

GUTACHTEN

zuhanden des

KANTONS APPENZELL AUSSERRHODEN

betreffend

**AUFSICHT UND OBERAUFSICHT ÜBER DIE AR INFORMATIK
AG (ARI)**

erstellt von

**PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER**

13. Oktober 2016

Inhaltsverzeichnis

I.	AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG	4
II.	GRUNDLAGEN DER ARI	5
III.	STEUERUNG DER ARI	7
	1. Steuerung dezentraler Verwaltungsträger	7
	2. Steuerung des ARI durch Rechtsgrundlagen	7
	3. Steuerung der ARI durch die eGovernment- und Informatikstrategie	8
	4. Steuerung der ARI durch Generalversammlung, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung	8
	5. Steuerung der ARI durch Kanton und Gemeinden	11
IV.	AUFSICHT UND OBERAUFSICHT	13
	1. Begriffe und Grundfragen	13
	2. Aufsicht des Regierungsrates	13
	3. Oberaufsicht des Kantonsrates	14
	4. Beurteilung der Aufsicht und der Oberaufsicht	18
V.	FINANZAUF SICHT	22
VI.	WEITERE FRAGEN	24
	1. Rechtsnatur der Beiträge an die ARI	24
	2. Submissionsrecht	24
VII.	FAZIT UND BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN	26
	a) Ist die gesetzliche Aufsicht über die ARI zweckmässig geregelt?	26
	b) Bestehen hinsichtlich der Aufsicht des Regierungsrates über die ARI regulatorische und praktische Defizite? Welcher Art sind diese Defizite und wie können sie behoben werden?	26
	c) Soll das eGovG Regelungen zur Oberaufsicht über die ARI enthalten?	26

- d) Wenn ja, wie könnte eine zweckmässige Regelung im Hinblick darauf aussehen, dass sowohl der Kanton als auch die Gemeinden Eigentümer der ARI sind?

27

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

- 1 Der Kanton Appenzell ist derzeit dabei, die Aufsicht über seine externen Verwaltungsträger unter dem Blickwinkel der Public Corporate Governance (PCG) zu prüfen. Teil dieser Prüfung ist auch eine Untersuchung betreffend Aufsicht über die AR Informatik AG (ARI). Die ARI beruht auf dem Gesetz über eGovernment und Informatik vom 4. Juni 2012 (eGovG, bGS 142.3).
- 2 Zu klären sind folgende Fragen:
 - a) Ist die gesetzliche Aufsicht über die ARI zweckmässig geregelt?
 - b) Bestehen hinsichtlich der Aufsicht des Regierungsrates über die ARI regulatorische und praktische Defizite?
 - c) Welcher Art sind diese Defizite und wie können sie behoben werden?
 - d) Soll das eGovG Regelungen zur Oberaufsicht über die ARI enthalten?
 - e) Wenn ja, wie könnte eine zweckmässige Regelung im Hinblick darauf aussehen, dass sowohl der Kanton als auch die Gemeinden Eigentümer der ARI sind?
- 3 Mit E-Mail vom 2. Juni 2016 hat die Kantonskanzlei den Unterzeichnenden zwecks Erstellung eines Gutachtens über die vorstehenden Fragen kontaktiert. Mit Schreiben des Kantons vom 18. Juni 2016 wurden dem Unterzeichnenden die detaillierten Fragen vorgelegt, welche in einer Sitzung vom 22. Juni 2016 besprochen wurden. Ein erster Entwurf des vorliegenden Gutachtens ist dem Kanton mit Schreiben vom 15. August 2016 zugestellt worden. Nach einer Besprechung vom 19. August 2016 wurde das Gutachten in die vorliegende Form gebracht.

II. GRUNDLAGEN DER ARI

- 4 Die AR Informatik AG beruht auf Art. 10 Abs. 1 eGovG. Sie ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Herisau (Art. 10 Abs. 1 eGovG). Historisch ist sie aus der AR-NET Informatik AG hervorgegangen (Art. 10 Abs. 2 eGovG; vgl. Regierungsrat, Erläuternder Bericht vom 1. November 2011 zum Gesetz über eGovernment und Informatik, 1. Lesung, Geschäftsnummer 1100.3, S. 1, im Folgenden "Erläuternder Bericht"); auch sind das ehemalige kantonale Amt für Informatik sowie die Informatikabteilung der Gemeinde Herisau massgeblich in die Gesellschaft überführt worden.
- 5 Die ARI erbringt Dienstleistungen im Bereich der Informatik und Kommunikation für den Kanton und die Gemeinden und unterstützt diese im Bereich eGovernment (Art. 11 eGovG, vgl. auch Art. 14 eGovG). Dienstleistungen an Dritte werden grundsätzlich nicht angeboten (vgl. Erläuternder Bericht, S. 6).
- 6 Das Aktienkapital der ARI wird hälftig von Kanton und Gemeinden des Kantons Appenzell Ausserrhoden gehalten (Art. 13 Abs. 1 eGovG). Die Organe der ARI sind Generalversammlung (Art. 16 eGovG), Verwaltungsrat (Art. 17 eGovG), Geschäftsleitung (Art. 18 eGovG) und Revisionsstelle (Art. 15 lit. d i.V.m. Art. 10 Abs. 4 eGovG; vgl. auch die Übersicht in Art. 15 eGovG). Die Ausgestaltung der Organe ist vergleichbar mit einer privaten Aktiengesellschaft, wobei auf Einzelheiten noch zurückzukommen sein wird.
- 7 Die ARI finanziert sich über Entgelte, welche sie Kanton und Gemeinden für ihre Dienstleistungen in Rechnung stellt (Art. 12 Abs. 3 eGovG). Die Entgelte sind kostendeckend und marktgerecht festzusetzen (Art. 9 Abs. 1 eGovG). Für die Festlegung der Preispolitik ist der Verwaltungsrat zuständig (Art. 17 Abs. 2 lit. i eGovG). Für Investitionen in wichtige gemeinsame Projekte (dazu Art. 8 Abs. 2 eGovG) ist ein Verteilschlüssel nach dem Aktienanteil von Kanton und Gemeinden vorgesehen (Art. 9 Abs. 2 eGovG).
- 8 Mit Ausnahme der Gründungsvorschriften und der Bestimmungen über den Erwerb der Persönlichkeit kommen auf die ARI sinngemäss die Vorschriften des Obligationenrechts (OR) über die Aktiengesellschaft zur Anwendung (Art. 10 Abs. 4 eGovG). Für die Rechnungslegung (Art. 19 eGovG) und das Personalrecht (Art. 21 eGovG bzw. Art. 2 Abs. 1 Personalgesetz, PG, bGS 142.21) wird auf das kantonale öffentliche Recht verwiesen. Die Haftung der

ARI ist in Art. 20 eGovG geregelt; der Kanton haftet subsidiär (Art. 20 Abs. 2 eGovG), was sich im Übrigen bereits aus Art. 763 Abs. 1 OR ergibt.

- 9 Den Bestimmungen über die ARI sind im Gesetz über eGovernment und Informatik "Allgemeine Bestimmungen" (Art. 1-5 eGovG) sowie "Bestimmungen über Strategie, Projekte und Finanzierung" (Art. 6-9 eGovG) vorgelagert. Das Gesetz soll die Zusammenarbeit von Kanton und Gemeinden mittels einer gemeinsamen Informatikstrategie fördern (vgl. Art. 1 Abs. 2 sowie Art. 3 Abs. 2 eGovG). Der Grundbedarf an Informatik- und Kommunikationsmitteln wird für Kanton und Gemeinden durch die ARI abgedeckt (Art. 5 Abs. 1 eGovG). Art. 5 Abs. 2 eGovG definiert diesen Grundbedarf als "die technische Basisinfrastruktur und weitverbreitete Standardanwendungen", nicht hingegen "fachorientierte Spezialanwendungen in einem definierten Zuständigkeitsbereich" (Art. 5 Abs. 4 eGovG). Neben dem Grundbedarf können (und sollen) Kanton und Gemeinden gemeinsame Projekte realisieren (Art. 8 eGovG).
- 10 Der Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien soll einer von Kanton und Gemeinden gemeinsam definierter Strategie folgen. Die sog. eGovernment- und Informatik-Strategie "definiert Ziele, Prioritäten und Grundsätze für den Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien in Kanton und Gemeinden" (Art. 6 Abs. 1 eGovG). Zuständig für die Erarbeitung der Strategie ist eine Strategiekommission, wobei Regierungsrat und Gemeinden im Laufe des Erarbeitungsprozesses anzuhören sind (Art. 6 Abs. 3 eGovG). Die Strategiekommission wird paritätisch zusammengesetzt aus Vertretungen von Kanton und Gemeinden, wobei neben eigentlichen Vertreterinnen und Vertretern auch je eine externe Fachperson einzusetzen ist. Der Vorschlag der Kommission zur eGovernment- und Informatik-Strategie bedarf der Zustimmung des Regierungsrates und von zwei Dritteln der Gemeinden, welche mindestens 50% der Bevölkerung vertreten (Art. 6 Abs. 4 eGovG). Das gleiche Quorum gilt, wenn Kanton und Gemeinden wichtige gemeinsame Projekte realisieren wollen (Art. 8 Abs. 2 eGovG).

III. STEUERUNG DER ARI

1. Steuerung dezentraler Verwaltungsträger

11 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften wie die ARI gehören zur *dezentralen Verwaltung*. Im Gegensatz zur Zentralverwaltung, welche aufgrund des Hierarchieprinzips der Leitung und Aufsicht der Regierung untersteht, muss bei dezentralen Verwaltungsträgern festgelegt werden, wie diese gesteuert und kontrolliert werden. Möglich sind neben den gesetzlichen Vorgaben auch (strategische) Leistungsvorgaben, Aufträge, Berichterstattungspflichten, Einsitz und Einsichtnahme in das Steuerungsorgan des dezentralen Verwaltungsträgers, Genehmigungsvorbehalte, Kontrollen etc. Bei der Steuerung ist darauf zu achten, dass der Verwaltungsträger weder unkontrolliert noch "übersteuert" tätig wird; letzteres beseitigt die Autonomie des dezentralen Verwaltungsträgers, welche in der Regel Grund seiner Schaffung gewesen ist (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 1620).

2. Steuerung des ARI durch Rechtsgrundlagen

12 Dezentrale Verwaltungsträger können durch gesetzliche Vorgaben gesteuert werden. Dabei ist nicht nur an Gesetzes- und Verordnungsrecht zu denken, sondern auch an organisationrechtliche Grundlagen (Statuten) und Reglemente, namentlich, wenn solche durch staatliche Organe erlassen oder genehmigt werden müssen.

13 Im Fall der ARI finden sich gewisse Grundlagen der Steuerung auf Gesetzesstufe. Dies gilt namentlich für den Tätigkeitsbereich, da die ARI auf die Bedienung von Kanton und Gemeinden als Kundinnen und Kunden ausgerichtet ist. Auch das sachliche Betätigungsfeld der ARI ist auf Gesetzesstufe festgelegt, wobei die Aufzählung der Aufgaben in Art. 14 eGovG nicht abschliessend ist ("... insbesondere ..."). Ansonsten erscheint die Steuerung durch Gesetzes- und Verordnungsrecht sowie weitere Rechtsgrundlagen wenig ausgeprägt. Auch in den Statuten der ARI vom 3. September 2012, im Folgenden "Statuten ARI", finden sich hinsichtlich der Steuerung der ARI kaum weitere Konkretisierungen. Verordnungsrecht des Regierungsrates oder auch des Kantonsrates würde im Übrigen kaum der partnerschaftlichen Struktur der Zusammenarbeit von Kanton und Gemeinden entsprechen. Das Gesetz über eGovernment und Informatik ist auch schon als "Rahmengesetz" bezeichnet worden (Votum JOOS,

Gesetz über eGovernment und Informatik, 2. Lesung vom 4. Juni 2012, Herisau 2012, S. 102 ff., 105).

3. Steuerung der ARI durch die eGovernment- und Informatikstrategie

14 Wesentliches Steuerungsinstrument ist vorliegend die eGovernment- und Informatik-Strategie. Projekte müssen "gemäss den strategischen Vorgaben" durch die ARI realisiert werden (Art. 8 Abs. 1 eGovG). Die Modalitäten der Festlegung der eGovernment- und Informatik-Strategie sind – richtigerweise – der Organisation der ARI vorgelagert; die Zuständigkeit und das Verfahren sind auf Gesetzesstufe festgelegt. Es findet sich zwar in Art. 10 ff. eGovG keine explizite Festlegung der ARI auf die eGovernment- und Informatik-Strategie, doch ergibt sich diese Bindung klar aus Art. 8 Abs. 1 eGovG sowie aus der ganzen Systematik des Gesetzes (Art. 6 eGovG i.V.m. Art. 10 ff. eGovG).

15 Diese Sicht wird auch durch die Informatik- und eGovernment-Strategie 2014 vom 27. November 2014, S. 6, bestätigt (vgl. schon Fassung vom 10. Oktober 2011, S. 11). Aus der Grafik an dieser Stelle ergibt sich, dass die eGovernment- und Informatik-Strategie auf das gesamte Wirken der ARI gerichtet und der Tätigkeit der ARI übergeordnet ist.

16 Auch in verschiedenen Voten bei der Entstehung des Gesetzes ist die Bedeutung der Strategie betont worden. Im Bericht und Antrag der parlamentarischen Kommission vom 12. Dezember 2012 zum Gesetz über eGovernment und Informatik (Geschäftsnummer 1100.3, im Folgenden: "Bericht der parlamentarischen Kommission"), S. 9, wird festgehalten, die Bedeutung des Verwaltungsratspräsidiums dürfe "nicht überbewertet werden", da die "politischen Entscheide ... im Rahmen der Strategie durch den Regierungsrat und die Gemeinden gefällt" werden.

4. Steuerung der ARI durch Generalversammlung, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

17 Entscheidorgane der ARI sind Generalversammlung, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung (Art. 15 lit. a-c eGovG; Art. 16-18 eGovG). In Übereinstimmung mit dem privaten Aktienrecht (Art. 698 Abs. 1 OR) wird die Generalversammlung der Aktionäre als das oberste Organ der ARI bezeichnet (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 eGovG). Ihre Befugnisse (Art. 16 Abs. 3 eGovG) sind an die Befugnisse gemäss Aktienrecht (vgl. Art. 698 ff. OR) angelehnt ("... klassische Aufga-

ben ...", Erläuternder Bericht, S. 8; vgl. auch Art. 3 Statuten), stehen aber, wie für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften üblich, unter dem Vorbehalt, dass nicht durch das Gesetz (oder die Statuten) ein anderes Organ zuständig ist (Art. 16 Abs. 1 eGovG). Mit einem "anderen Organ" ist sinngemäss auch die Strategiekommission i.S.v. Art. 7 eGovG (in Verbindung mit Kanton und Gemeinden als Genehmigungsinstanz) gemeint, auch wenn der Begriff "Organ" in Art. 15 eGovG definiert wird und die Strategiekommission gerade kein Organ der ARI ist (so auch 157. Rechenschaftsbericht des Regierungsrates an den Kantonsrat von Appenzell Ausserrhoden 2015, S. 15). Ungeachtet der begrifflichen Differenzen darf Art. 16 Abs. 1 eGovG auf jeden Fall nicht so gelesen werden, dass die Generalversammlung als oberstes Organ der Gesellschaft nicht ihrerseits den Vorgaben der eGovernment- und Informatikstrategie verpflichtet wäre: Aus meiner Sicht darf die Generalversammlung keine Beschlüsse fassen, die im Widerspruch zur eGovernment- und Informatikstrategie stehen, welche von der Strategiekommission vorbereitet und von Kanton und Gemeinden verabschiedet wird.

- 18 Auch die Aufgaben des Verwaltungsrates weisen naturgemäss Ähnlichkeiten zur privatrechtlichen Regelung auf (vgl. Art. 716 ff. OR). Auffällig ist im Vergleich zur Regelung der Generalversammlung, dass beim Verwaltungsrat kein Vorbehalt für die Befugnisse anderer Organe (inkl. der Strategiekommission sowie Kantone und Gemeinden gemäss Gesetz) angebracht wird. Weiter fällt auf, dass von der Wortwahl her die Aufgabenumschreibung des Verwaltungsrates abschliessend erscheint, da im Gegensatz zur Regelung der Generalversammlung der Zusatz "insbesondere" fehlt (vgl. Art. 17 Abs. 2 eGovG und Art. 16 Abs. 3 eGovG). Schliesslich sprechen Art. 16 f. eGovG bei der Generalversammlung von "Zuständigkeiten", beim Verwaltungsrat von "Aufgaben". Die Materialien gehen auf diese Differenzen nicht ein. Vermutungsweise sollten sie nicht überbewertet werden. So dürfte auch beim Verwaltungsrat wie bei der Generalversammlung klar sein, dass eine Bindung an die eGovernment- und Informatik-Strategie besteht (Bericht der parlamentarischen Kommission, S. 9).
- 19 Bei einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft gehören zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates "die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen" (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR) sowie "die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen" (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Diese Befugnisse werden

in den (rein sprachlich abschliessend formulierten) Aufgaben des Verwaltungsrates gemäss Art. 17 Abs. 2 eGovG nicht erwähnt.

Grundsätzlich kann der kantonale Gesetzgeber bei einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft eine beliebige Organisationsstruktur vorsehen (sofern er die subsidiäre Haftung übernimmt, vgl. Art. 763 Abs. 1 OR). Es ist aber kaum anzunehmen, dass der Kanton die Befugnisse des Verwaltungsrates betreffend Oberleitung und Oberaufsicht über die Gesellschaft explizit ausschliessen wollte. Dafür finden sich in den Materialien keine Hinweise. Es erschiene überdies mindestens ungewöhnlich, für die ARI eine Geschäftsleitung einzusetzen (Art. 18 eGovG), die nicht ihrerseits einer Oberaufsicht im Sinne des Aktienrechts unterstellt ist. Schliesslich sind verschiedene Funktionen des Verwaltungsrates nur schwer vorstellbar, wenn dieser nicht Oberleitung und Oberaufsicht innehat. Dies gilt etwa für die Einrichtung eines internen Kontrollsystems (Art. 17 Abs. 2 lit. f eGovG). Dementsprechend liegen meines Erachtens wesentliche Oberleitungs- und Oberaufsichtsbefugnisse über die ARI beim Verwaltungsrat der Gesellschaft (so auch Votum SOLENTHALER, Gesetz über eGovernment und Informatik, 1. Lesung vom 20 Februar 2012, Herisau 2012, S. 322 ff., 338).

Diese beinhalten auch, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrates Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen kann (Art. 715a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 10 Abs. 4 eGovG). Art. 10 Statuten ARI bekräftigt dies.

- 20 Erklärungsbedürftig ist möglicherweise die Aufgabe des Verwaltungsrates, die Unternehmensstrategie festzulegen (Art. 17 Abs. 2 lit. e eGovG und Art. 11 Abs. 2 lit. e Statuten ARI). Nach meinem Dafürhalten untersteht wie dargelegt die gesamte Tätigkeit der ARI den Vorgaben der eGovernment- und Informatik-Strategie von Kanton und Gemeinden, so dass der Verwaltungsrat bei der Festlegung seiner Strategie nicht von diesen Vorgaben abweichen kann. "Unternehmensstrategie" dürfte in diesem Zusammenhang die konkrete Umsetzung der strategischen Vorgaben auf Stufe des Unternehmens bedeuten. Damit stimmt überein, dass die Festlegung der Preispolitik ebenfalls eine Aufgabe des Verwaltungsrates ist (Art. 17 Abs. 2 lit. i eGovG).
- 21 Gemäss Art. 18 eGovG ist die Geschäftsleitung die Ansprech- und Koordinationsstelle für die Bedürfnisse von Kanton und Gemeinden sowie der Kunden (Art. 18 Abs. 2 eGovG). Es ist davon auszugehen, dass mit Art. 18 eGovG im Wesentlichen die Übertragung der Geschäftsführung i.S.v. Art. 716b OR nachgezeichnet wird. Dies ergibt sich schon aus dem Begriff "*Geschäftsleitung*". Der

Verwaltungsrat erlässt dafür ein Geschäfts- und Organisationsreglement (Art. 12 Statuten ARI).

5. Steuerung der ARI durch Kanton und Gemeinden

- 22 Kanton und Gemeinden können auf die Tätigkeit der ARI in verschiedener Hinsicht Einfluss nehmen. Sie sind einerseits zuständig für die Genehmigung der durch die Strategiekommission vorbereiteten eGovernment- und Informatik-Strategie (Art. 6 Abs. 4 eGovG), welche für die ARI bindend ist (vgl. oben Ziff. 14 f.). Die Strategie wird durch eine Kommission vorbereitet, welche ebenfalls aus Vertretungen von Kanton und Gemeinden zusammengesetzt ist. Eine vergleichbare Regelung gilt für die Verabschiedung wichtiger gemeinsamer Projekte (Art. 8 Abs. 2 eGovG).
- 23 Kanton und Gemeinden sind weiter die Aktionäre der Gesellschaft und nehmen gemeinsam die Rechte der Generalversammlung wahr (vgl. Art. 10, Art. 12 f. und Art. 16 eGovG). Sie haben ein Vorschlagsrecht für je drei Verwaltungsräte, so dass sechs der insgesamt neun Mitglieder des Verwaltungsrats eine direkte Interessenbindung an Kanton oder Gemeinden haben (Art. 17 Abs. 1 eGovG).
- 24 Dementsprechend können Kanton und Gemeinden auf die ARI über den Erlass der eGovernment- und Informatik-Strategie, die Generalversammlung sowie bei der Bestellung des Verwaltungsrats Einfluss nehmen. Weniger klar erscheint, ob Kanton und Gemeinden auch eigentliche *Verhandlungskompetenzen* gegenüber der ARI zustehen. Gemäss den Unterlagen werden zwischen ARI und Leistungsbezügern sog. *service level agreements* geschlossen (vgl. Informatik- und eGovernment-Strategie 2014 vom 27. November 2014, S. 6). Obwohl der Begriff "agreement" Zweiseitigkeit impliziert, dürften die Leistungsbezüger keine eigentliche Wahlfreiheit haben. Art. 5 Abs. 1 eGovG hält im Sinne eines Kontrahierungszwanges fest, dass Kanton und Gemeinden ihren Grundbedarf an Informatik- und Kommunikationsmitteln bei der ARI decken müssen. Ausnahmen kann nur die Strategiekommission bewilligen (Art. 5 Abs. 3 eGovG). Eine eigentliche Verhandlungsmöglichkeit dürfte nur bestehen, soweit es um Aufträge geht, welche über den Grundbedarf (und gegebenenfalls verabschiedete wichtige gemeinsame Projekte) hinausgehen; dass solches möglich ist, wird etwa in Art. 9 Abs. 3 eGovG angedeutet, wonach Aufträge an die ARI zu Vollkosten verrechnet werden. Überdies dürfte der Kanton aufgrund des Volumens der von ihm bestellten Dienstleistungen Einfluss nehmen können.

Die Sichtweise, dass Kanton und Gemeinden keine eigentliche Verhandlungsmacht bei der Festlegung der service level agreements zukommt, ergibt sich auch daraus, dass die Ausgaben von Kanton und Gemeinden als gebunden qualifiziert werden (Art. 9 Abs. 1 eGovG). Die ARI ist offenbar nicht der Mehrwertsteuer unterstellt (so Bericht 2. Lesung, S. 5), was zeigt, dass zwischen der ARI und ihren Kunden kein echter Leistungsaustausch stattfindet (vgl. dazu BGE 141 II 182 ff.). Dementsprechend erfolgt meines Erachtens keine Steuerung der ARI durch einen eigentlichen "(Kunden-)Markt" (oder auch sonst über Marktkräfte); möglich ist allenfalls eine faktische Verhandlungsmöglichkeit des Kantons. Gewissermassen als Surrogat ist gesetzlich vorgeschrieben, dass die Kosten der ARI kostendeckend und marktgerecht sein müssen (Art. 9 Abs. 1 eGovG).

- 25 Die *Kompetenzen des Kantons* werden im Wesentlichen vom *Regierungsrat* wahrgenommen. Er bestimmt die Vertretungen in der Strategiekommission (Art. 7 Abs. 2 eGovG), entscheidet über die Genehmigungen nach Art. 6 Abs. 4 eGovG und Art. 8 Abs. 2 eGovG, beschliesst über die Wahrnehmung der Aktionärsrechte an der Generalversammlung und schlägt der Generalversammlung die drei Verwaltungsräte des Kantons gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. b eGovG vor (vgl. RRB-2016-237 vom 31. Mai 2016 betreffend Generalversammlung der ARI vom 15. Juni 2016). Für die Vorbereitung ist schwergewichtig das Departement Finanzen zuständig.

IV. AUFSICHT UND OBERAUFSICHT

1. Begriffe und Grundfragen

26 Im Staats- und Verwaltungsrecht werden die Begriffe "Aufsicht" und "Oberaufsicht" nicht einheitlich verwendet. Der *Oberaufsicht des Parlaments* wird üblicherweise die *Aufsicht der Regierung* gegenübergestellt (vgl. FELIX UHLMANN, Oberaufsicht über die Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA, Gutachten zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Stände- und Nationalrates GPK, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienstrecht, svvor 2016, S. 77 ff., Rz. 6 ff. m.w.H.). Während die Oberaufsicht des Parlaments auf eine distanziert-politische Beurteilung gerichtet ist, besteht die Aufsicht der Regierung über die Verwaltung aus einer Leitungs- und Führungsfunktion. Die Oberaufsicht des Parlaments ist in der Regel nachträglich, nicht begleitend, generell, nicht konkret, politisch, nicht justiziell. Sie muss verhältnismässig ausgeübt werden und soll interne Entscheidungsprozesse sowie das Amtsgeheimnis wahren (UHLMANN, a.a.O., Rz. 31).

27 Unsicherheiten bestehen, ob die Oberaufsicht des Parlaments nur auf die Aufsicht der Regierung gerichtet ist oder ob das Parlament direkt die Verwaltung beaufsichtigt (UHLMANN, a.a.O., Rz. 11 ff.). Besondere Schwierigkeiten ergeben sich im Bereich dezentraler Verwaltungseinheiten, da gegenüber dezentralen Verwaltungseinheiten der Zugriff der Regierung in aller Regel beschränkt ist und sich damit qualifiziert die Frage stellt, ob diese Beschränkung auch gegenüber der Oberaufsicht des Parlaments zur Anwendung kommt, sich die Oberaufsicht des Parlaments also gewissermassen aus der Aufsicht der Regierung ableitet (vgl. UHLMANN, a.a.O., Rz. 18 ff.).

2. Aufsicht des Regierungsrates

28 Die Aufsicht des Regierungsrates ergibt sich aus seinen *Steuerungsmöglichkeiten*, wie sie vorliegend dargelegt wurden (vgl. oben Ziff. 22 ff.). Konkret sind dies die Einflussnahme des Kantons in der Strategiekommission und im Rahmen der Genehmigungen nach Art. 6 Abs. 4 eGovG und Art. 8 Abs. 2 eGovG, in der Generalversammlung der ARI und bei der Auswahl, Instruktion und Aufsicht über die Vertretungen im Verwaltungsrat, eventuell auch beim Abschluss der service level agreements.

- 29 Für die Generalversammlung erfolgen Beschlüsse des Regierungsrates und die Vertretung durch den Direktor des Departements Finanzen (vgl. RRB-2016-237 vom 31. Mai 2016 betreffend Generalversammlung der ARI vom 15. Juni 2016). In die Strategiekommission sind der Direktor des Departements Finanzen (derzeit: Vorsitz), der Ratschreiber, ein Departementssekretär sowie zwei weitere Personen gewählt, in den Verwaltungsrat der ARI eine Regierungsrätin, der Departementssekretär Finanzen und der CEO des Spitalverbunds AR (RRB-2015-270 vom 2. Juni 2015). Das service level agreement des Kantons wird vom Departement Finanzen ausgehandelt.
- 30 Damit ist der Regierungsrat mit Mitgliedern unmittelbar in den Entscheidungsgremien vertreten. Nicht geregelt ist, wie diese Mitglieder den Gesamtregierungsrat informieren bzw. in welcher Form ein Austausch stattfindet. Gleiches gilt für die übrigen Vertretungen des Kantons.
- 31 Im Bereich der Public Corporate Governance wird vorgebracht, dass die Exekutive nicht im Führungsorgan eines dezentralen Verwaltungsträgers Einsitz nehmen sollte. Dies erscheint dort zutreffend, wo mit der Dezentralisierung gerade die Absicht verfolgt wird, die Entscheidungsfindung zu "entpolitisieren". Auch ist nicht zu übersehen, dass die Einsitznahme die Aufsicht der Regierung erschweren kann, da sie mindestens teilweise sich selbst bzw. ein Mitglied führen und beaufsichtigen muss. Auch sonst können sich leicht Interessenskonflikte ergeben.
- Dem ist entgegenzuhalten, dass die Einsitznahme auch Vorteile haben kann. Die Anbindung des dezentralen Verwaltungsträgers an die Politik wird gestärkt, wenn ein Mitglied der Regierung in jeder Sitzung präsent ist. Die Anliegen der Regierung können wirkungsvoll in den dezentralen Verwaltungsträger eingebracht werden; umgekehrt kann der dezentrale Verwaltungsträger seine Anliegen leichter in die Regierung tragen, wenn dort ein Mitglied des Regierungsrates das Anliegen aufnimmt. Der Informationsfluss wird einfacher, direkter und schneller. Eine solche Lösung ist oft auch kostengünstiger. Die ARI ist im Übrigen nicht am Markt tätig, so dass der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV) durch die direkte staatliche Einsitznahme nicht gefährdet erscheint. Auf die Handhabung im konkreten Fall ist zurückzukommen (unter Ziff. 40 ff.).

3. Oberaufsicht des Kantonsrates

- 32 Im Kanton Appenzell Ausserrhoden ist der Kantonsrat die gesetzgebende Behörde und führt die Oberaufsicht (Art. 70^{bis} Verfassung des Kantons Appenzell

Ausserrhoden vom 30. April 1995, KV, bGS 111.1). Die Aufsicht des Kantonsrats wird in Art. 72 KV weiter geregelt. Beaufsichtigt werden die Regierung und die Geschäftsführung der Gerichte; ebenso besteht eine Oberaufsicht über die kantonale Verwaltung und die öffentlich-rechtlichen Anstalten. Mit kantonaler Verwaltung dürfte die Zentralverwaltung gemeint sein, während spezialgesetzliche Aktiengesellschaften – im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten – gerade nicht genannt und offenbar der Oberaufsicht nicht unterstellt sein sollen. In diesem Sinne äussert sich die Regierung (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 17. April 2012 zur 2. Lesung des Gesetzes über eGovernment und Informatik, Geschäftsnummer 1100.3, im Folgenden "Bericht 2. Lesung", S. 3). In den Materialien zur Verfassung findet sich eine vergleichbare Aussage indessen nicht (vgl. Verfassungskommission, Totalrevision der Kantonsverfassung, Erläuterung der einzelnen Bestimmungen, Herisau 1994, S. 30 f.; JÜRIG SCHOCH, Leitfaden durch die Ausserrhodische Kantonsverfassung, Herisau 1996, S. 125 f.).

- 33 In der Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 24. März 2003 (bGS 141.2) erfolgt keine (allgemeine) Klärung der Verfassungsfrage. Gemäss Art. 8 Abs. 2 der Geschäftsordnung prüft die Staatswirtschaftliche Kommission die Geschäftsführung des Regierungsrates und der gesamten Staatsverwaltung. Dem Begriff "gesamte Staatsverwaltung" dürfte keine weitergehende Bedeutung als in der Umschreibung nach Art. 72 KV zukommen, also namentlich nicht alle dezentralen Verwaltungsträger inklusive der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften erfassen. Diese Auffassung stimmt mit einer unbestritten gebliebenen Erläuterung der Regierung überein, wonach die Wahl der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft gegenüber einer Anstalt für die Frage der Oberaufsicht "wesentlich" sei (Bericht 2. Lesung, S. 3).

Auch die Staatswirtschaftliche Kommission des Kantonsrates pflegt keine andere Praxis. In ihrem Bericht 2013, S. 35, geht sie davon aus, es bestünde keine Oberaufsicht der Kommission über die ARI. Offener äussert sich die Staatswirtschaftliche Kommission des Kantonsrates in ihrem Bericht 2015, S. 25 f., wo sie die Frage nach der Oberaufsicht selbst aufwirft. In der Tat leuchtet aus dem Blickwinkel einer umfassenden Oberaufsicht (vgl. unten Ziff. 35) nicht ohne weiteres ein, weshalb eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft ohne die Beteiligung Privater anders als eine Anstalt behandelt werden soll. Die Frage einer direkten Oberaufsicht kann aber offen gelassen werden, weil, wie zu zeigen sein

wird, ausreichende Möglichkeiten einer indirekten Oberaufsicht bestehen (vgl. unten Ziff. 35 ff.).

- 34 Spezialgesetzlich findet sich keine Regelung zur Oberaufsicht. Im Gegensatz zu anderen dezentralen Verwaltungsträgern (vgl. etwa Art. 5 Abs. 1 Gesetz über die Errichtung eines kantonalen Elektrizitätswerks [öffentlich-rechtliche Körperschaft] vom 27. April 1913, bGS 751.211; Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Gesetz über die Gebäude- und Grundstückversicherung vom 30. April 1995 [selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts], bGS 862.1; Art. 16 Gesetz über die Pensionskasse AR vom 10. Juni 2013 [öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit], bGS 142.22) enthält das Gesetz über eGovernment und Informatik keine Bestimmung betreffend Oberaufsicht. Festgelegt ist die Anwendbarkeit des kantonalen Finanzhaushaltsgesetzes (Art. 19 eGovG), worauf zurückzukommen ist (vgl. unten Ziff. 48 ff.).
- 35 Verfassung und gesetzliche Grundlagen sehen somit tendenziell keine Oberaufsicht des Kantonsrates über die ARI vor. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Tätigkeit der ARI der Oberaufsicht vollständig entzogen wäre und in diesem Sinne "blinde Flecken" entstünden (vgl. zum Begriff UHLMANN, a.a.O., Rz. 25 mit Verweis auf EHRENZELLER). Die Oberaufsicht des Kantonsrates ist *indirekt* (so auch SCHOCH, a.a.O., S. 125, in Abgrenzung zur direkten Aufsicht der Regierung). Die Staatswirtschaftliche Kommission des Kantonsrates kann *das Handeln kantonalen Organe gegenüber und in der ARI* prüfen. Wesentlich ist, dass der Kantonsrat die Oberaufsicht nicht unmittelbar gegenüber der ARI ausüben kann. Das Handeln der ARI ist nicht unmittelbar Gegenstand einer Prüfung des Kantonsrates, und dem Kantonsrat kommen gegenüber der ARI selbst keine Oberaufsichtsbefugnisse zu (Einsichtsrechte etc.).
- 36 Konkret bedeutet dies, dass die Staatswirtschaftliche Kommission des Kantonsrates auf den drei, allenfalls vier wesentlichen Ebenen der Steuerung der ARI durch den Kanton ansetzen kann: Der Oberaufsicht unterstehen das Wirken des Kantons in der Strategiekommission und bei den Genehmigungen, in der Generalversammlung der ARI, bei der Auswahl, Instruktion und Aufsicht über die Vertretungen im Verwaltungsrat sowie beim Aushandeln der service level agreements:
- Bei der Organisation der *Strategiekommission* wird in Art. 7 Abs. 4 eGovG auf Art. 24 f. Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 29. November 2004 (Organisationsgesetz; OrG, bGS 142.12) verwiesen. Damit dürfte die Strategiekommission insgesamt der Oberaufsicht der

Staatwirtschaftlichen Kommission des Kantonsrates unterstehen, dies mindestens dann, wenn für andere regierungsrätliche Kommissionen eine solche Praxis besteht.

- Die *Aktionärsrechte* des Kantons werden in der Generalversammlung der ARI durch den Regierungsrat vertreten. Das Verhalten des Kantons bei Traktandierung, Abstimmungen, Wahlen, Genehmigungen, Statutenrevisionen und weiteren Beschlüssen der Generalversammlung ist Gegenstand der Oberaufsicht.
- Schliesslich umfasst die Oberaufsicht die Befugnisse des Kantons mit Bezug auf den *Verwaltungsrat* der ARI. Dies gilt auf jeden Fall für die Auswahl, Instruktion und Kontrolle der eigentlichen Kantonsvertreterinnen und -vertreter im Verwaltungsrat (Art. 17 Abs. 1 lit. b eGovG). Die Staatwirtschaftliche Kommission des Kantonsrates kann prüfen, nach welchen Kriterien solche Vertretungen ausgewählt werden, was also das Anforderungsprofil dieser Personen ist. Weiter kann das Verfahren der Wahl der Vertretungen geprüft werden. Wesentlich erscheint auch, welche Vorgaben der Regierungsrat den Vertretungen macht und wie der Informationsfluss zwischen Vertretungen und Regierungsrat abläuft. Geprüft werden kann auch, wie der Regierungsrat seine einzelnen Einflussmöglichkeiten koordiniert und bündelt.

Die kantonalen Vertretungen in der ARI und damit ihr Handeln in der ARI sind mindestens teilweise ebenfalls Gegenstand der Oberaufsicht. Dies gilt mindestens dann, wenn Vertretungen gleichzeitig in einem Anstellungs- oder Magistratsverhältnis zum Kanton stehen und die Einsitznahme in der ARI Teil ihrer Tätigkeit für den Kanton ist. Umgekehrt ist bei Drittpersonen nicht ohne weiteres von einer Zuständigkeit der Staatwirtschaftlichen Kommission auszugehen. Das Verhältnis zwischen Kanton und seinen Vertretungen in dezentralen Verwaltungsträgern bildet eine Art öffentlich-rechtlicher Auftrag (vgl. zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1303). Dessen Eckpunkte können Gegenstand der Oberaufsicht sein.

- Auch die *service level agreements* des Kantons fallen grundsätzlich unter die Oberaufsicht. Selbstverständlich ist zu prüfen, ob solche Fragen stufengerecht durch die Staatwirtschaftliche Kommission untersucht werden.

- 37 Dementsprechend erscheint die Formulierung des Regierungsrates, dass sich der Kantonsrat im Wesentlichen über die eGovernment- und Informatikstrategie und via Rechenschaftsbericht orientieren lassen könne (Bericht 2. Lesung, S. 4), zu eng, dies mindestens dann, wenn die entsprechenden Unterlagen nicht die gesamte Steuerung der ARI durch den Kanton dokumentieren sollten. Allgemein dürfte nicht so klar sein, ob die Staatswirtschaftliche Kommission Kontrollen selbst durchführt oder im Wesentlichen Berichte prüft. Der Regierungsrat scheint tendenziell von Letzterem auszugehen und hält fest, dass die Kommissionen des Kantonsrates "keine direkten Aufsichtstätigkeiten ausführen] und keine Kontrollen durchführen]" (Bericht 2. Lesung, S. 3). Die Staatswirtschaftliche Kommission des Kantonsrates verkehrt aber teilweise direkt mit der Verwaltung und erarbeitet sich so ein eigenes Bild; sie führt auch Evaluationen durch, erhebt Daten zu Prüfzwecken und verfolgt besondere Fälle (vgl. Bericht der Staatswirtschaftlichen Kommission des Kantonsrates 2012, S. 13 f.). Darin kann durchaus eine Form der direkten "Kontrolle" der Verwaltung gesehen werden.
- 38 Ungeachtet möglicher Differenzen in diesen (allgemeinen) Fragen kann für die ARI festgehalten werden, dass sich diesbezüglich die Staatswirtschaftliche Kommission *an den Regierungsrat* zu halten hat. Es ist korrekt, dass sie die Protokolle des Verwaltungsrates der ARI nicht direkt eingefordert hat (Bericht der Staatswirtschaftlichen Kommission des Kantonsrates 2012, S. 14). Ihre Oberaufsicht ist indirekt. Sie erstreckt sich aber auf alle Handlungen, mit denen der Kanton Einfluss auf die ARI nimmt. Selbstverständlich sind auch bei der ARI bzw. der Einwirkung des Kantons auf die ARI die üblichen Begrenzungen der Oberaufsicht angezeigt (vgl. UHLMANN, a.a.O., Rz. 31).

4. **Beurteilung der Aufsicht und der Oberaufsicht**

- 39 Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass der Regierungsrat über hinreichende Mittel verfügt, um die ARI zu steuern und zu beaufsichtigen. Mitglieder des Regierungsrates sind in die Strategieerarbeitung und bei der Genehmigung eingebunden, nehmen die Aktionärsrechte wahr, wirken im Verwaltungsrat und handeln die service level agreements aus.
- 40 Fragen kann man sich, ob die direkte Vertretung von Mitgliedern des Regierungsrates in der ARI opportun ist. Für die allgemeinen Überlegungen wird auf oben verwiesen (vgl. oben Ziff. 31). Die ARI nimmt meines Erachtens keine Tätigkeit wahr, die vom Einfluss der Politik besonders abzuschirmen wäre. Auch

bestehen keine offensichtlichen Interessenskonflikte oder besondere Geheimhaltungsinteressen. Die ARI ist namentlich nicht am Markt tätig, so dass die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen zugunsten eigener wirtschaftlicher Tätigkeiten nicht gegeben ist. Die Erwartungen von Kanton und Gemeinden mögen unterschiedlich sein, was aber durch die Vertretung beider Interessengruppen kompensiert werden sollte. Dementsprechend halte ich die gewählte Praxis für vertretbar. Zuzustimmen ist der Forderung der Staatswirtschaftlichen Kommission, dass für ein solches Mandat klare Regeln und eine ausreichende Kopplung an den Gesamtregierungsrat sicherzustellen ist (Bericht der Staatswirtschaftlichen Kommission des Kantonsrates 2013, S. 21; ähnlich Bericht der Staatswirtschaftlichen Kommission des Kantonsrates 2014, S. 30 Ziff. 1).

- 41 Zu prüfen ist, ob vorliegend nicht *zu viele Ebenen* geschaffen wurden, welche die Einflussmöglichkeiten von Kanton und Gemeinden zum Ausdruck bringen. Im vorliegenden Fall verfügen die Strategiekommission zusammen mit Kanton und Gemeinden, die Generalversammlung und der Verwaltungsrat über wichtige Befugnisse. Es ist nicht auszuschliessen, dass es bei einer unklaren Abgrenzung der Zuständigkeiten zu Überschneidungen oder Lücken kommt. Erfahrungsgemäss dürfte es beispielsweise nicht einfach sein, die strategischen Vorgaben von der Unternehmensstrategie des Verwaltungsrates (Art. 17 Abs. 2 lit. e eGovG) sauber abzugrenzen. Die Generalversammlung genehmigt ihrerseits den Lagebericht und die Jahresrechnung (Art. 16 Abs. 3 lit. d eGovG), beschliesst über die Gewinnverwendung (Art. 16 Abs. 3 lit. e eGovG) und entlastet die Organe (Art. 16 Abs. 3 lit. f eGoVG). Auch darin liegen potentiell strategische Fragen. Es ist nicht auszuschliessen, dass es in der Praxis zu Schwierigkeiten in der Kompetenzabgrenzung kommt. Gemessen am kleinen, wenn auch wichtigen Einsatzgebiet der ARI erscheinen Strategiekommission, Generalversammlung und Verwaltungsrat eher stark dotiert. Möglicherweise ist diese Struktur für die reibungslose Zusammenarbeit von Kanton und Gemeinden angezeigt und ergeben sich in der Praxis keine Schwierigkeiten; in diesem Falle besteht kein Anpassungsbedarf. Sollten sich jedoch in der Praxis Schwierigkeiten in der Kompetenzabgrenzung ergeben, ist zu erwägen, die Führungsstruktur der ARI zu vereinfachen. Denkbar wären sowohl eine Überführung in eine andere Rechtsform (z.B. Anstalt oder Zweckverband) wie auch der Versuch, die einzelnen Befugnisse der Organe noch präziser abzugrenzen.
- 42 Eine ähnliche Problematik besteht möglicherweise beim *Informationsfluss* über drei Instanzen (bzw. vier Instanzen, wenn man das Aushandeln der service le-

vel agreements einbezieht). Dabei ist zu beachten, dass die Regierung personell oft ähnlich, aber nicht gleich vertreten ist. Dies könnte den Informationsfluss zum Regierungsrat erschweren, was sich indirekt auch auf die Oberaufsicht auswirken könnte.

- 43 Hinsichtlich der *Oberaufsicht* hat sich gezeigt, dass die Tätigkeit der ARI nicht jeder Kontrolle der Staatswirtschaftlichen Kommission des Kantonsrates entzogen ist. Es findet eine indirekte Aufsicht über die ARI mittels einer Oberaufsicht über die Einflussnahme auf die ARI statt, namentlich durch den Regierungsrat.

Eine solche Art der Oberaufsicht ist für einen dezentralen Verwaltungsträger nicht ungewöhnlich. Die Schaffung eines dezentralen Verwaltungsträgers erfolgt oft in der Absicht, gewisse Prozesse nicht nach rein politischen Kriterien entscheiden zu wollen. Für die ARI dürfte dieser Hintergrund zutreffen. Namentlich soll die gewählte Struktur den qualifizierten Einbezug von Fachwissen ermöglichen.

- 44 Eine Schwierigkeit liegt vorliegend darin, dass ein Entscheidmechanismus gefunden werden musste, der Kanton und Gemeinden gleichberechtigt über Fragen von eGovernment und Informatik entscheiden lässt. Ein derartiger Entscheidprozess ist im Verhältnis von Kantonen und Gemeinden eher unüblich, für die gewählte Fragestellung aber durchaus plausibel. Der Entscheidmechanismus rechtfertigt auch, dass gewisse Fragen einer politischen Beurteilung durch den Kanton entzogen oder mindestens der politische Einfluss auf diese Fragen gemindert werden soll. Dies gilt etwa für die Festlegung der Preispolitik der ARI, welche dem Verwaltungsrat zugewiesen ist (Art. 17 Abs. 2 lit. i eGovG).

Dementsprechend erscheint es durchaus zweckmässig, dass die Oberaufsicht über die ARI nicht gleich ausgestaltet ist wie bei anderen Verwaltungsträgern im Kanton. Die Einschränkung der Oberaufsicht rechtfertigt sich durch den Einbezug von Fachwissen und durch die partnerschaftliche Struktur von Kanton und Gemeinden.

- 45 Die vorstehenden Überlegungen zeigen auch, dass die Oberaufsicht, welche sich im vorliegenden Fall auf die Einflussmöglichkeiten des Kantons bezieht, insofern zweckmässig erscheint, als dass die Einflussmöglichkeiten (Steuermöglichkeiten) des Kantons ihrerseits ausreichend im Gesetz festgeschrieben sind. Aufgrund der Einflussmöglichkeiten im Rahmen der Strategiefestsetzung, in der Generalversammlung und über die Bestellung des Verwal-

tungsrates haben Kanton und Gemeinden genügend Einflussmöglichkeiten. Die ARI kann in dem Sinne nicht als unbeaufsichtigt oder ungenügend gesteuert gelten. Auch die Oberaufsicht erscheint deshalb nicht ungenügend, weil sie sich auf wesentliche Entscheide hinsichtlich der Führung der ARI bezieht.

- 46 Gesetzlicher Handlungsbedarf bestünde hinsichtlich der Oberaufsicht nur, sofern die Regierung ein klar eingeschränkteres Bild der Oberaufsicht vertreten sollte (vgl. dazu oben Ziff. 37). In diesem Fall könnte eine Klärung durch den Gesetzgeber angezeigt sein, ähnlich wie dies etwa in [?] Bezug auf die kantonale Pensionskasse geschehen ist (vgl. oben Ziff. 34).
- 47 Insgesamt bestehen aus meiner Sicht *weder Aufsichts- bzw. Steuerungsdefizite des Regierungsrates noch solche der Staatswirtschaftlichen Kommission des Kantonsrates im Rahmen der Oberaufsicht*. Zu prüfen ist die *Anzahl der Ebenen der Einflussnahme und ihre Koordination*.

V. FINANZAUF SICHT

48 Gemäss Art. 19 eGovG richtet sich die Rechnungslegung der ARI "nach den Bestimmungen des kantonalen Finanzhaushaltsgesetzes." Es ist anzunehmen, dass damit immer die aktuellen Bestimmungen des Finanzhaushaltsrechts gemeint sind (dynamischer Verweis). Auch in den Materialien wird bereits auf das (gleichzeitig wie das eGovG erlassene) neue Finanzhaushaltsgesetz verwiesen (Bericht 2. Lesung, S. 4).

49 Das Finanzhaushaltsgesetz vom 4. Juni 2012 (FHG, bGS 612.0) enthält neben materiellen Vorschriften zur Haushaltsführung Vorschriften zur Finanzkontrolle (Art. 38-43 FHG). Die Finanzkontrolle ist das "Fachorgan für die Finanzaufsicht" (Art. 38 Abs. 1 FHG) und "prüft die Gesetzmässigkeit und die Einhaltung der Grundsätze des Finanzhaushalts" (Art. 39 Abs. 1 FHG).

50 Die ARI untersteht der Finanzaufsicht der Finanzkontrolle. Gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. d FHG ist die Finanzkontrolle zuständig für "weitere Personen und Organisationen, denen die *Erfüllung kantonalen Aufgaben* übertragen ist" (Hervorhebung nur hier). Darunter fällt die ARI (so auch Bericht 2. Lesung, S. 4). Die ARI nimmt mit der Umsetzung der eGovernment- und Informatik-Strategie eine wesentliche öffentliche Funktion wahr und ist damit mehr als ein blosser privater Dienstleistungsanbieter, welcher auch im Rahmen eines öffentlich ausgeschriebenem privatrechtlichen Vertrages seine (Hilfs-)Dienste erbringen könnte. Die ARI erfüllt öffentliche Aufgaben und ist damit gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. d FHG der Finanzaufsicht unterstellt.

Gegen die Aufsicht der Finanzkontrolle spricht im Übrigen auch nicht, dass die ARI über eine private Revisionsstelle verfügt (Art. 15 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 10 Abs. 4 eGovG). Art. 40 Abs. 2 FHG hält ausdrücklich fest, dass die Finanzkontrolle ihre Aufsicht auch dort ausübt, wo eine besondere Revisionsstelle des dezentralen Verwaltungsträgers besteht.

51 Nicht so eindeutig erscheinen die Finanzaufsichtskompetenzen des Kantonsrates gegenüber der ARI. Der Kantonsrat ist Adressat des Berichtes der Finanzkontrolle (Art. 41 Abs. 1 FHG). Seine Finanzkommission "prüft durch eigene Kontrollen und unter Beizug der Finanzkontrolle und von Sachverständigen den gesamten Finanzhaushalt des Staates und der staatlichen Anstalten" (Art. 9 Abs. 2 Geschäftsordnung des Kantonsrates). Die Begrenzung auf "Anstalten" stimmt mit der Umschreibung der Oberaufsichtskompetenzen in Art. 72 KV überein (vgl. oben Ziff. 32).

Diese Lesart bedeutet, dass die ARI zwar der Finanzaufsicht der Finanzkontrolle untersteht, aber keine Finanzaufsicht der Finanzkommission besteht. Eine solche Regelung ist insofern konsequent, als auch die Staatswirtschaftliche Kommission des Kantonsrates mindestens nach dem Wortlaut der Kantonsverfassung über keine direkten Oberaufsichtsbefugnisse gegenüber der ARI verfügt (vgl. oben Ziff. 35 ff.). Auch ist die Finanzkontrolle unabhängig (Art. 38 Abs. 1 FHG) und legt ihr Prüfprogramm selbständig fest (Art. 39 Abs. 1 FHG). Sie dürfte aber in vielen Fällen mit der Finanzkommission eng zusammenarbeiten, welche ihre Aufsicht auch "unter Beizug der Finanzkontrolle" ausübt (Art. 9 Abs. 2 Geschäftsordnung des Kantonsrates). Noch deutlicher ist Art. 39 Abs. 5 FHG, wonach der Kantonsrat die Finanzkontrolle für die Wahrnehmung der parlamentarischen Aufsicht beiziehen kann. Rechtlich besteht somit die Eigentümlichkeit, dass Art. 39 Abs. 5 FHG qua Verweis in Art. 19 eGovG für die ARI Anwendung findet, nicht aber die allgemeinen Bestimmungen zur Finanzaufsicht des Parlaments in der Geschäftsordnung des Kantonsrates. Diese Asymmetrie dürfte nicht bedacht worden sein und wirft ähnliche Fragen auf wie die Reichweite der Oberaufsicht des Kantonsrates (vgl. oben Ziff. 32 f.).

- 52 Dem Bericht der Staatswirtschaftlichen Kommission des Kantonsrates 2014, S. 15 f. ist zu entnehmen, dass im Kanton auch allgemein eine Diskussion stattfindet, in welchem Umfang die Finanzkommission auf die Finanzkontrolle greifen kann. Meines Erachtens erscheint naheliegend, dass eine solche Praxis auch auf die ARI Anwendung findet. Dies bedeutet, dass die Finanzkommission Prüfaufträge übergeben kann, nicht aber konkrete Anweisungen zur Prüfung. Die Diskussion ist aber möglicherweise noch nicht abgeschlossen.

VI. WEITERE FRAGEN

1. Rechtsnatur der Beiträge an die ARI

53 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften stehen an einer Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht. Bezüglich der ARI besteht möglicher Klärungsbedarf in Bezug auf ihre Kundinnen und Kunden. Dabei wurde schon darauf hingewiesen, dass es sich bei den entsprechenden "service level agreements" kaum um zweiseitige Rechtsgeschäfte handelt (vgl. oben Ziff. 24). Die ARI erhebt diese Beiträge einseitig von Kanton und Gemeinden. Die Rechtsnatur dieser Beiträge und die Form ihrer Erhebung sind aus meiner Sicht unsicher, ebenso, ob und in welcher Form Kanton und Gemeinden Rechtsschutz erhalten könnten bzw. wie die ARI diese Beiträge rechtlich durchsetzen könnte, sollten die Zahlungen nicht freiwillig geleistet werden. Insgesamt wurde der Frage möglicher Streitbeilegung nur wenig Beachtung geschenkt.

54 Aus meiner Sicht müssen diese Fragen nicht zwingend geklärt werden. Sollten aber in der Folge dieses Gutachtens Änderungen des Gesetzes über eGovernment und Informatik in Betracht gezogen werden, empfiehlt sich meines Erachtens eine Bereinigung – die erfahrungsgemäss einfacher ist, bevor es zu einem konkreten Streitfall gekommen ist.

2. Submissionsrecht

55 Der Einsatz dezentraler Verwaltungsträger wirft oft Fragen der Anwendung des Submissionsrechts auf. Für die ARI liegt nahe, dass im Verhältnis zu ihren Kundinnen und Kunden keine Vergaben stattfinden, da die ARI unter der Kontrolle der öffentlichen Auftraggeber steht und grundsätzlich keine anderen Kundinnen und Kunden als die öffentlichen Auftraggeber bedient (sog. quasi-in-house-Vergabe, vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 252 ff.). Hingegen ist eine Ausschreibungspflicht der ARI selbst unter Art. 8 Abs. 1 lit. a, Art. 8 Abs. 2 lit. a und Art. 8 Abs. 3 IVöB näher zu prüfen (vgl. dazu WEKO, Empfehlung vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts. RPW 2014/2, S. 442 ff.) – sofern die ARI nicht ohnehin heute schon Ausschreibungen vornimmt.

- 56 Auch hier könnte sich eine Klärung anlässlich einer Gesetzesrevision anbieten. Dem kantonalen Gesetzgeber steht es frei, den Anwendungsbereich des Submissionsrechts weiter zu ziehen als im übergeordneten Recht.

VII. FAZIT UND BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

57 Insgesamt erscheinen Aufsicht und Oberaufsicht der ARI zweckmässig geregelt. In Betracht gezogen werden könnten eine Vereinfachung der Führungsstruktur und punktuelle Klärungen (Finanzaufsicht, Rechtsverhältnis zu Kunden, Submissionsrecht). Im Einzelnen:

a) Ist die gesetzliche Aufsicht über die ARI zweckmässig geregelt?

58 Die Regelung der Einflussmöglichkeiten auf die ARI sowie die Ausgestaltung der Oberaufsicht erscheinen zweckmässig. Die Regierung verfügt mittels Entscheid über die eGovernment- und Informatikstrategie, über die Teilnahme an der Generalversammlung sowie über das Vorschlagsrecht der Mitglieder im Verwaltungsrat über hinreichende Steuerungsmöglichkeiten, um auf die Tätigkeit der ARI Einfluss zu nehmen. Eventuell besteht auch eine gewisse Verhandlungsmacht beim Abschluss der service level agreements.

b) Bestehen hinsichtlich der Aufsicht des Regierungsrates über die ARI regulatorische und praktische Defizite? Welcher Art sind diese Defizite und wie können sie behoben werden?

59 Wie dargelegt erscheinen die Einflussmöglichkeiten des Regierungsrates auf die ARI als ausreichend. Erschwerend lässt sich allenfalls feststellen, dass die verschiedenen Einflussmöglichkeiten in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen könnten, was der Aufsicht des Regierungsrates abträglich sein könnte. Sollten in der Praxis solche Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen, ist eine Vereinfachung der Struktur oder eine präzisere Kompetenzabgrenzung zwischen Strategiekommission (inkl. Kanton und Gemeinden), Generalversammlung und Verwaltungsrat zu prüfen.

60 Sicherzustellen ist auch eine Anbindung der Vertretungen in der ARI an den Gesamtregierungsrat. Hierzu braucht es aber keine Gesetzesänderung.

c) Soll das eGovG Regelungen zur Oberaufsicht über die ARI enthalten?

61 Im geltenden Recht bestehen keine besonderen Bestimmungen zur Oberaufsicht über die ARI. Folgt man der dargelegten Konzeption einer indirekten Aufsicht durch die Staatswirtschaftliche Kommission des Kantonsrates, erscheint deren Reichweite durchaus genügend. Die Oberaufsicht ist auf die Einflussnahme des Regierungsrates gerichtet, was bei dezentralen Verwaltungsträgern verbreitet und sachgerecht ist.

62 Dementsprechend erscheint eine explizite Regelung zur Oberaufsicht über die ARI nicht notwendig. Sollte diese Ansicht umstritten sein, ist eine Klärung durch den Gesetzgeber in Betracht zu ziehen.

d) **Wenn ja, wie könnte eine zweckmässige Regelung im Hinblick darauf aussehen, dass sowohl der Kanton als auch die Gemeinden Eigentümer der ARI sind?**

63 Die Form der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft wurde vorliegend gewählt, um Kanton und Gemeinden gleichberechtigt an der Festlegung und Umsetzung einer eGovernment- und Informatikstrategie zu beteiligen. Dies führt naturgemäss dazu, dass es im Bereich der Oberaufsicht zu einer gewissen Zersplitterung kommt. Grundsätzlich wäre denkbar, dass im vorliegenden Fall ein gemeinsames Aufsichtsorgan zur gemeinsamen Oberaufsicht bestehend aus Vertretern von Kanton und Gemeinden gebildet wird. Ob eine solche Konstruktion indessen notwendig ist, erscheint fraglich. Die Oberaufsicht kann naturgemäss nicht die gesamte Staatstätigkeit abdecken, so dass es meines Erachtens genügt, wenn sich die Oberaufsicht in den Gemeinden an die Oberaufsicht im Kanton anlehnt. Umgekehrt kann auch der Kanton von der Oberaufsichtstätigkeit der Gemeinden profitieren. Eine informelle Koordination und Absprache im Bereich der Oberaufsicht scheint mir nicht ausgeschlossen und für den Fall der ARI auch ausreichend.



Prof. Dr. Felix Uhlmann