

**«Digitale Verwaltung»: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die bundesstaatliche
Steuerung und Koordination**

Rechtsgutachten im Auftrag des Eidgenössischen Finanzdepartements und der Konferenz
der Kantonsregierungen

Prof. Dr. Andreas Glaser, Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen an der Universität Zürich, Mitglied der Direktion des Zentrums für Demokratie Aarau (ZDA)

Zürich, 29. Juni 2021

Inhaltsverzeichnis

A. Rechtliche und rechtspolitische Ausgangslage	4
B. Verfassungsrechtliche Beurteilung von Variante 2	5
I. Rechtliche Ausgestaltung	5
1. Schaffung einer Zielorganisation durch Bund und Kantone	5
2. Befugnisse der Zielorganisation zum Erlass verbindlicher Standards	5
a) Sachliche Reichweite der Standards	5
b) Rechtsnatur der zu erlassenden Standards	6
aa) Rechtsquellen	6
bb) Blosser Empfehlungscharakter der Standards	7
cc) Privatrechtlicher Verein als Urheber der Standards	8
3. Rechtsform der Zielorganisation als öffentlich-rechtliche Körperschaft	9
II. Rechtsetzungsbedarf zur Schaffung eines gemeinsamen Organs von Bund und Kantonen	11
1. Rechtsetzungsbedarf im Bund	12
a) Ergänzungsbedarf auf Verfassungsebene	12
aa) Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen	12
bb) Zulässigkeit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen	14
b) Regelungsbedarf auf Gesetzesstufe	16
2. Rechtsetzungsbedarf in den Kantonen	17
a) Kein Anpassungsbedarf auf Verfassungsebene	17
b) Grundsätzlicher Regelungsbedarf auf Gesetzesstufe	18
III. Rechtsgrundlagen für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen	19
1. Verbindliche Rechtsetzung im Verhältnis zu kantonalen Behörden	20
2. Verbindliche Rechtsetzung im Verhältnis zu Gemeindebehörden	21
IV. Voraussetzungen für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen	22
1. Bundesrechtliche Anforderungen an das kantonale Verfahren	23
2. Anforderungen an die demokratische Legitimation	23
3. Rechtsstaatliche Delegationsvoraussetzungen	26
V. Verfassungsrechtliche Problemfelder gemeinsamer Organe von Bund und Kantonen	27
1. Parlamentarische Kontrolle	27
2. Rechtsschutz	29
3. Rechtsnatur und Rechtswirkungen der gemeinsam erlassenen Normen	30
C. Verfassungsrechtliche Beurteilung von Variante 3	32
I. Rechtliche Ausgestaltung	32
II. Verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Rechtsetzungsbedarf	32

D. Verfassungsrechtliche Beurteilung möglicher Alternativen	34
I. Gesetzgebungskompetenzen des Bundes	34
II. Ausgestaltung einer Bundeskompetenz für die Digitalisierung der Verwaltung	35
III. Sicherstellung der Mitwirkung der Kantone	37
1. Allgemeine Mitwirkungsmöglichkeiten, insbesondere Vernehmlassungsverfahren	37
2. Spezifische Mitwirkungsmöglichkeiten durch Beratungsorgane	38
3. Vergleich zwischen Rechtsetzung durch den Bund und gemeinsamer Rechtsetzung	39
IV. Ausgestaltung der Bundeskompetenz und Eigenständigkeit der Kantone	40
V. Wahrung der fiskalischen Äquivalenz im Bereich der digitalen Verwaltung	42
VI. Vor- und Nachteile einer Zentralisierung beim Bund	45
E. Zusatzfragen.....	48
I. Gemeinsame Datenbewirtschaftung und -nutzung durch Bund und Kantone	48
1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes.....	48
2. Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung	50
II. Gemeinsame Finanzierung von Massnahmen durch Bund und Kantone.....	52
F. Zusammenfassung und staatspolitische Würdigung	54
I. Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens	54
II. Verfassungspolitische Würdigung.....	56
Literaturverzeichnis	60
Materialienverzeichnis	63

A. Rechtliche und rechtspolitische Ausgangslage

Der Bundesrat hat am 3. April 2020 dem Aufbau einer politischen Plattform mit Standardentwicklung (PPSE) zur Optimierung der bundesstaatlichen Steuerung und Koordination im Bereich der Digitalen Verwaltung zugestimmt.¹ Die Kantonsregierungen hatten bereits anlässlich der Plenarversammlung der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) am 27. März 2020 einen entsprechenden Beschluss gefasst.² Bezüglich der Standards für Datenmanagement ist das Mandat für die PPSE ohne Verbindlichkeit ausgestaltet.³ Die zu schaffende Zielorganisation in Form der PPSE wird demnach nicht über autonome, abschliessende Entscheidungsbefugnisse verfügen. Die zu entwickelnden Standards können vielmehr nur im Wege eines Antrags- und Beschlussverfahrens durch eine konsensuale Entscheidung der beteiligten Gemeinwesen für verbindlich erklärt werden.⁴ Inzwischen liegt diesbezüglich die öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die Digitale Verwaltung Schweiz (im Folgenden: RV DVS) im Entwurf vor.⁵ Zur Steuerung der digitalen Transformation im föderalistischen System soll die Organisation «Digitale Verwaltung Schweiz» (DVS) geschaffen werden (Ziff. 1.2 Abs. 1 RV DVS).⁶ Die DVS ist als PPSE im eingangs genannten Sinn konzipiert (Ziff. 1.2 Abs. 2 Satz 1 RV DVS). Entscheide kommen nur zustande, wenn ein politischer Konsens erzielt werden kann (Ziff. 1.3 Abs. 1 Satz 3 RV DVS). Die DVS gibt ausdrücklich lediglich Empfehlungen ab und stellt keine verbindlichen Regelungen auf (Ziff. 2.1 Abs. 7 Satz 1 RV DVS).

Der Bundesrat hat mit dem Beschluss vom 3. April 2020 zugleich das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) beauftragt, in Zusammenarbeit mit der KdK, auf der Grundlage des Beschlusses vom 27. März 2020, und unter Einbezug des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) beziehungsweise des Bundesamtes für Justiz (BJ) bis Mitte 2021 die rechtlichen und insbesondere die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen sowie den Rechtsetzungsbedarf für eine Umsetzung von zwei Varianten zu der als Variante 1 bezeichneten Schaffung der PPSE zu ermitteln.⁷ Hierzu ist ein Variantenpapier zu erstellen, das die Vor- und Nachteile verschiedener Lösungsansätze rechtlich und (insbesondere staats-) politisch würdigt. Variante 2 umfasst eine politische Plattform mit *verbindlicher* Standardsetzung, Variante 3 sieht eine *Behörde als hoheitlichen Akteur* vor. Inzwischen ist auch in Ziff. 1.2 Abs. 4 RV DVS vorgesehen, dass Bund und Kantone ohne Verzug Entscheidungsgrundlagen für die Weiterentwicklung der DVS in Richtung Politische Plattform mit verbindlicher Standardsetzung und gegebenenfalls für die Schaffung einer neuen Behörde zu unterbreiten sind.

Das EFD und die KdK haben den Verfasser mit der Ausarbeitung dieses Rechtsgutachtens beauftragt, das als Grundlage für die Erarbeitung des genannten Variantenpapiers dienen soll.

¹ Bundesratsbeschluss, Ziff. 3.

² Vgl. Medienmitteilung vom 27. März 2020

https://kdk.ch/de/aktuell/medienmitteilungen/medienmitteilung/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=3203&cHash=15f809940cc8a1f3a16a400ad39b3551 (abgerufen am 19. Mai 2021).

³ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 11.

⁴ Vgl. nunmehr auch EFD/KdK, Digitale Verwaltung Schweiz, Grundlagenbericht, S. 15.

⁵ EFD/KdK, Digitale Verwaltung Schweiz, Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die Digitale Verwaltung Schweiz, Entwurf vom 2. Dezember 2020.

⁶ Im Einzelnen EFD/KdK, Digitale Verwaltung Schweiz, Grundlagenbericht, S. 17 f.

⁷ Bundesratsbeschluss, Ziff. 4.

Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an den im Auftrag zugrunde gelegten Fragen. Zunächst wird auf Variante 2 eingegangen (dazu B.), anschliessend auf Variante 3 (dazu C.) und schliesslich auf Alternativen auf der Grundlage einer umfassenden Kompetenz des Bundes für die digitale Verwaltung (dazu D.) sowie auf Zusatzfragen (dazu E.). Das Gutachten wird durch eine Zusammenfassung und eine staatspolitische Einordnung abgerundet (dazu F.).

B. Verfassungsrechtliche Beurteilung von Variante 2

I. Rechtliche Ausgestaltung

1. Schaffung einer Zielorganisation durch Bund und Kantone

Bund und Kantone sind derzeit in Ausführung einer hier nicht weiter zu untersuchenden Variante 1 damit befasst, auf der Grundlage der noch zu beschliessenden RV DVS eine Politische Plattform mit Standardentwicklung (PPSE) in Form der DVS aufzubauen.⁸ Die PPSE soll in der Variante 2 im Sinne des Schlussberichts der Arbeitsgruppe Digitale Verwaltung dahingehend weiterentwickelt werden, dass sie als gemeinsame Einheit von Bund und Kantonen *verbindliche* Standards festlegen kann.⁹ Der Zielorganisation sollen zu diesem Zweck von den beteiligten Gemeinwesen die notwendigen Kompetenzen übertragen werden. Ihre Befugnisse sollen auf diejenigen Kompetenzen beschränkt werden, die sie braucht, um Standards zu setzen, die für die beteiligten Gemeinwesen sowie für die Personen, welche digitale Behördenleistungen nutzen, verbindlich sind. Sie soll Rechtspersönlichkeit und hoheitliche Befugnisse erhalten, soweit dies zu diesem Zweck nötig ist.

2. Befugnisse der Zielorganisation zum Erlass verbindlicher Standards

a) Sachliche Reichweite der Standards

Der Zielorganisation soll die Befugnis übertragen werden, *verbindliche* Standards festzulegen. Bezüglich der Standards für Datenmanagement und -austausch sowie behördliche Zusammenarbeit entscheidet die Plattform gemäss der im Schlussbericht der Arbeitsgruppe Digitale Verwaltung entworfenen Konzeption somit autonom und abschliessend mit Verbindlichkeit für die Exekutiven der beteiligten Gemeinwesen.¹⁰ Damit soll die praktische Durchsetzung von Standards beim Einsatz elektronischer Mittel durch die Behörden ermöglicht werden. Die Organisation soll sich mit Querschnittsaufgaben, nicht aber mit konkreten Informatikprojekten in bestimmten Politikfeldern oder einzelnen Gemeinwesen befassen.¹¹ Die Standardsetzung soll sich auf die Bereiche Datenhaltung, -austausch, -normierung, -schutz, -sicherheit und -transfer erstrecken.¹² Dabei geht es jeweils nicht um eine Vereinheitlichung der rechtlichen Grundlagen, wie beispielsweise des Datenschutzrechts, oder eine inhaltliche Übereinstimmung der ausgetauschten Informationen, sondern lediglich um technische Kompatibilität.

⁸ Siehe dazu A.

⁹ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 11 f.

¹⁰ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 30.

¹¹ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 9.

¹² EFD/KdK, Schlussbericht, S. 9.

b) Rechtsnatur der zu erlassenden Standards

aa) Rechtsquellen

Entscheidend für die Ermittlung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Umsetzung von Variante 2 ist zunächst die Rechtsnatur der verbindlich anzuordnenden Standards. Anhaltspunkte für die rechtliche Qualität der im vorliegenden Zusammenhang relevanten Standards finden sich in Ziff. 3.6 der E-Government-Strategie Schweiz 2020-2023.¹³ Danach setzen Bund, Kantone und Gemeinden auf standardisierte Lösungen und offene Schnittstellen. Sie ermöglichen so eine nachhaltige kostensparende Digitalisierung von Verwaltungsleistungen und -prozessen sowie die durchgängige Übermittlung von Daten zwischen Behörden aller Staatsebenen. Ohne die Anwendung von Standards und ohne die Garantie der Interoperabilität werden effiziente und kostensparende Prozesse über die Staatsebenen hinweg als nicht möglich angesehen. Bezweckt wird daher mit der Standardsetzung unter dem Prinzip der Interoperabilität die technische Kompatibilität der Systeme, die inhaltliche Übereinstimmung der auszutauschenden Informationen sowie die Abstimmung von Zielen und Geschäfts- und IT-Architekturen.

Umsetzungsziel (UZ) 12 des Umsetzungsplans zur E-Government-Strategie Schweiz 2020-2023 besteht demzufolge darin, Standardisierung zu fördern. Als leistungsverantwortliche Organisation wird der Verein eCH bezeichnet. Die Aktivitäten von eCH haben das Ziel, die elektronische Zusammenarbeit zwischen Behörden sowie zwischen Behörden und Dritten zu erleichtern. Dazu werden neue Standardisierungsthemen identifiziert und priorisiert sowie Standards erarbeitet, verabschiedet und gepflegt.¹⁴ Die Standardisierung bildet danach eine notwendige Basis für diverse E-Government-Projekte und tangiert direkt oder indirekt fast alle Handlungsfelder der E-Government-Strategie Schweiz 2020-2023.

Gestützt auf die E-Government-Strategie Schweiz 2020-2023 haben der Bundesrat und die KdK die «Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz 2020»¹⁵ verabschiedet. Die Rahmenvereinbarung E-Government (RV E-Government) weist als öffentlich-rechtlicher Vertrag die stärkste normative Verdichtung im Bereich E-Government im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen auf. Gemäss Ziff. 1.2 Abs. 1 Satz 3 RV E-Government richten sich Bund, Kantone und Gemeinden für ihren Bereich an den Entscheidungen der in der RV E-Government vorgesehenen Organe aus und stellen im Rahmen der rechtlichen Vorgaben den Partnern Ideen, Methoden und Lösungen zur Verfügung. Bei der Erarbeitung von E-Government-Leistungen oder Teilen davon orientieren sich die Gemeinwesen ausdrücklich an internationalen oder nationalen Standards (Ziff. 1.4 Abs. 1 RV E-Government).

Im Weiteren findet sich in Ziff. 1.4 Abs. 2 RV E-Government eine Definition der Standards. Als nationale Standards gelten gemäss Ziff. 1.4 Abs. 2 Satz 1 RV E-Government grundsätzlich diejenigen des Vereins eCH. Dabei ist zu beachten, dass die Standards des Vereins eCH ihrerseits

¹³ BBl 2019 8739 8750.

¹⁴ Vgl. dazu auch Massnahme 1 des Umsetzungsplans.

¹⁵ BBl 2019 8729.

auf internationalen Standardisierungsprozessen beruhen. So fördert der Verein eCH ausdrücklich die Umsetzung internationaler Standards.¹⁶ Beispielsweise ist das auf Initiative der Europäischen Kommission gegründete Europäische Institut für Telekommunikationsnormen (ETSI) ein wichtiger Urheber von Normierungen im Bereich der Telekommunikation.¹⁷ Bei der Standardisierung von Normen für das Internet ist die private Organisation Internet Society eine wichtige Akteurin. Sie gibt die Request for Comments als praktisch bedeutsame Normen heraus. Die Gemeinwesen erklären wiederum die auf dieser Grundlage erarbeiteten Standards des Vereins eCH in der Regel für verbindlich (Ziff. 1.4 Abs. 2 Satz 2 RV E-Government). Dies gilt insbesondere bei Beschaffungen und Lösungsentwicklungen (Ziff. 1.4 Abs. 2 Satz 3 RV E-Government). Die Gemeinwesen wirken im Rahmen ihrer Möglichkeiten bei der Erarbeitung von Standards des Vereins eCH mit (Ziff. 1.4 Abs. 3 RV E-Government).

bb) Blosser Empfehlungscharakter der Standards

Die rechtliche Qualität der Standards ergibt sich aus der Formulierung, wonach die Gemeinwesen die Standards in der Regel für verbindlich erklären. Die Standards sind demnach ohne gesonderte Anordnung von Bund, Kantonen und Gemeinden nicht verbindlich. Die Anordnung der Verbindlichkeit der Standards ist bislang nur ganz vereinzelt erfolgt. Das EJPD anerkennt beispielsweise eine alternative Plattform für den elektronischen Geschäftsverkehr mit dem Grundbuchamt unter anderem, wenn sie imstande ist, nach anerkannten Regeln bezüglich sicherer Übermittlung zu kommunizieren, wobei der Stand der Technik, wie er insbesondere in den eCH-Standards zum Ausdruck kommt, berücksichtigt wird.¹⁸ Standards spielen derzeit vor allem als Anforderungen bei der Beschaffung von IT-Produkten durch die öffentliche Hand eine wichtige Rolle. Die jeweils passenden eCH-Standards können bei Ausschreibungen als technische Spezifikation aufgeführt werden. Im Übrigen sind die Standards rechtlich unverbindlich.¹⁹ Auf der Homepage des Vereins eCH, der die Standards erarbeitet, heisst es dementsprechend: «Die verabschiedeten Standards von eCH haben den Status von Empfehlungen.»²⁰

Bei den Bestimmungen der RV E-Government, insbesondere Ziff. 1.4 RV E-Government, die als materielle gesetzliche Grundlage in Betracht kommen könnten, handelt es sich ihrerseits allenfalls um «clauses d'impérativité semi-obligatoires».²¹ Aus der RV E-Government lassen sich somit keine verbindlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der elektronischen Verwaltung entnehmen.²² Dies gilt entsprechend für den Verweis auf die eCH-Standards.²³ Die RV E-Government kann den Standards mangels hinreichender Eignung als gesetzliche Grundlage keine Rechtswirkungen verleihen. Hierzu müsste vielmehr ein Organ mit der ausdrücklichen

¹⁶ Art. 2 Abs. 3 Statuten.

¹⁷ Ausführlich zu den rechtlichen Grundlagen und Aufgaben STRAUS, GRUR Int 2011, S. 469 ff.

¹⁸ Art. 21 lit. d Technische Verordnung des EJPD und des VBS über das Grundbuch (TGBV; SR 211.432.11).

¹⁹ Siehe auch EFD, EMBaG, S. 42.

²⁰ <https://www.ech.ch/de/ech-standards/verbindlichkeit>

²¹ FLÜCKIGER, S. 112.

²² Zu einer früheren RV entsprechend GLASER, ZSR 134 (2015) II, S. 259, 296.

²³ FLÜCKIGER, S. 113.

Befugnis ausgestattet sein, generell-abstrakte Normen zu erlassen, die als Rechtsgrundlage im Sinne des Gesetzmässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV)²⁴ dienen könnten.

cc) Privatrechtlicher Verein als Urheber der Standards

Die Unverbindlichkeit der Standards als solche beziehungsweise das Erfordernis eines staatlichen Rechtsetzungsaktes zur Anordnung einer allfälligen Verbindlichkeit folgt überdies daraus, dass der Verein eCH nicht zur Rechtsetzung befugt ist und die von dem Verein herausgegebenen Standards nicht als staatliches Recht anerkannt sind. Die Organisation eCH ist ein privatrechtlicher Verein.²⁵ Mitglieder sind insbesondere Gemeinwesen, Unternehmen der Wirtschaft, Lehr- und Forschungsanstalten, Gewerkschaften sowie andere Vereinigungen.²⁶ Der Verein eCH entspricht der verwaltungsorganisationsrechtlichen Kategorie der «Public Private Partnership».²⁷ Zudem verabschiedet der Expertenausschuss des Vereins die eCH-Standards.²⁸ Bei Differenzen innerhalb des Expertenausschusses entscheidet der Vorstand endgültig.²⁹ Vorstand³⁰ und Expertenausschuss³¹ verfügen über keine hinreichende demokratische Legitimation. Private Normen können zwar im Sinne eines «Auslegungsangebots» durch ausdrückliche staatliche Anordnung als eine hinreichende oder mögliche Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten festgelegt werden.³² Hierzu bedarf es jeweils aber einer gesetzlichen Grundlage, die bezüglich der eCH-Standards weitgehend fehlt.³³ Somit ist der Verein eCH weder durch eine Delegationsnorm in einem formellen Gesetz zur Rechtsetzung ermächtigt, noch werden die von dem Verein erarbeiteten Standards durch formelles Gesetz generell in den Bestand staatlicher Normen inkorporiert.

Zwischenergebnis: Die Standards im Bereich E-Government, wie sie derzeit durch den Verein eCH erarbeitet werden, weisen für sich genommen keine rechtliche Verbindlichkeit auf. Die einschlägigen Bestimmungen betreffend die Standards enthalten keine Rechtsgrundlage, um diese im Verhältnis zu Bund, Kantonen und Gemeinden oder zu aussenstehenden Personen für verbindlich zu erklären. Die weitere Untersuchung basiert somit auf der Annahme, dass für die verbindliche Anordnung der Standards Rechtsnormen im klassischen Sinn im Wege der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Rechtsetzungsverfahren in Bund und Kantonen zu erlassen sind.

²⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101).

²⁵ Art. 1 Abs. 1 Statuten.

²⁶ Art. 5 Abs. 2 Statuten.

²⁷ BOLZ, ZBl 105/2004, S. 561, 582.

²⁸ Art. 41 Abs. 1 Statuten.

²⁹ Art. 41 Abs. 2 Statuten.

³⁰ Art. 22 Statuten.

³¹ Art. 36 Statuten.

³² UHLMANN, LeGes 2013/1, S. 89, 96

³³ Siehe dazu oben B. I. 2. b) bb).

3. Rechtsform der Zielorganisation als öffentlich-rechtliche Körperschaft

Die Rechtspersönlichkeit der Zielorganisation in Gestalt der PPSE soll auf diejenigen Kompetenzen beschränkt bleiben, die zu hoheitlichem Handeln im Bereich der Standardsetzung erforderlich sind.³⁴ Es geht somit darum, dass die zu errichtende Organisation im Rahmen ihres Autonomiebereichs auf dem inhaltlich umschriebenen Gebiet der elektronischen Verwaltung Standards verbindlich festsetzen kann.³⁵ Sie würde im Bereich der Standardsetzung als hoheitlicher Akteur handeln, auf allen anderen Aufgabenfeldern hingegen lediglich als politische Plattform ohne verbindliche Entscheidungsbefugnisse. In diesen Bereichen müsste also nach wie vor jeweils in einem gesonderten Antrags- und Beschlussverfahren im Einvernehmen mit allen beteiligten institutionellen Akteuren entschieden werden, wie dies in der Variante 1 insgesamt vorgesehen ist. Die Zielorganisation soll nicht als Einheit einer einzigen Staatsebene, sondern übergreifend unter Einbindung von Bund, Kantonen und Gemeinden agieren.³⁶ In Form einer die Staatsebenen übergreifenden Kooperation soll eine gemeinsame Steuerung durch Bund und Kantone unter Einbezug der kommunalen Ebene erfolgen.³⁷

Schaffen Gemeinwesen einen organisatorischen Rahmen für ihre Zusammenarbeit, errichten sie zu diesem Zweck üblicherweise einen selbständigen gemeinsamen Verwaltungsträger.³⁸ Die Rechtspersönlichkeit bedingt, dass ein Verwaltungsträger gegründet wird, der im Rechtsverkehr eigenständig auftreten und als Zurechnungssubjekt für die in seinem Namen begründeten Rechte und Pflichten dienen kann.³⁹ Die Zusammenarbeit zwischen Kantonen kann in Gestalt einer gemeinsamen Organisation oder einer interkantonalen Institution erfolgen.⁴⁰

Die gemeinsame Trägerschaft durch mehrere Kantone muss keine bestimmte Rechtsform aufweisen. Da die Kantone auch Subjekte des Privatrechts sind, können sie Verwaltungsaufgaben grundsätzlich in sämtlichen Organisationsformen erfüllen, die das öffentliche oder private Recht zur Verfügung stellt.⁴¹ Es ist aber damit zu rechnen, dass die zu verabschiedenden Standards auch für ausserhalb der Verwaltung stehende Personen von Bedeutung sein werden beziehungsweise für gewisse Berufsgruppen verbindlich sein sollen, sodass der Organisation hoheitliche Befugnisse übertragen werden müssen. Dies lässt sich – abgesehen vom eng begrenzten Institut der Beleihung – nur mit einer öffentlich-rechtlichen Trägerschaft erreichen. Als Organisationsformen für einen gemeinsamen Verwaltungsträger stehen, wenngleich angesichts der Formenwahlfreiheit ad hoc eine Organisationsform eigener Art geschaffen werden könnte, mit Blick auf ihre praktische Eignung und ihre politische Akzeptanz die selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt und die öffentlich-rechtliche Körperschaft im Vordergrund.⁴²

³⁴ EFD, Antrag, S. 3.

³⁵ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 12.

³⁶ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 9.

³⁷ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 11.

³⁸ KARLEN, S. 181.

³⁹ VOGEL, ZBl 110/2009, S. 556, 562.

⁴⁰ SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: SG-Komm., Art. 48 N. 34.

⁴¹ ZEHNDER, S. 75.

⁴² VOGEL, ZBl 110/2009, S. 556, 564 f.

Die öffentlich-rechtliche Anstalt fasst die für die Aufgabenerfüllung erforderlichen personellen und sachlichen Mittel technisch und organisatorisch zu einer selbständigen Einheit zusammen.⁴³ Hauptzweck ist dabei regelmässig die Erbringung öffentlicher Leistungen.⁴⁴ Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind mitgliedschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen Recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger, die selbständig Staatsaufgaben wahrnehmen.⁴⁵ Das typische Strukturmerkmal der öffentlich-rechtlichen Körperschaft liegt somit in der mitgliedschaftlichen Verfassung.⁴⁶

Die Organisationsstruktur der vorliegend zu gründenden Zielorganisation wird durch die angestrebte Kooperation von Bund und Kantonen vorgezeichnet.⁴⁷ Vorgesehen ist zunächst ein politisches Führungsgremium, bestehend aus Delegationen des Bundesrates, der Kantonsregierungen und der kommunalen Ebene, das die politischen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozesse verantwortet. Daneben soll ein operatives Führungsgremium, bestehend aus Fachpersonen der Verwaltung, eingesetzt werden, das die Geschäfte des politischen Führungsgremiums vorbereitet. Beabsichtigt ist schliesslich die Einsetzung einer Delegiertenversammlung der beteiligten Gemeinwesen, bestehend aus Fachvertretungen der beteiligten Gemeinwesen, die bei wichtigen Themen und Entscheidungen konsultiert wird.

Bei der Errichtung einer von mehreren Gemeinwesen getragenen gemeinsamen Organisation kann in Anbetracht der grundsätzlich bestehenden Freiheit bei der Ausgestaltung im Einzelnen eine Orientierung an der jeweiligen Funktionsweise der klassischen Formen der öffentlich-rechtlichen Anstalt und der öffentlich-rechtlichen Körperschaft erfolgen. Der Unterschied zwischen öffentlich-rechtlicher Körperschaft und öffentlich-rechtlicher Anstalt besteht darin, dass die Körperschaft über mitentscheidungsberechtigte Mitglieder, die Anstalt hingegen über nicht zur aktiven Mitwirkung berechnete Benutzer verfügt.⁴⁸ Öffentlich-rechtliche Anstalten kommen vor allem in Betracht, wenn kein Bedürfnis nach einer gemeinsamen Entscheidungsfindung besteht.⁴⁹ Eine Anstalt eignet sich mangels korporativem Willensbildungsorgan eher für eine einheitliche Steuerung durch die Verwaltung, während bei einer Körperschaft im Rahmen einer Versammlung, die an wichtigen Steuerungsfragen beteiligt ist, eine Mehrheit von Willensträgern auftritt.⁵⁰ Die Körperschaft ermöglicht somit grundlegende Weichenstellungen durch eine Beteiligtenversammlung beziehungsweise ein repräsentativ organisiertes Leitungsgremium.⁵¹

Die interkantonale Verwaltungskooperation erfolgt vor dem Hintergrund der soeben erörterten Funktionsweise folgerichtig regelmässig durch öffentlich-rechtliche Körperschaften als Verwaltungsträger.⁵² Die öffentlich-rechtliche Körperschaft wird gar als «Modellform» schlechthin für die gemeinsame Trägerschaft zur Aufgabenerfüllung durch mehrere Kantone

⁴³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1659; KARLEN, S. 157.

⁴⁴ KARLEN, S. 158.

⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1633.

⁴⁶ KARLEN, S. 160.

⁴⁷ Dazu und zum Folgenden EFD/KdK, Schlussbericht, S. 17 f.

⁴⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1662.

⁴⁹ KARLEN, S. 185.

⁵⁰ VOGEL, ZBl 110/2009, S. 556, 567.

⁵¹ VOGEL, ZBl 110/2009, S. 556, 569.

⁵² KARLEN, S. 184.

bezeichnet.⁵³ Dies gilt gleichermaßen auch für die Schaffung gemeinsamer Organe von Bund und Kantonen.⁵⁴ Begründet wird die Empfehlung zur Wahl der öffentlich-rechtlichen Körperschaft wie folgt: «Das Organisieren einer gemeinsamen Trägerschaft in der Form einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft bietet die Möglichkeit, die Partnerkantone in einer Körperschaft zusammen zu fassen (sic!) und die Zusammenarbeit mitgliedschaftlich zu organisieren. Die Körperschaft dient der Koordination der gemeinsam wahrzunehmenden Trägerschaftsrechte. In der Körperschaft bilden die beteiligten Kantone den gemeinsamen Willen zur gemeinsamen Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe.»⁵⁵

Die in Gestalt der PPSE zu schaffende Zielorganisation könnte grundsätzlich in die Form der öffentlich-rechtlichen Anstalt, der öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder in eine Organisationsform eigener Art gekleidet werden. So ist im Bereich der Digitalisierung der Verwaltung beispielsweise die E-Government St. Gallen (eGovSG) eine vom Kanton St. Gallen und den politischen Gemeinden getragene öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit.⁵⁶ Aufgrund der beabsichtigten Organisationsstruktur mit politischem Leitungsgremium und Delegiertenversammlung, in denen Bund und Kantone als Mitglieder repräsentiert werden sollen, dürfte jedoch die Gründung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einer verwandten Organisationsform näherliegen, um eine an demokratischen Grundsätzen orientierte Entscheidungsfindung zu ermöglichen und dadurch eine breitere politische Abstützung zu gewährleisten. Öffentlich-rechtliche Trägerschaften in der Form der öffentlich-rechtlichen Körperschaft können durch einen interkantonalen Vertrag geschaffen werden.⁵⁷ Auf die Ausgestaltung der angestrebten Kooperation durch einen interkantonalen Vertrag und die hieran zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen ist noch genauer einzugehen.⁵⁸

Zwischenergebnis: Für die von Bund und Kantonen zu gründende Zielorganisation in Form der PPSE erweist sich die öffentlich-rechtliche Körperschaft als geeignete Rechtsform.

II. Rechtsetzungsbedarf zur Schaffung eines gemeinsamen Organs von Bund und Kantonen

In Anbetracht des angestrebten Ziels, eine gemeinsame Organisation von Bund und Kantonen mit Rechtsetzungsbefugnissen zum Erlass verbindlicher Standards für den Bereich der elektronischen Verwaltung zu gründen, stellt sich die Frage, ob hierzu vor dem Abschluss vertraglicher Vereinbarungen verfassungsrechtlich zwingender Anpassungsbedarf auf der Stufe von Verfassung und Gesetz in Bund und Kantonen besteht. Zunächst wird der verfassungsrechtlich erforderliche Rechtsetzungsbedarf im Bund (dazu II. 1.) und anschliessend cursorisch für die Ebene der Kantone (dazu II. 2) aufgezeigt.

⁵³ ZEHNDER, S. 109.

⁵⁴ ZEHNDER, S. 135, 292 f.

⁵⁵ ZEHNDER, S. 110.

⁵⁶ Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Gesetz über E-Government (E-GovG; sGS 142.3).

⁵⁷ KARLEN, S. 184; SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: SG-Komm., Art. 48 N. 36.

⁵⁸ Siehe dazu unten B. IV.

Frage 1. a.:

«Welche Änderungen sind auf Verfassungs- und Gesetzesebene vorzunehmen, damit eine gemeinsame Organisation von Bund und Kantonen verbindliche Standards für die Datenbewirtschaftung festlegen kann? Welche Handlungsoptionen bestehen dabei im Lichte von Art. 48 BV und was wären die Grenzen eines solchen Lösungsansatzes?»

1. Rechtsetzungsbedarf im Bund

a) Ergänzungsbedarf auf Verfassungsebene

aa) Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

Die Kantone können gemäss Art. 48 Abs. 1 Satz 1 BV miteinander Verträge schliessen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen. Der Bund kann sich gemäss Art. 48 Abs. 2 BV im Rahmen seiner Zuständigkeiten beteiligen. Die Bundesverfassung erlaubt somit die vertragliche Zusammenarbeit von Bund und Kantonen, solange es sich um Aufgabenbereiche handelt, die zugleich Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone betreffen, Bund und Kantone also in dem in Frage stehenden Sachbereich über parallele Kompetenzen verfügen.⁵⁹ Der Bund kann sich folglich an einer interkantonalen Vereinbarung beteiligen, wenn er über parallele Kompetenzen neben denjenigen der Kantone in demselben Sachbereich verfügt.⁶⁰ Damit Bund und Kantone eine gemeinsame Organisation errichten dürfen, müssten somit auf dem Gebiet der elektronischen Datenbewirtschaftung durch Verwaltungsbehörden in der Schweiz sowohl der Bund als auch die Kantone über Gesetzgebungszuständigkeiten verfügen.

Das BJ erstattete im Auftrag des Bundesrates im Jahr 2011 ein Gutachten zur Frage, inwieweit der Bund über die Kompetenz verfügt, um verbindliche technische und organisatorische Vorgaben für eine schweizweit einheitliche elektronische Verwaltungslandschaft zu erlassen.⁶¹ Das BJ gelangte zu folgendem Ergebnis: «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.»⁶²

Aus den allgemeinen Zuständigkeiten des Bundes kann keine querschnittartige Kompetenz zur Regelung der elektronischen Verwaltung über die Staatsebenen hinweg gewonnen werden.

⁵⁹ ABDERHALDEN, LeGes 2006/1, S. 9, 11; BRUNNER, S. 138; WALDMANN, VdCH, III.8 N. 27.

⁶⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N. 1701; SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: SG-Komm., Art. 48 N. 41.

⁶¹ BJ, VPB 2012.1, S. 1, 7.

⁶² BJ, VPB 2012.1, S. 1, 13. Zustimmend GLASER, ZSR 134 (2015) II, S. 259, 295.

Art. 81 BV verleiht dem Bund keine allgemeine Gesetzgebungskompetenz im Bereich der öffentlichen Werke, sodass er den Kantonen auf dieser Grundlage nicht vorschreiben könnte, bestimmte technische Lösungen anzuschaffen oder anzuwenden, selbst wenn grössere Informatikvorhaben unter den Begriff der «öffentlichen Werke» gefasst werden könnten.⁶³ Auch dürfte der Bund unter diesem Kompetenztitel keine Vorgaben für bestimmte Eigenschaften und die Einhaltung gewisser Normen in Bezug auf Informatikanwendungen der Kantone aufstellen.⁶⁴ Art. 46 BV vermittelt dem Bund ebenfalls keine generelle Kompetenz für die Regelung von Vollzugsfragen, sondern erlaubt Vollzugsregelungen lediglich für die in der Kompetenz des Bundes liegenden Bereiche.⁶⁵

Die Zuständigkeit des Bundes für das Fernmeldewesen (Art. 92 Abs. 1 BV) erstreckt sich zwar auf Mittel der Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) und damit auf elektronische Übermittlungen zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden, verleiht dem Bund aber keine Kompetenz zur Regelung der zu übermittelnden Informationen selbst.⁶⁶ Mit Blick auf die Digitalisierung der Verwaltung besitzt der Bund auf dieser Grundlage die Befugnis zum Erlass gesetzlicher Bestimmungen betreffend die Infrastruktur zur digitalen Übermittlung von Dokumenten, wovon auch Vorgaben für technische Standards erfasst wären. Soweit der Bund über die Rechtsetzungskompetenz in spezifischen Sachbereichen wie dem Zivilprozessrecht (Art. 122 Abs. 1 BV) und dem Strafprozessrecht (Art. 123 Abs. 1 BV) verfügt, darf er darüber hinaus im Rahmen dieses jeweiligen Sachbereichs technische und organisatorische Vorgaben zur Umsetzung einer sektoriell einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft erlassen.⁶⁷

Im Übrigen verbleiben die Rechtsetzungskompetenzen gemäss Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV bei den Kantonen. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der in die Organisationsautonomie der Kantone (vgl. Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BV) fallenden Regelung des Behördenaufbaus und des Verwaltungsverfahrens.⁶⁸ So umfasst die Organisationsautonomie der Kantone unter anderem die Festlegung der Funktionsweise der in ihrem Namen handelnden Organe.⁶⁹ Hierzu gehört die Regelung der Frage, ob und inwieweit kantonale Verwaltungsbehörden Mittel der IKT verwenden und nach welchen technischen Standards dies erfolgt.

Die vom BJ geäusserte Rechtsauffassung wird durch die Staatspraxis bestätigt. Gemäss Ziff. 1.2 Abs. 2 RV E-Government bewahren die Kantone ihre Eigenständigkeit und durch die Unterzeichnung der RV E-Government wird nicht in ihren Kompetenz- und Organisationsbereich eingegriffen. Auch in Ziff. 1.1 Abs. 2 der im Entwurf vorliegenden RV DVS werden die bestehenden Kompetenzen von Bund, Kantonen und Gemeinden im Bereich der digitalen Verwaltung vorausgesetzt, indem die Rahmenvereinbarung nicht in die Zuständigkeiten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden eingreift.

Dem entspricht die geplante Vorgehensweise bei der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs in der Justiz. Aus der Zusammenschau von Art. 92 Abs. 1, Art. 122 Abs. 1 und Art. 123

⁶³ BJ, VPB 2012.1, S. 1, 8.

⁶⁴ BJ, VPB 2012.1, S. 1, 8 f.

⁶⁵ BJ, VPB 2012.1, S. 1, 10.

⁶⁶ BJ, VPB 2012.1, S. 1, 9.

⁶⁷ BJ, VPB 2012.1, S. 1, 10.

⁶⁸ TSCHANNEN, § 16 N. 4; in Bezug auf die geplante elektronische Justizplattform MARTI, ZBI 122/2021, S. 305.

⁶⁹ AUER, N. 120.

Abs. 1 BV wird zwar die Kompetenz des Bundes zur Regelung eines Obligatoriums für die elektronische Aktenführung und den elektronischen Rechtsverkehr sowie den Aufbau und den Betrieb einer Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz gemeinsam mit den Kantonen abgeleitet.⁷⁰ Das im Entwurf vorliegende Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) soll jedoch folgerichtig gemäss dessen Art. 2 nur anwendbar sein, soweit das jeweilige Verfahrensrecht dies vorsieht.⁷¹ Im Bund sind die diesbezüglichen Verweise in den zu ändernden Verfahrenserlassen in dem genannten Gesetzgebungsprojekt enthalten. Die Kantone müssten für die von ihnen geregelten Verwaltungsverfahren kraft autonomer Entscheidung gesondert auf das BEKJ verweisen, um die Vorschriften für den elektronischen Rechtsverkehr zur Anwendung zu bringen.

Ein vergleichbarer Ansatz wurde im Zusammenhang mit dem Entwurf für ein Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBaG) verfolgt. Nach Art. 6 Abs. 1 des Vorentwurfes kann der Bund sich im Bereich des E-Government an Organisationen beteiligen, sofern diese Beteiligungen der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben der Bundesbehörden dienen. Der Bundesrat soll folglich kantonale Behörden zur Nutzung elektronischer Behördendienste nur dann verpflichten (Art. 12 Abs. 3 lit. a Vorentwurf) und Standards für Behörden der Kantone nur dann als verbindlich erklären können (Art. 13 Abs. 2 lit. a Vorentwurf), soweit dies für den einheitlichen und korrekten Vollzug von *Bundesrecht* erforderlich ist. Diese Vorschläge werden damit begründet, dass die Aufgaben jeweils an eine bestehende Sachgesetzgebungskompetenz des Bundes anknüpfen müssen.⁷² Explizit nicht erfasst von einer Verbindlicherklärung von Standards sind kantonale und kommunale Aufgaben, die nicht in den Geltungsbereich einer Bundeskompetenz fallen.⁷³

Zwischenergebnis: Auf dem Gebiet technischer Standards für den Einsatz elektronischer Instrumente und Verfahren von Verwaltungsbehörden in der Schweiz bestehen parallele Kompetenzen von Bund und Kantonen.

bb) Zulässigkeit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen

Vor dem Hintergrund paralleler Kompetenzen von Bund und Kantonen für die elektronische Verwaltung stellt sich die Frage, inwieweit Rechtsetzungsbefugnisse zum Erlass verbindlicher Standards an ein gemeinsames Organ von Bund und Kantonen übertragen werden dürfen. Es ist insbesondere zu untersuchen, ob auf der Grundlage der BV eine solche Übertragung zulässig ist oder ob eigens hierfür eine spezifische Bestimmung in der BV verankert werden müsste.

⁷⁰ BJ, BEKJ, S. 9.

⁷¹ Vgl. BJ, BEKJ, S. 10. Siehe auch MARTI, ZBl 122/2021, S. 305.

⁷² EFD, EMBaG, S. 52.

⁷³ EFD, EMBaG, S. 41, 43.

Der Wortlaut von Art. 48 Abs. 2 und Abs. 4 BV lässt offen, ob von Bund und Kantonen geschaffenen gemeinsamen Organen Entscheidungs- und Rechtsetzungsbefugnisse übertragen werden dürfen.⁷⁴ So kann sich der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten zwar an interkantonalen Verträgen beteiligen, mit denen gemeinsame Organe errichtet werden (vgl. Art. 48 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BV), die ausdrückliche Regelung des Erlasses rechtsetzender Bestimmungen beschränkt sich indes auf die Kantone und von diesen errichtete interkantonale Organe (vgl. Art. 48 Abs. 4 BV).

Grundsätzlich wird über den ausdrücklichen Wortlaut hinaus die Beteiligung des Bundes an interkantonalen Organisationen mit Blick auf die Beteiligungsmöglichkeiten gemäss Art. 48 Abs. 2 BV für zulässig gehalten.⁷⁵ So ist auch im Entwurf für das BEKJ in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 vorgesehen, dass Bund und Kantone mittels einer zu gründenden Körperschaft gemeinsam eine zentrale Plattform für die Übermittlung von elektronischen Dokumenten in der Justiz aufbauen und betreiben. Entscheidungs- oder Rechtsetzungsbefugnisse dürfen solchen gemeinsamen Organen von Bund und Kantonen jedoch nach verbreiteter Ansicht nur auf einer besonderen Verfassungsgrundlage übertragen werden.⁷⁶

Ohne eine gesonderte verfassungsrechtliche Grundlage können gemeinsame Organe von Bund und Kantonen somit zwar bindende Entscheidungen für die betreffende Einrichtung selbst erlassen, nicht aber Bund und Kantone mit ihren Organen verpflichten.⁷⁷ Diese Vorgaben wären beispielsweise bei der geplanten Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr erfüllt, die von Bund und Kantonen gemeinsam errichtet und betrieben würde. Den im Rahmen der Trägerschaft einzurichtenden gemeinsamen Organen kämen keine Rechtsetzungsbefugnisse zu. Insbesondere besässen sie keine Kompetenzen, um aussenwirksame Normen zu erlassen. So würde die Verpflichtung zur obligatorischen elektronischen Übermittlung gesondert in den Verfahrensgesetzen von Bund und Kantonen geregelt.

Systematisch spricht die Existenz von Spezialregelungen in der BV ebenfalls für das Erfordernis der Schaffung einer bereichsspezifischen Verfassungsgrundlage bei der Errichtung gemeinsamer Organe mit Rechtsetzungsbefugnissen. So sind Bund und Kantone im Bereich der Hochschulen berechtigt, bestimmte Befugnisse an gemeinsame Organe zu übertragen (Art. 63a Abs. 4 Satz 1 BV).⁷⁸ Die zu übertragenden Zuständigkeiten werden im Einzelnen durch Gesetz geregelt (Art. 63a Abs. 4 Satz 2 BV). Im Bereich der Geldspiele besitzt der Bundesgesetzgeber die Befugnis, zwecks Koordination von Bund und Kantonen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ein gemeinsames Organ zu schaffen (Art. 106 Abs. 7 Satz 2 BV).

Die Auslegung, wonach es einer spezifischen Grundlage in der BV bedarf, wird durch die Entstehungsgeschichte der beiden bestehenden Spezialermächtigungen bestätigt. So wurde der Erlass von Art. 63a Abs. 4 BV ausdrücklich damit begründet, dem Bund die Beteiligung an gemeinsamen Organen der Kantone mit eigenen Rechtsetzungsbefugnissen gemäss Art. 48 Abs. 4 BV zu erlauben.⁷⁹ Die gewählte Vorgehensweise deckt sich wiederum mit dem vom

⁷⁴ Dazu und zum Folgenden BIAGGINI, BV, Art. 48 N. 11.

⁷⁵ SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: SG-Komm., Art. 48 N. 42; ebenso WBK-N, BBI 2005 5479 5525.

⁷⁶ WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, in: BSK-BV, Art. 48 N. 38; ZEHNDER, S. 135 f.

⁷⁷ WALDMANN, VdCH, III.8 N. 40.

⁷⁸ EHRENZELLER, VdCH, VIII.6 N. 18.

⁷⁹ WBK-N, BBI 2005 5479 5528.

Bundesrat geäusserten ursprünglichen Verständnis des Gehaltes von Art. 48 Abs. 2 BV: «Auf vertraglicher Grundlage können auch gemeinsame Organe von Bund und Kantonen geschaffen werden; diese bleiben allerdings auf Beratungs-, Koordinations- und Planungsaufgaben beschränkt; Entscheidungskompetenzen können ihnen nicht übertragen werden.»⁸⁰ Die Möglichkeit, mittels vertikaler rechtsetzender Konkordate gemeinsame Organe von Bund und Kantonen zu schaffen, die verpflichtende Bestimmungen erlassen können, war im schweizerischen Staatsrecht denn auch bis dahin unbekannt.⁸¹

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der in jüngerer Zeit beim Erlass von Art. 63a Abs. 4 BV geführten Diskussionen erschiene es heute nur schwer vertretbar, bei der Errichtung gemeinsamer Behörden von Bund und Kantonen im Bereich der elektronischen Verwaltung anders zu verfahren und auf eine Spezialermächtigung in der Bundesverfassung zu verzichten. Die BV steht der Schaffung eines gemeinsamen Organs mit Rechtsetzungsbefugnissen vielmehr derzeit entgegen. Es müsste daher – beispielsweise in Anlehnung an Art. 63a Abs. 4 BV – eine ausdrückliche Ermächtigung an Bund und Kantone zur Schaffung gemeinsamer Organe im Bereich der elektronischen Verwaltung in die BV eingefügt werden. Für eine Vorbildwirkung von Art. 63a Abs. 4 BV spricht, dass im Hochschulbereich wie im Bereich der Verwaltung parallele Kompetenzen von Bund und Kantonen bestehen.⁸² Unter dem Titel der Aufgabe «Förderung der Informations- und Kommunikationstechnologie in der Verwaltung» könnte demnach eine in Anlehnung an Art. 63a Abs. 4 BV formulierte, auf die Digitalisierung der Verwaltung bezogene Bestimmung erlassen werden. Im Vergleich mit dem in sachlicher Hinsicht engeren Bereich der Hochschulen, der auch begrifflich genauer bestimmt werden kann, ist angesichts des Querschnittscharakters der Digitalisierung der Verwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden auf eine präzise Umschreibung und Eingrenzung der Aufgaben zu achten.

Zwischenergebnis: Zur Schaffung einer gemeinsamen Zielorganisation von Bund und Kantonen mit Rechtsetzungsbefugnissen zum Erlass von Standards im Bereich der elektronischen Verwaltung bedarf es einer spezifischen Regelung in der BV nach dem Vorbild von Art. 63a Abs. 4.

b) Regelungsbedarf auf Gesetzesstufe

Im Weiteren ist zu überlegen, ob die Errichtung gemeinsamer Organe und die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen über eine ausdrückliche Regelung in der BV hinaus auch auf Gesetzesstufe zu verankern wären. Gemäss Art. 164 Abs. 1 Satz 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören gemäss Art. 164 Abs. 1 Satz 2 BV insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über die Rechte und Pflichten von Personen (lit. c), die Aufgaben und die Leistungen des Bundes (lit. e), die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts (lit. f) sowie die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden (lit. g).

⁸⁰ Bundesrat, BBl 1997 I 1 214.

⁸¹ EHRENZELLER/REISNER, ZSR 127 (2008) I, S. 229, 245.

⁸² Vgl. dazu EHRENZELLER, Hochschulrecht, C N. 3.

Die Festlegung verbindlicher Standards für die elektronische Verwaltung erfüllt die vier genannten Tatbestände. Es bedarf somit einer Grundlage in einem formellen Gesetz.⁸³ So werden Privatpersonen unter Umständen zur Verwendung bestimmter technischer Komponenten verpflichtet. Die Aufgabenerfüllung des Bundes ist ebenso betroffen wie die Umsetzung und der Vollzug von Bundesrecht durch die kantonalen Verwaltungen. Schliesslich werden durch die von den gemeinsamen Organen von Bund und Kantonen zu erlassenden Normen die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden geregelt.

Als Leitbild einer gesetzlichen Regelung für den Bereich der elektronischen Verwaltung kann wiederum das Hochschulwesen dienen.⁸⁴ Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 7 ff. HFKG⁸⁵ die Konstituierung und das Entscheidungsverfahren der gemeinsamen Organe von Bund und Kantonen ausführlich geregelt. In Art. 12 Abs. 3 Satz 2 lit. a HFKG wird ausdrücklich bestimmt, dass der Schweizerischen Hochschulkonferenz in Gestalt des Hochschulrates die Zuständigkeit zum Erlass von Vorschriften in genau umschriebenen Sachbereichen übertragen werden kann.⁸⁶ Auf dem Gebiet der Digitalisierung der Verwaltung dürfte die präzise Umschreibung der Reichweite der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen noch anspruchsvoller sein und müsste im Wechselspiel und in Abstimmung mit einer möglichst trennscharfen Formulierung in der Verfassungsgrundlage erfolgen.

Zwischenergebnis: Damit eine gemeinsame Organisation von Bund und Kantonen verbindliche Standards für die Datenbewirtschaftung festlegen kann, muss im Bundesrecht über die ausdrückliche Verankerung in der BV hinaus gemäss Art. 164 Abs. 1 BV eine formelle gesetzliche Grundlage in einem Bundesgesetz erlassen werden.

2. Rechtsetzungsbedarf in den Kantonen

a) Kein Anpassungsbedarf auf Verfassungsstufe

Die Kantone bestimmen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten, welche Aufgaben sie erfüllen (Art. 43 BV). Die ausdrückliche Ermächtigung des Kantons zur Erfüllung einer Aufgabe in der Kantonsverfassung ist im Regelfall nicht erforderlich.⁸⁷ Ausnahmsweise sehen einige Kantone jedoch einen Verfassungsvorbehalt für die Erfüllung staatlicher Aufgaben vor. So muss im Kanton Aargau für die Erfüllung der Aufgaben, die dem Kanton nicht durch Bundesrecht übertragen sind, eine verfassungsrechtliche Grundlage gegeben sein.⁸⁸ Selbst wenn aber die ausdrückliche Erwähnung einer Aufgabe in der Kantonsverfassung erforderlich ist, deckt die ureigene Staatsaufgabe der Verwaltung den Erlass von Standards für die Abwicklung elektronischer Verwaltungshandlungen ab. So sind im Aargau die kantonalen Behörden verpflichtet,

⁸³ Zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die digitale Verwaltung auch GLASER, SJZ 114 (2018), S. 181, 185 m.w.N.

⁸⁴ Kritisch zum Hochschulrat allerdings BIAGGINI, FS Jaag, S. 157, 164 f.

⁸⁵ Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, HFKG; SR 414.20).

⁸⁶ Siehe auch bereits BIAGGINI, FS Jaag, S. 157, 161.

⁸⁷ GLASER, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 2 N. 87; JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 12 N. 39.

⁸⁸ § 26 Abs. 1 KV AG.

die rechtmässige und wirksame Tätigkeit des Staates sicherzustellen.⁸⁹ Verwaltungsobligatio-
heiten des Kantons können überdies interkantonalen Organisationen übertragen werden.⁹⁰

Zwischenergebnis: Die Wahrnehmung der Aufgabe der digitalen Verwaltung bedingt keine
Änderung der Kantonsverfassungen. Zum einen kennen die meisten Kantone keinen Verfas-
sungsvorbehalt für die Erfüllung neuer Staatsaufgaben. Zum anderen handelt es sich bei der
Verwaltung um eine ureigene Staatsaufgabe, für die auch in Kantonen mit ausdrücklichem
Verfassungsvorbehalt bereits eine hinreichende Grundlage besteht.

b) Grundsätzlicher Regelungsbedarf auf Gesetzesstufe

Die Kantone haben grundsätzlich die in der jeweiligen Kantonsverfassung verankerten Anfor-
derungen an die Regelung wichtiger Gegenstände in einem formellen Gesetz zu beachten.
Mittlerweile dominiert das Kriterium der Wichtigkeit von wenigen Ausnahmen abgesehen die
inhaltliche Umschreibung des formellen Gesetzes.⁹¹ Die meisten Kantone orientieren sich an
dem materiellen Gesetzesvorbehalt, wie er in Art. 164 BV zum Ausdruck kommt.⁹² Mit Blick
auf die einschlägige Bestimmung in der Zürcher Kantonsverfassung entschied das Bundesge-
richt, dass die Organisation und Aufgaben der Behörden sowie die wesentlichen Verfahrens-
bestimmungen «wichtige Rechtssätze» betreffen, die in Form eines Gesetzes zu regeln sind.⁹³
Grundsätzlich bedürfte es somit für Regelungen zur digitalen Verwaltung der Verankerung in
einem kantonalen Gesetz.

Für den Erlass verbindlicher Standards in Bezug auf die digitale Verwaltung sehen die Kantone
in der vorliegenden Konstellation jedoch anstelle des Erlasses eines Gesetzes den Abschluss
einer interkantonalen Vereinbarung vor. Eine solche ist grundsätzlich zulässig, wie durch
Art. 48 Abs. 1 Satz 1 BV bestätigt wird. Dies gilt ausdrücklich auch für die Schaffung gemeinsa-
mer Organe und Einrichtungen.⁹⁴ Im Rahmen der Kooperationsautonomie steht es den Kan-
tonen frei, für die Koordination und die gemeinsame Erfüllung ihrer Aufgaben gemeinsame
Organisationen und Einrichtungen zu schaffen.⁹⁵ Ein interkantonaler Vertrag kann somit
grundsätzlich die erforderliche gesetzliche Grundlage verkörpern. Die hierfür aus dem kanto-
nalen Verfassungsrecht und bundesrechtlich aus Art. 48 Abs. 4 BV fließenden Vorgaben wer-
den im Einzelnen an anderer Stelle behandelt.⁹⁶

⁸⁹ § 68 Abs. 1 Satz 1 KV AG.

⁹⁰ § 93 Abs. 3 Satz 1 KV AG.

⁹¹ Ausführlich dazu AUER, N. 667, 670 m.w.N.

⁹² EHRENZELLER/NOBS, ZBl 110/2009, S. 1, 23.

⁹³ BGE 134 I 125 E. 3.2 S. 132.

⁹⁴ Vgl. auch BRUNNER, S. 116; UHLMANN/ZEHNDER, LeGes 2011/1. S. 9, 10.

⁹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N. 1691; WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, in: BSK-BV, Art. 48 N. 28.

⁹⁶ Siehe dazu unten B. IV.

Zwischenergebnis: In den Kantonen wäre für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf gemeinsame Organe von Bund und Kantonen grundsätzlich die Schaffung einer formellen gesetzlichen Grundlage erforderlich. Diese kann jedoch, wie im vorliegenden Fall geplant, bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen durch den Abschluss eines interkantonalen Vertrages ersetzt werden.

Antwort auf Frage 1. a.:

Die Errichtung eines gemeinsamen Organs von Bund und Kantonen, dem Rechtsetzungsbefugnisse zum Erlass verbindlicher Standards für die digitale Verwaltung übertragen werden sollen, setzt eine spezifische Grundlage in der BV und die hinreichend bestimmte Regelung in einem Bundesgesetz voraus. Erforderlich wäre darüber hinaus grundsätzlich auch der Erlass kantonalen Gesetze zu diesem Zweck. Die gesetzliche Grundlage muss indes nicht in einem formellen kantonalen Gesetz enthalten sein, sondern kann stattdessen unter Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 48 BV durch einen interkantonalen Vertrag geschaffen werden.

III. Rechtsgrundlagen für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen

Zusätzlich zu den im Bund auf der Stufe von Verfassung und Gesetz zwingend vorzunehmenden Änderungen stellt sich die Frage, welche weiteren rechtlichen Voraussetzungen geschaffen werden müssen, damit die von der PPSE zu erlassenden Standards entsprechend der im Schlussbericht der Arbeitsgruppe Digitale Verwaltung geäußerten Absicht für sämtliche Behörden von Kantonen und Gemeinden, also neben den Verwaltungsbehörden auch, sofern solche bestehen, für Parlamente und Gerichte, verbindlich sind. Dabei ist zu überlegen, wie die von der Zielorganisation zu verabschiedenden Standards zum einen im Verhältnis zu kantonalen Behörden (dazu 1.) und zum anderen im Verhältnis zu kommunalen Behörden (dazu 2.) rechtliche Verbindlichkeit erlangen können.

Frage 1. b.:

«Welche rechtlichen Rahmenbedingungen sind notwendig, damit von der Zielorganisation gesetzte Standards schweizweit verbindlich sind

- i. für kantonale Behörden?
- ii. für Gemeindebehörden?»

1. Verbindliche Rechtsetzung im Verhältnis zu kantonalen Behörden

Der Inhalt gemeinsamer Regelungen von Bund und Kantonen muss mit den verfassungsmässigen Erlassformen von Bund und Kantonen rückgekoppelt werden.⁹⁷ Der Bund und die Kantone müssen hierzu jeweils aufeinander abgestimmte Rechtsgrundlagen für die Organisation und Aufgaben des zu errichtenden gemeinsamen Organs schaffen und darin ihre (jeweils) zuständige Behörde ermächtigen, die Vereinbarung zur Errichtung des gemeinsamen Organs abzuschliessen.⁹⁸

Damit einer gemeinsamen Institution von Bund und Kantonen Rechtsetzungsbefugnisse übertragen werden können, bedarf es somit drei verschiedener Rechtsgrundlagen.⁹⁹ Erstens ist ein durch die Kantone im Rahmen ihrer Kompetenzen abgeschlossener interkantonaler Vertrag erforderlich.¹⁰⁰ Zweitens bedarf es eines Bundesgesetzes gleichen Inhalts, das den Bundesrat zur Beteiligung an einem vertraglich errichteten gemeinsamen Organ im Rahmen der Bundeskompetenzen ermächtigt. Drittens müssen alle beteiligten Kantone oder das im interkantonalen Vertrag beauftragte Organ und der Bundesrat zur vertraglichen Ordnung des gemeinsamen Organs eine Vereinbarung schliessen. Hierzu bedarf es aufgrund des rechtsetzenden Charakters eines solchen Vertrages einer spezifischen Grundlage in der BV.¹⁰¹

Aus demokratischer und rechtsstaatlicher Sicht am bedeutsamsten ist die erste Komponente der dreigliedrigen Struktur der Rechtsgrundlagen. Mit Blick auf das Legalitätsprinzip und den Grundsatz der Gewaltenteilung erfordert die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung in Gestalt einer interkantonalen öffentlich-rechtlichen Körperschaft unter Beteiligung des Bundes eine Grundlage in einem formellen Gesetz, wobei auch eine rechtsetzende interkantonale Vereinbarung mit Gesetzesrang diese Funktion übernehmen kann.¹⁰² Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen ist entsprechend an ein gemeinsames Organ von Bund und Kantonen zulässig, sofern eine einschlägige Grundlage in der BV gegeben ist.¹⁰³ Der interkantonale Vertrag kann in der Praxis den Inhalt eines Bundesgesetzes übernehmen, das in enger Zusammenarbeit mit den Kantonen erarbeitet wurde.¹⁰⁴

Die zweite Komponente in Form eines Bundesgesetzes, mit dem der Bundesrat zur Vereinbarung der Beteiligung an dem interkantonalen Organ ermächtigt wird,¹⁰⁵ lässt sich mit den ohnehin in Gesetzesform zu erlassenden Regelungen betreffend die elektronische Verwaltung des Bundes¹⁰⁶ in einem Erlass zusammenfassen. Schliesslich müssen Bund und Kantone als dritte Komponente eine Vereinbarung zur Funktionsweise des gemeinsamen Organs abschliessen.

⁹⁷ WALDMANN, VdCH, III.8 N. 36.

⁹⁸ WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, in: BSK-BV, Art. 48 N. 38.

⁹⁹ SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: SG-Komm., Art. 48 N. 43; WALDMANN, VdCH, III.8 N. 39.

¹⁰⁰ Vgl. dazu EDK, Kommentar HSK, S. 1.

¹⁰¹ WALDMANN, VdCH, III.8 N. 34. Siehe dazu auch ausführlich oben B. II. 1. a) bb).

¹⁰² WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, in: BSK-BV, Art. 48 N. 30.

¹⁰³ Vgl. dazu oben B. II. 1. a) bb).

¹⁰⁴ WALDMANN, VdCH, III.8 N. 36 Fn. 105.

¹⁰⁵ WALDMANN, VdCH, III.8 N. 36.

¹⁰⁶ Siehe dazu oben B. II. 1. b).

Zur praktischen Anschauung dient hier wiederum der Bereich des Hochschulwesens, wo alle drei Komponenten für die Errichtung der Schweizerischen Hochschulkonferenz als gemeinsames Organ von Bund und Kantonen gegeben sind.¹⁰⁷ So haben die Kantone die Interkantonale Vereinbarung über den schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulkonkordat) vom 20. Juni 2013 abgeschlossen. Hierin haben die Kantone untereinander die Einrichtung gemeinsamer Organe mit dem Bund vereinbart (Art. 1 Satz 2 lit. a, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 ff. Hochschulkonkordat).¹⁰⁸ Der Bund hat seinerseits eine auf die Schaffung gemeinsamer Organe gerichtete gesetzliche Grundlage erlassen (Art. 7 ff. HFKG). Die Kantone und der Bund legitimieren in diesen Rechtsgrundlagen die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf den Hochschulrat.

Gestützt auf das Bundesgesetz und das Konkordat haben der Bundesrat und die Regierungen der Hochschulkonkordatskantone die Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (ZSAV-HS) vom 26. Februar 2015¹⁰⁹ abgeschlossen. In Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZSAV-HS wird der Schweizerischen Hochschulkonferenz als Hochschulrat die Befugnis zum Erlass bestimmter Vorschriften übertragen (vgl. Art. 12 Abs. 3 Satz 2 lit. a HFKG). Erste Ansatzpunkte, aus denen eine Zusammenarbeitsvereinbarung im Bereich der digitalen Verwaltung entwickelt werden könnte, sind in der RV DVS enthalten.

2. Verbindliche Rechtsetzung im Verhältnis zu Gemeindebehörden

Die von dem gemeinsamen Organ von Bund und Kantonen zu erlassenden verbindlichen Standards würden auf einer solchen dreigliedrigen Rechtsgrundlage für die Behörden des Bundes und der Kantone gelten. Bei entsprechender Regelung der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen in dem abzuschliessenden interkantonalen Vertrag könnte die zu schaffende gemeinsame Organisation verbindliche Standards auch im Verhältnis zu den Gemeinden erlassen. Die Bindung der Gemeinden an die von dem gemeinsamen Organ von Bund und Kantonen erlassenen Normen würde eine zulässige Einschränkung der durch die jeweilige Kantonsverfassung verliehenen Gemeindeautonomie (vgl. Art. 50 Abs. 1 BV) darstellen.

Es fragt sich jedoch, ob die Bindung der Gemeinden an die von dem gemeinsamen Organ von Bund und Kantonen erlassenen Normen ebenfalls durch den interkantonalen Vertrag und die Zusammenarbeitsvereinbarung der Kantone mit dem Bund bewirkt werden kann oder ob es hierzu einer gesonderten gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht bedarf. Die Rechtsprechung wurde mit der Thematik bislang, so weit ersichtlich, noch nicht befasst. In der Literatur finden sich nunmehr erste Überlegungen. Danach können die Kantone durch den Abschluss interkantonomaler Vereinbarungen die Gemeindeautonomie wirksam einschränken, indem sie dort einen bisher jedenfalls in einzelnen Kantonen den Gemeinden zur Regelung überlassenen Sachbereich abschliessend ordnen.¹¹⁰ Das interkantonale Recht ist demnach geeignet, den Umfang der Gemeindeautonomie auszugestalten. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit wird mit dem Argument begründet, dass das interkantonale Recht als kantonales Recht gilt und die

¹⁰⁷ Vgl. Bundesrat, BBl 2009 4561 4604 f. Siehe auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1263a.

¹⁰⁸ EDK, Kommentar HSK, S. 2.

¹⁰⁹ SR 414.205.

¹¹⁰ Dazu und zum Folgenden ZOLLINGER, SJZ 2020 (116), S. 631, 634.

Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet ist (vgl. Art. 50 Abs. 1 BV). Als Beispiel aus der Praxis wird die Hochbegabten-Vereinbarung genannt, mit der unter Umständen über das kantonale Recht hinaus die Gemeindeautonomie eingeschränkt wird.¹¹¹

Antwort auf Frage 1. b:

Damit die von der Zielorganisation zu erlassenden Standards schweizweit für kantonale Behörden und Gemeindebehörden verbindlich sind, bedarf es zunächst hinreichend bestimmter Rechtsgrundlagen für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf ein derartiges gemeinsames Organ in einem interkantonalen Vertrag und in einem Bundesgesetz. Auf deren Grundlage könnten Bund und Kantone eine Zusammenarbeitsvereinbarung schliessen, in der die Ausgestaltung und Funktionsweise des gemeinsamen Organs genau geregelt werden.

IV. Voraussetzungen für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen

Im Anschluss an die Aufarbeitung der für die Schaffung gemeinsamer Organe von Bund und Kantonen erforderlichen Rechtsgrundlagen in Form eines interkantonalen Vertrages, eines Bundesgesetzes und einer Zusammenarbeitsvereinbarung stellt sich die Frage, welche zusätzlichen Voraussetzungen die jeweiligen Rechtsakte erfüllen müssen, damit dem gemeinsamen Organ Rechtsetzungsbefugnisse übertragen werden können. Auf Seiten des Bundes bestehen über die Schaffung einer Grundlage in der BV und in einem Bundesgesetz keine weiteren spezifischen Erfordernisse an Verfahren oder Inhalt der Rechtsgrundlagen. Die Zusammenarbeitsvereinbarung ist akzessorisch zu den jeweiligen Rechtsgrundlagen in Bund und Kantonen. Es ist daher im Folgenden zu untersuchen, welche bundesrechtlichen Anforderungen an den interkantonalen Vertrag zu stellen sind. Die einschlägigen Voraussetzungen hierfür ergeben sich aus Art. 48 Abs. 4 BV (dazu 1.) und enthalten eine demokratische (dazu 2.) sowie eine rechtsstaatliche (dazu 3.) Komponente.

Frage 1. c.:

«Welche Voraussetzungen müssen auf Seiten Bund und Kantone erfüllt sein, damit sie der Zielorganisation gemäss Variante 2 die nötigen Normsetzungskompetenzen übertragen können?»

¹¹¹ ZOLLINGER, SJZ 2020 (116), S. 631, 635.

1. Bundesrechtliche Anforderungen an das kantonale Verfahren

Für den zwischen den Kantonen zwecks Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf eine gemeinsame Organisation von Bund und Kantonen zu schliessenden Vertrag enthält das Bundesrecht über das kantonale Recht hinaus¹¹² zusätzlich spezifische Voraussetzungen. Die Kantone können gemäss Art. 48 Abs. 4 BV interkantonale Organe durch interkantonalen Vertrag zum Erlass rechtsetzender Bestimmungen ermächtigen, die einen interkantonalen Vertrag umsetzen, sofern der Vertrag nach dem gleichen Verfahren, das für die Gesetzgebung gilt, genehmigt worden ist (lit. a), und die inhaltlichen Grundzüge der zu erlassenden rechtsetzenden Bestimmungen festlegt (lit. b).

Auf der einen Seite erlaubt es Art. 48 Abs. 4 BV somit den Kantonen ausdrücklich, mittels Vereinbarung interkantonale Organe zu ermächtigen, rechtsetzende Bestimmungen zu erlassen, die einen interkantonalen Vertrag ausführen.¹¹³ Auf der anderen Seite enthält die Bestimmung demokratisch-rechtsstaatlich motivierte Beschränkungen der kantonalen Vertragsautonomie.¹¹⁴ So ging die Staatspraxis denn auch folgerichtig davon aus, dass das der Errichtung gemeinsamer Organe im Hochschulbereich zugrundeliegende Hochschulkonkordat den Anforderungen von Art. 48 Abs. 4 BV genügen musste.¹¹⁵

2. Anforderungen an die demokratische Legitimation

Zunächst muss der interkantonale Vertrag gemäss Art. 48 Abs. 4 lit. a BV nach dem gleichen Verfahren genehmigt werden, das für die Gesetzgebung gilt. Ungeachtet der Bestimmungen in der jeweiligen Kantonsverfassung sind interkantonale Verträge, mit denen Rechtsetzungsbefugnisse übertragen werden, den kantonalen Gesetzen verfahrensmässig gleichzustellen.¹¹⁶ Einer interkantonalen Vereinbarung müssen somit dieselben Entscheidungsträger zustimmen und dieselben Referendumsmöglichkeiten bestehen wie bei einem kantonalen Gesetz.¹¹⁷ Beabsichtigen die Kantone, mittels Vertrag eine gemeinsame Körperschaft zu errichten und ihr die selbständige Erfüllung öffentlicher Aufgaben einschliesslich des Erlasses von Ausführungsbestimmungen zu übertragen, ist der Vertragsbeitritt folglich vom kantonalen Gesetzgeber zu beschliessen.¹¹⁸ Vorausgesetzt wird demnach eine Parallelität mit dem Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich der Entscheidungsträger und der Referendumsmöglichkeiten.¹¹⁹ Dies hat zur Folge, dass die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen in eine Form gekleidet werden muss, die zumindest dem fakultativen Referendum untersteht.¹²⁰ Erforderlich für die Verabschiedung eines interkantonalen Vertrages, mit dem Rechtsetzungsbefugnisse übertragen werden, ist demnach die Zustimmung des Kantonsparlaments und der Stimmberechtigten,

¹¹² Siehe dazu oben B. II. 2. b).

¹¹³ JAAG, AJP 2013, S. 774, 776; SCHNYDER VON WARTENSEE, LeGes 2013/2, S. 471, 484; SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: SG-Komm., Art. 48 N. 51.

¹¹⁴ BIAGGINI, BV, Art. 48 N. 14. Vgl. auch Bundesrat, BBl 2002 2291 2356.

¹¹⁵ Bundesrat, BBl 2009 4561 4605.

¹¹⁶ BRUNNER, S. 341.

¹¹⁷ BIAGGINI, BV, Art. 48 N. 14.

¹¹⁸ ZEHNDER, S. 170.

¹¹⁹ WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, in: BSK-BV, Art. 48 N. 62.

¹²⁰ Bundesrat, BBl 2002 2291 2462; ABDERHALDEN, LeGes 2006/1, S. 9, 11.

sofern das Referendum ergriffen wird oder eine obligatorische Volksabstimmung durchzuführen ist.¹²¹

Gesetze unterstehen in allen Kantonen zumindest dem fakultativen Referendum, teilweise einem bedingt obligatorischen und vereinzelt dem obligatorischen Referendum.¹²² Der von den Kantonen abzuschliessende interkantonale Vertrag müsste somit nach kantonalem Recht zumindest dem fakultativen Referendum unterstehen. Im kantonalen Recht sind zwar regelmässig Kompetenzen der Regierung für den eigenständigen Abschluss interkantonaler Verträge vorgesehen, die Genehmigungsbedürftigkeit durch das Parlament und die Bedeutung des Inhalts eines interkantonalen Vertrages führen indes regelmässig zur Unterstellung unter das fakultative oder das obligatorische Referendum.¹²³ Zahlreiche Kantone kennen für interkantonale Verträge mit Verfassungsrang ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum.¹²⁴ 16 Kantone sehen ausdrücklich das fakultative Referendum für die parlamentarische Genehmigung von interkantonalen Vereinbarungen mit Gesetzesrang vor.¹²⁵ Insgesamt lässt sich bei der Referendumpflichtigkeit eine Entwicklung hin zu einem Gleichlauf beziehungsweise Parallelismus zwischen der internen Gesetzgebung und dem Abschluss interkantionaler Verträge feststellen.¹²⁶

In den Kantonen Uri,¹²⁷ Nidwalden,¹²⁸ Basel-Stadt¹²⁹ und Thurgau¹³⁰ unterstehen interkantonale Verträge beziehungsweise Staatsverträge im Allgemeinen dem fakultativen Referendum, in den Kantonen Schwyz,¹³¹ Solothurn¹³² und Aargau¹³³ grundsätzlich dem fakultativen, bei Nichterreichen eines Quorums im Parlament sogar dem obligatorischen Referendum. In der überwiegenden Zahl der Kantone unterstehen interkantonale Verträge im Sinne des erwähnten Parallelismus jedenfalls dann dem fakultativen Referendum, wenn sie einen Gegenstand betreffen, der andernfalls in einem formellen Gesetz zu regeln wäre. Im Kanton Bern betrifft dies interkantonale Verträge, die einen Gegenstand zum Inhalt haben, welcher im Kanton der fakultativen Volksabstimmung untersteht.¹³⁴ Ganz ähnlich ist die Rechtslage in Neuenburg.¹³⁵ In Zürich¹³⁶ und St. Gallen¹³⁷ unterstehen interkantonale Verträge, deren Inhalt Gesetzesrang hat, dem fakultativen Referendum. Im Kanton Glarus fallen Konkordate, wenn diese einen Gegenstand der Gesetzgebung betreffen, in die Zuständigkeit der Landsgemeinde.¹³⁸

¹²¹ MARTENET, ZBl 112/2011, S. 173, 175 f.

¹²² Ausführlich AUER, N. 1007, 1016, 1026 m.w.N.

¹²³ MARTENET, ZBl 112/2011, S. 173, 183.

¹²⁴ AUER, N. 1006 m.w.N.

¹²⁵ AUER, N. 1018 m.w.N.

¹²⁶ MARTENET, ZBl 112/2011, S. 173, 207 f.

¹²⁷ Art. 25 Abs. 2 lit. b KV UR.

¹²⁸ Art. 52a Abs. 1 Ziff. 1 KV NW.

¹²⁹ § 52 Abs. 1 lit. c KV BS.

¹³⁰ § 22 Abs. 1 KV TG.

¹³¹ § 35 Abs. 1 lit. a KV SZ.

¹³² Art. 36 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 35 Abs. lit. d KV SO.

¹³³ § 63 Abs. 1 lit. c i.V.m. § 62 Abs. 1 lit. e KV AG.

¹³⁴ Art. 62 Abs. 1 lit. b KV BE.

¹³⁵ Art. 42 Abs. 3 lit. e KV NE.

¹³⁶ Art. 33 Abs. 1 lit. b KV ZH.

¹³⁷ Art. 49 lit. b KV SG.

¹³⁸ Art. 69 Abs. 2 lit. a KV GL.

Das fakultative Referendum erfasst entsprechend in Schaffhausen,¹³⁹ Appenzell Ausserrhoden¹⁴⁰ und im Tessin¹⁴¹ interkantonale Verträge mit gesetzgebendem Charakter, in den Kantonen Graubünden,¹⁴² Waadt¹⁴³ und Jura¹⁴⁴ interkantonale Verträge mit gesetzesänderndem Inhalt, in Luzern¹⁴⁵ interkantonale Verträge, die Gesetzesrecht beinhalten und im Kanton Wallis¹⁴⁶ Konkordate, Verträge und Vereinbarungen, die Rechtsnormen enthalten. Im Kanton Basel-Landschaft¹⁴⁷ unterstehen Staatsverträge mit gesetzeswesentlichem Inhalt grundsätzlich dem fakultativen, je nach Quorum im Parlament, sogar dem obligatorischen Referendum. Im Kanton Genf unterstehen interkantonale Verträge zwar nicht ausdrücklich dem Referendum, deren Ratifikation ist aber in der Form des Gesetzes zu beschliessen,¹⁴⁸ sodass sie auf diese Weise dem Gesetzesreferendum unterstehen¹⁴⁹.

In den 22 genannten Kantonen werden die Voraussetzungen gemäss Art. 48 Abs. 4 lit. a BV erfüllt, da das Verfahren zur Verabschiedung eines interkantonalen Vertrags dem Gesetzgebungsverfahren entspricht. Dies ist jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang der Fall, da die Regelungen betreffend die digitale Verwaltung in einem kantonalen Gesetz zu regeln wären, wenn nicht an dessen Stelle eine interkantonale Vereinbarung angestrebt würde.¹⁵⁰

Mit Blick auf Art. 48 Abs. 4 lit. a BV problematisch ist die Rechtslage in den vier Kantonen Obwalden, Zug, Freiburg und Appenzell Innerrhoden, in denen interkantonale Verträge nicht ausdrücklich dem Referendum unterstehen, sondern der Beitritt hierzu grundsätzlich durch das Parlament beschlossen wird.¹⁵¹ Dort ist in einem ersten Schritt eine Unterstellung unter das fakultative Ausgabenreferendum zu prüfen, ob also die einschlägigen Betragsgrenzen erreicht werden.¹⁵² Dies könnte aufgrund der mit der Digitalisierung der Verwaltung verbundenen Investitions- und Betriebskosten der Fall sein. Je nach Kostenverteilung zwischen Bund und Kantonen ist dies aber nicht zwingend und lässt sich möglicherweise bei Abschluss der interkantonalen Vereinbarung noch nicht absehen. Ergibt sich keine Unterstellung unter das fakultative Ausgabenreferendum, ist der Beitritt zu dem interkantonalen Vertrag in Gesetzesform zu beschliessen. Die Verfassungsbestimmungen in den Kantonen Obwalden, Zug, Freiburg und Appenzell Innerrhoden sind folglich bundesrechtskonform so auszulegen, dass der

¹³⁹ Art. 33 Abs. 1 lit. b KV SH.

¹⁴⁰ Art. 60bis Abs. 1 lit. b KV AR.

¹⁴¹ Art. 42 lit. c KV TI.

¹⁴² Art. 17 Abs. 1 Ziff. 2 KV GR.

¹⁴³ Art. 84 Abs. 1 lit. b KV VD.

¹⁴⁴ Art. 78 lit. c KV JU.

¹⁴⁵ § 24 Abs. 1 lit. c KV LU.

¹⁴⁶ Art. 31 Abs. 1 lit. b KV VS.

¹⁴⁷ § 31 Abs. 1 lit. c i.V.m. § 30 Abs. 1 lit. b KV BL.

¹⁴⁸ Art. 93 Abs. 1 KV GE.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 67 Abs. 1 KV GE.

¹⁵⁰ Siehe dazu oben B. II. 2. b).

¹⁵¹ Art. 70 Abs. 1 Ziff. 13 KV OW; § 41 Abs. 1 lit. i KV ZG; Art. 100 Abs. 1 KV FR; Art. 27 Abs. 3 KV AI.

¹⁵² OW: einmalig 1 Million oder jährlich wiederkehrend 200'000 (Art. 59 Abs. 1 lit. b KV); ZG: einmalig 500'000 oder jährlich wiederkehrend 50'000 (§ 34 Abs. 1 KV); FR: neue Nettoausgabe zur Folge haben, die ¼% der Gesamtausgaben der letzten vom Grossen Rat genehmigten Staatsrechnung übersteigt, oder die Studienkredite von regionaler oder kantonalen Bedeutung betreffen (Art. 46 Abs. 1 lit. b KV); AI: einmalig 500'000 oder jährlich wiederkehrend während mindestens 4 Jahren 125'000 (Art. 7ter Abs. 2 KV AI).

Beitritt zu interkantonalen Verträgen, die unter Art. 48 Abs. 4 BV fallen, durch formelles Gesetz zu beschliessen ist, um den Vertrag auf diese Weise zumindest dem fakultativen Referendum zu unterstellen.

Zwischenergebnis: Der interkantonale Vertrag zur Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an die gemeinsame Zielorganisation von Bund und Kantonen ist auf der Grundlage der Bestimmungen des kantonalen Rechts dem fakultativen Referendum zu unterstellen. Fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung bezüglich interkantonomer Verträge, ist das kantonale Verfassungsrecht im Einklang mit Art. 48 Abs. 4 lit. a BV dahingehend auszulegen, dass der Genehmigungsbeschluss durch das Kantonsparlament zumindest dem fakultativen Referendum untersteht.

3. Rechtsstaatliche Delegationsvoraussetzungen

Ausserdem muss der interkantonale Vertrag gemäss Art. 48 Abs. 4 lit. b BV die inhaltlichen Grundzüge der von dem interkantonalen Organ zu erlassenden rechtsetzenden Bestimmungen festlegen. Die Voraussetzung nimmt auf Art. 164 BV Bezug, sodass auf die hierzu entwickelten Kriterien für eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen abgestellt werden kann.¹⁵³ Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an interkantonale Organe ist somit nur unter Einhaltung derjenigen Voraussetzungen zulässig, die das Bundesgericht für die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen durch den Gesetzgeber festgelegt hat.¹⁵⁴ Diese Voraussetzungen sind als nicht abschliessende Konkretisierung der bisher vom Bundesgericht aus dem Legalitätsprinzip abgeleiteten Grundsätze zur Gesetzesdelegation zu verstehen.¹⁵⁵ Die gesetzliche Grundlage zur Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive muss hinreichend bestimmt sein, indem sie die Grundzüge der delegierten Regelung mit Blick auf den Zweck, den Gegenstand und die Reichweite der übertragenen Befugnisse umschreibt.¹⁵⁶ Diese Gesichtspunkte müssen folglich in dem interkantonalen Vertrag selbst geregelt werden.¹⁵⁷

Als Beispiel für die Ausgestaltung einer hinreichend bestimmten Delegationsgrundlage kann auf die einschlägigen Bestimmungen des Hochschulkonkordats verwiesen werden. Art. 5 – 8 Hochschulkonkordat regeln Ausgestaltung und Funktionsweise der Schweizerischen Hochschulkonferenz als gemeinsames Organ von Bund und Kantonen.¹⁵⁸ Die mit der Koordination bezweckten Ziele werden in Art. 1 Hochschulkonkordat umschrieben. Art. 3 Hochschulkonkordat grenzt den Geltungsbereich der von der Schweizerischen Hochschulkonferenz zu erlassenden Vorschriften ein. Für den Bereich der digitalen Verwaltung müsste dementsprechend

¹⁵³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N. 1694; BIAGGINI, BV, Art. 48 N. 14; UHLMANN/ZEHNDER, LeGes 2011/1. S. 9, 23.

¹⁵⁴ Bundesrat, BBl 2002 2291 2462; ausserdem SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: SG-Komm., Art. 48 N. 52; UHLMANN/ZEHNDER, LeGes 2011/1. S. 9, 23.

¹⁵⁵ WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, in: BSK-BV, Art. 48 N. 61.

¹⁵⁶ Siehe nur zuletzt BGE 144 II 376 E. 7.2 S. 379.

¹⁵⁷ WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, in: BSK-BV, Art. 48 N. 63; SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: SG-Komm., Art. 48 N. 52.

¹⁵⁸ EDK, Kommentar HSK, S. 5.

ebenfalls eine hinreichend bestimmte Aufgabenumschreibung in dem zugrunde liegenden interkantonalen Vertrag erfolgen.

Zwischenergebnis: Der interkantonale Vertrag zur Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an die gemeinsame Zielorganisation von Bund und Kantonen ist hinsichtlich Zweck, Gegenstand und Reichweite der zu übertragenden Befugnisse hinreichend bestimmt auszugestalten.

Antwort auf Frage 1. c.:

Auf Seiten des Bundes müssen für die Übertragung von Normsetzungskompetenzen im Sinne von Variante 2 über die Verankerung in der BV und in einem Bundesgesetz keine weiteren Anforderungen erfüllt sein. Auf Seiten der Kantone muss der interkantonale Vertrag, in dem die Übertragung von Normsetzungskompetenzen an die Zielorganisation vereinbart wird, gemäss Art. 48 Abs. 4 BV in jedem Kanton zumindest dem fakultativen Referendum unterstehen und die zu übertragenden Befugnisse hinreichend genau umschreiben.

V. Verfassungsrechtliche Problemfelder gemeinsamer Organe von Bund und Kantonen

Ungeachtet der für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf ein gemeinsames Organ von Bund und Kantonen zwingend zu erfüllenden Anforderungen an die Ausgestaltung der Rechtsgrundlagen ergeben sich strukturell drei weitere verfassungsrechtliche Problemkreise. Diese sind – im Unterschied zu den Vorgaben aus BV und Kantonsverfassungen – nicht konstitutiv für die Wirksamkeit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen. Zur Vermeidung verfassungsrechtlicher Streitfragen beim Vollzug durch das gemeinsame Organ von Bund und Kantonen drängt sich jedoch bereits bei der Schaffung der einschlägigen Rechtsgrundlagen die Regelung der Kontrolle durch die Parlamente in Bund und Kantonen (dazu 1.), des Rechtsschutzverfahrens (dazu 2.) und der Rechtswirkungen der von den gemeinsamen Organen erlassenen rechtsetzenden Bestimmungen (dazu 3.) auf.

Frage 1. d.:

«Welche verfassungsrechtlichen Probleme ergeben sich aus der Schaffung einer Organisation, welche sowohl im Aufgabenbereich des Bundes als auch der Kantone verbindliche Vorgaben erlassen kann?»

1. Parlamentarische Kontrolle

Jenseits der demokratischen und rechtsstaatlichen Garantien beim Abschluss interkantonalen Verträge gemäss Art. 48 Abs. 4 BV ist der Fortbestand der hinreichenden Legitimation durch die effektive parlamentarische Kontrolle der Tätigkeit der auf der Grundlage des Konkordats

errichteten Organe zu sichern.¹⁵⁹ Die einzelnen Kantonsparlamente verlieren nämlich nach der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf ein gemeinsames Organ von Bund und Kantonen insoweit ihre aktive Gestaltungsmacht. Ein Kantonsparlament kann anders als bei einem kantonalen Gesetz eine von dem gemeinsamen Rechtsetzungsorgan erlassene Bestimmung nicht autonom abändern oder gänzlich neue Vorschriften beschliessen. Als Ausweg bliebe einzig die Kündigung des interkantonalen Vertrages und damit der Austritt aus der gemeinsamen Organisation, wodurch der betreffende Kanton die zuvor übertragene Rechtsetzungskompetenz wiedererlangen würde.

Nach der Aufnahme der Tätigkeit durch interkantonale Organe beziehungsweise gemeinsame Organe von Bund und Kantonen ist daher vor allem die parlamentarische Aufsicht über diese Institutionen von Bedeutung.¹⁶⁰ Die wirksame parlamentarische Kontrolle des Vollzuges ist von umso grösserer Bedeutung, als die Parlamente beim Abschluss der interkantonalen Vereinbarung beziehungsweise der Vereinbarung mit dem Bund in der Logik des Exekutivföderalismus inhaltlich kaum Einfluss nehmen konnten und in diesem Stadium als blosses Genehmigungsorgan fungierten.¹⁶¹ Ein vollständiger Ausgleich der durch die Verlagerung auf die interkantonale Ebene unter Einbezug des Bundes verursachte Verringerung der demokratischen Legitimation und der Einbussen an Transparenz kann durch die Erstreckung der parlamentarischen Oberaufsicht auf die gemeinsamen Organe von Bund und Kantonen jedoch nicht erzielt werden, da diese im Regelfall erst im Nachhinein und nur im Zusammenwirken mit den anderen Kantonen zur Geltung kommt. Die Einflussmöglichkeiten beschränken sich daher im Wesentlichen auf die Vermeidung von Problemen in künftigen Konstellationen.

Begleitend zu den Rechtsgrundlagen für die Errichtung gemeinsamer Organe und die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen ist demnach der Einbezug der Parlamente in den Kantonen, aber auch der Bundesversammlung sicherzustellen.¹⁶² Eine wirkungsvolle parlamentarische Oberaufsicht bezogen auf die interkantonale Ebene kann etwa mittels Einsetzung interparlamentarischer Aufsichtskommissionen sichergestellt werden.¹⁶³ Ist der Bund beteiligt, muss die Bundesversammlung entsprechend der Rolle der Kantonsparlamente berücksichtigt werden. Insgesamt ist dabei allerdings in Rechnung zu stellen, dass bei der Oberaufsicht gegenüber gemeinsamen Organen von Bund und Kantonen weniger effektive Instrumente zur Verfügung stehen beziehungsweise die vorgesehenen Instrumente mittelbarer wirken, als dies im Verhältnis eines Parlaments zur Verwaltung und den Gerichten im eigenen Gemeinwesen der Fall ist.

Als Vorbild für einen Lösungsansatz zur Sicherung der parlamentarischen Einbindung dient die Rahmenvereinbarung für die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich (IRV) vom 24. Juni 2005.¹⁶⁴ In Art. 4 Abs. 1 IRV wird die Stellung der kantonalen Parlamente hervorgehoben, indem die Kantonsregierungen zu umfassender Information verpflichtet wer-

¹⁵⁹ SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: SG-Komm., Art. 48 N. 55.

¹⁶⁰ BRUNNER, LeGes 2004/1, S. 131, 134, 138.

¹⁶¹ Vgl. dazu nur ABDERHALDEN, LeGes 2006/1, S. 9, 12.

¹⁶² Vgl. Bundesrat, BBl 2002 2291 2462; ABDERHALDEN, S. 218 f.; UHLMANN/ZEHNDER, LeGes 2011/1. S. 9, 19.

¹⁶³ BRUNNER, LeGes 2004/1, S. 131, 139; WALDMANN, VdCH, III.8 N. 23.

¹⁶⁴ ABDERHALDEN, LeGes 2006/1, S. 9, 13; UHLMANN/ZEHNDER, LeGes 2011/1. S. 9, 19.

den. Als wichtigstes Kontrollinstrument sind zur Ausübung der parlamentarischen Oberaufsicht bei gemeinsamen Trägerschaften interparlamentarische Geschäftsprüfungskommissionen einzusetzen (vgl. Art. 15 IRV).

2. Rechtsschutz

Regelungsbedürftig ist ausserdem der Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Ausübung von Befugnissen durch gemeinsame Organe des Bundes und der Kantone, indem eine Rechtsmittelinstanz geschaffen oder ein bestehendes Rechtspflegeorgan für zuständig erklärt wird.¹⁶⁵ Für die Eröffnung von Rechtsschutzmöglichkeiten kommen insbesondere zwei Konstellationen in Betracht.¹⁶⁶ Zum einen geht es um gerichtlichen Rechtsschutz gegen Anordnungen des gemeinsamen Organs von Bund und Kantonen. Zum anderen ist an einen Rechtsweg für Streitigkeiten zwischen den Kantonen beziehungsweise zwischen Bund und Kantonen zu denken.

Ob der erste Aspekt des individuellen Rechtsschutzes im Rahmen der Zusammenarbeit von Bund und Kantonen im Bereich der digitalen Verwaltung grössere Bedeutung gewinnen wird, lässt sich erst anhand der Ausgestaltung der Zuständigkeitsübertragung an ein gemeinsames Organ von Bund und Kantonen absehen. Da allerdings vorgesehen ist, dass die zu erlassenden Standards für die digitale Verwaltung Bindungswirkung für Privatpersonen und vor allem für die Gemeinden erlangen sollen, besteht grundsätzlich eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Eröffnung gerichtlichen Rechtsschutzes. So hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde (Art. 29a Satz 1 BV). Gemeinden können eine Verletzung der Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV) in jedem Fall vor Bundesgericht geltend machen (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV).

Es empfiehlt sich daher, bezüglich des gemeinsamen Organs von Bund und Kantonen an eine Bestimmung zum Rechtsschutz zu denken. Beispielhaft kann auf Art. 65 Abs. 1 HFKG verwiesen werden. Verfügungen, die aufgrund dieses Gesetzes, seiner Ausführungsbestimmungen oder der Zusammenarbeitsvereinbarung erlassen werden, können danach mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Ein weiteres Beispiel, ohne Beteiligung des Bundes, findet sich in Art. 12 der Interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM). Nach dessen Absatz 1 kann gegen bestimmte Beschlüsse des auf der Grundlage der IVHSM geschaffenen Beschlussorgans beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden.¹⁶⁷ Anstelle des jeweils vorgesehenen Bundesverwaltungsgerichts könnte auch das Verwaltungsgericht eines Kantons als Beschwerdeinstanz eingesetzt werden (vgl. auch Art. 191b Abs. 2 BV).

Für den zweiten Aspekt von Streitigkeiten zwischen den beteiligten Kantonen oder zwischen Bund und Kantonen kann exemplarisch auf das zweistufige Streitbeilegungsverfahren gemäss Art. 31 ff. IRV in Form eines informellen Vorverfahrens und eines förmlichen Vermittlungsverfahrens verwiesen werden. Auf dieses nimmt beispielsweise auch Art. 14 Abs. 1 Hochschul-

¹⁶⁵ VOGEL, ZBI 110/2009, S. 556, 560.

¹⁶⁶ Dazu und zum Folgenden JAAG, AJP 2013, S. 774, 779.

¹⁶⁷ BVGE 2013/45 E. 2.4 S. 697 f.

konkordat Bezug. Im Anschluss daran besteht die Möglichkeit zur Klage vor Bundesgericht gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG (vgl. den Verweis in Art. 14 Abs. 2 Hochschulkonkordat). Danach beurteilt das Bundesgericht auf Klage als einzige Instanz öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen. Die Zweistufigkeit mit vorgelagertem Vermittlungsverfahren entspricht den verfassungsrechtlichen Grundsätzen für die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen. Streitigkeiten zwischen Kantonen oder zwischen Kantonen und dem Bund werden gemäss Art. 44 Abs. 3 BV nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung beigelegt.¹⁶⁸

3. Rechtsnatur und Rechtswirkungen der gemeinsam erlassenen Normen

Grundlegende verfassungsrechtliche Probleme werfen überdies die ungeklärte Rechtsnatur und die potenzielle Wirkung des von gemeinsamen Organen erlassenen «Sekundärrechts» auf. Diese zeigen sich insbesondere anhand der umstrittenen Einordnung in die klassische Normenhierarchie beziehungsweise Stufenordnung des Rechts. Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 Abs. 1 BV). Kantonales Recht muss zudem im Einklang mit dem Völkerrecht (Art. 5 Abs. 4 BV) und dem interkantonalen Recht (Art. 48 Abs. 5 BV) stehen. Daher kann als gesichert gelten, dass von gemeinsamen Organen des Bundes und der Kantone erlassene rechtsetzende Bestimmungen dem kantonalen Recht vorgehen. Da der Bund beteiligt ist, spricht einiges dafür, dass gemeinsam mit den Kantonen erlassenes Recht auch rein interkantonalem Recht vorgeht. Problematisch ist daher vor allem das Verhältnis zum Bundesrecht. Diese Beziehung lässt sich wegen des hybriden Charakters des von Bund und Kantonen gemeinsam erlassenen Rechts mit Blick auf die klassische Normenhierarchie, die auf einer strikten Trennung der Rechtsquellen basiert, nicht in umfassender Weise rechtlich bewältigen. Es kann lediglich eine ad-hoc-Lösung angestrebt werden.

Der Bundesrat äusserte sich im Zusammenhang mit dem Hochschulwesen in der Botschaft unter Verweis auf die gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittel vor dem Bundesverwaltungsgericht dahingehend, dass die von den gemeinsamen Organen auf der Grundlage von Art. 63a Abs. 4 Satz 1 BV erlassenen rechtsetzenden Bestimmungen Bundesrecht seien.¹⁶⁹ Diese Ansicht findet zum Teil Zustimmung in der Literatur. Bei den von gemeinsamen Organen erlassenen rechtsetzenden Bestimmungen handle sich um Bundesrecht, wobei diese nicht im Rang des Bundesgesetzes stünden, sondern am ehesten der Stufe der Regierungsverordnungen zuzuordnen seien.¹⁷⁰ Daher sollen Bundesgesetze normativen Vorrang vor den rechtsetzenden Beschlüssen gemeinsamer Organe haben. Aus Art. 6 Abs. 5 HFKG, wonach im Fall eines Widerspruchs von Zusammenarbeitsvereinbarung und Gesetz das Gesetz vorgeht, wird wiederum abgeleitet, rechtsetzende Beschlüsse der Hochschulkonferenz gingen einer Bundesratsverordnung vor.¹⁷¹ Dies wird damit begründet, dass der Bundesrat andernfalls die gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsverfahren der gemeinsamen Organe unterlaufen könnte.¹⁷²

¹⁶⁸ Vgl. dazu JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 14 N. 3b.

¹⁶⁹ Bundesrat, BBl 2009 4561 4664.

¹⁷⁰ EHRENZELLER/SAHLFELD, in: SG-Komm., Art. 63a N. 42.

¹⁷¹ Bundesrat, BBl 2009 4561 4635.

¹⁷² EHRENZELLER/SAHLFELD, in: SG-Komm., Art. 63a N. 42.

Die Einstufung als Bundesrecht wird jedoch in der Literatur in Frage gestellt.¹⁷³ Auch die Annahme, rechtsetzende Beschlüsse des gemeinsamen Organs seien im Verhältnis zu Verordnungen des Bundesrates vorrangig, wird in Zweifel gezogen.¹⁷⁴ Angesichts dieser Rechtsunsicherheit erschiene es als angezeigt, bereits auf der Stufe der BV eine Klärung des normativen Rangs oder zumindest des Anwendungsvorrangs der von dem gemeinsamen Organ zu erlassenden rechtsetzenden Bestimmungen vorzunehmen. Die Schwierigkeit dürfte darin liegen, dass es sich zum einen um eine zusätzliche Rechtsschicht gleichsam zwischen interkantonalem Recht (Art. 48 Abs. 5 BV) und Bundesrecht (Art. 49 Abs. 1 BV) handelt, zum anderen aber ausgeschlossen werden müsste, dass die Organe des Bundes die Rechtsetzung durch die gemeinsamen Organe im Bereich der kantonalen Kompetenzen ohne Weiteres übersteuern können. In Anlehnung an Art. 190 BV könnten die von den interkantonalen Gremien erlassenen Bestimmungen im Verhältnis zum Verordnungsrecht des Bundes für massgeblich erklärt werden. Dadurch würde eine Aushebelung durch Verordnungen des Bundes erschwert, ohne zugleich eine Kontrolle der Bundesrechtskonformität des gemeinsam von Bund und Kantonen erlassenen Rechts durch das Bundesgericht auszuschliessen. Der Bundesversammlung stünde es – ungeachtet der allenfalls mit diesem Vorgehen verbundenen politischen Unwägbarkeiten – ohnehin frei, im Wege der Gesetzgebung das gemeinsam erlassene Recht zu korrigieren.

Die Problematik der Normstufe und der derogatorischen Wirkung des von den gemeinsamen Organen gesetzten Sekundärrechts träte in der Praxis mangels gerichtlicher Auseinandersetzungen im Verhältnis von Bund und Kantonen wohl kaum zutage.¹⁷⁵ Relevant werden könnte sie aber, sobald verbindliche Vorschriften gegenüber Privatpersonen erlassen würden.¹⁷⁶ In diesem Zusammenhang könnten sich grundsätzliche Fragen zur Reichweite der Befugnisse einer neu entstehenden Staatsebene zwischen Bund und Kantonen stellen. Daher würde eine ausdrückliche Bestimmung der Rechtssicherheit dienen.

Antwort auf Frage 1. d.:

Aus der Schaffung einer Organisation, die sowohl im Aufgabenbereich des Bundes als auch der Kantone verbindliche Vorgaben erlassen kann, ergeben sich über die zwingend einzuhaltenden Vorgaben hinaus im Wesentlichen drei verfassungsrechtliche Probleme. Zunächst ist die parlamentarische Obergewalt über das ermächtigte Rechtsetzungsorgan in Bund und Kantonen sicherzustellen. Dies kann beispielsweise durch eine interparlamentarische Aufsichtskommission geschehen. Zudem ist gerichtlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit Massnahmen des gemeinsamen Organs von Bund und Kantonen zu ermöglichen. Dies gilt vor allem zugunsten von Privatpersonen und Gemeinden, jedoch sollte auch für Streitigkeiten zwischen den Kantonen beziehungsweise zwischen Bund und Kantonen ein Rechtsweg vorgesehen sein. Schliesslich wäre

¹⁷³ HÄNNI, in: BSK-BV, Art. 63a N. 25.

¹⁷⁴ BIAGGINI, BV, Art. 63a N. 14e.

¹⁷⁵ Siehe zu einer Streitigkeit betreffend die Klärung der Kompetenzen interkantonalen Behörden BGE 135 II 338.

¹⁷⁶ Bezüglich einer interkantonalen Behörde BGE 141 II 262.

im Interesse der Rechtsklarheit eine Regelung der Rechtswirkungen der von den gemeinsamen Organen zu erlassenden rechtsetzenden Bestimmungen im Hinblick auf das Bundesrecht empfehlenswert.

C. Verfassungsrechtliche Beurteilung von Variante 3

I. Rechtliche Ausgestaltung

In Variante 3 wird die politische Plattform (PPSE) in eine gemeinsame Behörde von Bund und Kantonen überführt, die zunächst über den gleichen Auftrag zur verbindlichen Standardsetzung wie in Variante 2 verfügt.¹⁷⁷ Darüber hinaus wird der Behörde im gesamten Mandats- und Budgetrahmen die autonome, abschliessende Entscheidungsbefugnis verliehen. Dies bedeutet, dass die Behörde die Projektumsetzung an andere Verwaltungsträger zuweisen und bezüglich ihrer Entscheidungen Verbindlichkeit für Exekutiven der beteiligten Gemeinwesen erzeugen kann.¹⁷⁸

Der Tätigkeitsbereich soll über die in Variante 2 vorgesehene Standardsetzung hinaus weitere Aufgaben umfassen. Dabei geht es um Basisdienste wie die elektronische Identität (eID), elektronische Signaturdienste, elektronische Bezahlendienste (ePayment und eInvoices), Basisregister für Behörden über Personen, Firmen oder Objekte (Gebäude, Grundstücke, etc.) sowie die Interoperabilität der Prozesse und Systeme.¹⁷⁹ Die Befugnis der Behörde erstreckt sich dabei bis zur Möglichkeit, Bezugspflichten anzuordnen.¹⁸⁰ Ausserdem betreibt die Behörde eine eigene Förderpolitik.¹⁸¹ Die Zielorganisation wäre demnach im gesamten Bereich der elektronischen Verwaltung zur Rechtsetzung befugt.

II. Verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Rechtsetzungsbedarf

In Anbetracht der über die in Variante 2 vorgesehene verbindliche Rechtsetzung von Standards hinausgehenden Befugnisse in Variante 3 ist zusätzlich folgende Frage zu beantworten.

Frage 2:

«Inwiefern sind die bestehenden Verfassungs- und Gesetzesgrundlagen zu ergänzen, damit Bund und Kantone einer Behörde gemäss Variante 3 Kompetenzen übertragen können?»

¹⁷⁷ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 12.

¹⁷⁸ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 29.

¹⁷⁹ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 9, 22.

¹⁸⁰ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 14.

¹⁸¹ EFD/KdK, Schlussbericht, S. 14.

Im Vergleich zu den Ausführungen betreffend Variante 2 ergeben sich keine grundsätzlichen Abweichungen. Die Verfassungsnorm soll bereits zur Ermöglichung von Variante 2 so formuliert werden, dass in den nächsten Phasen keine weitere Verfassungsänderung notwendig ist.¹⁸² Allenfalls könnte die in die BV einzufügende Ermächtigung zu errichtender gemeinsamer Organe von Bund und Kantonen zur Rechtsetzung im Bereich der digitalen Verwaltung von der Formulierung her weiter zu fassen sein. Aufgrund der Abstraktionshöhe der Formulierungen in Verfassungsbestimmungen sollte es aber möglich sein, einen Artikel in die Bundesverfassung einzufügen, der als Grundlage für die Ausgestaltung sowohl nach Variante 2 als auch nach Variante 3 dient.

In jedem Fall muss abgesehen davon die Ausgestaltung im Bundesgesetz, dem interkantonalen Vertrag und der Zusammenarbeitsvereinbarung so erfolgen, dass die von dem gemeinsamen Organ zu erlassenden Normen nicht lediglich auf Standards im Sinne der Variante 2 begrenzt bleiben müssen, sondern auch weitere Bereiche auf dem Gebiet der digitalen Verwaltung erfassen dürfen. Für die rechtliche Ausgestaltung kann insgesamt auf die Ausführungen zu Variante 2 verwiesen werden.

Antwort auf Frage 2:

Damit Bund und Kantone einer Behörde gemäss Variante 3 Kompetenzen übertragen können, sind die bestehenden Verfassungs- und Gesetzesgrundlagen entsprechend Variante 2 zu ergänzen. Somit bedarf es auf Bundesebene einer Änderung der Bundesverfassung und einer Verankerung in einem Bundesgesetz. Auf der Ebene der Kantone kann ein interkantonaler Vertrag die grundsätzlich erforderliche gesetzliche Grundlage ersetzen. Während die Verfassungsgrundlage im Bund sowohl Variante 2 als auch Variante 3 abdecken kann, sind das Bundesgesetz und die interkantonale Vereinbarung so auszugestalten, dass der gemeinsamen Behörde von Bund und Kantonen Rechtsetzungsbefugnisse für den gesamten Bereich der digitalen Verwaltung übertragen werden und diese nicht auf die Setzung thematisch eng begrenzter Standards beschränkt bleiben.

¹⁸² EFD/KdK, Schlussbericht, S. 25.

D. Verfassungsrechtliche Beurteilung möglicher Alternativen

Als Alternative zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung und insbesondere zur gemeinsamen Rechtsetzung von Bund und Kantonen im Rahmen einer gemeinsamen Organisation ist die Schaffung einer Gesetzgebungskompetenz zugunsten des Bundes in Erwägung zu ziehen. Der Bund könnte auf dieser Grundlage ein Gesetz zur Vereinheitlichung der Vorgaben für die öffentliche Verwaltung in der Schweiz erlassen, das dann auch von den Kantonen zu vollziehen wäre. Mit Blick auf die Zentralisierung der Rechtsetzung beim Bund ist zunächst zu erörtern, ob und inwieweit der Bund nach gegenwärtiger Rechtslage über die betreffenden Kompetenzen verfügt (dazu I.), wie eine Bundeskompetenz auszugestalten wäre (dazu II.), wie dabei die Mitwirkung der Kantone sichergestellt werden könnte (dazu III.), wie die Eigenständigkeit der Kantone berücksichtigt werden könnte (dazu IV.), wie der Grundsatz fiskalischer Äquivalenz zu wahren wäre (dazu V.) und welche Vor- und Nachteile insgesamt mit einer Zentralisierung beim Bund verbunden wären (dazu VI.).

I. Gesetzgebungskompetenzen des Bundes

Frage 3. a.:

«Sind die bestehenden Bundeskompetenzen ausreichend, damit der Bund im Bereich der digitalen Verwaltung für Bund, Kantone und Gemeinden verbindlich Vorgaben festlegen und Standards als verbindlich erklären kann?»

Die bestehenden Kompetenzen des Bundes sind nicht ausreichend, um im Bereich der digitalen Verwaltung über die Behörden des Bundes hinaus auch für Kantone und Gemeinden verbindlich Vorgaben festlegen und Standards als verbindlich erklären zu können. Weder aus den spezifischen Kompetenztiteln für die Errichtung und den Betrieb öffentlicher Werke (Art. 81 BV) sowie für das Fernmeldewesen (Art. 92 Abs. 1 BV) noch aus einer Gesamtschau der Kompetenzen für das Zivilverfahren (Art. 122 Abs. 1 BV) und das Strafverfahren (Art. 123 Abs. 1 BV) lässt sich eine umfassende Kompetenz des Bundes für die Regelung der Digitalisierung der Verwaltung ableiten.¹⁸³

Antwort auf Frage a.:

Die bestehenden Bundeskompetenzen sind nicht ausreichend, damit der Bund im Bereich der digitalen Verwaltung für Bund, Kantone und Gemeinden verbindlich Vorgaben festlegen und Standards als verbindlich erklären kann.

¹⁸³ Siehe dazu ausführlich oben B. II. 1. a) aa).

II. Ausgestaltung einer Bundeskompetenz für die Digitalisierung der Verwaltung

Frage 3. b.:

«Falls nicht, wie müsste eine entsprechende Verfassungsbestimmung gestaltet werden, damit der Bund auf dem Gebiet der Digitalisierung für alle Staatsebenen verbindliche Vorgaben machen könnte?»

Die Verfassungsbestimmung müsste einerseits weiter reichen als die heutigen Kompetenzen für die öffentlichen Werke (Art. 81 BV) und das Fernmeldewesen (Art. 92 Abs. 1 BV). Andererseits dürfte es mit Blick auf die Organisationsautonomie der Kantone (vgl. Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BV) kaum vertretbar sein, eine umfassende Kompetenz des Bundes für das Verwaltungungsverfahren analog zum Zivil- (Art. 122 Abs. 1 BV) und Strafverfahren (Art. 123 Abs. 1 BV) zu begründen. Für die Übertragung einer querschnittartigen Kompetenz für die Regelung der Digitalisierung in Bezug auf die Verwaltung wäre demnach eine spezifisch auf diesen Aspekt begrenzte Zuständigkeit des Bundes zu schaffen.

Die Schwierigkeit besteht darin, dass es sich bei der Digitalisierung der Verwaltung nicht um einen an bestimmten Sachkompetenzen orientierten Regelungsbereich handelt, wie dies beispielsweise bei der fragmentarischen Kompetenz des Bundes zur Regelung des Beginns des Schuljahres (Art. 62 Abs. 5 BV) in dem ansonsten den Kantonen zustehenden Sachbereich des Schulwesens der Fall ist (vgl. Art. 62 Abs. 1 BV). Auch eine auf die Regelung der Grundsätze beschränkte Bundeskompetenz in einem Sachbereich wie etwa bei der Raumplanung (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BV) erscheint nicht geeignet.

Eine Orientierung bietet sich am ehesten an Kompetenztiteln in Bezug auf neue Technologien an. Als Vorbild hinsichtlich Regelungsstruktur und Normierungsdichte könnten die Bundeskompetenzen für die Regelung der Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 Abs. 2 BV) und die Transplantationsmedizin (Art. 119a BV) dienen. So erfolgt in Bezug auf die Gentechnologie im Humanbereich bei der Gesetzgebung durch den Bund in Art. 119 Abs. 2 Satz 2 BV eine präzise Umschreibung der zu beachtenden Grundsätze. Auf diese Weise kann die Gefahr eines Ausgreifens der Bundesgesetzgebung auf in der Organisationsautonomie der Kantone verbleibende Materien eingedämmt werden.

Eine derart ausgestaltete Kompetenz würde für sich genommen noch keine Zuständigkeit des Bundes zur finanziellen Förderung der Kantone und Gemeinden oder zur Leistungserbringung in Form der Bereitstellung von IKT-Infrastruktur zugunsten der Kantone und Gemeinden beinhalten. Die in sachlicher Hinsicht umschriebene Kompetenzbestimmung könnte jedoch durch eine Förderzuständigkeit des Bundes, wie sie bereits an verschiedener Stelle in der BV, gerade auch im Zusammenhang mit der Wahrnehmung neuer Aufgaben vorgesehen ist, flankiert werden. So fördert der Bund die wissenschaftliche Forschung und die Innovation (Art. 64 Abs. 1 BV). Im Zusammenhang mit den Hochschulen unterstützt der Bund insbesondere auch die Kantone (Art. 63a Abs. 2 BV). Entsprechendes ist auch bei Ausbildungsbeiträgen an Studierende der Fall (Art. 66 Abs. 1 BV).

Darüber hinaus könnte der Bund zur Leistungserbringung im Bereich des Einsatzes von IKT in der Verwaltung ermächtigt werden. Die Kompetenzen zur Förderung und zur Leistungserbringung könnten zudem miteinander verknüpft werden. Als Voraussetzung für die Förderung ist in den genannten Kompetenzbestimmungen jeweils die Erfüllung bestimmter Anforderungen vorgesehen. Vorliegend könnte die Förderung der Kantone und Gemeinden durch den Bund mit der Pflicht zur Nutzung bestimmter Leistungen im Bereich der Digitalisierung verknüpft werden.

Inhaltlich könnte sich ein rechtsvergleichender Blick in das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland lohnen. Allerdings ist dort – ähnlich wie in den Varianten 2 und 3 – die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung durch Bund und Länder vorgesehen. Ein Minimum an Zusammenarbeit von Bund und Ländern im Bereich der informationstechnischen Systeme soll auch in Deutschland unter Bewahrung der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung erfolgen.¹⁸⁴ Die Verwaltungsdigitalisierung soll durch den Einbezug der Länder und Gemeinden die Staatsebenen übergreifen und auf intergouvernementalem Weg erfolgen.¹⁸⁵ Bund und Länder können auf Grund von Vereinbarungen die für die Kommunikation zwischen ihren informationstechnischen Systemen notwendigen Standards und Sicherheitsanforderungen festlegen (Art. 91c Abs. 2 Satz 1 GG). Das Ziel dieser Verfassungsbestimmung wird darin gesehen, die starren Verantwortungsbereiche von Bund und Ländern zu überwinden, um den Föderalismus IT-tauglich zu machen.¹⁸⁶ Immerhin wird der übergreifende informationstechnische Zugang zu den Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern allein durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates geregelt (Art. 91c Abs. 5 GG). Insoweit wurde eine zentrale Steuerungsmöglichkeit durch den Bund geschaffen.¹⁸⁷ Dadurch soll der Zersplitterung der Online-Angebote der Verwaltungen der Länder entgegengewirkt werden.¹⁸⁸ Auf dieser Grundlage wurde das Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz; OZG) erlassen.

Von der Reichweite über die vergleichbare Kompetenzbestimmung in Deutschland hinausgehend könnte in inhaltlicher Anlehnung hieran in der BV verankert werden, dass der Bund die «für die Kommunikation zwischen den informationstechnischen Systemen von Bund, Kantonen und Gemeinden notwendigen Standards und Sicherheitsanforderungen sowie den übergreifenden informationstechnischen Zugang zu den Verwaltungsleistungen von Bund, Kantonen und Gemeinden» regelt.

Antwort auf Frage 3. b.:

Eine Bundeskompetenz wäre querschnittartig, aber zugleich eng begrenzt auf die Regelung der IKT in der Verwaltung auszugestalten. Sie könnte mit einer hierauf bezogenen Förderkompetenz verknüpft werden.

¹⁸⁴ GUCKELBERGER, N. 255.

¹⁸⁵ BOGUMIL/KUHLMANN, Die Verwaltung 54 (2021), S. 105, 106.

¹⁸⁶ GUCKELBERGER, N. 259.

¹⁸⁷ BOGUMIL/KUHLMANN, Die Verwaltung 54 (2021), S. 105, 106.

¹⁸⁸ GUCKELBERGER, N. 267.

III. Sicherstellung der Mitwirkung der Kantone

Frage 3. c.:

«Auf welche Art und Weise könnte die Berücksichtigung der Mitwirkung von Kantonen und Gemeinden im Falle der Standardfestlegung durch den Bund sichergestellt werden?»

1. Allgemeine Mitwirkungsmöglichkeiten, insbesondere Vernehmlassungsverfahren

Erlasse der Bund die Standards für die digitale Verwaltung durch Bundesgesetz und durch darauf gestützte Verordnungen, könnten die Kantone an der Willensbildung der Bundesorgane in den verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen mitwirken (vgl. Art. 45 Abs. 1 BV).¹⁸⁹ Zu denken ist in erster Linie an Stellungnahmen in Vernehmlassungsverfahren (vgl. Art. 147 BV). Ein solches ist zwingend durchzuführen bei Gesetzesvorlagen (Art. 3 Abs. 1 lit. b VIG)¹⁹⁰ und bei Verordnungen sowie anderen Vorhaben, die einzelne oder alle Kantone in erheblichem Mass betreffen oder in erheblichem Mass ausserhalb der Bundesverwaltung vollzogen werden (Art. 3 Abs. 1 lit. e VIG). Sämtliche Erlasse im Bereich der digitalen Verwaltung dürften hierunter fallen, sodass stets ein Einbezug der Kantone in die Rechtsetzung durch den Bund stattzufinden hätte.

Dabei bestehen jedoch keine verbindlichen Vetorechte seitens der Kantone beziehungsweise Pflichten seitens der Bundesbehörden zur Beachtung der kantonalen Stellungnahmen.¹⁹¹ Die Rechtsetzung durch den Bund könnte daher letztlich auch gegen den Willen der Kantone erfolgen, insbesondere auch gegen den Willen der Kantonsregierungen. Das stärkste rechtliche Instrument mit entsprechender politischer Vorwirkung wäre die Möglichkeit eines Kantonsreferendums gegen ein Bundesgesetz zur Regelung der digitalen Verwaltung (vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. a BV). Praktisch wäre auch eine mittelbare Einflussnahme auf die Gesetzgebung durch die Ständerätinnen und die Ständeräte möglich. Letztlich dürften die Erfolgsaussichten eines solchen Vorgehens aber von sonstigen politischen Erwägungen überlagert werden.¹⁹²

Die Möglichkeit zur aktiven Gestaltung durch die Kantone ist bei der Rechtsetzung durch den Bund noch stärker eingeschränkt als korrigierende Interventionen seitens der Kantone. Sie verfügen zwar über Spielräume bei der Umsetzung von Bundesrecht (vgl. Art. 46 Abs. 3 BV), können Rechtsänderungen aber lediglich im Wege der Standesinitiative anstossen (vgl. Art. 160 Abs. 1 BV). Die Bestimmungen der BV betreffend das Entscheidungsverfahren im Bund sind insoweit abschliessend. Rechtliche Instrumente zur Mitwirkung der Kantone, wie etwa Zustimmungserfordernisse oder besondere Konsultationsrechte im Gesetzgebungsverfahren, wären daneben nicht zulässig.

Die Gemeinden verfügen im Verhältnis zum Bund über keine unmittelbaren Mitwirkungsrechte, sondern können sich lediglich vermittelt durch die Kantone in die Willensbildung auf

¹⁸⁹ Vgl. ABDERHALDEN, S. 51.

¹⁹⁰ Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG; SR 172.061).

¹⁹¹ Siehe auch EGLI, VdCH, VI.3 N. 32.

¹⁹² Ebenso EGLI, VdCH, VI.3 N. 33.

Bundesebene einbringen. Der Bund beachtet lediglich bei seinem Handeln die möglichen Auswirkungen auf die Gemeinden (Art. 50 Abs. 2 BV). Einklagbare Pflichten des Bundes lassen sich hieraus nicht ableiten.¹⁹³

2. Spezifische Mitwirkungsmöglichkeiten durch Beratungsorgane

Über die allgemeinen Mitwirkungsmöglichkeiten der Kantone hinaus erwägenswert ist die Einrichtung von Beratungsorganen, die dem Einbezug der Kantone, und allenfalls auch der Gemeinden, in der vorparlamentarischen Phase oder der Begleitung der Umsetzung von Bundesgesetzen dienen. So zeigen sich in der Praxis Ansätze für einen frühzeitigen Einbezug der Kantone bei der Ausarbeitung von Gesetzgebungsprojekten durch den Bund und für eine verstärkte Koordinierung der Umsetzungsplanung.

Der frühzeitige Einbezug erfasst die Phase vor dem Vernehmlassungsverfahren.¹⁹⁴ Eine empirische Untersuchung zeigte vor einigen Jahren auf, dass ein solcher Einbezug nicht regelmässig stattfindet, sondern von verschiedenen, kaum zu systematisierenden Faktoren, insbesondere von den Opportunitätserwägungen der für das jeweilige Rechtsetzungsprojekt zuständigen Bundesstelle, abhängt.¹⁹⁵ Ein systematischer und einheitlicher Einbezug der Kantone in dieser frühen Phase wäre nur mithilfe gesetzlicher Vorgaben zu erreichen.¹⁹⁶ In den vorgelagerten Phasen der Vernehmlassung bestehen jedoch derzeit auf Gesetzesstufe kaum konkrete, verbindliche Vorgaben für die Planung, die Organisation, den konkreten Ablauf und das methodische Vorgehen der Erarbeitung von Vorentwürfen zu Bundeserlassen.¹⁹⁷ Der Bundesrat, die Verwaltung und die parlamentarischen Kommissionen verfügen somit über einen grossen Spielraum bei der Gestaltung des Prozesses zur Ausarbeitung von Erlassentwürfen und dem allfälligen Einbezug der Kantone.

Eine gesetzliche Bestimmung zum frühzeitigen Einbezug der Kantone enthält Art. 5 Abs. 2 Satz 2 und 3 BÜPF.¹⁹⁸ Danach prüft ein unter anderem mit Vertreterinnen und Vertretern der Kantone besetztes beratendes Organ Revisionen dieses Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen, nimmt Stellung zu Revisionsentwürfen und kann von sich aus Empfehlungen abgeben. Die Einsetzung liegt aber im Ermessen des EJPD, das ein beratendes Organ einsetzen kann (Art. 5 Abs. 1 BÜPF). Eine ähnliche Vorschrift findet sich in Art. 109 Abs. 2 MWSTG.¹⁹⁹ Ein unter anderem aus kantonalen Vertretungen bestehendes Konsultativgremium berät Anpassungen dieses Gesetzes sowie der gestützt darauf erlassenen Ausführungsbestimmungen bezüglich der Auswirkungen auf die steuerpflichtigen Personen und die Volkswirtschaft. Der Bundesrat kann ein solches Gremium einsetzen (Art. 109 Abs. 1 MWSTG), ohne jedoch hierzu verpflichtet zu sein.

¹⁹³ BIAGGINI, BV, Art. 50 N. 8.

¹⁹⁴ RÜEFLI, LeGes 2016, S. 11, 14.

¹⁹⁵ RÜEFLI, LeGes 2016, S. 11, 15 ff.

¹⁹⁶ RÜEFLI, LeGes 2016, S. 11, 26.

¹⁹⁷ Dazu und zum Folgenden EGLI, VdCH, VI.3 N. 21.

¹⁹⁸ Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1).

¹⁹⁹ Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20).

Einen weiteren Ansatz zur Stärkung der Position der Kantone im Rahmen der Bundesgesetzgebung bildet die Koordinierung der Umsetzungsplanung mit dem Bund.²⁰⁰ Dabei spielt insbesondere die zeitliche Terminierung der Inkraftsetzung von Bundesgesetzen einschliesslich der Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsstufe eine massgebliche Rolle. Der koordinierten Umsetzung von Bundesrecht wird theoretisch grosses Potenzial zugeschrieben.²⁰¹ Zu den praktischen Erfahrungen liegen gegenwärtig aber noch keine belastbaren Erhebungen vor.

3. Vergleich zwischen Rechtsetzung durch den Bund und gemeinsamer Rechtsetzung

Die Mitwirkung der Kantone an der Rechtsetzung des Bundes beginnt – ungeachtet der allgemeinen Informations- und Konsultationsrechte gemäss Art. 45 Abs. 2 BV – oftmals erst mit dem Vernehmlassungsverfahren.²⁰² In diesem Verfahren kommt den Kantonen jedoch verglichen mit referendumsfähigen Wirtschaftsverbänden und Interessenorganisationen eine schwächere Position zu. Der insgesamt schwankende Einfluss der Kantone im Vernehmlassungsverfahren hängt vor allem damit zusammen, dass andere Interessengruppen generell organisations- und konfliktfähiger sind als die Kantone, die überdies oftmals heterogene Positionen vertreten.

Insgesamt wären die Einflussmöglichkeiten der Kantone bei der Rechtsetzung durch ein gemeinsames Organ von Bund und Kantonen grösser als bei einer Rechtsetzung allein durch den Bund. Jedenfalls die Mitwirkung der Kantonsregierungen wäre bei gemeinsamer Rechtsetzung rechtlich wesentlich stärker abgesichert. Praktisch bestünden für die Kantone und damit für die Kantonsregierungen aber auch bei einer Rechtsetzung durch den Bund massgebliche politische Einflussmöglichkeiten. Ähnlich wie bei der Steuerpolitik dürfte die Digitalisierung der Verwaltung kaum gegen den politischen Widerstand der Kantone realisierbar sein. Zudem besteht in diesem Bereich weniger die Gefahr der Überlagerung durch parteipolitische Erwägungen. Die Pflicht zum frühzeitigen Einbezug der Kantone und zur Koordination der Umsetzungsplanung könnte bereits in der Kompetenznorm auf Verfassungsstufe oder im einschlägigen Gesetz verankert werden, sodass der Einfluss der Kantone im Rahmen der Rechtsetzung durch den Bund verglichen mit den allgemeinen Mitwirkungsmöglichkeiten gestärkt werden könnte.

Insgesamt nähmen die Möglichkeiten der Kantone zur Mitwirkung bei der Übertragung der Rechtsetzungszuständigkeit auf den Bund im Vergleich zur geltenden Kompetenzverteilung deutlich ab. Der Einfluss der Kantone wäre mangels formaler Mitentscheidungsmöglichkeiten auch im Vergleich zur gemeinsamen Rechtsetzung, die ebenfalls eine Schwächung des Einflusses der einzelnen Kantone nach sich zöge, als geringer zu veranschlagen. Für die Gemeinden würde dies umso mehr gelten, als sie bereits nach geltender Rechtslage von der Einbeziehung durch die Kantone abhängig sind. Aus der Perspektive eines einzelnen Kantons und erst recht einer einzelnen Gemeinde unterscheiden sich die praktischen Mitwirkungsmöglichkeiten im Vergleich der beiden Modelle allerdings im Ergebnis wohl kaum. Immerhin dürften die allgemeinen Belange der kantonalen Ebene bei der gemeinsamen Rechtsetzung mit dem Bund

²⁰⁰ SCHUHMACHER, LeGes 2015, S. 405, 413.

²⁰¹ SCHUHMACHER, LeGes 2015, S. 405, 418.

²⁰² Dazu und zum Folgenden EGLI, VdCH, VI.3 N. 20.

stärker zur Geltung kommen, als wenn die Rechtsetzung allein auf der Bundesebene erfolgen würde.

Antwort auf Frage 3. c.:

Die Mitwirkung der Kantone und Gemeinden könnte im Falle der Standardfestlegung durch den Bund gemäss Art. 45 Abs. 1 BV grundsätzlich nur nach Massgabe der in der BV vorgesehenen Formen erfolgen. Im Vordergrund stünden Stellungnahmen der Kantone in Vernehmlassungsverfahren und allenfalls die Ergreifung des fakultativen Referendums. Daneben könnte auf einer spezifischen Grundlage in der BV oder im einschlägigen Gesetz ein frühzeitiger Einbezug der Kantone bei der Ausarbeitung von Gesetzgebungsprojekten und die koordinierte Planung der Umsetzung erfolgen. Bei der gemeinsamen Rechtsetzung durch Bund und Kantone dürfte der politische Einfluss der Kantone, insbesondere der Kantonsregierungen, vergleichsweise grösser sein als bei einer Konzentration der Rechtsetzung auf der Bundesebene.

IV. Ausgestaltung der Bundeskompetenz und Eigenständigkeit der Kantone

Frage 3. d.:

«Wie wäre die Kompetenz des Bundes auszugestalten, damit er im Bereich der digitalen Verwaltung die Eigenständigkeit der Kantone wahrt, deren Organisationsautonomie beachtet und dazu beiträgt, dass diese über die notwendigen finanziellen Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben verfügen (Art. 47 BV)?»

Gemäss Art. 47 Abs. 1 BV wahrt der Bund die Eigenständigkeit der Kantone. Er belässt den Kantonen ausreichend eigene Aufgaben und beachtet ihre Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BV). Er belässt den Kantonen ausserdem ausreichende Finanzierungsquellen und trägt dazu bei, dass sie über die notwendigen finanziellen Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben verfügen (Art. 47 Abs. 2 Satz 2 BV).

Es stellt sich die Frage, ob sich hieraus für die Gesetzgebung des Bundes in bezüglich der Digitalisierung der Verwaltung fragmentarisch umschriebenen Regelungsbereichen Vorgaben ableiten liessen, vorausgesetzt der Bund besässe hierfür die Kompetenz.²⁰³ So ist der Bundesgesetzgeber grundsätzlich Adressat der Vorgaben aus Art. 47 BV.²⁰⁴ Auch dürfte der nicht eindeutig zu bestimmende Gehalt von Art. 47 Abs. 1 BV eine Verpflichtung des Bundes zur Rücksichtnahme auf die Kantone bei der Ausübung der Gesetzgebungskompetenz umfassen.²⁰⁵ Die Organisationsautonomie der Kantone erstreckt sich auf die verfahrensrechtliche Organisation der kantonalen Organe, insbesondere auf die Regelung des Verfahrens der Verfassungs- und

²⁰³ Zur fragmentarischen Ausgestaltung einer zu schaffenden Bundeskompetenz siehe oben D. II.

²⁰⁴ BELSER/MASSÜGER, in: BSK-BV, Art. 47 N. 9; BIAGGINI, BV, Art. 47 N. 4; JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 12 N. 10.

²⁰⁵ EGLI, in: SG-Komm., Art. 47 N. 7, 9.

Gesetzgebung sowie des Verwaltungsverfahrens.²⁰⁶ Die Finanzautonomie nimmt Bezug auf die Spezialbestimmungen zur Finanzierung durch Steuern (Art. 128 BV) und den Finanzausgleich (Art. 135 BV).²⁰⁷

Eingriffe in die kantonale Organisationsautonomie sind nur zulässig, wenn sie für die Sicherstellung einer richtigen und rechtzeitigen Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone notwendig und verhältnismässig sind.²⁰⁸ Dies setzt eine Abwägung zwischen der Verpflichtung des Bundes, für eine adäquate Aufgabenerfüllung zu sorgen, einerseits und der Organisations- und Verfahrenshoheit der Kantone andererseits voraus. Das Ziel müsste daher darin bestehen, die Bundeskompetenz so zu formulieren, dass die durch Bundesgesetz zu regelnden Themen im Rahmen der potenziell ausufernden Materie der Digitalisierung der Verwaltung eindeutig bestimmt werden können, um die Rechtsetzungsautonomie der Kantone in der Verwaltungsorganisation und im Verwaltungsverfahren zu schützen. Die fragmentarische Kompetenz könnte zu diesem Zweck auf die Art und Weise der Datenverarbeitung und Datenübermittlung abstellen. Materielle Pflichten bestimmter Gemeinwesen oder Personen zur Datenverarbeitung und Datenübermittlung könnten demgegenüber ausdrücklich ausgeschlossen werden. Bei der Leistungserbringung von IKT durch Bund könnte die Kompetenz auf allgemeine im Gegensatz zu fachspezifischen Anwendungen begrenzt werden.

Die normative Kraft der als Zielnormen zu charakterisierenden Bestimmungen in Art. 47 BV ist jedoch als gering einzustufen.²⁰⁹ So soll die Wahrung der Eigenständigkeit der Kantone lediglich Grundsatzcharakter aufweisen und sich daher durch einen hohen Abstraktionsgrad sowie eine fehlende Subsumtionsfähigkeit auszeichnen.²¹⁰ Zudem kommen dem Gesetzgeber bei der Konkretisierung der Eigenständigkeit grosse Spielräume zu.

Da die Steuerungskraft des Art. 47 BV gegenüber dem Parlament bei der Ausübung einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes folglich sehr schwach ausgeprägt ist, würde es sich im Interesse der Wahrung der Eigenständigkeit der Kantone empfehlen, auf dem spezifischen Gebiet der Digitalisierung der Verwaltung die einschlägige Kompetenzbestimmung eng zu umschreiben. Dies entspräche einer Ausgestaltung als fragmentarische Bundeskompetenz.²¹¹ Dabei bleibt die Bundeskompetenz auf Teilaspekte eines grösseren Regelungsthemas beschränkt.²¹² Sie erfasst nur Ausschnitte aus einem Lebens- oder Sachbereich.²¹³ Vermieden werden müsste hingegen, im Gegensatz zum Zivilverfahrensrecht (Art. 122 Abs. 1 BV) und zum Strafverfahrensrecht (Art. 123 Abs. 1 BV), eine umfassende Kompetenz für die Regelung des gesamten Verwaltungsverfahrensrechts. Durch die Ausgestaltung als fragmentarische Kompetenz könnte – bei aller Unschärfe dieser Kategorie²¹⁴ – sichergestellt werden, dass der Regelungsbereich der Verwaltung insgesamt einschliesslich des Verwaltungsverfahrens, der in

²⁰⁶ EGLI, in: SG-Komm., Art. 47 N. 20.

²⁰⁷ EGLI, in: SG-Komm., Art. 47 N. 24 f.

²⁰⁸ BGE 128 I 254 E. 3.8.2 S. 265.

²⁰⁹ JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 12 N. 10.

²¹⁰ EGLI, in: SG-Komm., Art. 47 N. 10.

²¹¹ Siehe dazu oben D. II.

²¹² BIAGGINI, BV, Vorbem. Art. 42-135 N. 12.

²¹³ JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 12 N. 22; TSCHANNEN, § 20 N. 41.

²¹⁴ Dazu BIAGGINI, in: BSK-BV, Art. 3 N. 58.

die Organisationshoheit der Kantone fällt, nicht der Gefahr einer Aushöhlung durch einen extensiven Gebrauch der Gesetzgebungskompetenz durch den Bund ausgesetzt wird.

Für eine präzise Umschreibung der Bundeskompetenz spricht auch, dass die Einhaltung der ohnehin vagen Grundsätze in Art. 47 BV gemäss Art. 189 Abs. 4 und Art. 190 BV einer Überprüfung durch das Bundesgericht nicht zugänglich ist.²¹⁵ Der Schutz der verbleibenden kantonalen Gesetzgebungskompetenzen kann folglich nicht der Rechtsprechung überlassen werden. Mangels Verwerfungsbefugnis in Bezug auf Bundesgesetze wäre diese an der nachträglichen Korrektur einer zu weitreichenden Wahrnehmung der Gesetzgebungskompetenz durch den Bund gehindert.

Als Regelungsvorbild für eine eng umschriebene fragmentarische Bundeskompetenz könnte in methodischer Hinsicht Art. 118 Abs. 2 BV²¹⁶ dienen. Dort werden auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes, der weitgehend in die Kompetenz der Kantone fällt, einzelne Sachbereiche umschrieben, für die der Bund ausnahmsweise zuständig ist. Dementsprechend wäre die Kompetenz des Bundes so auszugestalten, dass er im Bereich der digitalen Verwaltung Vorschriften erlassen darf, um die gegenseitige Anschlussfähigkeit der eingesetzten IKT zwischen Bund und Kantonen einerseits sowie der Kantone untereinander andererseits sicherzustellen.

Mit Blick auf den Umfang der durch die Vereinheitlichung der Vorgaben für die digitale Verwaltung entstehenden Kosten ist grundsätzlich davon auszugehen, dass den Kantonen im Sinne von Art. 47 Abs. 2 Satz 2 BV die notwendigen finanziellen Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe zur Verfügung stehen und der Bund nicht eigens deswegen neue Finanzierungsquellen erschliessen müsste. Es stellt sich aber vor dem Hintergrund des Grundsatzes fiskalischer Äquivalenz die Frage, ob den Kantonen zusätzliche Finanzmittel zur Verfügung zu stellen wären.²¹⁷

Antwort auf Frage 3. d.:

Damit der Bund bei der Gesetzgebung im Bereich der digitalen Verwaltung gemäss Art. 47 BV die Eigenständigkeit der Kantone wahrt, deren Organisationsautonomie beachtet und dazu beiträgt, dass diese über die notwendigen finanziellen Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben verfügen, wäre die Kompetenz des Bundes fragmentarisch auszugestalten und möglichst eng zu umschreiben.

V. Wahrung der fiskalischen Äquivalenz im Bereich der digitalen Verwaltung

Frage 3. e.:

«Wie wäre die Finanzierung der Umsetzung von verbindlichen Vorgaben des Bundes für die digitale Verwaltung von Kantonen und Gemeinden zu gestalten, damit die fiskalische Äquivalenz (Art. 43a Abs. 2 und 3 BV) gewahrt wird?»

²¹⁵ Ausführlich zu diesem Argument BELSER/MASSÜGER, in: BSK-BV, Art. 47 N. 12.

²¹⁶ Zum fragmentarischen Charakter der Kompetenz POLEDNA, in: SG-Komm., Art. 118 N. 7.

²¹⁷ Siehe dazu unten D. V.

Gemäss Art. 43a Abs. 2 BV trägt auf der einen Seite das Gemeinwesen, in dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt, deren Kosten. Auf der anderen Seite kann das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, über diese Leistung bestimmen. In den beiden Bestimmungen kommt jeweils ein Teilgrundsatz des Prinzips fiskalischer Äquivalenz zum Ausdruck.²¹⁸ Nach dem Prinzip der fiskalischen Äquivalenz muss sich im Rahmen einer staatlichen Aufgabe der Kreis der Nutzniesser mit demjenigen der Kostenträger und der Entscheidungsträger decken, damit unerwünschte externe Effekte vermieden werden.²¹⁹

Die rechtliche Tragweite der in Art. 43a BV enthaltenen Grundsätze ist sehr begrenzt.²²⁰ Zudem stellt sich hinsichtlich der Grundsätze in Art. 43a BV das Problem mangelnder nachträglicher Kontrolle durch das Bundesgericht.²²¹ Die Bestimmung wird insgesamt als nicht justizierbar eingestuft.²²² Es handelt sich daher nach verbreiteter Auffassung «um blosse föderalismuspolitische Maximen [...], aus denen sich keine handfesten rechtlichen Folgerungen ziehen lassen».²²³ Die Einhaltung des Prinzips fiskalischer Äquivalenz hängt somit letztlich von politischen Willen des Bundesgesetzgebers ab.²²⁴ Umso mehr ist deshalb präventiv auf möglichst präzise Grenzen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu achten.²²⁵

Die BV sieht keine spezifische Kompetenzkategorie für Sachbereiche mit besonders starker Verflechtung von Bund und Kantonen in Form gemeinsam zu erfüllender und folglich auch gemeinsam zu finanzierender «Gemeinschaftsaufgaben» vor.²²⁶ Die Kantone sind vielmehr verpflichtet, das Bundesrecht umzusetzen (Art. 46 Abs. 1 BV). Daraus folgt, dass sie auch die bei der Umsetzung anfallenden Kosten zu tragen haben und ihnen grundsätzlich kein Anspruch auf Abgeltung gegenüber dem Bund zusteht.²²⁷ Die Pflicht der Kantone zur Umsetzung des Bundesrechts zieht somit grundsätzlich die Pflicht zur Kostentragung nach sich, sofern das zu vollziehende Gesetz nicht spezifische Abgeltungen vorsieht.²²⁸ Hierdurch können unter Umständen Abweichungen zu den Leitlinien fiskalischer Äquivalenz (Art. 43a Abs. 2 und 3 BV) auftreten. In einzelnen Regelungsbereichen gelangen gemeinsame Finanzierungsformen zur Anwendung.²²⁹

Eine besonders enge Verzahnung ist bei der vom Bund geregelten direkten Bundessteuer vorgesehen. Die Kantone erhalten für die Veranlagung und Einziehung der direkten Bundessteuer einen bestimmten Anteil am Rohertrag (vgl. Art. 128 Abs. 4 BV). Auch in den Bereichen Bildung, Forschung und Kultur, in denen die Kompetenzen von Bund und Kantonen stark miteinander verschränkt sind, finden sich weitere spezifische Tatbestände, wonach der Bund die

²¹⁸ BIAGGINI, BV, Art. 43a N. 6; SCHWEIZER/MÜLLER, in: SG-Komm., Art. 43a N. 4.

²¹⁹ SCHWEIZER/MÜLLER, in: SG-Komm., Art. 43a N. 14.

²²⁰ BIAGGINI, BV, Art. 43a N. 2; TSCHANNEN, § 19 N. 8a.

²²¹ JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 12 N. 11.

²²² BIAGGINI, in: BSK-BV, Art. 43a N. 5.

²²³ BIAGGINI, in: BSK-BV, Art. 43a N. 8.

²²⁴ SCHWEIZER/MÜLLER, in: SG-Komm., Art. 43a N. 13.

²²⁵ Siehe dazu oben D. IV.

²²⁶ Vgl. BIAGGINI, BV, Vorbem. Art. 42-135 N. 11, 21; WALDMANN, VdCH, III.8 N. 31.

²²⁷ WALDMANN/BORTER, in: BSK-BV, Art. 46 N. 24.

²²⁸ TSCHANNEN, § 16 N. 12.

²²⁹ SCHWEIZER/MÜLLER, in: SG-Komm., Vorbemerkungen zu Art. 42-135 N. 19. Siehe auch unten E. II.

Kantone zu einem bestimmten Zweck finanziell unterstützt.²³⁰ Insoweit wird von Unterstützungs- und Förderungskompetenzen des Bundes gesprochen.²³¹ Gemäss Art. 63a Abs. 2 BV unterstützt der Bund die kantonalen Hochschulen. Der Bund kann den Kantonen Beiträge an ihre Aufwendungen für Ausbildungsbeiträge an Studierende gewähren (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BV). Auch unterstützt der Bund die mehrsprachigen Kantone bei der Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben (Art. 70 Abs. 4 BV). Wie sich aus der gesetzlichen Konkretisierung in Art. 21 Abs. 1 SpG²³² ergibt, handelt es sich bei der Unterstützung um Finanzhilfen. Diese dienen unter anderem der Schaffung geeigneter Voraussetzungen und Hilfsmittel für die mehrsprachige Arbeit in der kantonalen Verwaltung (Art. 21 Abs. 3 lit. a SpG).

Bund und Kantone können gemäss Art. 46 Abs. 2 BV miteinander vereinbaren, dass die Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht bestimmte Ziele erreichen und zu diesem Zweck Programme ausführen, die der Bund finanziell unterstützt. Die Programmvereinbarung ist als Instrument vor allem für Aufgabenbereiche gedacht, für deren Erfüllung Bund und Kantone gemeinsam die finanzielle Verantwortung tragen.²³³ Der Bund kann den Kantonen darüber hinaus Finanzhilfen gewähren, die der Milderung oder dem Ausgleich von finanziellen Lasten dienen, die sich aus der Erfüllung einer bundesrechtlich vorgeschriebenen Aufgabe ergeben.²³⁴

Im Ausgangspunkt sind die für die Standardisierung beziehungsweise die Vereinheitlichung der gesamten digitalen Verwaltungslandschaft in der Schweiz entstehenden Kosten durch die jeweiligen Verwaltungsträger zu übernehmen. Während der Bund also die für die Bundesverwaltung anfallenden Kosten zu tragen hätte, müssten die Kantone die in den kantonalen Verwaltungen anfallenden Kosten finanzieren. Für die Gemeinden müssten die Kantone jeweils eine Regelung treffen. Die Zuordnung von Kosten und Nutzen der Digitalisierung der Verwaltung mit Blick auf das Prinzip fiskalischer Äquivalenz dürfte sich als äusserst komplex erweisen. Es ist schwierig zu beurteilen, inwieweit den nicht unerheblichen Kosten sowohl auf Seiten der Kantone und Gemeinden als auch auf Seiten des Bundes ein entsprechender Nutzen gegenüberstünde. Immerhin dürfte der gerade durch die Vereinheitlichung der Vorgaben für die digitale Verwaltung bewirkte Nutzen eher auf Bundesebene anfallen, da die Kantone bereits mehr oder weniger über autonome Digitalisierungslösungen verfügen. Auch unter den Kantonen dürfte die Zuordnung von Kosten und Nutzen nur schon wegen der unterschiedlichen Grösse und den bereits vorhandenen Lösungen kaum möglich sein. Insgesamt dürfte der gesamtstaatliche Nutzen im Hinblick auf die jeweilige Staatsebene und hinsichtlich der einzelnen Kantone nur schwer zu beziffern sein.

Aus dem Grundsatz fiskalischer Äquivalenz dürften sich daher ungeachtet der mangelnden Justiziabilität von Art. 43a Abs. 2 und 3 BV kaum Leitlinien für den Bundesgesetzgeber betreffend allfällige Regelungen zur Kostentragung ergeben. Wenn die gesetzliche Einräumung von

²³⁰ Vgl. dazu auch WALDMANN, VdCH, III.8 N. 27.

²³¹ JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 12 N. 26.

²³² Bundesgesetz über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachengesetz, SpG; SR 441.1).

²³³ EGLI, in: SG-Komm., Art. 46 N. 22.

²³⁴ AUER, N. 1276.

Abgeltungen oder Zuschüssen an die Kantone zwecks vereinheitlichter Digitalisierung der Verwaltung nicht dem politischen Prozess überlassen werden soll, müsste daher bereits bei der Schaffung der Bundeskompetenz an die Verankerung von Massgaben an den Bundesgesetzgeber gedacht werden, wonach die Kantone in diesem Zusammenhang finanzielle Abgeltungen erhalten sollten. Möglicherweise wäre es zu empfehlen, bereits auf Verfassungsstufe Kriterien zu formulieren, anhand derer die Abgeltungen zu bemessen wären. So dürften die Kosten für einwohnerschwache Kantone vergleichsweise höher sein als für einwohnerstarke Kantone, da letztere stärker von Grössenvorteilen profitieren.

Antwort auf Frage 3. e.:

Um die fiskalische Äquivalenz (Art. 43a Abs. 2 und 3 BV) zu wahren, könnte die Finanzierung der Umsetzung von verbindlichen Vorgaben des Bundes für die digitale Verwaltung von Kantonen und Gemeinden in Abweichung von der Grundregel gemäss Art. 46 Abs. 1 BV, wonach die Kantone die Kosten für den Vollzug des Bundesrechts tragen, bereits auf Verfassungsstufe dahingehend konkretisiert werden, dass der Bund die Kantone finanziell unterstützt.

VI. Vor- und Nachteile einer Zentralisierung beim Bund

Frage 3. f.:

«Welche Vor- und Nachteile würde eine «Bundeslösung» (Zentralisierung) im Vergleich zu den Varianten 2 und 3 bieten?»

Mit Blick auf eine Bundeslösung einerseits und die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung durch Bund und Kantone in Gestalt der Varianten 2 und 3 andererseits, kommen die allgemeinen Vor- und Nachteile dieser Konzeptionen zur Geltung. Die interkantonale Aufgabenwahrnehmung ist autonomieschonender, aber auch exekutivlastiger und schwerfälliger als eine Zentralisierung beim Bund.²³⁵ Kooperativer Föderalismus unter Einbezug des Bundes hat erst recht Exekutivföderalismus zur Folge, da die Regierungen von Bund und Kantonen im Netzwerk zwischen den bundesstaatlichen Ebenen agieren, insbesondere wenn sie rechtsetzende Erlasse verabschieden.²³⁶ Gerade aus der Perspektive jedes einzelnen Kantons ist die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung durch Bund und Kantone im Vergleich zu einer reinen Bundeslösung ambivalent. Es lässt sich jeweils nicht von vornherein abschätzen, in welchem Rahmen die eigene Gestaltungsautonomie letztlich stärker leidet. Die Verlagerung hoheitlicher Befugnisse auf interkantonale Institutionen ist somit stets mit gewissen Demokratiedefiziten und Kontrollverlusten seitens der Kantone verbunden.²³⁷ Gemeinsame Organe von Bund und Kan-

²³⁵ WALDMANN, VdCH, III.12 N. 18. Siehe auch JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 14 N. 17, 19.

²³⁶ EHRENZELLER, VdCH, VIII.6 N. 23.

²³⁷ WALDMANN, VdCH, III.8 N. 23.

tonen mit Rechtsetzungsbefugnissen treten zudem gleichsam in Konkurrenz zur Bundesversammlung.²³⁸ Mit Blick auf den Hochschulbereich werden die unklare Zuordnung und Verantwortlichkeiten der «tagsatzungsartig» anmutenden Gremien kritisiert.²³⁹

Eine Bundesregelung anstelle einer interkantonalen Regelung hätte unter demokratischen und rechtsstaatlichen Gesichtspunkten den Vorteil einer Kanalisierung im Verfahren der Bundesgesetzgebung. Dadurch würde das demokratische Willensbildungsverfahren gestärkt, die Transparenz wäre höher und die Rechtsgrundlage wäre einfacher änderbar.²⁴⁰ Eine Zentralisierung auf der Bundesebene hätte aber aus Sicht der Kantone den Nachteil, dass sie in einem für ihre Eigenständigkeit so wichtigen Bereich wie der Verwaltungsorganisation jedenfalls in Bezug auf die Digitalisierung erheblich an politischem Einfluss verlieren würden. Die digitale Transformation wirkt sich zudem auf die zugrundeliegenden Prozesse und Abläufe der kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden aus, wodurch die Organisationsautonomie erheblich beschnitten werden könnte. So umfasst die Digitalisierung der Verwaltung in einem weiteren Sinn die Umwandlung analoger Abläufe in digitale Leistungen, verbunden mit einer Anpassung der zugrundeliegenden Verwaltungsprozesse und der Einführung neuer Organisationsmodelle.²⁴¹ Bei einer Zentralisierung auf Bundesebene könnten die Kantone die Rechtsetzung im Bereich der Digitalisierung der Verwaltung nicht mehr aktiv mitgestalten. Das kumulierte Fachwissen seitens der Kantonsverwaltungen könnte nur mittelbar über das Vernehmlassungsverfahren oder im Wege der parlamentarischen Beratungen beziehungsweise durch gesondert einzusetzende Beratungsorgane in die Rechtsetzung einfließen.

Die Rechtsetzung durch gemeinsame Organe von Bund und Kantonen erweist sich immer dann als Handlungsalternative, wenn die interkantonale Zusammenarbeit ungenügende Resultate hervorbringt, aber eine Bundeszuständigkeit aus föderalistischen Gründen nicht in Frage kommt.²⁴² Als problematisch angesehen wird die gemeinsame Erfüllung von Aufgaben durch Bund und Kantone gemeinsam vor allem dann, wenn dem Bund eine bedingte subsidiäre Kompetenz zugesprochen wird, um Druck auf die Kantone auszuüben, falls die Koordination zwischen diesen nicht zustande kommt.²⁴³ So ist in Art. 63a Abs. 5 Satz 1 BV vorgesehen, dass der Bund Vorschriften über die Studienstufen und deren Übergänge, über die Weiterbildung und über die Anerkennung von Institutionen und Abschlüssen erlässt, wenn Bund und Kantone auf dem Weg der Koordination die gemeinsamen Ziele nicht erreichen. Eine ähnliche Wirkung wird erzielt, wenn der Bund in einem Sachbereich gemäss Art. 48a BV auf Antrag interessierter Kantone die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit beziehungsweise die Verpflichtung einzelner Kantone zum Beitritt zu einem interkantonalen Vertrag anordnen kann. Diese Instrumente können als Alternative zur Rechtsvereinheitlichung durch den Bund dienen, sind aber aus demokratisch-rechtsstaatlicher Sicht mit erheblichen Einbussen behaftet.²⁴⁴ Es handelt sich dabei um Formen der «Zwangskooperation».²⁴⁵

²³⁸ Kritisch daher BIAGGINI, ZBl 111/2010, S. 1, 36.

²³⁹ BIAGGINI, ZBl 111/2010, S. 1, 37.

²⁴⁰ Dazu ABDERHALDEN, LeGes 2006/1, S. 9, 17.

²⁴¹ BOGUMIL/KUHLMANN, Die Verwaltung 54 (2021), S. 105.

²⁴² EHRENZELLER/REISNER, ZSR 127 (2008) I, S. 229, 250.

²⁴³ BIAGGINI, ZBl 109/2008, S. 345, 377; SCHWEIZER, VdCH, III.7 N. 16.

²⁴⁴ WALDMANN, VdCH, III.8 N. 13.

²⁴⁵ BRÜHL-MOSER, § 99 N. 102.

Würde beim Erlass der Verfassungsbestimmung zur Einräumung von Rechtsetzungsbefugnissen an ein gemeinsames Organ von Bund und Kantonen im Bereich der digitalen Verwaltung auf subsidiäre Druckmittel zugunsten des Bundes verzichtet, könnte ein gewichtiger Einwand gegen die gemeinsame Rechtsetzung von Bund und Kantonen entkräftet werden. Ausserdem gewährleisten die Anforderungen in Art. 48 Abs. 4 BV an die Rechtsetzung in den Kantonen ein gewisses Mass an demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Einrahmung. Die Beratung in den kantonalen Parlamenten und die Möglichkeit der Ergreifung des fakultativen Referendums erlauben einen demokratischen Willensbildungsprozess, der kaum hinter dem sonstigen Legitimationsniveau zurückbleibt. Auch die rechtsstaatlich erforderliche Bestimmtheit trägt zu einer transparenten Diskussion bei. Schliesslich sichert der dauerhafte Einbezug der Parlamente die demokratische Mitwirkung in die Zukunft gerichtet. Bei konsequenter Einhaltung der Vorgaben von Art. 48 Abs. 4 BV werden die theoretischen Schwächen der gemeinsamen Rechtsetzung von Bund und Kantonen jedenfalls erheblich gemildert. Das demokratische Legitimationsniveau nähert sich der Gesetzgebung in den einzelnen Kantonen an. Letztlich ist jedoch aus der Perspektive jedes einzelnen Kantons, insbesondere seitens der Stimmberechtigten und der Parlamente, mit der Zentralisierung in Form gemeinsamer Organe von Bund und Kantonen ein Verlust an autonomer Gestaltungsmöglichkeit verbunden. Ob dieser durch den mit dem spezifischen Verfahren der Harmonisierung verbundenen Gewinn aufgewogen wird, muss jeder Kanton aus verfassungspolitischer Sicht beurteilen.

Antwort auf Frage 3. f.:

Sowohl die Zentralisierung beim Bund als auch die gemeinsame Rechtsetzung durch Bund und Kantone weisen Vor- und Nachteile auf. Die Zentralisierung beim Bund bewirkt als wichtigsten Vorteil die transparente parlamentarische Entscheidungsfindung mit Referendumsmöglichkeit. Der Nachteil liegt im Verlust des politischen Einflusses seitens der Kantone. Spiegelbildlich erlaubt die gemeinsame Rechtsetzung als Vorteil den Kantonen die massgebliche Mitgestaltung in einem für ihre Organisationsautonomie so bedeutsamen Bereich wie der Digitalisierung der Verwaltung. Der hiermit verbundene demokratische Nachteil liegt in der Dominanz der Kantonsregierungen zulasten der Parlamente und Stimmberechtigten. Durch den Verzicht auf die Einräumung verfassungsrechtlicher Druckmittel zugunsten des Bundes kann jedoch ein besonders gewichtiger Einwand gegen die gemeinsame Rechtsetzung entkräftet werden. Zudem sichert die Einhaltung von Art. 48 Abs. 4 BV die demokratische Mitwirkung auf kantonomer Ebene. Letztlich handelt es sich um eine verfassungspolitische Beurteilung, die durch jeden Kanton vorzunehmen ist.

E. Zusatzfragen

I. Gemeinsame Datenbewirtschaftung und -nutzung durch Bund und Kantone

In Bezug auf die gemeinsame Bewirtschaftung und Nutzung von Adressdaten und Unternehmensstammdaten durch Bund und Kantone stellen sich Fragen der Gesetzgebungskompetenzen (dazu 1.) und der Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 13 Abs. 2 BV (dazu 2.).

Zusatzfrage 4.:

«Unter welchen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen können Bund und Kantone Adressdaten und Unternehmensstammdaten gemeinsam bewirtschaften und nutzen, so dass eine Erfassung dieser Daten für alle föderalen Ebenen nur einmal erfolgen muss?»

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Art. 65 Abs. 2 BV verleiht dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über die Harmonisierung und Führung amtlicher Register, um den Erhebungsaufwand möglichst gering zu halten. Die Kompetenzbestimmung dient der Erschliessung von Daten in vorhandenen Registern zum Zweck statistischer Erhebungen.²⁴⁶ Da der Bund in Bezug auf Register, die das Bundesrecht vorsieht, bereits aufgrund der jeweiligen Sachkompetenzen Regelungen zu den betreffenden Registern beispielsweise im Strafrecht und im Ausländerrecht erlassen kann, hat die Kompetenz vor allem Bedeutung für den Erlass von Bestimmungen über die kantonalen und kommunalen Register.²⁴⁷ Die mit der Registerharmonisierung einhergehende Schmälerung der kantonalen Organisationsautonomie findet in der Vorschrift eine bundesverfassungsrechtliche Rechtfertigung.²⁴⁸

Die Kompetenz ist am Ziel der Rationalisierung der Datenerhebung durch Rückgriffe auf bereits vorhandene Verwaltungsdaten ausgerichtet.²⁴⁹ Zur Vereinheitlichung der Register und zur Standardisierung der Datenqualität kann der Bund Vorschriften über den Inhalt der Register (Pflicht zur Führung gleicher Identifikatoren und Merkmale, Gebot der Vollständigkeit der Daten usw.) erlassen.²⁵⁰ Da die Reichweite im Wesentlichen durch ein Ziel, nämlich die Rationalisierung der Datenerhebung, definiert wird, sind – so heisst es in der Literatur – «die Kompetenzgrenzen nicht leicht zu ermitteln»²⁵¹.

²⁴⁶ Bundesrat, BBl 2005 427 484.

²⁴⁷ SCHOTT, in: SG-Komm., Art. 65 N. 18 f.

²⁴⁸ BIAGGINI, BV, Art. 65 N. 8.

²⁴⁹ BIAGGINI, BV, Art. 65 N. 7; HÄNNI, in: BSK-BV, Art. 65 N. 9.

²⁵⁰ Bundesrat, BBl 2005 427 484.

²⁵¹ BIAGGINI, BV, Art. 65 N. 7.

Der Bund hat die Kompetenz mit dem Erlass des RHG²⁵² in Anspruch genommen.²⁵³ Dessen Zweck liegt unter anderem in der Vereinfachung des gesetzlich vorgesehenen Austauschs von Personendaten zwischen den Registern (Art. 1 Abs. 1 lit. b RHG). Das Gesetz bestimmt die Identifikatoren und Merkmale, die in den Registern zu führen sind (Art. 1 Abs. 2 lit. a RHG). Die Regelungen erfassen bereits heute die kantonalen und kommunalen Einwohnerregister und Stimmregister (Art. 2 Abs. 2 RHG). Als Identifikatoren bestehen für natürliche Personen die Versichertennummer (Art. 50c AHVG)²⁵⁴ und für Unternehmen die einheitliche Unternehmens-Identifikationsnummer (UID) (Art. 1 UIDG)²⁵⁵. In Umsetzung des RHG haben die Kantone durchgängig besondere gesetzliche Grundlagen geschaffen oder bestehende Rechtsgrundlagen revidiert.²⁵⁶ In Bezug auf elektronische Verwaltungsverfahren besteht wohl darüber hinaus gesetzlicher Regelungsbedarf, insbesondere inwiefern die Identifikation einer Person erfolgen kann.²⁵⁷

Für die Errichtung der bestehenden Register verfügen Bund und Kantone jeweils über die Gesetzgebungszuständigkeit.²⁵⁸ Da bei einer gemeinsamen Nutzung der Daten von Bund und Kantonen auf jeweils bereits erhobene und in Registern enthaltene Daten zurückgegriffen würde, könnte eine gemeinsame Nutzung und Bewirtschaftung der Daten auf der Grundlage einer Zusammenschau der bestehenden Kompetenzen erfolgen. Auch wenn die Kompetenzverteilung in Bezug auf das Verwaltungsorganisations- und das Verwaltungsverfahrenrecht nicht deckungsgleich ist, sondern in einigen Bereichen die Kompetenzen des Bundes und in der Mehrzahl der Bereiche die Kompetenzen der Kantone weiterreichen als die Registerharmonisierungskompetenz des Bundes aus Art. 65 Abs. 2 BV, ergibt sich bei einer gemeinsamen Kompetenzausübung jeweils eine lückenlose Zuständigkeit zugunsten der gemeinsamen Organe. Die Zuständigkeit der gemeinsamen Organe ist wiederum in der spezifischen Verfassungsgrundlage einzugrenzen. Die gesonderte Registerharmonisierungskompetenz bedarf insoweit keiner Arrondierung mit den auf die Verwaltung bezogenen Kompetenzen. Anders verhielte es sich jedoch, wenn dem Bund eine Kompetenz zur Digitalisierung der Verwaltung übertragen werden sollte. Sollte sich diese auch auf das Registerwesen erstrecken, müsste die speziellere Kompetenznorm in Art. 65 Abs. 2 BV hieran angeglichen werden.

Bei der gemeinsamen Nutzung und Bewirtschaftung der Daten durch Bund und Kantone darf mittelbar die vereinheitlichende Wirkung der auf der Grundlage von Art. 65 Abs. 2 BV harmonisierten Register zugunsten der Digitalisierung der Verwaltung ausgeschöpft werden, auch wenn die Vereinheitlichung vom Bund ursprünglich und in erster Linie zu rein statistischen Zwecken angeordnet wurde. Der Bund darf ausserdem weitere Vorgaben in Form bestimmter Standards für bereits auf anderer Rechtsgrundlage bestehende Register in Ausübung der jeweils einschlägigen Kompetenz, wie beispielsweise für das Zivilprozessrecht (Art. 122 Abs. 1

²⁵² Bundesgesetz über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (Registerharmonisierungsgesetz, RHG; SR 431.02).

²⁵³ Vgl. MARTI, ZBI 120/2019, S. 591, 597.

²⁵⁴ Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10).

²⁵⁵ Bundesgesetz über die Unternehmens-Identifikationsnummer (UIDG; SR 431.03)

²⁵⁶ Im Einzelnen dazu MARTI, ZBI 120/2019, S. 591, 600.

²⁵⁷ In diese Richtung MARTI, ZBI 120/2019, S. 591, 610.

²⁵⁸ Vgl. Bundesrat, BBl 2005 427 485 f.

ZPO), erlassen. In diesem Zusammenhang könnte der Bund Regelungen zur Nutzung von Daten zu anderen Zwecken als zur statistischen Verwendung erlassen. Eine Kompetenz des Bundes zur Schaffung von Infrastruktur zur Benützung durch alle Gemeinwesen einschliesslich der diesbezüglichen Regelungen lässt sich aus der Vorschrift jedoch nicht ableiten. Nicht vermeiden liesse sich allerdings wohl in einzelnen Bereichen, dass der Bund ohne Mitwirkung der Kantone eigenständig auf gesonderter Kompetenzgrundlage erhobene Daten in die Verwendung durch die gemeinsamen Organe einspeisen würde. Die Kompetenzbestimmungen in der BV dienen jedoch nicht dem Schutz des Bundes, sondern lediglich demjenigen der Kantone.

Diese zweckorientierte Auslegung der Gesetzgebungskompetenz lässt sich mit der ebenfalls in Art. 65 Abs. 2 BV angelegten Vermeidung der mehrfachen Erhebung von Daten begründen. Daher könnte auch der derzeit in Art. 2 Abs. 2 RHG umschriebene Geltungsbereich auf weitere kantonale und kommunale Register ausgedehnt werden. An Grenzen stösst die Kompetenz des Bundes allerdings wiederum, soweit Daten von den Kantonen und Gemeinden noch nicht in Registern erfasst sind und der Bund eine Pflicht zur erstmaligen Erhebung anordnen würde. Art. 65 Abs. 2 BV ist wegen der Formulierung «amtlicher Register» auf gesetzlich vorgeschriebene Register gemünzt und kann nicht auf sämtliche unspezifische Datensammlungen, die nicht in einem amtlichen Register zu führen sind, ausgeweitet werden. Dies im Unterschied zu Art. 65 Abs. 1 BV, der für die Bundesebene darüber hinaus auch die *Erhebung* statistischer Daten vorsieht. Die für die gemeinsame Nutzung und Bewirtschaftung von Bund und Kantonen durch den Bund zu erlassenden Standards müssten sich demnach stets auf Register beziehen, die auf der Grundlage einer spezifischen Befugnisnorm errichtet und geführt werden. In diesem Rahmen kann die Standardisierung im Zusammenhang mit der Aufgabenwahrnehmung durch gemeinsame Organe von Bund und Kantonen auch für Zwecke der Digitalisierung der Verwaltung nutzbar gemacht werden, um künstliche Mehrfacherhebungen von in amtlichen Registern ohnehin enthaltenen Daten zu vermeiden.

2. Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

In materiell-rechtlicher Hinsicht stellt sich bei der gemeinsamen Bewirtschaftung und Nutzung von Adressdaten und Unternehmensstammdaten durch Bund und Kantone die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV). Gemäss Art. 13 Abs. 2 BV hat jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten. Dies gilt gerade auch in Anbetracht der komplexen Kompetenzverteilung für die Datennutzung und -bewirtschaftung durch gemeinsame Organe von Bund und Kantonen. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung erfüllt insoweit neben dem individuellen Rechtsschutz eine gerade in diesem verfassungsrechtlichen Kontext rechtsstaatlich bedeutsame Disziplinierungsfunktion.

Art. 13 BV schützt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die verschiedenste Aspekte umfassende Privatsphäre mit ihren spezifischen Bedrohungsformen.²⁵⁹ Gemäss Art. 13 Abs. 2 BV gehört dazu im Besonderen der Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten. Dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung garantiert, dass grundsätzlich ohne Rücksicht darauf,

²⁵⁹ Dazu und zum Folgenden BGE 146 I 11 E. 3.1.1 S. 13.

wie sensibel die fraglichen Informationen tatsächlich sind, jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet werden. Der Begriff des Bearbeitens umfasst aus datenschutzrechtlicher Sicht auch das Beschaffen und Aufbewahren von Personendaten.²⁶⁰

Schwere Eingriffe in Grundrechte bedürfen einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz.²⁶¹ Bei einem leichten Eingriff genügt ein Gesetz im materiellen Sinn.²⁶² Ob ein Eingriff in ein Grundrecht schwer ist, beurteilt sich nach objektiven Kriterien. Nicht entscheidend ist das subjektive Empfinden des Betroffenen.

Das Legalitätsprinzip verlangt zudem im Interesse der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze.²⁶³ Diese müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können. Das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen darf dabei nicht absolut verstanden werden.²⁶⁴ Der Gesetzgeber darf allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.

Die parallele, EDV-gestützte Verwendung der Registerdaten aus mehreren sensiblen Bereichen birgt aufgrund der technischen Möglichkeiten der Zusammenführung personenbezogener Informationen aus verschiedenen Datenbanken besondere Gefahren für die Betroffenen, weshalb ein genügendes gesetzgeberisches Schutzdispositiv zu erstellen ist, um den aus Art. 13 Abs. 2 BV fließenden Schutzpflichten im Bereich des Datenschutzes gerecht zu werden.²⁶⁵ Vor diesem Hintergrund ist die Bewirtschaftung und Nutzung von Adressdaten und Unternehmensstammdaten in einem formellen Gesetz zu regeln.²⁶⁶ Soweit sich für die Kantone Regelungsbedarf ergibt, kann die Normierung in dem interkantonalen Vertrag erfolgen, der insbesondere auch rechtsstaatlichen Anforderungen gemäss Art. 48 Abs. 4 lit. b BV zu genügen hat.

Antwort auf Zusatzfrage 4:

Der Bund besitzt die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften zur gemeinsamen Bewirtschaftung und Nutzung von Adressdaten und Unternehmensstammdaten, soweit er

²⁶⁰ BGE 144 I 126 E. 4.1 S. 131.

²⁶¹ BGE 146 I 11 E. 3.1.2 S. 14.

²⁶² Dazu und zum Folgenden BGE 144 I 126 E. 5.1 S. 134.

²⁶³ Dazu und zum Folgenden BGE 146 I 11 E. 3.1.2 S. 14.

²⁶⁴ Dazu und zum Folgenden BGE 144 I 126 E. 6.1 S. 138.

²⁶⁵ SCHOTT, in: SG-Komm., Art. 65 N. 21.

²⁶⁶ Näher dazu GLASER, ZSR 134 (2015) II, S. 259, 327 f.

über die Sachgesetzgebungskompetenz verfügt, und die Kantone besitzen die Gesetzgebungskompetenz entsprechend für die übrigen Bereiche. Bund und Kantone können daher die jeweils gesondert erhobenen Daten im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Verwaltung gemeinsam nutzen und bewirtschaften, auch wenn die Vereinheitlichung auf der Grundlage von Art. 65 Abs. 2 BV zum Zweck statistischer Erhebungen erfolgt ist. Insoweit darf der Bund zusätzliche Vorgaben erlassen. Die einschlägigen Bestimmungen betreffend die Digitalisierung der Verwaltung müssen wegen der damit verbundenen Einschränkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) mit hinreichender Bestimmtheit in einem formellen Gesetz erlassen werden.

II. Gemeinsame Finanzierung von Massnahmen durch Bund und Kantone

Vor dem Hintergrund paralleler Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Kantonen für den Bereich der Digitalisierung der Verwaltung²⁶⁷ stellt sich die Frage, inwieweit eine gemeinsame Finanzierung durch Bund und Kantone verfassungsrechtlich zulässig ist.

Zusatzfrage 5.:

«Unter welchen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen können Bund und Kantone gemeinsame Massnahmen im Bereich der Digitalisierung gemeinsam finanzieren?»

Die BV enthält keine allgemeinen Vorgaben für die gemeinsame Aufgabenfinanzierung durch Bund und Kantone. Ein Ziel der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) bestand vielmehr darin, die gemeinsame Wahrnehmung und Finanzierung staatlicher Aufgaben durch Bund und Kantone zu entflechten, indem Zuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen geklärt sowie Aufgabenbereiche und deren Finanzierung entweder der einen oder der anderen Staatsebene zugeordnet werden.²⁶⁸ Die verbleibenden Bereiche einer gemeinsamen Wahrnehmung wurden als «Verbundaufgaben» kategorisiert, ohne dass dieser Einordnung indes verfassungsrechtliche Bedeutung zukäme.²⁶⁹ Der Begriff soll daher im Folgenden auch nicht verwendet werden.

Kennzeichnend für das hiermit gemeinte Phänomen ist, dass die Verantwortung für die Finanzierung der Aufgabenerfüllung von Bund und Kantonen gemeinsam getragen wird.²⁷⁰ Erfasst werden Aufgabenbereiche, die von Bund und Kantonen gemeinsam wahrgenommen werden, weil eine Entflechtung der Finanzierung politisch nicht erwünscht ist.²⁷¹ Die Kantone sind auf dem Gebiet gemeinsam mit dem Bund wahrgenommener Aufgaben unter anderem auch für

²⁶⁷ Siehe dazu oben B. II. 1. a) aa).

²⁶⁸ BRÜHL-MOSER, § 99 N. 55, 65; SCHWEIZER/MÜLLER, in: SG-Komm., Vorbemerkungen zu Art. 42-135 N. 18.

²⁶⁹ BBl 2001 2291 2337.

²⁷⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1259.

²⁷¹ BRÜHL-MOSER, § 99 N. 66; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1146a.

die Umsetzung des Bundesrechts im Rahmen einer Bundesaufgabe zuständig.²⁷² In diesem Zusammenhang können Bund und Kantone miteinander vereinbaren, dass die Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht bestimmte Ziele erreichen und zu diesem Zweck Programme ausführen, die der Bund finanziell unterstützt (Art. 46 Abs. 2 BV).

Ungeachtet dessen obliegt es letztlich der politischen Entscheidung von Bund und Kantonen, ob und in welchem Umfang sie eine gemeinsame Finanzierung auf dem Gebiet der Digitalisierung vorsehen wollen. Eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung ist dabei ein Indiz für eine gemeinsame Finanzierung. Dies zeigt sich im Bereich der Hochschulen gemäss Art. 63a BV. So ist zunächst auf der Stufe der BV in Absatz 2 eine gemeinsame Finanzierung der kantonalen Hochschulen und weiterer vom Bund anerkannter Institutionen des Hochschulbereichs vorgesehen. Auf der Stufe des Gesetzes wird darüber hinaus bestimmt, dass der Bund zusammen mit den Kantonen sicherstellt, dass die öffentliche Hand für den Hochschulbereich ausreichende finanzielle Mittel für eine Lehre und Forschung von hoher Qualität bereitstellt (Art. 41 Abs. 1 HFKG).

Daneben existieren weitere Politikbereiche, die von Bund und Kantonen gemeinsam finanziert werden. So beteiligen sich die Kantone angemessen an der hauptsächlich vom Bund zu tragenden Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur (Art. 87a Abs. 1, Abs. 3 BV). Die Konkretisierung der Finanzierungsverantwortung erfolgt durch Gesetz (Art. 87a Abs. 3 Satz 2 BV). Eine Verankerung der gemeinsamen Finanzierung auf der Stufe der Verfassung wäre nicht erforderlich, eine Regelung einzig im Gesetz wäre ausreichend gewesen.²⁷³

Im Bereich der Digitalisierung der Verwaltung haben Bund und Kantone weitgehend freie Hand bei der Ausgestaltung der Finanzierungsmodalitäten. Da ohnehin eine verfassungsrechtliche Grundlage für die gemeinsame Rechtsetzung geschaffen werden muss,²⁷⁴ die dann weiterer Konkretisierungen auf der Gesetzesstufe beziehungsweise in einem interkantonalen Vertrag bedarf, bietet sich in diesem Zusammenhang eine Regelung der Grundsätze der gemeinsamen Finanzierung an.

Wie bei der sich derzeit in Gründung befindenden Organisation «Digitale Verwaltung Schweiz» könnte eine gemeinsame Finanzierung durch Bund und Kantone erfolgen, beispielsweise in Form eines Spezialfonds des Bundes («Digitalisierungsfonds»), der von den Kantonen unter Anwendung eines zu definierenden Verteilschlüssels mitgetragen würde.²⁷⁵ Ansatzpunkte für eine gesetzliche Regelung könnten sich in Ziff. 4.2 RV DVS finden. Danach tragen Bund und Kantone die Grundfinanzierung der DVS paritätisch. Der Kostenteiler für die einzelnen Kantone richtet sich nach der ständigen Wohnbevölkerung.

²⁷² BBl 2001 2291 2341.

²⁷³ Biagini, BV, Art. 87a N. 1.

²⁷⁴ Siehe oben B. II. 1. a) bb).

²⁷⁵ Vgl. EFD/KdK, Digitale Verwaltung Schweiz, Grundlagenbericht, S. 19, 28 ff.

Antwort auf Zusatzfrage 5:

Bund und Kantone können gemeinsam wahrgenommene Aufgaben grundsätzlich gemeinsam finanzieren. Die Modalitäten sind Gegenstand des politischen Aushandlungsprozesses. Da es für die gemeinsame Rechtsetzung spezifischer Grundlagen in BV, Gesetz und interkantonalem Vertrag bedarf, bietet sich in diesem Zusammenhang eine Regelung der Finanzierungsgrundsätze an.

F. Zusammenfassung und staatspolitische Würdigung

I. Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens

1. Eine von Bund und Kantonen zu gründende gemeinsame Organisation, die verbindliche Standards im Bereich der Digitalisierung der Verwaltung in der gesamten Schweiz erlässt (Variante 2 des Schlussberichts), benötigt eine ausdrückliche Grundlage in der Bundesverfassung. Auf der Bundesebene sind ausserdem konkretisierende Regelungen in Form eines Bundesgesetzes erforderlich.
2. Um den von der gemeinsamen Organisation erlassenen Standards Wirksamkeit im Verhältnis zu den kantonalen und kommunalen Behörden zu verleihen, sind drei gesonderte Rechtsgrundlagen zu erlassen. Erforderlich sind ein Bundesgesetz (vgl. 1.), eine interkantonale Vereinbarung und eine Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Bund und Kantonen.
3. Damit der gemeinsamen Organisation von Bund und Kantonen Normsetzungskompetenzen im Sinne der Variante 2 übertragen werden können, ergeben sich über den auf Seiten des Bundes bestehenden Rechtssetzungsbedarf auf Verfassungs- und Gesetzesstufe hinaus gemäss Art. 48 Abs. 4 BV weitere bundesverfassungsrechtliche Vorgaben für die von den Kantonen zu schliessende interkantonale Vereinbarung. Diese muss in jedem beitretenden Kanton zwingend mindestens dem fakultativen Referendum unterstehen sowie Zweck, Gegenstand und Reichweite der Zusammenarbeit von Bund und Kantonen hinreichend bestimmt umschreiben.
4. Die Schaffung einer gemeinsamen Organisation von Bund und Kantonen verursacht drei strukturelle verfassungsrechtliche Probleme, die einer Regelung zuzuführen sind. Zunächst muss die parlamentarische Oberaufsicht seitens von Bund und Kantonen sichergestellt werden. Zudem sind für allenfalls von der Normsetzung betroffene Privatpersonen gerichtlicher Rechtsschutz (Art. 29a BV) und ein Streitbeilegungsverfahren für Konflikte zwischen Bund und Kantonen sowie den Kantonen untereinander vorzusehen. Schliesslich ist die rechtliche Wirkung der von einer gemeinsamen Organisation zu erlassenden rechtsetzenden Bestimmungen zu klären.

5. In der Variante 3, bei der umfassendere Rechtsetzungskompetenzen der gemeinsamen Organisation von Bund und Kantonen, über die Standardsetzung hinaus für den gesamten Bereich der Digitalisierung der Verwaltung vorgesehen sind, ergeben sich keine grundlegenden Abweichungen im Vergleich zur Vorgehensweise bei Variante 2. Die Rechtsetzungskompetenzen sind in den erforderlichen Rechtsquellen aber entsprechend umfassender auszugestalten. Auf der Stufe der Bundesverfassung liesse sich die Grundlage für Variante 2 bereits so ausgestalten, dass hiervon auch Variante 3 abgedeckt wäre. Die Anpassungen könnten dann auf der Stufe des Gesetzes und des interkantonalen Vertrages erfolgen.

6. Die bestehenden Kompetenzen des Bundes sind nicht ausreichend, um im Bereich der digitalen Verwaltung für Bund, Kantone und Gemeinden verbindliche Vorgaben festzulegen. Der Bund verfügt zwar auf einigen für die Digitalisierung der Verwaltung wichtigen Gebieten über die Gesetzgebungskompetenz, die Zuständigkeit zur Regelung der kantonalen Verwaltungsorganisation und des kantonalen Verwaltungsverfahrens im Allgemeinen liegt jedoch bei den Kantonen.

7. Damit der Bund auf dem Gebiet der Digitalisierung der Verwaltung für alle Staatsebenen verbindliche Vorgaben erlassen könnte, müsste ihm die Gesetzgebungskompetenz für die Anwendung von IKT im Bereich der Verwaltung eingeräumt werden.

8. Bei der Standardfestlegung durch den Bundesgesetzgeber wären die Kantone grundsätzlich auf die allgemeinen Mitwirkungsverfahren bei der Willensbildung im Bund verwiesen. Im Vordergrund stünde dabei das Vernehmlassungsverfahren. Zusätzlich könnten in Verfassung und Gesetz Beratungsorgane zum frühzeitigen Einbezug der Kantone (und Gemeinden) und zur Koordination der Umsetzungsplanung eingerichtet werden. Politisch dürfte der Einfluss der Kantone im Bereich der Digitalisierung der Verwaltung aufgrund der Vollzugskompetenz hoch zu veranschlagen sein. Nicht auszuschliessen wäre aber, dass die Position der Kantone durch andere politische Argumente überlagert würde.

9. Um die Organisationsautonomie der Kantone zu schonen, wäre dem Bund für den Bereich der Anwendung von IKT im Bereich der Verwaltung lediglich eine sachlich eng umschriebene, fragmentarische Gesetzgebungskompetenz einzuräumen. Diese könnte von einer Förderkompetenz flankiert werden.

10. Die Finanzierung der Umsetzung der verbindlichen Vorgaben des Bundes wäre im Interesse der fiskalischen Äquivalenz so auszugestalten, dass die Kantone für die grundsätzlich von ihnen selbst zu tragenden Kosten des Verwaltungsvollzugs vom Bund entschädigt würden, sofern ihnen nicht ein entsprechender Nutzen entstünde. Die Zuordnung des konkreten Nutzens

infolge der Digitalisierung zwischen Bund und Kantonen einerseits sowie unter den Kantonen andererseits dürfte schwierig vorzunehmen sein.

11. Der Vorteil der Zentralisierung der Rechtsetzung beim Bund liegt in grösserer Transparenz und stärkerer demokratischer Mitwirkung der Stimmberechtigten. Spiegelbildlich geht mit einer gemeinsamen Rechtsetzung durch Bund und Kantone tendenziell eine Machtverlagerung auf die Exekutiven einher und der Willensbildungsprozess wird komplexer. Der Nachteil einer Bundeslösung liegt hingegen in einem politischen Einflussverlust seitens der Kantone. Dieser wiegt in einem Bereich ureigener kantonaler Organisationsautonomie wie der Verwaltung schwer. Bei der gemeinsamen Rechtsetzung durch Bund und Kantone könnten die Kantone jedenfalls gemeinsam oder in ihrer Mehrheit entscheidenden Einfluss auf die Rechtsetzung im Bereich der Digitalisierung der Verwaltung ausüben.

12. Bund und Kantone können Adressdaten und Unternehmensstammdaten bereits nach geltender Rechtslage grundsätzlich gemeinsam nutzen und bewirtschaften. Bund und Kantone verfügen diesbezüglich über die Gesetzgebungskompetenz, soweit sie für die Sachgesetzgebung zuständig sind. Gemeinsame Organe von Bund und Kantonen können von der auf der Grundlage von Art. 65 Abs. 2 BV durch das RHG vorgenommenen Vereinheitlichung zu statistischen Zwecken auch im Zusammenhang mit anderen Verwaltungsaufgaben profitieren, ohne dass dies ausdrücklich in der BV normiert werden müsste. Die gesetzlichen Grundlagen müssten allenfalls unter Berücksichtigung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) angepasst werden.

13. Bund und Kantone können gemeinsame Massnahmen auf dem Gebiet der Digitalisierung grundsätzlich gemeinsam finanzieren. Eine Regelung der Grundzüge des Verteilungsschlüssels bietet sich möglicherweise im Zusammenhang mit der Schaffung der Verfassungsgrundlage (vgl. 1.) an.

II. Verfassungspolitische Würdigung

Bezüglich der Digitalisierung der gesamten Verwaltung in der Schweiz von der Bundesverwaltung über die Kantonsverwaltungen bis hin zu den Gemeindeverwaltungen verstärkt sich die rechtspolitische Forderung nach einer Vereinheitlichung der technischen Standards (Variante 2) beziehungsweise nach Vorgaben für die IKT-Infrastruktur insgesamt (Variante 3). Die an inhaltlich umschriebenen Sachbereichen orientierten Kompetenzzuweisungen begrenzen derzeit aber eine querschnittartige und staatsebenenübergreifende Normierung der Digitalisierung der Verwaltung.²⁷⁶ Für die Umsetzung dieser rechtspolitischen Forderung bestehen grundsätzlich drei verschiedene Wege.

²⁷⁶ GLASER, ZSR 134 (2015) II, S. 259, 333.

Wie bislang könnte darauf vertraut werden, dass der Bund und die einzelnen Kantone autonome Regelungen erlassen, die aufeinander abgestimmt sind, soweit dies für eine Harmonisierung erforderlich ist, allenfalls flankiert durch punktuelle Harmonisierungsvorschriften des Bundes. In Anbetracht der heterogenen Rechtsetzung durch die Kantone²⁷⁷ würde sich dieser Ansatz allenfalls in einer sehr langen Perspektive als zielführend erweisen. Neben der föderalen Vielfalt behindert die bereichsspezifische Zersplitterung der rechtlichen Anforderungen an die Digitalisierung des Verwaltungshandelns sowohl im Bund als auch in den einzelnen kantonalen Rechtsordnungen den Erlass einheitlicher Vorgaben.²⁷⁸

Wird politisch eine Beschleunigung der Digitalisierung befürwortet, führt dies in den verbleibenden Alternativen zu einer Zentralisierung der Rechtsetzung. Entweder wird die Gesetzgebung beim Bund konzentriert oder die Rechtsetzung wird gemeinsam durch Bund und Kantone vorgenommen. Verfassungspolitisch ist umstritten, welche diese Formen der Zentralisierung aus Sicht des Föderalismus das «kleinere Übel» darstellt.²⁷⁹ Demokratische und rechtsstaatliche Argumente sprechen tendenziell für eine Zentralisierung beim Bund, weil auf diese Weise eine transparente politische Diskussion geführt wird, bei der je nach politischem Konfliktpotenzial die Bundesversammlung oder die Stimmberechtigten in einer Volksabstimmung abschliessend entscheiden. Ein Anschauungsbeispiel hierfür ist das E-ID-Gesetz. Auch bei der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs in der Justiz wählte die Politik die Option der Zentralisierung beim Bund. Durch eine enge Umschreibung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, allenfalls kombiniert mit finanziellen Zuschüssen an die Kantone, liesse sich dabei die Gefahr der Aushöhlung der Organisationsautonomie der Kantone bis zu einem gewissen Grad eindämmen.

Es dürfte indes kaum einen Bereich geben, in dem die Organisationsautonomie der Kantone derart zur Geltung kommt, wie in der Verwaltung. Die Struktur der kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden, teilweise weiter ausdifferenziert durch eine Bezirksebene, wie auch das Verwaltungsverfahrenswesen weisen eine grosse Vielfalt auf. Auch zeigen sich in den Prozessen und Abläufen der kantonalen und kommunalen Behörden jeweils ausgeprägte Eigenheiten. Eine Bundesregelung, die ohne den massgeblichen Einfluss des Sachverständigen der Kantone erlassen würde, liefe Gefahr, an den Sachzwängen der Verwaltungsstrukturen zu scheitern. Möglicherweise liesse sich diese Gefahr durch Beratungsgremien, in denen Kantone und Gemeinden vertreten wären, mit denen ein frühzeitiger Einbezug in Rechtsetzungsprojekte des Bundes und eine koordinierte Umsetzungsplanung erfolgen könnten, abmildern.

Es spricht aber angesichts der bedeutsamen Rolle der Kantone und Gemeinden bei der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungsverfahrens einiges dafür, im Bereich der Digitalisierung der Verwaltung eine im Vergleich zur Gesetzgebung im Bund verstärkte Mitwirkung der Kantone bis hin zu aktiver Gestaltung durch die Kantone zu ermöglichen. Dieses Ziel lässt sich letztlich nur durch die gemeinsame Rechtsetzung der Kantone mit dem Bund erreichen, auch wenn es sich hierbei ebenfalls um eine Zentralisierung, gleichsam auf einer Ebene zwischen Bund und Kantonen, handelt. Da zugleich die Bundesverwaltung ein wichtiger Adressat

²⁷⁷ Ausführlich GLASER/EHRAT, LeGes 30 (2019) 3, N. 7 ff.

²⁷⁸ GLASER, SJZ 114 (2018), S. 181, 186.

²⁷⁹ Vgl. auch bereits GLASER, ZSR 134 (2015) II, S. 259, 325.

der zu erlassenden Regelungen ist, muss auch der Bund massgeblich in die Willensbildung einbezogen werden.

Eine Schwäche der gemeinsamen Rechtsetzung liegt aus demokratischer Sicht darin, dass die Stärkung der Kantone insbesondere einen Machtzuwachs seitens der Kantonsregierungen zur Folge hat. Ungeachtet aller Bedenken bezüglich der Verlagerung der politischen Macht auf die Exekutiven und der damit einhergehenden Einbussen an Transparenz drängt sich für einen derart verwobenen Sachbereich wie die Verwaltung eine gemeinsame Rechtsetzung durch Bund und Kantone auf. Insbesondere der Einsatz der IKT löst auf rechtlicher Ebene ein grosses Koordinationsbedürfnis aus, weshalb die Digitalisierung ein naheliegendes Anwendungsfeld für den kooperativen Föderalismus ist.²⁸⁰ Im Vergleich zur Zentralisierung beim Bund bietet diese Lösung bessere Aussichten für eine nachhaltige Umsetzung von Standards für die Digitalisierung der Verwaltung. Der entscheidende Vorzug liegt darin, dass Sachverstand und politische Akzeptanz der Kantone zwingend in den Rechtsetzungsprozess integriert werden, die Kantone darüber hinaus sogar gestaltenden Einfluss nehmen können. Eine Überlagerung durch sonstige politische Argumente, wie sie bei der Entscheidung auf Bundesebene eintreten könnte, lässt sich auf diese Weise verhindern. Die Machtkonzentration bei den Kantonsregierungen lässt sich in der vorliegenden Konstellation damit rechtfertigen, dass diese an der Spitze der für das Gelingen der digitalen Transformation massgebenden kantonalen Verwaltungen stehen.

Die mit der gemeinsamen Rechtsetzung von Bund und Kantonen verbundenen demokratischen und rechtsstaatlichen Defizite sind ernst zu nehmen und durch eine adäquate rechtliche Einkleidung so weit wie möglich zu kompensieren. Auf der Bundesebene wird die hinreichende demokratische Legitimation durch die Erfordernisse einer Verfassungs- und einer Gesetzesänderung sichergestellt. Volk und Stände werden somit im Wege des obligatorischen Referendums Gelegenheit haben, über die gemeinsame Rechtsetzung zu befinden. Dabei sollte aus rechtsstaatlicher Sicht bereits auf Verfassungsstufe eine hinreichend bestimmte Umschreibung des Sachbereichs erfolgen. Art. 63a BV betreffend die Hochschulen kann insofern als Regelungsvorbild aus einem Bereich gemeinsamer Aufgabenerfüllung dienen.

Prekärer ist die Ausgangslage auf der kantonalen Ebene. Auch hier lassen sich indes die Schwierigkeiten aus demokratischer und rechtsstaatlicher Sicht bewältigen. Die Voraussetzungen in Art. 48 Abs. 4 BV müssen in den 26 kantonalen Rechtsetzungsverfahren zwingend eingehalten werden. Der zwischen den Kantonen abzuschliessende Vertrag muss danach ebenfalls genau umschreiben, zu welchem Zweck und in welchem Ausmass die Kantone Rechtsetzungsbefugnisse auf ein interkantonaies Organ übertragen. Ausserdem ist der interkantonale Vertrag in jedem Kanton mindestens dem fakultativen Referendum zu unterstellen. In den allermeisten Kantonen entspricht dies ohnehin der geltenden Verfassungsrechtslage. Aber auch bei unklarer Regelung sollten die Kantone nicht der Versuchung erliegen, die Unterstellung unter das fakultative Referendum umgehen zu wollen. Einzelne Stimmberechtigte könnten dies unter Berufung auf die Garantie der politischen Rechte (Art. 34 Abs. 1 BV) rügen und die Einhaltung des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) vor Bundesgericht geltend machen.

²⁸⁰ GLASER, ZSR 134 (2015) II, S. 259, 325.

Die Stimmberechtigten jedes Kantons besitzen auf diese Weise ein Mitbestimmungsrecht bei schweizweiten Vorgaben zur digitalen Verwaltung. In einem Bereich ureigener kantonaler Organisationsautonomie erweist sich dieser Aspekt aus demokratischer Sicht im Vergleich zu einer Zentralisierung der Gesetzgebungskompetenzen beim Bund als stark zu gewichtender Vorteil. Dies gilt jedoch vor allem bei der erstmaligen Übertragung der Rechtsetzungsbefugnisse auf ein gemeinsames Organ und weniger bei dessen anschliessender Rechtsetzungstätigkeit. Eine Genehmigung durch das Kantonsparlament oder eine Referendumsmöglichkeit zugunsten der Stimmberechtigten dürfte dann nicht mehr gegeben sein. Massgeblichen Einfluss übt in den späteren Phasen der gemeinsamen Rechtsetzung die jeweilige Kantonsregierung aus.

Gerade aus der Perspektive eines einzelnen Kantons ergeben sich daher nach Errichtung gemeinsamer Organe von Bund und Kantonen Einschränkungen der politischen Gestaltungsmöglichkeiten, da die Rechtsetzung nicht mehr autonom erfolgen kann. Die Einhaltung der Vorgaben in Art. 48 Abs. 4 BV sowie die Sicherstellung der parlamentarischen Mitwirkung sowie des gerichtlichen Rechtsschutzes kompensieren jedoch hinsichtlich der kantonalen Ebene bis zu einem gewissen Grad die bei der gemeinsamen Rechtsetzung durch Bund und Kantone entstehenden demokratischen und rechtsstaatlichen Defizite im Vergleich zu einer Zentralisierung beim Bund. Die Möglichkeit der Kantone, sich jedenfalls durch ihre Regierungen in den Rechtsetzungsprozess massgeblich einbringen zu können, spricht vor diesem Hintergrund für ein gemeinsames Vorgehen von Bund und Kantonen anstelle einer auf Bundesebene zentralisierten Rechtsetzung. Letztlich obliegt es der verfassungspolitischen Beurteilung jedes einzelnen Kantons, ob die gemeinsame Rechtsetzung mit den anderen Kantonen und dem Bund im Vergleich zu einer Übertragung der Gesetzgebungskompetenzen an den Bund oder einer Beibehaltung des Status Quo als vorzugswürdig erscheint.

Literaturverzeichnis

ABDERHALDEN URSULA, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit, Freiburg 1999.

ABDERHALDEN URSULA, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur interkantonalen Rechtsetzung, LeGes 2006/1, S. 9 ff.

AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume I, 3. Auflage, Bern 2013.

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zitiert: BV).

BIAGGINI GIOVANNI, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht – Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, ZBl 111/2010, S. 1 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, Über Rollenfragen und Departementalisierungsgefahren in der interkantonalen Zusammenarbeit, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 157 ff. (zitiert: FS Jaag).

BIAGGINI GIOVANNI, «Vertragszwang» im kooperativen Föderalismus: Verfassungsrechtliche Richtpunkte für den Einsatz der in Art. 48a BV vorgesehenen Zwangsmittel, ZBl 109/2008, S. 345 ff.

BOGUMIL JÖRG/KUHLMANN SABINE, Digitale Transformation in deutschen Kommunen, Die Verwaltung 54 (2021), S. 105 ff.

BOLZ URS, Public Private Partnership (PPP) in der Schweiz, ZBl 105/2004, S. 561 ff.

BRÜHL-MOSER DENISE, Schweizerischer Föderalismus: Ausgestaltung, Neugestaltung und Herausforderungen, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV, Heidelberg 2012, § 99.

BRUNNER STEPHAN C., Kantonale Staatlichkeit im Wandel: Die Kantonsparlamente vor der Herausforderung kooperativer Handlungsformen, LeGes 2004/1, S. 131 ff.

BRUNNER STEPHAN C., Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantionaler Zusammenarbeit, Zürich 2000.

EGLI PATRICIA, Kantone als Verfassungsorgane, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3, Zürich 2020, VI.3 (zitiert: VdCH).

EHRENZELLER BERNHARD, Bildungsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3, Zürich 2020, VIII.6 (zitiert: VdCH).

EHRENZELLER BERNHARD, Hochschulrecht auf Bundes- und interkantionaler Ebene, in: ders. (Hrsg.), Bildungs-, Kultur- und Sprachenrecht, Basel 2018, C., S. 147 ff. (zitiert: Hochschulrecht).

EHRENZELLER BERNHARD/NOBS ROGER, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, ZBl 110/2009, S. 1 ff.

EHRENZELLER BERNHARD/REISNER ANNEGRET, Die Konstitutionalisierung von „Bologna“: Sonderfall oder Modell der Weiterentwicklung des kooperativen Föderalismus?, ZSR 127 (2008) I, S. 229 ff.

Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, (zitiert: BEARBEITER/IN, in: SG-Komm.).

FLÜCKIGER ALEXANDRE, Le droit souple intercantonal : quand les conférences intercantionales recommandent, les réglementations s’harmonisent, in: Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre (Hrsg.), Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genf 2019, S. 109 ff.

GLASER ANDREAS, Der elektronisch handelnde Staat, ZSR 134 (2015) II, S. 259 ff.

GLASER ANDREAS, Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ 114 (2018), S. 181 ff.

GLASER ANDREAS, Der moderne Verfassungsstaat, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015, § 2.

GLASER ANDREAS/EHRAT MARCO, E-Government-Gesetzgebung durch die Kantone – Integration in die Verfahrenskodifikation oder Auslagerung in Spezialerlasse?, in: LeGes 30(2019) 3.

GUCKELBERGER ANNETTE, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, Baden-Baden 2019.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020.

JAAG TOBIAS, Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015, § 12.

JAAG TOBIAS, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, AJP 2013, S. 774 ff.

JAAG TOBIAS, Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen sowie zwischen den Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015, § 14.

KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018.

MARTENET VINCENT, La conclusion des conventions internationales et intercantionales au regard de la séparation des pouvoirs, spécialement dans le canton de Genève, ZBl. 112/2011, S. 173 ff.

MARTI ARNOLD, Entwicklung und heutiger Stand des Einwohnerkontroll- und -meldewesens in der Schweiz – weitreichende Veränderungen durch das Registerharmonisierungsgesetz des Bundes, ZBl 120/2019, S. 591 ff.

MARTI ARNOLD, Geplante elektronische Justizplattform – heikle Rechtsschutz-, Verfassungs- und Sicherheitsfragen, ZBl 122/2021, S. 305 f.

RÜEFLI CHRISTIAN, Formen und Verfahren des frühzeitigen Einbezugs der Kantone in die Erarbeitung von Erlassentwürfen des Bundes, LeGes 2016, S. 11 ff.

SCHNYDER VON WARTENSEE ZENO, Schwerpunkte und Tendenzen im Bereich des interkantonalen Rechts, LeGes 2013, S. 471 ff.

SCHUHMACHER CHRISTIAN, Optimierung der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone – Zwischenstand eines Projekts, LeGes 2015, S. 405 ff.

SCHWEIZER RAINER J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich 2020, III.7.

STRAUS JOSEPH, Das Regime des European Telecommunications Standards Institute – ETSI: Grundsätze, anwendbares Recht und die Wirkung der ETSI gegenüber abgegebenen Erklärungen, GRUR Int 2011, S. 469 ff.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016.

UHLMANN FELIX, „Die Normen können bei ... bezogen werden“ – Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, LeGes 2013/1, S. 89 ff.

UHLMANN FELIX/ZEHNDER VITAL, Rechtsetzung durch Konkordate, LeGes 2011/1, S. 9 ff.

VOGEL STEFAN, Interkantonale Verwaltungsorganisationen, ZBl 110/2009, S. 556 ff.

WALDMANN BERNHARD, Perspektiven des schweizerischen Föderalismus, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich 2020, III.12 (zitiert: VdCH).

WALDMANN BERNHARD, Zusammenarbeit im Bundesstaat, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich 2020, III.8 (zitiert: VdCH).

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, 2015 (zitiert: BEARBEITER/IN, in: BSK-BV).

ZEHNDER VITAL, Die interkantonale öffentlich-rechtliche Körperschaft als Modellform für die gemeinsame Trägerschaft, Zürich 2007.

ZOLLINGER MARCO, Zum Verhältnis zwischen der Gemeindeautonomie und dem interkantonalen Recht, SJZ 2020 (116), S. 631 ff.

Materialienverzeichnis

Bundesamt für Justiz, Rechtsgrundlagen für die IKT-Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen, Gutachten vom 22. Dezember 2011, VPB 2012.1, S. 1 ff.

Bundesamt für Justiz, Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ), Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, November 2020 (zitiert: BEKJ).

Bundesrat, Stärkung der Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden im Bereich der digitalen Transformation - Weiteres Vorgehen im Projekt «Digitale Verwaltung», Beschluss vom 3. April 2020 (zitiert: Bundesratsbeschluss).

Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1.

Bundesrat, Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA), BBl 2001 2291.

Bundesrat, Botschaft zur Harmonisierung amtlicher Personenregister, BBl 2005 427.

Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (HFKG), BBl 2009 4561.

Eidgenössisches Finanzdepartement, Stärkung der Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden im Bereich der digitalen Transformation – Weiteres Vorgehen im Projekt «Digitale Verwaltung», Antrag vom 27. März 2020 (zitiert: Antrag).

Eidgenössisches Finanzdepartement, Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBaG), Erläuternder Bericht vom 11. Dezember 2020 (zitiert: EMBaG).

Eidgenössisches Finanzdepartement/Konferenz der Kantonsregierungen, Digitale Verwaltung: Projekt zur Optimierung der bundesstaatlichen Steuerung und Koordination, Schlussbericht, Oktober 2019.

Eidgenössisches Finanzdepartement/Konferenz der Kantonsregierungen, Digitale Verwaltung Schweiz, Grundlagenbericht, März 2021.

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats (WBK-N), Parlamentarische Initiative Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung, BBl 2005 5479.

Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über den schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulkonkordat) vom 20. Juni 2013, Bern 2013 (zitiert: Kommentar HSK).

Steuerungsausschuss E-Government Schweiz, E-Government Schweiz Umsetzungsplan 2021-2023 vom 29. Oktober 2020.