

Eidgenössisches Finanzdepartement

Bundesrat Ueli Maurer

Bundesgasse 3

3003 Bern

Eingabe per Mail an: [rechtsdienst@gs-efd.admin.ch](mailto:rechtsdienst@gs-efd.admin.ch)

Bern, 25. März 2021

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

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns zum Vorentwurf für das neue Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (VE-EMBaG) äussern zu können. Diese Gelegenheit nimmt digitalswitzerland und die beiden Mitgliederverbände asut und swissICT gerne wahr.

### 1. Über digitalswitzerland, asut und swissICT

digitalswitzerland bezweckt die Positionierung der Schweiz als international führenden Standort für Digitalisierung und Innovation. Als Dachorganisation ist digitalswitzerland Ansprechpartner in allen Digitalisierungsfragen und engagiert sich für die Lösung entsprechender politischer, wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Herausforderungen. digitalswitzerland setzt sich dafür ein, dass das Potential digitaler Technologien von den Entscheidungsträgern der Politik, Wirtschaft, Forschung und Lehre sowie der breiten Öffentlichkeit anerkannt, gefördert und genutzt wird. Unter dem Dach von digitalswitzerland sind über 220 Unternehmen und Verbände vereint. Die vorliegende Stellungnahme gibt ausschliesslich die Auffassung des Vereins und seiner Mitglieder wieder.

asut ist der führende Verband der Telekommunikationsbranche in der Schweiz. Wir gestalten und prägen gemeinsam mit unseren rund 400 Mitgliedern die digitale Transformation und setzen uns für optimale politische, rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft ein.

swissICT ist der primäre Repräsentant des ICT-Werkplatzes Schweiz und der grösste Fachverband der Branche. swissICT verbindet über 2500 ICT-Unternehmen, Anwender-Unternehmen und Einzelpersonen. Der Verband fördert den Informationsaustausch, bündelt Bedürfnisse, publiziert die wichtigste Salärumsfrage, formuliert ICT-Berufsbilder und ist Co-Veranstalter des wichtigsten Informatik- und Businesspreises «Digital Economy Award». swissICT ist zudem Co-Initiant der Zertifizierungsinitiative 3L Informatik zur lebenslangen Sicherstellung von Informatikkompetenz in der Arbeitswelt.

## 2. Grundsätzliche Bemerkungen

digitalswitzerland begrüsst das neue Gesetz. Es ist wichtig, dass die Schweiz im Bereich der digitalen Verwaltung endlich vorwärts macht und der Bund entsprechende Kompetenzen innerhalb der Verwaltung erhält. Namentlich werden insbesondere die Bestimmungen zu Open Source Software und Open Government Data sowie zum Betrieb von elektronischen Behördendiensten und Verbindlichkeitserklärung von Standards begrüsst. Diese Instrumente sind für eine erfolgreiche Digitalisierung unabdingbar, weswegen digitalswitzerland anregt, generell die Verpflichtung und somit Relevanz bei den obgenannten Aspekten zu erhöhen. Was ebenfalls in den geschilderten Themenbereich gehört, aber in der Gesetzesvorlage nicht erwähnt wird, ist die Thematik der Schnittstellen.

Bedenken hat digitalswitzerland beim generellen Geltungsbereich des Gesetzes in Bezug auf die Ausdehnung auf Private (Art. 2.2 i.V.m. Art 12-14) sowie die Einführung von zentralen Super-Beschaffungsstellen durch privatrechtliche Organisationen (Art. 9 Abs. 2). Dieser Umstand führt zwangsläufig zu einer Wettbewerbsverzerrung, welche die IT-Wirtschaft benachteiligt. Es ist zudem zu befürchten, dass durch eine solche Auslagerung von IT-Beschaffungsvorhaben des Bundes an eine privatrechtliche Organisation das Beschaffungsrecht umgangen wird. Beides geht zu Lasten der vielen IT-Firmen in der Schweiz.

## 3. Stellungnahme zu den verschiedenen Teilgehalten der Vorlage

### 3.1. Geltungsbereich (Art. 2)

Der Geltungsbereich des Gesetzes ist aus Sicht von digitalswitzerland zu weit gefasst. Die Vorschriften zur Nutzung behördlicher Dienste (Art. 12), die Verbindlicherklärung von Standards (Art. 13) samt Ausnahmen (Art. 14), für Personen des privaten Rechts sollten unseres Erachtens nicht Gegenstand des vorliegenden Gesetzesentwurfs bilden, sondern müssen viel mehr über das Beschaffungsrecht bzw. den darauf gestützt abgeschlossenen privatrechtlichen Verträgen zur Betrauung der Personen des privaten Rechts mit den entsprechenden Aufgaben gelöst werden.

**digitalswitzerland verlangt daher, die Personen des privaten Rechts aus dem Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 2 zu streichen.**

### 3.2. Grundsätze (Art. 4)

Es ist digitalswitzerland ein Anliegen, dass bei der Formulierung der Grundsätze auch die Chancen dieser Gesetzesvorlage betont werden. Im vorliegenden Entwurf sind nur die Risiken explizit erwähnt. Im Sinne einer Balance ist es angebracht, dass auch die Chancen gewürdigt werden. So darf gerne noch konkreter auf die erwartete Effizienzsteigerung oder die gesteigerte Kollaboration zwischen Verwaltung und möglichen privaten Leistungserbringern hingewiesen werden.

Digitale Technologien befinden sich in einer stetigen Entwicklung, welcher auch in der Gesetzesvorlage Rechnung getragen werden muss. Daher wird ein weiterer Artikel angeregt, der die dem Gesetz unterworfenen Organisationen zusätzlich verpflichtet, laufend die Prozesse auf ihre Digitalisierung hin zu überprüfen.

#### Art. 4 Abs. 4

Sie achten bei der Ausarbeitung von Gesetzen, Verordnungen und Richtlinien darauf, dass elektronische Mittel effizient und prioritär eingesetzt werden.

Es geht nicht nur darum bestehende Prozesse zu digitalisieren, sondern gerade stetig neue Prozesse zu evaluieren und zu realisieren, die erst durch die Digitalisierung möglich werden. Die Chancen der Digitalisierung müssen aktiv angegangen werden und es sollte nicht davon zurückschreckt werden, auch bestehende Prozesse von Grund auf neu zu denken.

### **3.3. Vereinbarungen und Beteiligungen des Bundes (Art. 5-6)**

Die in Art. 5 enthaltenen Bestimmungen schaffen die Möglichkeit zur Unterzeichnung von multilateralen Vereinbarungen wie etwa die Tallinn Declaration on eGovernment und sind als grundsätzlich als solche nicht zu beanstanden, soweit solche Organisationen nicht dem Zwecke von Art. 9 Abs 2 dienen. Dies wird mit der (man könnte sagen "nachträglichen") Kompetenz für die Beteiligung des Bundes an der Gesellschaft "eOperations Schweiz AG" ("e-Operations") allerdings der Fall sein. Vgl. dazu die Anmerkungen zu Art. 9 Abs. 2.

### **3.4. Kostentragung (Art. 7)**

digitalswitzerland setzt sich für die gesamte Breite an IT-Unternehmen ein. Dazu gehören auch die blühende Start-up Szene in der IT-Branche. Der Zugang für Start-ups wird im VE-EMBaG nicht hinreichend berücksichtigt. Die Zusammenarbeit mit Start-ups ist systematisch zu prüfen damit diese bei der Beschaffung eine reale Chance erhalten. Dies aus dem Grund, dass Start-ups im Bereich e-Government über ein erheblich interessantes bzw. besseres Angebot verfügen als viele andere Anbieter.

### **3.5. Finanzhilfen (Art. 8)**

Die vorgeschlagene Regelung ist zweckmässig.

### **3.6. Übertragung von Aufgaben (Art. 9)**

Wie bereits unter Ziff. 2 ausgeführt, hat digitalswitzerland Bedenken, dass durch die Übertragung von Beschaffungskompetenz auf privatrechtliche Organisationen und die danach beschaffungsrechtsfreie Weitergabe an Kantone und Gemeinden eine nicht unerhebliche Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen schafft. Zu diesem Schluss kommt auch das Gutachten der WEKO zum Projekt eOperations (vgl. Gutachten der WEKO vom 1. Dezember 2014 zu Händen des BJ zum Projekt eOperations Schweiz, insbeso. Ziff.105). Die Schaffung einer solchen zentralen Einkaufs- und allenfalls Betriebs-/Verteilorganisation des Bundes mit Kantonen und Gemeinden führt auch zweifelsohne zu einer Stärkung der Einkaufsmacht der öffentlichen Hand. Dass dabei das Potential des Missbrauchs dieser Einkaufsmacht steigt, liegt auf der Hand: Schon heute besteht die virulente Gefahr (und teilweise gelebte Praxis), dass zentrale Beschaffer als Ersatz für eine mangelhafte Leistungsbeschreibung das Werkzeug der Rahmenverträge missbrauchen. Statt dass einzelne konkrete und messbare Projekte ausgeschrieben werden, werden faktisch Personalverleihverträge abgeschlossen. Zudem werden gerade im Zusammenhang mit Ressourcenbeschaffungen durch die Rahmenverträge oft unrealistische Forderungen zur Bereithaltung bestimmter Profile gestellt, ohne dass dabei die ohnehin schon kompetitiv eingegebenen Preise für die Dauer des Rahmenvertrages Bestand haben und ohne, dass eine Bezugsverpflichtung für die vorgehaltenen Ressourcen besteht. Dies verunmöglicht den Anbietern eine Planungssicherheit betreffend der ausgeschrieben Ressourcen. Mit den darauf folgenden Mini Tenders im Freihandverfahren kann zudem leicht das Beschaffungsrecht ausgehebelt werden.

Ein weiteres Symptom des Missbrauchs der Nachfragemacht ist auch die rechtlich nicht haltbare Praxis, dass die Einkaufsbedingungen des Bundes vom Anbieter «uneingeschränkt» zu akzeptieren sind und dieses Akzept in der Ausschreibung als Eignungskriterium bezeichnet wird (statt es korrekterweise als Zuschlagskriterium zu werten)

was dazu führt, dass die kleinste gewünschte Abweichung von den Bundes AGB zwingend den Ausschluss des Anbieters nach sich zieht.

digitalswitzerland fordert deshalb, dass Art. 9 VE-EMBaG um den Grundsatz ergänzt wird, dass die mit Beschaffungsaufgaben betrauten Organisationen und Personen (Bsp. heute "eOperations") bei Ausübung ihrer Tätigkeit die in der Schweiz anerkannten Grundsätze zur Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung und zur Nichtdiskriminierung der in der Schweiz zugelassenen Anbieterinnen beachten (vgl. Art. 1 KG; Art. 2, 6 und Art. 11 BÖB; Art. IV Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von Marrakesch).

#### **Art. 9 Abs. 5**

Die mit den Aufgaben betrauten Organisationen und Personen beachten bei Ausübung ihrer Tätigkeit die in der Schweiz anerkannten Grundsätze zur Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung und zur Nichtdiskriminierung der in der Schweiz zugelassenen Anbieterinnen.

### **3.7. Open Source Software (OSS) (Art. 10)**

digitalswitzerland begrüsst die Verankerung des Open Source Prinzips auf gesetzlicher Ebene. Open Source Software bietet eine ausgezeichnete Chance dar, die digitale Autonomie der Schweiz entscheidend zu stärken, einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung unserer digitalen Wissensgesellschaft zu leisten. Nicht zuletzt haben die Effizienzsteigerungen auch einen positiven Effekt auf die volkswirtschaftlichen Kosten zu senken. Da es sich bei Art. 10 um eine «Kann-Bestimmung» handelt, wird dabei der Freiraum der Vergabe von Entwicklungsaufträgen an Dritte erhöht, was wir ausdrücklich begrüssen.

Damit die Privatwirtschaft nicht unnötig konkurrenziert wird, muss gleichzeitig der Absatz 4 differenzierter ausgestaltet werden. Es sollte von «marktkonformer Entgeltung» gesprochen werden, falls ein Markt für vergleichbare Leistungen besteht. Der Absatz 4 ist wie folgt zu ändern:

#### **Art. 10 Abs. 4**

*Die diesem Gesetz unterstehenden Bundesbehörden können ergänzende Dienstleistungen, namentlich zur Integration, Wartung, IT-Sicherheit und zum Support erbringen, soweit ein öffentliches Interesse besteht und sie mit verhältnismässigem Aufwand erbracht werden können. Sie erheben dafür ~~kostendeckende Gebühren~~ eine marktkonforme Entgeltung, sofern ein Markt für vergleichbare Leistungen besteht.*

Unter Art. 10 erachtet digitalswitzerland es zudem als nötig, die Thematik der Beschaffung zu erwähnen. Der «open by default»-Ansatz muss bei den Vergabekriterien verbindlich abgebildet sein. Erfahrungen aus der Praxis haben zudem gezeigt, dass der Aspekt der Quelloffenheit in jedem Fall frühzeitig genügend Aufmerksamkeit geschenkt werden muss, um die diversen Vorteile von OSS, nicht zuletzt die "total cost of ownership", wirksam werden zu lassen. Entsprechend schlagen wir folgenden neuen Absatz vor:

#### **Art. 10 Abs. 6**

*Die Freigabe wird bei der Konzeption, Beschaffung und Entwicklung der Software frühzeitig eingeplant.*

### 3.8. Open Government Data (OGD) (Art. 11)

digitalswitzerland begrüsst die gesetzliche Verankerung von "open by default". Für die Wirtschaft, Wissenschaft und die Behörden dürfte das Prinzip grossen Nutzen bringen.

Gerade aus diesem erwartbaren Nutzen heraus, erachtet es digitalswitzerland als wichtig, dass die Verbindlichkeit des Prinzips noch klarer hervorgehoben wird. Es wird daher folgende Klärung von Absatz 1 vorgeschlagen:

#### *Art. 11 Abs. 1*

*Die Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung sind verpflichtet, die Daten (..) aktiv zur freien Weiterverwendung zur Verfügung zu stellen. Jede Person hat das Recht, diese Daten einzusehen, zu nutzen und von den Behörden Auskünfte über deren Inhalt zu erhalten.*

Die momentane Praxis von Open Government Data beschränkt sich darauf, dass erst ein begründetes Begehren gestellt werden muss, bis ein Datenaustausch stattfindet. Mit der Präzisierung in Absatz 1 mit der Formulierung «aktiv» erhält Open Government Data eine höhere Verbindlichkeit sowie eine klare gesetzliche Verankerung.

Darüber hinaus muss ein klarer Rechtsanspruch auf Zugang definiert werden, analog zum Öffentlichkeitsgesetz. Dies ist Zweck des zweiten Satzes von Art. 11 Absatz 1.

Artikel 3a schränkt die freie Datennutzung von Behördendaten unnötig ein. Daten- und Informationsschutz sind schon in den Strategien von 2014 und 2019 genannt. Mehr Einschränkungen braucht es nicht, denn gerade Register (Ausnahme Zivilstandsregister) oder Plattformen wie simap.ch enthalten Daten, die sehr wohl als grundsätzlich offene Verwaltungsdaten zu verstehen und endlich auch zur Weiternutzung zugänglich zu machen sind. Sie ermöglichen Struktureinsichten, die für eine moderne Gesellschaft und ihre politischen Diskussionen unerlässlich sind.

Ebenfalls vor dem Hintergrund der mit den nationalen Open Data Strategien gemachten Erfahrungen muss Artikel 3b ergänzt werden um eine Pflicht, eine allfällige Unverhältnismässigkeit nachweisen zu müssen. Ein blosser Bescheid, eine Öffnung sei zu aufwendig, darf nicht genügen. Darüber hinaus ist im Einzelfall zwingend zu prüfen, ob der Aufwand reduziert werden kann durch den Einsatz neuer oder anderer technischer Mittel nach dem "state of the art". Dieser bemisst sich nach der effizientesten in Kantonen oder Gemeinden bereits etablierten Praxis.

digitalswitzerland begrüsst den Abs. 5. Die Richtigkeit und Vollständigkeit von Daten erweist sich jeweils erst in der Praxis. Eine vollständige Vorabprüfung und Korrektheitsgarantie wären grosse Hemmnisse für die Publikation. Wichtig wäre es, aber noch klar definierte Kanäle für Rückmeldungen zu den Daten verlässlich zu betreiben, so dass Daten laufend verbessert werden können. Dieses Vorgehen ist «state-of-the-art» und wird so beispielsweise im Transportwesen oder bei Geodaten praktiziert. Zusätzlich kann zum selben Zwecke eine Pflicht eingeführt werden, über Richtigkeit, Vollständigkeit und Plausibilität in den Metadaten klar Auskunft zu geben.

### 3.9. Verpflichtung im Bereich der elektronische Behördendienste (Art. 12)

digitalswitzerland verweist bei Art. 12 auf die unter 3.1. verlangte Einschränkung des Geltungsbereichs. Gerade die unter Art. 12 beschriebene Verpflichtung zur Nutzung auch durch privatrechtlichen Organisationen mit bundesrechtlichen Aufgaben geht zu weit. Die vorgesehene Verpflichtung zur Nutzung von einzelnen Systemen in Kombination mit der Finanzierungsverpflichtung durch die Kantone schafft potenziell markverzerrende Monopole, was digitalswitzerland entschieden ablehnt.

### 3.10. Verbindliche Standards (Art. 13)

Durch den Artikel 13 sollen verbindliche Standards gefordert werden, was zu begrüßen ist. Die Formulierung im letzten Satz des Absatz 1 ist für digitalswitzerland aber nicht verpflichtend genug. Die blossе Orientierung an international anerkannten oder verbreiteten Standards läuft dem Sinn und Zweck von Standards entgegen. Darüber hinaus genügt die reine Verbreitung nicht als Kriterium für die Eignung eines Standards für die Schweiz und ihre Behörden. Aus diesem Grund wird die folgende Streichung und Ersatz des letzten Satzes angeregt:

Art. 13 Abs. 1

~~[...] Er orientiert sich an international anerkannten oder verbreiteten Standards. Es werden, wo immer möglich und sinnvoll, Standards gewählt, die im Markt verfügbar sind sowie über eine offene Referenzimplementierung verfügen.~~

### 3.11. Ergänzung Thematik Schnittstellen (API)

Zu den vordringlichen elektronischen Mitteln zur Erfüllung von Behördenaufgaben werden in Zukunft Schnittstellen gehören, sogenannte Application Programming Interfaces (API). Diese erlauben die Kommunikation von Software zu Software und sind bereits heute regelmässig im Einsatz. Ziel ist es, jeweils entweder auf bestimmte Datensätze Zugriff zu geben, ohne die gesamte Datenbank als OGD freizugeben oder aber, und dies wird immer wichtiger, den Zugriff auf Funktionen zu ermöglichen. Dies erleichtert das Ineinandergreifen von Applikationen massiv, womit nicht nur neue Anwendungen überhaupt möglich werden, sondern auch die Wiederverwendung dieser Funktionen und damit ihr Nutzwert klar erhöht wird.

Das Thema Schnittstellen ist bereits heute von grosser Wichtigkeit – und diese wird weiter zunehmen. Entsprechend halten wir es für dringlich, mit einem gesonderten EMBaG Artikel die dafür nötigen Regelungen zu erlassen. Darunter fallen:

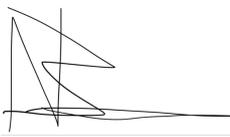
- Ein Prinzip "API by default", analog zu "open by default" im Art. 11 zu OGD. Neu entwickelte Software muss über dokumentierte und wo immer möglich durch potenziell alle nutzbare Schnittstellen verfügen. Für "Legacy Software" ist eine Übergangsfrist zu definieren.
- Die verfügbaren Schnittstellen und deren Metadaten sind zu publizieren, auf einer zentralen Plattform analog OGD – oder, idealerweise, gerade auf der gleichen Plattform. Diese Plattform hat ein "API Management" bereitzustellen, mit dem pro Funktion und pro Klasse von Funktionen Zugriffsrechte und Abfragelimiten zugeteilt werden können.
- Die Klassifizierung der Funktionen ("API endpoints") z.B. in "öffentlich", "öffentlich mit Authentifizierung", "geteilt" (z.B. über die föderalen Ebenen hinweg) und "privat" (nur innerhalb der Bundesverwaltung) wird durch das zuständige Departement durchgeführt, ebenso die entsprechende Vergabe von Berechtigungen.

- Das zuständige Departement betreibt einen zentralen "Single Point of Orientation", an welchen Vorschläge für neue Schnittstellen, Verbesserungsvorschläge etc. getragen werden können.
- Die Schnittstellen sind nach offenen internationalen Standards zu gestalten, entsprechend zu Art. 13.

Das Thema Schnittstellen bildet eine Brücke zwischen den Themen OGD, OSS und Standards, eine klare und verbindliche Regelung ist aus unserer Perspektive nötig. Das Potenzial für Wirtschaft und Gesellschaft ist enorm.

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit, die Sie unseren Anliegen entgegenbringen und stehen für weitere Auskünfte gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Nicolas Bürer  
Managing Director digitalswitzerland



Andreas W. Kaelin  
Deputy Managing Director digitalswitzerland



Christian Grasser  
Geschäftsführer asut



Christian Hunziker  
Geschäftsführer swissICT

**Für weitere Auskünfte:**

Andreas W. Kaelin, digitalswitzerland | Geschäftsstelle Bern  
Tel. +41 31 311 62 45 | [andreas@digitalswitzerland.com](mailto:andreas@digitalswitzerland.com)