausforderungen der digitalen Transformation können nur erfolgreich bewältigt werden, wenn ein kooperativer Ansatz gewählt wird, der den Rahmenbedingungen des Föderalismus in der Schweiz Rechnung trägt. Dazu bietet das Projekt DVS die optimalen Bedingungen. Nach Realisierung der politischen Plattform mit Standardentwicklung ab dem 1. Januar 2022 können die politischen und rechtlichen Vorarbeiten für weitere

Entwicklungsschritte an die Hand genommen werden. Das ist der erfolgversprechende Weg für mehr Verbindlichkeit bei E-Government im föderalistischen Kontext. Vor diesem Hintergrund lehnen die Kantonsregierungen die verpflichtenden Vorgaben, die den Kantonen in den Artikeln 12 (Nutzung elektronischer Behördendienste) und 13 (Standards) des Gesetzesentwurfs gemacht werden sollen, klar ab. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Kantone bei der Umsetzung des Bundesrechts über einen möglichst grossen Spielraum verfügen sollen.

10 In den Erläuterungen zu Art. 4 Abs. 2 des Gesetzesentwurfs (S. 28) wird festgehalten, dass gerade in Bereichen, in denen die Kantone Bundesrecht umsetzen und dabei elektronische Mittel einsetzen, der Bund den kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen und den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen hat (Art. 46 Abs. 3 BV). Die Kantonsregierungen können diese Feststellung vollumfänglich unterstützen. Sie bildet die Basis für das Projekt DVS und ist auch in der Ausgestaltung des Gesetzesentwurfs zu berücksichtigen. Dieser Standpunkt wird auch durch die Lehre und die Rechtsprechung zu Art. 46 Abs. 3 BV gestützt: Die Kantone sollen nicht nur in ihren angestammten Tätigkeitsbereichen, sondern auch bei der Umsetzung des Bundesrechts über "möglichst viel Spielraum" verfügen (Giovanni Biaggini, Kommentar BV, 2. A. 2017, Art. 46, N. 11). Das gebietet auch der Respekt vor der Organisationsautonomie der Kantone (Art. 47 Abs. 2 BV; BGE 128 I 254, 265 E. 3.8.2). Man kann darin auch einen Aspekt des bundesstaatlichen Subsidiaritätsprinzips erblicken (Art. 5a BV; BGE 128 II 56, 64f. E. 6 a.).

2. Bemerkungen zu einzelnen Artikeln

Artikel 2: Geltungsbereich

11 Die Kantonsregierungen sind bereit, im Hinblick auf die heutigen und künftigen Herausforderungen in der Entwicklung der digitalen Verwaltung und der Nutzung von elektronischen Behördendiensten und Services eng mit dem Bund zusammenzuarbeiten. Zu diesem Zweck wurde das Projekt DVS initiiert. Dieses soll zügig vorangetrieben werden. Für die Kantonsregierungen ist nur schwer verständlich, dass der Bund in dieser Phase des kooperativen Aufbruchs den Vorschlag für einseitige, hoheitliche Anordnungen zu Lasten der Kantone macht. Die Kantonsregierungen stimmen Art. 2 Abs. 2 nur dann zu, wenn die bisherigen bzw. neuen Zusammenarbeitsformen in der Gesetzesvorlage wirksam berücksichtigt und durch die Artikel 12 und 13 nicht übersteuert werden. Zudem wird die Abgrenzung zwischen dem EMBaG und dem Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ), das sich bis Ende Februar 2021 in der Vernehmlassung befand, in den Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 3 des EMBaG nur in Bezug auf die Bundesbehörden vorgenommen. Es können sich aber auch Fragestellungen in Bezug auf die kantonalen und kommunalen Behörden ergeben, die Verwaltungsrechtspflegeverfahren im Vorfeld von gerichtlichen Verfahren durchführen. Für sie wird das BEKJ in einem zweiten Schritt voraussichtlich ebenfalls zum Tragen kommen. Damit

kann eine Konkurrenz zu Art. 2 Abs. 2 EMBaG entstehen, der auch für die kantonale und kommunale Verwaltungstätigkeit gilt (auch in der Rechtspflege). Hier ist eine klare Abgrenzung zwischen den beiden Gesetzen vorzunehmen.

Artikel 3: Begriffe

12 Die Definition von elektronischen Behördendiensten unter lit. b geht aus Sicht der Kantonsregierungen zu weit. Damit ist praktisch alles, was heute in der Verwaltung geschieht, ein solches Mittel, z.B. auch ein internes Kommunikationssystem oder eine Geschäftskontrolle. Gemeint sind gemäss den Erläuterungen aber nur Basisdienste und E-Services. Der Begriff ist in diesem Sinne enger zu definieren.

Artikel 4: Grundsätze

13 Die Kantonsregierungen begrüssen den Grundsatz in Art. 4 Abs. 2, wonach die Tätigkeiten mit den Kantonen abgestimmt werden und deren Autonomie gewahrt wird, ausdrücklich. Die verpflichtenden Vorgaben, die den Kantonen in den Art. 12 und 13 des Gesetzesentwurfs gemacht werden, stehen jedoch im Widerspruch zu diesem Grundsatz.

14 Gemäss Art. 4 Abs. 3 sind die Risiken für die Sicherheit und Verfügbarkeit von Daten und Diensten zu beachten. Dadurch sind vordergründig die Grundsätze der Informationssicherheit angesprochen. Aus Sicht der Kantonsregierungen sollte der Absatz zudem eine explizite Aufforderung zur Berücksichtigung der Risiken für den Schutz von Personendaten enthalten: "Sie achten darauf, dass ihre Leistungen der gesamten Bevölkerung zugänglich sind und berücksichtigen die Risiken insbesondere für den Datenschutz, für die Sicherheit und Verfügbarkeit von Daten und Diensten."

15 Die Kantonsregierungen schlagen vor, Art. 4 um das Prinzip der Nachhaltigkeit zu ergänzen, damit dieses Prinzip bei der Entwicklung von Leistungen und Standards bzw. beim Abschluss von Vereinbarungen oder bei der Delegation von Aufgaben systematisch berücksichtigt wird. Zukünftige Entwicklungen im Geltungsbereich des EMBaG können nicht ohne Berücksichtigung der durch die Agenda 2030 aufgeworfenen Fragen erfolgen. Die Verwaltungen der Gemeinwesen haben diesbezüglich eine Vorbildfunktion.

Artikel 5: Abschluss von Vereinbarungen

16 Die datenschutzrechtlichen Regelungen in Abs. 6 sind aus Sicht der Kantonsregierungen zu vage formuliert. Insbesondere da nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch Personendaten betroffen sind, ist im Gesetz und in der Botschaft zu klären, in welchem Verhältnis das EMBaG und die Datenschutzgesetze von Bund und Kantonen zueinanderstehen.

Artikel 8: Finanzhilfen

17 Der Bund kann Finanzhilfen leisten, soweit dies für den einheitlichen und korrekten Vollzug von Bundesrecht erforderlich ist. Bezüglich Basisdiensten dürften der strikte Nachweis der effektiven Erforderlichkeit für den Vollzug regelmässig schwierig sein. Für die Finanzhilfen sollte daher eine offenere Formulierung von Abs. 1 gewählt werden: "[...] soweit dies für den einheitlichen und korrekten dem Vollzug von Bundesrecht erforderlich ist dient."

Artikel 9: Übertragung von Aufgaben

18 Die Übertragung von konkreten Aufgaben der administrativen Hilfstätigkeit im Bereich des E-Government auf Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, kann mittels Verordnung oder Vereinbarung erfolgen. Dabei ist es gemäss erläuterndem Bericht (S. 32) selbstverständlich, dass die für die Übertragung nötigen Rechtsakte die in der Bundesverfassung verankerten Kompetenzen von Bund und Kantonen nicht untergraben dürfen. Bei beiden Instrumenten gehen die Kantonsregierungen ausserdem davon aus, dass die Kantone, sofern sie von der Aufgabenübertragung betroffen sind, in angemessener Form einbezogen oder zumindest angehört werden. In diesem Zusammenhang ist auch zu klären, ob und inwieweit dieser Artikel dazu geeignet wäre, ein Anknüpfungspunkt an das Projekt DVS in seiner langfristigen Perspektive z.B. in Bezug auf Standards und Basisdienste herzustellen. Zudem ist Abs. 1 lit. a wie folgt zu ergänzen "[...] namentlich das anwendbare Beschaffungs- und Datenschutzrecht."

Artikel 10: Open Source Software (OSS)

19 Aus Sicht der Kantonsregierungen ist hier zu klären, inwieweit die Kantone Open Source Software des Bundes nutzen bzw. ausschreibungsfrei beschaffen könnten. Zudem ist zu prüfen, ob entsprechende Bedingungen nicht auch für Software gelten sollen, welche durch den Bund als CSS (Closed Source Software) entwickelt wurden. Es kann sich dabei um eine Individualentwicklung handeln, deren Rechte dem Bund gehören oder um Software eines Dritten, bei welcher Nutzungsrechte durch den Bund weitergegeben werden dürfen. Die Weitergabe der Software (beispielsweise an Kantone) erfolgt wie bei OSS lizenzgebührenfrei. Der entgeltliche Vertrieb von Software ist ja bereits in den Artikeln 41 f. Finanzhaushaltsgesetz (FHG) geregelt. In Abweichung zu OSS entfällt der Grundsatz bezüglich Offenlegung des Quellcodes. Schliesslich ist zu prüfen, ob in Art. 10 Abs. 2 zusätzlich auch festgelegt werden sollte, dass als anwendbares Recht das schweizerische Recht und als Gerichtsstand Schweizer Gerichte anzustreben sind. Damit soll vermieden werden, dass sich die öffentliche Verwaltung (so auch betroffene Kantone) mit ausländischem Recht auseinandersetzen hat, was sehr aufwändig sein kann.

Artikel 11: Open Government Data (OGD)

20 Die Kantonsregierungen setzen sich grundsätzlich dafür ein, das Angebot und die Zugänglichkeit von Daten der öffentlichen Hand über interföderale Datenplattformen weiter auszubauen, wie dies auch in den Leitlinien der Kantone zur Digitalen Verwaltung vom 27. September 2018 festgehalten wurde. Art. 11 birgt aus Sicht der Kantonsregierungen aber das Risiko, dass Daten, die von einem Kanton gesammelt wurden, aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen dem Bund zur Verfügung gestellt und dann von einer Verwaltungseinheit des Bundes veröffentlicht werden, ohne dass die Kantone ein Mitspracherecht haben und unabhängig von den kantonalen Rechtsgrundlagen oder kantonalen Strategien in diesem Bereich. Die Kantonsregierungen beantragen, in Art. 11 Abs. 3 eine Möglichkeit für die kantonalen oder kommunalen Behörden einzufügen, die Veröffentlichung der Daten, die sie an die Verwaltungseinheiten des Bundes übermitteln, abzulehnen. In Art. 11 Abs. 3 lit. a sind verschiedene Bedingungen aufgeführt, die verhindern, dass Daten öffentlich zugänglich gemacht werden dürfen. Die Kantonsregierungen empfehlen, bei dieser Aufzählung das Amtsgeheimnis zu ergänzen. Denn es sollten keine Daten veröffentlicht werden, welche dem Amtsgeheimnis unterstehen und somit einen speziellen Schutz geniessen. Zudem wird angeregt, die Bestimmung, wonach Verwaltungseinheiten nicht verpflichtet sind, die Qualität der publizierten Daten zu prüfen, mit dem Zusatz zu ergänzen, dass nichtqualitätsgeprüfte OGD als solche zu deklarieren sind.

Artikel 12 und 13: Elektronische Behördendienste und Standards

21 Technische, organisatorische und prozedurale Standards sind aus Sicht der Kantonsregierungen grundsätzlich zu begrüßen, sofern deren Festlegung in Absprache mit den Kantonen erfolgt. Die Bundesverfassung enthält jedoch keine Bestimmung, die es dem Bund erlauben würde, die Kantone in allgemeiner Weise zu verpflichten, bestimmte elektronische Behördendienste oder Standards zu verwenden. Eine solche Anordnung wäre nach Art. 173 Abs. 1 lit. e der Bundesverfassung einzig zur unmittelbaren Durchsetzung von Bundesrecht denkbar. Eine solche partielle Anordnung würde aber wohl nur in den seltensten Fällen Sinn machen, sodass die Kantonsregierungen sie ablehnen. Stattdessen sollte ein partizipatives Vorgehen gewählt werden. Dem scheint sich im Grunde auch der Bund bewusst zu sein, denn in Ziffer 2.1 des erläuternden Berichts wird ausdrücklich festgehalten, dass E-Government dann am besten funktioniert, wenn alle Verwaltungsebenen, von der Gemeindeebene bis auf Stufe Bund, eng zusammenarbeiten. Bevor Standards vom Bundesrat verbindlich erklärt werden, sind die Rahmenbedingungen innerhalb der bisherigen und künftigen Zusammenarbeitsorganisationen einvernehmlich zu vereinbaren. Dies gilt auch für die Festlegung der Gebühren für die Nutzung verbindlich erklärter Behördendienste. Diese Verpflichtung ist in den Gesetzestext aufzunehmen. Dies nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund, dass eine einseitige Einführung von verbindlichen Standards durch den Bund bei den Kantonen zu erheblichen Investitionskosten führen sowie eine grundlegenden Anpassung von Prozessen erforderlich machen könnten. Des Weiteren ist aus Sicht der Kantonsregierungen problematisch, dass im EMBaG nicht definiert ist, wie mit den bereits in den Kantonen existierenden E-Services und Basisdiensten umzugehen ist, insbesondere mit jenen, die durch mehrere Kantone gemeinsam entwickelt wurden. Es müsste im EMBaG festgelegt werden, dass innovative Lösungen der Kantone nicht durch

Bundeslösungen übersteuert werden können. Dies ist im Grundgedanken der DVS durch die Partizipation der Kantone klar verankert und müsste ebenfalls im EMBaG Niederschlag finden.