

**An den Vorsitzenden des Ausschusses für Wirtschaft,
Landesentwicklung, Energie, Medien und Digitalisierung
Herrn Sandro Kirchner**



Schriftliche Stellungnahme

**von Prof. Dr. Wilfried Bernhardt, Staatssekretär a.D.
und Rechtsanwalt, LOAD e.V. - Verein für liberale
Netzpolitik - , für die Öffentliche Anhörung des
Gesetzentwurfs der Staatsregierung des Freistaats
Bayern über die Digitalisierung im Freistaat Bayern
(Bayerisches Digitalgesetz - BayDiG)**

LOAD e.V.
Verein für liberale
Netzpolitik

Reinhardtstraße 5
10117 Berlin

Fon: (030) 69203242
Fax: (030) 2000 3893

info@load-ev.de
www.load-ev.de

Vorsitzende:
Ann Cathrin Riedel

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, für die Gelegenheit zur Stellungnahme bedanken wir uns.

Berlin, 10.03.2021

I. Zum Gesetzentwurf:

1.) Allgemeines:

a.) Digitale Verfahren als Regelfall

Aus der Sicht von LOAD e.V. ist die mit dem Gesetzentwurf verfolgte Zielsetzung uneingeschränkt zu begrüßen, mit **einem Digitalisierungsgesetz rechtliche übergreifende Leitplanken für die Digitalisierung von Gesellschaft und Wirtschaft, Staat und Verwaltung im Freistaat Bayern** zu setzen. Die Methode, die **Digitalisierung übergreifend zu regulieren**, ist innovativ und erleichtert den Bürgerinnen und Bürgern sowie den Unternehmen, aber auch der Landesverwaltung und deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie den Gemeindeverbänden und Gemeinden, mit einem Blick in das Gesetz die aus dem Landesrecht erwachsenden Rechte und Pflichten bei der Digitalisierung zu erfassen.

Besonders zu begrüßen ist, dass der Gesetzentwurf darauf abzielt, die Umlegung des „Schalters“ vom analogen zum digitalen Verfahren rechtlich festzulegen. Dem dient die Soll-Verpflichtung gem. **Art. 5 BayDiG-E** „geeignete staatliche Prozesse der Verwaltung des Freistaates Bayern **vollständig“ zu digitalisieren „und bereits digitalisierte Prozesse in einem Verbesserungsprozess“ fortzuentwickeln**. Noch stärker könnte im Gesetzestext der Grundsatz der Optimierung der Verfahren verankert werden. So haben die E-Government-Gesetze von NRW (§ 12 Abs. 2) und noch weitergehender von Schleswig-Holstein (§ 5) die Optimierungsziele benannt, was sich auch für Bayern empfiehlt.

Art. 20 benennt das digitale Verfahren als „**Regelfall**“ (Digital First), wobei – auch das ist zu begrüßen – den Bürgerinnen und Bürger weiterhin ein analoger Weg zur Verwaltung offenstehen soll (Art. 12 Abs. 1 Satz 2), während den Unternehmen und Organisationen, deren Verwaltungskommunikation über ein Organisationskonto im Sinne des Art. 29 Abs. 2 Satz 2 abgewickelt werden kann, auch eine vollständige digitale Kommunikation zugemutet werden soll (Art. 20 Abs. 2 Satz 1). Das ist nachvollziehbar, da Unternehmen und Organisationen zumeist über Ressourcen für eine vollständige digitale Kommunikation verfügen; die anschließende Härteklausele (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 BayDiG-E) ist aus verfassungsrechtlichen Gründen bedeutsam.

b.) Die **Festlegung auf offene Software und offene Austauschstandards** (Art. 3 Abs. 4) ist zu begrüßen.

Allerdings ist zu empfehlen, die Einschränkung der Verpflichtung zum Einsatz von offener Software und offener Austauschstandards auf „die Wirtschaftlichkeit“ zu streichen; denn gerade die Bezugnahme auf „Wirtschaftlichkeitsaspekte“ führt u.U. dazu, dass die Umstellung auf offene Software und offene Austauschstandards aus Bequemlichkeit unterlassen wird.

c.) **Ökologie und Nachhaltigkeit**

Zu begrüßen ist ferner **Art. 6 BayDiG-E**, in dem Prinzipien der **Ökologie und der Nachhaltigkeit** als Leitprinzipien ausdrücklich benannt werden

d.) **Qualifizierung, Weiterbildung und Stärkung digitaler Grundkompetenzen**

Zu begrüßen ist, das auch **Art. 7 BayDiG-E** wichtige Themen aufgreift, nämlich die **digitale Qualifizierung der Beschäftigten der öffentlichen Verwaltung** und eine **angemessene Fort- und Weiterbildung** der von der Einführung neuer digitaler Verfahren sowie von wesentlichen Erweiterungen oder sonstigen Änderungen betroffenen staatlichen Bediensteten, die Maßnahmen zur Gewinnung, Bindung und Entwicklung von IT-Fachkräften sowie die Förderung der Telearbeit. Damit werden auch Konsequenzen aus den Erfahrungen während der Pandemie gezogen.

Ferner sieht – was zu begrüßen ist - **Art. 10 Abs.2 BayDiG-E** vor, dass der Freistaat Bayern „geeignete Maßnahmen zur Stärkung der digitalen Grundkompetenzen von natürlichen und juristischen Personen“ fördert. In der Tat muss es darum gehen, gerade bei forcierten Digitalisierungsanstrengungen alle mitzunehmen, insbesondere Personen, die den Umgang mit digitalen Instrumenten z.B. wegen ihres Lebensalters nicht in den Bildungsinstitutionen kennengelernt haben. Zur Umsetzung dieser Regelung sollten niedrigschwellige, möglichst kostenlose Angebote an die betreffenden Personen erarbeitet werden.

2.) Beachtung vorrangigen Bundes- und Europarechts

Allerdings ist der Freistaat Bayern nicht frei in seiner Regelungskompetenz. Er muss die europarechtlichen und bundesrechtlichen Vorgaben beachten und muss darauf hinwirken, dass sich die bayerischen Regelungen in das gesamtstaatliche Regelungsgeflecht ohne Brüche einpassen.

a. **Digitale Souveränität nicht auf Bayern begrenzen**

Dies betrifft auch beispielsweise das in der Problembeschreibung des Gesetzentwurfs betonte Prinzip der „digitalen Souveränität“. So beschreibt der

Gesetzentwurf, dass der bayerische Gesetzgeber mit dem Digitalisierungsgesetz die „eigenständige digitalen Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit des Freistaates Bayern und seiner Gebietskörper-schaffen“ will (**Art. 3 Abs. 1 BayDiG-E**) und eine strategische Autonomie des Freistaates Bayern beim Zugang und bei der Verfügbarkeit und Datensicherheit staatlicher Netze anstrebt. Art.3 Abs. 1 Satz 2 benennt als Instrumente dieser Ziele den Unterhalt staatlicher Rechenzentren und staatlich verfügbarer Netze, geeigneter Cloud-Dienste und weiterer geeigneter Technologien und Anwendungen.

Dabei darf aber **nicht außer Acht gelassen** werden, dass das **Grundgesetz** für die Länder zwar eine eigenständige Gestaltungskompetenz vorsieht, zugleich aber auch auf „**die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet**“ bzw. „die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ abzielt (Art. 72 Abs. 2 GG), dem **Bundesrecht** einen **Vorrang** einräumt (Art. 31 GG) und ferner den Deutschen das Recht der **Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet** zugesteht (Art. 11). Gerade im Zeitalter der digitalen Transformation ist zu beachten, dass das Recht in einem demokratisch verfassten Staat möglichst keine neuen Hürden zwischen den Ländergrenzen für die Bürgerinnen und Bürger schaffen sollte. Der Verfassungsgeber hat mit der Ergänzung des Art. 91c GG um einen Absatz 5 im Jahre 2017 den Bundesgesetzgeber ermächtigt, den übergreifenden informationstechnischen Zugang zu den Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern mit Zustimmung des Bundesrates zu regeln und damit einer zu starken Zersplitterung der digitalen Zugangsinstrumente zu den Verwaltungsleistungen in Deutschland entgegenzuwirken.

Daher ist zu empfehlen, die „**digitale Souveränität**“ in Art. 3 nicht explizit auf Bayern zu konzentrieren, eher Deutschland oder sogar Europa einbeziehen. Deshalb sollte die Formulierung deutlich machen, dass der Freistaat Bayern durch die gesetzlichen Regelungen dazu beitragen will, eine deutsche oder sogar europäische digitale Souveränität zu fördern. Auch sollten über Bayern hinausgehende Kooperationsmöglichkeiten – etwa beim Aufbau einer Verwaltungscloud – durch den Gesetzestext explizit erwähnt werden.

Dem Ziel einer eigenen **bayerischen digitalen Souveränität** soll offenbar auch **Art. 39 BayDiG -E** dienen, der Einzelheiten eines „Bayernservers“ regelt. Sofern sich eine solche Regelung als Beitrag zur Absicherung der deutschen oder europäischen digitalen Souveränität versteht, ist dagegen nichts einzuwenden.

Allerdings setzt die regulatorische Konzeption des „Bayernservers“ **allein auf einen Betrieb durch die staatliche (bayerische) öffentliche Verwaltung** und schließt damit bedauerlicherweise offenbar auch Kooperationen mit anderen Ländern oder mit dem Bund aus. Zu empfehlen ist, Kooperationen mit anderen Ländern und mit dem Bund ausdrücklich zu ermöglichen.

Ferner wird gemäß Art. 39 Abs. 3 BayDiG-E (allein) die **staatliche Verwaltung** mit dem Bereitstellen und dem Betrieb von IT-Infrastruktursystemen für die Informationstechnik der staatlichen öffentlichen Verwaltung, der Entwicklung und dem Betrieb ressortübergreifender digitaler Verwaltungsverfahren beauftragt. Weitere Zuweisungen von Aufträgen an die staatliche Verwaltung betreffen den Auf- und Ausbau sowie die Förderung des Datenaustausches mit Dritten auf der Basis standardisierter Prozesse und Techniken, die Beratung der staatlichen öffentlichen Verwaltung bei Planung, Entwicklung und Einsatz digitaler Verwaltungsverfahren und die Übernahme von Entwicklungen und des Betriebs der von der Staatskanzlei oder einem Staatsministerium beauftragten digitalen Verwaltungsverfahren nach Maßgabe des Staatshaushaltes.. Hier ist eine stärkere

Berücksichtigung des aus dem Grundgesetz ableitbaren Prinzips der digitalen Gewaltenteilung (Heckmann/Bernhardt, Digitale Gewaltenteilung als Marktverantwortung- Kriterien zur rechtlichen Abgrenzung staatlicher und **privatwirtschaftlicher Entfaltungsmöglichkeiten** auf dem Markt der IT-Herstellung und IT-Services, 2016, <https://www.tum-cdps.de/wp-content/uploads/2020/06/13-Heckmann-Digitale-Gewaltenteilung-2016.pdf>) zu empfehlen.

Das **Onlinezugangsgesetz** hat aufbauend auf dieser Grundgesetznorm Bund und Länder dazu verpflichtet, bis spätestens Ende 2022 ihre Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten und ihre Verwaltungsportale miteinander zu einem Portalverbund zu verknüpfen (§ 1 OZG), den Nutzern über alle Verwaltungsportale von Bund und Ländern einen barriere- und medienbruchfreien Zugang zu elektronischen Verwaltungsleistungen dieser Verwaltungsträger zu verschaffen und eine einheitliche Identifizierung und Authentifizierung für die im Portalverbund verfügbaren elektronischen Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern zu ermöglichen. Weitere Verordnungsermächtigungen für das Bundesministerium des Innern bzw. für die Bundesregierung soll die Festlegung von einheitlichen Standards für die Ausgestaltung der Kommunikation über den Portalverbund ermöglichen. Dem OZG liegt damit die grundsätzliche Zielsetzung zugrunde, allen Nutzerinnen und Nutzern in Deutschland möglichst einen vergleichbaren Zugang auf alle digitalen Verwaltungsleistungen zu gewähren. Auch wenn die Dynamik der technologischen Entwicklungen niemals einen Zustand zulässt, bei dem die E-Government-Gesetzgebung von Bund und Ländern zum Stillstand kommt und vollständig vereinheitlicht ist, so ist doch aus Art. 91c GG die Intention zu entnehmen, den Fortentwicklungen der gesetzlichen Grundlagen für die Digitalisierung der Verwaltung eine Orientierung in Richtung einer möglichst großen Regelungskohärenz zu geben. Denn gerade die Ausübung der grundgesetzlich garantierten Freiheit, innerhalb Deutschlands zu reisen, einen Wohnsitz zu nehmen, Landesgrenzen übergreifend zu arbeiten oder Unternehmen zu gründen, Landesgrenzen überschreitend rechtliche Ansprüche und Pflichten aus Familienbeziehungen wahrzunehmen, wird erschwert, wenn vor der elektronischen Kontaktaufnahme mit Behörden außerhalb des eigenen Bundeslands zunächst die jeweils geltenden unterschiedlichen Regelungen der digitalen Verwaltung recherchiert werden müssten.

b.) Bei Umsetzung des OZG dessen Vorrang beachten

Der Entwurf für ein BayDiG benennt die OZG-Verpflichtungen und europarechtlichen Anforderungen (zum einen durch **Art. 5 Abs. 2**, der die Zuständigkeiten zur Umsetzung auf Ressortebene anspricht, zum anderen durch **Art. 26 Abs. 2 Nr. 10**, der darauf hinweist, dass die Behörden ihre Verpflichtungen aus dem OZG und aus der EU-Verordnung 2018/1724 (Single Digital Gateway-Verordnung) über den Portalverbund Bayern erfüllen. Die Regelung des **Art. 4 Abs. 1 BayDiG-E** („Der Freistaat Bayern, die Gemeindeverbände und Gemeinden und sonstige unter der Aufsicht des Freistaates Bayern stehende juristische Personen des öffentlichen Rechts stellen ihre hierfür geeigneten Verwaltungsleistungen und sonstigen öffentlichen Dienste im Rahmen ihrer Zuständigkeiten nach Maßgabe dieses Gesetzes auch digital über öffentlich zugängliche Netze“) nimmt inhaltlich die Verpflichtungen aus dem OZG auf, enthält allerdings durch den Hinweis auf die „Maßgabe dieses Gesetzes“ eine Einschränkung, die erstaunt, weil letztlich das bayerische Recht die bundesrechtliche Verpflichtung nicht einzuschränken vermag.

Zutreffend beschreibt die Begründung zum Entwurf des BayDiG die Verpflichtungen aus dem OZG: Bund und Länder sollen ihre Verwaltungsportale zu einem Portalverbund zusammenschließen sowie im Portalverbund Nutzerkonten einrichten. Ferner sollen Bürgerinnen, Bürger und Unternehmen von einem beliebigen Verwaltungsportal aus auf alle onlinefähigen Verwaltungsleistungen zugreifen können. Die bislang heterogenen IT-Strukturen bei Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern sollen sukzessive interoperabel gestaltet werden. Unklar ist aber, wie etwa von einem außerbayerischen Nutzerkonto zukünftig auf die Verwaltungsleistungen im bayerischen Portal zugegriffen werden kann. Zu empfehlen ist hier eine gesetzliche Klarstellung.

Die Regelung in **Art. 29 Abs. 4 Satz 3 BayDiG-E**, wonach die Anbindung von Bürgerkonten des Bundes oder anderer Länder an Verwaltungsleistungen der Behörden „über das bayerische Bürgerkonto“ erfolgt (wobei eine abweichende Form der Anbindung nur mit Zustimmung des Staatsministeriums für Digitales im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen und für Heimat und dem Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration zulässig ist), lässt unklar, wie diese Anbindung genau erfolgt.

Hier sind gesetzliche Regelungen zu empfehlen, die klarstellen, dass auch die bayerischen digitalen Verwaltungsleistungen direkt über Nutzerkonten der Verwaltungsportale des Bundes und der anderen Länder aufrufbar sind.

3.) Fortentwicklung des BayEGovG und Übernahme der Weiterentwicklungen von (Bundes-) EGovG und der E-Government-Gesetze der anderen Länder

Der Entwurf für ein Bayerisches Digitalgesetz knüpft an das geltende Bayerische E-Government-Gesetz von 2015 an, das sich in Inhalt und Gestaltung der Rechtsvorschriften bereits deutlich vom E-Government-Gesetz des Bundes und der anderen Länder unterscheidet. Zwar nimmt das neue Digitalgesetz nunmehr einige Regelungen auf, die sich größtenteils und seit Langem in den E-Government-Gesetzen des Bundes und der anderen Länder finden (z.B. die die institutionelle Zusammenarbeit der Landesebene mit den Kommunen in Art. 50 BayDiG-E mit dem Gremium „Kommunaler Digitalpakt“, das sich in anderen Ländern zumeist „IT-Kooperationsrat“ nennt), geht aber auch über die anderen Gesetze hinaus und verfolgt eine andere Regelungssystematik.

Die **Ungleichzeitigkeit der Gesetzgebung von Bund und Ländern** bei der Regelung der digitalen Verwaltung führt zwangsläufig dazu, dass einzelne Länder auf die Entwicklungen und Chancen der Informationstechnologie früher durch Regelungen – auch durch Novellierungen - reagieren als andere. Insoweit ist der Gesetzentwurf für ein Digitalgesetz für Bayern zu begrüßen, als er darauf abzielt, Chancen der neuesten technologischen Entwicklungen auch für die Menschen und Unternehmen nutzbar zu machen.

Damit wird allerdings der Freistaat Bayern nicht überall zum Vorreiter. So **übernimmt** der Gesetzentwurf in Teilbereichen die **Regelungen anderer Länder**, die seit Verabschiedung des bayerischen E-Government Gesetzes von 2015, teilweise noch früher in anderen Ländern bereits Aufnahme in die dortigen E-Government-Gesetze gefunden haben, etwa die Einbeziehung der OZG-Verpflichtungen (s.o.), die Anpassung der Datenschutzregelungen an die DSGVO (Art. 37 Abs.1 Art. 38 Abs. 1, Art. 48 und 49 BayDiG - wobei die bayerische Neuregelung erheblich mehr Details regelt wie etwa ausführlich die

Auftragsdatenverarbeitung, was zu begrüßen ist), die Regelung des Once-Only-Prinzips durch Verwendung von elektronischen Nachweisen durch andere Behörden (Art. 23 Abs. 2 BayDiG-E bezogen auf „Nachweise und Unterlagen“, Art. 30 Abs. 2 BayDiG-E bezogen auf das Nutzerkonto) oder die Verankerung der Open-Data-Prinzips. Ferner nutzt der Gesetzentwurf die Gelegenheit zu einer ausführlicheren Regelung als andere E-Government-Gesetze:

Das BayDiG-E bleibt allerdings teilweise hinter den vergleichbaren Regelungen anderer Länder **zurück** (etwa bei der **Regelung der verschlüsselten Kommunikation** mit dem Bürger in **Art. 16 BayDiG-E**): Während Art. 16 Abs. 2 Satz 4 BayDiG-E die Entscheidung über die Art und Weise der Übermittlung und damit über den Einsatz der Verschlüsselungsverfahren grundsätzlich den Behörden überlässt, schreibt etwa § 2 Abs. 1 Satz 3 SächsEGovG vor, dass Verschlüsselungsverfahren „grundsätzlich anzuwenden“ sind. Hier ist zu empfehlen, gesetzlich anzuordnen, dass die Verwaltung Verschlüsselungsverfahren grundsätzlich anwendet (auch ohne explizite Aufforderung durch den Adressaten), am besten eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung.

Vor allem die im Vergleich zu anderen Ländern allenfalls rudimentäre Verankerung des **Open-Data-Prinzips** in **Art. 14 BayDiG-E** verzichtet darauf, die teilweise sehr ausführlichen Regelungen des Bundes (§§ 12 und 12a EGovG) und etlicher Länder (etwa § 16a EGovG NRW, § 10 EGovG BW, § 8 SächsEGovG) auch in bayerisches Landesrecht zu überführen. Die Fixierung der Grundsätze („Die Nutzbarkeit offener Datenbestände der öffentlichen Verwaltung wird gewährleistet. Die staatlichen Behörden sind zur zielgruppenorientierten und nutzerfreundlichen Aufbereitung öffentlich zugänglicher Daten verpflichtet“) reicht bei Weitem nicht aus, den Behörden klare Anhaltspunkte zu geben, welche Daten sie bereitstellen bzw. in welcher Form sie sie aufzubereiten haben. Hierzu sieht dann Art. 14 Abs. 3 BayDiG-E ein eigenes Gesetz vor. Durch Auslagerung von Open-Data-Vorschriften in ein eigenes Gesetz geht aber der eingangs erwähnte Vorteil eines übersichtlichen Digitalgesetzes, aus dem sich möglichst komplett die maßgebenden Vorschriften ergeben sollten, verloren.

Zu empfehlen ist eine möglichst am Bund und den anderen Ländern orientierte Open-Data-Regelung mit weitgehenden Verwertungsrechten (Lizenzen) für die Nutzer. Noch bürger- und wirtschaftsfreundlicher wären Transparenzgesetze, wie in Hamburg und Rheinland-Pfalz, die dazu verpflichten, Daten in einem Transparenzportal (smart indiziert und durchsuchbar) bereitzustellen. Natürlich ist bei der neuen bayerischen Regelung die Richtlinie (EU) vom 20.6.2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors zu beachten.

Schließlich beschränkt sich Art. 14 BayDiG-E auf die offenen Daten der staatlichen Behörden, die kommunalen Daten werden nicht erwähnt. Zu empfehlen ist aber, dass auch die Kommunen erfasst werden, denn gerade durch wie Weiterverarbeitung offener kommunaler Daten lassen sich Mehrwerte erzielen. Die Diskussion um die Frage, ob ein **Rechtsanspruch auf Bereitstellung offener Daten** gewährt werden sollte und damit die tatsächliche Erfüllung der diesbezüglichen staatlichen Verpflichtung gefördert werden kann, sollte im bayerischen Recht eindeutig geklärt werden.

Zu empfehlen ist eine **möglichst vollständige Einbeziehung aller Verwaltungsbereiche** in die Regelung durch das Digitalgesetz, Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Digitalgesetzes sind – wie bereits beim E-Government-Gesetz – möglichst begrenzt zu bleiben, wie dies etwa für das EGovG von

Schleswig-Holstein gilt. Zumeist schließen die E-Government-Gesetze der Länder die Schulen vom Anwendungsbereich des EGovG aus. Auch Bayern hat die Schulen durch Art. 2 Abs. 2 BayEGovG ausgeschlossen. Leider hält auch der Entwurf für ein BayDiG daran fest (Art. 1 Abs.2 Nr. 2). Begründet wird diese Herausnahme der Schulen lt. Gesetzesbegründung damit, dass „die besonderen Aufgaben dieser Einrichtungen sondergesetzliche Regelungen auch zur Digitalisierung nahelegen. Aufgrund des in Art. 7 Abs. 1 GG und Art. 130 Abs. 1, Art. 131 der Bayerischen Verfassung (BV) verankerten staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags unterscheiden sich auch die Schulen wesentlich von anderen staatlichen Behörden. Leider wird aus der Begründung nicht deutlich, weshalb es Probleme bei der Anwendung des BayDiG bei den Schulen gäbe. Sollten einzelne Bestimmungen nicht passen, käme auch eine Ausnahmeregelung für die Schulen jeweils bei der konkreten Regelung in Betracht. Gerade der zu geringe Digitalisierungsgrad der Schulen hat sich in der Vergangenheit oft als Problem herausgestellt. Es sollte die „Besonderheit“ der Schulen nicht dauerhaft als Rechtfertigung für geringere Digitalisierungsanstrengungen dienen. In Betracht käme auch – wie § 1 Abs. 2 Nr. 2 HEGovG - explizit einige Regelungen des BayDiG für die Schulen für anwendbar zu erklären.

Zu empfehlen ist ferner, dass die (E-Government-) Regelungen, die vom Bund für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts für anwendbar erklärt werden, **nicht durch Landesrecht außer Kraft gesetzt** werden. Bayern hat die Anwendung des EGovG auf den Vollzug von Bundesrecht im Auftrag des Bundes begrenzt (Art. 1 Abs. 3 BayEGovG), wozu Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG auch ermächtigt. Diese vom Grundgesetz zugelassene Abweichung trägt allerdings nicht zur Kohärenz bei. Diesen Sonderweg behält Bayern durch die Regelung des Art. 1 Abs. 4 BayDiG-E- bei.

Die Festlegungen zu den Digitalen Akten (Art. 33), zur Einsichtnahme in die digitale Akte (Art. 34), zu den Digitalen Registern (Art. 35), zur digitalen Behördenzusammenarbeit (Art. 36) und zu den Basisdiensten (Art. 37) entsprechen weitgehend den Regelungen in den E-Government-Gesetzen der anderen Länder, die Regelung zur Auftragsverarbeitung stellt eine Konkretisierung der Vorgaben der DSGVO dar. Es handelt sich größtenteils um interne Verpflichtungen der Verwaltung, deren Nichtbeachtung aber nicht sanktioniert ist. Es ist zu empfehlen, die Berichtspflicht gemäß Art. 15 Abs. 2 auf die Frage auszudehnen, inwieweit die Staatsregierung ihren Verpflichtungen aus den Art. 34 ff. nachgekommen ist.

4.) E-Government-Rechte der Bürgerinnen und Bürger

In der Vorbemerkung des Gesetzentwurfs wird ferner darauf hingewiesen, das Bayerische Digitalgesetz stelle „den **Menschen in den Mittelpunkt der Digitalisierung**“ und definiere hierzu „bundesweit erstmals einen umfassenden Katalog digitaler Rechte von Bürgerinnen, Bürgern und Unternehmen“. Gerade eine Fokussierung auf den Menschen müsste allerdings auch dazu führen, den Bürgerinnen und Bürgern justiziable Rechte zu verleihen. Erst wenn die Rechte so konkret formuliert sind, dass sie auch ggfls. **gerichtlich geltend gemacht** werden können, werden sie auch als **echte subjektive durchsetzbare Rechte** wahrgenommen und zwingen die Verwaltung zur Vermeidung von Schadensersatzpflichten die Obliegenheiten tatsächlich zu erfüllen. Solche justiziablen Rechte enthalten die vorgeschlagenen Regelungen nur im Ausnahmefall.

Zu empfehlen ist eine entsprechende **Umformulierung der Regelungen als subjektiv-öffentliche Rechte der Bürgerinnen und Bürger.**

Kapitel 1 sieht im Wesentlichen Programmsätze und eher abstrakte Ziele vor, die allenfalls als Auslegungshilfen bei der Interpretation weiterer Vorschriften herangezogen werden können. Sie bedürfen zu ihrer Wirksamkeit noch weiterer Umsetzungsregelungen, z.B. durch den in **Art. 15 BayDiG-E** vorgesehenen **Digitalplan**, der durch die Staatsregierung auf Vorschlag des Staatsministeriums für Digitales im Einvernehmen mit den Ressorts zu beschließen und regelmäßig fortzuschreiben ist. Die Rechtsnatur dieses „Digitalplans“ ist allerdings unklar. Ihm dürfte nicht der Charakter einer Rechtsverordnung zukommen, aus der Bürgerinnen und Bürger eigene Rechte ableiten könnten.

Allerdings könnte **Art. 7 Abs. 3 BayDiG-E** als subjektives Recht auf Fortbildung und Weiterbildung bei der Einführung neuer digitaler Verfahren sowie bei wesentlichen Erweiterungen oder sonstigen Änderungen bestehender Verfahren gewertet werden.

Kapitel 2 („Digitale Rechte und Gewährleistungen“) sieht zwar einzelne Rechte vor, die aber teilweise schon durch den Wortlaut eingegrenzt werden. So soll Art. 8 ein **Recht auf freien Zugang zum Internet** vermitteln- allerdings nur „über allgemein zugängliche Netze“. Damit wird **lediglich ein Abwehrrecht** gegen Eingriff in den Zugang zum Internet begründet. Ein solches Abwehrrecht dürfte sich aber bereits aus dem Grundgesetz (Art. 5) ergeben. Wesentlich bedeutsamer dürfte ein Recht auf **Bereitstellung eines Internetzugangs** sein, das aber gerade **nicht** durch den Entwurf eines Bayerischen Digitalgesetzes vorgesehen ist.

Die **Digitale Handlungsfreiheit (Art 9)** stellt lediglich eine Aufgabe des Freistaat Bayern dar, digitale Dienste bereitzustellen, 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 im Rahmen der Kommunikation mit den Behörden verbessern sollen. Ein unmittelbarer Anspruch der Beteiligten solcher Verfahren dürfte aus dem Artikel nicht erwachsen, zumal es für die „Verbesserung“ von Möglichkeiten keinen zeitlichen Bezugspunkt gibt, der ein Monitoring der Umsetzung dieser Aufgabe ermöglicht. Zu empfehlen ist hier die klare Formulierung eines gerichtlich durchsetzbaren Anspruchs.

Dasselbe gilt für die Regelung des **Art. 10 (Digitale Selbstbestimmung)**, zumal die Formulierung „fördert die digitale Selbstbestimmung und stellt hierzu nutzerfreundliche und barrierefreie digitale Dienste bereit“ lediglich abstrakt die Aufgabe ohne konkrete inhaltliche Vorgaben beschreibt. Zu empfehlen ist, über die Festlegung in Art. 33 Abs. 4 BayDiG hinaus die maßgebliche Barrierefreiheitsvorschriften der Bayerischen Verordnung über die elektronische Verwaltung und die barrierefreie Informationstechnik (Bayerische E-Government-Verordnung) in den Gesetzestext des BayDiG-E einzubinden, weil diese wichtigen Rechte zur Verhinderung von Diskriminierung sowie eine größere Aufmerksamkeit und Verbindlichkeit erfahren würden.

Art. 11 Recht auf digitale Identität

Ein echtes – und innovatives - subjektives Recht sieht Art. 13 vor, der „jedem“ „nach Maßgabe dieses Artikels das Recht auf mobile Bereitstellung öffentlicher digitaler Dienste“ gewährt. Die Maßgabe ergibt sich aus Absatz 2: „stellt geeignete öffentliche digitale Dienste auch mobil über allgemein zugängliche Netze bereit“. Eine Handlungspflicht zur Schaffung entsprechend zugänglicher Netze dürfte

daraus nicht zu folgern sein; damit dürfte ein Rechtsanspruch auf Beseitigung der Funklöcher nicht von Art. 13 umfasst sein. Zu empfehlen ist die Formulierung eines entsprechenden Rechtsanspruchs.

Die digitalen Zugangsrechte des Art. 16 schließen sich an die bereits in Art. 3 BayEGovG verankerten Rechte an. Größere Neuerungen sind damit nicht verbunden.

5.) Zusammenarbeit mit den Kommunen

Ohne angemessene Regelungen für die Digitalisierung der Verwaltungstätigkeit der Kommunen wird das Ziel, einen regulatorischen Durchbruch zum Prinzip „Digital first“ zu schaffen, nicht erreichbar sein. Denn die Kommunen sind das „Gesicht der Verwaltung zu den Bürgerinnen und Bürgern“. Es ist daher wichtig, so weit wie möglich die Kommunen in das BayDiG einzubeziehen – auch im Hinblick auf etwaige sich daraus ergebende Pflichten, was allerdings im Hinblick auf die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung und das damit im Zusammenhang stehende Konnexitätsprinzip Kostenfolgen auslösen würde.

Der Entwurf des BayDiG verzichtet weitgehend darauf, den Kommunen neue Verpflichtungen aufzuerlegen (von einzelnen Verpflichtungen abgesehen, etwa das Gebot, dass die Gemeindeverbände und Gemeinden zur inhaltlichen Vermittlung und zur Förderung der Akzeptanz ihrer digitalen Angebote qualifizierte Ansprechpartner bereitzustellen haben). Allerdings sieht Art. 53b Abs. 1 Satz 2 BayDiG-E vor, dass die Gemeindeverbände und die Gemeinden „in Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises geeignete Verwaltungsleistungen auch digital anbieten“ sollen. Diese Vorschrift soll allerdings gem. Art. 55 Abs. 3 BayDiG-E erst zum 1.1. 2024 in Kraft treten. Die Verpflichtung dürfte sich aber schon aus dem OZG ergeben, das bekanntlich allen Verwaltungsebenen in Deutschland vorschreibt, digitale Dienste bereits bis zum 31.12.2022 anzubieten

Im Übrigen sieht das BayDiG-E eher Angebote vor, etwa: „Der Freistaat Bayern unterstützt die Gemeindeverbände und Gemeinden beim Angebot digitaler öffentlicher Dienste im Sinne der Abs. 1 und 2. Der Freistaat Bayern stellt hierzu insbesondere Basisdienste und zentrale Dienste bereit und fördert die Qualifizierung von digitalen Ansprechpartnern. Die Aufgaben, Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten der Gemeindeverbände und Gemeinden bleiben unberührt.“ Oder bei der Umsetzung des Anspruchs auf mobile Bereitstellung mobiler Dienste, wenn Art. 13 Abs. 2 dazu verpflichtet, Gemeindeverbände und Gemeinden bei der mobilen Bereitstellung digitaler öffentlicher Dienste durch geeignete Basisdienste oder zentrale Dienste zu unterstützen. Abgesehen davon, dass die nach dem Gesetzestext vorgesehenen Unterstützungsleistungen für die Kommunen nicht ausreichen (z.B. Clouddienste), ist zu empfehlen, weitergehende Verpflichtungen der Kommunen- etwa bei der vollständigen Digitalisierung der Verwaltungsverfahren oder der Bereitstellung von offenen Daten - vorzusehen, die aber im Gesetzestext mit finanziellen Unterstützungsverpflichtungen des Freistaats verbunden werden müssten.

Zu begrüßen ist, dass im Gegensatz zum bisher geltenden BayEGovG, aber entsprechend den Regelungen der anderen Länder nunmehr in Art. 50 BayDiG-E ein Abstimmungsmechanismus der staatlichen Ebene mit den Kommunen geregelt wird. Auch wenn das nun zu errichtende Abstimmungsgremium mit „Kommunaler Digitalpakt“ einen anderen Namen trägt als die anderen Länder (zumeist „IT Kooperationsrat“, § 18 SächsEGovG, § 23 EGovGBW, § 21 EGovG NRW, § 28 EGovG PR, § 24 EGovG LSA, § 19 EGovG SL, oder „E-Government-Rat“, § 15 HEGovG, „IT-Rat“, 15 Abs. 1 BbgEGovG oder „Lenkungsausschuss E-

Government“, § 17 EGovG M-V), so sind doch die personelle Zusammensetzung und die Aufgaben weitgehend vergleichbar. Allerdings soll im Gegensatz zu den Regelungen in anderen Ländern der Datenschutzbeauftragte nicht regelmäßig an den Gremiumssitzung teilnehmen, sondern wird durch das Staatsministerium für Digitales lediglich informiert und zu datenschutzrechtlich relevanten Empfehlungen des Kommunalen Digitalpakts angehört. Eine regelmäßige Teilnahme des Datenschutzbeauftragten am Kommunalen Digitalpakt würde die Sensibilität für den Datenschutz auf allen Verwaltungsebenen merklich erhöhen und ist daher zu empfehlen.

6. Stärkung der Rolle des Digitalministeriums

An verschiedenen Stellen des BayDiG -E wird das Digitalministerium als zentrale Institution zur Förderung der Digitalisierung in Bayern genannt. Allerdings fällt auf, dass z.B. bei der Festlegung der IT Standards in Art. 51 BayDiG die Entscheidung des Digitalministeriums an das Einvernehmen mit den fachlich zuständigen Ressorts gebunden ist. Dies könnte den Entscheidungsprozess eventuell lähmen. Es ist zu empfehlen, das „Einvernehmen“ durch „Benehmen“ zu ersetzen.

7. Regelung der IT-Sicherheit

Die Regelungen der Art: 41 ff. BayDiG-E greifen größtenteils die bestehenden Vorschriften der Art. 9 ff. BayEGovG auf. Allerdings gibt es auch Änderungen, etwa in Art. 48 Abs. 2 BayDiG-E, der nunmehr vorsieht, dass Protokolldaten nach Art. 4 Abs.2 Nr. 1 über den für die automatisierte Auswertung erforderlichen Zeitraum hinaus längstens für zwölf Monate gespeichert werden können, während das geltende Recht eine Höchstspeicherfrist von drei Monaten vorsieht. Die Begründung für die Verlängerung dieses Zeitraums überzeugt nicht; in diesem grundrechtssensiblen Bereich müssen die zuständigen Behörden befähigt werden, schneller Verdachtsaspekten nachzugehen. Zu empfehlen ist, es bei der bisherigen drei-Monats-Regel zu belassen. Ferner ist zu empfehlen, bei der Speicherung von Inhaltsdaten (Art. 48 Abs. 3) einen Richtervorbehalt vorzusehen, da dies das übliche Mittel ist, eine rechtsstaatliche Kontrolle in einem sehr grundrechtssensiblen Bereich vornehmen zu lassen, und ferner eine nachträgliche Pflicht zur Information der Betroffenen.

Die Zusammenarbeit mit dem BSI wird im Gesetzestext nicht angesprochen. IT-Sicherheit lässt sich aber kaum in den Grenzen eines Bundeslands herstellen. Dies gilt auch für die „Mindeststandards“ (Art. 46 BayDiG-E). Zu empfehlen ist, auf die vom BSI empfohlenen Standards (siehe § 3 Nr. 20 BSIG) Bezug zu nehmen und die Erarbeitung von Landesstandards allenfalls für Bereiche vorzusehen, wo die BSI-Standards nicht ausreichen.

8. Digitalbericht (Art. 15 Abs. 2 BayDiG-E)

Der Bericht der Staatsregierung auf der Basis des Digitalplans an den Landtag ist „regelmäßig, spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes“ vorgesehen. Da es nicht um einen Evaluierungsbericht zum Gesetz geht (insoweit sehen die meisten E-Government-Gesetze Drei-Jahres-Zeiträume vor), sondern um Umsetzungsschritte zum Gesetz, sollte der Berichtszeitraum verkürzt werden. Zu empfehlen ist ein Ein-Jahres-Zeitraum.

Über LOAD e.V.

LOAD e.V. - Verein für liberale Netzpolitik, ist ein unabhängiger Verein, der sich für den Erhalt eines freien Internets einsetzt und Bürgerinnen und Bürger dazu ermächtigt, ihre Grundrechte zu verwirklichen. LOAD e.V. möchte den gesellschaftlichen digitalen Wandel konstruktiv unterstützen. Der Verein finanziert sich ausschließlich durch die Mitgliedsbeiträge seiner Mitglieder. Der Verein wurde 2014 gegründet und hat seinen Sitz in Berlin.