

# CH\_VB 150000251 vom 1. Mai 2012

Bundesverwaltung, 2012-05-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_150000251](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_150000251)

FR: CH\_VB 150000251 du 1 mai 2012

IT: CH\_VB 150000251 del 1 maggio 2012

## Erwägungen

### E. 1

Auftrag des Bundesrates vom 6. Juli 2011

..... 4

### E. 2

Bundeskompetenzen: Allgemeines

..... 4

#### E. 2.1

Notwendigkeit einer Verfassungsgrundlage Der Bund ist nur dann zum Erlass von Vorschriften befugt, wenn er über eine genügende Verfassungsgrundlage verfügt (Art. 3 u. 42 Abs. 1 BV). Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse vermögen keine Bundeskompetenzen zu begründen<sup>1</sup>. Neu anfallende Staatsaufgaben, die nicht einer bereits bestehenden Kompetenz des Bundes zugeordnet werden können, fallen in den Kompetenzbereich der Kantone. Falls sich eine gesamtschweizerische Regelung aufdrängt, muss zuerst durch eine Verfassungsrevision eine Bundeskompetenz begründet werden. Es ist unzulässig, für eine in der BV nicht genannte Staatsaufgabe eine Lücke anzunehmen und diese beispielsweise auf dem Weg der Analogie zu einer bestehenden Bundeskompetenz zu schliessen<sup>2</sup>. Ausgeschlossen ist ebenfalls eine freiwillige Kompetenzübertragung durch die Kantone auf den Bund. Der Bund kann eine Kompetenz nicht dadurch erlangen, dass sie ihm von den Kantonen übertragen wird. Die Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Kantone sind zwingendes Recht<sup>3</sup>. Jede Kompetenzzuweisung an den Bund erfordert also eine Änderung der Bundesverfassung und hat im von der BV vorgesehenen Revisionsverfahren zu erfolgen.

#### E. 2.2

Grundsätze für die Erteilung und die Ausübung von Bundeskompetenzen Bevor der Bund handelt bzw. bevor ihm die dafür notwendigen Kompetenzen erteilt werden, ist aufgrund des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5a BV) abzuklären, ob der Bund auf lange Sicht wirklich in der Lage ist, die betreffende Aufgabe besser zu erfüllen als die Kantone und inwieweit die Spielräume der Kantone bei der Aufgabenerfüllung eingeschränkt werden dürfen<sup>4</sup>. Konkretisiert wird das Subsidiaritätsprinzip in Art. 43a Abs. 1 BV, wonach der Bund nur die Aufgaben übernimmt, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.

1 Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2008, Rz. 1054. 2 Häfelin / Haller / Keller, Rz. 1056-1057. 3 BGE 67 I 277, S. 295, Schweiz. Eidgenossenschaft gegen Kanton Thurgau; Häfelin / Haller / Keller, Rz. 1062.

### **E. 2.3**

Ermittlung von Bundeskompetenzen Im Wesentlichen finden sich die Grundlagen für Bundeskompetenzen im 2. Kapitel («Zuständigkeiten»; Art. 54-125 BV) des 3. Titels («Bund, Kantone und Gemeinden»)8. Allerdings gibt es auch in diesem Kapitel Artikel, aus denen sich keine Bundeskompetenzen ableiten lassen, sondern die nur allgemeine Aufträge oder Ziele festhalten9. Andererseits weist die Bundesverfassung dem Bund auch noch an anderen Orten als im 2. Kapitel des 3. Titels Aufgaben zu, etwa im 2. Kapitel des 2. Titels («Bürgerrecht und politische Rechte»), im 3. Kapitel des 3. Titels («Finanzordnung»), im 4. Titel («Volk und Stände») und im 5. Titel («Bundesbehörden») sowie in den Übergangsbestimmungen10. Damit stellt sich die Frage, wie die Bundeskompetenzen ermittelt werden können. Hierfür gelten die allgemeinen Grundsätze der Verfassungsauslegung. Auszugehen ist also vom Wortlaut. Wo dieser unklar ist oder wenn Anlass zur Annahme besteht, dass der an sich klare Wortlaut den Sinn einer Bestimmung nicht richtig zum Ausdruck bringt, ist die Bedeutung der Bestimmung aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte (historische Auslegung), ihrer zeitgemässen Bedeutung, ihres Sinnes und Zwecks (teleologische Methode) und ihres systematischen Zusammenhangs (systematische Auslegung) zu ermitteln11. Die historische Auslegungsmethode fragt nach dem Sinn, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Sie setzt voraus, dass sich klare Anhaltspunkte für das Verständnis der Norm zu ihrer Entstehungszeit finden. Das Gegengewicht der historischen Auslegungsmethode bildet die zeitgemässe Auslegung, die auf das Normverständnis zur Zeit der Rechtsanwendung abstellt. Die teleologische Auslegungsmethode erlaubt es, aus einer ausdrücklichen Bundeskompetenz jene Kompetenzen abzuleiten, die der Bund zur Erreichung der in der Verfassung genannten Aufgabe braucht. Die sys-

### **E. 2.4**

Umfang der Bundeskompetenzen Die Bundeskompetenz kann für ein bestimmtes Sach- oder Rechtsgebiet eine der Staatsfunktionen Rechtsetzung, Verwaltung oder Rechtsprechung umfassen. Wenn der Bund die Rechtsetzungskompetenz innehat, so schliesst dies die Kompetenz des Bundes ein, durch Bundesgesetz darüber zu entscheiden, ob die Verwaltungs- und Rechtsprechungskompetenzen im betreffenden Sachgebiet dem Bund oder den Kantonen zustehen, es sei denn, ein Vorbehalt der Bundesverfassung weise diese Staatsfunktionen den Kantonen zu (Art. 46 Abs. 1 BV)14. Die Rechtsetzungskompetenz für ein bestimmtes Sach- oder Rechtsgebiet – oder eine sektorielle Gesetzgebungskompetenz, wie es im Antrag des EJPD heisst – erlaubt es also dem Bund grundsätzlich, verbindliche technische und organisatorische Vorgaben zu erlassen, wenn die Verfassung oder ein spezielles oder späteres Gesetz nichts anderes bestimmen. Die Rechtsetzungskompetenz des Bundes kann umfassend oder fragmentarisch sein oder sich auf eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz beschränken. Die Rechtsetzungskompetenz ist namentlich dann umfassend, wenn die Verfassung eine Materie als «Sache des Bundes» bezeichnet oder den Bund in einem bestimmten Bereich zum Erlass von Vorschriften ermächtigt oder ihn damit beauftragt. Fragmentarische Rechtsetzungszuständigkeiten weisen hingegen nur einen Teilbereich einer Materie dem Bund zu. So hat der Bund keine umfassende Steuerkompetenz, sondern lediglich die Befugnis, einzelne, genau umschriebene Steuern zu regeln. In gewissen Bereichen schliesslich darf der Bund nur die Grundzüge regeln, während die detaillierte Ausgestaltung den Kantonen vorbehalten bleibt. Dafür wird die Formulierung «Der Bund legt Grund-

sätze fest» verwendet (z.B. Raumplanung, Art. 75 Abs. 1 BV, oder Steuerharmonisierung, Art. 129 Abs. 1 BV), oder er kann «Mindestvorschriften» erlassen, was ebenfalls auf eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz hinausläuft (Einbürgerung, Art. 38 Abs. 2 BV)<sup>15</sup>.

### **E. 3**

Bundeskompentzen für eine IKT-Zusammenarbeit Bund-Kantone

..... 7

#### **E. 3.1**

Inhalt der Kompetenz Gemäss dem Antrag des EJPD zum Bundesratsbeschluss vom 6. Juli 2011 soll geprüft werden, in- wie weit der Bund über Rechtsgrundlagen verfügt, um verbindliche technische und organisatorische Vorgaben zu erlassen und durchzusetzen, damit eine einheitliche elektronische Verwaltungsland- schaft entstehen und schweizweit nach den gleichen Regeln und mit den gleichen Instrumenten funk- tionieren kann. Nachfolgend wird deshalb untersucht, ob für diese Querschnittaufgabe eine allgemeine Bundeskom- petenz besteht (Ziff. 3.2). Anschliessend wird untersucht, ob die sektoriellen Bundeskompetenzen in den verschiedenen Sach- und Rechtsgebieten genügen, um die Schaffung einer einheitlichen elektro- nischen Verwaltungslandschaft zu begründen (Ziff. 3.3).

#### **E. 3.2**

Allgemeine Bundeskompetenzen Eine explizite Zuständigkeit des Bundes zur Schaffung einer einheitlichen elektronischen Verwaltungs- landschaft besteht nicht. Sachgebiete, die eine solche Bundeskompetenz beinhalten könnten, sind die Zuständigkeit des Bundes für die öffentlichen Werke (Art. 81 BV) sowie seine Zuständigkeit im Bereich des Post- und Fernmeldewesens (Art. 92 Abs. 1 BV). Geprüft wird schliesslich, ob der Bund generell Vorgaben zur Umsetzung von Bundesrecht (Art. 46 Abs. 1 BV) machen kann und in diesem Rahmen technische und organisatorische Vorgaben erlassen und durchsetzen könnte.

##### **E. 3.2.1**

Öffentliche Werke (Art. 81 BV) Nach Art. 81 BV kann der Bund im Interesse des ganzen oder eines grossen Teils des Landes öffent- liche Werke errichten und betreiben oder ihre Errichtung unterstützen. Art. 81 BV (bzw. Art. 21 der BV von 1848 und Art. 23 der BV von 1874) hat seinen Ursprung in der erfolgreichen Linthkorrektur, die 1804 beschlossen wurde. Die darin verankerte Bundeskompetenz war die verfassungsrechtliche Grundlage für Gewässerkorrekturen des Rheins, des Bodensees und der Juragewässer sowie für den Bau von Brünig, Furka und Oberalp. Auch die Eisenbahngesetze von 1852 und 1872 stützten sich auf diese Zuständigkeit des Bundes. Mit der Bundesverfassung von 1874 erhielt der Bund viele Zuständigkeiten im Bereich von Wasser, Strassen und Eisenbahn, und die Bestimmung kam nur noch vereinzelt zur Anwendung für einige Strassen, Brücken, eine Schleuse und Seespiegelkorrekturen. Im Eisenbahnbereich war die Bestimmung die Grundlage für Finanzbeiträge an den Furkabasistunnel, die zweite Lötschbergspur und den Vereinatunnel. Als «öffentliche Werke» wurden in der Praxis also stets Werke verstanden, die substantiell den Boden verändern. Der Bund hat sich hingegen nie darauf berufen, um ein Spital oder ein Observatorium zu subventionieren. Aubert geht deshalb von einem dieser Praxis entsprechenden, engen Werkbegriff aus<sup>17</sup>. Ruch teilt diese Meinung<sup>18</sup>. Der Bundesrat ging in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung ebenfalls von einem engen Werkbegriff aus, der bloss grosse, raumwirksame Infrastrukturen umfasst<sup>19</sup>. Der Werkbegriff wäre damit enger als im Obligationenrecht zu verstehen, wo auch immaterielle

Ergebnisse als Werk gelten<sup>20</sup>.

### **E. 3.2.2**

Post- und Fernmeldewesen (Art. 92 Abs. 1 BV) Das Post- und Fernmeldewesen ist gemäss Art. 92 Abs. 1 BV Sache des Bundes. Art. 92 soll sicher- stellen, dass ein umfassendes Leistungsangebot auf dem Gebiete des Postwesens und der fernmel- detechnischen Informationsübermittlung bereitgestellt werden kann<sup>26</sup>. Art. 92 BV entspricht mit wenigen Änderungen Art. 36 Abs. 1 u. 2 aBV<sup>27</sup>. Was «Fernmeldewesen» bedeutet, wird vom Stand der Technik definiert. Es umfasst elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen, die nicht für die Öff- fentlichkeit bestimmt sind, über Leitungen oder Funk (vgl. Art. 3 FMG). Die Entwicklung des Geltungs- bereichs von Art. 36 aBV zeigt, dass die Bundesbehörden stets gewillt waren, neue technische Mittel der Nachrichtenübertragung einzuschliessen<sup>28</sup>. Der Begriff «Fernmeldewesen» schliesst somit die IKT-Kommunikationsmittel ein. Nach dem Wortlaut von Art. 92 Abs. 1 BV ist der Bund nicht nur für die Gesetzgebung über das Post- und Fernmeldewesen zuständig, sondern das Post- und Fernmeldewesen als solche sind «Sache des Bundes». Deshalb muss der Bund sich nicht bloss auf die Gesetzgebung beschränken, sondern er kann auch bei der Umsetzung der Gesetzgebung auf diesen Gebieten eine überwiegende, ja umfas- sende Rolle spielen, wie dies bei den anderen Bestimmungen der Fall ist, die eine Materie direkt zur Sache des Bundes erklären: auswärtige Angelegenheiten (Art. 54 Abs. 1 BV), Armee (Art. 58 Abs. 3 BV), Geld- und Währungswesen (Art. 99 Abs. 1 BV)<sup>29</sup>. Der Gesetzgeber hat diesen Auftrag mit vier Gesetzen umgesetzt, je zwei zum Post- und zum Telekommunikationswesen. Ein Gesetz (Post- gesetz, PG; Fernmeldegesetz, FMG) legt jeweils das zu erreichende Ziel – die Erbringung von Dienst- leistungen – fest sowie die Mittel, um dieses zu erreichen, das andere (Postorganisationsgesetz, POG; Telekommunikationsorganisationsgesetz, TUG) organisiert das Unternehmen, mit dem der Bund selbst direkt oder indirekt an der Zielerreichung beteiligt ist. Die Zuständigkeit des Bundes für das Fernmeldewesen umfasst den Aspekt der fernmeldetechni- schen Übermittlung der Informationen; der Bund kann umfassende Vorschriften in Bezug auf die Übermittlung machen und bei der Umsetzung der entsprechenden Gesetzgebung eine massgebende Rolle spielen. So hat er z.B. bestimmt, dass adressierte Briefpostsendungen und Pakete bis 2 kg ausschliesslich durch die Post befördert werden dürfen (Art. 3 Abs. 1 PG). Entsprechend wäre es grundsätzlich auch möglich, dass der Bund vorschreiben würde, dass elektronische Übermittlungen zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden ausschliesslich über Sedex erfolgen dürfen, wobei näher zu prüfen wäre, ob dies mit den Grundsätzen für die Ausübung von Bundeskompetenzen vereinbar wäre (vgl. Ziff. 2.2)<sup>30</sup>. Die Zuständigkeit des Bundes umfasst hingegen nicht eine Kompetenz in Bezug auf die übermittelten Informationen selbst. Der Bund kann also den Kantonen nicht gestützt auf Art. 92 BV vorschreiben, ihm bestimmte Informationen zu liefern oder diese in einer bestimmten Form zur Verfügung zu stellen. Er kann auch nicht gestützt auf diese Bestimmung verlangen, dass gewisse Informationen mit einem bestimmten Programm bearbeitet werden. Art. 92 BV stellt deshalb keine Verfassungsgrundlage dar, um die IKT-Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen in technischer und organisatorischer Hin- sicht zu regeln.

### **E. 3.2.3**

Umsetzung des Bundesrechts (Art. 46 BV) Der Bund kann den Vollzug nur dort regeln, wo er zuständig ist. Art. 46 BV gibt ihm keine generelle Zuständigkeit für die Regelung von

Vollzugsfragen. Die Umsetzung des kantonalen Rechts wie grundsätzlich auch des Bundesrechts ist vielmehr Sache der Kantone<sup>31</sup>. «Umsetzung» meint dabei die gesamte der Gesetzesverwirklichung dienende Staatstätigkeit: administrativer Vollzug (d.h. Verfügungen und übrige Verwaltungstätigkeit), Erlass von Vorschriften, Errichtung von Behörden, Bereitstellung der nötigen Sach- und Finanzmittel usw.<sup>32</sup> Die Schaffung einer einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft und die dazu nötigen technischen und organisatorischen Vorgaben dienen der Bereitstellung von nötigen Sach- und Finanzmitteln zur Umsetzung des Bundesrechts. Nach Art. 46 Abs. 1 BV setzen die Kantone das Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz um. Bund und Kantone können miteinander vereinbaren, dass die Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht bestimmte Ziele erreichen und zu diesem Zweck Programme ausführen, die der Bund unterstützt (Art. 46 Abs. 2 BV). Der Bund hat den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen und den kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen (Art. 46 Abs. 3 BV). Die Kantone sind verpflichtet, das Bundesrecht umzusetzen. Sie können sich der Auferlegung von Umsetzungsaufgaben nicht unter Berufung auf ihre Autonomie entziehen. Die Kantone sind dabei nur an Umsetzungsverpflichtungen gebunden, die das Bundesrecht vorsieht (Art. 46 Abs. 1 BV). Für wichtige, grundlegende Verpflichtungen bedarf es dabei einer formellgesetzlichen Grundlage (Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV). Möglich ist einzig die Auferlegung von weniger bedeutenden, sekundären Vollzugspflichten durch Verordnungen. Solche sekundären Pflichten bedürfen jedoch einer hinreichend klaren Grundlage im formellen Gesetz. Auf Verordnungsstufe dürfen den Kantonen also nicht neue, im Gesetz nicht vorgesehene Vollzugspflichten auferlegt werden<sup>33</sup>. Ob technische oder organisatorische Vorgaben, wie etwa das Vorschreiben einer bestimmten Software oder die Verpflichtung, Daten in einer bestimmten Weise aufzubereiten, auf Verordnungsstufe erfolgen können, müsste im konkreten Einzelfall beurteilt werden. Hat ein Kanton etwa schon eine Informatik-Infrastruktur zum Vollzug einer bestimmten Aufgabe aufgebaut, so hätte eine neue, davon abweichende Vorgabe des Bundes unter Umständen grosse Auswirkungen für den Kanton und wäre keine unbedeutende Verpflichtung. Besteht noch keine Infrastruktur, könnte es allenfalls eine weniger bedeutende Verpflichtung sein. Da der Vollzug grundsätzlich eine kantonale Zuständigkeit ist, wäre indes nur mit Zurückhaltung auf eine Verordnungsgrundlage zu bauen. Nicht zulässig wäre es, generell auf Verordnungsstufe technische und organisatorische Vorgaben zur Verwirklichung einer einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft zu machen. Zudem wäre stets im Einzelfall zu prüfen, ob eine Regelung mit den Grundsätzen für die Ausübung von Bundeskompetenzen vereinbar wäre (vgl. Ziff. 2.2)

### **E. 3.3**

#### Sektorielle Bundeskompetenzen

##### **E. 3.3.1**

Allgemeines Der Bund verfügt in verschiedenen Sach- und Rechtsbereichen über umfassende oder fragmentarische Rechtsetzungskompetenzen. Er kann in diesen Bereichen somit auch verbindliche technische und organisatorische Vorgaben zur Verwirklichung einer einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft erlassen und durchsetzen, soweit dem die Grundsätze für die Ausübung von Bundeskompetenzen nicht entgegenstehen (vgl. Ziff. 2.2). Um eine lückenlose Kompetenz des Bundes abzuleiten, müsste der Bund in allen verwaltungsrelevanten Bereichen über eine umfassende

Rechtsetzungszuständigkeit verfügen. Der Bund verfügt indes in wichtigen Bereichen – z.B. bei den Steuern, der Gesundheit, Bildung, Kultur oder Sicherheit – über gar keine oder bloss fragmentarische Rechtsetzungszuständigkeiten, da der Föderalismus eine der tragenden Grundwerte der Bundesverfassung ist. Den Kantonen soll es gestattet sein, wo immer mög-

### **E. 3.3.2**

Beispiel Zivilrecht (Art. 122 BV) Nach Art. 122 Abs. 1 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes. Es handelt sich um eine umfassende Bundeskompetenz (vgl. oben, Ziff. 2.4). Der Bund kann somit – unter dem eingangs in Ziffer 3.3.1 erwähnten Vorbehalt – verbindliche technische und organisatorische Vorgaben erlassen und durchsetzen, damit eine einheitliche elektronische Verwaltungslandschaft entstehen kann. Diese Kompetenz hat der Bund teilweise schon wahrgenommen: – Im Bereich des Personenstandsrechts hat der Bund gestützt auf Art. 122 Abs. 1 BV eine formgesetzliche Grundlage für die elektronische Führung der Personenstandsregister (zentrale elektronische Datenbank Infostar) geschaffen. Der Bund betreibt für die Kantone eine von ihm entwickelte zentrale Datenbank, die von den Kantonen finanziert wird (Art. 45a ZGB). Die Kantone sind verpflichtet, Personenstandsdaten aus den bisherigen, in Papierform geführten Zivilstandsregistern in die zentrale Datenbank Infostar zu übertragen (Art. 93 ZStV).<sup>35</sup> – Am 1. Januar 2012 tritt eine Teilrevision des ZGB in Kraft, die das Grundbuch zu einem umfassenderen elektronischen Grundstücksinformationssystem (eGRIS) weiterentwickelt<sup>36</sup>. Das Grundbuch wird dezentral in den Kantonen grösstenteils elektronisch geführt. Die revidierte Grundbuchverordnung (GBV) regelt insbesondere die Organisation der Grundbuchführung und den elektronischen Geschäftsverkehr mit dem Grundbuchamt. Das EJPD macht den Kantonen diesbezüglich verbindliche technische und organisatorische Vorgaben (Art. 40 Abs. 2 u. 41 Abs. 1 revidierte GBV; Technische Verordnung des EJPD und des VBS vom 6. Juni 2007 über das Grundbuch, TGBV). Die revidierte GBV wird durch die neue Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung ergänzt, die im Bereich des Privatrechts die elektronische Ausfertigung öffentlicher Urkunden und die elektronische Beglaubigung von Kopien und Unterschriften regelt. – Das Handelsregister wird flächendeckend elektronisch dezentral von den Kantonen geführt. Die Eintragungen in das Tagesregister werden dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA) beim BJ elektronisch übermittelt. Das EHRA bestimmt in einer technischen Weisung das Übertragungsverfahren. Das EHRA prüft im Rahmen der Oberaufsicht die übermittelten Einträge und leitet diese zur Publikation an das Schweizerische Handelsamtsblatt (SHAB) weiter. Es führt zudem ein Zentralregister, welches dem Auffinden und der Unterscheidung der eingetragenen Rechtseinheiten dient. Der Inhalt des Zentralregisters ist der Öffentlichkeit über Internet zugänglich ([www.zefix.admin.ch](http://www.zefix.admin.ch)). Das EJPD bestimmt die Bedingungen und Modalitäten für den Zugang zu diesen Daten (Art. 14 HRegV). Das EHRA hat in Weisungen festgehalten, wie der Inhalt und die Struktur der Daten, welche durch die kantonalen Handelsregisterbehörden erfasst werden, auszusehen haben<sup>37</sup>. Es gibt hingegen keine weitergehenden technischen und organisatorischen Vorgaben seitens des Bundes. Die Kantone sind frei in der Wahl ihres Informatiklieferanten. Es gibt derzeit zwei verschiedene Anbieter von IT-Handelsregisterlösungen, bei welchen die Kantone Leistungen beziehen.

### **E. 3.3.3**

Beispiel Strafrecht (Art. 123 BV) Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts ist Sache des Bundes (Art. 123 Abs. 1 BV). Wie beim Zivilrecht hat der Bund hier eine umfassende Kompetenz. Er kann somit – ebenfalls unter dem eingangs in Ziffer 3.3.1 erwähnten Vorbehalt – verbindliche technische und organisatorische Vorgaben erlassen, damit eine einheitliche elektronische Verwaltungslandschaft entstehen kann. Er hat in Bezug auf die Umsetzung den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen (Art. 46 Abs. 3 BV). Auch im Strafrecht hat der Bund diese Kompetenz bereits teilweise wahrgenommen: – Die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) sieht vor, dass Parteien Eingaben bei Gerichten oder Behörden auch in elektronischer Form einreichen können. Der Bundesrat wird ermächtigt, das Format der Übermittlung zu bestimmen (Art. 110 Abs. 2 StPO). Er hat in der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren festgelegt, dass die Verfahrensbeteiligten ihre Eingaben im PDF-Format zu übermitteln haben (Art. 6 Abs. 1), während das EJPD festlegen kann, dass die Verfahrensdaten zusammen mit der Eingabe in strukturierter Form ein-

#### **E. 3.3.4**

Bilanz Der Bund hat dort, wo er Rechtsetzungskompetenzen hat, die nicht auf Grundsätze beschränkt sind, sowohl zentrale, einheitliche Lösungen geschaffen (so beim Personenstandsregister Infostar und dem Strafregister), als auch dezentrale mit mehr (z.B. Grundstückinformationssystem eGRIS) oder weniger Vorgaben (z.B. Handelsregister). Der Bund hat jeweils Rücksicht auf die gewachsenen Strukturen genommen und im Dialog mit den Kantonen den jeweiligen Verhältnissen angepasste Lösungen verwirklicht. 4  
Schlussfolgerungen

#### **E. 4**

BJ, Gesetzgebungsfaden, 3. Aufl. 2007, S. 216.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 5

In Bezug auf die IKT-Zusammenarbeit geht der Bundesrat mit seinem Beschluss vom 6. Juli 2011 davon aus, dass der Bund die Möglichkeit haben sollte, Vorgaben zu machen. Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens wird dieser Punkt deshalb nicht thematisiert, sondern als gegeben vorausgesetzt. Das Handeln des Bundes muss des Weiteren im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Er hat den Kantonen bei der Umsetzung möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen und den kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen (Art. 46 Abs. 3 BV). Der Bund hat die Eigenständigkeit der Kantone zu wahren und insbesondere ihre Organisationsautonomie zu beachten (Art. 47 BV); übermässige Eingriffe des Bundes in die kantonalen Organisationsstrukturen sind verfassungswidrig<sup>5</sup>. Die kantonale Eigenständigkeit ist nicht nur in den von Art. 46 BV erfassten Bereichen der Umsetzung von Bundesrecht zu wahren, sondern auch wenn der Bund seine eigenen Kompetenzen wahrnimmt. Art. 47 BV garantiert einen substantiellen Föderalismus, insbesondere eine wesentliche Gestaltungsfreiheit der Kantone auf dem Gebiet der Organisation und der Finanzen<sup>6</sup>. Der Bundesrat scheint mit seinem Beschluss vom 6. Juli 2011 implizit davon auszugehen, dass technische und organisatorische Vorgaben zur Verwirklichung einer einheitlichen

Verwaltungslandschaft die genannten Grundsätze einhalten<sup>7</sup>. Die Einhaltung dieser Grundsätze wäre bei der Erarbeitung konkreter Lösungen jedes Mal im Einzelfall abzuklären.

#### **E. 4.1**

Bestehende Rechtsgrundlagen einer IKT-Zusammenarbeit Bund-Kantone Die Bundesverfassung räumt dem Bund keine allgemeine Kompetenzen ein, die es ihm erlauben würden, den Kantonen gegenüber generelle technische und organisatorische Vorgaben zu erlassen und durchzusetzen mit dem Ziel, eine einheitliche elektronische Verwaltungslandschaft zu schaffen, die in allen Bereichen der Verwaltungstätigkeit schweizweit nach den gleichen Regeln und Instrumenten funktionieren kann. Auch lässt sich eine solche allgemeine Kompetenz nicht aus den vereinten sektoriellen Kompetenzen des Bundes herleiten. Der Bund verfügt hingegen in all denen Sachgebieten, in denen er über Rechtsetzungszuständigkeiten verfügt, die nicht auf den Erlass von Grundsätzen beschränkt sind, über die Kompetenz, verbindliche technische und organisatorische Vorgaben zu erlassen und durchzusetzen. Dies ist insbesondere im Bereich des Zivil- und Strafrechts der Fall, wo schon heute eine intensive Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen besteht. Der Bund könnte hier rechtlich gesehen grundsätzlich noch weitere Regulierungen vornehmen und technische und organisatorische Vorgaben machen. Dabei wäre stets im Einzelfall zu prüfen, ob dies mit den Grundsätzen für die Ausübung von Bundeskompetenzen vereinbar wäre (vgl. Ziff. 2.2).

#### **E. 4.2**

Handlungsmöglichkeiten

##### **E. 4.2.1**

Übersicht Damit der Bund für alle Bereiche der Verwaltungstätigkeit auf allen staatlichen Ebenen technische und organisatorische Vorgaben erlassen und durchsetzen könnte, müsste in der Bundesverfassung eine neue Bundeskompetenz geschaffen werden (Ziff. 4.2.2). Als mögliche Alternativen kämen eine Allgemeinverbindlicherklärung von interkantonalen Verträgen (Ziff. 4.2.3) oder eine Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen (Ziff. 4.2.4) in Frage. Eine andere, rechtlich allerdings nicht verbindliche Alternative wäre die Förderung von Standards und «Best Practices» (Ziff. 4.2.5).

##### **E. 4.2.2**

Schaffung einer neuen Bundeskompetenz Um dem Antrag des EJPD vom 27. Juni 2011 gemäss eine allgemeine Kompetenz des Bundes zum Erlass technischer und organisatorischer Vorgaben im Bereiche elektronischen Verwaltungsführung zu begründen, müsste in der Bundesverfassung eine entsprechende Bestimmung geschaffen werden. Aufgrund des Antrags des EJPD könnte eine solche Bestimmung etwa wie folgt lauten: «Der Bund kann technische und organisatorische Vorschriften zur Sicherstellung einer landesweit einheitlichen Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien im Rahmen von Verwaltungstätigkeiten erlassen.» Die Formulierung «erlässt Vorschriften» macht klar, dass es sich um eine umfassende Bundeskompetenz handelt. Die Konkretisierung der Kompetenz würde auf Gesetzes- und Verordnungsstufe erfolgen. Bevor auf Verfassungsstufe indes eine neue Bestimmung geschaffen würde, wäre eine Problemanalyse nötig, um die Reglungsbedürfnisse sowie die Auswirkungen einer Regelung abzuklären<sup>42</sup>. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die zwischen dem Bundesrat und der Plenarversammlung der KdK 2007 abgeschlossene und 2011 erneuerte

Rahmenvereinbarung E-Government Schweiz<sup>43</sup> in Art. 2 vorsieht, dass Bund, Kantone und Gemeinden eine koordinierte Umsetzung der E-Government-Strategie Schweiz sicherstellen, wobei die Kantone ihre Eigenständigkeit bewahren und nicht in ihren Kompetenz- und Organisationsbereich eingegriffen wird. Art. 2 der Rahmenvereinbarung würde zur oben skizzierten Verfassungsbestimmung in einem Spannungsverhältnis stehen. Eine neue Verfassungsbestimmung zur Begründung von Bundeskompetenzen zur Schaffung einer einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft könnte als neuer Absatz 2 in Artikel 81 (öffentliche Werke, im Abschnitt «Öffentliche Werke und Verkehr») eingefügt werden (vgl. oben, Ziff. 3.2.1). Denkbar wäre auch eine Einfügung im Abschnitt «Energie und Kommunikation» als 3. Absatz zu Artikel 92 (vgl. oben, Ziff. 3.2.2). Diese Artikel stehen im 2. Kapitel des 3. Titels der Bundesverfassung, in dem die Zuständigkeiten des Bundes aufgezählt werden.

#### **E. 4.2.3**

**Allgemeinverbindlicherklärung** Das Konzept einer bundesrechtlich verankerten einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft steht in einem Spannungsverhältnis zum hergebrachten föderalistischen Schweizer Staatswesen, zu dessen wesentlichen Merkmalen der Vollzugsföderalismus und die Organisationsautonomie der Kantone gehören. Vollzugsföderalismus bedeutet, dass die Kantone zuständig sind für den Vollzug des Bundesrechts; sie sind grundsätzlich frei, wie sie die Umsetzung gestalten, soweit die korrekte Umsetzung gewährleistet und der Vollzug des Bundesrechts nicht vereitelt wird; gewisse Unterschiede werden in Kauf genommen. Organisationsautonomie bedeutet, dass die Kantone frei darin sind, wie sie ihre Behörden organisieren. Als Alternative zur oben ausgeführten direkten bundesrechtlichen Verankerung einer Bundeszuständigkeit wäre es möglich, dem Bund die Kompetenz einzuräumen, bestehende interkantonale Verträge für allgemeinverbindlich zu erklären. Er selbst könnte dieselben Regeln in seinem Bereich anwenden, um so eine einheitliche elektronische Verwaltungslandschaft zu verwirklichen, oder diesen Verträgen im Rahmen seiner Zuständigkeiten beitreten (Art. 48 Abs. 2 BV; vgl. im Einzelnen zu Vereinbarungen zwischen dem Bund und den Kantonen unten, Ziff. 4.2.4). Der Ort für eine Allgemeinverbindlicherklärung von interkantonalen Verträgen wäre Artikel 48a BV, «Allgemeinverbindlicherklärung und Beteiligungspflicht», der ebenfalls im Abschnitt «Zusammenwirken von Bund und Kantonen» steht. In Abs. 1 von Art. 48a BV wäre ein neuer Buchstabe «j.» anzuhängen, der etwa «Verwaltungszusammenarbeit mit Informations- und Kommunikationstechnologien» lauten könnte. Die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung sind auf Gesetzesstufe zu regeln (Art. 48a Abs. 3 BV). Für den Bereich der interkantonalen Zusammenarbeit mit Lastenausgleich<sup>44</sup> regelt das

#### **E. 4.2.4**

**Vereinbarung Bund-Kantone** Eine elektronische Verwaltungslandschaft könnte auch auf dem Wege einer Vereinbarung bzw. mehrerer Vereinbarungen zwischen dem Bund und den Kantonen angestrebt werden. Der Bund kann sich an einer solchen Vereinbarung im Rahmen seiner Zuständigkeiten beteiligen (Art. 48 Abs. 2 BV). Es besteht bereits eine Vereinbarung vom 14. Mai 2009 zwischen dem Bund, den unterzeichnenden Kantonen und der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren (FDK) über die Zusammenarbeit Schweizerischer Gemeinwesen auf dem Gebiet der Informatik<sup>49</sup>. Sie sieht die Bildung einer beratenden Organisation vor, die die Koordination und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Informatik fördert sowie Koordinationsaufgaben aktiv unterstützt (Art. 1 der Vereinbarung). Diese Vereinbarung könnte weiter präzisiert oder mit weiteren

Vereinbarungen ergänzt werden, um eine einheitliche elektronische Verwaltungslandschaft zu verwirklichen. Daneben sieht die Rahmenvereinbarung E-Government Schweiz<sup>50</sup> vor, dass die Gemeinwesen dafür besorgt sind, dass keine unnötigen rechtlichen oder tatsächlichen Schranken die Nutzung ihrer Daten und Leistungen durch andere Schweizer Gemeinwesen behindern (Art. 3). Art. 2 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung behält die Zuständigkeiten der Kantone ausdrücklich vor. Bei E-Government Leistungen sind für die Gemeinwesen die Standards des Vereins eCH massgeblich; in der Regel werden sie insbesondere für die Beschaffung und Eigenentwicklung durch das Gemeinwesen für verbindlich erklärt (Art. 4 der Rahmenvereinbarung). Eine weitere Präzisierung dieser vertraglichen Bestimmungen oder weitere Vereinbarungen wären grundsätzlich ebenfalls eine Möglichkeit, um die Schaffung einer einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft voranzutreiben.

#### **E. 4.2.5**

Förderung von Standards und «Best Practices» Ein weiterer möglicher Weg zur Verwirklichung einer einheitlichen Verwaltungslandschaft besteht darin, dass der Bund Standards vorgibt und «Best Practices» fördert bzw. bei deren Erarbeitung und Verbreitung eine führende Rolle einnimmt. In diese Richtung weist die vom Bundesrat am 24. Januar 2007 verabschiedete E-Government-Strategie Schweiz<sup>53</sup>. Sie sieht vor, dass das Potenzial innovativer Staatsstellen genutzt und gleichzeitig mit gemeinsamem Vorgehen und definierten Organisationsstrukturen die übergeordnete Steuerung sichergestellt wird (S. 6, «3. Grundsätze zur Zielerreichung», Ziff. 4). Durch Austausch und abgestimmtes Vorgehen sowie durch Festlegung federführender Stellen soll gezielt in Lösungen investiert werden, die vielfach genutzt werden können, so dass die angestrebten Ziele mit minimalen Investitionen erreicht werden können (Strategie, «1.4 Richtig verstandenen Föderalismus als Chance nutzen»). Die Setzung von Standards geschieht bislang durch den Verein eCH, bei dem der Bund neben Kantonen, Gemeinden, Universitäten, diversen Organisationen und Unternehmen sowie natürlichen Personen Mitglied ist. eCH richtet sich nach der E-Government-Strategie Schweiz. Die Standards von eCH sind auf nationaler Ebene für Bund und Kantone massgeblich. Ausserdem haben sie die Empfehlungen der Schweizerischen Informatikkonferenz (SIK) über die technische Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Gemeinwesen zu berücksichtigen (Art. 4 der Rahmenvereinbarung E-Government Schweiz<sup>54</sup>; vgl. auch die Vereinbarung vom 14. Mai 2009 zwischen dem Bund, den unterzeichnenden Kantonen und der FDK über die Zusammenarbeit Schweizerischer Gemeinwesen auf dem Gebiet der Informatik<sup>55</sup>). Das E-Government-Vorhaben «B.1.06 E-Government-Architektur Schweiz» soll die Voraussetzungen dafür schaffen, «dass bei Bund, Kantonen und Gemeinden autonom Puzzleteile erstellt werden können, welche zusammen ein funktionierendes, für die Kunden einfach zugängliches und effizient nutzbares E-Government-Angebot ergeben und innerhalb der Verwaltung ohne Medienbrüche verarbeitet werden können.»<sup>56</sup> Dieses Vorhaben könnte auch dafür genutzt werden, um das Anliegen einer einheitlichen Verwaltungslandschaft Schweiz wirksam zu verfolgen. Im Gegensatz zur Umsetzung von rechtlich verbindlichen Vorschriften ist bei der Setzung von Standards und «Best Practices» deren zügige, verbindliche Umsetzung nicht gewährleistet. Sie könnte indes durch die Bereitstellung von Fördergeldern unterstützt und beschleunigt werden.

51 Abrufbar unter [www.ejpd.admin.ch](http://www.ejpd.admin.ch) > Themen > Föderalismus, «Dokumentation». 52 Bericht des Bundesrates vom 27. März 2002 über rechtsetzende Verträge zwischen Bund

und Kantonen, abrufbar unter [www.ejpd.admin.ch](http://www.ejpd.admin.ch) > Themen > Föderalismus, «Dokumentation», S. 4. 53 Abrufbar unter [www.egovernment.ch](http://www.egovernment.ch) > Grundlagen > Strategie. 54 Abrufbar unter [www.egovernment.ch](http://www.egovernment.ch) > Grundlagen > Rahmenvereinbarung. Vgl. Anm. 43. 55 Abrufbar unter [www.sik.ch](http://www.sik.ch) > Gründung. 56 E-Government Schweiz, Katalog priorisierter Vorhaben, Stand 24. Oktober 2011, abrufbar unter [www.egovernment.ch](http://www.egovernment.ch).

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 17

### **E. 4.3**

Beurteilung Um eine allgemein Bundeskompetenz zum Erlass technischer und organisatorischer Vorschriften im Hinblick auf eine einheitliche elektronische Verwaltungslandschaft Schweiz zu begründen, wäre eine neue Bestimmung in der Bundesverfassung nötig. Bevor auf Verfassungsstufe eine neue Bestimmung geschaffen wird, wäre eine eingehende Problemanalyse vorzunehmen. Als Alternative dazu könnte dem Bund die Kompetenz eingeräumt werden, bestehende interkantonale Vereinbarungen für allgemeinverbindlich zu erklären. Auch eine Regelung in einer Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen wäre denkbar. Diese Lösungen sind indes schwerfällig, weshalb eine einheitliche eidgenössische Regelung auf dem Wege der Bundesgesetzgebung zu bevorzugen ist. Als weitere Alternative besteht die Möglichkeit, Standards und «Best Practices» zu fördern. Dies könnte im Rahmen des bereits bestehenden E-Government-Vorhabens «B.1.06 E-Government-Architektur Schweiz» geschehen. Bei dieser Lösung ist allerdings die rechtliche Verbindlichkeit nicht gegeben.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2012.1 - Rechtsgrundlagen für die IKT-Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2012 Année Anno Band - Volume Volume Seite 1-17 Page Pagina Ref. No 150 000 251 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

### **E. 5**

Botschaft vom 14. November 2001 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA), BBl 2002 2460; Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich / Basel / Genf 2003, Art. 47 Rz. 2.; abweichend Regula Kägi-Diener, in St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 47 Rz. 15 (genereller Schutz vor Eingriffen).

### **E. 6**

Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 213.

### **E. 7**

Vgl. auch die Motion 10.3946 (FDP-Liberale Fraktion) «Millionenfache Einsparungen für KMU durch E-Government» vom 13. Dezember 2010, die vom Bund verlangt, er solle eine

stärkere Führungsrolle bei der Umsetzung der E-Government Strategie Schweiz einnehmen. Der Bundesrat beantragt die Annahme der Motion.

#### **E. 8**

Vgl. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Basel/Frankfurt a. M. 1991, Rz. 615.

#### **E. 9**

Z.B. Art. 57 Abs. 1 BV, «Bund und Kantone sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung», Art. 61a Abs. 1 BV, «Bund und Kantone sorgen gemeinsam im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine hohe Qualität und Durchlässigkeit des Bildungsraums Schweiz» und Art. 73 BV, «Bund und Kantone streben ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits an».

#### **E. 10**

Beispielsweise ist die Verfassungsmässigkeit des Bundesgesetzes über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG) vom 18. März 2005 unbestritten, auch wenn dieses Gesetz keinerlei Stütze im 2. Kapitel des 3. Titels hat.

#### **E. 11**

Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2008, Rz. 1064 ff. u. 90 ff.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 6

tematische Auslegung schliesslich leitet den Sinn der Norm aus ihrem Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und aus ihrer systematischen Stellung im Erlass ab. Wie oben erwähnt sind die Bundeskompetenzen vor allem, aber nicht ausschliesslich, im 2. Kapitel des 3. Titels zu suchen. Die nicht alleine auf den Wortlaut abstellende Auslegung führt dazu, dass neben den in der Bundesverfassung ausdrücklich genannten Bundeskompetenzen auch stillschweigende Bundeskompetenzen anerkannt werden können. In der neuen Bundesverfassung werden die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen zwar in einer zeitgemässen Sprache aufgezählt und in einer übersichtlichen Systematik präzisiert (s. insb. das 2. Kapitel des 3. Titels, Art. 54-125 BV); das ungeschriebene Verfassungsrecht ist sorgfältig nachgeführt worden. Die Herleitung von stillschweigenden Bundeskompetenzen bleibt aber nach wie vor möglich<sup>12</sup>. Bei den stillschweigenden Bundeskompetenzen können implizite und inhärente Zuständigkeiten unterschieden werden. Als implizite Gesetzgebungskompetenzen werden Zuständigkeiten bezeichnet, die mit expliziten Kompetenzen eng verbunden sind oder daraus abgeleitet werden können. Sie ergeben sich aus der jeweiligen Gesetzgebungszuständigkeit in einem Sachbereich. Beispiele für implizite Gesetzgebungskompetenzen sind die Kompetenzen zur Einführung von Lenkungsabgaben, zur Gewährung von Abgeltungen und Finanzhilfen oder zum Erlass von Nebenstrafrecht. Die sogenannten inhärenten Zuständigkeiten kommen dem Bund aufgrund seiner Staatlichkeit zu. Sie sind im Bestand des gesamtschweizerischen Gemeinwesens als solchem begründet. Sie erlauben es dem Bund etwa, die Organisation

der staatlichen Institutionen zu regeln, einen Nationalfeiertag festzulegen (dieser ist allerdings seit 1993 ausdrücklich in der BV festgelegt, heute in Art. 110 Abs. 3 BV) oder die Nationalhymne und die Flagge zu bestimmen (Bundesratsbeschluss vom 1. April 1961 betreffend den Schweizerpsalm, Bundesbeschlusses vom 12. Dezember 1889 betreffend das eidgenössische Wappen<sup>13</sup>). Sie ermächtigen den Bund insbesondere auch, die notwendigen Massnahmen zu seinem eigenen Schutze bzw. zum Schutz seiner Organe und Institutionen zu treffen.

**E. 12**

Häfelin / Haller / Keller, Rz. 1067-1068.

**E. 13**

SR 111; vgl. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Basel/Frankfurt a. M. 1991, Rz. 632, m. w. Hinw.

**E. 14**

Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2008, Rz. 1082 u. 1104.

**E. 15**

Häfelin / Haller / Keller, Rz. 1084 ff.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 7

Nicht jede Kompetenz ermächtigt den Bund somit, eine bestimmte Materie in allen Aspekten umfassend zu regeln. Welchen Umfang die Kompetenz des Bundes in einem bestimmten Rechts- oder Sachbereich hat, ist durch Auslegung zu ermitteln<sup>16</sup>. 3 Bundeskompetenzen für eine IKT-Zusammenarbeit Bund-Kantone

**E. 16**

Häfelin / Haller / Keller, Rz. 1083.

**E. 17**

Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich / Basel / Genf 2003, Art. 81 Rz. 2-6.

**E. 18**

Alexander Ruch, in: Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 929 f. Für die aBV s. Riccardo Jagmetti in Kommentar aBV, Art. 23 Rz. 5 f.

**E. 19**

Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 257.

**E. 20**

Riccardo Jagmetti, in Kommentar aBV, Art. 23 Rz. 5.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

Lendi ist demgegenüber der Ansicht, dass der Begriff in einer zeitgemässen Auslegung weiter zu fassen sei, weil bezüglich der Infrastrukturen zusätzliche Kompetenznormen erlassen worden sind und weil aufgrund der technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen die Leistungen gewichtiger und kennzeichnender wurden als die Bauten als solche<sup>21</sup>. Mit «Leistungen» meint er die Wirkungen, die mit Trägern wie Satelliten, Mikrochips oder Glasfaserkabeln erzielt werden. Zu denken sei etwa an öffentliche Einrichtungen der Informationsverbreitung und der -verarbeitung sowie allgemein der Kommunikation. Es sei vertretbar, den Begriff des «öffentlichen Werks» auszudehnen auf durch Bauten oder Anlagen ermöglichte Leistungen und deren Auswirkungen. Dafür spreche auch der Sinn von Art. 81 BV. Dieser zielt auf die subsidiäre Kompetenz des Bundes, unabhängig von besonderen Kompetenzen jene öffentlichen Werke errichten, betreiben oder unterstützen zu können, die im öffentlichen Interesse liegen. In Betracht kämen äusserlich grosse Werke und solche von hoher Leistungsfähigkeit, mit oder ohne dominierender Beziehung zu Grund und Boden. Sogar Konzepte und Vorgehensweisen, mittels derer öffentliche Leistungen von hoher wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Relevanz im öffentlichen Interesse erzielt würden, seien öffentliche Werke im Sinne von Art. 81 BV. Als Beispiel nennt Lendi ein elektronisches Verkehrsüberwachungs- und Verkehrsleitsystem, das über einen Satelliten funktioniert. Auch ein «Werk» zur Informationsverbreitung ganz allgemein wäre laut Lendi vom Werkbegriff des Art. 81 BV erfasst. Zusammengefasst definiert er gestützt auf eine zeitgemässe und teleologische Auslegung ein öffentliches Werk als «grössere Infrastruktureinrichtung oder gebündeltes Leistungspotential und -angebot, das im öffentlichen Interesse des ganzen Landes oder grosser Teile davon bereitgehalten und betrieben werden muss oder dessen Installation aus der gleichen Interessenlage heraus unterstützt werden soll.»<sup>22</sup> Biaggini lässt offen, «wie weit im Zeitalter der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft eine aktualisierende Auslegung des Werkbegriffs gehen darf» und ob dieser z.B. eine virtuelle Bibliothek oder ein elektronisches Verkehrsleitsystem umfassen würde<sup>23</sup>. Eine grammatikalische Auslegung würde wohl tendenziell eher gegen einen weiten Werkbegriff sprechen. Im Obligationenrecht werden zwar wie erwähnt auch immaterielle Ergebnisse als ein «Werk» bezeichnet, nach Urhebergesetz ebenso; Computerprogramme gelten hier explizit als «Werke» (Art. 2 Abs. 3 URG). Unter «öffentlichen Werken» dürften aber gemeinhin doch eher Bauten wie Brücken, Strassen oder Tunnels verstanden werden als technische und organisatorische Massnahmen. Das gilt auch für die italienische Fassung («opere pubbliche») und die französische Fassung, die überdies unterschiedliche Begriffe verwendet: «travaux publics» und «ouvrages publics» im Verfassungsrecht, «oeuvres» im Obligationen- und Urheberrecht. Die historische Auslegung von Art. 81 BV spricht ebenfalls eher für einen engen Werkbegriff. Gleiches gilt für die systematische Auslegung. Die Bestimmung steht im 5. Abschnitt, «öffentliche Werke und Verkehr», in dem neben den öffentlichen Werken der Strassenverkehr, die Eisenbahnen, die Seilbahnen, die Schifffahrt, die Luft- und Raumfahrt sowie die Fuss- und Wanderwege geregelt werden. Dies spricht für einen Werkbegriff, der eine räumliche Veränderung voraussetzt, also eher für eine bodenverhaftete denn eine immaterielle Auslegung des Begriffes «öffentliches Werk». Eine zeitgemässe Auslegung hingegen spricht für einen weiteren Werkbegriff im Sinne von Lendi. Zusammengefasst wäre es nach einem in der Lehre teilweise befürworteten Ansatz möglich, grössere Informatikvorhaben und andere Elemente zur Schaffung einer einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft unter dem Werkbegriff von Art. 81

BV zu subsumieren. Der Bund kann gestützt auf Art. 81 BV öffentliche Werke errichten, was die Befugnis einschliesst, diese selbst zu betreiben und zu unterhalten. Er kann ausserdem die Errichtung von öffentlichen Werken unterstützen. Die Unterstützung von Betrieb und Unterhalt von Werken Dritter muss sich hingegen auf eine besondere Sachkompetenz des Bundes abstützen<sup>24</sup>. Der Bund kann sodann die zur Ausschöpfung dieser Kompetenzen erforderlichen Rechtsvorschriften erlassen. Art. 81 BV gibt dem Bund hingegen keine allgemeine Gesetzgebungskompetenz im Bereich der öffentlichen Werke<sup>25</sup>. Er kann also den Kantonen gestützt auf Art. 81 BV nicht vorschreiben, bestimmte öffentliche Werke anzuschaffen oder zu benutzen. Er kann auf der Grundlage von Art. 81 BV auch nicht vorschreiben, dass ein öffentliches Werk, das die Kantone realisieren, über bestimmte Eigen-

**E. 21**

Martin Lendi, in St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 81 Rz. 6 ff.

**E. 22**

Lendi, Art. 81 Rz. 10.

**E. 23**

Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, Zürich 2007, Art. 81 Rz. 2.

**E. 24**

Alexander Ruch, in: Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 929 f. Für die aBV Riccardo Jagmetti in Kommentar aBV, Art. 23 Rz. 6.

**E. 25**

Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, Zürich 2007, Art. 81 Rz. 5.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 9

schaften verfügen oder gewisse Normen erfüllen soll. Er kann sich deshalb nicht auf Art. 81 BV stützen, um verbindliche technische und organisatorische Vorgaben für eine IKT-Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen zu erlassen und durchzusetzen.

**E. 26**

Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 271.

**E. 27**

Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich / Basel / Genf 2003, Art. 92 Rz. 3.

**E. 28**

BGE 109 Ib 389, S. 393, Ellenberger Electronic AG. Das Fernmeldewesen umfasst z.B. Telefon, Fax oder E-Mail, aber auch andere bekannte oder noch nicht bekannte Arten der Informationsübermittlung. Die fernmeldetechnische Seite von Radio und Fernsehen wurde früher über das Post- und Telegrafenergal erfasst. Obwohl für Radio und Fernsehen seit

1984 eine eigene Verfassungsgrundlage besteht (Art. 93 BV), stützt sich das neue RTVG vom 24. März 2006 auf Art. 92 BV; Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, Zürich 2007, Art. 92 Rz. 5.

#### **E. 29**

Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich / Basel / Genf 2003, Art. 92 Rz. 4.

#### **E. 30**

Vgl. bereits heute Art. 5 Registerharmonisierungsverordnung (RHV): «Der Datenaustausch zwischen den Registern nach Artikel 2 RHG und die Datenlieferung an das BFS erfolgen über Sedex oder mittels elektronischen Datenträgers nach den Richtlinien des BFS.»

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 10

#### **E. 31**

Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 211; Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2008, Rz. 1102 u. 1138 f., 1141.

#### **E. 32**

Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, Zürich 2007, Art. 46 Rz. 2.

#### **E. 33**

Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 212; Biaggini, Art. 46 Rz. 7; anderer Ansicht (ohne Begründung) Regula Kägi-Diener, St. Galler Kommentar, Zürich / St. Gallen 2008, Art. 46 Rz. 19.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 11

lich eigene, den regionalen oder lokalen Bedürfnissen angepasste Regelungen zu treffen<sup>34</sup>. Alle sektoriellen Kompetenzen des Bundes zusammengezählt ergeben deshalb keine lückenlose Kompetenz des Bundes, eine einheitliche elektronische Verwaltungslandschaft zu schaffen. Auf eine vollständige Aufzählung der umfassenden sektoriellen Kompetenzen deshalb verzichtet werden. Beispielhaft für bestehende Ansätze zu einer elektronischen Verwaltungslandschaft soll aber nachfolgend aus dem Zuständigkeitsbereich des EJPD die Situation bei der Umsetzung des Zivilrechts und des Strafrechts dargestellt werden, weil dies eine vorläufige Bilanz der Bemühungen erlaubt, eine elektronische Verwaltungslandschaft zu schaffen.

#### **E. 34**

Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2008, Rz. 180.

#### **E. 35**

Botschaft vom 14. Februar 2011 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elektronische Führung der Personenstandsregister), BBl 2001 1644; Änderung des ZGB (Elektronische Führung der Personenstandsregister) vom 5. Oktober 2001, AS 2004 2911 (Art. 39 Abs. 1, 43a, 45 Abs. 3, 45a, 48 Abs. 5, 6a SchlT ZGB).

### **E. 36**

Referendumsvorlage: BBl 2009 8779; Botschaft und Entwurf des Bundesrates: BBl 2007 5283, 5347.

### **E. 37**

Swiss Commercial Registry Data Structure, abrufbar unter [zefix.admin.ch](http://zefix.admin.ch) > Standards.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 12

– Im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts können Eingaben bei den Betreibungs- und Konkursämtern und den Aufsichtsbehörden elektronisch eingereicht werden; der Bundesrat kann die nötigen technischen und organisatorischen Vorgaben machen (Art. 33a Abs. 1 u. 2 SchKG). Diese Vorgaben macht der Bundesrat in der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren vom 18. Juni 2010<sup>38</sup>, wobei er die Regelung der Massenverfahren dem EJPD übertragen hat (s. Art. 14 der Verordnung). Die Verordnung des EJPD über die elektronische Übermittlung im Bereich Schuldbetreibung und Konkurs vom 9. Februar 2011<sup>39</sup> regelt die technischen und organisatorischen Vorgaben und das Datenformat, nach denen Gläubigerinnen und Gläubiger sowie Betreibungs- und Konkursämter in einer geschlossenen Benutzergruppe (eSchKG-Verbund) als Verbundteilnehmerinnen und -teilnehmer Betreibungs- und Konkursdaten austauschen. Unter der Leitung des BJ entwickeln Betreibungsämter, Gläubiger und Softwarehersteller zusammen den Standard für den elektronischen Datenaustausch im Betreibungswesen laufend weiter. – Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), sieht vor, dass Parteien Eingaben bei Gerichten oder Behörden auch in elektronischer Form einreichen können (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Der Bundesrat wird ermächtigt, das Format der Übermittlung zu bestimmen (Art. 130 Abs. 2 ZPO). Er hat in der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren festgelegt, dass die Verfahrensbeteiligten ihre Eingaben im PDF-Format zu übermitteln haben (Art. 6 Abs. 1), während das EJPD festlegen kann, dass die Verfahrensdaten zusammen mit der Eingabe in strukturierter Form eingereicht werden können; das EJPD regelt die technischen Vorgaben und das Datenformat (Art. 6 Abs. 2). Sodann hat der Bundesrat für Gerichtsurkunden und Parteieingaben Formulare zur Verfügung zu stellen (Art. 400 Abs. 2 ZPO). Diese sind seit dem 1. Januar 2011 auf der Website des BJ in elektronischer Form abrufbar<sup>40</sup>. Den Erlass administrativer und technischer Vorschriften kann der Bundesrat dem BJ übertragen (Art. 400 Abs. 3 ZPO). Weitere E-Government-Vorhaben im Bereich des Zivil- und Zivilprozessrechts sind ohne weiteres realisierbar. Es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, wieweit formellgesetzliche Grundlagen geschaffen werden müssen, während die Verfassungsgrundlage mit Art. 122 BV bereits heute grundsätzlich vorhanden sind. Für Vorhaben wie z.B. die Ermöglichung elektronischer Anmeldungen und Mutationen im Handelsregister oder die Schaffung eines

zentralen Betreibungsregistrauszugs, der es einem Schuldner verunmöglichen würde, sich durch einen Wohnsitzwechsel einen leeren Betreibungsregistrauszug zu verschaffen, hat der Bund somit bereits heute die nötigen Kompetenzen.

**E. 38**

SR 272.1.

**E. 39**

SR 281.112.1.

**E. 40**

[www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Themen > Staat & Bürger > Zivilprozessrecht.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 13

gereicht werden können; das EJPD regelt die technischen Vorgaben und das Datenformat (Art. 6 Abs. 2). Das Format ist so für alle Kantone identisch und kann mit demjenigen koordiniert werden, welches das Bundesgericht gewählt hat<sup>41</sup>. – Das Bundesamt für Justiz führt unter Mitwirkung anderer Bundesbehörden und der Kantone ein zentrales, automatisiertes Strafregister (VOSTRA; Art. 365 Abs. 1 StGB, VOSTRA-Verordnung). Jeder Kanton bestimmt für die Bearbeitung der Daten im Register eine Koordinationsstelle (Art. 367 Abs. 5 StGB). Das Bundesamt für Justiz, die Strafjustizbehörden, die Militärjustizbehörden, die Strafvollzugsbehörden und die Koordinationsstellen der Kantone bearbeiten im Strafregister Personendaten über Verurteilungen (Art. 367 Abs. 1 StGB).

**E. 41**

Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1165.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 14

**E. 42**

Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, 3. Aufl. 2007, S. 113 ff.

**E. 43**

Abrufbar unter [www.egovernment.ch](http://www.egovernment.ch) > Grundlagen > Rahmenvereinbarung. Die aktualisierte Rahmenvereinbarung wurde vom Bundesrat am 16. November 2011 verabschiedet und von der Plenarversammlung der KdK am 16. Dezember 2011 genehmigt. Sie tritt am 1. Januar 2012 in Kraft. Wir zitieren nach der neuen Fassung.

**E. 44**

Giovanni Biaggini, «Vertragszwang» im kooperativen Föderalismus: Verfassungsrechtliche Richtpunkte für den Einsatz von Art. 48a BV vorgesehenen Zwangsmittel, ZBl 7/2008, S. 361.

Gutachten

Bundesgesetz über den Finanz- und Lastenausgleich (FiLaG) in Art. 14 die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung und in Art. 16 die Rechtsmittel. Die Grundsätze und das Verfahren der interkantonalen Zusammenarbeit mit Lastenausgleich werden in der Rahmenvereinbarung vom 24. Juni 2005 für die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich (IRV) geregelt. Soll die Zusammenarbeit im Hinblick auf eine elektronische Verwaltungslandschaft ohne Lastenausgleich erfolgen, wäre eine neue gesetzliche Grundlage zu schaffen, die sich am FiLaG orientieren könnte. Diese Lösung hat den Vorteil, dass die Kantone grundsätzlich selbst entscheiden können, ob sie eine einheitliche Lösung rechtlich verbindlich regeln möchten. Die interkantonale Zusammenarbeit auf der Basis von Konkordaten hat in der Schweiz eine lange Tradition<sup>45</sup>. Eine Allgemeinverbindlicherklärung wäre erst auf Antrag einer qualifizierten Mehrheit der Kantone möglich (vgl. Art. 14 Abs. 1 FiLaG). Zur Einführung einer schweizweit einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft sind interkantonale Vereinbarungen allerdings nicht unbedingt das am besten geeignete Instrument. Der Inhalt des Vertrags ist stark durch die kantonalen Exekutiven geprägt. Die Weiterentwicklung eines Vertrags mit einer grösseren Zahl von beteiligten Kantonen kann sehr aufwendig und langwierig sein<sup>46</sup>. Wo eine einheitliche eidgenössische Regelung angestrebt wird, scheint uns deshalb eher der Weg der Bundesgesetzgebung angezeigt<sup>47</sup>. Bei einer Lösung mit einer Allgemeinverbindlicherklärung hat der Bund zudem auf die inhaltliche Ausgestaltung der interkantonalen Vereinbarung keinen Einfluss, da er keine materiellen Regelungskompetenzen hat. Er müsste die Vorgaben der Kantone übernehmen. Sie bringt ihn aber immerhin in die Lage, in einem interkantonalen Konflikt Position zu beziehen zu Gunsten der Antrag stellenden, vertragswilligen Kantone oder aber zu Gunsten der nicht vertragswilligen Kantone. Der Entscheid des Bundes ist dabei nicht inhaltsneutral, sondern erfolgt zwangsläufig vor dem Hintergrund der Frage, wie eine Aufgabe auf kantonaler Ebene inskünftig erfüllt werden soll<sup>48</sup>. Um direkten Einfluss auf die interkantonale Vereinbarung zu haben, müsste er bei deren Ausarbeitung dabei sein und dieser beitreten.

**E. 45**

Biaggini, S. 345.

**E. 46**

Biaggini, S. 348-349.

**E. 47**

Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 214; Biaggini, S. 349.

**E. 48**

Biaggini, S. 369.

**E. 49**

Abrufbar unter [www.sik.ch](http://www.sik.ch) > Gründung.

**E. 50**

Abrufbar unter [www.egovernment.ch](http://www.egovernment.ch) > Grundlagen > Rahmenvereinbarung. Vgl. Anm. 43.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2012, Ausgabe vom 1. Mai 2012 16

Für Vereinbarungen spricht, dass die Kantone als gleichberechtigte Partner auftreten könnten. Dies wäre der Materie angemessen, die ein Kernelement ihrer Zuständigkeiten betrifft, nämlich die Organisationsautonomie. Dagegen sprechen – wie bei der Variante der Allgemeinverbindlicherklärung – die Exekutivlastigkeit der Verträge sowie die Tatsache, dass eine Vertragsänderung aufwendig und langwierig sein kann. Wenn die Vereinbarungen zwischen Bund und Kantonen verbindliche Vorgaben in technischer und organisatorischer Hinsicht machen würden, hätten sie ausserdem rechtsetzenden Charakter. In seinem Bericht vom 27. März 2002 über rechtsetzende Verträge zwischen Bund und Kantonen<sup>51</sup> hat der Bundesrat aufgezeigt, dass solche Verträge als Zusammenarbeitsform nur beschränkt tauglich sind und verglichen mit der Form des Bundesgesetzes insgesamt die Nachteile überwiegen. Zur Herbeiführung einer rechtlich verbindlichen einheitlichen Lösung sollte deshalb der Weg der Bundesgesetzgebung eingeschlagen werden. Bei Vereinbarungen mit wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen ist stets eine formellgesetzliche Grundlage nötig<sup>52</sup>. Ob eine Vereinbarung wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthält, wäre im Einzelfall zu prüfen. Bei einer Vereinbarung, die zu einer einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft führen würde, wäre dies wohl zu bejahen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.