



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

**Eidgenössisches Finanzdepartement EFD**

Bern, 11. Dezember 2020

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

Erläuternder Bericht

## Übersicht

In Erfüllung des Auftrages des Bundesrates<sup>1</sup> unterbreitet das EFD, unter Mitwirkung der BK, des EJPD (BJ) und des EDI (BFS), dem Bundesrat einen Vernehmlassungsentwurf mit Rechtsgrundlagen für einen wirkungsvollen Einsatz elektronischer Mittel in der Bundesverwaltung im Zusammenhang mit dem Angebot digitalisierter Behördenleistungen. Die Rechtsgrundlagen sollen sicherstellen, dass dem Bund in allen Fällen die sachlich sinnvollsten Formen der Zusammenarbeit im Bereich der digitalen Verwaltung, insbesondere des E-Government, zur Verfügung stehen.

Mit der Gesetzesvorlage soll die elektronische Abwicklung der Geschäftsprozesse des Bundes gefördert werden («Digital first»). Im Vernehmlassungsentwurf werden Rahmenbedingungen für die Verbreitung des Einsatzes von E-Government auf Bundesebene, für die Zusammenarbeitsformen des Bundes mit anderen Gemeinwesen und Organisationen im Bereich des E-Government sowie für die elektronischen Dienstleistungen des Bundes festgelegt. Mit Letzterem werden Grundlagen für die gebührenfreie Lizenzweitergabe von Software (Open Source Software), für die Veröffentlichung von Open Government Data (OGD), für den Betrieb von elektronischen Behördendiensten als auch für die Festlegung von Standards durch den Bund geschaffen. Des Weiteren sieht die Vorlage vor, dass Aufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten auf Organisationen übertragen werden können.

<sup>1</sup> BRB vom 30. Januar 2019, EXE 2018.2704

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Grundzüge der Vorlage</b>	<b>5</b>
1.1	Ausgangslage	5
1.2	Bedürfnis zur Zusammenarbeit im Bereich E-Government	5
1.3	Auftrag zum Aufbau einer Organisation im Bereich E-Government	6
1.4	Regelungsbedarf	6
1.5	Verhältnis zur Legislaturplanung und zu Strategien des Bundesrates	7
1.5.1	Verhältnis zur Legislaturplanung	7
1.5.2	Verhältnis zu Strategien des Bundesrates	8
1.6	Erledigung parlamentarischer Vorstösse	8
<b>2</b>	<b>Die beantragte Neuregelung</b>	<b>9</b>
2.1	Teilgehalt Vereinbarungen über die Zusammenarbeit im Bereich des E-Government	10
2.2	Teilgehalt Beteiligungen des Bundes an Organisationen zum Zweck der Zusammenarbeit im Bereich des E-Government	11
2.3	Teilgehalt Übertragungen von Verwaltungsaufgaben	11
2.3.1	Beschaffungsrecht	12
2.3.2	Steuerrecht	13
2.3.3	Finanzierung	15
2.3.4	Rechtsverhältnisse	15
2.4	Weitere Anwendungsfelder für den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben	16
2.4.1	Open Source Software (OSS)	16
2.4.2	Open Government Data (OGD)	18
2.4.3	Betrieb von elektronischen Behördendiensten durch den Bund	20
2.4.4	Verbindlicherklärung von Standards	22
2.5	Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	22
2.6	Abstimmung von Aufgaben und Finanzen	23
2.7	Umsetzung	23
<b>3</b>	<b>Erläuterungen zu einzelnen Artikeln</b>	<b>24</b>
<b>4</b>	<b>Auswirkungen</b>	<b>48</b>
4.1	Auswirkungen auf den Bund	48
4.1.1	Finanzielle Auswirkungen	48
4.1.2	Personelle Auswirkungen	49
4.1.3	Andere Auswirkungen	49
4.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	50
4.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft, die Gesellschaft und die Umwelt	51
<b>5</b>	<b>Rechtliche Aspekte</b>	<b>51</b>
5.1	Verfassungsmässigkeit	51
5.1.1	Kompetenz zum Abschluss von Vereinbarungen im Bereich E-Government	51
5.1.2	Kompetenz zum Beschluss von Beteiligungen im Bereich E-Government	52
5.1.3	Kompetenz zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten	52
5.1.4	Kompetenz zur lizenzgebührenfreien Weitergabe von Open Source Software (OSS), zur Zugangsgewährung zu offenen Verwaltungsdaten (OGD), zum Betrieb von Basisdiensten und E-Services durch den Bund und zur Verbindlicherklärung von Standards	52

5.1.5	Vereinbarkeit mit Rechts- und Bundesstaat, Demokratieprinzip und Gewaltenteilung	52
5.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	53
5.3	Erlassform	54
5.4	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	54
5.5	Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz	55
5.6	Einhaltung der Grundsätze des Subventionsgesetzes	55
	5.6.1 Begründung	55
	5.6.2 Ausgestaltung und finanzieller Umfang	56
5.7	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	56
5.8	Datenschutz	56

# 1 Grundzüge der Vorlage

## 1.1 Ausgangslage

Digitale Technologien verändern nicht nur unsere Gesellschaft und unsere Kommunikationsformen, sie ermöglichen auch nie da gewesene digitale Interaktionen zwischen staatlichen Behörden untereinander sowie von diesen zur Bevölkerung und zur Wirtschaft. Um das Potential der Digitalisierung bestmöglich auszuschöpfen, ist die Verwaltung gefordert, einen nächsten Schritt in der stetigen Modernisierung der eingesetzten Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) zu unternehmen. Die Schweiz verfügt zwar über eine effiziente und vertrauenswürdige analoge Verwaltung, Bevölkerung und Wirtschaft verlangen aber zunehmend auch die Möglichkeit der Nutzung elektronischer Kanäle, wie sie dies aus anderen Lebensbereichen gewohnt sind.

Unter dem Begriff «Digitale Verwaltung» wird der nächste Schritt in der Modernisierung der Verwaltung durch den Einsatz digitaler Technologien verstanden. Damit wird die herkömmliche Verwaltungsführung durch neue elektronische Handlungsinstrumente bereichert. Einen bedeutenden Teilaspekt der digitalen Verwaltung bildet E-Government. Im Vordergrund stehen hierbei die elektronische Bereitstellung von Behördenleistungen und die Digitalisierung von bestehenden Verwaltungsprozessen durch Informations- und Kommunikationstechnologien.

Das vorliegend unterbreitete Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (nachfolgend als «VE-EMBaG» abgekürzt, wobei «VE» für Vorentwurf steht) hat zum Ziel, die erforderlichen Rechtsgrundlagen für den Bund zu schaffen, um ihm neue Handlungsoptionen auf dem Gebiet des E-Government bereitzustellen und um in Zusammenarbeit mit den Kantonen dessen effiziente Ausbreitung voranzutreiben. Das Bundesgesetz bildet eine wesentliche Grundlage, damit der Bund und die Kantone die Entwicklungen und Herausforderungen im Bereich des E-Government gemeinsam, bedürfnisgerecht, zielorientiert und koordiniert anzugehen vermögen.

Nicht Gegenstand dieser Vorlage sind die Ergebnisse aus dem aus Vertretern aller Staatsebenen zusammengesetzten Projekt «Digitale Verwaltung: Projekt zur Optimierung der bundesstaatlichen Steuerung und Koordination». Während im Projekt «Digitale Verwaltung» etappenweise eine Zielorganisation aufgebaut werden soll, welche gegebenenfalls auch eine Anpassung der verfassungsrechtlichen Grundlagen notwendig macht, sollen im vorliegenden Vorhaben punktuell die notwendigen und in der bestehenden verfassungsrechtlichen Ordnung möglichen Grundlagen geschaffen werden. Ob und wie weit das EMBaG als Grundlage für die Umsetzung des Projektes «Digitale Verwaltung» dienen kann und wie es gegebenenfalls anzupassen ist, wird im Rahmen der Rechtsabklärungen bei der Umsetzung des Projektes zu analysieren sein.

## 1.2 Bedürfnis zur Zusammenarbeit im Bereich E-Government

Die Vorteile der Digitalisierung und des E-Government bedingen eine enge Zusammenarbeit zwischen den Gemeinwesen. So können durch gemeinsame Lösungen Skaleneffekte genutzt und Kostenvorteile geschaffen werden. Eine gute Koordination und abgestimmte Steuerung zwischen den Gemeinwesen ermöglicht den gezielten Mitteleinsatz, den Aufbau interoperabler bzw. gemeinwesenübergreifender Systeme. E-Government-Lösungen können dadurch bürgerfreundlicher ausgestaltet und kostengünstiger aufgebaut werden. Schliesslich können gemeinsame Lösungen Behördenprozesse effizienter unterstützen.

Im sich auch künftig rasch entwickelnden Feld des E-Government ist heute nicht abschliessend absehbar, welche Formen der Zusammenarbeit zwischen den Gemeinwesen nötig sein werden. Mit der vorliegenden Vorlage sollen die gesetzlichen Grundlagen für die in Frage kommenden Formen der Zusammenarbeit geschaffen werden. In Bezug auf Beteiligungen des Bundes an Organisationen ist der Bundesrat bestrebt, die Ressourcen für wenige, aber zielgerichtete Organisationen zu bündeln<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Vgl. auch die Leitlinien der Kantone zur Digitalen Verwaltung; abrufbar unter: [https://kdk.ch/uploads/media/Leitlinien-E-Government\\_20180927\\_01.pdf](https://kdk.ch/uploads/media/Leitlinien-E-Government_20180927_01.pdf)

### 1.3 Auftrag zum Aufbau einer Organisation im Bereich E-Government

Erstes Anwendungsbeispiel und konkreter Auslöser des vorliegenden Gesetzgebungsprojektes ist die Gründung der **eOperations Schweiz AG**. Gestützt auf die öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government Zusammenarbeit in der Schweiz 2016–2019<sup>3</sup> hat der E-Government Steuerungsausschuss die Schweizerische Informatikkonferenz (SIK) mit dem Aufbau einer Organisation beauftragt, die die organisatorische, finanzielle und betriebliche Abwicklung von gemeinschaftlich genutzten IT-Lösungen über die föderalen Ebenen hinweg unterstützen kann.

Die SIK hat am 20. Juni 2018 die eOperations Schweiz AG (nachfolgend auch: «eOperations») mit einem Aktienkapital von 100'000 Franken und einer Kapitaleinlagereserve von 200'000 Franken gegründet und sämtliche 1'000 Aktien zum Nennwert von 100 Franken gezeichnet. Da sich der Bund jeweils mit einem Drittel an den Betriebskosten der SIK beteiligt, hat er so in den letzten Jahren zum Aufbau des Vermögens der SIK von rund einer Million beigetragen. Er ist damit bereits heute indirekt über die SIK Mitaktionär der eOperations Schweiz AG.

Der Sitz der Gesellschaft befindet sich in Bern. Zum Gründungszeitpunkt war die SIK Alleinaktionärin der Gesellschaft. Der Bund, die Kantone und die grösseren Städte wurden eingeladen, sich als Aktionäre an der eOperations zu beteiligen (der Aktienerwerb durch Private ist nicht vorgesehen). Die SIK will in der ersten Phase die Mehrheit an der eOperations halten und den interessierten Gemeinwesen vorerst eine erste Aktie abtreten (für den Bund ist mindestens eine Aktie – auch für einen späteren Erwerb – reserviert). Stand 1. November 2020 verfügte die eOperations nebst der Hauptaktionärin SIK bereits über 84 Aktionäre (26 Kantone, 44 Städte/Gemeinden und 14 Organisationen im Besitz von Gemeinwesen).

### 1.4 Regelungsbedarf

Damit sich der Bund zwecks Zusammenarbeit im Bereich des E-Government an Organisationen (wie z.B. an eOperations) beteiligen kann, ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Der Bundesrat unterstützt die Beteiligung des Bundes und hat mit Bundesratsbeschluss vom 30. Januar 2019 das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) beauftragt, unter Mitwirkung der BK und des EJPD (BJ) dem Bundesrat einen Vernehmlassungsentwurf mit den erforderlichen Rechtsgrundlagen zu unterbreiten, die sicherstellen, dass dem Bund in allen Fällen die sachlich sinnvollsten Formen der Zusammenarbeit im Bereich des E-Government zur Verfügung stehen.

Die rechtlichen Grundlagen regeln in generell-abstrakter Form sowohl die **Beteiligung** des Bundes an Organisationen zur Zusammenarbeit im Bereich des E-Government als auch die Möglichkeit zur **Übertragung von Verwaltungsaufgaben** im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten auf die selbigen. Ferner sind einzelne Rechtsfragen zu klären, die sich bei der Beteiligung an gemeinsamen, staatebenenübergreifenden Organisationen stellen.

Im gleichen Zug wird eine rechtliche Grundlage für den Abschluss von **Vereinbarungen** zwischen dem Bund und anderen öffentlichen Gemeinwesen, anderen Staaten und (nationalen sowie internationalen) Organisationen im Bereich des E-Government geschaffen. Dementsprechend soll der Bundesrat auf Gesetzesstufe dazu ermächtigt werden, völkerrechtliche Verträge über die Zusammenarbeit im Bereich des E-Government selbstständig abzuschliessen.

Des Weiteren braucht es für die optimale Entwicklung von E-Government die faktische Zusammenarbeit zwischen den Gemeinwesen. Damit soll unter anderem die gemeinsame Beschaffung oder die Weitergabe von Softwarelösungen zwischen den Gemeinwesen ermöglicht werden. Während die Zusammenarbeit in vielen Bereichen problemlos und ohne explizite gesetzliche Grundlage möglich ist, hat sich gezeigt, dass die Voraussetzungen zu klären sind, damit der Bund Dritten, insbesondere anderen Gemeinwesen, **Open Source Software (OSS)** freigeben kann.

Mit der OSS-Thematik verwandt ist der behördliche Umgang mit offenen Verwaltungsdaten, das sog. **Open Government Data (OGD)**, das ein weiteres regelungsbedürftiges Anwendungsfeld im Bereich des E-Government bildet. OGD sind jene nicht-personenbezogenen und nicht infrastrukturkritischen Datenbestände, die im Interesse der Allgemeinheit ohne jedwede Einschränkung zur freien Nutzung, Verbreitung und Weiterverwendung frei zugänglich gemacht werden.

<sup>3</sup> BBl 2015 9637

Gleichermassen besteht für den elektronischen Behördenverkehr durch den Bund ein Regelungsbedarf hinsichtlich des Betriebes **elektronischer Behördendienste** (Basisdienste und E-Services). Bei den Basisdiensten steht im Vordergrund des Interesses derzeit etwa die Etablierung staatlich anerkannter elektronischer Identifizierungseinheiten (E-ID), der Aufbau eines nationalen Adressdienstes (NAD) oder einer behördenübergreifenden Stammdatenverwaltung. Unter den E-Services haben beispielsweise das Transaktionsportal für Unternehmen «EasyGov.swiss» oder auch «eUmzugCH» bereits einen gewissen Etablierungsgrad erreicht. Damit der Bund derartige Basisdienste und E-Services verbindlich erklären oder Dritten zur Verfügung stellen kann, ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich.

Damit verschiedene Softwareanwendungen miteinander kommunizieren können, sind **Standards** notwendig. Um eine möglichst weitgehende Verwendung einheitlicher Standards zu gewährleisten, ist schliesslich noch eine Rechtsgrundlage zu schaffen, die es dem Bund im Rahmen seiner verfassungsmässigen Kompetenzen erlaubt, für den Vollzug von Bundesrecht Standards verbindlich festzulegen.

## 1.5 Verhältnis zur Legislaturplanung und zu Strategien des Bundesrates

### 1.5.1 Verhältnis zur Legislaturplanung

In der Botschaft vom 29. Januar 2020 zur Legislaturplanung 2019–2023<sup>4</sup> wird die Verabschiedung der Botschaft zur vorliegenden Gesetzesvorlage als erforderliche Massnahme zur Erreichung von Ziel 2 («*Der Bund erbringt seine staatlichen Leistungen effizient und möglichst digital*») angekündigt<sup>5</sup>. Im Bundesbeschluss vom 21. September 2020 über die Legislaturplanung 2019–2023<sup>6</sup> figuriert die Verabschiedung der Botschaft zum vorliegenden Bundesgesetz<sup>7</sup> als Massnahme 4 zur Erreichung des vorerwähnten Ziels 2.

Die Vorlage bildet einen wichtigen Meilenstein auf dem Weg zur Verwirklichung der «E-Government-Strategie Schweiz», deren Umsetzung bereits im Bundesbeschluss vom 14. Juni 2016<sup>8</sup> über die Legislaturplanung 2015-2019 explizit als zu ergreifende Massnahme Erwähnung fand. Mit dieser Massnahme wird das Ziel verfolgt, in der Schweiz für gute Rahmenbedingungen zu sorgen, damit die Digitalisierung zur Sicherung und zum Ausbau des Wohlstands beitragen kann<sup>9</sup>.

Ferner führte die Botschaft vom 27. Januar 2016<sup>10</sup> zur Legislaturplanung 2015-2019 aus, dass die «E-Government-Strategie Schweiz» die gemeinsamen E-Government Anstrengungen von Bund, Kantonen und Gemeinden in einem Schwerpunktplan<sup>11</sup> auf wenige national und strategisch bedeutende Projekte und dauerhafte Aufgaben (Leistungen) fokussiert<sup>12</sup>.

Die bereits erfolgte Gründung der eOperations und die geplante Beteiligung des Bundes an derselben bilden ein solches strategisches Projekt des Schwerpunktplans, das das operative Ziel verfolgt, eine gemeinsame Organisation für Beschaffung, Betrieb und Pflege gemeinschaftlicher E-Government-Lösungen aufzubauen<sup>13</sup>.

eOperations entspricht mit anderen Worten dem politischen Willen von Bund und Kantonen gemäss der öffentlich-rechtlichen Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz und der «E-Government-Strategie Schweiz». Um den Zweck der eOperations – den gemeinsamen Aufbau und Betrieb von IT-Lösungen für digitalisierte Behördenleistungen von Bund, Kantonen und Gemeinden – realisieren zu können, liegt eine Beteiligung des Bundes an der eOperations mittels Aktienerwerb (mindestens eine Aktie zum Nennwert von 100 Franken) auf der Hand. Nachdem der Bund die Bedarfsklärung nach dem Aufbau einer Organisation für operative Fragen im E-Government überhaupt erst angestossen hat, wäre den anderen öffentlichen Gemeinwesen ein Beteiligungsverzicht des Bundes an der eOperations nicht vermittelbar.

<sup>4</sup> BBl 2020 1777, hier insbesondere von Interesse S. 1834.

<sup>5</sup> Ziel 2 von Leitlinie 1; damals noch unter dem Titel «Bundesgesetz über Zusammenarbeitsformen im Bereich digitalisierter Behördenleistungen».

<sup>6</sup> BBl 2020 8385, hier insbesondere von Interesse S. 8386.

<sup>7</sup> Hier ebenfalls noch unter dem vormaligen Titel «Bundesgesetz über Zusammenarbeitsformen im Bereich digitalisierter Behördenleistungen».

<sup>8</sup> BBl 2016 5183

<sup>9</sup> BBl 2016 5185, Ziff. 15

<sup>10</sup> BBl 2016 1105

<sup>11</sup> Mit der E-Government-Strategie Schweiz 2020–2023 wurde neu der Umsetzungsplan als Umsetzungsinstrument definiert. Abrufbar unter: [www.egovernment.ch/de/umsetzung/schwerpunktplan1/](http://www.egovernment.ch/de/umsetzung/schwerpunktplan1/)

<sup>12</sup> BBl 2016 1161

<sup>13</sup> Ziel 4 der operativen Ziele 2017-2019 des Schwerpunktplans.

## 1.5.2 Verhältnis zu Strategien des Bundesrates

Wie soeben gezeigt, bildet das strategische Projekt eOperations zur Schaffung der Voraussetzungen für eine gemeinsam von Bund, Kantonen und Gemeinden getragene Organisation Teil des Schwerpunktplanes, der wiederum auf die «E-Government-Strategie Schweiz» abgestimmt ist. Der Bundesrat hat am 20. November 2019 die E-Government-Strategie Schweiz 2020–2023 verabschiedet. Mit deren Umsetzung soll der digitale Kanal zur ersten Wahl bei der Kontaktnahme mit der öffentlichen Verwaltung werden. Im Weiteren soll die Zusammenarbeit der Behörden intensiviert werden.

Die Schaffung einer Rechtsgrundlage für den Bundesrat zum Abschluss von Zusammenarbeitsvereinbarungen mit anderen Gemeinwesen sowie die Schaffung einer Bundeskompetenz zum Betrieb von Basisdiensten und E-Services stellen (ebenfalls) Massnahmen dar, die der Regierung bei der Realisierung der «E-Government-Strategie Schweiz» die erforderlichen Handlungsspielräume eröffnen soll. Ihren Ursprung finden sie im Bundesratsbeschluss vom 14. November 2018, mit dem das EFD beauftragt wurde, in Zusammenarbeit mit der KdK mögliche verbindlichere Rechtsgrundlagen für die Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden im E-Government abzuklären.

In Bezug auf den Betrieb von Basisdiensten und E-Services haben sich die unterzeichnenden Staaten der E-Government-Deklaration von Tallinn dazu bekannt, die grenzüberschreitende Nutzung von digitalen Behördenleistungen und Basisdiensten zu fördern (vgl. dazu ausführlicher unter Ziff. 5.2). Dafür sind interoperable Systeme notwendig. In der Schweiz, die die E-Government-Deklaration am 6. Oktober 2017 unterzeichnet hat, kommt diesem Prinzip ebenfalls höchste Bedeutung zu, da ohne Anwendung von Standards und ohne Garantie der Interoperabilität effiziente und kostensparende Prozesse über die Staatsebenen hinweg nicht möglich sind.

Das Informatiksteuerungsorgan des Bundes (ISB) hat die «Open Source Teil-Strategie vom 15. März 2005» als IKT-Vorgabe Bund am 5. Februar 2019 ausser Kraft gesetzt und diese durch den «Strategischen Leitfaden Open Source Software in der Bundesverwaltung vom 1. Februar 2019»<sup>14</sup> mit empfehlendem Charakter ersetzt. In diesem Leitfaden wird ausgeführt, dass bereits heute gewisse Bundesämter umfangreiche Software-Bestandteile als Open Source Software freigeben. Andere Ämter seien diesbezüglich zurückhaltender, da eine klare Rechtsgrundlage dafür fehle. Mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung wird diese Rechtsunsicherheit behoben. Das ISB sieht im vorgenannten Leitfaden vor, eine Anleitung zu verfassen, die aufklären soll, inwiefern die Bundesverwaltung zu bestehenden Open Source Projekten beitragen darf und soll und wer in welchem Rahmen und unter welcher Lizenz neue Open Source Projekte veröffentlichen kann.

Am 30. November 2018 hat der Bundesrat die zweite Open-Government-Data-Strategie für die Jahre 2019–2023 verabschiedet<sup>15</sup>. Ab 2020 sollen alle publizierten Daten von Bundesstellen als offene, frei nutzbare und maschinell lesbare Verwaltungsdaten publiziert werden. Die Strategie ist für die Bundesverwaltung verbindlich und findet mit Artikel 11 VE-EMBaG nun ihre gesetzliche Umsetzung.

Die Bestimmung zur Verbindlicherklärung von Standards steht schliesslich im Einklang mit der E-Government-Strategie Schweiz 2020-2023, die vorgibt, dass Bund, Kantone und Gemeinden auf standardisierte Lösungen und offene Schnittstellen zu setzen haben<sup>16</sup>.

## 1.6 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Das Postulat Glättli (14.4275) «*Wie kann die Freigabe von Open Source Software durch die Bundesverwaltung explizit erlaubt werden*» beauftragte den Bundesrat, zu prüfen, ob das Finanzhaushaltgesetz dahingehend ergänzt werden müsste, dass es die Freigabe von Quellcode durch den Bund explizit erlaubt und gegebenenfalls die entsprechenden Anpassungen vorzuschlagen, um die Open Source Software Strategie der Bundesverwaltung umsetzen zu können. In Erfüllung des Postulats veröffentlichte der Bundesrat am 22. März 2017 seinen Bericht «Freigabe von Open Source Software durch die Bundesverwaltung»<sup>17</sup> und beantragte die Abschreibung des Postulats. Der Bericht zeigt auf, dass in der Bundesverwaltung zum damaligen Zeitpunkt nur sehr vereinzelt Bedarf

<sup>14</sup> Abrufbar unter: [www.isb.admin.ch/isb/de/home/ikt-vorgaben/strategien-teilstrategien/sb004-ikt-teilstrategie-open-source.html](http://www.isb.admin.ch/isb/de/home/ikt-vorgaben/strategien-teilstrategien/sb004-ikt-teilstrategie-open-source.html)

<sup>15</sup> BBl 2019 879

<sup>16</sup> S. 9 f. Abrufbar unter: [www.news.admin.ch/news/message/attachments/59197.pdf](http://www.news.admin.ch/news/message/attachments/59197.pdf)

<sup>17</sup> Abrufbar unter: [www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2014/20144275/Bericht%20BR%20D.pdf](http://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2014/20144275/Bericht%20BR%20D.pdf)

zur Freigabe von Open Source Software bestand. Er kommt zum Schluss, dass für den entgeltlichen Vertrieb von OSS mit Artikel 41 f. FHG bereits eine genügende rechtliche Grundlage existiert. Dieser muss über die in Artikel 41a Absatz 1 FHG oder in einem Spezialgesetz genannten Bundesstellen erfolgen. Ob eine gesetzliche Grundlage auch für die lizenzgebührenfreie Freigabe von OSS benötigt wird, blieb umstritten. Das Postulat wurde in der Folge nicht abgeschrieben.

Der Bundesrat beauftragte deshalb das EFD, in Zusammenarbeit mit dem EJPD, die verbliebenen offenen Fragen zu klären und die allenfalls notwendigen gesetzlichen Grundlagen auszuarbeiten.

Mit der vorliegenden Gesetzesvorlage, die klare Rechtsgrundlagen für die lizenzgebührenfreie Freigabe von Software (Open Source) durch die Bundesverwaltung schafft, wird dieser Auftrag erledigt.

Im Rahmen der von Nationalrätin Graf-Litscher Edith eingereichten Motion 19.3160 «Einheitlicher gesetzlicher Rahmen für die Publikation und Nutzung nichtpersonenbezogener Daten und Dienste der Bundesverwaltung (Open-Government-Data-Gesetz)» wurde der Bundesrat beauftragt, in einem einheitlichen gesetzlichen Rahmen die Publikation von Open Government Data zu regeln. Alle nichtpersonenbezogenen Daten und Dienste, die die Bundesverwaltung im Rahmen ihrer Tätigkeit produziert oder sammelt, sollen grundsätzlich publiziert und der Öffentlichkeit als freies und kostenloses Datenangebot verfügbar gemacht werden.

Am 22. Mai 2019 beantragte der Bundesrat die Ablehnung der Motion, da im Rahmen der Strategie OGD 2019-2023, gutgeheissen am 30. November 2018, bereits verbindliche Rahmenbedingungen zur Umsetzung von OGD geschaffen wurden, dies u.a. zur Umsetzung der Empfehlung der EFK<sup>18</sup>, «langfristig einen verbindlichen, wirksamen Rahmen für offene Behördendaten zu schaffen». So wurde der Grundsatz der Datenpublikation («Open Data by default») für alle von der Bundesverwaltung ab 2020 neu publizierten Daten festgeschrieben.

Zudem wurde das EDI beauftragt zu prüfen, wie die in der Motion erwähnten sowie weitere OGD-Grundsätze optimal rechtlich verankert werden können – auch unter Berücksichtigung möglicher Einnahmehausfälle und ihrer Konsequenzen.

Mit der vorliegenden Gesetzesvorlage, die den OGD-Grundsatz «open data by default» für die zentrale Bundesverwaltung rechtlich verankert, wird dieser Auftrag erledigt.

Der Forderung der Motion Riklin von 2017<sup>19</sup>, wonach nebst der Bundesverwaltung auch bundesnahe Betriebe verbindlich verpflichtet werden sollen, ihre Daten zu publizieren, wird in diesem ersten Schritt nicht nachgekommen<sup>20</sup>. Im Rahmen der Eignerpolitik des Bundes wird aber eine Umsetzung auch für die staatsnahen Betriebe angestrebt<sup>21</sup>. Bereits heute publizieren z.B. Swisscom oder SBB Teile ihrer Daten als OGD.

## 2 Die beantragte Neuregelung

Die Gesetzesvorlage soll den Bundesrat dazu ermächtigen,

- Vereinbarungen mit anderen Gemeinwesen, anderen Staaten und (nationalen und internationalen) Organisationen über die Zusammenarbeit im Bereich des E-Government abzuschliessen;
- Beteiligungen des Bundes an Organisationen bzw. Unternehmungen zwecks Zusammenarbeit im Bereich des E-Government zu beschliessen und Verpflichtungen zur Finanzierung der Organisationen bzw. Unternehmungen einzugehen;
- Verwaltungsaufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten (insbesondere die Durchführung von Beschaffungsverfahren) auf die Organisationen bzw. Unternehmungen zu übertragen.

<sup>18</sup> EFK-17491, 24. Juli 2018.

<sup>19</sup> 17.4246 Motion Riklin «Fortsetzung der Open-Government-Data-Strategie ab 2019».

<sup>20</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 14. Februar 2018 zur 17.4246 Motion Riklin.

<sup>21</sup> OGD-Strategie Schweiz 2019–2023 Ziff. 4.2.3, BBl 2019 879, 882.

Nebst Ausführungen zur Regelung dieser drei Teilgebiete enthält der erläuternde Bericht auch Erläuterungen zu den nachfolgenden Themenbereichen:

- Klärung der steuerrechtlichen Situation in Bezug auf Dienstleistungen der Organisationen bzw. Unternehmungen;
- Klärung der beschaffungsrechtlichen Situation in Bezug auf die Zusammenarbeit im Bereich des E-Government;
- Klärung der wesentlichen Fragen
  - zum Einsatz und zur Freigabe von Open Source Software (Neuentwicklungen wie auch Weiterentwicklungen);
  - zur Veröffentlichung von Open Government Data;
  - zum Betrieb von elektronischen Behördendiensten durch den Bund;
  - zur Verbindlicherklärung von Standards durch den Bund.

## **2.1 Teilgehalt Vereinbarungen über die Zusammenarbeit im Bereich des E-Government**

Die Bundesverfassung (BV<sup>22</sup>) sieht keine allgemeine Kompetenz des Bundes vor, die ihn dazu ermächtigen würde, gegenüber den Kantonen im Bereich E-Government Vorgaben zu erlassen und durchzusetzen mit dem Ziel, eine einheitliche «E-Government-Landschaft» zu schaffen. Zu beachten gilt es diesbezüglich auch, dass der Einsatz von E-Government für sich allein keine eigenständige Verwaltungsaufgabe, sondern vielmehr querschnittsmässig einen Aspekt jeglicher staatlichen Tätigkeiten darstellt – unabhängig davon, ob diese dem Kompetenzbereich des Bundes oder der Kantone zugewiesen sind. E-Government betrifft folglich sämtliche Kompetenzen von Bund, Kantonen und Gemeinden und ist damit sowohl vertikal wie auch horizontal zu koordinieren.

E-Government funktioniert dann am besten, wenn alle Verwaltungsebenen, von der Gemeindeebene bis auf Stufe Bund, eng zusammenarbeiten. Vorhandene Anwendungen und bestehende Infrastrukturen können so gemeinsam genutzt werden, um die angestrebte Effizienz zu erreichen. Zusammenarbeit bildet mithin die Voraussetzung dafür, dass E-Government organisatorisch, finanziell und administrativ effizient abläuft.

Eine erfolgsversprechende Möglichkeit, E-Government in der Schweiz zu koordinieren und in effiziente Bahnen zu lenken, bietet der Weg über E-Government-spezifische Vereinbarungen zwischen dem Bund und den Kantonen. Auch die bisherige und gegenwärtige Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen beruht auf einer Vereinbarung<sup>23</sup>, die sich aktuell auf die zurzeit geltende E-Government-Strategie Schweiz 2020-2023<sup>24</sup> abstützt. Diese (Rahmen-)Vereinbarung ist aber aufgrund des Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage im Bundesrecht als rechtlich nicht genügend einzustufen. Mit der Gesetzesnovelle soll eine ausdrückliche Grundlage für eine auf künftigen verbindlichen Vereinbarungen basierende Zusammenarbeit im Bereich des E-Government (insbesondere zwischen Bund und Kantonen) und deren Finanzierung geschaffen werden. Soweit ein entsprechendes Bedürfnis besteht, eröffnen die Rechtsgrundlagen dem Bund auch die Möglichkeit, in den Vereinbarungen die Schaffung gemeinsamer Organisationen mit eigener Rechtspersönlichkeit vorzusehen.

Gerade das Instrument der öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen zwischen verschiedenen Staatsebenen hat das Potential, E-Government zum Gelingen und zum Erfolg zu verhelfen. Zu beachten ist dabei jedoch, dass Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen dem Bund und den Kantonen stets die verfassungsmässige Kompetenzordnung wahren müssen. Die Vereinbarungen werden auf die technische und organisatorische Umsetzung der Zusammenarbeit ausgerichtet sein und bewe-

<sup>22</sup> SR 101

<sup>23</sup> Die erste Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit trat 2008 in Kraft. Diese wurde 2012 und 2016 leicht verändert weitergeführt. Im Hinblick auf die Legislatur 2020–2023 verabschiedeten der Bundesrat und die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) eine leicht angepasste Version der Rahmenvereinbarung. Die aktuelle geltende «Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government Zusammenarbeit in der Schweiz 2020» ist abrufbar unter: [www.egovernment.ch/de/umsetzung/offentlich-rechtliche-rahmenvereinbarung-uber-die-e-governme/](http://www.egovernment.ch/de/umsetzung/offentlich-rechtliche-rahmenvereinbarung-uber-die-e-governme/)

<sup>24</sup> Abrufbar unter: [www.egovernment.ch/de/umsetzung/e-government-strategie/](http://www.egovernment.ch/de/umsetzung/e-government-strategie/)

gen sich so im Rahmen der verfassungsmässigen Kompetenzordnung. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass gegen solche Vereinbarungen Bedenken mit Blick auf den gewaltenteiligen, demokratischen Rechts- und Bundesstaat geäussert werden (dazu Ziff. 5.1.5).

Im Hinblick auf die Digitalisierung der grenzüberschreitenden Behördenzusammenarbeit kann sich ebenso ein Bedürfnis nach Zusammenarbeitsvereinbarungen mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen ergeben. Dieses Anliegen wird mit vorliegender Gesetzesvorlage ebenso aufgenommen.

## **2.2 Teilgehalt Beteiligungen des Bundes an Organisationen zum Zweck der Zusammenarbeit im Bereich des E-Government**

Eng verwandt mit dem Abschluss von Zusammenarbeitsvereinbarungen, insbesondere mit der dadurch bezweckten Schaffung gemeinsamer Organisationen (gemäss Art. 5 Abs. 3 VE-EMBaG), ist die Thematik der Beteiligungen des Bundes an Organisationen. Mit einer entsprechenden Rechtsgrundlage im EMBaG soll der Bund in die Lage versetzt werden, sich im Bereich E-Government zur Erfüllung seiner Aufgaben an Organisationen beteiligen zu können. Dieses Bedürfnis hat sich nicht zuletzt durch die im Jahr 2018 erfolgte Gründung der eOperations ergeben (vgl. Ziff. 1.3).

eOperations soll eine gemeinsam von Bund, Kantonen und Gemeinden getragene Organisation sein, die über die föderalen Ebenen hinweg als Organisationsgefäss und kompetente Dienstleisterin für die Umsetzung von IT-Kooperationen der Verwaltung auftritt. Zur Verwirklichung dieses Vorhabens ist jedoch erforderlich, dass der Bund Teil der Trägerschaft wird, indem er Gesellschaftsanteile an der eOperations Schweiz AG erwirbt. Derartige Beteiligungen an externen Organisationen können im Bereich E-Government auch in Zukunft ein Bedürfnis darstellen, weshalb dafür eine generelle – nicht auf eOperations beschränkte – Rechtsgrundlage geschaffen werden soll.

## **2.3 Teilgehalt Übertragungen von Verwaltungsaufgaben**

Der Betrieb einer gemeinschaftlichen Organisation oder Unternehmung kann die Übertragung von Verwaltungsaufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten bedingen. Konkretes Anwendungsbeispiel dieser Gesetzesnorm wäre es, eOperations mit der Durchführung von Beschaffungsverfahren im Bereich Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) und Informatikdienstleistungen im Bereich IKT zu betrauen.

Bei der Durchführung von Beschaffungsverfahren handelt es sich um eine mit hoheitlichen Befugnissen verbundene Aufgabe. Für eine Aufgabenübertragung zur Abwicklung von Vergabeverfahren ist dementsprechend auch eine Übertragung von Verfügungskompetenzen an die Organisationen (im ersten Anwendungsfall an eOperations) notwendig, wäre es doch nicht denkbar, dass die Organisationen ein Beschaffungsverfahren nach den Vorgaben des öffentlichen Beschaffungsrechts durchführen, ohne dass sie z.B. die Ausschreibung publizieren, den Zuschlag erteilen, einen Anbieter ausschliessen, einen Abbruch verfügen oder überhaupt verfahrensleitende Verfügungen erlassen könnten. Die mit der Durchführung von Vergabeverfahren betrauten Organisationen (z.B. eOperations) müssen folglich über Verfügungskompetenzen verfügen.

Die vorliegende Gesetzesvorlage schafft die rechtlichen Voraussetzungen für eine Übertragung von Beschaffungskompetenzen an eine Organisation wie eOperations. Ob und in welcher Form ihr tatsächlich Beschaffungsaufgaben übertragen werden sollen, ist dagegen nicht Gegenstand dieses Gesetzgebungsprojektes. Eine Übertragung müsste im Rahmen der anzuwendenden beschaffungsrechtlichen Bestimmungen und in Abstimmung mit der Beschaffungsstrategie des Bundes erfolgen.

Für die Übertragung von Aufgaben der administrativen Hilfstätigkeit ist der Bundesrat zuständig. Dabei wird im Gesetzesentwurf offen gelassen, ob die Übertragung durch Rechtssatz (Verordnung) oder Vereinbarung (im Sinne von verwaltungsrechtlichen Verträgen) erfolgen soll.

Im Rahmen einer solchen Übertragung wird neben der Vereinbarkeit mit der Beschaffungsstrategie des Bundes namentlich zu prüfen sein, nach welchen Regeln eine solche übertragene Beschaffung erfolgen soll und wie sich die Übertragung auf den Leistungsbezug des Bundes auswirkt, namentlich ob der Bund ohne zusätzliches Vergabeverfahren Leistungen der Organisation beziehen kann.

Nachfolgend werden die wesentlichen, von einer Aufgabenübertragung bzw. von einer Bundesbeteiligung tangierten Rechts- und Regelungsbereiche erörtert (Ziff. 2.3.1 bis Ziff. 2.3.4).

### 2.3.1 Beschaffungsrecht

Im Zusammenhang mit der Betrauung von Organisationen zur Durchführung von Beschaffungsverfahren sind auch kurz die beschaffungsrechtlichen Rahmenbedingungen zu erhellen, die immer dann aktuell werden, wenn der Bund diese Verwaltungsaufgabe gestützt auf die beantragte Neuregelung auf Organisationen zu übertragen beabsichtigt. Die vergaberechtlichen Eckpunkte werden nachstehend am Beispiel von eOperations erläutert.

eOperations dient der Zusammenarbeit zwischen Gemeinwesen und wird dementsprechend keine Leistungen am Markt, d.h. für Private anbieten. Als Auftraggeber bzw. Kunden von eOperations kommen in Frage:

- Gemeinwesen, die gleichzeitig Träger (Mitglied) von eOperations sind;
- Gemeinwesen, die nicht Träger von eOperations sind;
- Organisationen, die von Gemeinwesen getragen werden (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen).

Gemäss einem Gutachten der Wettbewerbskommission (WEKO)<sup>25</sup> liegt eine öffentliche Beschaffung vor, wenn zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem (privaten) Leistungserbringer ein Vertrag über die Beschaffung von Lieferungen, Bauarbeiten oder Dienstleistungen gegen einen vom Staat zu bezahlenden Preis geschlossen wird. Gewisse Leistungsflüsse, die zwischen zwei staatlichen Akteuren erfolgen, gelten beschaffungsrechtlich hingegen *nicht als öffentliche Beschaffungen* und sind unter gewissen Voraussetzungen als Ausnahmetatbestände vom beschaffungsrechtlichen Anwendungsbereich ausgenommen. Für das erste konkrete Anwendungsbeispiel bedeutet dies, dass – sofern sämtliche Kunden von eOperations gleichzeitig auch Träger von eOperations sind – eOperations die einschlägigen Voraussetzungen der **Quasi-in-house-Ausnahme**<sup>26</sup> erfüllen wird, sodass die Kunden (beteiligte Gemeinwesen) bei eOperations vergaberechtsfrei Leistungen beziehen werden können<sup>27</sup>. Die Voraussetzungen der Quasi-in-house-Ausnahme wären vorliegend auch dann noch erfüllt, wenn eOperations mindestens 80 % ihres Umsatzes ausschliesslich mit den sie kontrollierenden Trägern (Bund und Kantone) und maximal 20 % ihres Umsatzes mit nicht kontrollierenden Kunden erzielen würde.

#### **Anwendbares Recht in Vergabeverfahren**

Beteiligt sich der Bund an einer Organisation, die als Beschaffungsstelle öffentlicher Auftraggeber fungiert (wie z.B. eOperations) und schreiben mehrere öffentliche Auftraggeber verschiedener Staatsebenen über diese Beschaffungsstelle Leistungen aus, bestimmt sich das anwendbare Recht grundsätzlich anhand der Bedarfsanteile der beteiligten Auftraggeber. Es findet das Recht am Sitz desjenigen Auftraggebers Anwendung, der den höchsten Anteil an der Finanzierung trägt<sup>28</sup>. Diese Grundsätze gelten auch nach der bevorstehenden Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB<sup>29</sup>).

In Abweichung von den vorstehenden Grundsätzen sind unter dem revidierten Beschaffungsrecht mehrere an einer Beschaffung beteiligte Auftraggeberinnen im gegenseitigen Einvernehmen auch dazu befugt, eine gemeinsame Beschaffung dem Recht einer beteiligten Auftraggeberin zu unterstellen (Art. 5 Abs. 2 revBöB).

Zudem können öffentliche oder private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten, die ihnen durch den Bund verliehen wurden, oder die Aufgaben im nationalen Interesse erbringen, künftig wählen, ob sie ihre Beschaffungen dem Recht an ihrem Sitz oder dem Bundesrecht unterstellen (Art. 5 Abs. 3 revBöB).

<sup>25</sup> Gutachten vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamtes für Justiz zum Projekt eOperations Schweiz [WEKO-Gutachten], Rz 30. Abrufbar unter: [www.eoperations.ch/wp-content/uploads/2018/11/WEKO-Gutachten-eOperations-Schweiz.pdf](http://www.eoperations.ch/wp-content/uploads/2018/11/WEKO-Gutachten-eOperations-Schweiz.pdf).

<sup>26</sup> Als Quasi-in-house-Ausnahme gilt eine Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einer anderen juristischen Person, über die er alleine die Kontrolle innehat und die im Wesentlichen für ihn tätig ist (d.h. nur in geringem Mass für andere, keine Kontrolle innehabenden Kunden, welche öffentlich oder privat sein können). Als Wesentlichkeitserfordernis hat sich in der europäischen Praxis ein minimaler Anteil des Umsatzes von 80 % ergeben, der mit Tätigkeiten für den kontrollierenden Auftraggeber erzielt werden muss. Eine Unterart der Quasi-in-house-Ausnahme ist die Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einer anderen juristischen Person, über die er gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern die Kontrolle innehat und die im Wesentlichen für die kontrollierenden Auftraggeber tätig ist (d.h. nur in geringem Mass für andere, keine Kontrolle innehabenden Kunden, welche öffentlich oder privat sein können).

<sup>27</sup> Für Organisationen, die von Gemeinwesen getragen werden (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen) ist allerdings darauf hinzuweisen, dass diese als öffentlich gelten müssen, was bei Aktiengesellschaften, die zwar von Gemeinwesen gehalten werden, aber auf dem Markt aktiv sind (z.B. Kantonbanken) nicht der Fall sein dürfte.

<sup>28</sup> Art. 2c Abs. 1 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

<sup>29</sup> SR 172.056.1

Zu diesen beiden Gesetzesbestimmungen wird in der Botschaft<sup>30</sup> ausgeführt, dass die darin vorge-  
sehene Rechtswahl der beteiligten Auftraggeberinnen der optimalen Ressourcennutzung dient.  
Zwecks Rechtssicherheit sollte die Rechtswahl aber nicht von Fall zu Fall, sondern über eine ge-  
wisse Zeitspanne Bestand haben.

### **Beschaffungsrechtlicher Handlungsbedarf**

Ein konkreter Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Beschaffungsrechts besteht nur in organisati-  
onsrechtlicher Hinsicht. Werden einer Organisation Beschaffungskompetenzen übertragen, ist zu  
klären, welche beschaffungsrechtliche Funktion dieser Organisation zukommt, welche Arten von  
Gütern und Dienstleistungen sie unter welchen Voraussetzungen beschaffen kann und wie die Ab-  
grenzung und Zusammenarbeit mit den übrigen Beschaffungsorganen auszugestalten ist. Diese Re-  
gelung hat im einzelnen Anwendungsfall zu erfolgen. Ein Regelungsbedarf auf formell-gesetzlicher  
Stufe besteht nicht.

Auf Stufe Bund wird die Zuständigkeit der eOperations für IKT-Beschaffungen (im Rahmen von Ein-  
kaufs- bzw. Betriebsgemeinschaften, bestehend aus Gemeinwesen verschiedener Staatsebenen)  
zu statuieren sein. Die Möglichkeiten zur Konstituierung der eOperations als neue Beschaffungs-  
stelle reichen von der Schaffung einer sog. weiteren Beschaffungsstelle<sup>31</sup>, die ausschliesslich für  
Beschaffungen konkret bezeichneter Güter und Dienstleistungen zuständig sind, bis hin zur Ertei-  
lung von Delegationen von Beschaffungskompetenzen<sup>32</sup>. Der Entscheid, ob eine Delegation erteilt  
wird, obliegt – abhängig von der Art der erforderlichen Delegation – entweder der hierfür zuständigen  
zentralen Bundesbeschaffungsstelle oder aber der Beschaffungskonferenz des Bundes.

### **2.3.2 Steuerrecht**

Im Folgenden werden die verschiedenen Steuerarten gemäss geltendem Recht kurz im Hinblick auf  
die steuerliche Behandlung der Organisationen dargestellt, wenn sich der Bund an diesen zwecks  
Zusammenarbeit beim Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien beteiligen  
würde.

#### **Direkte Bundessteuer / Kantonale Staatssteuern**

Direkte Steuern (Einkommens- und Gewinnsteuer) werden sowohl vom Bund als auch von den Kan-  
tonen (und Gemeinden) erhoben. Da sich in diesem Bereich die Steuerhoheiten überlagern, sieht  
die Bundesverfassung in Artikel 129 BV eine Harmonisierung vor. Darauf gestützt sind die Bundes-  
gesetze über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG<sup>33</sup>) und  
über die direkte Bundessteuer (DBG<sup>34</sup>) erlassen worden.

Vorliegend stellt sich die Frage der Besteuerung der sich in öffentlicher Hand befindenden gemein-  
samen Organisationen und Einrichtungen. Sowohl das DBG wie auch das StHG sehen für juristische  
Personen, die öffentliche Zwecke verfolgen, die Befreiung von der Gewinnsteuer vor (Befreiung von  
der subjektiven Steuerpflicht). Dies gilt für den Gewinn, der ausschliesslich und unwiderruflich die-  
sen Zwecken gewidmet ist (Art. 56 Bst. g DBG; Art. 23 Abs. 1 Bst f StHG). Dazu ist für jede einzelne  
Organisation oder Einrichtung ein Gesuch bei der zuständigen kantonalen Steuerbehörde um Steuer-  
befreiung einzureichen. Die materiellen Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung sind die Ver-  
folgung eines öffentlichen Zweckes (kein Erwerbs- oder Selbsthilfeszweck), die Zweckgebundenheit  
der Mittel und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Zudem sind keine (zumindest keine über-  
mässigen) Dividenden auszuschütten. Die betreffenden Unternehmen werden nach Einschätzung  
der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) in der Lage sein, diese Voraussetzungen zu erfüllen.  
Es besteht mithin kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bei den direkten Steuern.

#### **Mehrwertsteuer**

Gemeinwesen können auf unterschiedliche Art und Weise zusammenarbeiten. Eine Möglichkeit ist  
die Bildung und Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft. Im Mehrwertsteuerrecht sind Leis-  
tungsverhältnisse von oder an solche Gesellschaften unter gesetzlich definierten Bedingungen von  
der Steuer ausgenommen. Der am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Artikel 21 Absatz 2 Ziffer 28

<sup>30</sup> BBl 2017 1851, 1892

<sup>31</sup> Im Sinne von Art. 10 der Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB; SR 172.056.15).

<sup>32</sup> Gemäss Art. 12 ff. Org-VöB.

<sup>33</sup> SR 642.14

<sup>34</sup> SR 642.11

Buchstabe b des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer (MWSTG<sup>35</sup>) besagt, dass Leistungen zwischen Gesellschaften, an denen ausschliesslich Gemeinwesen beteiligt sind, und die an diesen Gesellschaften beteiligten Gemeinwesen und deren Organisationseinheiten von der Mehrwertsteuer ausgenommen sind. Gemäss Wortlaut der Bestimmung spielt es dabei keine Rolle, ob das (beteiligte) Gemeinwesen als Ganzes oder eine seiner Organisationseinheiten (beispielsweise die Dienststelle X.) die Leistung erbringt oder empfängt.

Artikel 38 Absatz 1 der Verordnung über die Mehrwertsteuer (MWSTV<sup>36</sup>) präzisiert, dass der Begriff «Beteiligung» nicht nur direkte, sondern auch indirekte Beteiligungsverhältnisse umfasst. Leistungsverhältnisse zwischen Gesellschaften, an denen ausschliesslich Gemeinwesen beteiligt sind, und den ausschliesslich von diesen Gesellschaften direkt oder indirekt gehaltenen Gesellschaften, fallen ebenfalls unter die Steuerausnahme (Art. 38 Abs. 3 MWSTV).

Hingegen gelangt die Steuerausnahme in folgenden Konstellationen nicht zur Anwendung:

- An der (gemeinsamen) Gesellschaft sind nicht ausschliesslich Gemeinwesen beteiligt: Solche Fälle sind vom Anwendungsbereich der Steuerausnahme per se ausgeschlossen;
- Es handelt sich zwar um eine Gesellschaft, an der ausschliesslich Gemeinwesen beteiligt sind, der Leistungsaustausch findet aber mit Gemeinwesen ohne Beteiligung oder mit Privaten statt: Solche Leistungsverhältnisse sind vom Anwendungsbereich der Steuerausnahme ausgeschlossen. Die Steuerausnahme gilt nur für die in Artikel 21 Absatz 2 Ziffer 28 Buchstabe b MWSTG explizit erwähnten Konstellationen.

Mit dieser Regelung können Zielkonflikte zwischen der Förderung einer Zusammenarbeit unter Gemeinwesen einerseits und Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Nichtgemeinwesen andererseits begrenzt werden. Tätigkeiten, für welche die Steuerausnahme gilt, berechtigen im Übrigen nicht zur Geltendmachung eines Vorsteuerabzugs.

Nach dem Gesagten besteht auch bei der Mehrwertsteuer kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

### **Stempelabgaben**

Die eidgenössischen Stempelabgaben sind Steuern auf bestimmten Vorgängen des Rechts- und Kapitalverkehrs. Ihre Erhebung knüpft an die Begründung von Beteiligungsrechten inkl. Zuschüssen (Emissionsabgabe), den Handel mit Wertschriften (Umsatzabgabe) oder an Prämienzahlungen für bestimmte Versicherungen (Abgabe auf Versicherungsprämien) an. Sie sind im Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG<sup>37</sup>) geregelt.

Vorliegend geht es um die Emissionsabgabe (die Umsatzabgabe und die Abgabe auf Versicherungsprämien dürften vorliegend nicht relevant sein). Artikel 6 StG sieht Ausnahmen von der Abgabepflicht vor. Gemäss Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a StG sind Beteiligungsrechte bei Gesellschaften mit einem gemeinnützigen Zweck – bei Erfüllen der damit verbundenen statutarischen Voraussetzungen – von der Emissionsabgabe ausgenommen. Sollen Unternehmen nach dem VE-EMBaG ebenfalls von der Entrichtung der Emissionsabgabe befreit werden, ist dies im StG explizit zu regeln.

Eine solche zusätzliche Ausnahmeregelung macht – in Anlehnung an die Steuerbefreiung der Gesellschaften mit einem gemeinnützigen Zweck – Sinn. Dementsprechend wird vorgeschlagen, Artikel 6 Absatz 1 StG mit einem neuen Buchstaben a<sup>ter</sup> zu ergänzen, der Gesellschaften, die ausschliesslich in öffentlicher Hand sind und einen öffentlichen Zweck nach Artikel 1 des VE-EMBaG verfolgen, von der Emissionsabgabe ausnimmt.

### **Verrechnungssteuer**

Sofern keine Ausnahmetatbestände nach Artikel 5 des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer (VStG<sup>38</sup>) vorliegen, unterliegen Kapitalerträge der Verrechnungssteuer (Art. 4 VStG).

Konkret stellt sich vorliegend die Frage, ob Leistungen von Aktiengesellschaften zum Selbstkostenpreis an ihre Aktionäre (ausschliesslich Gemeinwesen) der Verrechnungssteuer unterliegen.

<sup>35</sup> SR 641.20

<sup>36</sup> SR 641.201

<sup>37</sup> SR 641.10

<sup>38</sup> SR 642.21

1. Leistungen an Aktionäre, die einem Drittvergleich nicht standhalten, gelten als geldwerte Leistungen und unterliegen damit der Verrechnungssteuer. Vorliegend muss davon ausgegangen werden, dass einem unbeteiligten Dritten die Leistungen nicht zum Selbstkostenpreis gewährt würden.
2. Ein Meldeverfahren dürfte möglich sein, sofern die Anzahl Aktionäre, auf welche die Verrechnungssteuer zu überwälzen wäre, die Zahl zwanzig nicht übersteigt (Art. 24 Verrechnungssteuerverordnung; VStV<sup>39</sup>).
3. Sofern die Verrechnungssteuer entrichtet werden muss, ist deren Rückerstattung möglich.

Da das Meldeverfahren in den meisten solchen Fällen angewendet werden kann und ansonsten, d.h. falls die Entrichtung der Verrechnungssteuer notwendig ist, die volle Rückerstattung der Verrechnungssteuer möglich ist, ist aus Sicht der ESTV kein Ausnahmetatbestand notwendig.

Ausserdem muss berücksichtigt werden, dass die Verrechnungssteuer unabhängig von der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft einerseits und des Inhabers der Beteiligungsrechte andererseits erhoben wird. Die Schaffung eines zusätzlichen Ausnahmetatbestandes wäre daher steuersystematisch problematisch und würde zu einer Ungleichbehandlung von Gesellschaften führen.

### **Kantonale Steuern**

Kantonale (oder auch kommunale) Steuern, wie z.B. Liegenschafts- oder Handänderungssteuern, dürften vorliegend nicht relevant sein.

### **2.3.3 Finanzierung**

Die angestrebte Beteiligung des Bundes an Organisationen bzw. Unternehmungen zwecks Zusammenarbeit im Bereich des E-Government soll durch den Erwerb von Gesellschaftsanteilen erfolgen. Derartige Beteiligungen haben Subventionscharakter, wenn ihnen keine direkte Gegenleistung gegenüber steht, weshalb die Grundsätze des Subventionsrechts zu wahren sind (vgl. hierzu untenstehende Ziffer 5.4). Namentlich bedürfen sie einer formell gesetzlichen Grundlage, welche mit dem vorliegenden Projekt geschaffen werden soll.

Ebenso wird eine Rechtsgrundlage für die Ausrichtung von Finanzhilfen an

- a. die Kantone;
- b. die von Bund oder den Kantonen mit dem Vollzug von Bundesrecht betrauten Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung oder der kantonalen Verwaltung angehören;
- c. weitere Organisationen, mit denen der Bund Zusammenarbeitsvereinbarungen (nach Art. 5 VE-EMBaG) abschliesst oder an denen sich der Bund beteiligt,

im Bereich E-Government geschaffen. Finanzhilfen des Bundes sollen aber nur zur Frage stehen, soweit sie dem einheitlichen und korrekten Vollzug von Bundesrecht dienlich sind.

Die Finanzierung des laufenden Betriebs der Organisation ist nur soweit Gegenstand dieser Regelung wie sie Subventionscharakter hat. Davon zu unterscheiden ist der entgeltliche Bezug von Leistungen der Organisation durch ihre Träger. Diese richtet sich nach dem anwendbaren Vertrags- und Beschaffungsrecht.

### **2.3.4 Rechtsverhältnisse**

Die Übertragung der Verwaltungsaufgabe (im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten) auf die Organisationen kann auf zwei Arten erfolgen, nämlich durch verwaltungsrechtlichen Vertrag oder auf dem Verordnungsweg. Im Rahmen einer konkreten Aufgabenübertragung sind verschiedene Rechtsverhältnisse zu klären, als da wären:

- das anwendbare Recht, namentlich das anwendbare Beschaffungsrecht;
- die Aufsicht über die mit den Aufgaben betrauten Organisationen und Personen;
- die Steuerung der Organisationen und Personen.

<sup>39</sup> SR 642.211

Die Aufzählung der Rechtsbereiche ist zwar nicht abschliessend, soll aber aufzeigen, dass nicht jegliche Rechtsverhältnisse der Organisationen geregelt werden können, sondern nur die gewissermassen internen Nebenfragen, die sich aufgrund des Betriebs der Organisation stellen. Nicht erfasst wird insbesondere das Recht, dem Verträge mit privaten Lieferanten oder Leistungserbringern unterstehen. Für diese gilt wie stets im öffentlichen Beschaffungsrecht das Privatrecht.

Die Regelung der genannten Rechtsverhältnisse wird sich wo immer möglich auf Verweise auf bereits bestehendes Recht beschränken. Eigenständige, auf die Situation der Organisation zugeschnittene Regelungen sind aber nicht ausgeschlossen.

## **2.4 Weitere Anwendungsfelder für den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben**

Mit dem bereits unter Ziffer 1.4 erwähnten Beschluss vom 30. Januar 2019 hat der Bundesrat das EFD weiter beauftragt, bei der Erarbeitung der Rechtsgrundlagen für die Zusammenarbeit im Bereich des E-Government auch die wesentlichen Fragen zum Einsatz und zur Freigabe von Open Source Software (Neuentwicklungen wie auch Weiterentwicklungen) durch den Bund mit einer gesetzlichen Regelung zu klären. Die Freigabe von Open Source Software ist daneben auch Gegenstand eines Auftrags des Bundesrates vom 22. März 2017 im Zusammenhang mit dem Postulat 14.4275 Balthasar Glättli «Freigabe von Open Source Software durch die Bundesverwaltung». Das EFD wurde darin beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem EJPD (BJ) die verbleibenden offenen Rechtsfragen, die sich in Bezug auf die Freigabe von Software durch die Bundesverwaltung stellen, abzuklären und die allenfalls notwendigen gesetzlichen Grundlagen zu erarbeiten. Aufgrund des engen Sachzusammenhanges sind die beiden Aufträge gemeinsam zu erfüllen.

Im Rahmen des E-Government soll mit den technologischen Entwicklungen auch die chancengleiche und selbstständige Teilhabe aller an der Politik gefördert werden<sup>40</sup>. Diesem Anliegen lässt sich insbesondere mit Open Government Data Rechnung tragen. Open Government Data sind ein entscheidender Beitrag zum E-Government und zu einer zukunftsorientierten Schweiz.

Die Erfüllung von Behördenaufgaben mittels des Einsatzes elektronischer Mittel wird sodann durch den Betrieb von Basisdiensten und E-Services sowie durch Standardisierungen erheblich erleichtert.

Im Folgenden werden diese zusätzlichen Anwendungsfelder für den Einsatz elektronischer Mittel, die in der Gesetzesvorlage eine Rechtsgrundlage finden sollen, einzeln erläutert (Ziff. 2.4.1 bis Ziff. 2.4.4).

### **2.4.1 Open Source Software (OSS)**

#### ***Bedeutung von Open Source Software (OSS)***

Als Open Source Software (OSS) wird Software bezeichnet, deren Quellcode offengelegt wird und die von jedermann lizenzgebührenfrei benutzt, studiert, verändert, weiterentwickelt und weitergegeben werden darf. Die Verbreitung erfolgt üblicherweise mittels Lizenz, eine Lizenzgebühr wird jedoch nicht geschuldet. Dies bedeutet aber nicht automatisch, dass die Weitergabe und/oder die Beschaffung von OSS unentgeltlich erfolgen. Kosten entstehen beispielsweise dann, wenn Dienstleistungen (wie Beratung, Integration, Anpassungen, Schulungen, Weiterentwicklung, Betrieb, Wartung etc.) für bestimmte OSS angeboten resp. eingekauft werden.

In der IT-Welt ist OSS mittlerweile etabliert. Auch der Staat setzt regelmässig OSS ein, so beispielsweise bei Serverbetriebssystemen, für die Geschäftsverwaltung in Gemeinden, als Entscheidungsdatenbanken von Gerichten, für die Bereitstellung von Geodaten auf dem Internet, oder bei den SBB als zentrale Plattform für die Zugsdiskussionen. OSS wird sich künftig in der Verwaltung weiter ausbreiten (namentlich im Rahmen von Beschaffungen, wo der Schwerpunkt vermehrt auf Funktionalitäten und Services liegt). Die Gründe für den Einsatz von OSS sind vielfältig: Zu nennen sind etwa die Offenheit der verwendeten Standards, die Unabhängigkeit von Lieferanten und Produkten, der Austausch mit der Community von Nutzern und Entwicklern sowie die sich daraus ergebende Nutzung von Fortentwicklungen, die Sicherheit, die Stabilität und mögliche Kosteneinsparungen<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Strategie für offene Verwaltungsdaten in der Schweiz 2019–2023, BBI 2019 879, 880.

<sup>41</sup> POLEDNA/SCHLAURI/SCHWEIZER, Gutachten zu den rechtlichen Voraussetzungen der Nutzung von Open Source Software in der öffentlichen Verwaltung insbesondere des Kantons Bern, vom 18. August 2016, S. 2.; abrufbar unter: [www.fin.be.ch/fin/de/index/informatik/informatik/rechtliche\\_grundlagen/Publikationen.html](http://www.fin.be.ch/fin/de/index/informatik/informatik/rechtliche_grundlagen/Publikationen.html); vgl. auch Open Source Studie Schweiz 2018 der Universität Bern vom 20. Juni 2018, insb. S. 16, abrufbar unter: [www.oss-studie.ch](http://www.oss-studie.ch).

Open Source Software kann darüber hinaus die Kultur der Zusammenarbeit in der Informatik durch das Teilen von Quellcodes, durch die Kultur der offenen Kommunikation und durch die gemeinsame Weiterentwicklung fördern. Diese Prinzipien können angewendet werden, um die Zusammenarbeit in der Informatik innerhalb der Bundesverwaltung, mit den Kantonen und mit anderen öffentlichen Institutionen zu erhöhen. Damit wird die digitale Souveränität gestärkt und Abhängigkeiten von Software-Herstellern können reduziert werden.

Trotz dieser Vorzüge bleibt zu beachten, dass mit dem Einsatz von OSS im Bund keineswegs beabsichtigt wird, proprietäre Software zu verdrängen. Vielmehr soll proprietäre Software und OSS gleichberechtigt so eingesetzt werden, dass im jeweiligen Bedarfsfall die beste Lösung gefunden wird.

### **Einsatz von OSS im Bund**

Es gilt der Grundsatz, dass die öffentliche Hand grundsätzlich nach freiem (wenn auch pflichtgemässen) Ermessen entscheidet, ob sie Güter und Dienstleistungen, die sie zur Erfüllung der ihr obliegenden öffentlichen Aufgaben benötigt, selber herstellt oder am Markt beschafft (sog. «Make or buy»-Entscheid). In Anlehnung an die beschaffungsrechtliche Regelung erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine OSS oder ein lizenzierte Software handelt.

Eine spezifische rechtssatzmässige Regelung für den Einsatz von OSS im Bund ist somit nicht weiter erforderlich<sup>42</sup>. Entsprechend enthält der vorliegende Entwurf auch keine Bestimmungen zur Beschaffung und zum Einsatz solcher Software. Hingegen ist nachstehend zu klären, ob eine Rechtsgrundlage notwendig ist, damit der Bund Software, die er zur Erfüllung seiner Aufgaben entwickelt oder entwickeln lässt (einschliesslich Weiterentwicklungen), anderen Gemeinwesen (und auch weiteren Interessentinnen und Interessenten) zur Verfügung stellen kann.

### **Freigabe von OSS durch den Bund**

Die Freigabe von OSS kann in unterschiedlichem Zusammenhang erfolgen. Die Motivation für die Freigabe kann entsprechend vielfältig sein. Für die Bundesverwaltung ist die Freigabe von OSS namentlich in drei Konstellationen erwünscht:

- Soweit der Bund Software für die Erfüllung seiner Aufgaben entwickelt, kann es in seinem Interesse liegen, dass andere Gemeinwesen oder Private die Software nutzen, damit die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Hand, namentlich die Zusammenarbeit bei der gemeinsamen Aufgabenerfüllung, erleichtert wird.
- Sowohl bei der Nutzung bestehender OSS als auch bei Eigenentwicklungen des Bundes kann die Freigabe des Codes zur Bildung einer Entwickler-Community führen oder beitragen, welche die Software weiterentwickelt. Dies kann im Interesse der Bundesverwaltung liegen, wenn dadurch die Qualität der Software verbessert wird oder neue Funktionen geschaffen werden.
- In Fällen, in denen der Bund bestehende OSS nutzt und weiterentwickelt, kann sich ein Interesse an der Freigabe aus der dem Bund eingeräumten Lizenz ergeben.

Laut dem in Erfüllung des Postulats 14.4275 Glättli ergangenen Bericht des Bundesrates «Freigabe von Open Source Software durch die Bundesverwaltung»<sup>43</sup> vom 22. März 2017 bestehen für den *entgeltlichen* Vertrieb von Software mit den Artikeln 41 f. Finanzhaushaltsgesetz (FHG<sup>44</sup>) bereits Rechtsgrundlagen. Der entgeltliche Software-Vertrieb muss über die in Artikel 41a Absatz 1 FHG oder in einem Spezialgesetz genannten Bundesstellen erfolgen.

Aus Sicht des Bundes stellt sich allerdings die Frage, ob die *lizenzgebührenfreie* Weitergabe von Software einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

Aufgrund des Prinzips der staatsfreien Wirtschaftsordnung darf eine Verwaltungseinheit gewerbliche Leistungen gegenüber Dritten nur erbringen, soweit ein Gesetz sie hierzu ermächtigt (Art. 41 FHG). Klärungsbedarf besteht somit hinsichtlich der Frage, ob die lizenzgebührenfreie Weitergabe von

<sup>42</sup> POLEDNA/SCHLAURI/SCHWEIZER, a.a.O., Rz. 398.

<sup>43</sup> Abrufbar unter: [www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2014/20144275/Bericht%20BR%20D.pdf](http://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2014/20144275/Bericht%20BR%20D.pdf)

<sup>44</sup> SR 611.0

Software eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt oder nicht. Bejaht man die Frage, so gelten die Einschränkungen gemäss dem Grundsatz der staatsfreien Wirtschaftsordnung, nach dem eine wirtschaftliche Tätigkeit des Bundes voraussetzt, dass die Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt, eine formell-gesetzliche Grundlage besteht, verhältnismässig ist und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gewahrt bleibt. Wird jedoch davon ausgegangen, dass die lizenzgebührenfreie Weitergabe von OSS nicht als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren ist, so kann sie als Nebenprodukt der administrativen Hilfstätigkeit betrachtet werden. Diese bedarf keiner gesonderten gesetzlichen Grundlage, da sie von der gesetzlichen Grundlage der unterstützten Verwaltungsaufgabe immer ebenfalls abgedeckt ist.

### **Notwendigkeit einer formell-gesetzlichen Grundlage**

Ob die lizenzgebührenfreie Freigabe von OSS einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf, ist umstritten.

- Das Informatiksteuerungsorgan des Bundes (ISB) hat bei Prof. Dr. iur. GEORG MÜLLER und Dr. iur. STEFAN VOGEL ein Gutachten in Auftrag gegeben, das Aufschluss darüber geben soll, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen die Bundesverwaltung OSS-Lösungen weitergeben darf. In diesem Gutachten vertreten die Autoren die Meinung, jegliches Erbringen marktfähiger Leistungen an Dritte sei als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren. Die Gewinnabsicht oder Entgeltlichkeit sei zwar typisch, aber nicht begriffswesentlich. Die kostenlose staatliche Softwareabgabe an Dritte führe zu einer Wettbewerbsverzerrung. Entsprechend sei dafür eine gesetzliche Grundlage erforderlich.
- Im Gegensatz dazu sind die Gutachter Prof. Dr. iur. TOMAS POLEDNA, Prof. Dr. SIMON SCHLAURI und MLaw SAMUEL SCHWEIZER der Ansicht, alleine das unentgeltliche zur Verfügung stellen des Quellcodes sei in den meisten Fällen keine marktfähige Leistung. Dazu brauche es vielmehr komplementäre Dienstleistungen wie Integration, Wartung, Support und IT-Sicherheit, um den Code auch nutzen zu können. Ausserdem sei die Motivation für die Veröffentlichung von Software unter einer OSS-Lizenz entscheidend: Liege diese darin, die verwendete Software als Betriebsmittel zu verbessern, so handle es sich um die Beschaffung von Ressourcen und damit um Bedarfsverwaltung, welche mittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe diene. Im Übrigen sei das OSS-Nutzungsmodell in der Wirtschaft verbreitet und solange wettbewerbsneutral, als der Staat OSS so nutze und weitergebe, wie dies auch die Privaten tun würden. Eine formell-gesetzliche Grundlage sei nur in absoluten Ausnahmefällen notwendig, nämlich dann, wenn das OSS-Angebot der öffentlichen Hand zu schweren (faktischen) Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit führe oder ohne jeden sachlichen Zusammenhang zur Tätigkeit der Verwaltungseinheit entwickelt und veröffentlicht würde<sup>45</sup>.

Die Frage, ob eine formell-gesetzliche Grundlage notwendig ist, kann vorliegend indessen offen bleiben. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass eine solche entbehrlich ist, wirkt sich die unsichere Rechtslage hemmend auf die Freigabe von OSS aus. Die Schaffung einer formell-gesetzlichen Grundlage ist damit zumindest angezeigt, um Rechtssicherheit zu schaffen und der Bundesverwaltung für eine zeitgemäss IT-Führung notwendige Freiheit im Umgang mit OSS zu verschaffen.

### **Fazit zur OSS-Thematik**

In der Gesetzesvorlage wird eine Bestimmung unterbreitet, die die dem Gesetz unterstehenden Bundesbehörden ausdrücklich ermächtigt, OSS lizenzgebührenfrei an Interessentinnen und Interessenten (andere Gemeinwesen, Private) weiterzugeben. In Bezug auf die entgeltliche Weitergabe von OSS besteht im FHG bereits eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Diese muss über die in Artikel 41a Absatz 1 FHG oder in einem Spezialgesetz genannten Bundesstellen erfolgen.

#### **2.4.2 Open Government Data (OGD)**

Die Verwaltung erhebt und bearbeitet bei ihrer täglichen Arbeit zahlreiche Daten, die für alle Interessierten zu gleichen rechtlichen und vergleichbar niederschweligen technischen Bedingungen unentgeltlich zugänglich sein sollen, sofern kein überwiegendes legitimes Schutzinteresse besteht. Diese offenen Daten sind ein wesentlicher Beitrag an die politische Diskussion, indem sie die Transparenz

<sup>45</sup> Zum Ganzen: Bericht des Bundesrates vom 22. März 2017 «Freigabe von Open Source Software durch die Bundesverwaltung» (abrufbar unter: [www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2014/20144275/Bericht%20BR%20D.pdf](http://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2014/20144275/Bericht%20BR%20D.pdf)).

und Partizipation fördern, die Verantwortlichkeit stärken und zur Steigerung der Wertschöpfung beitragen (höhere Effizienz der Verwaltung, Ermöglichung von Innovation, Realisierung neuer Geschäftsmodelle) sowie auch zur Umsetzung der UN-Agenda 2030<sup>46</sup> für nachhaltige Entwicklung. Das Angebot einer freien Nutzung von menschlich sowie maschinell bearbeitbaren Verwaltungsdaten wird so zu einem Teil der transparenten, wirtschaftlichen und medienbruchfreien elektronischen Behördenleistungen für Bevölkerung, Wirtschaft und Verwaltung sowie Wissenschaft und ist eine Voraussetzung für eine Öffentlichkeit, in der auf der Grundlage frei zugänglicher Informationen politische Lösungen entwickelt und Wertschöpfung gesteigert werden.

In der vom Bundesrat am 30. November 2018 gutgeheissenen Strategie für offene Verwaltungsdaten in der Schweiz 2019–2023 (Open-Government-Data-Strategie, OGD-Strategie)<sup>47</sup> – bereits die zweite Strategie nach 2014–2018 – wird die strategische Leitlinie «open data by default» postuliert, der zufolge Daten, die durch die öffentliche Hand produziert oder in Auftrag gegeben werden, unter Vorbehalt entgegenstehender rechtlicher Vorschriften grundsätzlich als Open Government Data betrachtet und soweit technisch und rechtlich möglich ab 2020 von den Dateneignern in maschinenlesbarer Form publiziert werden sollen. Die so publizierten Daten sollen auf einer zentralen Plattform für offene Verwaltungsdaten in der Schweiz (voraussichtlich: «opendata.swiss»), referenziert werden. Im Auftrag des Bundesrats hat das Eidgenössische Departement des Innern EDI (GS/BFS) in Zusammenarbeit mit den betroffenen Ämtern geprüft, welche rechtsetzenden Arbeiten notwendig sind, um der Strategie, und insbesondere der kostenlosen Nutzung heute kostenpflichtiger Daten, Geltung zu verschaffen. Der vorliegende Entwurf eines Artikels 11 EMBaG ist das Resultat dieser Prüfung.

Als Open Government Data (OGD) werden Verwaltungsdaten bezeichnet, die aufgrund ihres Nutzens zur freien Weiterverwendung allgemein zugänglich gemacht werden sollen. Es handelt sich dabei um eine (kostenlose) Dienstleistung des Bundes, die analog zur Open Source Software als elektronische Dienstleistung des Bundes im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b EMBaG identifiziert werden kann. Die rechtliche Verankerung der OGD-Grundsätze im vorliegenden Gesetz liegt deshalb auf der Hand.

Die Verankerung der OGD-Grundsätze im Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ<sup>48</sup>) wurde im Rahmen der Arbeiten der Arbeitsgruppe OGD Recht erneut verworfen<sup>49</sup>. Das OGD-Prinzip ist zwar durchaus eng verwandt mit den Zwecken des BGÖ, da beide den allgemeinen Zugang zu Informationen bzw. Daten der Verwaltung beabsichtigen und so u.a. die Transparenz der Verwaltung fördern. Es bestehen aber auch grundsätzliche Unterschiede, die einer Verankerung von OGD im BGÖ entgegenstehen: So ist im BGÖ eine passive Informationsregelung (Hol-Prinzip) verankert, wohingegen OGD auf einer aktiven Informationsregelung (Bring-Prinzip) fusst. Zudem umfasst das BGÖ jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist; sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist; und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft. Als amtliche Dokumente im Sinne des BGÖ gelten auch solche, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können (Art. 5 BGÖ). In den Anwendungsbereich von OGD fallen dagegen nur solche Daten, die die Verwaltungseinheiten im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben erhoben oder erstellt haben und die elektronisch gespeichert und in Sammlungen strukturiert vorliegen. Sind Daten als OGD gemäss dem vorliegenden Gesetz öffentlich zugänglich gemacht, so gilt der Anspruch auf Zugang nach dem BGÖ aber für jedermann als erfüllt (vgl. Art. 6 Abs. 3 BGÖ).

OGD soll keine neue eigenständige Verwaltungsaufgabe sein, sondern als Nebentätigkeit durch die Verwaltungseinheiten erledigt werden können. Dennoch zeigen die Erfahrungen gewisser Kantone und anderer Staaten mit OGD, dass die Umsetzung mit Aufwand verbunden ist. Deshalb soll einerseits die Umsetzung etappenweise erfolgen und so den Verwaltungseinheiten ermöglichen, den Aufwand intern so weit als möglich zu kompensieren. Andererseits fallen Daten, die nur mit einem unverhältnismässigen Aufwand nach den Grundsätzen von OGD zur Verfügung gestellt werden könnten, gar nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Auch sollen die Verwaltungseinheiten weiterhin für spezielle, kundenspezifische Daten-Dienstleistungen (gestützt auf Art 46a Abs. 1 RVOG) Gebühren für die Abdeckung des Zusatzaufwands erheben können.

<sup>46</sup> Abrufbar unter: [www.are.admin.ch](http://www.are.admin.ch) > Nachhaltige Entwicklung > Internationale Zusammenarbeit

<sup>47</sup> OGD-Strategie Schweiz 2019–2023 Ziff. 4.2.3, BBl 2019 879, 883.

<sup>48</sup> SR 152.3

<sup>49</sup> Bereits im Rahmen der im Jahre 2015 erfolgten Abklärungen der damaligen Arbeitsgruppe Recht OGD wurde die Verankerung im BGÖ verworfen.

Der Begriff Daten wird in einem breiten Sinne verstanden, um der strategischen Leitlinie «open data by default», die ins Gesetz übertragen werden soll, gerecht zu werden. Es handelt sich um alle isolierten oder isolierbaren Einheiten, welche maschinell bearbeitet und analysiert werden können. Dabei handelt es sich beispielsweise um intentional hergestellte Daten (z.B. Statistiken, Finanzdaten, Registerdaten), um Messdaten (z.B. Wetterdaten, Geodaten, Verkehrsmessungen), aber auch um andere Informationen, die als Daten behandelt werden können, wie Listen (z.B. Krankenkassenprämien, verbotene Substanzen, Güter, die nicht ausgeführt werden dürfen), wie strukturierte oder unstrukturierte Texte (z.B. Archiv- oder Bibliothekskataloge, Rechtstexte) oder auch Multimediaproduktionen (digitale Bild-, Ton- oder Videodokumente mitsamt ihren Metadaten). Aufgrund der Schwierigkeit, die betroffenen Daten für alle Verwaltungseinheiten passend in einer Querschnittsbestimmung positiv zu definieren, wird der Ansatz verfolgt, «grundsätzlich alle Daten sind nach den Grundsätzen von OGD zu publizieren, ausser sie fallen in eine der klar definierten Ausschlusskategorien». Die allgemeine Einschränkung der Publikationspflicht auf Daten, die bereits elektronisch und in Sammlungen strukturiert vorliegen, ist nicht primär in der (qualitativen) Schwierigkeit der Definition der betroffenen Daten begründet. Sie ist vielmehr in quantitativer Hinsicht erforderlich, um die Umsetzung von OGD als Nebenaufgabe, also ohne zusätzliche Mittel, überhaupt zu ermöglichen.

### 2.4.3 Betrieb von elektronischen Behördendiensten durch den Bund

Ebenfalls zu den weiteren Anwendungsfeldern für den Einsatz elektronischer Mittel zählt der Betrieb von elektronischen Behördendiensten (Basisdiensten und E-Services) durch den Bund und die dem Bund eröffnete Möglichkeit, diese Dienste für verbindlich zu erklären.

Ein *Basisdienst* ist ein elektronischer Dienst, der eine gemeinsame, übergreifende Grundlage für andere, darauf aufbauende Behördenleistungen, die sog. E-Services, bildet. Basisdienste können für verschiedenste Prozesse (immer gleich) angewendet werden und sind keiner einzelnen Verwaltungsaufgabe direkt zugeordnet. Sie selbst schaffen noch keinen konkreten Wert bei der Verwaltungseinheit, die den Dienst einsetzt, oder beim Privaten, der ihn nutzt, sondern ermöglichen erst die Umsetzung einer konkreten E-Government-Lösung (in Form eines E-Services). Eine Abgrenzung der beiden Arten von elektronischen Behördendiensten erweist sich indessen nicht immer einfach.

Auf dem Wege der Verwirklichung befindet sich der nationale Adressdienst (NAD), der als Basisdienst konzipiert ist<sup>50</sup>. Mit dem NAD sollen die öffentlichen Verwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden sowie Dritte im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben künftig auf die gemeldete Wohnadresse der Einwohnerinnen und Einwohner der ganzen Schweiz zugreifen können. Administrative Prozesse können damit vereinfacht und öffentliche Aufgaben effizienter wahrgenommen werden. Für diesen Basisdienst mussten spezifische Rechtsgrundlagen geschaffen werden, da er die Rechtsstellung der Bürger namentlich in Bezug auf den Datenschutz berührt (vgl. Art. 12 Abs. 5 VE-EMBaG).

Der Aufbau von Basisdiensten wird in der Schweiz konsequent fortgesetzt. In der aktuellen E-Government-Strategie 2020–2023 erarbeiten Bund, Kantone und Gemeinden unter anderem den rechtlichen Rahmen für eine staatlich anerkannte elektronische Identität.

*E-Services* sind elektronische Angebote und Dienste, die eine durchgängige elektronische Zusammenarbeit unter öffentlichen Organen sowie zwischen diesen und Dritten (Bevölkerung und Wirtschaft) mit rechtsverbindlicher Wirkung ermöglichen. Ihnen liegt in der Regel ein oder mehrere Basisdienste zu Grunde. Konkretes und bereits in Betrieb stehendes Anwendungsbeispiel eines E-Services in Form eines Zugangsportals für Behördenleistungen bildet der Online-Schalter «EasyGov.swiss» für Unternehmen. Mit der Lancierung dieses Zugangsportals erfolgte im November 2017 im Rahmen der E-Government-Strategie Schweiz ein weiterer Schritt hin zu einer digitalen und nutzerorientierten Verwaltung. Der Online-Schalter EasyGov.swiss nutzt die Möglichkeiten der Digitalisierung und vereinfacht den Austausch zwischen Unternehmen und Behörden. Damit können die Unternehmen diverse Behördengänge effizient und sicher auf einer einzigen Online-Plattform abwickeln. Die sichere und zuverlässige Plattform ermöglicht das elektronische Abwickeln von Bewilligungs-, Antrags- und Meldeverfahren an einem Ort. Darüber hinaus erleichtert die Plattform die

<sup>50</sup> Die Vernehmlassungsfrist zum neuen Bundesgesetz über das nationale System zur Abfrage von Adressen natürlicher Personen (Adressdienstgesetz, ADG) lief bis 22. November 2019.

Orientierung, da sie bei einem konkreten Anliegen aufzeigt, welche Behördengänge in diesem Zusammenhang sonst noch nötig sind. Das alles spart bei den Unternehmen Zeit und Geld und vereinfacht den Datenaustausch innerhalb der Verwaltung.

Die nachfolgende Abbildung stellt Basisdienste («Basic infrastructure/Service») und E-Services («Solutions/Services») gegenüber:

**Digital transformation: Infrastructure & Services (E-Government Switzerland)**

	Basic Infrastructure/Service	Solutions/Services
<b>Citizens (GtoC)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Access to electronic government services</li> <li>- Electronic Identity (eID) [PPP]</li> <li>- Standardization maintenance</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- eMovingCH</li> <li>- eVoting</li> <li>- Services on communal level</li> <li>- e-Health Switzerland</li> </ul>
<b>Corporate / Economy (GtoB)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- One-stop-shop portal (for companies)</li> <li>- Creation of national address services</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Electronic reporting of VAT</li> <li>- Easygov.swiss</li> </ul>
<b>Administration (GtoG)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Identity Network Switzerland</li> <li>- eOperations [PPP]</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Validator for digital documents</li> <li>- Technical Coordination</li> </ul>

Renewal Swiss E-Government Strategy (2020-2023); focus on implementation of the six principles from the Tallinn declaration on eGovernment; close collaboration with cantons, communities and experts.

Federal Department of Finance FDP  
Federal IT Steering Unit FITSU

Es erstaunt nicht, dass die Interoperabilität in der Schweiz mit ihrer ausgeprägten föderalen Struktur eine Herausforderung darstellt. Soll aber eine effiziente E-Government-Zusammenarbeit über alle föderalen Ebenen hinweg kein Lippenbekenntnis bleiben, müssen gemeinsame Standards und Schnittstellen für den Austausch von Informationen geschaffen werden. Sie sind Voraussetzung, damit Verwaltungen gegenseitig auf Datenbestände zugreifen können. Zu einer reibungslosen Zusammenarbeit zwischen Bewohnern, Unternehmen und Verwaltung gehören insbesondere Basisdienste, welche eine effiziente Interaktion zwischen verschiedenen Akteuren ermöglichen. Erfahrungen aus dem Ausland haben gezeigt, dass der Betrieb von Basisdiensten entscheidend für eine erfolgreiche Ausbreitung und gute Etablierung von E-Government ist. Bereits im E-Government-Benchmark-Bericht der EU 2018<sup>51</sup> wurde deutlich hervorgehoben, dass die Schweiz einen Nachholbedarf bei der Bereitstellung von Basisdiensten aufweise. Basisdienste wie die elektronische Identität für eine sichere, staatlich anerkannte Identifikation, der elektronische Empfang und Versand von Dokumenten oder gemeinsame Datenregister für einen automatischen Abgleich bereits vorhandener Daten würden die Nutzung von Online-Diensten der Behörden entscheidend vereinfachen. Im aktuellsten Benchmark-Bericht der EU vom 23. September 2020<sup>52</sup> wurde der Schweiz zwar eine zwischenzeitliche Verbesserung attestiert, dennoch habe die Schweiz noch bei den Basisdiensten aufzuholen. Die Studien der EU zeigen, dass Staaten, die über gut ausgebaute Basisdienste verfügen, im E-Government führend sind. Zudem sind sie grundlegend für eine nutzerfreundliche und effiziente Abwicklung von elektronischen Prozessen.

<sup>51</sup> Die Europäische Kommission untersucht in der Studie E-Government-Benchmark den Fortschritt in der Digitalisierung der Verwaltung. Über jeweils zwei Jahre lässt sie dafür in acht Ereignissen aus dem privaten und geschäftlichen Umfeld die Erfüllung der Hauptindikatoren «Nutzerfreundlichkeit», «Transparenz», «grenzüberschreitende Mobilität für die Bevölkerung und die Unternehmen» sowie «Basisdienste» überprüfen. Die Studie von 2018 ist abrufbar unter: [www.egovernment.ch/de/dokumentation/control/](http://www.egovernment.ch/de/dokumentation/control/)

<sup>52</sup> Die Studie umfasst neben der Schweiz alle 27 EU-Mitgliedstaaten sowie Island, Norwegen, Serbien, Montenegro, die Türkei, das Vereinigte Königreich sowie Albanien und Nordmazedonien. Erneut schneiden Malta, Estland, Österreich und Lettland in der Gesamtbewertung der Erhebung am besten ab. Mit einer Gesamtleistung von 54 % (2018: 47 %) befindet sich die Schweiz auf Rang 29 von 36. Die Studie von 2020 ist abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/egovernment-benchmark-2020-egovernment-works-people>

Mit Blick auf diese Erkenntnisse wird in der Gesetzesvorlage vorgeschlagen, dass der Bund als oberste Staatsebene die benötigten Basisdienste und E-Services für die dem Gesetz unterstehenden Bundesbehörden verbindlich bezeichnen kann. Im Weiteren soll der Bund im Rahmen seines verfassungsmässigen Kompetenzbereichs sowie beim Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone durch den Betrieb von Basisdiensten und E-Services ein Mass an Verbindlichkeit und Standardisierung schaffen können, das die Interoperabilität auf horizontaler wie auch vertikaler Ebene gewährleistet. Dies bedingt indes, dass der Bund sowohl die Behörden der Kantone als auch ihre externen Verwaltungsträger zur Verwendung der bezeichneten elektronischen Behördendienste (unter anteilmässiger Kostentragung) verpflichten kann, soweit diese Bundesrecht umsetzen oder vollziehen und dabei elektronische Behördenleistungen anbieten. Bei der Erfüllung ausschliesslich kantonaler oder kommunaler Aufgaben soll dem Bund zudem ermöglicht werden, elektronische Behördendienste, die er zur Erfüllung von Bundesaufgaben ohnehin betreibt, auch für die Kantone und Gemeinden zwecks Erfüllung ihrer Aufgaben gegen Entgelt zu betreiben.

#### **2.4.4 Verbindlicherklärung von Standards**

Standards erleichtern die Zusammenarbeit, vereinfachen technische Lösungen, reduzieren Kosten, ermöglichen Interoperabilität und schaffen Transparenz.

Gemäss der E-Government-Strategie Schweiz 2020-2023 setzen Bund, Kantone und Gemeinden auf standardisierte Lösungen und offene Schnittstellen. Sie ermöglichen so eine nachhaltige kostensparende Digitalisierung von Verwaltungsleistungen und -prozessen und die durchgängige Übermittlung von Daten zwischen Behörden aller Staatsebenen.

Um dieses Ziel zu erreichen, beinhaltet die Gesetzesvorlage eine Bestimmung, die es dem Bund ermöglicht, für den einheitlichen und korrekten Vollzug von Bundesrecht durch Behörden des Bundes und der Kantone sowie durch externe Träger von Verwaltungsaufgaben Standards als verbindlich zu erklären.

### **2.5 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung**

Der Bund verfügt gegenwärtig über keine rechtlichen Grundlagen, die es ihm unter Wahrung des Legalitätsprinzips ermöglichen, sich im Bereich E-Government zum Zwecke der Zusammenarbeit an anderen Organisationen oder Unternehmen zu beteiligen. Die beabsichtigte Beteiligung des Bundes an eOperations hat den diesbezüglichen gesetzgeberischen Handlungsbedarf offenbart. Da auch künftige Beteiligungen des Bundes an anderen Organisationen zu Kooperationszwecken im E-Government-Bereich nicht auszuschliessen sind, soll eine generell-abstrakte Norm für derartige Beteiligungen geschaffen werden. In diesem Kontext soll der Bund auch ermächtigt werden, Verwaltungsaufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten auf die Organisationen bzw. Unternehmungen zu übertragen und entsprechende Finanzierungsverpflichtungen einzugehen.

Mit einer weiteren Gesetzesbestimmung soll der Bund in die Lage versetzt werden, Vereinbarungen über die Zusammenarbeit im E-Government-Bereich mit den Kantonen, anderen Staaten und Organisationen abzuschliessen und damit im Bedarfsfall auch die Schaffung gemeinsamer Organisationen vorzusehen. Mit dieser weit gefassten Grundlage soll dem Bundesrat bei der Zusammenarbeit mit den Gemeinwesen aller Staatsebenen die Möglichkeit gegeben werden, die für den jeweiligen Zweck günstigste Kooperationsform zu nutzen.

Mit einer rechtssatzmässigen Regelung zum Einsatz und zur Freigabe von OSS im Bund sollen sodann die rechtlichen Unsicherheiten überwunden werden, die bestehen, soweit der Bund OSS lizenzgebührenfrei weitergibt.

Die vorgeschlagene Rechtsgrundlage für Open Government Data verwirklicht die strategische Leitlinie «open data by default», um die anvisierte Open-Data-Kultur in allen Verwaltungseinheiten homogen umsetzen zu können. Damit schafft sie Rechtssicherheit, indem sie der Bundesverwaltung die explizite gesetzliche Grundlage für die Umsetzung des OGD-Prinzips verschafft (Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung).

Der Betrieb von Basisdiensten und E-Services sowie die Verbindlicherklärung von Standards durch den Bund sind weitere Instrumente, die die Digitalisierung der Verwaltung fördern bzw. sogar von fundamentaler Bedeutung für das Gelingen einer funktionstüchtigen «E-Government-Landschaft» in der Schweiz sind. Namentlich durch die vorgesehenen Möglichkeiten des Bundes, beim Vollzug von

Bundesrecht die Nutzung bezeichneter Basisdienste oder E-Services durch die Kantone als verbindlich zu erklären und Standards festzulegen, kann die Interoperabilität zwischen den Staatsebenen gewährleistet werden. Ohne klare gesetzliche Stütze vermögen diese Instrumente ihr Potenzial nicht zu entfalten, stellen sich bei konkreten Anwendungsfällen ansonsten laufend Fragen insbesondere nach der Zulässigkeit ihres Einsatzes sowie hinsichtlich der diesbezüglichen Entscheidzuständigkeit. Aber auch mit Blick auf das Legalitätsprinzip, wonach die Verwaltung grundsätzlich nur aufgrund und im Rahmen einer gültigen gesetzlichen Grundlage handeln darf, sind Rechtsgrundlagen zum Betrieb von Basisdiensten und E-Services sowie zur Festlegung von Standards unentbehrlich.

Eine mögliche – hier aber nicht näher geprüfte – Alternative zum Abschluss von Vereinbarungen zwischen schweizerischen Gemeinwesen sowie zur Übertragung von Aufgaben und Kompetenzen auf gemeinsame Organe wäre die Möglichkeit, die entsprechenden Aufgaben dem Bund zu übertragen (näher dazu siehe Ziff. 5.1.5).

## **2.6 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen**

Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Zusammenarbeit mit anderen Gemeinwesen sowie jener für die dargestellten weiteren Anwendungsfelder für den Einsatz elektronischer Mittel (OSS, OGD, Basisdienste, E-Services, Festlegung von Standards) bringt keine wesentlichen Kosten mit sich und schafft für sich allein auch keinen quantifizierbaren Nutzen. Es ist aber davon auszugehen, dass damit erhebliche künftige Einsparungen ermöglicht werden.

Die Umsetzung des OGD-Prinzips wird zwar nicht ganz ohne Aufwand möglich sein und führt aufgrund des Ausfalls von Gebühren zu Mindereinnahmen für den Bund. Letztere fallen jedoch gemäss der Querschnittsprüfung<sup>53</sup> zur Strategieumsetzung von Open Government Data Schweiz beim Bund relativ gering aus und können im Vergleich zum erwarteten volkswirtschaftlichen Mehrwert vernachlässigt werden. Zudem wird der erforderliche Aufwand (Initial- und laufender) durch eine etappenweise Umsetzung sowie die Einschränkung auf Daten, die ohne bedeutende zusätzliche Mittel OGD-mässig aufbereitet werden können, limitiert und kann so intern besser kompensiert werden.

Kosten verursacht wird die Entwicklung und der Betrieb von Basisdiensten und E-Services. Diese können zurzeit nicht abgeschätzt werden, müssten aber jeweils im Einzelfall beziffert werden. Soweit Dienste für die Kantone betrieben werden (sei es aufgrund einer Verbindlicherklärung oder infolge einer Zur-Verfügung-Stellung), sollen die damit verbundenen Kosten überwältigt werden. Der Vorentwurf sieht auch vor, dass der Bund im Bereich E-Government Finanzhilfen ausrichten kann, soweit dies für den einheitlichen und korrekten Vollzug von Bundesrecht dienlich ist. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass auch von ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Empfängern Leistungen im Bereich des E-Government erbracht werden, welche den Vollzug von Bundesrecht unterstützen.

Die Wirksamkeit von Zusammenarbeitsprojekten wird im Einzelfall von den entscheidungskompetenten Behörden anhand einer Kosten-/Nutzenabschätzung zu beurteilen sein.

## **2.7 Umsetzung**

Um dem aktuellen gesetzgeberischen Handlungsbedarf gerecht zu werden, sieht die vorgeschlagene Lösung den Erlass eines eigenständigen «Bundesgesetzes über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben» vor. Der Titel des Erlasses ist offen formuliert, um auch künftigen gesetzgeberischen Anliegen im weiten und laufend wachsenden Einsatzbereich der elektronischen Mittel (namentlich auf dem Gebiet des E-Government bzw. der digitalen Verwaltung) ein spezifisches und kohärentes Erlasswerk zur Verfügung zu stellen. Das vorgeschlagene Bundesgesetz bereichert dabei die bestehenden Bestimmungen zur analogen Verwaltungsführung nach Massgabe des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG<sup>54</sup>) mit zusätzlichen digitalen Handlungsformen.

Im Rahmen der Vorarbeiten wurde geprüft, ob die neuen Regelungen zu Zusammenarbeitsformen im Bereich digitalisierter Behördenleistungen – statt in einem eigenständigen Gesetz – in einen be-

<sup>53</sup> Prüfung durch die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) am 24. Juli 2018.  
<sup>54</sup> SR 172.010

stehenden Erlass (u.a. das RVOG) oder im Sinne eines Mantelerlasses in verschiedene Bundesgesetze eingefügt werden könnten. Ein solches Vorgehen wurde schliesslich aber verworfen, einerseits, weil die in Frage kommenden Erlasse einen anderweitigen Geltungsbereich haben und andererseits, weil die neuen Bestimmungen zur digitalen Modernisierung der Verwaltung nicht auf die ganze Rechtsordnung verstreut werden sollen. Ein eigenständiges Bundesgesetz bietet für künftige Rechtsergänzungen im Bereich des Einsatzes elektronischer Mittel zwecks Erfüllung von Behördenaufgaben, die fraglos noch kommen werden, ein spezifisches Erlassgefäss, in dem die Einheit der Materie gewahrt bleibt.

### **3 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln**

Die Regelungsinhalte des neuen Bundesgesetzes über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (VE-EMBaG) sind ausführlich unter den vorstehenden Ziffern 2.1 bis 2.7 beschrieben und begründet. Der folgende Kommentar zu den einzelnen Artikeln ist deshalb knapp gehalten.

#### **Artikel 1 Zweck**

Artikel 1 beschreibt den Zweck des Gesetzes, ohne konkrete Rechte oder Pflichten festzuhalten. Dieser Artikel ist programmatischer und nicht normativer Natur.

Das EMBaG setzt sich dem Gesetzestitel entsprechend zum Hauptziel, dem Bund hinreichende Rechtsgrundlagen für die Verwendung elektronischer Mittel zur Erfüllung seiner Aufgaben zu schaffen. Im Vordergrund steht in diesem Kontext die Regelung verbindlicherer Zusammenarbeitsformen des Bundes mit anderen Gemeinwesen, anderen Staaten und nationalen wie auch internationalen Organisationen (Bst. a). Namentlich die künftigen E-Government-spezifischen Vereinbarungen des Bundes mit den Kantonen werden so auf eine stabile rechtliche Basis gestellt. Neben der Kooperationsmöglichkeit über Vereinbarungen (Art. 5 VE-EMBaG) stehen hierbei ferner die Option der Beteiligung des Bundes an Organisationen (Art. 6 VE-EMBaG) wie auch die Übertragung von Aufgaben der administrativen Hilfstätigkeit im Bereich des E-Government auf Organisationen (Art. 9 VE-EMBaG) im Fokus. In diesem Zusammenhang ist die in Artikel 4 Absatz 2 VE-EMBaG statuierte Verpflichtung des Bundes zur Abstimmung seiner Tätigkeiten im Bereich des E-Government mit jenen der Kantone hervorzuheben, die koordinierte Zusammenarbeitsformen zwischen dem Bund und den Kantonen vorantreiben soll. Als Ausfluss dieser Kooperationsformen sollen die an der Zusammenarbeit beteiligten Partner von effizienten elektronischen Dienstleistungen (z.B. staatsebenenübergreifenden Beschaffungen entsprechender Dienste über Beschaffungsk Kooperationen) profitieren können, die die elektronische Abwicklung bestehender Verwaltungsprozesse durch Informations- und Kommunikationstechnologien vereinfachen sollen.

Als zweite Stossrichtung bezweckt das EMBaG die Schaffung eines gedeihlichen (Rechts-)Umfelds für die Verbreitung von elektronischen Dienstleistungen der Behörden zu Gunsten der Wirtschaft wie auch zu Gunsten der Bürgerinnen und Bürgern (Bst. b). Mit dem Gesetzesvorhaben sollen die Grundlagen geschaffen werden, damit die elektronische Bereitstellung von Behördenleistungen vereinfacht, verbessert, ausgebaut und weiterentwickelt werden. Der angestrebte Zuwachs an E-Government-Dienstleistungen steht im Kontext mit dem (Programm-)Artikel 4 VE-EMBaG, mit dem dem Bund aufgetragen wird, die elektronische Abwicklung seiner Geschäftsprozesse zu fördern. Die elektronischen Dienstleistungen, von denen die Wirtschaft und die Bevölkerung Nutzen ziehen sollen können, setzen sich aus dem Einsatz bzw. Betrieb von Open Source Software, Open Government Data, Basisdiensten und E-Services, als auch aus der Festlegung von Standards zusammen.

#### **Artikel 2 Geltungsbereich**

##### **Absatz 1**

Die Bestimmungen des VE-EMBaG gelten für die zentrale wie auch die dezentrale Bundesverwaltung, soweit nicht in anderen Bundesgesetzen (z.B. in bundesgesetzlichen Organisationserlassen) etwas anderes geregelt ist. Die Zugehörigkeit zur zentralen und dezentralen Bundesverwaltung wird

in den Artikeln 7 und 8 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV<sup>55</sup>) geregelt.

Wegen der Vielfalt der verschiedenen Autonomiebereiche ist es hingegen nicht sinnvoll, auch die mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung (im Sinne von Art. 2 Abs. 4 RVOG) vom Geltungsbereich des Gesetzes zu erfassen. Bei diesen Organisationen sind allenfalls erforderliche Bestimmungen zum Einsatz elektronischer Mittel im Zusammenhang mit dem Angebot elektronischer Behördenleistungen spezialgesetzlich vorzusehen. Die Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung werden in Absatz 2 einzig den Verbindlicherklärungen von elektronischen Behördendiensten (Basisdiensten, E-Services) und Standards durch den Bundesrat unterstellt (vgl. Art. 12 Abs. 3 Bst. b und Art. 13 Abs. 2 Bst. b VE-EMBaG).

In Bezug auf die Umsetzung des Open Government Data-Prinzips wird der persönliche Geltungsbereich in Artikel 11 vorerst auf die zentrale Bundesverwaltung eingeschränkt. Es wird hier der Strategie «Open Government Data Schweiz 2019-2023» gefolgt, die die OGD-Prinzipien lediglich für diese verbindlich erklärt und insbesondere keine Erweiterung des Geltungsbereichs durch gesetzlichen Zwang auf staatsnahe Betriebe oder Private anstrebt. Eine Umsetzung der Strategie in der dezentralen Bundesverwaltung sowie in staatsnahen Unternehmen wird aber langfristig durchaus angestrebt.

### *Absatz 2*

Mit Absatz 2 wird der Geltungsbereich des Gesetzes in Bezug auf die Regelungen zu Verbindlicherklärungen auf die Verwaltungen der Kantone und die externen Verwaltungsträger erweitert, die mit Verwaltungsaufgaben des Vollzugs von Bundesrecht betraut wurden. Dabei spielt es keine Rolle, ob den ausserhalb der Verwaltung stehenden Organisationen bzw. Personen die Aufgabenerfüllung, also der Vollzug von Bundesrecht, vom Bund oder den Kantonen übertragen wurde (vgl. dazu Erläuterungen zu Art. 12 Abs. 3 VE-EMBaG). Die Erweiterung des Geltungsbereichs auf die Kantone beschränkt sich aufgrund der Gewaltenteilung auf die kantonale Exekutive. Nicht erfasst sind kantonale Parlamente oder kantonale Gerichte.

Die Regelungen zu Verbindlicherklärungen umfassen die Artikel 12 bis 14 und betreffen die Nutzung von elektronischen Behördendiensten (Basisdienste und E-Services) sowie die verbindliche Bestimmung von Standards durch den Bundesrat. Für die Kantone und die externen Verwaltungsträger ebenfalls anwendbar ist die Ausnahmebestimmung zu den Verbindlicherklärungen (Art. 14 VE-EMBaG).

### *Absatz 3*

Dem Gesetz nicht unterstellt werden die Bundesversammlung sowie die eidgenössischen Gerichte, da sich in der Legislative und Judikative spezifische Bedürfnisse beim Einsatzes elektronischer Mittel stellen. Zu erwähnen ist hier insbesondere das in Entstehung begriffene Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ; Vernehmlassung läuft bis 26. Februar 2021), das eine von den Kantonen und vom Bund getragene Plattform für den elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr vorsieht («E-Justice»). Das damit verbundene Projekt «Justitia 4.0» der Schweizer Gerichte bezweckt die Digitalisierung der zentralen Geschäftsprozesse der Justiz.

Sowohl der gesetzgebenden (vertreten durch die Parlamentsdienste) wie den rechtsprechenden Instanzen des Bundes wird mit Absatz 3 aber auf freiwilliger Basis ermöglicht, sich durch Vereinbarung mit dem Bundesrat dem Gesetz oder ausgewählten Artikeln des Gesetzes zu unterstellen. Eine Teilunterstellung könnte für die Parlamentsdienste und die eidgenössischen Gerichte namentlich hinsichtlich der Bestimmungen zu den elektronischen Behördendiensten (Art. 12 VE-EMBaG) sowie der Verbindlicherklärung von Standards (Art. 13 VE-EMBaG) von Interesse sein.

Der Bundesrat entscheidet nach pflichtgemäsem Ermessen, ihm unterbreiteten (Teil-)Unterstellungsangeboten im Einzelfall zuzustimmen und mittels Vereinbarung die Unterstellung zu verankern oder sie abzulehnen (z.B., weil ein konkretes Angebot zur Teilunterstellung keinen Mehrwert generiert). Soweit sich Unterstellungen auf Beschaffungsfragen auswirken, sollten vor dem Abschluss

einer Unterstellungsvereinbarung die Beschaffungsstellen des Bundes angehört und über die betreffenden Abschlüsse rechtzeitig informiert werden.

Vorbehalten bleiben auf jeden Fall allfällige einer Unterstellung zuwider lautende Bestimmungen in anderen Bundesgesetzen.

#### **Absatz 4**

Bestehen Bestimmungen in anderen Erlassen, die den Regelungen im VE-EMBaG widersprechen, gehen diese vor. Denkbar ist zum Beispiel, dass die Kostentragung bei Zusammenarbeitsprojekten im Bereich des E-Government in spezifischen Erlassen geregelt wird und von den allgemeinen Regelungen zur Kostentragung im VE-EMBaG abweicht. Diesfalls ist die spezialgesetzliche Bestimmung zur Anwendung zu bringen. Die weiteren, nicht den spezifischen Regelungen widersprechenden Bestimmungen des VE-EMBaG, bleiben indes weiterhin anwendbar.

### **Artikel 3 Begriffe**

Im dritten Artikel werden erklärungsbedürftige Begriffe im Zusammenhang mit dem Einsatz elektronischer Mittel einer Definition im Bundesrecht zugeführt.

#### **Buchstabe a «E-Government»**

Es bestehen zahlreiche Begriffserklärungen zu E-Government, im Kern lassen sie sich aber vereinfacht auf die elektronische Leistungserbringung der verschiedenen Staatsgewalten (Legislative, Exekutive, Judikative) reduzieren. Die E-Government-Strategie des Bundes geht von folgender Definition aus<sup>56</sup>:

«E-Government bedeutet den Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) in öffentlichen Verwaltungen in Verbindung mit organisatorischen Änderungen und neuen Fähigkeiten, um öffentliche Dienste und demokratische Prozesse zu verbessern und die Gestaltung und Durchführung staatlicher Politik zu erleichtern.»

Ausgehend von dieser Definition wird E-Government in der Gesetzesvorlage mit den wesentlichen Merkmalen, nämlich mit der behördlichen Aufgabenerfüllung unter Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien, umschrieben. Mit anderen Worten beschreibt E-Government die elektronische Abwicklung von Geschäftsprozessen mittels Einsatzes von IKT für die Interaktion zwischen Behörden untereinander (auch staatsebenenübergreifend) und mit Dritten (natürlichen und juristischen Personen)<sup>57</sup>. Vorausgesetzt wird eine rechtsverbindliche Kommunikation.

Soweit im Gesetzesentwurf und dem Bericht die Rede ist von «im Bereich des E-Government» (oder ähnlichen Formulierungen), sind darunter mithin sämtliche Formen des Einsatzes von IKT zur Erfüllung behördlicher Aufgaben zu verstehen.

Der Begriff «E-Government» befindet sich indes in einem ständigen Wandel und ist entsprechend der technologischen Entwicklung stetig anzupassen. Eine exakte und abschliessende Definition und Bereichsbestimmung des Begriffs E-Government unterliegt dem Wandel der Zeit und ist daher nicht als abschliessend zu verstehen.

#### **Buchstabe b «Elektronische Behördendienste»**

Unter dem Begriff «elektronische Behördendienste» werden Mittel der Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) zur Erfüllung von behördlichen Aufgaben verstanden. Im vorliegenden Gesetzeskontext lassen sie sich in Basisdienste und E-Services unterteilen.

Basisdienste bilden die Grundlage für die elektronische Abwicklung von Verwaltungsabläufen. Auf ihnen können weitere eigene oder behördenübergreifende Dienste, die sog. E-Services, aufgebaut werden. Basisdienste umfassen namentlich zentrale Dienste in den nachfolgenden Bereichen:

- Identitäts- und Zugangsmanagements, z.B. elektronische Identitätsdienste (die die Verwendung der E-ID ermöglichen) oder die Plattform für den sicheren Austausch («sedex»), damit

<sup>56</sup> Vgl. E-Government-Strategie Schweiz vom 5. Januar 2017, S. 2.

<sup>57</sup> SCHNELL/AMMANN/GRÜNENFELDER, Max Weber in der Digitalisierungsfalle, E-Government in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2018, S. 6.

der Zugang zu Behördenleistungen sichergestellt werden kann. Auch Portale, die Zugang zu spezifischen Behördendiensten ermöglichen, sind vom Begriff der Basisdienste erfasst.

- Geteilte Verzeichnisse, z.B. behördenübergreifende Stammdatenverwaltung, Register, nationaler Adressdienste (NAD) für den innerbehördlichen Austausch.

Ergänzende Informationen zu Basisdiensten sind unter Ziffer 2.4.3 zu finden.

Die Abwicklung der Geschäftsprozesse erfolgt durch spezifische E-Government-Anwendungen (E-Services bzw. E-Government-Services). Darunter werden sämtliche Angebote und Dienste verstanden, die eine durchgängige elektronische Zusammenarbeit unter öffentlichen Organen sowie zwischen diesen und Dritten (Bevölkerung und Wirtschaft) mit rechtsverbindlicher Wirkung ermöglichen. Dabei sind nicht nur solche gemeint, die den natürlichen Personen oder den Unternehmen direkt von Nutzen sind bzw. von diesen direkt wahrgenommen werden. Es können auch rein verwaltungsinterne Dienste sein<sup>58</sup>.

Als Beispiel eines E-Services kann «eUmzugCH» genannt werden, ein Service, der die elektronische Meldung und Abwicklung des Umzugs zum Ziel hat<sup>59</sup>. Weitere laufende Projekte betreffen z.B. den Signaturvalidator für Behörden-Dokumente.

Für weiterführende Informationen wird auf Ziffer 2.4.3 verwiesen.

Der Gesetzesentwurf knüpft keine unterschiedlichen Rechtsfolgen an die Begriffe «Basisdienst» und «E-Service» an.

## **Artikel 4 Grundsätze**

### **Absatz 1**

Der Hauptvorteil von E-Government für Bevölkerung und Unternehmen liegt darin, dass sämtliche Interaktionen mit öffentlichen Verwaltungen und Organisationen vereinfacht, beschleunigt und transparenter ausgestaltet werden. Der technische Fortschritt ermöglicht neue Kommunikations- und Interaktionswege, so dass in immer mehr Bereichen eine durchgängige elektronische Zusammenarbeit unter öffentlichen Organen sowie zwischen diesen und Dritten mit rechtsverbindlicher Wirkung ermöglicht wird. Mit Artikel 4 Absatz 1 werden die diesem Gesetz unterstehenden Bundesbehörden ausdrücklich verpflichtet, zur Erhöhung der Effizienz und zur Erschliessung neuer Möglichkeiten die elektronische Abwicklung ihrer Geschäftsprozesse anzustreben, was insbesondere durch Innovationen sowie kontinuierliche Erweiterung und Verbesserung des bestehenden Angebots an digitalen Behördenleistungen zu erfolgen hat. Hierbei hat der Bund sicherzustellen, dass ein einfacher und sicherer Zugang zu den elektronischen Behördenleistungen gewährleistet ist. Insgesamt wird damit das vom Bundesrat verabschiedete Leitbild «*Digital First*» in der Bundesgesetzgebung verankert<sup>60</sup>.

Mit «*Digital First*» wird dem Bund vorgegeben, zukünftig bei der Bereitstellung von Informationen und Diensten den digitalen Kanal zu priorisieren. Um den Wandel hin zur digitalen Verwaltung zu erreichen, hat der Bund den elektronischen Kanal zukünftig so attraktiv zu gestalten, dass dieser für die Bevölkerung und die Wirtschaft zur ersten Wahl wird: Der Bund bietet seine Informationen und Dienste grundsätzlich elektronisch an, wo immer möglich adaptiert für mobile Geräte. Er verbessert den Zugang zu seinem elektronischen Leistungsangebot, stellt dessen Barrierefreiheit sicher und setzt auf durchgängig elektronische Prozesse. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird dabei gewahrt. Welcher Mittel sich der Bund zur Erreichung dieses Ziels bedienen soll, wird durch das Gesetz nicht vorgegeben.

Weitere Vorkehrungen zur Förderung von E-Government können Zusammenarbeits-Vereinbarungen des Bundes mit anderen Gemeinwesen, Staaten und Organisationen, Beteiligungen an als auch Aufgabenübertragungen auf Organisationen bilden.

<sup>58</sup> Bericht zum St. Galler Gesetz über E-Government, S. 26.

<sup>59</sup> Bund, Kantone und Gemeinden haben im Rahmen des Projekts «eUmzugCH» eine Lösung erarbeitet, die den Meldeprozess neugestaltet. Diese soll schweizweit eingeführt werden.

<sup>60</sup> Das Leitbild «*Digital First*» wurde vom Bundesrat im Rahmen der Gutheissung der Eckwerte für die E-Government-Strategie Schweiz ab 2020-2023 am 14. November 2018 angenommen. Abrufbar unter: [www.news.admin.ch/news/message/attachments/59197.pdf](http://www.news.admin.ch/news/message/attachments/59197.pdf)

## *Absatz 2*

Aus der Optik der Bundesverfassung kann E-Government nicht zu jenen Staatsaufgaben gezählt werden, die nach Massgabe der verfassungsrechtlichen Zuteilungskriterien der einen oder anderen Staatsebene oder der einen oder anderen Staatsgewalt zur Erfüllung zugewiesen sind. Bereits aufgrund dessen wird offensichtlich, dass ein gemeinwesenübergreifendes E-Government in vielen Fällen ein gemeinschaftliches Zusammenwirken erfordert.

Damit die Bevölkerung, die Wirtschaft und die öffentliche Hand von den aktuellen Vorzügen des E-Government sowie noch kommenden Entwicklungen in diesem Bereich bestmöglich profitieren können, ist eine enge und auf einander abgestimmte Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen unerlässlich. Um die Ausbreitung von E-Government zu unterstützen, muss der Bund die diesbezüglichen Bedürfnisse der Kantone hinreichend berücksichtigen, ihre Autonomie wahren, sie unterstützen und seine Strategien, wo nötig, mit denjenigen der Kantone koordinieren. Gerade in Bereichen, in denen die Kantone Bundesrecht umsetzen und dabei elektronische Mittel einsetzen, hat der Bund den kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen und den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen (Art. 46 Abs. 3 BV).

Die Aufgaben auf dem Gebiet des E-Government erfordern immer stärker gemeinsame Lösungsansätze. Mit dem vorgeschlagenen Absatz 2 werden die Bundesbehörden bei der Realisierung von E-Government-Vorhaben, die die Kantone tangieren, zur Koordination mit den Behörden der Kantone verpflichtet. Es handelt sich hierbei um eine Konkretisierung der in Artikel 44 Absatz 1 und 2 der Bundesverfassung verankerten Pflicht von Bund und Kantonen zum Zusammenwirken, zur gegenseitigen Unterstützung und Rücksichtnahme. Eine entsprechende Pflicht der kantonalen Behörden wäre – soweit sie sich nicht bereits aus Artikel 44 BV ergibt – im kantonalen Recht vorzusehen. Die verfassungsmässige Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen darf aber trotz gegenseitiger Verpflichtungen nicht unterlaufen werden.

Aus der Koordinationsverpflichtung nach Artikel 4 Absatz 2 können keine gegenseitigen finanziellen Unterstützungsleistungen abgeleitet werden.

## *Absatz 3*

Die Priorisierung der digitalen Interaktion gegenüber analogen Angeboten birgt auch Gefahren in sich, namentlich die Gefahr, dass Teilen der Bevölkerung die Nutzung elektronischer Dienstleistungen verwehrt bleibt (z.B. wegen Barrieren oder mangelhafter sprachlicher Verständlichkeit), oder, dass die bei der Nutzung digitaler Angebote zirkulierenden Daten ungenügend vor dem Zugriff unberechtigter Dritter gesichert sind.

Um derartigen Gefahren vorzubeugen, werden die Bundesbehörden ausdrücklich verpflichtet, bei der Digitalisierung von Behördenleistungen die Bedürfnisse der Bevölkerung immer im Fokus zu behalten. So haben sie namentlich die Barrierefreiheit ihres elektronischen Leistungsangebots sicherzustellen und Risiken für die Sicherheit sowie Verfügbarkeit von Daten und Diensten zu berücksichtigen.

## **Artikel 5 Abschluss von Vereinbarungen**

### *Absatz 1*

Absatz 1 verschafft dem Bund die Rechtsgrundlage für den Abschluss von Vereinbarungen, die die technische und organisatorische Umsetzung einer Zusammenarbeit im Bereich des E-Government und deren Finanzierung zum Gegenstand haben. Die Einschränkung auf die «technische und organisatorische Umsetzung» bringt dabei zum Ausdruck, dass mit der vorliegenden, sehr allgemeinen Bestimmung nicht die Grundlage für eine inhaltliche Regelung der Zusammenarbeit an sich gelegt werden kann, sondern nur für die Umsetzung einer Zusammenarbeit, die anderswo ihre rechtlichen Grundlagen findet (z.B. für gemeinsame Beschaffungen im BöB und im kantonalen Beschaffungsrecht). So ginge insbesondere eine Vereinbarung, die die beteiligten Gemeinwesen verbindlich zur Zusammenarbeit in bestimmten Bereichen (etwa bei der gemeinsamen Beschaffung bestimmter Güter) verpflichtet, über diesen Rahmen hinaus. Dafür wären spezifischere Gesetzesgrundlagen erforderlich. Hingegen könnte gestützt auf die vorliegende Bestimmung eine Vereinbarung darüber geschlossen werden, wie gemeinsame Beschaffungen auf technischer und organisatorischer Ebene

abzuwickeln sind. Dabei können die Vereinbarungen vom geltenden (z.B. Beschaffungs-) Recht nicht abweichen.

Entsprechende Vereinbarungen sind gestützt auf diese Bestimmung zudem nur zulässig, wenn

- der Bund beim jeweiligen Vorhaben in Erfüllung seiner (materiell-rechtlichen) Aufgaben und
- in Umsetzung der Grundsätze gemäss Artikel 4 VE-EMBaG

handelt. Eine Zusammenarbeitsvereinbarung setzt mithin voraus, dass es sich um eine in einem Sachgesetz kompetenzkonform umschriebene öffentliche Bundesaufgabe handelt und in Bezug auf diese Aufgabe die Geschäftsprozesse elektronisch abgewickelt werden sollen. Das Spektrum an Zusammenarbeitspartnern erstreckt sich dabei auf alle inländischen Gemeinwesen und nationalen Organisationen (vgl. dazu aber Absatz 5, der den Abschluss völkerrechtlicher Verträge regelt).

Die in Absatz 1 Buchstaben a und b aufgeführten Bereiche der Zusammenarbeit dienen als Beispiele, in denen föderale Kooperationen vordringlich anzustreben sind. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

### *Absatz 2*

In Bezug auf den Inhalt der Vereinbarung gibt Absatz 2 vor, welche Regelungsinhalte eine Vereinbarung vorzusehen hat, sofern sie im konkreten Anwendungsfall auch geboten sind. Es sind dies die Zuständigkeiten, die Organisation, die Finanzierung und das anwendbare Recht, insbesondere hinsichtlich der Staatshaftung, der Arbeitsverhältnisse, der beruflichen Vorsorge, der Beschaffungen und des Datenschutzes.

### *Absatz 3*

Während die Absätze 1 und 2 eine Zusammenarbeit des Bundes mit Dritten ermöglichen, ohne dass dazu eigens eine rechtsfähige Organisation oder Einrichtung zu schaffen ist (gegebenenfalls führt eine solche Zusammenarbeit zu einer einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. Obligationenrecht [OR<sup>61</sup>], mithin zu einem relativ losen Verbund von Partnern gleicher Interessen ohne Rechtspersönlichkeit), wird mit Absatz 3 klargestellt, dass eine Vereinbarung auch die Schaffung einer gemeinsamen – z.B. vom Bund und den Kantonen getragenen – und mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Organisation beinhalten kann.

### *Absatz 4*

Grundsätzlich ist der Bundesrat für den Abschluss von Vereinbarungen mit den Kantonen und (nationalen) Organisationen zuständig. Als Beispiel genannt sei die öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz 2020<sup>62</sup>.

Der Abschluss von Vereinbarungen durch Exekutivbehörden führt naturgemäss dazu, dass dadurch Kompetenzen von der Legislative zur Exekutive verschoben werden. Es ist zudem bei den Vereinbarungen besonders darauf zu achten, dass die in der Bundesverfassung verankerten Kompetenzen von Bund und Kantonen nicht untergraben und die demokratischen Mitbestimmungsrechte so wenig wie möglich beeinträchtigt werden.

### *Absatz 5*

Bei Vereinbarungen des Bundes mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen über die Zusammenarbeit im Bereich E-Government handelt es sich um völkerrechtliche Verträge. Gemäss Artikel 54 BV besitzt der Bund eine umfassende Staatsvertragskompetenz, die auch die innerstaatlich in den Kompetenzbereich der Kantone fallenden Sachgebiete umfasst. Den Kantonen steht allerdings ein Mitspracherecht an aussenpolitischen Entscheiden zu, sofern ihr Zuständigkeitsbereich oder ihre wesentlichen Interessen davon betroffen sind (Art. 55 BV).

Gemäss Artikel 184 Absatz 1 und 2 BV ist die Vertretung im völkerrechtlichen Verkehr Sache des Bundesrates, wobei er die Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung zu wahren hat (Art. 184 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 sowie Art. 166 Abs. 1 BV). Die Unterzeichnung erfolgt demnach grundsätzlich

<sup>61</sup> SR 220

<sup>62</sup> BBl 2019 8729

unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Bundesversammlung und der nachfolgenden Ratifikation.

Eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht besteht gemäss Artikel 166 Absatz 2 BV sowie Artikel 7a Absatz 1 RVOG nur aufgrund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag<sup>63</sup>. Ebenfalls selbstständig abschliessen kann der Bundesrat völkerrechtliche Verträge von beschränkter Tragweite. Was als völkerrechtlicher Vertrag von beschränkter Tragweite gilt oder nicht, wird in Artikel 7a Absatz 3 und 4 RVOG geklärt.

Die in Artikel 5 Absatz 4 und 5 VE-EMBaG statuierte Vertragsabschlusskompetenz des Bundesrates ist sachlich begrenzt auf den Bereich des E-Government. Mit dieser Gesetzesbestimmung wird der Bundesrat ausdrücklich ermächtigt, auf diesem Sachgebiet selbstständig Verträge mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen abzuschliessen, ohne dass sie unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Bundesversammlung stünden. Gemäss Artikel 48a Absatz 1 zweiter Satz RVOG kann der Bundesrat die Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge von beschränkter Tragweite auch an ein Bundesamt delegieren.

Besonders zu beachten ist, dass die Abschlusskompetenz des Bundesrats nach der vorliegenden Bestimmung nur so weit geht, wie in der betreffenden Vereinbarung ausschliesslich die Modalitäten der elektronischen Unterstützung der Erfüllung der anderswo im Bundesrecht kompetenzgemäss geregelten Staatsaufgaben geregelt werden (insb. die Harmonisierung oder Vergemeinschaftung von Entwicklung, Beschaffung, Betrieb oder Wartung von IKT-Mitteln). Gestützt auf diese Bestimmung können hingegen keine verbindlichen Verpflichtungen zur Zusammenarbeit und keine Regeln über die Staatsaufgaben an sich geschaffen werden, oder gar über die Rechte und Pflichten Privater.

Ausgeschlossen bleibt, dass der Bundesrat gestützt auf Absatz 3 selbstständig mit dem Ausland die Gründung internationaler Organisationen oder den Beitritt zu solchen vereinbart. Aus diesem Grund ist die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf die Gegenstände nach Absatz 1 und 2 beschränkt.

#### *Absatz 6*

Der Abschluss von Vereinbarungen nach Artikel 5 VE-EMBaG ist nur zulässig, soweit die dazu erforderlichen Rechtsgrundlagen bereits anderweitig vorhanden sind. So soll sich beispielsweise die Bearbeitung von Personendaten nach den geltenden Datenschutzbestimmungen richten und nicht in abweichender Weise im Rahmen einer Vereinbarung geregelt werden.

### **Artikel 6 *Beteiligungen des Bundes***

#### *Absatz 1*

Dieser Artikel bietet dem Bund die Rechtsgrundlage für Beteiligungsvorhaben zum Zweck der Zusammenarbeit im Bereich des E-Government. Eine derartige Beteiligung muss stets der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben der Bundesbehörden dienen.

Im Unterschied zum Abschluss von Vereinbarungen nach Artikel 5 kann der Bund bei Beteiligungen je nachdem nur darüber entscheiden, ob er sich an einer (in Regel bereits bestehenden) Organisation beteiligen will, ohne dabei die Rechtsverhältnisse bezüglich Organisation, Finanzierung oder des anwendbaren Rechts gestalten zu können. Zu denken ist beispielsweise an den Erwerb von Aktien einer im Anwendungsbereich des Gesetzes tätigen Gesellschaft.

Für weiterführende Informationen wird auf Ziffer 2.2 verwiesen.

#### *Absatz 2*

Zuständig für den Beschluss einer Beteiligung ist der Bundesrat.

### **Artikel 7 *Kostentragung bei Vereinbarungen und Organisationen***

Die Regelung zur anteilmässigen Kostenverteilung unter den an einer Vereinbarung (gemäss Art. 5) oder an einer Organisation (gemäss Art. 6) partizipierenden Parteien stützt sich auf das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz gemäss Artikel 43a Absatz 2 und 3 BV. Gemäss diesem Prinzip muss sich

<sup>63</sup> Vgl. auch Art. 24 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10).

im Rahmen einer staatlichen Aufgabe der Kreis der Nutzniesser mit demjenigen der Kostenträger und der Entscheidungsträger decken. Dementsprechend haben die an einer Zusammenarbeitsvereinbarung oder an einer Organisation beteiligten Vertragsparteien nach Mass der Nutzung der jeweiligen Leistungen die anfallenden Kosten zu tragen.

Der Bund kann sich an Vereinbarungen und Organisationen nur beteiligen, wenn beim jeweiligen Beteiligungsvorhaben die anteilmässige Kostentragung nach Massgabe der Nutzung vorgesehen ist.

Diese Bestimmung dient auch als bundesrechtliche Finanzierungsgrundlage für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen an Organisationen und für eine allfällige Ausstattung der Organisationen mit den erforderlichen Mitteln. Die anteilmässige Kostentragung stellt gleichzeitig klar, dass nebst der Beteiligung an einer Organisation und einer allfälligen Kapitalausstattung weitere Subventionen von Seiten des Bundes nur im Rahmen von Artikel 8 möglich sind.

## **Artikel 8 Finanzhilfen**

### **Absatz 1**

Massnahmen im Bereich E-Government, die von einem Gemeinwesen oder einer Organisation für einen bestimmten Zweck umgesetzt werden, können in vielen Fällen Ergebnisse bringen, die mit verhältnismässig geringem Aufwand so angepasst werden, dass sie auch von anderen Gemeinwesen, namentlich vom Bund, genutzt werden können. Solche Projekte Dritter können im Interesse des Bundes liegen, zum Beispiel, wenn sie die Verbesserung der Interoperabilität zum Gegenstand haben. Artikel 8 VE-EMBaG gibt dem Bund eine Grundlage, um solche Massnahmen mit Finanzhilfen zu fördern. Im Hinblick auf die verfassungsmässige Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen sollen solche Finanzhilfen nur möglich sein, soweit dies für den einheitlichen und korrekten Vollzug von Bundesrecht erforderlich ist. Diese Erforderlichkeit ist nicht im dem Sinn zu verstehen, dass eine einheitliche und korrekte Anwendung des Bundesrechts ohne die Ausrichtung von Finanzhilfen überhaupt nicht erreicht werden könnte. Vielmehr bedeutet sie, dass es kein Mittel geben darf, das weniger stark in die Autonomie der Kantone eingreift, dennoch dieselben günstigen Auswirkungen auf die Anwendung des Bundesrechts hat und keine anderweitigen gravierenden Nachteile mit sich bringt.

Die Finanzhilfen haben sich im Rahmen der bewilligten Kredite zu bewegen. Als Empfänger der Subventionen kommen Kantone, externe Verwaltungsträger von Bund und Kantonen sowie Organisationen, mit denen der Bund Vereinbarungen nach Artikel 5 VE-EMBaG abschliesst oder an denen sich der Bund beteiligt, in Frage. So könnte beispielsweise eine gemeinsame Organisation von Bund und Kantonen zur Koordination und Steuerung der Digitalen Verwaltung (d.h. eine mögliche künftige Etappe im laufenden Projekt Digitale Verwaltung Schweiz DVS) mit eigener Rechtspersönlichkeit Finanzhilfen erhalten.

### **Absatz 2**

Die Gewährung von Finanzhilfen hat im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge zu erfolgen. So kann vermieden werden, dass sich der Empfänger seinen Aufgaben einseitig unter Verzicht auf die Finanzhilfen entledigt. Die Zuständigkeit für den Abschluss der Verträge richtet sich nach der Zuständigkeitsordnung des Bundes. Die Zuständigkeit der Verwaltungseinheiten folgt hier der – in Gesetz und/oder Verordnung geregelten – Zuständigkeit für die Erfüllung der zugrundeliegenden Verwaltungsaufgabe (vgl. Art. 8 Abs. 1 und 47 Abs. 2 RVOG). Die üblicherweise auf Gesetzesstufe zu verankernden Anforderungen wie zum Beispiel die Art der Beiträge (à-fonds-perdu-Beitrag, Darlehen, Defizitgarantien etc.) bilden zwingenden Bestandteil des Vertrages.

Insbesondere bei der Förderung mehrjähriger Programme wird es angezeigt sein, mit den Kantonen Programmvereinbarungen im Sinne von Artikel 20a des Subventionsgesetzes (SuG)<sup>64</sup> abzuschliessen. Darin sind die gemeinsam zu erreichenden strategischen Programmziele und die Beitragsleistung des Bundes festzulegen. Ferner sind, im Einvernehmen mit der Eidgenössischen Finanzkontrolle, die Einzelheiten der Finanzaufsicht zu regeln.

<sup>64</sup> SR 616.1

## **Artikel 9 Übertragung von Aufgaben**

### **Absatz 1**

Mit diesem Absatz bzw. generell mit Artikel 9 wird die für die Übertragung von Aufgaben der administrativen Hilfstätigkeiten erforderliche formell-gesetzliche Grundlage geschaffen. Die Kompetenz des Bundesrates ist auf Aufgabenübertragungen im Bereich des E-Government, mithin auf administrative Hilfstätigkeiten im Bereich des Einsatzes von IKT bei der Erfüllung von Behördenaufgaben, beschränkt. In diesem eingeschränkten Bereich kann er Aufgaben an bereits bestehende (z.B. Bundesunternehmen), aber auch an neu zu schaffende Organisationen übertragen, unabhängig davon, ob er an den Organisationen beteiligt ist oder nicht. Die Erfüllung administrativer Hilfstätigkeiten durch die Bundesverwaltung selber bedarf grundsätzlich keiner gesonderten gesetzlichen Regelung, weil sie in den gesetzlichen Grundlagen der jeweiligen Hauptaufgaben stillschweigend vorausgesetzt wird. Trotzdem umfasst sie auch eigentliche Verwaltungsaufgaben, deren Übertragung auf Organisationen und Personen ausserhalb der Bundesverwaltung im Gesetz selber vorzusehen ist (Art. 178 Abs. 3 BV). Dies gilt insbesondere für die Durchführung von Beschaffungsverfahren.

Der Bundesrat hat die Wahlfreiheit, die Übertragung von Verwaltungsaufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten mittels verwaltungsrechtlichen Vertrages oder auf dem Verordnungsweg vorzunehmen. Dabei ist es selbstverständlich, dass die für die Übertragung nötigen Rechtsakte die in der Bundesverfassung verankerten Kompetenzen von Bund und Kantonen nicht untergraben dürfen. Bei der Übertragung sind die wesentlichen Punkte und die rechtlichen Belange gemäss Absatz 1 Buchstaben a–c im Übertragungsakt zu regeln. Hinsichtlich der im Übertragungsakt zu regelnden Inhalte wird auf Ziffer 2.3 und betreffend die Aufsicht auf Ziffer 4.1.3 («Andere Auswirkungen») verwiesen.

### **Absatz 2**

Eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben der administrativen Hilfstätigkeiten auf eine Organisation ist nicht an eine gleichzeitige Beteiligung des Bundes an der Organisation gekoppelt. Eine Beteiligung des Bundes ist nur dann zwingend erforderlich, wenn die Aufgabe zur Durchführung von Beschaffungsverfahren auf eine Organisation übertragen werden soll, denn diesfalls ist es beschaffungsrechtlich von entscheidender Bedeutung, dass der Bund Träger dieser Organisation ist. Wäre er nicht an der Organisation beteiligt, auf die diese Aufgabe übertragen wird, könnte er nicht von der beschaffungsrechtlichen Ausnahme des Quasi-in-house-Privilegs profitieren. Damit der Bund von diesem Privileg Gebrauch machen kann, ist gleichzeitig ausgeschlossen, dass sich Private an der Organisation beteiligen können und dass die Organisation Leistungen am Markt für Private erbringt (vgl. dazu Ziff. 2.3.1).

Zusammenfassend müssen bei der Übertragung der Zuständigkeit zur Durchführung von Beschaffungen auf Organisationen oder Personen des öffentlichen oder privaten Rechts folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit der Bund vom Quasi-in-house-Privileg profitieren kann:

- Beteiligung des Bundes an der Organisation oder Person (Kontroll- und Tätigkeitserfordernis);
- Keine Beteiligung von Privaten an der Organisation oder Person;
- Keine Leistungserbringung der Organisation am Markt für Private.

### **Absatz 3**

Soweit für die Erfüllung einer ausgelagerten Aufgabe erforderlich – z.B. bei der Aufgabe zur Durchführung von Beschaffungsverfahren – sind auch Verfügungskompetenzen auf die Organisationen und Einrichtungen zu übertragen.

### **Absatz 4**

Wenn die Aufgabe an privatrechtliche Empfänger übertragen werden soll und mehrere Anbieterinnen zur Verfügung stehen, die in der Lage wären, die Aufgabe zu erfüllen und dafür eine Abgeltung entrichtet werden soll, muss das Auswahlverfahren transparent, objektiv und unparteiisch erfolgen (vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. e SuG in der ab 1. Januar 2021 geltenden Fassung). Die gleichen Kriterien werden auch bei Auslagerungen auf andere Träger zur Anwendung gelangen.

## Artikel 10 Open Source Software (OSS)

### Absatz 1

Open Source Software (OSS) zeichnet sich im Wesentlichen durch folgende Merkmale aus<sup>65</sup>:

- Eine unbeschränkte und kostenlose Weiterverbreitung der Software ist gestattet;
- Die Software muss im Quellcode zugänglich sein;
- Veränderungen der Software und deren Weiterverbreitung müssen im Grundsatz zulässig sein;
- Die Einräumung der Rechte darf nicht weiter eingeschränkt werden, so dürfen keine Personen oder Personengruppen von der Nutzung ausgeschlossen werden, keine Einsatzbereiche ausgeschlossen werden (insbesondere nicht die kommerzielle Nutzung).

Der entscheidende Unterschied zu *Closed-Source-Software* besteht damit in der umfassenden Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte am Quellcode, die das freie Kopieren, Bearbeiten, Untersuchen und Verbreiten der Software ermöglichen.

Das erste oben aufgeführte Merkmal bringt es im Übrigen nicht mit sich, dass OSS vollständig kostenlos angeboten werden muss. Nicht zulässig sind einzig Lizenzgebühren; zulässig sind dagegen beispielsweise Kopiergebühren.

Beim Einsatz von Informatikmitteln in der Bundesverwaltung soll die im Einzelfall am besten geeignete Lösung gewählt werden können. In vielen Fällen bieten sich Lösungen aus dem OSS Bereich an. Der Einsatz von vorbestehender OSS bringt es regelmässig mit sich, dass der Bund diese weiterentwickelt. In solchen Fällen ist die Freigabe des weiterentwickelten Softwarecodes oft notwendig oder zumindest sinnvoll. Mit der vorgeschlagenen Bestimmung soll eine gesetzliche Grundlage für die Freigabe von OSS geschaffen werden, die die Bundesbehörden zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben nutzen oder entwickeln. Damit wird sichergestellt, dass Bundesbehörden unabhängig von Lizenzmodellen eine grösstmögliche Flexibilität geniessen.

Wird davon ausgegangen, dass die lizenzgebührenfreie Weitergabe von Software eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, gelten die Einschränkungen gemäss der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für eine privat organisierte Wirtschaftsordnung. Demnach setzt eine wirtschaftliche Tätigkeit des Bundes voraus, dass eine formell-gesetzliche Grundlage besteht, die Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gewahrt bleibt. Die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage wird mit der vorgeschlagenen Gesetzesnorm erfüllt.

Die wesentlichen Anwendungsfälle für eine Freigabe von OSS liegen im öffentlichen Interesse:

- Ist die Freigabe von Weiterentwicklungen vorbestehender OSS aufgrund der dieser zugrundeliegenden Lizenz notwendig, ist sie eine Bedingung, die der Bund akzeptieren muss. Das öffentliche Interesse ist diesfalls in der Ermöglichung effizienter Beschaffungen zu sehen.
- Soweit die Freigabe von spezifischen Eigenentwicklungen erfolgt, damit andere Gemeinwesen öffentliche Aufgaben erfüllen können, ergibt sich das öffentliche Interesse aus der dadurch ermöglichten effizienten Unterstützung von Staatsaufgaben. Der Einsatz eines OSS-Lizenzmodells kann auch bei der Zusammenarbeit zwischen Gemeinwesen günstig sein, weil der Einsatz bekannter, verbreiteter OSS-Lizenzen viele rechtliche Fragen unkompliziert und im Paket regelt. Dies gilt umso mehr, als typischerweise private Unternehmen beigezogen werden, die ihrerseits ein besonders grosses Interesse an der damit einhergehenden Klarheit und Sicherheit der Rechtsverhältnisse haben. Die Bildung von *closed communities* unter Gemeinwesen müsste demgegenüber stets neu verhandelt und geregelt werden und könnte dementsprechend einen grösseren Abwicklungsaufwand auslösen.
- Schliesslich kann ein öffentliches Interesse darin bestehen, durch Teilnahme an einer Entwicklergemeinschaft oder deren Gründung qualitativ bessere Software zu erhalten.

<sup>65</sup> Zum Ganzen: JAEGER/METZGER, Open Source Software, Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 4. Auflage, Rz. 2 ff. und 39 f.

Ob die Freigabe von OSS verhältnismässig ist, muss im einzelnen Anwendungsfall geprüft werden.

Die Freigabe von OSS durch die dem Gesetz unterstehenden Bundesbehörden erfolgt nach den gleichen Grundsätzen wie jene durch Private (vgl. dazu auch Abs. 2, wonach möglichst international anerkannte oder verbreitete Lizenzen zu verwenden sind). Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ist damit gewahrt.

Die Freigabe von Software bzw. Quellcode scheidet selbstverständlich aus, soweit dies durch Immaterialgüterrechte Dritter ausgeschlossen ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Bund Software Dritter unter einer Lizenz erwirbt, die eine Freigabe nicht zulässt. Um keine Rechtsunsicherheit zu schaffen, ist daher klarzustellen, dass Immaterialgüterrechte Dritter zu wahren sind.

Nicht Gegenstand der vorliegenden Bestimmung ist die Beschaffung von OSS. Auch wenn die Nutzung von OSS lizenzgebührenfrei ist, können damit Verpflichtungen verbunden sein, weshalb die einschlägigen beschaffungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten sind. In diesem Zusammenhang wird anzustreben sein, den Einsatz von OSS in den Departementen zu koordinieren. Dies ermöglicht es auch, einen Überblick über die Lizenzbedingungen und die Rechte Dritter zu wahren.

Der Abschluss der einzelnen Lizenzvereinbarungen hat dagegen einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Die Zuständigkeit richtet sich nach der zugrundeliegenden Verwaltungsaufgabe. Hinsichtlich der Unterschriftsberechtigung hält Artikel 49 Absatz 3 RVOG fest, dass der bestimmt, dass die Direktoren und Direktorinnen der Gruppen und Ämter sowie die Generalsekretäre und Generalsekretärinnen für ihren Bereich die Unterschriftsberechtigung regeln.

#### **Absatz 2**

Im OSS-Bereich bestehen verschiedene etablierte Lizenzmodelle, welche die notwendigen Fragen regeln. Damit die Verwaltung möglichst flexibel auf Entwicklungen in diesem Bereich reagieren kann, wird darauf verzichtet, bestimmte Lizenzmodelle oder den Inhalt der Lizenzvereinbarungen abschliessend vorzuschreiben. Vielmehr soll die zuständige Behörde nach Möglichkeit an international anerkannten oder verbreiteten Lizenztexten orientieren.

Da der Bund durch die Erteilung der Lizenzen keine Lizenzgebühreneinnahmen anstrebt, rechtfertigt es sich, vertragliche Haftungsansprüche, soweit zulässig, auszuschliessen. Ein weitgehender Haftungsausschluss ist in den etablierten Lizenzmodellen üblich. Nicht ausgeschlossen werden kann hingegen die öffentlich-rechtliche Staatshaftung des Bundes. Die verfassungsrechtliche Vorgabe von Artikel 146 BV sieht eine Staatshaftung für *widerrechtliches* Verhalten vor. Soweit kein widerrechtliches Verhalten eines Bundesbediensteten bei der Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit vorliegt, greift die Haftung nicht. Damit sind insbesondere Ausfälle staatlicher IKT-Lösungen grundsätzlich von der Staatshaftung ausgenommen, denn einen ausfallfreien Betrieb von OSS werden die gesetzlichen Grundlagen nicht garantieren (eine Haftung des Bundes bei einem Ausfall von OSS ist kaum denkbar, kann aber nicht vollständig ausgeschlossen werden). Soweit der Ausfall also nicht als widerrechtlich einzustufen ist, erscheint es sachgerecht, das Ausfallrisiko den OSS-Nutzern aufzuerlegen. Bei Datenverlusten oder -verfälschungen dagegen müsste im Einzelfall geprüft werden, ob der Verlust bzw. die Verfälschung auf ein widerrechtliches Verhalten zurückzuführen ist.

#### **Absatz 3**

Das Verhältnis des Bundes als Inhaber der Rechte zu den Nutzern hat nicht einen hoheitlichen Charakter. Er tritt gegenüber den Nutzern in der Regel auf wie ein Privater. Die Bedingungen für die Nutzung von OSS werden zwischen Privaten regelmässig im Rahmen von Lizenzvereinbarungen festgehalten. Es scheint daher zweckmässig, die Rechtsbeziehungen im Zusammenhang mit der Lizenzgewährung ebenfalls dem Zivilrecht zuzuweisen, soweit keine abweichenden Bestimmungen vorliegen. Dies steht im Einklang damit, dass der Staat auch kostenpflichtige Leistungen Privater grundsätzlich mit privatrechtlichen Verträge beschafft. Bei der – typischen – Kombination der Nutzung von OSS mit der Beschaffung kostenpflichtiger Leistungen ist somit eine einheitliche Unterstellung der Rechtsverhältnisse unter die Privatrechtsordnung gewährleistet. Folgerichtig unterstehen Streitigkeiten zwischen den Lizenzparteien der zivilen Gerichtsbarkeit (dies im Unterschied zur ansonsten in vielen Punkten vergleichbaren Regelung zu Open Government Data, siehe sogleich). Weiterhin uneingeschränkt öffentlich-rechtlich geregelt bleibt hingegen die Willensbildung der Behörden.

#### *Absatz 4*

Die Freigabe von OSS allein ist für den Lizenznehmer in vielen Fällen ohne zusätzliche Dienstleistungen, namentlich für die Integration, Wartung, IT-Sicherheit und Support, nicht hilfreich. Solche Dienstleistungen dürften in der Regel als gewerbliche Leistungen der Verwaltung zu qualifizieren sein. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für eine privat organisierte Wirtschaftsordnung darf eine Verwaltungseinheit gewerbliche Leistungen gegenüber Dritten nur erbringen, soweit ein Gesetz sie hierzu ermächtigt. Ferner setzt eine wirtschaftliche Tätigkeit des Bundes voraus, dass Sie im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gewahrt bleibt.

Absatz 4 schafft in eng umschriebenen Fällen die nötige formell gesetzliche Grundlage. Das Erbringen zusätzlicher Dienstleistungen soll nur zulässig sein, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Ein solches kann beispielsweise in folgenden Fällen vorliegen:

- Die Nutzung der OSS durch Dritte verbessert die Zusammenarbeit mit dem Bund;
- Durch die Verbreitung der OSS bildet sich eine Entwickler-Community, welche die Software weiterentwickelt und ihre Qualität verbessert.

Die Bestimmung trägt zudem dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung. Dienstleistungen sollen nur möglich sein, wenn sie mit verhältnismässigem Aufwand erbracht werden können. Der für den Bund entstehende Zusatzaufwand muss demnach in einem angemessenen Verhältnis zum damit verfolgten öffentlichen Interesse stehen. Aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz folgt auch, dass die Dienstleistungen im Vergleich zur ursprünglichen Verwaltungsaufgabe lediglich ein untergeordnetes Ausmass haben dürfen.

Schliesslich soll die Wettbewerbsneutralität durch das Erfordernis der kostendeckenden Gebühren gewährleistet werden.

#### *Absatz 5*

Der Bund kann ein Interesse daran haben, mit dem Erbringen von Dienstleistungen den Einsatz von OSS zu fördern, auch wenn keine Gebühren erhoben werden können oder sollen. In Ausnahmefällen soll der Bund deshalb auf die Erhebung von Gebühren verzichten können. Voraussetzung ist aber, dass dadurch die Privatwirtschaft nicht konkurrenziert wird. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn eine bestimmte Dienstleistung auf dem Markt von Privaten gar nicht angeboten wird.

### **Artikel 11 Open Government Data (OGD)**

#### *Absatz 1*

Absatz 1 setzt den Grundsatz «open data by default» um, wie er in der OGD-Strategie postuliert wird. Daten, die von Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung produziert oder in Auftrag gegeben werden, sollen grundsätzlich als Open Government Data betrachtet und soweit technisch und rechtlich möglich von den Dateneignern zur freien Weiterverwendung publiziert (zum Geltungsbereich, vgl. Erläuterungen zu Art. 2) und auf [opendata.swiss](https://opendata.swiss) referenziert werden. Das ermöglicht eine einfache Nutzung sowohl durch Dritte wie durch Behörden, die nicht nur Datenlieferanten, sondern auch Datennutzende sind.

Die datenproduzierenden Einheiten sollen in diesem Sinne jeweils zu Beginn einer «Datenproduktion» prüfen, ob diese in den Anwendungsbereich von OGD fällt und gegebenenfalls die Daten von Anfang an in der erforderlichen Form erheben oder erstellen.

Dank dem Nachweis aller offener Verwaltungsdaten auf [opendata.swiss](https://opendata.swiss) wird der Nutzen der heute oft schon publizierten, aber nur schwer zu findenden, qualitativ hochwertigen Daten, erhöht.

Im Sinne einer laufenden Optimierung der Verwaltung wird mit dem Aufbau und Betrieb weniger einfacher Schnittstellen für institutionenübergreifende Datennutzung durch die Geschäftsstelle OGD im Bundesamt für Statistik (BFS) die Grundlage für moderne und straffe Wertschöpfungsprozesse geschaffen.

Allerdings soll OGD keine eigenständige Verwaltungsaufgabe sein, mithin gestützt auf diesen Artikel keine neuen zusätzlichen Daten einzig zu diesem Zweck erhoben oder erstellt und aufbereitet werden müssen. Vielmehr sollen ohnehin erhobene oder erstellte Daten, die einen Mehrwert (Wertschöpfung) für die Gesellschaft, die Umwelt und die Wirtschaft darstellen, zur freien Weiterverwendung zur Verfügung gestellt werden. Aus diesem Grund schränkt der Artikel den Anwendungsbereich von OGD auf Daten ein, die bei den Verwaltungseinheiten bereits elektronisch gespeichert sind und die in Sammlungen strukturiert vorliegen. Ohne diese Einschränkung wären auch Daten nach den OGD-Prinzipien zu veröffentlichen, die jeweils zuerst digitalisiert bzw. elektronisch und strukturiert gespeichert werden müssten. Aufgrund der immer weiter fortschreitenden Digitalisierung in der Bundesverwaltung<sup>66</sup> wird diese Einschränkung langfristig kein grosses Hindernis für die Umsetzung des Prinzips «open data by default» darstellen.

Das Kriterium «die sie im Rahmen der gesetzlichen Aufgabe erheben oder erstellen» stellt sodann klar, dass nur Daten, die ohnehin anfallen, als OGD bekannt gemacht werden müssen. Kundenspezifische Dienstleistungen fallen nicht unter das OGD-Prinzip und können weiterhin gebührenpflichtig erbracht werden. Damit können kostenintensive Aufbereitungen von Daten zu Publikationszwecken vermieden bzw. Gebühreneinnahmen für solche Aufbereitungen beibehalten werden.

Spezialgesetzlich vorgeschriebene Quellenangaben werden als einzige Einschränkung zur *freien* Weiterverwendung aufgenommen. Sie sind nur wenig einschränkend und stellen keine diskriminierende Hürde für die Weiterverwendung dar. Zudem dienen sie der Transparenz. Der Verweis auf *spezialgesetzliche* Vorschriften ist materieller Art. Die Pflicht zur Quellenangabe kann folglich auch auf Verordnungsstufe verankert sein, es braucht kein Gesetz im formellen Sinn.

#### *Absatz 2*

Ein wichtiger Zweck von OGD besteht darin, einen Mehrwert für die Wirtschaft, Forschung und Zivilbevölkerung zu begründen und so Wertschöpfung zu generieren. Um dieses Ziel erreichen zu können, müssen die Daten in bestimmten Modalitäten veröffentlicht und frei weiterverwendet werden können. Absatz 2 definiert diese OGD-spezifischen Modalitäten: Die Bekanntmachung von OGD-Datenbeständen muss zeitnah, in maschinenlesbarer Form und in einem offenen Format erfolgen und die Weiterverarbeitung der so publizierten Datenbestände muss kostenfrei sein. Die Kostenfreiheit ist ein grundlegendes Merkmal von OGD, weshalb dieser Grundsatz im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) in Artikel 46a verankert wird und folglich für sämtliche Verwaltungseinheiten bzw. OGD-Datensätze verbindlich wird.

#### *Absatz 3*

Die strategische Leitlinie für OGD ist «open data by default». Das heisst, Daten, die durch die zentralen Verwaltungseinheiten produziert oder in Auftrag gegeben werden, sollen unter Vorbehalt entgegenstehender rechtlicher Vorschriften grundsätzlich als Open Government Data betrachtet und soweit technisch und rechtlich möglich von den Dateneignern in maschinenlesbarer Form publiziert werden. Die rechtlichen Vorschriften, die einer Veröffentlichung gemäss OGD-Prinzipien zwingend entgegenstehen, sind in Absatz 3 definiert:

- a. *Daten, die gestützt auf andere Erlasse nicht oder nur zu restriktiveren Bedingungen veröffentlicht werden, insbesondere aufgrund von Bestimmungen über Datenschutz, Urheberrecht, Statistikgeheimnis, Steuergeheimnis, Informationsschutz, Gebühren und amtliche Register.*

Es liegt auf der Hand, dass spezialgesetzlich geregelte Veröffentlichungsverbote nicht durch eine allgemein anwendbare Querschnittsregelung vollständig unterlaufen und ihrer Bedeutung und ratio legis entleert werden können. In Spezialgesetzen vorgesehene Verbote oder Einschränkungen, Daten zu veröffentlichen oder nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zugänglich zu machen, entsprechen jeweils dem konkreten Schutzbedarf der betroffenen Daten, der im Rahmen einer Interessenabwägung als grösser beurteilt wurde, als das Interesse der Allgemeinheit auf Publikation der Daten. Solche Datensätze sind folglich vom OGD-Anwendungsbereich und der entsprechenden Veröffentlichungspflicht auszuschliessen. So

<sup>66</sup> Diese Digitalisierung wird namentlich in zahlreichen Projekten des Bundes adressiert, wie der Strategie «Digitale Schweiz», den Projekten und Programmen E-Government, Gemeinsame Stammdatenverwaltung Bund, Digitale Verwaltung oder der Umsetzung des Once-Only-Prinzips.

sind zum Beispiel Personendaten, vor allem besonders schützenswerte, aus Gründen des Datenschutzes grundsätzlich von einer Veröffentlichungspflicht gemäss OGD ausgenommen. Sollte die gemäss Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG<sup>67</sup>) für die Datenbearbeitung erforderliche gesetzliche Grundlage im Einzelfall eine Publikation als offene Verwaltungsdaten vorsehen, dürfen Personendaten jedoch als OGD zugänglich gemacht werden. Auch der Zugang zu Daten in amtlichen Registern ist jeweils in spezifischen gesetzlichen Grundlagen geregelt, wie zum Beispiel der Handelsregisterverordnung<sup>68</sup>, der eidgenössischen Grundbuchverordnung<sup>69</sup>, der Verordnung über das Gebäude- und Wohnungsregister<sup>70</sup> oder die Verordnung über das Unternehmens- und Betriebsregister<sup>71</sup>. Diese bereichsspezifischen Verordnungen wurden unter Berücksichtigung der konkreten Umstände, wie der Vertraulichkeit der Daten und des jeweiligen Bedarfs an Zugang dazu, erlassen und sollen nicht durch eine allgemeine Querschnittsregelung umgangen werden.

- b. *Daten, deren Aufbereitung oder Zurverfügungstellung bedeutende zusätzliche sachliche, personelle oder technische Mittel erfordert, die insbesondere unverhältnismässig sind im Vergleich zum Nutzen der Daten für Gesellschaft, Umwelt und Wirtschaft (Wertschöpfung).*

Die Bereitstellung der Daten als OGD soll eine Nebentätigkeit sein und mit internen Mitteln, insbesondere bestehenden Budgetmitteln und Personenressourcen, umgesetzt werden können. Dies ist nicht möglich, wenn die Daten, die zwar grundsätzlich elektronisch vorhanden sind, zunächst mit unverhältnismässigem Aufwand aufbereitet werden müssen oder die Zurverfügungstellung technisch nur mit unverhältnismässigen Mitteln realisiert werden kann. Nur wenn die Aufbereitung dieser Daten keine bedeutende zusätzliche Mittel erfordert, besteht eine Veröffentlichungspflicht gemäss Absatz 1 des OGD-Gesetzesartikels. Unter die vorliegend massgebenden Aufbereitungsarbeiten fallen insbesondere das Beschreiben der Daten mit Metadaten sowie das Umstellen auf ein maschinenlesbares oder ein nicht proprietäres Format. Die Zurverfügungstellung kann vor allem bei sehr grossen Datensätzen technisch problematisch sein. Aus diesem Grund wird sie auch als eigenständige Ausnahme aufgenommen. Somit müssen auch Daten, die grundsätzlich OGD-mässig aufbereitet wären, nicht gemäss Absatz 1 veröffentlicht werden, wenn die (technische) Zurverfügungstellung nur mit unverhältnismässigen Mitteln möglich ist. Die Abgrenzung zwischen verhältnismässig und unverhältnismässig grossen zusätzlichen Mitteln für einzelne spezifische Datensätze ist aufgrund der äusserst grossen und heterogenen Datenvielfalt in der Bundesverwaltung sehr unterschiedlich zu beurteilen. Eine einheitliche detaillierte Regelung auf Stufe Bundesgesetz ist folglich nicht zielführend. Aus diesem Grund wird lediglich der Grundsatz auf Gesetzesstufe verankert. Die Abgrenzung kann gestützt auf diesen direkt anwendbaren Grundsatzartikel in jeder Verwaltungseinheit den konkreten Umständen entsprechend erfolgen.

#### Absatz 4

Damit die offenen Verwaltungsdaten einfach gefunden werden können, werden sie auf einer zentralen Plattform referenziert. Zur Verfügung gestellt werden die Daten aber jeweils durch einen spezifischen Zugang, den die zuständige Verwaltungseinheit, die die Daten erhoben oder erstellt hat, verwaltet. Mittels der Referenz auf der zentralen Plattform [opendata.swiss](https://opendata.swiss) und der genauen Beschreibung der Daten mit Metadaten ist aber ein zentraler und präziser Überblick über die vorhandenen offenen Verwaltungsdaten und deren Eigenheiten und Qualität möglich. Der Bundesrat hat am 25. November 2020 den Bericht «Programm Nationale Datenbewirtschaftung: Prozesse, Rollen und Verantwortlichkeiten zur Führung und Steuerung der Interoperabilitäts-Plattform», gutgeheissen. Gemäss diesem Bericht (Ziff. 4.2) treibt der Schweizerische Datenverwalter (Swiss Data Steward SDS) die Interoperabilität bezüglich der Daten und Metadaten zwischen den Datenquellen, den Registern und den Datenbezüglern voran und entwickelt Instrumente und Werkzeuge für die Harmonisierung und Standardisierung der Daten, stellt die Koordination der Standardisierungs- und Harmonisierungsaufgaben zwischen den beteiligten Stellen sicher und unterstützt die gemeinsame Modellierung der Metadaten. Die Rolle des SDS ist im BFS angesiedelt und wird operativ durch die Interoperabilitäts-Stelle wahrgenommen. Die OGD-Plattform wird Teil der Interoperabilitätsplattform

<sup>67</sup> SR 235.1

<sup>68</sup> HRegV vom 17. Oktober 2007, SR 221.411

<sup>69</sup> GBV vom 23. September 2011, SR 211.432.1

<sup>70</sup> VGWR vom 9. Juni 2017, SR 431.841

<sup>71</sup> BURV vom 30. Juni 1993, SR 431.903

sein, weshalb die Aufgabe der Beschreibung von Inhalt und Form der Metadaten im Bereich OGD ebenfalls dem BFS zukommen muss. Aufgrund der Aufgaben, die im Rahmen des neuen Lenkungsmodells der digitalen Verwaltung sodann der Bundeskanzlei, namentlich dem Bereich «Digitale Transformation und IKT-Lenkung (DTI)» zugeordnet wurden, ist zwecks Koordination die Zusammenarbeit mit der Bundeskanzlei erforderlich.

#### **Absatz 5**

Mit der Publikation von OGD besteht in haftungsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich das Risiko, dass Bürger auf die Richtigkeit der publizierten Daten vertrauen, aufgrund dessen Dispositionen treffen, aber wegen fehlerhafter Daten dann einen Schaden erleiden.

Haftungsansprüche gestützt auf den Vertrauensgrundsatz setzen voraus, dass der Bürger berechtigterweise auf die Vertrauensgrundlage vertraut hat. Dies kann bei der Publikation von Daten der Bundesverwaltung durchaus der Fall sein, schliesslich sind die Bundesbehörden verpflichtet, die erhobenen und erstellten Daten auf ihre Richtigkeit zu prüfen.

Im Rahmen von OGD soll diese Vertrauensgrundlage aber nicht garantiert werden, insbesondere, weil aufgrund der Pflicht zur zeitnahen Publikation nicht immer genügend Zeit zur Überprüfung der Richtigkeit der Daten vorhanden ist. Absatz 5 hält deshalb fest, dass *zum Zwecke der Veröffentlichung* keine Pflicht besteht, die Daten auf ihre Richtigkeit, Vollständigkeit oder weitere Qualitätsanforderungen zu überprüfen.

Die Verwaltungseinheiten werden dadurch aber nicht von der Verpflichtung befreit, die Daten im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben und der geltenden rechtlichen Grundlagen auf ihre Richtigkeit, Vollständigkeit, Plausibilität und andere definierte Qualitätsanforderungen hin zu prüfen. Die Haftung des Bundes gemäss dem Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG<sup>72</sup>) wird damit ebenfalls nicht wegbedungen.

### **Artikel 12 Elektronische Behördendienste**

#### **Absatz 1**

Die Befugnis des Bundes elektronische Mittel zur Erfüllung seiner Aufgaben einzusetzen, ergibt sich implizit aus seiner sachlichen Zuständigkeit auf dem betreffenden Aufgabengebiet. Ebenso wird der Einsatz der jeweils passenden Arbeitsmittel durch die Behörden in der jeweiligen gesetzlichen Regelung ihrer (Haupt-) Aufgaben stillschweigend vorausgesetzt.

Der erste Absatz verschafft dem Bundesrat eine allgemeine Grundlage, die dem EMBaG unterstehenden Behörden im Hinblick auf die Erfüllung ihrer Aufgaben verbindlich anzuweisen, elektronische Behördendienste (Basisdienste und E-Services) zu betreiben. Dies hat in der zentralen Bundesverwaltung, die dem Bundesrat ohnehin hierarchisch unterstellt ist, keine eigene Bedeutung. Er kann solche Weisungen an hierarchisch unterstellte Behörden ohnehin erlassen oder diese Befugnis an eine untergeordnete Behörde delegieren (vgl. beispielsweise Art. 17 und 18 der Verordnung über die digitale Transformation und die Informatik; Inkrafttreten am 1. Januar 2021). Anders sieht es in Bezug auf Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung aus: Mit Absatz 1 soll die Grundlage geschaffen werden, um auch solche dezentralen Einheiten zur Nutzung der elektronischen Behördendienste, soweit keine anderen gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen, zu verpflichten. Ob der Organisationserlass einer dezentralen Verwaltungseinheit eine Autonomie der Aufgabenerfüllung vorsieht, welche einer Verbindlicherklärung entgegensteht, wird nicht in allen Fällen einfach zu klären sein. Dies wird im Einzelfall auf dem Wege der Auslegung zu beantworten sein.

Den Betrieb kann der Bund selber sicherstellen oder Dritte damit beauftragen. Da es sich beim Betrieb von Basisdiensten und E-Services lediglich um einen Aspekt der Bedarfsverwaltung (administrative Hilfstätigkeit) handelt, bedarf der Beizug Dritter zur Ausführung der Arbeiten keiner ausdrücklichen Rechtsgrundlage.

Die vorliegende, allgemeine Rechtsgrundlage zur Verbindlicherklärung von elektronischen Behördendiensten schliesst nicht aus, dass in Spezialgesetzen weitere, bereits konkretisierte Basisdienste

<sup>72</sup> SR 170.32

und E-Services eingeführt werden. In diesem Kontext ist das als E-Service konzipierte elektronische Zugangportal für Unternehmen unter dem Namen «EasyGov.swiss» zu erwähnen, das im zurzeit in Erarbeitung befindlichen *Bundesgesetz über die Entlastung von Unternehmen*<sup>73</sup> eine eigene gesetzliche Grundlage finden wird. Diese spezialgesetzliche Grundlage (wie auch künftige spezialgesetzliche Einführungen von derartigen Diensten) wird mit der allgemeinen Bestimmung des EMBaG abzustimmen sein. Zwingend erforderlich ist eine weitergehende gesetzliche Regelung dort, wo die Rechtsstellung Privater betroffen ist (Abs. 5). Das bedeutet nicht zuletzt, dass verschiedene prominente Beispiele von Diensten des Bundes, die unter Ziffer 2.4.3 erwähnt werden (E-ID, NAD, E-Voting, E-Health, E-Umzug), sich nicht oder jedenfalls nicht alleine auf die vorliegende Bestimmung stützen lassen, sondern weitere gesetzliche Grundlagen benötigen. Die vorliegende Bestimmung ist, jedenfalls was ihre Anwendung losgelöst von spezifischeren Regelungen betrifft, auf weniger inhaltlich und stärker technisch geprägte Dienste ausgerichtet, die die Erfüllung der Behördenaufgaben, etwa die Bearbeitung von Personendaten, weniger prägen, z.B.:

- Systeme zur sicheren Übermittlung oder Speicherung von Daten,
- Systeme zur Identifikation und Zugangsverwaltung (IAM: Identity and Access Management),
- Hilfsmittel für effiziente und rechtskonforme Beschaffungen,
- Controlling-Instrumente,
- Instrumente zur Projektplanung und -abwicklung;
- Hilfsmittel zur gemeinsamen Verwaltung von Metadaten zu den Daten, die in Erfüllung gesetzlicher Aufgaben bearbeitet und strukturiert ausgetauscht werden müssen.

#### Absatz 2

Mit dieser Bestimmung erhält der Bundesrat die Befugnis (Kann-Vorschrift), vorzusehen, dass Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung elektronische Behördendienste zur Erfüllung kantonaler und kommunaler Aufgaben zur Mitnutzung zur Verfügung stellen, sofern

- diese gleichzeitig zur Erfüllung eigener Aufgaben betrieben werden,
- die Erfüllung der Hauptaufgaben der betreffenden Verwaltungseinheit nicht beeinträchtigt wird, und
- keine bedeutenden zusätzlichen sachlichen und personellen Mittel erforderlich sind.

Als Empfänger einer solchen Dienstleistung des Bundes kommen nebst den Kantonen und Gemeinden auch die mit der Erfüllung kantonaler Aufgaben betrauten Organisationen ausserhalb der kantonalen Verwaltung in Frage. Eine Beschränkung auf die kantonalen und kommunalen Verwaltungen wäre nicht zu rechtfertigen, da jeder Kanton gestützt auf seine Organisationsautonomie selbst entscheiden kann, welche auslagerungsfähigen Verwaltungsaufgaben er auf externe Dritte überträgt.

Es ist durchaus denkbar, dass der Bund einen Basisdienst zur Erfüllung von Bundesaufgaben betreibt, die Verwendung dieses Basisdienstes aber auch den Kantonen, den Gemeinden und den externen kantonalen Verwaltungsträgern zur Erfüllung ihrer Aufgaben von Nutzen wäre. In solchen Konstellationen soll dem Bund deshalb ermöglicht werden, den Basisdienst (oder den E-Service) auch zwecks Erfüllung kantonaler und kommunaler Aufgaben gegen Entgelt zu betreiben (zur Kostenaufteilung siehe Absatz 4). Es wäre weder wirtschaftlich noch effizient, wenn jeder Kanton bei über alle Staatsebenen einsetzbaren elektronischen Behördendiensten selbstständig tätig würde.

Die Befugnis des Bundes zum Betrieb zugunsten der Kantone wirft die Frage auf, ob der Bund Basisdienste und E-Services den Kantonen auch für diejenigen Staatstätigkeiten zur Verfügung stellen und ihn regeln darf, die nicht unter eine Bundeskompetenz fallen. Da die Zuständigkeit für die Bedarfsverwaltung grundsätzlich der Zuständigkeit in der Hauptsache folgt, ist jedes Gemeinwesen selber dafür zuständig, seinen eigenen Bedarf zu decken und die dafür nötigen Regeln zu erlassen. Daraus könnte man schliessen, dass es dem Bund verwehrt wäre, den Kantonen Basisdienste und E-Services für die Erfüllung von Aufgaben ausserhalb von Bundeskompetenz zur Verfügung zu stellen. Diese strenge Betrachtung überzeugt jedoch nicht, denn gleichzeitig verpflichtet die Verfassung

<sup>73</sup> In Umsetzung der Motion 16.3388 Sollberger, Entwurf für ein Bundesgesetz über die Reduktion der Regelungsdichte und den Abbau der administrativen Belastung für Unternehmen.

Bund und Kantone dazu, einander in der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen und zusammenzuarbeiten (Art. 44 Abs. 1 BV). Ferner schulden sie einander Beistand (Art. 44 Abs. 2 BV). Hinzu kommt, dass die Bundesbehörden, sofern sie sich auf entsprechende gesetzliche Grundlagen stützen (diese sollen mit dieser Vorlage geschaffen werden), in Randbereichen auch gewerbliche Dienstleistungen erbringen dürfen, ohne damit den Grundsatz der staatsfreien Wirtschaft zu verletzen (vgl. Art. 41 und 41a FHG). Dies setzt insbesondere voraus, dass die gewerblichen Leistungen mit den Hauptaufgaben in einem engen Zusammenhang stehen, die Erfüllung der Hauptaufgaben nicht beeinträchtigen und keine bedeutenden zusätzlichen sachlichen und personellen Mittel erfordern (Art. 41a Abs. 2 FHG). Soweit diese Anforderungen im Einzelfall erfüllt sind, macht es für den praktischen Betrieb von Basisdiensten und E-Services keinen wesentlichen Unterschied, ob die Kantone den Dienst bzw. Service nur beim Vollzug von Bundesrecht oder auch im Bereich ausschliesslich kantonaler Zuständigkeiten nutzen. Umso mehr muss es zulässig sein, dass der Bund den Dienst den anderen Gemeinwesen zur Verfügung stellt. Die für die Zur-Verfügung-Stellung der elektronischen Behördendienste erforderliche gesetzliche Grundlage wird mit der vorliegenden Bestimmung geschaffen. Ein Angebot an Private, zu ihren Gunsten Basisdienste oder E-Services zu betreiben, ist hingegen nicht vorgesehen.

### *Absatz 3*

Die anvisierte Gewährleistung der Interoperabilität auf horizontaler und vertikaler Ebene kann nur verwirklicht werden, wenn der Bund beim Vollzug von Bundesrecht – unabhängig davon, ob dafür der Bund selbst oder die Kantone zuständig sind – verbindliche Vorgaben zur Verwendung konkret bezeichneter Basisdienste und E-Services trifft. Auf diese Weise lassen sich, wenn auch nicht flächendeckend, zumindest aber in erheblichem Umfang technische Harmonisierungen über gemeinsame Standards und Schnittstellen für den Informationsaustausch herbeiführen. Mindestens für all diejenigen Bereiche, in denen der Bund über die Kompetenz verfügt, die Art und Weise der Erfüllung von Staatsaufgaben zu regeln, darf er auch verbindlich festlegen, welche Basisdienste und E-Services die Bundesbehörden wie auch die kantonalen Behörden dazu nutzen sollen. Das erstreckt sich auch auf die Bereiche, in denen die Kantone beziehungsweise Gemeinden Bundesrecht umsetzen (vgl. Art. 46 Abs. 1 BV). Der Begriff des «Bundesrechts» umfasst zum einen das Recht des Bundes auf allen Rechtsetzungsstufen. Dazu zählen neben der Bundesverfassung insbesondere auch Bundesgesetze und Bundesverordnungen. Zum anderen sind auch die für die Schweiz als verbindlich anerkannten völkerrechtlichen Bestimmungen gestützt auf den monistischen Ansatz Teil des Bundesrechts<sup>74</sup>. Der Abschluss von Staatsverträgen durch den Bund zieht allerdings nicht automatisch auch die Zuständigkeit zu dessen innerstaatlicher Umsetzung nach sich.

Der Bund hat seine Kompetenzen schonend auszuüben, er hat den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen und den kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen (Art. 46 Abs. 3 BV). Daraus ergibt sich, dass bundesrechtliche Vorschriften über die Umsetzung von Bundesrecht nur in sachlich begründeten Fällen gerechtfertigt sind. Die mit Verbindlicherklärungen bezweckte Gewährleistung der Interoperabilität auf horizontaler und vertikaler Ebene stellt einen hinreichenden Grund für eine verpflichtende Nutzungsvorgabe dar. Mit Blick auf die den Kantonen zu gewährende Gestaltungsfreiheit kann die Nutzung eines Basisdiensts oder E-Services somit nur für verbindlich erklärt werden, wenn dies für eine einheitliche und korrekte Anwendung des Bundesrechts erforderlich ist. Diese Erforderlichkeit ist nicht im dem Sinn zu verstehen, dass eine einheitliche und korrekte Anwendung des Bundesrechts ohne die Verbindlicherklärung überhaupt nicht erreicht werden könnte. Vielmehr bedeutet sie, dass es kein Mittel geben darf, das weniger stark in die Autonomie der Kantone eingreift, dennoch dieselben günstigen Auswirkungen auf die Anwendung des Bundesrechts hat und keine anderweitigen gravierenden Nachteile mit sich bringt.

Als Adressaten einer Verbindlicherklärung gemäss Absatz 3 kommen die Behörden der Kantone (Bst. a) sowie externen Verwaltungsträger des Bundes und der Kantone (Bst. b) in Frage. Dadurch wird der Geltungsbereich des Gesetzes in Bezug auf Verbindlicherklärungen auch auf alle kantonalen Verwaltungsträger ausgeweitet, die mit dem Vollzug von Bundesrecht betraut sind.

Verbindlicherklärungen in Anwendung der Buchstaben a und b entfalten ihre Wirkung grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen dem Bund und den Kantonen (es sei denn, dass externe Verwaltungsträger des Bundes von Verbindlicherklärungen tangiert werden). Es wird Sache der Kantone sein,

<sup>74</sup> EGLI, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar Rz. 10 zu Art. 46.

ihre Gemeinden und externen Verwaltungsträger nach Massgabe des kantonalen Rechts zur Verwendung der vom Bund bezeichneten Basisdienste und E-Services zu verpflichten.

Nicht erfasst von einer Verbindlicherklärung zur Nutzung bezeichneter elektronischer Behördendienste sind kantonale und kommunale Aufgaben, die nicht in den Geltungsbereich einer Bundeskompetenz fallen. Soweit aber der Bund elektronische Behördendienste betreibt, die auch den Kantonen und den Gemeinden zur Erfüllung ihrer Aufgaben dienlich wären, kann der Bund zwecks einer weitergehenden Harmonisierung des E-Government-Angebotes unter den Voraussetzungen von Absatz 2 Basisdienste oder E-Services auch ihnen zur Verfügung stellen. Die Harmonisierung wird dadurch vorangetrieben, obschon dem Bund die Möglichkeit zur Verbindlicherklärung mangels entsprechender Bundeskompetenzen verwehrt bleibt.

#### *Absatz 4*

Aus dem Betrieb von Basisdiensten und E-Services durch den Bund haben die Kantone diejenigen Kosten zu tragen, die ihnen zugerechnet werden können (Prinzip der fiskalischen Äquivalenz gemäss Art. 43a Abs. 2 und 3 BV). Die Zurechnung richtet sich nach der Nutzung der elektronischen Behördendienste durch die Kantone und ihre Gemeinden. Die Kostentragung der Kantone erstreckt sich damit auf die anteilmässigen Kosten für den Betrieb, der gleichzeitig der Erfüllung kantonaler und kommunaler Aufgaben dient (Abs. 2), sowie auf die anteilmässigen Kosten für den Betrieb von als verbindlich erklärten Basisdiensten und E-Services (Abs. 3).

Die Kostenaufteilung auf kommunaler Ebene und im Verhältnis zu ihren externen kantonalen Verwaltungsträgern haben die Kantone zu regeln.

#### *Absatz 5*

Wenn der Betrieb von elektronischen Behördendiensten zusätzliche rechtliche Grundlagen erfordert, ist er nur zulässig, wenn diese Grundlagen bereits vorliegen bzw. geschaffen sind.

Sollte durch den Betrieb von elektronischen Behördendiensten insbesondere die Rechtsstellung Privater tangiert werden, ist für einen derartigen Eingriff eine ausreichende gesetzliche Grundlage zwingend erforderlich.

Im Vordergrund steht dabei die Möglichkeit einer Persönlichkeitsverletzung durch das Bearbeiten von Personendaten. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG<sup>75</sup>) sieht in seinem Artikel 17 vor, dass Organe des Bundes Personendaten bearbeiten dürfen, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten sowie Persönlichkeitsprofilen wird ein Gesetz im formellen Sinn verlangt.

Wird die Nutzung von Basisdiensten oder E-Services für die Behörden der Kantone oder ihre ausgelagerten Verwaltungsträger im Sinne von Absatz 3 verbindlich erklärt, so gilt das Erfordernis einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage zur Bearbeitung von Personendaten uneingeschränkt. Demzufolge wird bei Verbindlicherklärungen nach den Buchstabe a und b des Absatzes 3, sofern sich die Frage nach der Bearbeitung von Personendaten im Rahmen der Nutzung des konkreten, als verbindlich erklärten Basisdienstes oder E-Services überhaupt stellt, zu prüfen sein, ob auf kantonaler Ebene hinreichende Rechtsgrundlagen für die Bearbeitung von Personendaten vorliegen.

## **Artikel 13 Standards**

### **Absatz 1**

Damit die Systeme von verschiedenen Verwaltungseinheiten in einem durchgängigen Prozess miteinander zusammenarbeiten können, braucht es eine hohe Standardisierung. Mit Standards kann die historisch gewachsene Flut proprietärer Schnittstellen der verschiedenen Verwaltungsstellen horizontal als auch vertikal auf eine einheitliche Basis gestellt werden. Ohne Standardisierung vermag ein Produkt oder ein Dienst im modernen Zeitalter seine Funktion nicht oder nicht optimal zu erfüllen, weil in technologisierten Sektoren einheitliche Standards Voraussetzung für eine wirksame und wirtschaftliche Aufgabenerfüllung darstellen.

Standards erlauben namentlich die weitgehende Automatisierung von Meldungen an Fremdsysteme sowie den periodischen Abgleich der verschiedenen Datenbanken. Sie erleichtern die Zusammenarbeit, vereinfachen technische Lösungen, reduzieren Kosten, ermöglichen Interoperabilität und schaffen Transparenz.

Bei der Erarbeitung von E-Government-Leistungen orientiert sich der Bund an internationalen oder nationalen Standards. Mit der Erarbeitung von Standards beschäftigt sich unter anderem der gemeinnützige Verein eCH ([www.ech.ch](http://www.ech.ch)). Mitglieder von eCH sind Bund, Kantone, Gemeinden, Unternehmen, Hochschulen, Verbände und Privatpersonen. eCH entwickelt technische Zusammenarbeits- und Verfahrensstandards, Datenmodelle, Format- und Datendefinitionen sowie Hilfsmittel und Musterlösungen. Die verabschiedeten Standards von eCH haben den Status von Empfehlungen. Der Bund hat eCH-Standards, welche die Bundesverwaltung betreffen, in seinen Standardisierungsprozess übernommen. Zudem haben sich Bund, Kantone und Gemeinden bereits mit der Rahmenvereinbarung zur E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz 2016–2019 verpflichtet, die nationalen Standards des Vereins eCH in der Regel für verbindlich zu erklären. Die aktuelle geltende «Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government Zusammenarbeit in der Schweiz 2020<sup>76</sup>» führt diese Verpflichtung fort.

Ferner beschäftigen sich auch andere Institutionen national wie international mit Standards zum Datenaustausch (z.B. EU). So wird die Schengen/Dublin-Zusammenarbeit laufend weiterentwickelt, modernisiert und an neue Gegebenheiten angepasst. Es ist unverzichtbar, dass alle beteiligten Staaten die gleichen Regelungen und Standards mittragen und anwenden. Der Datenaustausch erfolgt über nationale Zentralstellen, die SIRENE-Büros. Diese sorgen rund um die Uhr für eine standardisierte, schnelle und professionelle Fallbearbeitung. Der automatische Informationsaustausch wird mit Hilfe von globalen Standards sichergestellt.

Die für Verbindlicherklärungen von Standards erforderliche Rechtsgrundlage auf Bundesebene wird mit Artikel 13 geschaffen, wobei Absatz 1 als Adressaten der Erklärungen die dem Gesetz unterstehenden Bundesbehörden gemäss Artikel 2 Absatz 1 vorsieht. Die als verbindlich erklärten Standards sollen in der Bundesverwaltung die Zusammenarbeit verschiedener Systeme in einem durchgängigen Prozess unterstützen und somit gewährleisten, dass durch einheitliche Standards koordinierte und medienbruchfreie Informationen bearbeitet und transferiert werden können (Interoperabilität durch Standardlösungen). Auch hier hat die Zuständigkeitsnorm in Bezug auf die zentrale Bundesverwaltung, die dem Bundesrat ohnehin hierarchisch unterstellt ist, keine eigene Bedeutung. Er kann solche Weisungen an hierarchisch unterstellte Behörden ohnehin erlassen oder diese Befugnis an eine untergeordnete Behörde delegieren (vgl. beispielsweise Art. 17 und 18 der Verordnung über die digitale Transformation und die Informatik; Inkrafttreten am 1. Januar 2021).

### **Absatz 2**

Das gleiche Ziel wie Absatz 1 verfolgt Absatz 2, hier aber im Verhältnis zu den Behörden der Kantone und den externen Verwaltungsträgern des Bundes und der Kantone. Wie bei den Harmonisierungsanliegen beim Betrieb von elektronischen Behördendiensten soll dem Bund ermöglicht werden, technische, organisatorische und prozedurale Standards als verbindlich zu erklären, soweit dies für den einheitlichen und korrekten Vollzug von Bundesrecht erforderlich ist. Diese Erforderlichkeit ist nicht im dem Sinn zu verstehen, dass eine einheitliche und korrekte Anwendung des Bundesrechts ohne die Verbindlicherklärung überhaupt nicht erreicht werden könnte. Vielmehr bedeutet

<sup>76</sup> Abrufbar unter: [www.egovernment.ch/de/umsetzung/offentlich-rechtliche-rahmenvereinbarung-uber-die-e-governme/](http://www.egovernment.ch/de/umsetzung/offentlich-rechtliche-rahmenvereinbarung-uber-die-e-governme/)

sie, dass es kein Mittel geben darf, das weniger stark in die Autonomie der Kantone eingreift, dennoch dieselben günstigen Auswirkungen auf die Anwendung des Bundesrechts hat und keine anderweitigen gravierenden Nachteile mit sich bringt.

Die Verbindlicherklärungen nach Absatz 2 richten sich an die Behörden der Kantone sowie an die von Bund oder Kantonen mit öffentlichen Aufgaben betrauten externen Verwaltungsträger. Nicht erfasst von einer Verbindlicherklärung von Standards sind kantonale und kommunale Aufgaben, die nicht in den Geltungsbereich einer Bundeskompetenz fallen (vgl. dazu die Erläuterung zu Artikel 12 Absatz 3).

### **Absatz 3**

Die Erläuterungen zu Artikel 12 Absatz 5 im Zusammenhang mit den elektronischen Behördendiensten gelten sinngemäss für die Festlegung von Standards.

## **Artikel 14 Ausnahmen von verbindlich erklärten elektronischen Behördendiensten und Standards**

Verbindlicherklärungen sollen sicherstellen, dass das Ziel der Harmonisierung von elektronischen Behördendiensten und Standards möglichst flächendeckend erreicht wird. Hierzu werden die Erklärungen in der Regel einen weiten, klar umrissenen Kreis Betroffener definieren (z.B. Bundesverwaltung einschliesslich der dezentralen Verwaltungseinheiten). Darunter können aber auch Verwaltungseinheiten fallen, die im Einzelfall gegenläufige Bedürfnisse aufweisen, die einer Verbindlicherklärung konkret bezeichneter Dienste oder Standards entgegenstehen. Damit auf gerechtfertigte Bedürfnisse bestimmter Verwaltungsträger Rücksicht genommen werden kann, soll der Bundesrat in Anwendung von Artikel 14 absehen können, elektronische Behördendienste oder Standards für bestimmte, von Artikel 12 Absatz 1 und 3 sowie Artikel 13 Absatz 1 und 2 erfasste Verwaltungsträger für verbindlich zu erklären.

Beweggründe für eine ausnahmsweise Nichterfassung von einer Verbindlicherklärung sind insbesondere vorstellbar, wenn ein Verwaltungsträger auf internationaler Ebene aufgrund seiner engen Vernetzung mit ausländischen Ämtern und internationalen Organisation spezifische Bedürfnisse im Bereich Digitalisierung und E-Government aufweist, denen eine nationale Verbindlicherklärung zuwiderlaufen würde. Als konkretes Beispiel kann an dieser Stelle das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) als zentrale Anlaufstelle des Bundes für Fragen zu Patenten, Marken, geografischen Herkunftsangaben, Designschutz und Urheberrecht genannt werden. Die Konstituierung des IGE als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes war namentlich deshalb erforderlich, um dem IGE die notwendige Flexibilität im IT Bereich zu gewährleisten. So wurde in der damaligen Botschaft<sup>77</sup> festgehalten, das IGE sei insofern ein Sonderfall, als es weit stärker in die europäischen und weltweiten Schutzsysteme auf dem Gebiet des Geistigen Eigentums eingebunden sei als in die Verwaltungsorganisation des Bundes, namentlich auch mit Bezug auf die Kompatibilität von Informatikmitteln. Bereits aus diesem Grund dränge sich eine weitestgehende Autonomie auf. Das IGE ist seither für die Entwicklung seiner IT-Umgebung selbst verantwortlich.

Die Gewährung einer Nichtunterstellung unter eine Verbindlichkeitserklärung kann vom Verwaltungsträger beim Bundesrat beantragt werden.

## **Artikel 15 Änderung anderer Erlasse**

### **1. Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997<sup>78</sup>**

Artikel 46a RVOG stipuliert in Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 4 den Grundsatz der Gebührenpflicht für Verfügungen und Dienstleistungen des Bundes. Der Bundesrat könnte grundsätzlich eine Ausnahme zur Gebührenpflicht auf dem Verordnungsweg vorsehen, sofern OGD als überwiegendes öffentliches Interesse beurteilt wird (vgl. Art. 46a Abs. 4 RVOG). Dies könnte in den unterschiedlichen Fachbereichen indes unterschiedlich beurteilt und geregelt werden, was nicht im Sinne der OGD-Strategie ist: Die Kostenlosigkeit ist einer der wichtigsten Grundsätze von OGD und Hauptpunkt der «freien» Weiterverwendung. Dessen Verankerung auf Stufe Gesetz ist somit gerechtfertigt. Im neuen Absatz 1<sup>bis</sup> des Artikels 46a RVOG soll dies verankert werden.

<sup>77</sup> BBl 1994 III 964  
<sup>78</sup> SR 172.010

## 2. Bundesgesetz vom 18. Juni 1999 über die Meteorologie und die Klimatologie<sup>79</sup>

### *- Zur Änderung von Artikel 3 Bundesgesetz über die Meteorologie und die Klimatologie (MetG)*

Im Zuge der Einführung von OGD durch das EMBaG ist auch das Bundesgesetz über die Meteorologie und die Klimatologie (MetG) anzupassen, zumal aktuell für die Bereitstellung der im Rahmen der Bundesaufgaben erhobenen meteorologischen und klimatologischen Daten eine Gebühr zu verlangen ist (Art. 3 Abs. 2 und 3 der aktuell gültigen Fassung des MetG). Entsprechend wird die derzeit bestehende Bestimmung zu den Gebühren im Bereich der Meteorologie und Klimatologie in Artikel 3 Absatz 3 MetG ersetzt und mit einem zusätzlichen Absatz 4 ergänzt.

### *- Zur Einfügung von (neu) Artikel 3 Absatz 3 Bundesgesetz über die Meteorologie und die Klimatologie (MetG)*

Gestützt auf den aktuellen Artikel 3 Absatz 1 MetG und die entsprechenden Ausführungsbestimmungen<sup>80</sup> stellt MeteoSchweiz ein Grundangebot an meteorologischen und klimatologischen Dienstleistungen (Produkte und Beratungen) bereit, welche Kundinnen und Kunden gegen Entrichtung einer Gebühr beziehen können. Die Gebühren für Dienstleistungen des Grundangebots sollen, wie bisher, vom Bundesrat festgelegt werden (Art. 3 Abs. 3 MetG). Neu wird hierzu auf die allgemeine Bestimmung betreffend Gebühren für Dienstleistungen der Bundesverwaltung in Artikel 46a RVOG verwiesen.

### *- Zur Einfügung von (neu) Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe a Bundesgesetz über die Meteorologie und die Klimatologie (MetG)*

Gemäss Artikel 11 EMBaG stellen die Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung die Daten, die sie im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erheben und erstellen und die elektronisch gespeichert und in Sammlungen strukturiert vorliegen, zur freien Weiterverwendung zur Verfügung. Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe a MetG dient der Umsetzung dieser Bestimmung im Bereich der Meteorologie und Klimatologie. In Bezug auf die allgemeinen Gründe, die für die Förderung von OGD sprechen, verweisen wir auf die OGD-Strategie des Bundesrats<sup>81</sup> sowie auf die Ausführungen zu Artikel 11 EMBaG in den vorliegenden Erläuterungen. Spezifisch auf Klima- und Wetterdaten bezogen seien an dieser Stelle folgende Punkte hervorzuheben, die aufzeigen, wie bedeutend eine Einführung von OGD für die Schweiz ist:

Auf internationaler Ebene wird OGD stark gefördert. Die Einführung von OGD für meteorologische und klimatologische Daten ist ein wichtiges Thema auf Stufe der westeuropäischen Wetterdienste (EUMETNET, ECOMET). Im Rahmen der sogenannten «Oslo Declaration» wurden die Wetterdienste seit längerem angehalten, die Einführung von OGD proaktiv zu fördern, um einen grösseren volkswirtschaftlichen Nutzen zu erzeugen. Darauf basierend bietet mittlerweile ein sehr grosser Teil der Partnerwetterdienste von MeteoSchweiz meteorologische und klimatologische Daten gebührenfrei an (insb. der gesamte skandinavische Raum, die Niederlande, Deutschland, mit gewissen Einschränkungen Frankreich sowie einzelne osteuropäische Staaten wie Polen). Die Erfahrung der Wetterdienste zeigt, dass mit der Einführung von OGD die Datennutzung massiv gesteigert wurde. Zudem hat sich der Rat des Europäischen Zentrums für Mittelfrist-Wettervorhersagen (EZMW), bei dem die Schweiz Mitglied ist, erst kürzlich für die Einführung von OGD ausgesprochen. All diese Entscheidungen gründen auf der Überzeugung, mittels OGD Innovation und Wertschöpfung zu fördern. Über eine verstärkte Datennutzung werden innovative Produkte und Dienstleistungen entwickelt und auf dem Markt angeboten. Das Ergebnis ist ein höherer volkswirtschaftlicher Nutzen und eine gesteigerte Wettbewerbsfähigkeit. Zu erwähnen ist auch die EU-Richtlinie 2019/1024 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, die für die EU-Mitgliedstaaten im Sommer 2019 in Kraft getreten ist (ehemals 'INSPIRE'). Die Richtlinie führt das Konzept der hochwertigen Datensätze («high-value datasets») ein. Dabei handelt es sich um Daten, deren Weiterverbreitung von besonderem gesellschaftlichen und wirtschaftlichem Wert ist. Hierzu zählen insbesondere auch meteorologische und klimatologische Daten, die voraussichtlich ab 2021 in grösserem Umfang flächendeckend über sämtliche EU-Mitgliedstaaten kostenlos zur Verfügung stehen werden. Die aktuell gesetzlich vorgeschriebene Gebührenerhebung durch MeteoSchweiz

<sup>79</sup> SR 429.1

<sup>80</sup> Verordnung über die Meteorologie und Klimatologie (MetV; SR 429.11)

<sup>81</sup> SR 429.1

bildet demzufolge eine Ausnahme und führt dazu, dass MeteoSchweiz trotz der sehr engen internationalen Verflechtung immer mehr isoliert wird. Innerhalb der «Europäischen Meteorologischen Infrastruktur - EMI<sup>82</sup>», in welche die Schweiz über ein aktives Engagement der MeteoSchweiz stark integriert ist, werden basierend auf der Konzeption der «High Value Datasets» inskünftig vermehrt gesamteuropäische Wetter- und Klimaprojekte entwickelt und operationell betrieben. Die Pflicht zur Gebührenerhebung gemäss MetG wird vor diesem Hintergrund immer mehr zu einem Problem. Sie verkompliziert eine effiziente, auf die Nutzung der Daten ausgerichtete Zusammenarbeit mit den europäischen Partnern, weil sie den für diese Zusammenarbeit notwendigen, ungehinderten Datenaustausch substanziell beeinträchtigt. Mit der Einführung von OGD kann vermieden werden, dass die Schweiz innerhalb der EMI mittel- bis langfristig zu einem weissen Fleck wird.

Des Weiteren sind im Kontext OGD im meteorologischen und klimatologischen Bereich die technologischen Trends zu berücksichtigen. Aktuelle technologische Entwicklungen im Kontext Big Data bauen auf der Konzeption von «OGD» auf. Diese haben mitunter zum Ziel, die enorm grossen Datenmengen den Anwendern auf einfache Art und Weise und innerhalb kürzest möglicher Reaktionszeiten zugänglich zu machen. Entsprechende Entwicklungen finden zurzeit insbesondere innerhalb der oben erwähnten EMI statt. Wichtige Projekte wie das der «European Weather Cloud», das einen zentralen Pfeiler der künftigen europäischen Datenhaltungs-, Prozessierungs- und Vertriebsinfrastruktur darstellt, sind auf frei und kostenlos verfügbare Daten ausgerichtet. Mit einer Verpflichtung zur Gebührenerhebung kann MeteoSchweiz nur sehr bedingt an diesen Entwicklungen partizipieren, respektive davon nicht profitieren und droht von relevanten Entwicklungen abgehängt zu werden.

Die Einführung von OGD für Wetter- und Klimadaten ist unter diesen Gesichtspunkten ein wichtiger und notwendiger Schritt für die Schweiz. Gestützt auf Artikel 11 EMBaG wird in Zukunft auch MeteoSchweiz die erhobenen und erstellten Daten kostenlos bereitstellen können. Darunter fallen beispielsweise die Messdaten der Bodenstationen, die Radarbilder und die Vorhersagegrössen der Wettermodelle.

Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b EMBaG verankert die Möglichkeit, gewisse Datensätze von der kostenlosen Bereitstellungspflicht auszunehmen, wenn dies bedeutende finanzielle, personelle oder technische Mittel erfordern würde. Von dieser Ausnahmebestimmung wird MeteoSchweiz unter Umständen Gebrauch machen müssen. Einzelne Datensätze können aufgrund des ausgesprochen umfangreichen Datenvolumens je nach gewählter Infrastruktur nur mit einem unverhältnismässigen finanziellen Aufwand bereitgestellt werden. Ein Beispiel hierfür könnte die online Bereitstellung umfangreicher Archivdaten vergangener Wettervorhersagesimulationen sein. Langfristiges Ziel bleibt jedoch die Bereitstellung sämtlicher Daten.

*- Zur Einfügung von (neu) Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b Bundesgesetz über die Meteorologie und die Klimatologie (MetG)*

Im Zeitpunkt des Erlasses des MetG im Jahr 1999 war MeteoSchweiz zur Verbreitung von Informationen an die Allgemeinheit auf Zeitungen, das Radio und das Fernsehen angewiesen, welchen die Leistungen gegen eine Gebühr überlassen werden konnten. Seit dem Aufkommen von Online-Medien (Web, App) kann MeteoSchweiz die für die Bevölkerung wichtigen Informationen auf wirkungsvolle Art selbst verbreiten und damit die Erfüllung zentraler Bundesaufgaben im Bereich der Meteorologie und Klimatologie gemäss Artikel 1 MetG effektiver und effizienter sicherstellen. Dies erfolgt heute gestützt auf Artikel 11 MetV. Da es sich um eine wichtige rechtsetzende Bestimmung handelt (vgl. Art. 164 BV), wird die Gelegenheit der Anpassung des MetG im Zuge des EMBaG genutzt, Artikel 11 MetV auf Gesetzesstufe zu verankern.

Verbreitet werden sollen Wetter- und Klimainformationen im Interesse der Allgemeinheit und zwar, gemäss aktueller Praxis, im Rahmen der folgenden drei Bundesaufgaben: Warnungen vor Gefahren des Wetters (Art. 1 Bst. c MetG), Bereitstellung von klimatologischen Informationen (Art. 1 Bst. e MetG), Erbringung von weiteren meteorologischen und klimatologischen Dienstleistungen für die Bedürfnisse der Allgemeinheit (Art. 1 Bst. h MetG).

Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b MetG nennt als Beispiele Warnungen vor Gefahren des Wetters, Wettervorhersagen und Informationen zur Klimaentwicklung. Obwohl bis anhin nicht explizit im MetG

<sup>82</sup> Unter dem Begriff «EMI» werden einerseits die europäischen, nationalen Wetterdienste und andererseits spezialisierte europäische Organisationen in den Bereichen Wetter und Klima wie EUMETSAT (europäische Organisation für den Betrieb von Wettersatelliten), EZMW (Europäisches Zentrum für Mittelfrist-Wettervorhersagen) und EUMETNET (Interessengemeinschaft europäischer Wetterdienste) zusammengefasst.

vorgesehen, wurde bereits in dessen Botschaft vom 22. April 1998<sup>83</sup> festgehalten, dass die Ausgabe von meteorologischen Warnungen im Interesse der Bevölkerung ohne Kostenverrechnung erfolgt. Auf Verordnungsebene ist dies aktuell in Artikel 11 Absatz 2 MetV verankert. Weitere Beispiele von Informationen im Sinne von Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b MetG sind als Text ausformulierte, grafisch aufbereitete oder tabellarisch dargestellte Messresultate und Vorhersagen in nützlicher regionaler Detaillierung und über alle Zeitbereiche, Informationen zu besonderen Wetterereignissen oder wetterbedingten Gesundheitsbelastungen (z.B. UV-Index, Informationen zur Pollensituation), statistische Auswertungen zu Wetter und Klima sowie klimatologische Berichte zur Vergangenheit und Zukunft (z.B. Monats- und Jahresbulletins). Die Bereitstellung dieser Informationen ist ein zentrales Element des im MetG definierten und durch den Bund zu gewährleistenden Service Public. Sie dienen dem Schutz und einer über alle Sprachregionen einheitlichen, flächendeckenden und unabhängigen Information der Bevölkerung. Im Weiteren liefern sie die Grundlagen für einen breit abgestützten politischen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozess, beispielsweise betreffend Anpassung an den Klimawandel und dessen Verminderung (aktuell: Totalrevision des CO<sub>2</sub>-Gesetzes).

Die durch Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b MetG geregelten Informationen sollen für die Schweizer Bevölkerung flächendeckend und auf öffentlich zugänglichen Kanälen erfolgen. Aktuell werden die Informationen über Web und App, auf einzelnen Social Media-Kanälen und teilweise auch als Printpublikation verbreitet.

### 3. Bundesgesetz vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben<sup>84</sup>

Hinsichtlich der Beweggründe für die unterbreitete Einfügung des Buchstaben a<sup>ter</sup> in Artikel 6 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG) wird auf die Ausführungen unter Ziffer 2.3.2 («Steuerrecht») verwiesen.

Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a<sup>ter</sup> StG lehnt sich an Artikel 5 StG an, der die Beteiligungsrechte als Gegenstand der Emissionsabgabe regelt. Insbesondere bei den gleichgestellten Vorgängen geht es um die Zuschüsse und den Handwechsel nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a und b StG. Der Adressatenkreis der zu privilegierenden Akteure ist in der einzufügenden Bestimmung strikt auf jene Gesellschaften eingegrenzt, die den öffentlichen Zweck gemäss Artikel 1 der vorliegenden Gesetzesvorlage verfolgen. Bereits mit dem Kreisschreiben Nr. 12 der ESTV vom 8. Juli 1994, wonach der Begriff des öffentlichen Zwecks restriktiv auszulegen sei, damit es nicht zu einem «uferlosen Steuerbefreiungstatbestand» kommen kann, wurde diese Rechtsauffassung verfolgt.

## **Artikel 16 Übergangsbestimmungen betreffend Open Government Data**

### **Absatz 1**

Die Umsetzung und laufende Zurverfügungstellung von Behördendaten nach den Grundsätzen von OGD soll keine neuen Mittel benötigen. Der Aufwand für die Umsetzung von OGD in den einzelnen Verwaltungseinheiten muss deshalb intern so weit wie möglich kompensiert werden können. Die Verwaltungseinheiten können zudem mit der konkreten und aufwändigen Aufbereitung – d.h. Daten maschinenlesbar machen, in nicht proprietären Formaten speichern oder mit Metadaten beschreiben – sowie der technischen Zurverfügungstellung von Daten erst beginnen, wenn der OGD-Artikel in Kraft ist. Artikel 16 sieht deshalb eine Umsetzungsfrist von fünf Jahren nach Inkrafttreten von Artikel 11 vor und ermöglicht so eine gestaffelte Umsetzung.

### **Absatz 2**

Das Gesetz entfaltet keine Rückwirkung und statuiert somit keine Pflicht, Daten, die vor dessen Inkrafttreten erhoben oder erstellt wurden, als OGD zur Verfügung zu stellen. Es sei hier aber darauf hingewiesen, dass gestützt auf die OGD-Strategie 2019–2020 diese Verpflichtung grundsätzlich für Daten ab 2020 besteht. Die Zurverfügungstellung gemäss den OGD-Grundsätzen von Daten, die vor dem Inkrafttreten des vorliegenden Artikels erhoben oder erstellt wurden, kann aber natürlich auf freiwilliger Basis im Rahmen der gesetzlichen und ressourcenbedingten Möglichkeiten erfolgen.

<sup>83</sup> BBl 1998 4161, 4165

<sup>84</sup> SR 641.10

## **Artikel 17 Referendum und Inkrafttreten**

Als Gesetz im formellen Sinn untersteht das Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat ist dafür verantwortlich, das Inkrafttreten des Gesetzes zu bestimmen.

## **4 Auswirkungen**

### **4.1 Auswirkungen auf den Bund**

#### **4.1.1 Finanzielle Auswirkungen**

Seit 2008 verfolgen der Bundesrat, die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK), der Schweizerische Gemeindeverband (SGV) und der Schweizerische Städteverband (SSV) eine gemeinsame E-Government-Strategie. Bund und Kantone finanzieren die Umsetzung der E-Government-Strategie Schweiz paritätisch mit jährlich 5 Millionen Franken. Bund und Kantone haben die Absicht, sich auch in den nächsten zwei Jahren auf vergleichbarem Niveau zu engagieren. Mittelfristig wird ein Ausbau geprüft. Je nach künftigem Volumen wird es eines Verpflichtungskredites für die Umsetzung der E-Government Schweiz Strategie bedürfen, da für die Realisierung von Projekten Verpflichtungen über das laufende Voranschlagsjahr hinaus eingegangen werden.

E-Government-Leistungen werden auf ihr Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen abgeklärt, zentral koordiniert und gesteuert. Kosten für Beschaffung, Umsetzung und Betrieb von E-Government-Lösungen können aufgrund gemeinsamer E-Government-Projekte durch Kooperation und Mehrfachnutzung tief gehalten werden. Der Steuerungsausschuss von E-Government Schweiz beurteilt und priorisiert die einzelnen Vorhaben gestützt auf die verfügbaren Mittel.

Nicht Gegenstand der vorliegenden Vorlage, aber eng damit verbunden ist das Projekt «Digitale Verwaltung». Der Bund und die KdK streben im Rahmen dieses Projekts zurzeit eine Verbesserung der Steuerung und Koordination von E-Government in der Schweiz über die Staatsebenen hinweg an. Das Projekt hat zum Ziel, die Kernorganisationen im Bereich E-Government (SIK, eCH-Verein, E-Government Schweiz) in einer künftigen Zielorganisation stärker zu integrieren. Es wird angestrebt, Synergiepotenziale, die sich daraus ergeben, zu nutzen. Diese lassen sich zurzeit nicht quantifizieren. Das EMBaG wird gegebenenfalls als gesetzliche Grundlage für weitere Integrationsschritte herangezogen werden können.

Ferner erhält der Bund mit Artikel 6 VE-EMBaG die Möglichkeit, eine oder mehrere Aktien der eOperations Schweiz AG zu zeichnen. Die eOperations Schweiz AG trägt dazu bei, dass IT-Lösungen gemeinsam beschafft und bei Bedarf gemeinschaftlich genutzt werden können, um Doppelspurigkeiten und damit verbundene Mehrausgaben zu vermeiden. Das Aktienkapital der eOperations Schweiz AG beträgt 100'000 Franken, zuzüglich einer Kapitaleinlagereserve von 200'000 Franken. Eine Aktie hat einen Wert von 300 Franken. Der Bund will sich nun mit einer Aktie der eOperations Schweiz AG an der Trägerschaft beteiligen.

Artikel 8 VE-EMBaG schafft die gesetzlichen Grundlagen für die Ausrichtung von Finanzhilfen zur Förderung der Digitalisierung. Sie haben keine direkten finanziellen Folgen. Ob und in welcher Höhe Finanzhilfen ausgerichtet werden, wird erst im Rahmen der nachfolgenden Beschlüsse zur Finanzierung festgelegt werden. Der Umfang allfälliger Finanzhilfen wird im ordentlichen Budgetprozess festgelegt werden.

Die Umsetzung des OGD-Prinzips führt zwar aufgrund des Ausfalls von Gebühren zu Mindereinnahmen für den Bund. Diese fallen jedoch gemäss der Querschnittsprüfung zur Strategieumsetzung von Open Government Data Schweiz beim Bund vom 24. Juli 2018, erfolgt durch die Eidgenössische Finanzkontrolle, relativ gering aus und können im Vergleich zum erwarteten volkswirtschaftlichen Mehrwert vernachlässigt werden. Der für die Umsetzung von OGD erforderliche Aufwand wird in den verschiedenen Verwaltungseinheiten unterschiedlich gross sein. Bei stark datengetriebenen Ämtern, wie insbesondere MeteoSchweiz (siehe dazu sogleich), wird er aufgrund des Volumens nicht zu unterschätzen sein. Mit der geplanten Etappierung der Umsetzung kann diesem Umstand Rechnung getragen werden.

Die Abschaffung von Gebühren für meteorologische und klimatologische Daten wird zu einem Einnahmeausfall von ca. 750'000 Franken pro Jahr führen. Gemäss Umfragen bei europäischen Wetterdiensten, welche OGD bereits eingeführt haben, sowie aufgrund eigener Erfahrungen im Bereich der Datenpflege, ist die Einführung von OGD und der damit verbundenen modernen Datenvermittlungsplattform im Bereich Wetter und Klima mit Kostenfolgen verbunden. Es hat sich dabei herausgestellt, dass ein moderner Datenzugang zentral ist für die Wertschöpfung für Gesellschaft und Wirtschaft. Entsprechend ist sowohl für die Projektphase wie auch für die anschliessende Betriebsphase mit zusätzlichen Sach- und Personalkosten zu rechnen. Die genaue Bezifferung der Kosten muss im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsaktivitäten vertieft abgeklärt werden und hängt insbesondere vom Aufwand und der Grösse der zu entwickelnden Datenvermittlungsplattform ab. Der Ausnahmetatbestand gemäss Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b EMBaG und die Möglichkeit einer etappenweisen Einführung von OGD gemäss der Übergangsbestimmung von Artikel 16 EMBaG helfen, OGD im Wetter- und Klimabereich ressourcenschonend einzuführen und umzusetzen.

Die finanziellen und personellen Auswirkungen für die Beschaffung und Betrieb von Basisdiensten sowie E-Services des Bundes werden jeweils mit dem jeweiligen Sachgeschäft ausgewiesen. Die Kosten sollen anteilmässig von den Nutzerinnen und Nutzern getragen werden.

#### **4.1.2 Personelle Auswirkungen**

Die neuen Aufgaben zur Koordination der Lizenzierung von OSS und zur etappenweisen Umsetzung des OGD-Prinzips können von den Departementen mit den bestehenden Ressourcen bewältigt werden. Ein allfälliger personeller Mehrbedarf für die Bereitstellung von Basisdiensten und E-Services wird von den Nutzerinnen und Nutzer anteilmässig getragen. Auch die mit dem EMBaG geschaffenen Rechtsgrundlagen zum Abschluss von Vereinbarungen, zu Aufgabenübertragungen und zu Beteiligungen werden keine direkten personellen Auswirkungen nach sich ziehen. Ob und welche personellen Auswirkungen der Abschluss einzelner Vereinbarungen nach sich ziehen wird, ist abhängig vom Gegenstand der Vereinbarung und kann zurzeit nicht abgeschätzt werden.

#### **4.1.3 Andere Auswirkungen**

##### ***Generell (Intention der Neuregelungen)***

Mit Inkrafttreten der beantragten Gesetzesbestimmungen wird der Bund über Rechtsgrundlagen im Bereich des E-Government verfügen, die ihm in konkreten Anwendungsfällen hinreichende Handlungsoptionen bieten, einerseits zur Verwirklichung solider bereichsspezifischer Zusammenarbeitsformen mit Dritten, andererseits für den Ausbau von E-Government-Angeboten für die Verwaltung, die Wirtschaft und die Bevölkerung.

##### ***Unterstellung der mit Verwaltungsaufgaben betrauten Organisationen unter die Aufsicht des Bundesrates sowie unter die Finanzaufsicht***

eOperations, wie auch alle anderen künftigen Organisationen, die der Bund gestützt auf die Neuregelung mit der Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten betraut, werden unter die Aufsicht des Bundesrates fallen, weil Artikel 187 Absatz 1 Buchstabe a BV den Bundesrat verpflichtet, die Bundesverwaltung und *die anderen Träger von Aufgaben des Bundes* zu beaufsichtigen. Der Umfang der bundesrätlichen Aufsicht wird in Artikel 8 Absatz 4 RVOG umschrieben. Danach beaufsichtigt der Bundesrat nach Massgabe der besonderen Bestimmungen die Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes, die nicht der Bundesverwaltung angehören. «Nach Massgabe der besonderen Bestimmungen» bedeutet, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Regelung der Aufgabenauslagerung den Umfang, die Intensität und die Mittel der Aufsicht zu bestimmen hat<sup>85</sup>. Als Minimalvorgabe verlangt das Gesetz eine jährliche Berichterstattung an die die Aufgabe auslagernde Verwaltungseinheit.

Darüber hinaus werden Unternehmungen, an deren Stamm-, Grund- oder Aktienkapital sich der Bund mit mehr als 50 Prozent beteiligen wird, der Finanzaufsicht der Eidgenössischen Finanzkontrolle EFK unterstellt sein (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. e FKG). Die aktuell beabsichtigte Beteiligung des Bundes an eOperations wird den Schwellenwert von 50 Prozent allerdings nicht erreichen.

Gestützt auf die beantragte Neuregelung werden ebenfalls in den Aufsichtsbereich der EFK Körperschaften, Anstalten und Organisationen jeglicher Rechtsform fallen, denen durch den Bund die

<sup>85</sup> BIAGGINI, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Rz. 5 f.zu Art. 187.

Durchführung von Beschaffungsverfahren, mithin die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, übertragen wird (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d FKG). Aufgrund der anvisierten Übertragung von Verwaltungsaufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten auf eOperations wird diese – unabhängig vom Ausmass der Beteiligung des Bundes – der Finanzaufsicht durch die EFK unterstellt sein.

Nicht unter die Finanzaufsicht durch die EFK werden Einrichtungen und Organisationen fallen, an denen der Bund zwar beteiligt ist, denen er aber weder Verwaltungsaufgaben übertragen hat noch eine Mehrheitsbeteiligung an ihnen hält (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d und e FKG).

### **Verantwortlichkeit und Ausfallhaftung des Bundes**

Soweit bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben keine besonderen Haftungsregeln festgelegt werden, richtet sich die Haftung nach den Regeln des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG<sup>86</sup>).

Durch die Übertragung von Verwaltungsaufgaben des Bundes auf Organisationen mit eigener Rechtspersönlichkeit werden die Organisationen über alle Wesensmerkmale einer sog. Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung verfügen. Die Verantwortlichkeit von Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung wird in Artikel 19 VG geregelt. Danach haftet die Organisation, wenn ein Organ oder ein Angestellter einer mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation in Ausübung der mit diesen Aufgaben verbundenen Tätigkeit *Dritten* widerrechtlich Schaden zufügt. Ist die Organisation nicht in der Lage, den Schaden zu decken, so haftet der Bund für den Ausfall (sog. Ausfallhaftung).

Fügt ein Organ oder ein Angestellter einer Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung *dem Bund* im Rahmen der ihnen übertragenen Erfüllung von Bundesaufgaben einen Schaden zu, haften primär die fehlbaren Organe oder Angestellte und subsidiär die Organisation.

Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung unterliegen nur insoweit der Haftung gemäss Artikel 19 VG, als sie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind; nur in diesen Fällen besteht auch die subsidiäre Haftung des Bundes (Ausfallhaftung). Bei Organisationen, die aus Trägern verschiedener Staatsebenen bestehen (z.B. eOperations), ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die Haftungsregelung nach Artikel 19 VG nur dann zum Tragen kommen kann, wenn bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben des Bundes – beispielsweise im Rahmen der Durchführung von Beschaffungsverfahren, an denen der Bund mit anderen Gemeinwesen als öffentlicher Auftraggeber beteiligt ist – einem Dritten oder dem Bund selbst Schaden entsteht. Keine Anwendung findet Artikel 19 VG, wenn eine vom Bund und anderen Gemeinwesen getragene Organisation im Rahmen der Erfüllung einer Aufgabe bzw. eines Auftrages einen Schaden verursacht, der Bund dabei aber nicht als Auftraggeber auftritt.

## **4.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete**

Den Kantonen werden mit dieser Vorlage keine neuen Aufgaben zugewiesen. Die neue Rechtsgrundlage, mit der dem Bund ermöglicht wird, Basisdienste und E-Services zu bezeichnen und zu betreiben, wird aber dazu führen, dass der Bund andere Gemeinwesen (die Kantone, und über diese die Gemeinden) – soweit sie in Vollzug von Bundesrecht Behördenleistungen elektronisch anbieten – wird verpflichten können, hierzu ausschliesslich die vom Bund bezeichneten elektronischen Behördendienste zu verwenden; dies gilt auch insoweit, als die Kantone externe Verwaltungsträger mit dem Vollzug von Bundesaufgaben betrauen (Art. 12 Abs. 3 Bst. b VE-EMBaG). Mit der Verbindlicherklärung zur Nutzung bestimmter Basisdienste und E-Services kann eines der grössten Hemmnisse für E-Government angegangen werden, nämlich die ungenügende Daten- und Prozessintegration innerhalb der öffentlichen Verwaltung. Entsprechend dem Nutzen, den die Kantone und ihre Gemeinden aus dem Betrieb der Basisdienste und E-Services ziehen, werden sie mit Artikel 12 Absatz 4 VE-EMBaG zur Zahlung eines Beitrages an den Bund verpflichtet.

Eine gleichartige Stossrichtung, aber ohne Beitragszahlungen der Kantone, verfolgt Artikel 13 VE-EMBaG, mit dem dem Bundesrat die Befugnis eingeräumt wird, für Bereiche, in denen die Kantone Bundesrecht vollziehen, verbindliche Standards festzulegen.

<sup>86</sup> SR 170.32

Durch die Schaffung bundesrechtlicher Rechtsgrundlagen für neue Handlungsoptionen im Bereich digitalisierter Behördenleistungen wird die Rechtsstellung von urbanen Zentren, Agglomerationen und Berggebieten nicht tangiert.

Werden nach Inkrafttreten der beantragten Neuregelung gestützt auf die Vereinbarungen zwischen dem Bund und anderen Gemeinwesen im Bereich E-Government geschlossen, ergeben sich die Auswirkungen auf die der jeweiligen Vereinbarung angeschlossenen Gemeinwesen nach Massgabe des jeweiligen Vertragsinhaltes.

### **4.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft, die Gesellschaft und die Umwelt**

Direkte Auswirkungen auf die Volkswirtschaft, die Gesellschaft und die Umwelt sind nicht zu erwarten.

Von den gestützt auf die neuen Rechtsgrundlagen resultierenden Zusammenarbeitsprojekten und Dienstleistungen des Bundes wird die Gesellschaft und die Wirtschaft mittel- und langfristig insbesondere dadurch profitieren, dass aus diesen Projekten E-Government-Anwendungen resultieren werden, die das (heute noch eher geringe) Angebot an elektronischen Behördenleistungen von Bund, Kantonen und Gemeinden vervielfältigen werden. Vorteile werden sich namentlich aufgrund von vereinheitlichten Standards sowie von einer die föderalen Strukturen übergreifenden Nutzung von Daten und Systemen ergeben (verbindliche Basisdienste und E-Services).

Das Angebot einer freien Nutzung von menschlich sowie maschinell bearbeitbaren Verwaltungsdaten (OGD) stellt einen Teil der transparenten, wirtschaftlichen und medienbruchfreien elektronischen Behördenleistungen für Bevölkerung, Wirtschaft und Verwaltung sowie Wissenschaft dar und ist eine Voraussetzung für eine Öffentlichkeit, in der auf der Grundlage frei zugänglicher Informationen politische Lösungen entwickelt werden. Gleichzeitig kann auf der Basis der gleichen Verwaltungsdaten auch wirtschaftliche Innovation aufbauen und können die Beziehungen zwischen Verwaltung, Wirtschaft<sup>87</sup> und Gesellschaft vereinfacht werden.

## **5 Rechtliche Aspekte**

### **5.1 Verfassungsmässigkeit**

Die in der vorliegenden Gesetzesvorlage unterbreiteten neuen Handlungsoptionen des Bundesrates zur Bewältigung der aktuellen und künftigen Herausforderungen auf dem Gebiet des E-Government stützen sich auf verschiedene Bestimmungen der Bundesverfassung, die im Folgenden einzeln darzustellen sind.

#### **5.1.1 Kompetenz zum Abschluss von Vereinbarungen im Bereich E-Government**

Gestützt auf Artikel 48 Absatz 2 BV kann sich der Bund im Rahmen seiner verfassungsmässigen Kompetenzen an Vereinbarungen zwischen den Kantonen beteiligen. Die Ermächtigung des Bundesrates, Vereinbarungen über die Zusammenarbeit im Bereich E-Government mit den Kantonen abzuschliessen, leitet sich aus Artikel 48 Absatz 2 BV in Verbindung mit dem neu geschaffenen Artikel 5 VE-EMBaG ab. Eine derartige Zusammenarbeit (im Sinne des vertikalen kooperativen Föderalismus) ist jedoch nur innerhalb der verfassungsmässigen Kompetenzen von Bund und Kantonen möglich.

Soweit Vereinbarungen mit anderen Staaten und ausländischen bzw. internationalen Organisationen im E-Government-Bereich beabsichtigt werden, verschafft Artikel 54 Absatz 1 BV dem Bund eine klare Verfassungsgrundlage für innerstaatliche Akte in auswärtigen Angelegenheiten, wie z.B. für rechtsetzende Erlasse<sup>88</sup>. Die auswärtigen Angelegenheiten sind Sache des Bundes. Die in Zukunft allenfalls vom Bund gewünschte internationale Zusammenarbeit im Bereich E-Government würde unter den Begriff der «auswärtigen Angelegenheiten» fallen. Der Bund hat aber bei der Ausgestaltung der Beziehungen zum Ausland Rücksicht auf die Zuständigkeiten der Kantone zu nehmen und ihre Interessen zu wahren (Art. 54 Abs. 3 BV).

<sup>87</sup> OGD-Strategie 2019-2023, Ziffer 1.

<sup>88</sup> Vgl. BIAGGINI, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar Rz. 15 zu Art. 54.

Zuständiges Organ für die Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten ist nach Artikel 184 Absatz 1 und 2 BV der Bundesrat. Er hat dabei die Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung zu wahren (Art. 166 BV). Er vertritt zudem die Schweiz nach aussen. Der Bundesrat unterzeichnet die Verträge, ratifiziert sie und unterbreitet sie der Bundesversammlung zur Genehmigung, soweit er nicht durch ein Gesetz oder einen völkerrechtlichen Vertrag zum selbstständigen Vertragsabschluss ermächtigt ist (Art. 166 Abs. 2 BV). Eine derartige Ermächtigung des Bundesrates zum selbstständigen Vertragsabschluss ist mit Artikel 5 Absatz 5 VE-EMBaG ausdrücklich vorgesehen.

### **5.1.2 Kompetenz zum Beschluss von Beteiligungen im Bereich E-Government**

Die Regelungszuständigkeit des Bundes betreffend Beteiligungen an Organisationen bzw. Unternehmen ergibt sich überall dort, wo der Bundesgesetzgeber über eine Gesetzgebungskompetenz in der Sache verfügt. Dementsprechend sieht der Gesetzestext vor, dass eine Beteiligung des Bundes an Organisationen stets an die Erfüllung von Bundesaufgaben geknüpft ist (vgl. die Erläuterungen zu Art. 6 VE-EMBaG). Eine konkrete Verfassungsgrundlage für Beteiligungen des Bundes an Organisationen im Bereich des E-Government liegt nicht vor, vielmehr ergibt sich diese Kompetenz annexweise aus der jeweiligen Bundeszuständigkeit.

### **5.1.3 Kompetenz zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten**

Gemäss Artikel 178 Absatz 3 BV können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.

Die anvisierte Übertragung von Verwaltungsaufgaben im Bereich der administrativen Hilfstätigkeiten auf eine Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung, nämlich die Durchführung von Beschaffungsverfahren, macht eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich (Art. 178 Abs. 3 BV). Neben dem in Artikel 178 Absatz 3 BV ausdrücklich genannten Erfordernis der Ermächtigung durch Gesetz werden bei den sich künftig auf die geschaffene Norm (Art. 9 VE-EMBaG) stützenden Aufgabenauslagerungen jeweils noch weitere rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten sein (insb. öffentliches Interesse an der Auslagerung, Sicherstellung des Rechtsschutzes, dauernde Funktionstauglichkeit, Aufsicht, Grundrechtsbindung).

### **5.1.4 Kompetenz zur lizenzgebührenfreien Weitergabe von Open Source Software (OSS), zur Zugangsgewährung zu offenen Verwaltungsdaten (OGD), zum Betrieb von Basisdiensten und E-Services durch den Bund und zur Verbindlicherklärung von Standards**

Die Freigabe von OSS, der Betrieb von Basisdiensten und E-Services durch den Bund sowie die Festlegung von Standards sind Teil der effizienten und zielgerichteten Verwaltungsführung und finden ihre verfassungsmässige Grundlage in Artikel 178 Absatz 1 BV.

Die genannten Anwendungsfelder für den Einsatz elektronischer Mittel sind allesamt als Aspekte der Bedarfsverwaltung zu werten, die bei der Verwirklichung einer effizienten und zielgerichteten Verwaltungsführung unterstützenden Charakter haben. Auch hier ergibt sich die Bundeskompetenz annexweise aus den zu erfüllenden Verwaltungsaufgaben.

Zum Betrieb von Basisdiensten und E-Services durch den Bund bleibt zu erwähnen, dass die Verpflichtung anderer Gemeinwesen oder mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen zur Verwendung der durch den Bund bezeichneten Dienste nur soweit reichen kann, als diese beim Vollzug von Bundesrecht elektronische Behördenleistungen anbieten.

Die OGD-Strategie umfasst Datensammlungen, die im Rahmen der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben von den Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung erhoben oder erstellt werden. Die verfassungsrechtliche Grundlage zur Regelungskompetenz des Bundes in Sachen offener Verwaltungsdaten geht somit einher mit der jeweiligen Verfassungsbestimmung des einzelnen Fachbereichs, die auch die Bearbeitung, insbesondere die Publikation von Daten, abdeckt.

### **5.1.5 Vereinbarkeit mit Rechts- und Bundesstaat, Demokratieprinzip und Gewaltenteilung**

Die Verlagerung von Entscheiden, insbesondere über den Einsatz staatlicher Mittel auf verschiedene Ebenen der Kooperation (insb. Vereinbarungen und Entscheide von Vereinbarungsorganen; siehe Ziff. 2.1) bringt eine Verschiebung von Entscheidzuständigkeiten auf die Exekutiven mit sich.

Diese können ihren Einfluss entweder direkt bei der Aushandlung und beim Abschluss von Vereinbarungen oder indirekt durch die Stimmabgabe in Vereinbarungsorganen ausüben.

Am Beispiel der Organisation PTI Schweiz (Polizeitechnik und -informatik) und der diesbezüglichen Vereinbarung zwischen den Kantonen und dem Bund lässt sich dies gut illustrieren, konkret anhand der Auswirkungen auf den Bund: Zunächst soll der Bundesrat mit einer ähnlichen Bestimmung wie dem vorliegenden Artikel 5 ermächtigt werden, die Vereinbarung selbstständig abzuschliessen (Art. 1 des Zentralstellengesetzes<sup>89</sup>). Sodann sind je nach Wichtigkeit der Angelegenheit immer Exekutivvertreter zuständig, die Interessen des Bundes in den Vereinbarungsorganen zu vertreten. Insbesondere das oberste Organ, genannt strategische Versammlung, funktioniert zwar gewissermassen als Parlament der Organisation, besteht aber ihrerseits aus den Justiz- und Polizeidirektoren der Kantone und der Vorsteherin des EJPD und kann somit nicht als demokratisches Parlament betrachtet werden. Haben die Vereinbarungsorgane ein Projekt der Polizeitechnik und -informatik lanciert und die betreffenden Regeln definiert, können die einzelnen Gemeinwesen bei diesen Leistungen nur noch als Bezüger mitmachen oder aussen vor bleiben; weitere Optionen bleiben ihnen nicht. Das Parlament kann damit (jedenfalls auf Ebene des Bundes) nur äusserst grundsätzliche Entscheide selber fällen, konkret über allgemein gehaltene Voraussetzungen der Mitgliedschaft in der Organisation und allenfalls, durch die Bewilligung oder Verweigerung von Krediten, über den Bezug von Leistungen. Insgesamt gilt aber das «take it or leave it»-Prinzip: Eine Detailberatung der diversen Regelungen in einem Parlament kann nicht stattfinden. Analoges gilt für die Referendumsfähigkeit der Regelungen. Da der Anspruch einer *gemeinsamen* Steuerung durch die (Exekutiven der) beteiligten Gemeinwesen besteht, ist auch der verfassungsrechtlich an sich gebotenen Aufsicht über die verwaltungsexternen Träger von Verwaltungsaufgaben ein enger Rahmen gesteckt.

Diese Nachteile der Kooperation von Gemeinwesen sind aus dem Staatsvertragsrecht bekannt und müssen dort in Kauf genommen werden, weil es auf internationaler Ebene kaum gleichwertige Alternativen zu vertraglichen Regelungen gibt. Im Bereich der innerstaatlichen Zusammenarbeit gilt es abzuwägen, ob der Nutzen der Kooperation diese Nachteile aufwiegen soll. Alternativ wäre entweder auf die Kooperation zwischen Bund und Kantonen zu verzichten oder aber eine neue Bundeskompetenz zu schaffen, den Kantonen auch ausserhalb jeder sonstigen Bundeskompetenz Leistungen der Bedarfsverwaltung anzubieten. Die vorliegende Vernehmlassung soll unter anderem dazu dienen, dass diese verschiedenen Ansätze breit diskutiert werden können.

## 5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Mit der Gesetzesvorlage sollen für den Bundesrat neue Handlungsspielräume beim Einsatz elektronischer Mittel geschaffen werden. Eine allfällige Kollision mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz ist im Falle des Erlasses des neuen Bundesgesetzes nicht zu befürchten.

Am 6. Oktober 2017 hat die Schweiz im Rahmen der «Ministerial eGovernment Conference» in Estland eine von EU und EFTA gemeinsame erarbeitete «Declaration on eGovernment» unterzeichnet. Die Deklaration, die rechtlich nicht verbindlich ist, enthält fünf zentrale Prinzipien für E-Government und soll als Leitfaden zur Weiterentwicklung dienen. Mit der «Tallinn Declaration on eGovernment» soll eine gemeinsame Basis gelegt werden, um die Digitalisierung der Verwaltung nicht nur national, sondern auch international voranzutreiben. Unter anderem sollen Dienstleistungsprozesse der Verwaltung möglichst digital und für alle zur Verfügung stehen. Auch soll die Dateneingabe für Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen zuverlässig und sicher sein und nur einmal getätigt werden müssen. Zudem wird angestrebt, dass die IT-Systeme national und international kompatibel sind. Elemente dieser Deklaration betreffen auch die interkantonale und internationale Zusammenarbeit, sowie den gegenseitigen Wissenstransfer und das Nutzen von Expertenwissen. Die Ziele der Deklaration stehen im Einklang mit den vom Bundesrat verabschiedeten Strategien in diesem Bereich.

Im Bereich des Vergaberechts gilt für die Schweiz das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (engl. Government Procurement Agreement; kurz GPA<sup>90</sup>), ein internationales plurilaterales Abkommen zwischen einzelnen Vertragsstaaten der World Trade Organisation (WTO), das den Zugang zu öffentlichen Aufträgen regelt. Das GPA verfolgt den Zweck, den internationalen Wettbewerb zwischen den Anbietern zu ermöglichen, damit die staatlichen Behörden das Ziel eines

<sup>89</sup> BBl 2020 7741

<sup>90</sup> SR 0.632.231.422

optimalen Einsatzes der öffentlichen Gelder bei der Beschaffung von Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen erreichen können. Zudem ist die Schweiz mit der EU über das bilaterale Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999<sup>91</sup> verbunden, das ebenfalls auf den Regeln des GPA basiert. Dieser Vertrag dehnt den Anwendungsbereich des GPA auf die Bezirks- und Gemeindeebene aus und sieht eine gegenseitige Marktöffnung für Beschaffungen im Sektorenbereich vor. Eine Pflicht zur Übernahme des EU-Vergaberechts ist im Abkommen nicht statuiert. Bemerkenswert ist dennoch, dass gemäss der RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe (nachfolgend: «Vergaberichtlinie») eine «zentrale Beschaffungsstelle» die Aufgabe hat, «entgeltlich oder unentgeltlich für andere öffentliche Auftraggeber Ankäufe zu tätigen, dynamische Beschaffungssysteme zu verwalten oder öffentliche Aufträge zu vergeben beziehungsweise Rahmenvereinbarungen zu schließen»<sup>92</sup>. Zentrale Beschaffungsstellen werden in der Vergaberichtlinie sodann definiert als «öffentliche Auftraggeber, die zentrale Beschaffungstätigkeiten und eventuell Nebenbeschaffungstätigkeiten ausüben»<sup>93</sup>. eOperations bzw. ihre Aufgaben auf dem Gebiet des Beschaffungswesens entsprechen dem Beschrieb und der Definition gemäss dieser Vergaberichtlinie, womit eOperations vom EU-Recht als zentrale Beschaffungsstelle qualifiziert wird.

Im Bereich OGD gibt es keine internationalen Verpflichtungen, die die Schweiz umsetzen müsste.

### 5.3 Erlassform

Gemäss Artikel 164 Absatz 1 BV erlässt die Bundesversammlung alle wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes.

Bereits die beabsichtigte Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung, nämlich die Durchführung von Beschaffungsverfahren, macht eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich (Art. 178 Abs. 3 BV). Aber auch für die Ermächtigung des Bundesrates, Beteiligungen des Bundes an Organisationen zu beschliessen, ergibt sich aus dem Subventionsrecht das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage, weil Beteiligungen Subventionscharakter (Finanzhilfe) haben.

Wie unter Ziffer 2.4.1 aufgezeigt, gilt es mit der formell-gesetzlichen Regelung zur Verwendung von Open Source Software die herrschenden rechtlichen Unsicherheiten zu klären, die sich daraus ergeben, dass keine hinreichend verbindliche Aussage möglich ist, ob der Staat OSS ohne gesetzliche Grundlage lizenzgebührenfrei weitergeben kann. Die Freigabe von OSS durch den Bund richtet sich zwar nicht gegen den Wettbewerb, kann aber dennoch Einfluss auf diesen haben, wie die in diesem Zusammenhang erstellten Gutachten ergeben haben. Die Rechtslage soll nun durch eine Gesetzesbestimmung geklärt werden.

Gemäss Artikel 164 Absatz 2 Buchstabe e BV sind auch die grundlegenden Bestimmungen über die Leistungen des Bundes in Form eines Bundesgesetzes zu erlassen. Die Grundzüge von OGD als elektronischer Dienstleistung des Bundes müssen demnach in einem formellen Gesetz geregelt werden.

Beim Betrieb von Basisdiensten und E-Services handelt es sich um eine Leistung des Bundes, für die gemäss Artikel 164 Absatz 1 Buchstabe e BV ebenso eine Rechtsgrundlage in Form eines Bundesgesetzes zu schaffen ist. Hier tritt noch die Verpflichtung der Kantone zur Verwendung bezeichneter Basisdienste und E-Services bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts hinzu. Eine derartige Verpflichtung gilt auch in Bezug auf Standards, die der Bund als verbindlich erklärt hat. Solche Verpflichtungen bedürfen ebenso einer formell-gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV).

### 5.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Eine Beteiligung des Bundes am Kapital von Organisationen gilt rechtlich als Subvention. Artikel 6 Absatz 1 VE-EMBaG ist damit eine Subventionsbestimmung und würde der Ausgabenbremse un-

<sup>91</sup> SR 0.172.052.68

<sup>92</sup> Vgl. Erwägung 69 der Vergaberichtlinie.

<sup>93</sup> Art. 2 Ziff. 16 RL 2014/24/EU.

terstehen, wenn er neue einmalige Ausgaben von mehr als 20 Millionen Franken oder neue wiederkehrende Ausgaben von mehr als 2 Millionen Franken nach sich ziehen würde. Es sind jedoch keine Beteiligungen des Bundes vorgesehen, welche Ausgaben in dieser Höhe auslösen könnten. Auf absehbare Zeit sind auch keine solchen Beteiligungen zu erwarten.

Artikel 8 VE-EMBaG schafft die Grundlage für die Ausrichtung von Finanzhilfen. Diese ziehen selbst aber weder einmalige noch wiederkehrende Ausgaben mit sich und unterstehen daher nicht der Ausgabenbremse. Es ist aber davon auszugehen, dass im Rahmen der Budgetprozesse einmalige Ausgaben beschlossen werden, welche über den Schwellenwerten für die Anwendung der Ausgabenbremse liegen.

## **5.5 Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz**

Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten (Art. 5a BV). Gemäss Artikel 43a Absatz 1 BV übernimmt der Bund nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.

Gleichzeitig hat der Bund von seinen Kompetenzen einen schonenden Gebrauch zu machen und den Kantonen ausreichend Raum für die Aufgabenerfüllung zu überlassen. Der Bund beschränkt sich auf eine unterstützende und koordinierende Rolle und trägt damit dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung. Die Instrumente des VE-EMBaG betreffen die Erfüllung bestehender Bundesaufgaben mit elektronischen Mitteln. Sie bewirken damit keine Verschiebung der Aufgabenteilung zwischen Bund und den Kantonen und sind mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar.

Nach dem in Artikel 43a Absätze 2 und 3 BV statuierten Prinzip der fiskalischen Äquivalenz trägt das Gemeinwesen, in dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt deren Kosten; das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, kann über die Leistungen bestimmen. Die Zusammenarbeit im Bereich E-Government kann für alle beteiligten Behörden einen Nutzen entfalten. Dies rechtfertigt es, die Kosten für gewisse Aufgaben gemeinsam und für spezifische Massnahmen differenziert durch die Staatsebenen tragen zu lassen.

## **5.6 Einhaltung der Grundsätze des Subventiongesetzes**

### **5.6.1 Begründung**

Finanzielle Leistungen des Bundes an Rechtssubjekte ausserhalb der Bundesverwaltung gelten als Subventionen. Als solche gilt auch der Erwerb von Gesellschaftsanteilen an einer Organisation bzw. Unternehmung.

Das Interesse des Bundes, sich an einer Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung bzw. Unternehmung, die im IKT- bzw. E-Government-Bereich tätig ist, zwecks Erfüllung seiner Aufgaben zu beteiligen, kann grundsätzlich verschiedene Beweggründe haben. In der Regel ist die Beteiligung durch Erwerb von Gesellschaftsanteilen mit der Übertragung von Verwaltungsaufgaben der administrativen Hilfstätigkeiten auf die jeweilige Gesellschaft verknüpft.

Die konkret angestrebte Beteiligung des Bundes an eOperations liegt im Interesse des Bundes, weil der Bund als Teil einer Einkaufs- bzw. Betriebsgemeinschaft aus Gemeinwesen verschiedener Stufen bei Beschaffungen von IKT oder Informatikdienstleistungen im Bereich IKT von Bündelungseffekten und damit verbunden attraktiven Einkaufskonditionen profitieren könnte. Nicht von minderer Bedeutung ist der Umstand, dass ein wesentlicher Mehrwert für die Bevölkerung, die Wirtschaft und auch die staatlichen Behörden selbst geschaffen werden kann, wenn die Gemeinwesen aller Stufen einheitliche oder zumindest auf einander abgestimmte IKT-Produkte beschaffen, um die durchgängig elektronische Abwicklung von Verwaltungsgeschäften oder den elektronischen Verkehr unter den Behörden voranzutreiben und auf Dauer zu gewährleisten.

Ohne eine Beteiligung des Bundes an eOperations wäre es ihm nicht möglich, (insbesondere) von der Quasi-in-house-Ausnahme und damit dem vergaberechtsfreien Leistungsbezug von der eOperations zu profitieren. Theoretisch könnte sich der Bund zwar auch als Nichtträger der eOperations bei ihr IKT-Güter und Dienstleistungen beschaffen lassen, er müsste jedoch vor der Auftragserteilung selbst ein Vergabeverfahren durchführen, bei dem eOperations unter Einhaltung des Vergaberechts den Zuschlag erhalten müsste. Da aber eOperations nicht beabsichtigt, sich als Anbieterin

an öffentlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, weil sie andernfalls die Anwendung der beschaffungsrechtlichen Ausnahmetatbestände gefährdet und mit Teilnahmen an öffentlichen Ausschreibungen in direkten Wettbewerb mit privaten Marktteilnehmern tritt, bleiben IKT-Beschaffungen des Bundes mit Hilfe der eOperations bei einem beteiligungslosen Verhältnis reine Theorie.

Neu soll der Bund zudem auch Finanzhilfen ausrichten können an Projekte, die der technischen und organisatorischen Umsetzung der Zusammenarbeit im Bereich E-Government dienen. Die Finanzhilfen sind auf Projekte beschränkt, die dem einheitlichen und korrekten Vollzug des Bundesrechts dienen.

### **5.6.2 Ausgestaltung und finanzieller Umfang**

Die inhaltliche Ausgestaltung der Subvention soll zum einen in Form des Erwerbs von Gesellschaftsanteilen durch den Bund erfolgen. Durch diese Beteiligung wird der Bund zu einem Träger (neben anderen) der jeweiligen Organisation bzw. Unternehmung.

Beim geplanten ersten Anwendungsbeispiel eOperations ist vorgesehen, dass der Bund mindestens eine Aktie zum Preis von 300 Franken (Nennwert von 100 Franken sowie eine Kapitaleinlagereserve von 200 Franken) und dadurch von den Vorteilen der Beschaffungskoooperation Nutzen ziehen kann. Weitergehende Subventionen sind nicht ausgeschlossen, zurzeit aber nicht vorgesehen. E-Government-Projekte werden zwar auf ihr Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen abgeklärt, zentral koordiniert und gesteuert. Dies erfolgt aber im Bewusstsein, dass die Finanzierung des Einzelvorhabens nicht in jedem Fall mit dem Nutzer identisch ist.

Für die Ausrichtung von Finanzhilfen sieht der Entwurf vor, dass der Bund mit den Empfängern öffentlich-rechtliche Verträge abschliesst. Insbesondere bei längerfristigen Projekten ist auch der Abschluss von Programmvereinbarungen vorgesehen.

Der finanzielle Umfang der Finanzhilfen ist in der vorliegenden gesetzlichen Grundlage nicht vorgegeben, dieser wird im Rahmen der ordentlichen Budgetprozesse zu bestimmen sein.

## **5.7 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen**

Die Vereinbarungen nach Artikel 5 können allenfalls Rechtssetzungsbefugnisse dahingehend beinhalten, als im Rahmen einer Vereinbarung Regelungen zum anwendbaren Recht getroffen werden können (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. d VE-EMBaG).

Des Weiteren hat die Bestimmung zur Übertragung von Aufgaben der administrativen Hilfstätigkeit rechtsetzenden Charakter. Dem Bundesrat wird in Artikel 9 Absatz 1 VE-EMBaG die Kompetenz übertragen, diese Aufgaben mittels Verordnung oder Vereinbarung auszulagern und dabei insbesondere Regelungen zum anwendbaren Recht und weiteren Regelungsinhalten zu treffen.

Mit Artikel 12 Absatz 4 VE-EMBaG wird dem Bundesrat schliesslich die Befugnis delegiert, die Bemessung des Beitrages zu regeln, den die Kantone an die Kosten aus dem Betrieb elektronischer Behördendienste zu tragen haben.

Die Gesetzesvorlage sieht darüber hinaus keine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vor.

## **5.8 Datenschutz**

Die Vorlage beachtet die datenschutzrechtlichen Vorgaben. Allfällige datenschutzrechtliche Fragestellungen können im Rahmen von Projekten, die gestützt auf die vorliegend zu schaffenden Rechtsgrundlagen durchgeführt werden, aufgeworfen werden und sind bei Bedarf im Rahmen des jeweiligen Projektes zu klären.

Zu erwarten ist, dass bei einzelnen Projekten spezialgesetzliche Bestimmungen zum Datenschutz herangezogen werden können oder aber geschaffen oder angepasst werden müssen.

Soweit Personendaten aus dem Betrieb von Basisdiensten oder E-Services durch den Bund betroffen sein sollten, sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG<sup>94</sup>), na-

<sup>94</sup> SR 235.1

mentlich diejenigen über die Bearbeitung von Personendaten, zu berücksichtigen. Hier sind rechtliche Komplikationen zu erwarten, wie sie bei der gemeinsamen Nutzung von Datenbearbeitungssystemen durch Bund und Kantone typischerweise auftreten: So fragt sich, welche Behörde die Verantwortung für welchen Teil der Bearbeitung trägt. Für Betrieb und Sicherheit kann hier nur der Bund bzw. seine zuständige Behörde geradestehen; die bearbeiteten Datenbestände bzw. die Bearbeitungsvorgänge müssen jedoch durch Rechtssatz einer Behörde zugewiesen werden (Art. 16 Abs. 2 DSG; Art. 33 nDSG<sup>95</sup>).

Personendaten, die aufgrund des Datenschutzes nicht veröffentlicht werden dürfen, fallen nicht in den Anwendungsbereich von OGD (Art. 11 Absatz 3 Bst. a VE-EMBaG). Mit den immer leistungsfähigeren Algorithmen und der künstlichen Intelligenz einerseits sowie zahlreichen öffentlich zugänglichen Datenbeständen andererseits besteht allerdings das Risiko, dass in bestimmten Fällen auch bei anonymisierte Daten, die grundsätzlich keine Personendaten darstellen und folglich nicht unter das DSG fallen, eine Re-Identifikation nicht vollständig ausgeschlossen werden kann. Dieses Risiko muss jede Verwaltungseinheit vor der Publikation evaluieren und gegebenenfalls von der Veröffentlichung als OGD absehen.

<sup>95</sup> BBl 2020 7639