

Gutachterliche Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft, Landesentwicklung, Energie, Medien und Digitalisierung im Bayerischen Landtag

zum Gesetzentwurf der Staatsregierung über die Digitalisierung im Freistaat Bayern
(Bayerisches Digitalgesetz – BayDiG)

Drucksache 18/19572

17. März 2022

Univ.-Prof. Dr. Dirk Heckmann

Ass. jur. Sarah Rachut

Ass. jur. Alexander Besner

TUM Center for Digital Public Services

School of Social Sciences and Technology

Technische Universität München

Richard-Wagner-Straße 1

Direktor:

Univ.-Prof. Dr. jur.

Dirk Heckmann

dirk.heckmann@tum.de

Geschäftsführerin:

Assessorin jur.

Sarah Rachut

sarah.rachut@tum.de

Tel. +49 89 90 77 93 300

www.tum-cdps.de

www.gov.sot.tum.de/elaw

Inhaltsverzeichnis

A. Executive Summary	3
B. Allgemeines	5
C. Einzelaspekte des BayDiG.....	8
I. Adressatenorientierung – Nutzerfreundlichkeit	8
II. Digitale Rechte und Gewährleistungen	10
III. Digitale Verwaltung	12
1. Volldigitalisierung	12
2. OZG-Umsetzung	13
3. Elektronische Aktenführung	14
4. Monitoring zur Erfolgskontrolle.....	17
D. Ausblick.....	18
I. Open Data.....	18
1. Gewährung eines subjektiven Anspruchs auf offene Verwaltungsdaten	19
2. Einbeziehung der Kommunen.....	20
3. Kompetenzen schaffen	20
II. KI-Einsatz in der öffentlichen Verwaltung.....	21
1. Potential für die öffentliche Verwaltung	21
2. Notwendigkeit einer Regulierung	22
3. IT-Einsatz-Gesetz in Schleswig-Holstein als Vorbild?	23
4. KI-Einsatz by default.....	24

A. Executive Summary

1. Der Entwurf für ein Bayerisches Digitalgesetz (BayDiG) ist ein außerordentlich gelungenes Beispiel für einen **regulatorischen Rahmen der Staats- und Verwaltungsmodernisierung**. Seine Regelungen sind auf der Höhe der Zeit, adressieren die richtigen Gestaltungsfaktoren, verbinden Recht, Technik, Verwaltung und Gesellschaft und zeigen Augenmaß, um nicht zu viel, aber auch nicht zu wenig zu regulieren.
2. Das BayDiG ist mehr als eine weitere Iteration eines E-Government-Gesetzes, wie es im Bund und in vielen Ländern erlassen und zuweilen novelliert wurde. Es geht über die bekannten Regelungen zum elektronischen Zugang zur bzw. der elektronischen Kommunikation mit der Verwaltung weit hinaus.
3. Als **übergreifendes Regelwerk zu Organisation und Verfahren** einer durchgehend digitalisierten Verwaltung, das auch gesellschaftliche, technische und wirtschaftliche Aspekte berücksichtigt, ist das BayDiG derzeit einzigartig in Deutschland. Einen vergleichbaren Fokus hat lediglich das Digitalisierungsgesetz von Schleswig-Holstein, das am 23.2.2022 beschlossen wurde. Wenngleich dieses Gesetz als Artikelgesetz auch ein „Offene-Daten-Gesetz“ und ein „IT-Einsatz-Gesetz“ mit im Paket hat, fehlen dort doch Aspekte, die das BayDiG auszeichnen und die im Folgenden hervorgehoben werden sollen.
4. Das BayDiG stellt die Verwaltungsmodernisierung in den größeren Kontext der Digitalisierung von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft. Zu diesem Zweck gibt es dem Freistaat so etwas wie eine „Digitalverfassung“. **Art. 2 BayDiG-E** regelt 15 Digitalzielbestimmungen, deren Umsetzung zwar im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und der Staatsregierung liegt, die aber als Auslegungsmaximen justitiabel sind.
5. Das BayDiG stellt den Menschen in den Mittelpunkt des digitalen Verwaltungshandelns. Dafür schafft es einen Rahmen, der sicherstellen soll, dass die Verwaltungsdigitalisierung den Menschen tatsächlich nutzt. Ganz besonders deutlich wird diese Intention mit der „Nutzerfreundlichkeit“, die das BayDiG zum Rechtsprinzip erklärt und an zahlreichen Stellen explizit ausführt (**Art. 2 Nr. 13, 7 Abs. 2, 10 Abs. 1, 14, 20 und 34 BayDiG-E**). Die meisten Vorschriften sind obligatorisch („stellt ... bereit“, „sind ... zu gestalten“, „ist ... sicherzustellen“ etc.). Damit wirkt das Gesetz einem der größten Hindernisse entgegen, das bislang einer breiten Nutzung durch die Bürgerinnen und Bürger entgegenstand: dass solche Verfahren nicht praktikabel, sondern eher schwerfällig und schwerverständlich sind.
6. Außerordentlich begrüßenswert ist in diesem Kontext **Art. 10 BayDiG-E**, wonach die Nutzer in die Entwicklung neuer digitaler Angebote des Freistaates Bayern einbezogen werden. Das was der gesunde Menschenverstand schon lange im Sinn hatte, wird nun gesetzliche Pflicht. Davon sollte in der Praxis rege Gebrauch gemacht werden.
7. Ebenso einmalig ist die Regelung der digitalen Handlungsfähigkeit in **Art. 9 BayDiG-E**. Hier hat der Gesetzgeber an die Fälle der elterlichen Sorge, einer Vormundschaft oder Betreuung etc. gedacht, damit die Interessen dieser Menschen nicht abgekoppelt werden.

8. Der Gedanke der Nutzerzentrierung setzt sich an vielen weiteren Stellen fort: So sollen nach **Art. 5 BayDiG-E** Prozesse optimiert werden, bevor sie digitalisiert werden. Das „sollen“ ist hier nach den strikten Digitalzielbestimmungen als „müssen“ mit Ausnahmen nur in wirklich begründeten, atypischen Fällen zu verstehen. Zu solcher Prozessoptimierung zählt natürlich auch die Vereinfachung der Prozessschritte, was wiederum zu einer nutzerfreundlichen Gestaltung führt.

9. Dies wiederum setzt ein Mindestmaß an Digital- und Datenkompetenz voraus, vor allem auch auf Seiten der Verwaltungsbediensteten. **Art. 7 und 10 BayDiG-E** begründen konsequent Ansprüche auf Qualifizierung, Fort- und Weiterbildung. Die Praxis tut gut daran, hierfür Zeit und Geld zur Verfügung zu stellen. Dies hat sich bald amortisiert.

10. Unterstützung erhalten die Akteure der Verwaltungsdigitalisierung in vielfältiger Weise. Hierzu zählen die Maßnahmen der Daseinsvorsorge (**Art. 4 BayDiG-E**: Bereitstellung digitaler Dienste, qualifizierter Ansprechpartner etc.) genauso wie die Unterstützung der Kommunen als jener Verwaltungsstellen, die vielfach nah an den Bürgerinnen und Bürgern agieren. Hierzu schließt der Freistaat Bayern einen eigenen kommunalen Digitalpakt ab (**Art. 50 BayDiG-E**).

11. Eine weitere zentrale Regelung ist **Art. 5 BayDiG-E** (i.V.m. **Art. 20 BayDiG-E**) mit dem Gebot der Volldigitalisierung, also der Entwicklung und Implementierung medienbruchfreier Prozesse im Frontend und Backend der verfahrensverfahren. Damit geht das BayDiG über das OZG in seiner jetzigen Form und Lesart hinaus. Es kann zugleich Vorbild für ein OZG 2.0 auf Bundesebene sein. Selbstverständlich werden im BayDiG auch die weiteren Vorgaben des OZG umgesetzt, also die Einrichtung der Verwaltungsportale bzw. des Portalverbunds.

12. Abgerundet wird das Gesetz mit jenen Maßgaben, die agiles und flexibles Verwaltungshandeln ausmachen: einem sinnvollen Monitoring (Digitalplan, Digitalbericht, **Art. 15 BayDiG-E**) und eine Experimentierklausel (**Art. 52**). Dies führt zugleich zu den wenigen etwas kritischeren Anmerkungen.

13. Die aktuell geregelte Experimentierklausel könnte mutiger sein und noch mehr Ausnahmen vom konventionellem Verwaltungshandeln zulassen (etwa in Bezug auf die Strukturen des öffentlichen Dienstrechts).

14. Der Aspekt „Open Data“ ist in **Art.14 BayDiG-E** nur rudimentär angesprochen. Es ist aber auch nicht ratsam, sich hier an Schleswig-Holstein und dessen „Offene-Daten-Gesetz“ zu orientieren. Vorzugswürdig wäre ein echtes Datennutzungsgesetz, das über das bloße bereitstellen von Daten hinausgeht und die Wertschöpfungskette mitbedenkt.

15. Hingegen könnte das Digitalisierungsgesetz von Schleswig-Holstein Pate stehen für die Regelung des **KI-Einsatzes in der öffentlichen Verwaltung**. Hier sollte der Freistaat Bayern in ähnlicher Form mutig sein und nicht auf den AI-Act der EU warten.

B. Allgemeines

Mit dem Entwurf des Bayerischen Digitalgesetzes geht Bayern den nächsten wichtigen Schritt auf dem Weg der Digitalgesetzgebung.* Das Gesetz schreibt nicht nur die bisherige E-Government-Gesetzgebung in Bayern konsequent fort, sondern geht über diesen Anspruch deutlich hinaus, indem es weitere Bereiche der Digitalisierung erstmals umfassend und zusammenhängend regelt. Vor dem Hintergrund der Digitalgesetzgebung des Bundes und der Länder nimmt das BayDiG eine Vorreiterrolle ein. Insbesondere bricht es mit der Tradition, die Digitalisierung im Kontext der öffentlichen Verwaltung überwiegend sektorspezifisch und punktuell zu regulieren.

Den Ausgangspunkt hierfür bildete 2002 die Einführung von § 3a VwVfG bzw. Art. 3a BayVwVfG, der erstmals die elektronische Kommunikation mit Verwaltungsbehörden regelte. Den nächsten großen Schritt nahm elf Jahre später das E-Government Gesetz des Bundes (EGovG), bei dem noch, ganz im Sinne einer Ermöglichungsgesetzgebung, das „negative“ Ziel der Beseitigung von rechtlichen Hindernissen für die digitale Verwaltung im Vordergrund¹ stand. Bayern verabschiedete schließlich 2015 als drittes Bundesland nach Schleswig-Holstein und Sachsen ein eigenes E-Government-Gesetz (BayEGovG), das bereits deutlich über das Bundesgesetz hinausging, indem es objektiven Verpflichtungen für die digitale Verwaltungstätigkeit bayerischer Behörden auch subjektive digitale Zugangs- und Verfahrensrechte für Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen gegenüberstellte. Den nächsten gesetzgeberischen Meilenstein der Verwaltungsdigitalisierung nahm der Bundesgesetzgeber 2017 mit dem Onlinezugangsgesetz (OZG), das Bund, Länder und Kommunen dazu verpflichtet, bis Ende 2022 ihre Verwaltungsleistungen über Verwaltungsportale auch vollständig digital anzubieten.²

In Abkehr von der gesetzgeberischen Fokussierung der bloßen Verwaltungsdigitalisierung soll das BayDiG nun einen **einheitlichen und übergreifenden rechtlichen Rahmen für die Digitalisierung von Gesellschaft, Wirtschaft, Staat und Verwaltung** schaffen³ und setzt sich damit selbst hohe Ziele: Es versteht sich als ein in Gesetzesform gegossenes, umfassendes Verwaltungsmodernisierungsprogramm⁴; laut Staatsministerin Judith Gerlach soll es **digitale Rechte von Bürgerinnen und Bürger**, aber auch von **Unternehmen in Bayern** verankern und den **Bürokratieabbau** sowie die **Modernisierung von Staat und Verwaltung** durch ein effizientes, innovationsoffenes und digitales Verwaltungsrecht gewährleisten.⁵

* Die Autoren danken Kathrin Walther, Jonas Hacker und Julian Maurer für ihre wertvolle Zuarbeit bei der Erstellung des Gutachtens.

¹ *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, in: Denkhaus/Richter/Bostelmann, E-Government-Gesetz/Onlinezugangsgesetz, EGovG, Einleitung Rn. 5.

² <https://www.onlinezugangsgesetz.de/Webs/OZG/DE/grundlagen/info-ozg/info-ozg-wortlaut/ozg-im-wortlaut-node.html>. (abgerufen am 16.03.2022).

³ LT-Drs. 18/19572, S. 2.

⁴ LT-Drs.: 18/19572, S. 33.

⁵ LT-Plenarprotokoll 18/102, S. 13909.

Den dazu geforderten übergreifenden rechtlichen Ordnungsrahmen, der allgemeine, entwicklungsoffene rechtliche Leitplanken für die Digitalisierung von Gesellschaft und Wirtschaft, Staat und Verwaltung definiert, kann das BayEGovG laut der Entwurfsbegründung nicht mehr bieten⁶, sodass das BayDiG gemäß Art. 55 Abs. 4 des Entwurfs das BayEGovG auch vollständig ablösen soll. Damit wird auch deutlich, dass das BayDiG die Verwaltungsdigitalisierung nach wie vor als seine Kernaufgabe begreift. In Teil 2 des Entwurfs werden dazu in weiten Teilen Vorschriften des BayEGovG teils erweitert übernommen; die **Art. 24 ff.** setzen die Verpflichtungen des OZG zum Angebot digitaler Verwaltungsleistungen in Verwaltungsportalen landesrechtlich um.

Einzigartig macht das BayDiG aber vor allem, dass es diese zunächst schlichte und zum Teil durch das OZG bundesrechtlich stark determinierte Fortschreibung der E-Government-Gesetzgebung mit innovativen digitalpolitischen Konzepten und Maßnahmen in einem Gesetz vereint. So enthält es etwa mit dem **präambelartigen⁷ Art. 2** umfangreiche „Metaziele“⁸ der Digitalisierungsgestaltung die von Technologie- und Wirtschaftsförderung über Digitalisierung in Gesundheit und Pflege bis hin zu digitaler Barrierefreiheit öffentlicher Dienste reichen. Mit **Art. 3** widmet sich das BayDiG-E außerdem der digitalen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit des Freistaates Bayern und trägt damit der berechtigten Diskussion über die wachsende Macht nicht-staatlicher Akteure im Cyberspace sowie dem Bedürfnis nach Kontrolle über Daten, Soft- und Hardware Rechnung.⁹ Ein gänzlich neues Novum der nationalen wie auch internationalen Digitalgesetzgebung bildet außerdem die in den **Art. 8 ff.** festgeschriebene **Charta an digitalen Rechten und Gewährleistungen**.¹⁰

Insofern hebt sich das BayDiG mit dieser ganzheitlichen Herangehensweise auch deutlich von dem am 23.02.2022 beschlossenen¹¹ Digitalisierungsgesetz Schleswig-Holstein ab, das ebenfalls vor dem Bewusstsein entstand, dass die digitale Transformation immer mehr Bereiche des täglichen Lebens erfasst und eine moderne Informationsgesellschaft auf eine moderne Verwaltung angewiesen ist. Schleswig-Holstein wird mit diesem Gesetz zwar auch in weiten Teilen seiner Rolle als Pionier einer umfassenden Regulierung der Digitalen Transformation in Staat und Verwaltung gerecht¹² verfolgt aber mit der Ausgestaltung als Artikelgesetz nach wie vor den Ansatz zahlreicher punktueller Änderungen verschiedener fachgesetzlicher Normen. Im Sinne der Anwenderfreundlichkeit, aber auch im Sinne der Transparenz und Nachvollziehbarkeit für Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen erscheint der bayerische Ansatz, das Recht der Digitalisierung im

⁶ LT-Drs.: 18/19572, S. 30.

⁷ *Rachut*, JurisPR-ITR 17/2021 Anm. 2.

⁸ LT-Drs.: 18/19572, S. 42.

⁹ *Tiedeke*, MMR 2021, 624, 625.

¹⁰ LT-Drs.: 18/19572, S. 34.

¹¹ Siehe <http://lissh.lvn.parlanet.de/cgi-bin/starfinder/0?path=lisshfl.txt&id=fastlink&pass=&search=DID=K-137276&format=WEBVORGLFL1>, (abgerufen am 16.03.2022).

¹² Vgl. *Heckmann/Rachut*, Gutachterliche Stellungnahme für den Innen- und Rechtsausschuss sowie den Umwelt-, Agrar- und Digitalisierungsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtags, S. 23, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/06800/umdruck-19-06867.pdf>, (abgerufen am 16.03.2022).

öffentlich-rechtlichen Kontext in einem Gesetzeswerk gebündelt zu regeln, deutlich überzeugender.

Der Entwurf des BayDiG wird teilweise auch kritisiert.¹³ So wird etwa vorgebracht, dass Zielbestimmungen und rechtspolitische Vorgaben in Gesetzesform zuweilen doch recht programmhaft anmuten, ohne unmittelbar umsetzbare Maßnahmen an die Hand zu geben. So bleibt es z.B. mit **Art. 14 BayDiG-E** bei einem lediglich grundsätzlichen Bekenntnis zu offenen Verwaltungsdaten. Gänzlich ausgeklammert wird auch der Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI) durch die öffentliche Verwaltung. Damit könnte die Chance verpasst werden, auch hierbei eine Vorreiterrolle einzunehmen.

Dem könnte man jedoch auch entgegenhalten, dass gerade in der Aufstellung von Programmsätzen und übergeordneten Zielbestimmungen eine zentrale Stärke des Entwurfs liegt. Mit Blick auf die zahlreichen Verordnungsermächtigungen und dem gewährten Freiraum, Einzelheiten in nachgelagerten Gesetzen zu regeln, lässt sich das BayDiG nämlich durchaus als eine Art neuer Grundstein der Bayerischen Digitalgesetzgebung verstehen. Finden diese abstrakten Programmsätze und Zielbestimmungen bei der nachgelagerten Ausgestaltung und Konkretisierung durch Gesetze und Verordnungen als Auslegungs- und Handlungsmaximen hinreichend Berücksichtigung, kommt diese hier skizzierte Stärke des BayDiG-E erst vollends zum Tragen. So können die Innovationen des BayDiG auf weitere Teile des öffentlichen Rechts in Bayern ausstrahlen.

¹³ Vgl. etwa: LT-Plenarprotokoll 18/102, S. 13913.

C. Einzelaspekte des BayDiG

Aufgrund der enormen Regelungsbreite des BayDiG-E fokussiert die vorliegende, am *TUM Center for Digital Public Services der Technischen Universität München* entstandene, sachverständige Stellungnahme bestimmte Aspekte des Entwurfs, die entweder besonderen Zuspruch verdienen oder unmittelbare Anknüpfungspunkte für konstruktive Kritik liefern.

I. Adressatenorientierung – Nutzerfreundlichkeit

Richtig verstanden zielt Nutzerfreundlichkeit darauf ab, die Bedürfnisse der unterschiedlichen Nutzengruppen bestmöglich zu berücksichtigen. Dies sind sowohl die Adressaten staatlichen Handelns (die Bürgerinnen und Bürger) als auch die Mitarbeitenden in der öffentlichen Verwaltung. In einem weiteren Schritt bieten digitale Technologien zudem vielfältige Möglichkeiten zur Inklusion bisher exkludierter Gruppen, sodass auch der Barrierefreiheit¹⁴ im Rahmen der Nutzerfreundlichkeit ein hoher Stellenwert zukommt.

Als Maßgaben für Nutzerfreundlichkeit lassen sich ganz generell eine einheitliche Gestaltung, die Übersichtlichkeit der aufbereiteten Informationen und medienbruchfreie, digitale Prozesse heranziehen.¹⁵ Der E-Government-Monitor der Initiative D21 identifiziert Nutzerfreundlichkeit bzw. Usability regelmäßig als wichtigen Erfolgsfaktor für die Zufriedenheit von Bürgerinnen und Bürgern mit E-Government-Angeboten und hebt dabei mit einfacher Bedienbarkeit, der Auffindbarkeit von Informationen und der durchgängigen (medienbruchfreien) Abwicklung auf ganz ähnliche Kriterien¹⁶ ab. Ob Bürgerinnen und Bürger E-Government als echten Mehrwert wahrnehmen, hängt außerdem von der Verlässlichkeit der Angebote ab.¹⁷

Besonders positiv fällt daher auf, dass der Entwurf des BayDiG an vielen Stellen Nutzerfreundlichkeit umfangreich berücksichtigt und als handfestes Kriterium für alle zu etablierenden digitalen Dienste vorgibt. Dem liegt ausweislich der Entwurfsbegründung die Erkenntnis zugrunde, dass die nutzerfreundliche Ausgestaltung digitaler Angebote auch ganz maßgeblich für die effektive Wahrnehmung verfahrensrelevanter Grundrechte von Bedeutung ist.¹⁸ Daher werden mit **Art. 2 Satz 2 Nr. 13 und 15 BayDiG-E** die Vereinfachung und nutzerfreundliche Gestaltung von Verwaltungsleistungen sowie die Barrierefreiheit öffentlicher Dienste konsequent zu einem der übergeordneten „Metaziele“ des Gesetzes erklärt.

¹⁴ Vgl. *Thapa*, Für mehr Barrierefreiheit in der öffentlichen Verwaltung, Kompetenzzentrum Öffentliche IT, 2021, S. 22.

¹⁵ *Heckmann*, in: Heckmann/Paschke, Juris Praxiskommentar Internetrecht, Kap. 5, Rn. 957.

¹⁶ Initiative D21, eGovernment-Monitor 2021, S. 35 f, abrufbar unter: <https://initiated21.de/egovmon21/>, (abgerufen am 16.03.2022).

¹⁷ *Albrecht*, in: Handbuch Multi-Media-Recht, Teil 28, Rn. 36.

¹⁸ LT-Drs.: 18/19572, S. 53.

- **Art. 7 Abs. 2 BayDiG-E** gibt die Förderung des Einsatzes nutzerfreundlicher digitaler Verfahren und Anwendungen in den Behörden auf und setzt damit Nutzerfreundlichkeit auch für Mitarbeitende der Verwaltung um. Hierbei wird zudem betont, dass dies ausdrücklich auch die digitale Barrierefreiheit einschließt.
- Gem. **Art. 14 Satz 2 BayDiG-E** sind staatliche Behörden zur zielgruppenorientierten und nutzerfreundlichen Aufbereitung öffentlich zugänglicher Daten verpflichtet.
- Durch die Bereitstellung von Informationen sollen die Behörden eine sachgerechte und nutzerfreundliche Inanspruchnahme digitaler Dienste ermöglichen, vgl. **Art. 17 Abs. 1 Satz 2 BayDiG-E**.
- **Art. 10 BayDiG-E** verdeutlicht nochmals die Bedeutung der Nutzerfreundlichkeit und Barrierefreiheit, indem die Bereitstellung nutzerfreundlicher und barrierefreier digitaler Dienste zur Voraussetzung für digitale Selbstbestimmung erhebt.
- Daran knüpft **Art. 20 Abs. 1 Satz 2 BayDiG-E** an, indem er generell die Durchführung digitaler Verfahren dem Kriterium der Nutzerfreundlichkeit unterwirft.
- Auch die Einsicht in digitale Akten ist nutzerfreundlich auszugestalten, vgl. **Art. 34 Satz 1 BayDiG-E**.

Unter den E-Government-Regelungen der anderen Bundesländer finden sich insbesondere in der Gesetzgebung des Landes Berlin ebenfalls Regelungen zur Nutzerfreundlichkeit.¹⁹ So findet sich auch hier in § 2 E-GovG Bln bereits ein Katalog mit übergeordneten Zielen, wobei ein Schwerpunkt auf den verschiedenen Ausprägungen der Nutzerfreundlichkeit (u.a. Transparenz, Unternehmensfreundlichkeit, Benutzerfreundlichkeit, barrierefreie Zugänglichkeit, Nutzbarkeit der Verwaltungsprozesse und Verbesserung der allgemeinen Partizipationsmöglichkeit) gelegt wird. Damit konzentriert man sich in Berlin auf die drei unterschiedlichen Adressaten der Regelungen Bürgerinnen und Bürger, Wirtschaft sowie die Bediensteten in der öffentlichen Verwaltung. Nutzerfreundlichkeit als übergeordnetes Ziel gibt daher vor, sämtliche weitere Regelungen so auszugestalten, dass sie auf Nutzen, Nützlichkeit und Freundlichkeit überprüfbar sind. Es geht daher darum, die Verwaltungsvorgänge mit Hilfe von IT so zu gestalten, dass die Adressaten dieser Prozesse einen einfachen Zugang in die Systeme finden, ihre Angelegenheiten dort einfach, schnell und wirksam erledigen können und bei allem Rücksicht auf die tatsächlichen Möglichkeiten der IKT-Nutzung bei den einzelnen Adressaten (deshalb auch die ausdrückliche Erwähnung der Barrierefreiheit) genommen wird. Mit den nun im BayDiG-E vorgesehenen Regelungen schließt sich Bayern der Vorreiterrolle im Bereich der Nutzerfreundlichkeit an.

¹⁹ Heckmann/Rachut, Evaluation des Berliner E-Government-Gesetzes, Abgeordnetenhaus Berlin, 2765 E, 2021, S. 3, abrufbar unter: <https://www.parlament-berlin.de/adosservice/18/Haupt/vorgang/h18-2765.E-v.pdf> (abgerufen am 16.03.2022).

Trotz dieser sehr begrüßenswerten umfangreichen Verankerung des Kriteriums der Nutzerfreundlichkeit gibt der Entwurf des BayDiG selbst aber keine konkreten Vorgaben oder Maßnahmen zur Ausgestaltung der Nutzerfreundlichkeit an die Hand. Die Entwurfsbegründung stellt auf eine normative Konkretisierung des Begriffs und eine mögliche Orientierung an den Anforderungen an eine transparente Information und Kommunikation gem. Art. 12 DSGVO ab.²⁰

Die Staatsregierung wird jedoch **mit Art. 53 Abs. 1 Nr. 1 und 8 BayDiG-E** dazu ermächtigt, per Verordnung Maßnahmen zur Gewährleistung der Barrierefreiheit in der digitalen Verwaltung zu bestimmen und Standards zur Nutzerfreundlichkeit für den Portalverbund Bayern und die dazugehörigen Nutzerkonten aufzustellen. Darüber hinaus erlaubt es auch **Art. 26 Abs. 2 Satz 2 BayDiG-E**, Nutzerfreundlichkeit durch die Vorgabe technischer Standards für den Portalverbund Bayern zu konkretisieren. Auch wenn sich beide diese Möglichkeiten zur weiteren Ausdifferenzierung der Nutzerfreundlichkeit zunächst nur auf die Ausgestaltung des Portalverbunds Bayern und die Nutzerkonten beschränken, können die hierbei zu erarbeitenden Vorgaben auch Orientierung für die Begriffsbestimmung der Nutzerfreundlichkeit in weiteren Kontexten bieten.

Es wird empfohlen, einerseits Nutzerfreundlichkeit anhand der abstrakten Maßgaben einer einheitlichen Gestaltung, der Barrierefreiheit, der Übersichtlichkeit der aufbereiteten Informationen, der einfachen Bedienbarkeit und der durchgängigen (medienbruchfreien) Abwicklung zu konkretisieren; andererseits sollte auch die Erwartungshaltung der Bürgerinnen und Bürger an digitale Lösungen in den Blick genommen werden. Äußerst positiv fällt daher auch auf, dass mit Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BayDiG-E die Einbeziehung der Nutzerinnen und Nutzer in die Entwicklung neuer digitaler Angebote des Freistaates Bayern schon vorgesehen und somit die wohl wichtigste Perspektive, nämlich die der Adressaten der Verwaltungsleistungen, auch gesetzlich verpflichtend zu berücksichtigen ist. Denn angesichts der Allgegenwärtigkeit kommerzieller digitaler und nutzerzentrierter Angebote, der Möglichkeit der Echtzeitkommunikation und der immer größeren Medienkompetenz der Adressaten erwächst in der Gesellschaft ein Anspruchsdenken hinsichtlich der öffentlichen Verwaltung.²¹ Das Ziel sollte es daher sein, Verwaltungsdienstleistungen so „unkompliziert wie ein Amazon-Einkauf“²² auszugestalten.

II. Digitale Rechte und Gewährleistungen

Mit den **Art. 8 bis 13 BayDiG-E** werden unter dem Kapitel 2 „Digitale Rechte und Gewährleistungen“ erstmals einfachgesetzliche digitale Abwehrrechte von Bürgerinnen und Bürgern, subjektive Ansprüche und objektive Gewährleistungspflichten im Kontext der digitalen Verwaltung normiert. Damit sollen Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen in Bayern in die Lage versetzt werden, auch unter Bedingungen der Digitalisierung als aktiv gestaltende Akteure zu handeln.²³ Die hier zum Ausdruck gebrachte Service- und

²⁰ LT-Drs.: 18/19572, S. 53.

²¹ Heckmann, in: Heckmann/Paschke, Juris Praxiskommentar Internetrecht, Kap. 5, Rn. 944.

²² Martini, DÖV 2017, 443, 447.

²³ LT-Drs. 18/19572, S. 51.

Bürgerorientierung des BayDiG zeugt von einem schon lange proklamierten Selbstverständnis Bayerns als moderner Dienstleistungsstaat.²⁴ Wegen ihrer Innovationskraft sollen hier folgende digitale Rechte und Gewährleistungen näher betrachtet werden:

- **Art. 8 Satz 1 BayDiG-E** gewährt mit der Formulierung „Jeder hat das Recht auf freien Zugang zum Internet über allgemein zugängliche Netze“ ein einfachgesetzliches Abwehrrecht und ähnelt damit in seiner Konzeption dem Informationsfreiheitsgrundrecht gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG, das ebenfalls primär ein Abwehrrecht, z.B. gegen staatliche Informationssperren²⁵ darstellt. Das BayDiG möchte mit Art. 8 dem Umstand Rechnung tragen, dass der Zugang zum Internet beim heutigen Stand der Digitalisierung Voraussetzung für die wirksame umfassende Wahrnehmung praktisch aller Grundrechte geworden ist.²⁶ Einen Leistungsanspruch auf Internetzugang soll und kann das BayDiG nicht gewähren.²⁷ Auch insoweit besteht eine gewisse Vergleichbarkeit zu Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG, der ebenfalls grundsätzlich keinen Anspruch auf Verschaffung von Informationen oder Eröffnung einer Informationsquelle gewährt.²⁸ Auch wenn, wie von der Entwurfsbegründung aufgeführt²⁹, damit im Grunde nur die ohnehin geltende Verfassungsrechtslage abgebildet wird, kann Art. 8 BayDiG-E eine wichtige Vergegenwärtigungsfunktion zukommen. Als einfachgesetzliches Recht ohne Verfassungsrang kann das Recht auf Zugang zum Internet zwar verhältnismäßig einfach eingeschränkt werden, die hier vorgenommene Kodifizierung kann jedoch, etwa im polizei- und sicherheitsrechtlichen Kontext, zu einer Auseinandersetzung mit der Bedeutung eines Internetzugangs zwingen und so dem Normziel zur Geltung verhelfen.
- **Art. 9 BayDiG-E** verpflichtet unter der Überschrift „Digitale Handlungsfähigkeit“ zur Bereitstellung digitaler Dienste, die insbesondere die Möglichkeiten zur digitalen Ausübung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit, der Beteiligten- und Handlungsfähigkeit im Verwaltungsverfahren, der elterlichen Sorge, der Vormundschaft, der Betreuung, der Bevollmächtigung, der Pflegschaft und der Rechtsnachfolge im Erbfall verbessern sollen. Mit dieser objektiven Gewährleistungspflicht kann Bayern einer zentralen Herausforderung der Verwaltungsdigitalisierung, dem sog. „Digital Divide“ begegnen. Gerade die Zielgruppen der Leistungsverwaltung, wie ältere Menschen, Arme und schlecht Ausgebildete, verfügen oft nicht über die Kompetenz, das Internet zu nutzen.³⁰ Auch wenn den Bürgerinnen und Bürgern angesichts dessen immer noch die Möglichkeit offengehalten werden muss, Verwaltungsverfahren rein analog abzuwickeln (auch das wird mit **Art. 12**

²⁴ Heckmann, in: Heckmann/Paschke, Juris Praxiskommentar Internetrecht, Kap. 5 Rn. 3, m.w.N.

²⁵ Jarass in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 5, Rn. 21.

²⁶ LT-Drs.: 18/19572, S. 51.

²⁷ LT-Drs.: 18/19572, S. 51.

²⁸ Jarass in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 5, Rn. 28.

²⁹ LT-Drs.: 18/19572, S. 52.

³⁰ Heckmann, in: Heckmann/Paschke, Juris Praxiskommentar Internetrecht, Kap. 5 Rn. 203.

Abs. 1 Satz 3 BayDiG-E berücksichtigt), erscheint es zweckmäßig und sogar geboten, Bürgerinnen und Bürgern solche digitalen Dienste anzubieten, die niederschwellig und unkompliziert E-Government zugänglich machen. Kommt der Gesetzgeber dieser Gewährleistungspflicht umfangreich nach, kann damit zum Abbau von Kompetenz- aber auch Akzeptanzhürden beigetragen werden.

- **Mit Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BayDiG-E** wird Bayern zur Förderung der digitalen Selbstbestimmung und der dazu erforderlichen Bereitstellung nutzerfreundlicher und barrierefreier digitaler Dienste verpflichtet. Nach **Art. 10 Abs. 2 Satz 1 BayDiG-E** sind geeignete Maßnahmen zur Stärkung der digitalen Grundkompetenzen von natürlichen und juristischen Personen und nach **Art. 10 Abs. 2 Satz 2 BayDiG-E** geeignete Qualifizierungsmaßnahmen zur digitalen Barrierefreiheit zu fördern. Dadurch sollen Bürgerinnen und Bürger in die Lage versetzt werden, ihre digitale Kommunikation im privaten und geschäftlichen Bereich und bei Kontakten mit der Verwaltung ihren eigenen Handlungszielen entsprechend frei zu gestalten.³¹ Auch hiermit bietet sich die Chance, dem „Digital Divide“ entgegen zu wirken und digitale Inklusion zu fördern. Im Zusammenwirken von **Art. 9 und Art. 10 BayDiG-E** kann der elektronische Rechtsverkehr so ausgestaltet werden, dass er für alle Bürgerinnen und Bürgern im Sinne eines „informationellen Sozialstaates“ ausreichende Beteiligungsmöglichkeiten bietet.³²

III. Digitale Verwaltung

Das Kernstück des BayDiG-E bilden Regelungen zur Verwaltungsdigitalisierung im Sinne der Fortschreibung des BayEGovG und der Umsetzungen der Verpflichtungen aus dem OZG. An dieser Stelle sollen Vorschriften in den Blick genommen werden, die maßgeblich die Weichen für die Zukunft der digitalen bayerischen Verwaltung stellen.

1. Volldigitalisierung

Das Leitbild der Volldigitalisierung der öffentlichen Verwaltung zielt darauf ab, Prozesse sowohl nach außen (zwischen Bürgerinnen und Bürgern und dem Staat) als auch nach innen (innerhalb des Staates) vollständig zu digitalisieren, das technisch vorhandene Potential bestmöglich auszuschöpfen und somit nicht nur eine größere Nutzergruppe mit einer höheren Zufriedenheit zu bedienen, sondern auch die bestehenden Prozesse konsequent zu überdenken und zu optimieren.³³ Damit wird die Volldigitalisierung auch zur Grundvoraussetzung für ein medienbruchfreies und nutzerfreundliches Angebot digitaler Verwaltungsleistungen. Bürgerinnen und Bürger übertragen mittlerweile Anspruchshaltungen an jederzeit verfügbare und unkomplizierte E-Commerce-Angebote auch auf die

³¹ LT-Drs.: 18/19572, S. 52.

³² *Roßnagel*, Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, VwVfG, Einl. Rn. 56.

³³ *Heckmann*, in: Heckmann/Paschke, Juris Praxiskommentar Internetrecht, Kap. 5 Rn. 962

Abwicklung von Verwaltungsverfahren; für Unternehmen hat sich der Digitalisierungsstand längst zu einem Standortfaktor³⁴ entwickelt.

Daher ist es sehr zu begrüßen, dass sich der Entwurf des BayDiG dem Leitbild der Volldigitalisierung verschrieben hat und mit **Art. 5 Abs. 1 BayDiG-E** normativ verankert. Demnach sollen geeignete staatliche Prozesse der Verwaltung des Freistaates Bayern vollständig digitalisiert und bereits digitalisierte Prozesse in einem Verbesserungsprozess fortentwickelt werden. Mit **Art. 20 Abs. 1 Satz 1 BayDiG-E**, der vorgibt, dass staatliche Behörden geeignete Verwaltungsverfahren oder Teile hiervon in der Regel digital durchführen sollen, wird das Leitbild der Volldigitalisierung auch in den Gedanken des „digital first“ übersetzt.

Kritisch könnte angemerkt werden, dass sowohl **Art. 5 Abs. 1 BayDiG-E** als auch **Art. 20 Abs. 1 Satz 1 BayDiG-E** nach ihrem derzeitigen Wortlaut jeweils zwei Anknüpfungspunkte für ein Abweichen der aufgestellten Verpflichtungen bieten. Einerseits sind beide Normen nur als „Soll-Vorschrift“ formuliert, was bereits ein Abweichen von der aufgestellten Rechtspflicht in begründeten Ausnahmefällen zulässt. Andererseits sind von den Verpflichtungen jeweils nur „geeignete“ Prozesse bzw. Verwaltungsverfahren umfasst. Hinsichtlich der Umsetzung der Volldigitalisierung bzw. dem Gedanken „digital first“ wird also immer noch ein, wenn auch eingeschränkter, Ermessensspielraum gewährt.

Deshalb wird empfohlen, zumindest in der Gesetzesbegründung, besser sogar in einer untergesetzlichen Normkonkretisierung Kriterien für den atypischen Ausnahmefall zu entwickeln, in denen eine vollständige Digitalisierung unterbleiben kann. So kann vermieden werden, dass man sich der Regelverpflichtung allzu leicht entziehen kann.

2. OZG-Umsetzung

Mit den **Art. 24 bis 30 BayDiG-E** werden die Verpflichtungen des OZG umgesetzt. An dieser Stelle soll betrachtet werden, ob das vollständig gelingt.

Zur Umsetzung der Verpflichtungen aus dem OZG richtet der Freistaat Bayern das Bayernportal und das Organisationsportal ein, welche im Portalverbund Bayern organisiert sind. Der Angebotsumfang des Portalverbands Bayern wird in **Art. 26 Abs. 2 BayDiG-E** geregelt. Die explizite Nennung und somit gesetzliche Regelung des konkreten Angebotsumfangs ist im OZG nicht vorgesehen. Aus dem BayDiG-Entwurf lässt sich eine zu begrüßende Selbstverpflichtung zu Fortschritt und Innovation erkennen, da somit das Digitalangebot bayerischer Behörden verbindlich festgelegt wird. Nach Maßgabe des **Art. 53 Abs. 3 Nr. 2 BayDiG-E** wird das Staatsministerium für Digitales ferner im Einvernehmen mit den fachlich zuständigen Staatsministerien ermächtigt, durch Rechtsverordnung im Rahmen von **Art. 26 BayDiG-E** Mindestkataloge von Verwaltungsleistungen festzulegen, die von den zuständigen Behörden über den Portalverbund Bayern bereitgestellt werden

³⁴ Heckmann, in: Heckmann/Paschke, Juris-Praxiskommentar Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 946 ff.

und Standards für die einheitliche Bereitstellung dieser Leistungen über den Portalverbund festzulegen.

Zu einer Verknüpfung des Portalverbunds Bayern mit dem sog. Bundesportal (Verwaltungsportal des Bundes) äußert sich der Entwurf nicht namentlich. Die für das Gelingen einer Verknüpfung maßgeblichen Regelungen (insbesondere zu den Nutzerkonten; **Art. 30 ff. BayDiG-E**) werden allerdings im Entwurf ausreichend berücksichtigt.

Ggf. wäre eine explizite Regelung (z. B. „Eine ausreichende technische Verknüpfung des Portalverbunds Bayern mit dem Verwaltungsportal des Bundes wird durch den Freistaat Bayern gewährleistet“) wünschenswert, um den Stellenwert der funktionierenden Verknüpfung zwischen Bundes- und Landesebene explizit herauszustellen.

Die Regelungen des OZG hinsichtlich der Sicherstellung der technischen und organisatorischen Voraussetzungen für den Einsatz der elektronischen Abwicklung von Verwaltungsverfahren wurden zufriedenstellend im Entwurf des BayDiG berücksichtigt.

Durch die zu begrüßende Ergänzung des **Art. 28 Abs. 4 S. 2 BayDiG-E**, welcher vorsieht, dass die Behörden jene technischen Einrichtungen und Kommunikationsstandards sowie Möglichkeiten zur medienbruchfreien Datenübermittlung nutzen sollen, welche der effizienten Verfahrensgestaltung dienen, wird der Gedanke des OZG zugleich konkretisiert und ausgebaut. Einziger Ansatzpunkt zur Verbesserung: Diese Soll-Regelung könnte ggf. durch eine verpflichtende Regelung wie bei **S. 1** ersetzt werden, um zu gewährleisten, dass stets die im Sinne der Verfahrenseffizienz günstigste und medienbruchfreie Kommunikationsvariante gewählt wird. Es gilt zu verhindern, dass Verwaltungsdigitalisierung je nach Behörde oder Sachbearbeiter unterschiedlich gelebt wird und aus Gewohnheit auf alte Muster zurückgegriffen wird (z. B. Telefaxkommunikation obwohl eine E-Mail im konkreten Fall effizienter gewesen wäre). Bayern sollte beim Thema Verwaltungsdigitalisierung eine Vorreiterrolle zukommen, weshalb sicherzustellen ist, dass auch sämtliche effizienten und gebotenen Möglichkeiten der Digitalisierung genutzt werden.

Die Regelungen des § 9 Abs. 1 OZG werden im BayDiG-E entsprechend umgesetzt.

Begrüßenswerte zusätzliche Regelungen enthält **Art. 25 BayDiG-E**. Die klarstellende Regelung des **Art. 25 S. 2 und 3 BayDiG-E**, dass die Zustellung (eines VA) durch Bereitstellung zum Datenabruf seitens des Betroffenen nur möglich ist, insoweit dieser hierzu vorab unter ausdrücklichem Verweis auf diese Rechtsvorschrift über die Rechtsfolgen informiert wurde, schafft Transparenz und Handlungssicherheit, sowohl auf Seite der beteiligten Behörde als auch des betroffenen Bürgers oder Bürgerin.

3. Elektronische Aktenführung

Die Vorteile der digitalen Aktenführung sind unbestritten und liegen weitestgehend auf der Hand: Relevante Informationen können gefiltert und somit schneller gefunden werden, der Austausch ist deutlich leichter und auch der ortsunabhängige Zugriff bietet

Vorteile, die zu höherer Effizienz und schnellerer Bearbeitung führen.³⁵ Eine moderne und digitale Verwaltung ist ohne digitale Aktenführung nicht möglich, für zahlreiche Anwendungen ist sie Grundvoraussetzung, weswegen die digitale bzw. elektronische Aktenführung zu Recht als „das Kernstück der Modernisierung der Verwaltung“³⁶ bezeichnet wird. Das volle Potential lässt sich dabei aber nur ausschöpfen, wenn die Akten auch vollständig digital, somit medienbruchfrei geführt werden.

Gleichzeitig ist die rechtliche Implementierung der digitalen Aktenführung eine der größten Herausforderungen der Verwaltungsdigitalisierung und mit zahlreichen Unsicherheiten verbunden. Beispielsweise seien hier nur die konkrete Übertragung der bisher papiergeführten Akten in ein elektronisches Format³⁷, die Fragen der Beweiskraft³⁸ und die Frage einer hybriden Aktenführung³⁹ genannt. Insbesondere was die Pflicht zur Nutzung elektronischer Akten betrifft, bedarf es daher klarer gesetzlicher Regelungen. „Kann-Vorschriften“ schwächen an dieser wichtigen Stelle ab, da zuweilen die intrinsische Motivation zur Verwaltungsmodernisierung fehlt oder schwach ausgeprägt ist.⁴⁰ Mit einer Verpflichtung zur digitalen Aktenführung kann hingegen auch das Interesse der Verwaltungsmitarbeitenden steigen, Ein- und Ausgänge wie Anträge, Verwaltungsakte und sonstige Kommunikation elektronisch zu führen.⁴¹

Zu bemängeln ist daher am Entwurf des BayDiG insbesondere die wenig fortschrittliche, größtenteils unveränderte Übernahme der Vorschriften zur elektronischen Aktenführung aus dem BayEGovG.

- In **Art. 33 Abs. 1 Satz 1 BayDiG-E** wird normiert, dass die staatlichen Behörden ihre Akten digital führen sollen, Landratsämter und sonstige Behörden können dies tun. Damit übernimmt der **Art. 33** die Vorschriften des Art. 7 BayEGovG mit lediglich kleinen redaktionellen Änderungen. Beispielsweise ist nun anstelle von elektronischen Akten von digitalen Akten die Rede. Zentral ist jedoch, dass der Artikel weiterhin als „Soll-Vorschrift“ für die staatlichen Behörden formuliert ist und somit die klassische Aktenführung in Papierform nach wie vor gesetzlich zulässt. In der Gesetzesbegründung wird zwar erklärt, dass die Behörden ihre Akten und Register „im Regelfall“ digital zu führen haben, jedoch mit der unmittelbar folgenden Einschränkung: „Das Gebot des Satzes 1 kann sowohl durch vollständige als

³⁵ Guckelberger, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, 567-570.

³⁶ Denkhaus/Richter/Bostelmann, in: Denkhaus/Richter/Bostelmann, E-Government-Gesetz/Onlinezugangsgesetz, EGovG § 6 Rn. 11.

³⁷ Vgl. VG Wiesbaden, Urt. v. 28.02.2014 – 6 K 152/14.WI.A = NJW 2014, 2060; Heckmann/Rachut, Evaluation des Berliner E-Government-Gesetzes, Abgeordnetenhaus Berlin, 2765 E, S. 4 f.

³⁸ Albrecht/Schmid, K&R 2013, 529, 534; Denkhaus/Richter/Bostelmann, in: Denkhaus/Richter/Bostelmann, E-Government-Gesetz/Onlinezugangsgesetz, EGovG, § 7 Rn. 12 ff.

³⁹ Eine hybride Aktenführung ist grundsätzlich unzulässig, Ausnahmen können sich aber aus Spezialregelungen wie bspw. Art. 104 BayBG ergeben.

⁴⁰ Vgl. so schon Heckmann/Rachut, Gutachterliche Stellungnahme für den Innen- und Rechtsausschuss sowie den Umwelt-, Agrar- und Digitalisierungsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtags, S. 10.

⁴¹ Denkhaus/Richter/Bostelmann, in: Denkhaus/Richter/Bostelmann, E-Government-Gesetz/Onlinezugangsgesetz, EGovG § 6 Rn. 6.

auch durch teilweise digitale Akten- oder Registerführung erfüllt werden.“⁴² In begründeten Fällen kann also von der digitalen Aktenführung abgesehen werden, zudem können oberste Landesbehörden Ausnahmen für ihren Bereich und ihnen nachgeordnete Behörden erlassen.

Es wird empfohlen, die schlichte, beinahe wortlautgleiche Übernahme der Regelung aus dem BayEGovG in das BayDiG zu überdenken und eine zwingende, gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft tretende Verpflichtung zur elektronischen Aktenführung aufzustellen.

Hinsichtlich der Wirksamkeit einer zwingenden Verpflichtung ist der Blick auf Evaluationen der E-Government-Gesetze des Bundes und anderer Bundesländer sehr aufschlussreich. Das EGovG des Bundes wurde erstmals 2015 evaluiert, knapp zwei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes, in dem die elektronische Aktenführung auch als „Soll-Vorschrift“ geregelt wurde. Von den befragten Bundesbehörden gaben nur 44% an, die elektronische Aktenführung langfristig zu planen; 7% hatten sie gar nicht geplant.⁴³ Die Evaluation kam hier zu dem Schluss: „Zweitrangig und eher langfristig geplant sind vor allem die elektronische Aktenführung (44 %) und elektronische Nachweise (38 %).“⁴⁴ Vier Jahre später wurde das Gesetz und dessen Implementierung erneut evaluiert und bei der Frage: „Von welchen der ausgewählten Regelungsbereiche des E-Government-Gesetzes des Bundes ist Ihre Institution nach Ihrem Kenntnisstand betroffen bzw. ergibt sich für Sie eine Umsetzungsverpflichtung?“ gaben nur 7% der befragten Mitarbeitenden in Bundesinstitutionen die elektronische Aktenführung an.⁴⁵ Bei der Frage „Wie schätzen Sie den Umsetzungsstand folgender Regelungen in ihrer Institution ein?“ gaben 22% an, dass die Umsetzung der elektronischen Aktenführung bereits abgeschlossen ist und bei 40% befindet sie sich in der Umsetzung. Bei 36% wird die Umsetzung – 6 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes – geplant und 2% planen keine Umsetzung.⁴⁶

Besonders interessant für den vorliegenden Kontext ist folgender Befund:

Die zweite Evaluation des EGovG des Bundes kam zu dem Schluss: „Besonders bei der elektronischen Aktenführung (55 Prozent) und dem elektronischen Zugang zur Verwaltung (47 Prozent) begann man mit der Umsetzung auch ohne Umsetzungsverpflichtung.“⁴⁷

Bei der Evaluation des E-Government-Gesetzes Berlin – das keine „Soll-Vorschrift“, sondern eine zwingende Verpflichtung beinhaltet – wurde gefragt, ob „in Ihrer Institution

⁴² LT-Drs.: 18/19572, S. 73.

⁴³ Materna GmbH/Hochschule Harz, Studie zum E-Government-Gesetz, 2015, S. 22 Abb. 8, abrufbar unter: <http://www.egovg-studie.de/studienergebnisse.html> Evaluation (abgerufen am 16.03.2022).

⁴⁴ Materna GmbH/Hochschule Harz, Studie zum E-Government-Gesetz, 2015, S. 22.

⁴⁵ Kienbaum, Evaluierung des Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung sowie zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25. Juli, BT-Drs.: Drucksache 19/10310, 2019, S. 63 Abb. 14, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/103/1910310.pdf>, (abgerufen 16.03.2022).

⁴⁶ Kienbaum, Evaluierung des Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung sowie zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25. Juli, BT-Drs.: Drucksache 19/10310, 2019, S. 69 Abb. 20.

⁴⁷ Kienbaum, Evaluierung des Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung sowie zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25. Juli, BT-Drs.: Drucksache 19/10310, 2019, S. 88.

bereits Vorbereitungen getroffen [wurden], um die organisatorischen und technologischen Voraussetzungen [für die Aktenführung mit elektronischen Systemen] zu schaffen?“. Alle Befragten antworteten dabei, dass eine elektronische Aktenführung schon stattfindet oder in Vorbereitung ist.⁴⁸

Die hier gewählte Ausgestaltung der Pflicht zur digitalen Aktenführung als „Soll-Vorschrift“ lässt nicht auf eine zeitnahe Umstellung auf rein digital geführte Akten hoffen. Damit werden einerseits weitere wichtige Ziele des BayDiG, wie etwa die Einrichtung von Telearbeitsplätzen gem. **Art. 7 Abs. 2 BayDiG-E** erschwert, andererseits entspricht sie nicht dem innovativen Anspruch des Entwurfs. Es erscheint verfehlt, sich bei dem zentralen Baustein der digitalen Verwaltung keine ambitionierten Ziele zu stecken und Abstriche zu machen – zumal andere Bundesländer wie Berlin oder Baden-Württemberg bereits zwingende Verpflichtungen in ihre E-Government-Gesetze aufgenommen haben. Daher sollte der Freistaat, der sich zurecht als innovatives Land mit viel Know-How in Gesellschaft und Verwaltung sieht, auch im Bereich der digitalen Aktenführung in der ersten Reihe stehen.

4. Monitoring zur Erfolgskontrolle

Um die eigenen hochgesteckten Ziele des BayDiG zu erreichen, bedarf es an vielen Stellen einer umfangreichen planerischen Begleitung und regelmäßigen Reflexion des Umsetzungsstandes. Das gilt umso mehr, als das BayDiG an einigen Stellen die weitere Konkretisierung und Umsetzung der Zielvorgaben nachlagert und dem Gesetz- bzw. Verordnungsgeber überlässt.

Positiv fällt daher auf, dass das BayDiG auch diesen Umstand berücksichtigt und mit **Art. 15 Abs. 1 BayDiG-E** durch die Erstellung und regelmäßige Fortschreibung eines Digitalplans sowie durch **Art. 15 Abs. 2 BayDiG-E** mit einer Evaluierungsverantwortung der Staatsregierung berücksichtigt. Eine zentrale Verantwortung des Bayerischen Staatsministeriums für Digitales erscheint vor allem hinsichtlich der Herbeiführung von kohärenten und schnelleren Entscheidungen sinnvoll, die auch am besten von einem Digitalministerium getroffen werden können, das ausschließlich für Digitales zuständig ist.⁴⁹ Dabei erlaubt es ein Evaluierungszeitraum von drei Jahren, noch angemessen schnell auf gewonnene Erkenntnisse aber auch technologische Neuerungen zu reagieren.

⁴⁸ Heckmann/Rachut, Evaluation des Berliner E-Government-Gesetzes, Abgeordnetenhaus Berlin, 2765 E, 2021, S. 90 Abb. 14.

⁴⁹ Egle, bidt Impulse, Digitalministerium: Welche Fehler gemacht und wie sie vermieden werden könnten, 2021, S. 8, abrufbar unter: <https://www.bidt.digital/wp-content/uploads/2021/08/bidt-Reihe-Impulse-2-Digitalministerium.pdf>, (abgerufen am 16.03.2022).

D. Ausblick

I. Open Data

Open Government Data, also die frei zugängliche Bereitstellung von Datenbeständen aus der Hand der öffentlichen Verwaltung ohne jedwede Einschränkung im Interesse der Allgemeinheit und der Gesellschaft zur freien Nutzung, Weiterverbreitung und Weiterverwendung⁵⁰, ist mittlerweile fester Bestandteil der nationalen wie auch der internationalen E-Government-Gesetzgebung. Darüber hinaus ist Open Government Data wesensstiftendes Element von Open Government, mithin der Schaffung offener Informations- und Kommunikationsstrukturen im Staat-Bürger-Verhältnis.⁵¹ Die Bereitstellung offener Verwaltungsdaten intendiert die Abkehr vom „Arkandenken“ der Verwaltung⁵² und trägt der Forderung nach erweiterter Transparenz des Regierungs- und Verwaltungshandelns Rechnung, indem tragende Informationen für politische Entscheidungen den Bürgerinnen und Bürgern offen gelegt werden.⁵³ Im Informationszeitalter birgt Open Government Data außerdem große Potentiale für die Wirtschaft, da sich auf der Grundlage öffentlicher Datensätze zahlreiche, innovative Geschäftsmodelle entwickeln und betreiben lassen. Von einer umfassenden Bereitstellungspraxis können dabei gerade kleine und mittlere Unternehmen enorm profitieren, da ihnen oft Mittel zum Aufbau umfangreicher Datenbanken fehlen.

Positiv fällt daher zunächst auf, dass diese Potentiale nun auch vom bayerischen Gesetzgeber erkannt und dem Entwurf für das BayDiG zu Grunde gelegt wurden. Die Entwurfsbegründung hebt auf die wesentliche Bedeutung offener Verwaltungsdaten für die informierte Teilhabe von Bürgerinnen und Bürgern am gesellschaftlichen und politischen Leben und somit für die Funktionsfähigkeit der Zivilgesellschaft, als auch für informierte unternehmerische Entscheidungen und neue Geschäftsmodelle der Datenökonomie und damit für das volkswirtschaftliche Wachstum ab.⁵⁴

Umso ernüchternder fällt vor diesem Hintergrund der Blick auf die tatsächliche normative Ausgestaltung von Open Data im Entwurf des BayDiG aus. Diese erfolgt nämlich nur programmhaft und ohne konkrete Rechtswirkung. Einerseits erklärt **Art. 2 Satz 2 Nr. 14 BayDiG-E** die Bereitstellung offener Daten der Verwaltung zum „Metaziel“, andererseits enthält **Art. 14 BayDiG-E** als Teil der Charta Digitaler Rechte und Gewährleistungen ein abstraktes Bekenntnis zur Nutzbarkeit offener Datenbestände der öffentlichen Verwaltung. Die konkrete Ausgestaltung soll gem. **Art. 14 Satz 3 BayDiG-E** jedoch erst durch oder aufgrund eines gesonderten Gesetzes erfolgen.

⁵⁰ Von Lucke/Geiger, Open Government Data, S. 3, 6.

⁵¹ Heckmann, in: Heckmann/Paschke, Juris Praxiskommentar Internetrecht, Kap. 5, Rn. 25, m.w.N.

⁵² BMI (Hrsg.), Open Government Data für Deutschland, S. 91 ff.

⁵³ Vgl. so schon Heckmann/Rachut, Gutachterliche Stellungnahme für den Ausschuss Digitales und Datenschutz des Hessischen Landtags, S. 1.

⁵⁴ LT-Drs. 18/19572, S. 55.

Eine tatsächliche Bereitstellung offener Verwaltungsdaten durch bayerische Behörden kann der Entwurf des BayDiG damit also zunächst nicht erreichen. Das grundsätzliche Bekenntnis zur Bereitstellung offener Verwaltungsdaten und die vorgesehene nachgelagerte Ausgestaltung durch oder aufgrund eines Gesetzes können und müssen daher unbedingt als Chance, und noch mehr als Aufgabe begriffen werden, Open Government Data zukunftsgerecht und innovativ zu regulieren.

Es wird empfohlen, dabei insbesondere folgende Erkenntnisse zu berücksichtigen:

1. Gewährung eines subjektiven Anspruchs auf offene Verwaltungsdaten

Die Ausgestaltung von Open Government Data als rein objektive Bereitstellungspflicht der Behörden führt regelmäßig nicht zu einer umfangreichen Bereitstellungspraxis. So ergab etwa die erste Evaluation des § 12a EGovG ein nüchternes Bild; im Rahmen einer Umfrage bei den verpflichteten Behörden gaben 72 Prozent der Befragten an, dass das Inkrafttreten des Open-Data-Gesetzes nach ihrer Einschätzung nicht dazu geführt hat, dass mehr Daten bereitgestellt werden. Hintergrund hierfür ist nicht zuletzt, dass ohne einen korrespondierenden subjektiven Anspruch die Missachtung der objektiven Bereitstellungspflicht quasi keine juristischen Folgen für die Behörden nach sich zieht.⁵⁵ Die Informationsfreiheitsbeauftragten der Länder halten daher einen einklagbaren Anspruch als effektives Korrektiv zu einer reinen Selbstverpflichtung der öffentlichen Stellen sogar für unverzichtbar.⁵⁶ Ein Blick auf die Wirksamkeit von Open-Data-Tatbeständen, die mit subjektiven Ansprüchen auf Bereitstellung ausgestattet sind, scheint diesen Befund zu bestätigen. So zeigte etwa die Evaluierung des HmbTG eine sehr rege Veröffentlichungspraxis der verpflichteten Stellen; von September 2014 bis Februar 2017 wurden dort hauptsächlich von Behörden und Gerichten knapp 66.000 Veröffentlichungen im Transparenzportal vorgenommen.⁵⁷ Im Transparenzranking Deutschland schneidet Hamburg sowohl in der Gesamtwertung als auch unter dem Aspekt Informationsrechte als Deutschlands Spitzenreiter ab⁵⁸.

Diesbezüglich bleibt der Entwurf des BayDiG bisher hinter den Erwartungen zurück. Systematik und Wortlaut des **Art. 14 Satz 1 BayDiG-E** muten zwar zunächst fortschrittlich an. Denn sowohl die Verortung dieser Norm im Kapitel 2 „Digitale Rechte und Gewährleistungen“ als auch die Formulierung „Die Nutzbarkeit offener Datenbestände der öffentlichen Verwaltung wird gewährleistet“ lassen eine Auslegung dahingehend zu, dass ein subjektiver Anspruch auf offene Daten begründet werden soll. Die Entwurfsbegründung stellt jedoch unmittelbar klar, dass mit **Art. 14 BayDiG-E** zunächst kein subjektiver

⁵⁵ Richter, NVwZ 2017, 1408, S. 1410.

⁵⁶ Vgl. Entschließung der Informationsfreiheitsbeauftragten der Länder vom 24.04.2017, abrufbar unter: https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/informationsfreiheit/BlnBDI-2017-Informationenfreiheitsbeauftragte-der-Laender-EGovG.pdf, (abgerufen am 16.03.2022).

⁵⁷ Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, S. 285, abrufbar unter: <https://suche.transparenz.hamburg.de/dataset/abschlussbericht-zur-evaluation-des-hamburgischen-transparenzgesetzes>, (abgerufen am 16.03.2022).

⁵⁸ Vgl. Transparenzranking der Open Knowledge Foundation, abrufbar unter: <https://transparenzranking.de/>, (abgerufen am 16.03.2022).

öffentlich-rechtlicher Anspruch begründet werden soll.⁵⁹ Das erscheint hinsichtlich mangelnder Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung zwar noch konsequent. Aus der Entwurfsbegründung ergibt sich jedoch ferner, dass man mit dem BayDiG schon gar keine grundsätzliche Entscheidung für die Gewährung eines subjektiven Anspruchs auf Bereitstellung getroffen hat. Diese zentrale Frage soll ebenfalls erst in einem nachgelagerten Gesetzgebungsverfahren beantwortet werden.⁶⁰

Dabei sollte aus den hier genannten Gründen dann unbedingt ein subjektiver Anspruch auf die Bereitstellung offener Verwaltungsdaten normiert werden. Im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung ist ein solcher Rechtsanspruch bereits vorgesehen.⁶¹

2. Einbeziehung der Kommunen

Der derzeitige Stand der Open-Government-Data-Gesetzgebung berücksichtigt oftmals die Rolle der Kommunen nicht hinreichend. Als Beispiel hierfür sei etwa § 16a EGovG NRW genannt, der Kommunen die Bereitstellung offener Daten lediglich erlaubt, sie jedoch nicht dazu verpflichtet. Hintergrund dafür waren Bedenken wegen mangelnden personellen Ressourcen und zusätzlichen Aufwänden.⁶² In Nordrhein-Westfalen wurde die fehlende Einbeziehung der Kommunen mit dem tragenden Argument kritisiert, dass die Einbeziehung der Kommunen gerade deshalb erforderlich sei, weil die Kommunen die in der Regel wichtigsten Kontaktstellen für Bürgerinnen und Bürger sind.⁶³ Dieser Befund lässt sich auch auf Situation in Bayern übertragen.

Daher sollte die Bedeutung der Kommunen bei der Bereitstellung offener Daten in Bayern im Zuge der weiteren Ausgestaltung berücksichtigt werden. Idealerweise sollten auch die Kommunen von Anfang an einer Bereitstellungsverpflichtung unterworfen werden. Sollte dies wegen teils auch berechtigter Bedenken hinsichtlich knapper Ressourcen oder mangelnden Kompetenzen zunächst nicht sinnvoll erscheinen, wäre auch ein nachträgliches Inkrafttreten einer solchen Verpflichtung der Kommunen denkbar.

3. Kompetenzen schaffen

Weitere Grundvoraussetzung für eine umfangreiche Bereitstellungspraxis ist die Datenkompetenz der verpflichteten Stellen. Die Evaluation des § 12a EGovG ergab, dass neben unzureichenden personellen Ressourcen auch mangelndes Know-How der Beschäftigten der Behörden über den Umgang mit und die Weiterverwendung von offenen Daten ein wesentliches Hemmnis bei der Bereitstellung darstellt,⁶⁴ während Information und Beratung sowie Aufklärung über den Nutzen von Open Data als wichtiger Hebel für mehr Open Data erkannt wurden.⁶⁵ Der Bundesgesetzgeber hat auf diesen Umstand reagiert, in dem

⁵⁹ LT-Drs. 18/19572, S. 55.

⁶⁰ LT-Drs. 18/19572, S. 55.

⁶¹ SPD, Bündnis 90, Die Grünen, FDP, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 17.

⁶² Vgl. etwa die Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Nordrhein-Westfalen zum Entwurf des § 16a EGovG NRW, Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 17/2616.

⁶³ Stellungnahme der Open Knowledge Foundation, Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 17/2635, S. 3.

⁶⁴ 1. Open-Data-Fortschrittsbericht, BT-DS 19/14140, S. 30.

⁶⁵ 1. Open-Data-Fortschrittsbericht, BT-DS 19/14140, S. 34.

er mit der ersten Novellierung des § 12a EGovG⁶⁶ bereitstellungspflichtigen Stellen aufgab, Open-Data-Koordinatoren bzw. Open-Data-Koordinatorinnen zu benennen. Auch Schleswig-Holstein bestimmt in § 4 Abs. 1 seines Gesetzes über offene Daten der Träger der öffentlichen Verwaltung (Offene-Daten-Gesetz – ODaG) die Einrichtung einer Open-Data-Leitstelle, der ebenfalls beratende Funktion zu kommt. Sie soll andere öffentliche Stellen bei der Ermittlung geeigneter Daten, erforderlichen Prozessanpassungen, der Umsetzung der Open-Data-Standards sowie der Bereitstellung der Daten unterstützen, vgl. § 4 Abs. 4 Satz 2 ODaG.

Es ist zu empfehlen, kompetenzbildende Maßnahmen und dafür erforderliche Stellen in einem bayerischen Gesetz über offene Daten zu verankern. Damit wird aber nicht nur eine gute Bereitstellungspraxis gefördert. Vielmehr ergibt sich diese Forderung schon aus dem Entwurf des BayDiG selbst. Zum einen erklärt **Art. 2 Satz 2 Nr. 7 BayDiG-E** die Stärkung digitaler Grundkompetenzen der Verwaltung zum übergeordneten Metaziel, zum anderen verpflichtet **Art. 7 Abs. 3 BayDiG-E**, bei der Einführung neuer digitaler Verfahren sowie bei wesentlichen Erweiterungen oder sonstigen Änderungen bestehender Verfahren, die hiervon betroffenen staatlichen Bediensteten angemessen fort- und weiterzubilden.

Hinsichtlich der personellen Ausstattung beratender Stellen sollte auch die Anbindung der Kommunen an das Beratungsangebot berücksichtigt werden. Denn gerade dort dürfte sich anfangs der größte Beratungsbedarf ergeben, da es insbesondere kleinen Kommunen schwerfallen dürfte, mit den eigenen begrenzten Mitteln eine hinreichende Datenkompetenz aufzubauen. Ministerien sollten hingegen mit jeweils eigenen Open-Data-Verantwortlichen ausgestattet werden, um fachpolitische und fachverwaltungsspezifische Datenkompetenz zu entwickeln.

Unter Beachtung dieser Erkenntnisse und mit dem regulatorischen Gerüst des BayDiG bietet sich Bayern immer noch die Chance, auch hinsichtlich Open Government Data dem Anspruch als Vorreiter der Digitalgesetzgebung gerecht zu werden. Das Ziel könnte dabei sogar ein umfangreiches Datengesetz sein, dass neben Open (Government) Data noch weitere zentrale Aspekte der Datennutzung durch Gesellschaft, Verwaltung und Wirtschaft behandelt.

II. KI-Einsatz in der öffentlichen Verwaltung

Bisher unbeachtet bleibt ein potentieller KI-Einsatz in der öffentlichen Verwaltung in Bayern. Die Experimentierklausel des **Art. 52 BayDiG-E** ermöglicht bereits Abweichungen von bestimmten Zuständigkeits- und Formvorschriften. Angesichts des grundsätzlich sehr offenen, innovationsfreudigen und zukunftsorientierten Ansatzes des Gesetzentwurfes wäre eine diesbezügliche weitere Regelung noch wünschenswert.

1. Potential für die öffentliche Verwaltung

KI-gestützte Informationstechnologien, d.h. solche, die die ihre Umgebung durch Datenerfassung wahrnehmen, die gesammelten strukturierten oder unstrukturierten Daten

⁶⁶ BGBl. I S. 2941, berichtigt auf S. 4114.

interpretieren, Schlussfolgerungen daraus ziehen oder die aus diesen Daten abgeleiteten Informationen verarbeiten und über das bestmögliche Handeln zur Erreichung des vorgegebenen Ziels entscheiden,⁶⁷ stellen einen zentralen Baustein der digitalen Transformation dar. Dabei dienen diese nicht nur zur Errichtung von Geschäftsmodellen, sondern kommen auch vielfach in der Forschung und Wissenschaft zum Einsatz. Dies folgt dem Umstand, dass inzwischen eine so große Menge an Daten zur Verfügung steht, die allein durch den Einsatz menschlicher Arbeitskraft nicht oder nur unter unverhältnismäßig großem Aufwand ausgewertet und genutzt werden können. Für die öffentliche Verwaltung birgt dies großes Potential für die Verbesserung des Arbeitsprozesses, aber ebenso für die getroffenen Entscheidungen und hervorgebrachten Ergebnisse.

2. Notwendigkeit einer Regulierung

Mit dem verstärkten Einsatz von Technologien in der öffentlichen Verwaltung geht allgemein eine große Anzahl an rechtlichen Fragestellungen einher.⁶⁸ Diese sind wiederum v.a. in den Grundrechten und damit unterschiedlichen Interessen der Beteiligten begründet und beim Einsatz von neuen Technologien entsprechend zu berücksichtigen. Durch den Einsatz von KI-gestützten Systemen wird insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) tangiert, aber ebenso steht die Frage der Menschenwürde im Raum, wenn Verwaltungsentscheidungen, die natürliche Personen betreffen, auf bloße Datensätze reduziert werden. Dahinter steht die größere Frage, welche Rolle neuen Technologien in der Zukunft zukommen soll, bzw. welche Aspekte oder Entscheidungen stets dem Menschen überlassen sein müssen.

Auch wenn sich bestimmte Vorgaben bereits aus datenschutzrechtlichen Regelungen entnehmen lassen, bestehen für den Einsatz von KI-gestützten Informationstechnologien weiterhin bedeutende rechtliche Unsicherheiten. Aufgrund der Grundrechtsrelevanz und den damit notwendigen Abwägungsentscheidungen um die jeweiligen (Grund-) Rechtspositionen im Wege der praktischen Konkordanz in einen entsprechenden Ausgleich zu bringen, bedarf es einer parlamentarischen Rechtsgrundlage. Ein entsprechendes Paragrafengesetz, das genau diese Abwägungsentscheidungen vorgibt, ist daher nicht nur aus Praxissicht begrüßenswert, sondern auch aufgrund der Wesentlichkeitsdoktrin geboten.

Einer landesgesetzlichen Regelung stünde weiter nicht entgegen, dass auch auf der Ebene der Europäischen Union aktuell an einer Verordnung zum Einsatz Künstlicher Intelligenz⁶⁹ gearbeitet wird. Der aktuelle Entwurf sieht zwar zunächst einen sehr weiten Anwendungsbereich vor. Hier ist aufgrund des Diskussionsstandes jedoch nicht absehbar, ob bestimmte Ausnahmen oder Öffnungsklauseln z.B. für öffentliche Stellen folgen werden. Des Weiteren scheint sich der Abstimmungsprozess auf EU-Ebene aktuell wieder zu

⁶⁷ Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz, Eine Definition der KI: Wichtigste Fähigkeiten und Wissenschaftsgebiete, 2019, S. 6.

⁶⁸ Vgl. bspw. für den Einsatz von KI-gestützten Software bei elektronischen Hochschulprüfungen: *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851.

⁶⁹ AI-Act der EU-Kommission, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>, (abgerufen am 16.03.2022).

verzögern. Die bereits bekannten Stellungnahmen zum aktuellen Entwurfstext sehen an zahlreichen Stellen Handlungsbedarf, sodass davon auszugehen ist, dass dieser noch weitergehend abzustimmen und zu bearbeiten ist, bis mit einer verbindlichen Regelung auf EU-Ebene zu rechnen ist.

Für eine landesgesetzliche Regelung böte es sich daher an, auf den bisherigen Erkenntnis- und Diskussionsstand aufzubauen. So besteht z.B. hinsichtlich der Grundannahmen zum Umgang mit Künstlicher Intelligenz ein weitgehender Konsens, der sich u.a. in dem Abschlussbericht der Datenethikkommission⁷⁰ sowie dem Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz der Europäischen Kommission⁷¹ zeigt.

3. IT-Einsatz-Gesetz in Schleswig-Holstein als Vorbild?

Schleswig-Holstein hat sich kürzlich als erstes Bundesland mit dem ITEG (Gesetz über die Möglichkeit des Einsatzes von datengetriebenen Informationstechnologien bei öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit)⁷² für eine diesbezügliche Normierung entschieden. Das ITEG verfolgt, wie auch die geplante EU-Regelung, einen risikobasierten Ansatz und gestattet die Anwendung unter weiteren Voraussetzungen, die je nach konkretem Anwendungsfeld und dem damit einhergehenden Risiko unterschiedlich ausgestaltet sind. Außerdem steht in dem schleswig-holsteinischen Gesetz ebenso der Mensch im Mittelpunkt, es wird also ein sog. human-centered Ansatz gewählt, der insbesondere durch Prinzipien wie den Vorrang menschlichen Handelns, Nachvollziehbarkeit und menschliche Aufsicht zum Ausdruck kommt.

In Schleswig-Holstein hat man sich bewusst gegen die Verwendung des Begriffs „KI“ entschieden und stattdessen „datengetriebene Informationstechnologien“ reguliert. Dieser Ansatz, wenn auch im Vorfeld heftig diskutiert,⁷³ vermag im Ergebnis dennoch zu überzeugen.⁷⁴

Inhaltlich geht das ITEG auf die verschiedenen Einsatzmöglichkeiten datengetriebener Informationstechnologien in der öffentlichen Verwaltung ein, unterscheidet dabei zwischen drei verschiedenen Stufen (Assistenzsystem, Delegation und autonome Entscheidung)

⁷⁰ Abschlussbericht der Datenethikkommission 2019, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/Shared-Docs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?sessionid=CECBA0A1EDD811A57FF4DC0B7446F13D.1_cid295?blob=publicationFile&v=6, (abgerufen am 16.03.2022).

⁷¹ COM(2020) 65 final, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/COM\(2020\)65_0/de0000000014627?rendition=false](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/COM(2020)65_0/de0000000014627?rendition=false), (abgerufen am 16.03.2022).

⁷² LT-SH-Drs. 19/3635(neu), S. 35 ff.

⁷³ Vgl. etwa Weizenbaum Institut, Stellungnahme zum Entwurf des Digitalisierungsgesetzes der Landesregierung Schleswig-Holstein, abrufbar unter: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/76235/ssoar-2021-muller_et_al-Stellungnahme_zum_Entwurf_des_Digitalisierungsgesetzes.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2021-muller_et_al-Stellungnahme_zum_Entwurf_des_Digitalisierungsgesetzes.pdf, (abgerufen am 16.03.2022).

⁷⁴ Heckmann/Rachut, Gutachterliche Stellungnahme für den Innen- und Rechtsausschuss sowie den Umwelt-, Agrar- und Digitalisierungsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtags, LT-Umdruck 19/6867, S. 15 ff.

und stellt in § 1 Abs. 2 ITEG Grundprinzipien und Handlungsmaximen auf. Letztere werden in den weiteren Normen näher ausgestaltet und mit konkreten Verpflichtungen verknüpft. Das Gesetz ist dabei nach dem Grundsatz der Zulässigkeit mit Ausnahmen gestaltet (§ 2 ITEG) und betont durch diese Ausgestaltung das Ziel, den Einsatz solcher Technologien zu fördern. Ausgeschlossen ist der Einsatz von datengetriebenen Informationstechnologien u.a. bei dem Erlass von Verwaltungsakten, die mit einem Ermessen oder Beurteilungsspielraum verbunden sind.

Adressaten von Entscheidungen, die auf den Einsatz datengetriebener Informationstechnologien der zweiten oder dritten Stufe (Delegation oder autonome Entscheidung) beruhen, steht ein neuer Rechtsbehelf, die sog. KI-Rüge, zur Verfügung, § 12 ITEG. Dadurch soll eine unkomplizierte Überprüfung der Entscheidung durch einen Menschen gewährleistet werden und somit auch das Vertrauen in den Einsatz datengetriebener Informationstechnologien gestärkt werden. Dieser Ansatz hat Vorbildcharakter, wobei sich in der Praxis zeigen wird, ob es trotz der KI-Rüge zu einer Beschleunigung der Verfahren und Prozesse kommen wird.

Zudem sieht das ITEG eine Evaluation und wissenschaftliche Auswertung unter vor. Dabei soll insbesondere auf mögliche Diskriminierungen durch die datengetriebenen Informationstechnologien eingegangen werden.

Insgesamt liegt mit dem ITEG daher ein gelungener Ansatz für die Regulierung KI-gestützter Technologien in der öffentlichen Verwaltung vor. Zusammen mit den ersten Praxiserfahrungen aus Schleswig-Holstein kann dies auch als Vorbild auch für eine Landesregelung in Bayern dienen.

4. KI-Einsatz by default

Die zunehmende Menge an Daten zwingt die öffentliche Verwaltung zum Umdenken. KI-gestützte Technologien können hier ein wichtiges Hilfsmittel zur Bewältigung der zukünftigen Herausforderungen sein und dabei sowohl die Arbeitsprozesse und Ergebnisse der öffentlichen Verwaltung verbessern und gleichzeitig die Mitarbeitenden unterstützen und entlasten. Die damit einhergehenden rechtlichen Herausforderungen sollten möglichst frühzeitig mitgedacht, Lösungsansätze erprobt und Erfahrungswerte eingebracht werden, sodass die Chance besteht einerseits das Potential für die Verwaltung auszunutzen und andererseits den steigenden Anforderungen von Wirtschaft und Zivilgesellschaft gerecht zu werden. Eine frühzeitige normative Orientierung kann dazu wesentlich beitragen. So ist auch denkbar, dass eine etwaige landesrechtliche Regelung Vorbild für den Bund sein kann, der seinerseits seinen Einfluss auf europäischer Hinsicht in diese Richtung einbringt.