



NOVEMBER 2021

**Stellungnahme zum Entwurf des  
Digitalisierungsgesetzes der Lan-  
desregierung Schleswig-Holstein,  
Drucksache 19/3267**

ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

## **Stellungnahme zum Entwurf des Digitalisierungsgesetzes der Landesregierung Schleswig-Holstein, Drucksache 19/3267**

**Ferdinand Müller\*** \ [ferdinand.mueller@rewi.hu-berlin.de](mailto:ferdinand.mueller@rewi.hu-berlin.de)

**Alexandra Keiner\*** \ [alexandra.keiner@rewi.hu-berlin.de](mailto:alexandra.keiner@rewi.hu-berlin.de)

**Finn Schädlich\*** \ [finn.schaedlich@rewi.hu-berlin.de](mailto:finn.schaedlich@rewi.hu-berlin.de)

**Lisa Völmann\*** \ [voelzmann@rewi.hu-berlin.de](mailto:voelzmann@rewi.hu-berlin.de)

**Robert Peter\*\*** \ [robert.peter@weizenbaum-institut.de](mailto:robert.peter@weizenbaum-institut.de)

**Simon Schrör\*** \ [simon.schroer@rewi.hu-berlin.de](mailto:simon.schroer@rewi.hu-berlin.de)

**Zohar Efroni\*** \ [zohar.efroni@rewi.hu-berlin.de](mailto:zohar.efroni@rewi.hu-berlin.de)

**Sonja Schimmler\*\*\*** \ [sonja.schimmler@fokus.fraunhofer.de](mailto:sonja.schimmler@fokus.fraunhofer.de)

**Prisca von Hagen\*** \ [prisca.von.hagen@rewi.hu-berlin.de](mailto:prisca.von.hagen@rewi.hu-berlin.de)

\* Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft und Humboldt-Universität zu Berlin

\*\* Weizenbaum-Institut e. V.

\*\*\* Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft und Fraunhofer FOKUS

**DOI 10.34669/WI.WPP/1**

**HERAUSGEBER:** Der Vorstand des Weizenbaum-Instituts e.V.

Prof. Dr. Christoph Neuberger

Prof. Dr. Sascha Friesike

Prof. Dr. Martin Krzywdzinski

Dr. Karin-Irene Eiermann

Hardenbergstraße 32 \ 10623 Berlin \ Tel.: +49 30 700141-001

[info@weizenbaum-institut.de](mailto:info@weizenbaum-institut.de) \ [www.weizenbaum-institut.de](http://www.weizenbaum-institut.de)

**COPYRIGHT:** Diese Veröffentlichung ist unter der Creative-Commons-Lizenz „Namensnennung 4.0 International“ (CC BY 4.0) lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

**WEIZENBAUM-INSTITUT:** Das Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft – Das Deutsche Internet-Institut ist ein vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) und Land Berlin gefördertes Verbundprojekt. Es erforscht interdisziplinär und grundlagenorientiert den Wandel der Gesellschaft durch die Digitalisierung und entwickelt Gestaltungsoptionen für Politik, Wirtschaft und Zivilgesellschaft.

Diese Arbeit wurde durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) gefördert (Förderkennzeichen: 16DII121, 16DII122, 16DII123, 16DII124, 16DII125, 16DII126, 16DII127, 16DII128 – „Deutsches Internet-Institut“).

# Inhalt

Vorbemerkungen.....	3
Zu Artikel 10 “Offene-Daten-Gesetz – ODaG” .....	5
Generelles .....	5
Im Einzelnen zu § 1 .....	6
Im Einzelnen zu § 2 .....	6
Im Einzelnen zu § 3 .....	8
Im Einzelnen zu § 4 .....	9
Im Einzelnen zu § 5 .....	10
Im Einzelnen zu § 6 .....	11
Zu Artikel 12 “IT-Einsatz-Gesetz – ITEG” .....	14
Generelles .....	14
Im Einzelnen zu § 1 .....	15
Im Einzelnen zu § 2 .....	17
Im Einzelnen zu § 3 .....	19
Im Einzelnen zu § 4 .....	20
Im Einzelnen zu § 5 .....	20
Im Einzelnen zu § 6 .....	22
Im Einzelnen zu § 7 .....	24
Im Einzelnen zu § 8 .....	24
Im Einzelnen zu § 9 .....	24
Im Einzelnen zu § 10 .....	26
Im Einzelnen zu § 12 .....	26

## Vorbemerkungen

Das Weizenbaum-Institut wurde vom schleswig-holsteinischen Umwelt-, Agrar- und Digitalisierungsausschuss gebeten, zu dem aktuellen Entwurf eines Digitalisierungsgesetzes für Schleswig-Holstein (Drucksache 19/3267) Stellung zu nehmen.

In dem Digitalisierungsgesetz werden mit Artikel 10, dem Gesetz über offene Daten der Träger der öffentlichen (Offene-Daten-Gesetz – ODaG), und Artikel 12, dem Gesetz über die Möglichkeit des Einsatzes von datengetriebenen Informationstechnologien bei öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit (IT-Einsatz-Gesetz – ITEG), zwei neue Gesetze vorgeschlagen. Zu diesen beiden Artikeln folgt das Weizenbaum-Institut der Bitte des Landtags.

### Über das Weizenbaum-Institut

Das Weizenbaum-Institut erforscht interdisziplinär und grundlagenorientiert den Wandel der Gesellschaft durch die Digitalisierung und entwickelt Gestaltungsoptionen für Politik, Wirtschaft und Zivilgesellschaft. Ziel ist es, die Dynamiken, Mechanismen und Implikationen der Digitalisierung besser zu verstehen. Hierzu werden am Weizenbaum-Institut die ethischen, rechtlichen, ökonomischen und politischen Aspekte des digitalen Wandels untersucht.

Das Weizenbaum-Institut ist ein vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) geförderter Forschungsverbund, dem die vier Berliner Universitäten – Freie Universität Berlin (FU Berlin), Humboldt-Universität zu Berlin (HU Berlin), Technische Universität Berlin (TU Berlin), Universität der Künste Berlin (UdK Berlin) – und die Universität Potsdam sowie das Fraunhofer-Institut für Offene Kommunikationssysteme (FOKUS) und das Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB) angehören. Die zentrale Administration und rechtsgeschäftliche Vertretung erfolgen über den Weizenbaum-Institut e.V., der als Verbundkoordinator unter anderem die übergreifenden Bereiche Öffentlichkeitsarbeit, Wissenstransfer in Politik, Wirtschaft und Zivilgesellschaft, Vernetzung und Internationalisierung des Instituts und die wissenschaftliche Nachwuchsförderung verantwortet.

### Mitwirkende:

Ferdinand Müller

Roles: Writing – Original Draft, Investigation, Writing – Review & Editing

Alexandra Keiner

Roles: Writing – Original Draft, Investigation, Writing – Review & Editing

Finn Schädlich

Roles: Investigation, Writing – Review & Editing

Lisa Völzmann

Roles: Investigation, Writing – Review & Editing

ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

Robert Peter

Roles: Project Administration, Investigation, Writing – Review & Editing

Simon Schrör

Roles: Supervision, Writing – Review & Editing

Dr. Zohar Efroni

Roles: Supervision, Writing – Review & Editing

Dr. Sonja Schimmler

Roles: Supervision, Writing – Review & Editing

Prisca von Hagen

Roles: Investigation, Review & Editing

Die Reihenfolge der Autor:innen wurde auf Basis einer sequenziellen Abnahme des Beitragsumfangs in der Nennung der Mitwirkenden beschlossen. Die erstgenannte Person hat also den größten Beitrag geleistet, während die letztgenannte Person den geringsten Beitrag geleistet hat (“sequence determines credit”, SDC).<sup>1</sup> Die Rollen der Mitwirkenden basieren auf der Contributor Roles Taxonomy (CRediT).<sup>2</sup>

#### Zur Stellungnahme

Die Autor:innen beziehen sich in dieser Stellungnahme ausschließlich auf Artikel 10 und Artikel 12 des Digitalisierungsgesetzes, da die Artikel 1, 3, 4, 5 und 11 bereits in einer anderen Anhörung abgefragt wurden und sich die übrigen Artikel im Wesentlichen mit der Abschaffung des Schriftformerfordernisses befassen, was begrüßt wird.

Bei dieser Stellungnahme handelt sich um eine interdisziplinäre Analyse/Überprüfung der genannten Artikel ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

Das Gesetz sollte vor der Verabschiedung noch auf die zahlreichen Fehler in Rechtschreibung, Grammatik und Formatierung hin kontrolliert werden.

---

<sup>1</sup> Tschamtko/Hochberg/Rand/Resh/ Krauss, Author Sequence and Credit for Contributions in Multiauthored Publications. PLOS Biology 5, Nr. 1 (16. Januar 2007): e18. <https://doi.org/10.1371/journal.pbio.0050018>

<sup>2</sup> <https://credit.niso.org/>

## Zu Artikel 10 “Offene-Daten-Gesetz – ODaG”

### Generelles

Daten bergen enorme Potenziale für wirtschaftlichen wie sozialen Fortschritt und Innovation, sowie wissenschaftliche Erkenntnis. Der Staat kann durch die Bereitstellung der in den Behörden anfallenden Datensätze einen Beitrag leisten, diese Potenziale zumindest teilweise zu heben. Daher ist die Zielsetzung, durch Offenheit den Zugang zu Daten zu erweitern, grundsätzlich zu begrüßen.

Die Erreichung des Ziels, die Daten der Verwaltung zur Nutzung durch die Gesellschaft für Forschung und Wirtschaft zugänglich zu machen, wird durch ein fehlendes Recht auf Bereitstellung (§2 Abs. 2 ODaG), einer fraglichen Anreizsetzung zwischen freiwilliger Bereitstellung durch die entsprechende Landesbehörde und der Aufforderung durch die Open-Data-Leitstelle (§ 4, Abs. 5 ODaG), und Unklarheiten über Begriffe und Anforderungen gehemmt. Hier ist insbesondere der Begriff der “unbearbeiteten Daten” zu nennen. Zudem wird gegenüber §12a EGovG-B die Anforderung der Strukturiertheit der Daten nicht übernommen.

Die Open-Data-Grundsätze sollen zu den zentralen Verfahrensgrundsätzen für Landesbehörden werden. Dazu wäre es hilfreich, diese ausführlicher zu beschreiben (§1 Abs. 2 ODaG), insbesondere in Verbindung mit der Verpflichtung zur Einhaltung der Open-Data-Grundsätze (§5 Abs. 3 ODaG). Hier besteht weiterhin das Risiko, dass eine Behörde Daten nicht bereitstellt, um etwa die Einhaltung der Open-Data-Grundsätze nicht zu gefährden. Insgesamt ist zu vermuten, dass durch das Zusammenspiel des administrativen Aufwands und eventueller Rechtsrisiken die freiwillige Bereitstellung von Daten durch die Landesbehörden in vielen, potenziell nützlichen Fällen nicht wahrgenommen wird. Eine stärkere Verpflichtung zur Bereitstellung der Daten oder – ggf. auch in Verbindung – eine sinnvolle Entlastung der Mitarbeitenden, kann behilflich sein.

Im Hinblick auf das Leistungsschutzrecht sind Präzisierungen in § 6 ODaG wünschenswert.

ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

## Im Einzelnen zu § 1

### Absatz 1

Unklar bleibt, was “nicht schützenswerte Daten” in diesem Zusammenhang darstellen und warum gerade der Zugang zu diesen nicht schützenswerten Daten erforderlich sein soll, um den Gesetzeszweck zu erfüllen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass in § 2 Abs. 3 ODaG Ausnahmen des Anwendungsbereichs definiert werden.

\ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

### Absatz 2

Die “Open-Data-Grundsätze” werden nicht im befriedigenden Ausmaß im Gesetz dargelegt. Insbesondere § 5 ODaG ist an dieser Stelle inhaltlich unzureichend dafür, dass die Gesetzesanwenderin daraus die genauen Inhalte der einzuhaltenden “Open-Data-Grundsätze” ermitteln und befolgen kann (bspw. “nicht-diskriminierende Bereitstellung”). Unklar bleibt auch, auf welche “Standards” verwiesen wird, wer diese Standards festlegt und warum sie für die Bereitstellung “offener Daten” im Lande Schleswig-Holstein verbindlich sein sollten (und nicht etwa andere Grundsätze etc.).

Es ist unklar, was mit “nicht-diskriminierender Bereitstellung” gemeint ist. In der Begründung wird erklärt, dass “[d]er Zugang an keine besonderen Voraussetzungen gebunden” (S.118) ist. Der voraussetzungslose Zugang ist aber nicht gleichbedeutend mit einer solchen “nicht-diskriminierenden Bereitstellung”.

Der Verweis auf die “Open-Data-Community” und die “international anerkannten Open-Data-Grundsätzen der Open-Data-Community” in der Begründung (S.117) sollte zugunsten einer eindeutigen Quelle gestrichen werden.

\ Die Autor:innen empfehlen, die Open-Data-Grundsätze ausführlicher und für die Anwenderin verständlicher darzustellen.

## Im Einzelnen zu § 2

### Absatz 1

Nach Analyse des Gesetzestextes bleibt unklar, ob und wann die Bereitstellung “offener Daten” durch die Mitarbeiter:innen der Behörden zu erfolgen hat oder ob diese vollständig freigestellt ist, dies zu tun oder zu lassen. Weder besteht eine Dienstpflicht für die Bereitstellung, noch ein eventuell gebundenes Verwaltungshandeln aufgrund eines möglichen Anspruches durch Bürger:innen. In diesem Sinne erscheint § 5 Abs. 2 S. 1 ODaG widersprüchlich, da die Frage, ob Daten bereitgestellt werden, der jeweiligen Behörde

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

freigestellt wird – falls sich aber dann für die Bereitstellung entschieden wird, soll diese “abschließend, vollständig und unverzüglich” erfolgen. Das Gesetz lässt es an dieser Stelle offen, welche und ob Konsequenzen aus einer nicht-abschließenden, unvollständigen oder verzögerten, aber dennoch “freiwilligen” Bereitstellung für die jeweilige Behörde folgen.

Insgesamt erscheint es so, dass die Bereitstellung der offenen Daten zahlreiche, nicht unmittelbar vorhersagbare Rechtsrisiken für die jeweilige bereitstellende Behörde bereithält (bspw. in der Prüfung, ob Rechte Dritter von der Bereitstellung betroffen sind etc.), was zur berechtigten Annahme führt, dass von der Bereitstellungsmöglichkeit “offener Daten” im Behördenalltag wenig bis kaum Gebrauch gemacht werden wird. Zweck des Gesetzes soll aber gerade die Förderung “transparenten Verwaltungshandelns” und der Aufbau einer öffentlich zugänglichen Datensammlung sein. Dementsprechend ist es fraglich, ob die Zweckerreichung mit dem durch das Gesetz vorgegebenen Instrumentarium erfolgen kann.

\ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

## Absatz 2

Es bleibt zu überlegen, ob vielleicht doch in bestimmten Fällen ein Rechtsanspruch auf die Bereitstellung “offener Daten” eingeführt werden sollte, damit der Prozess der Bereitstellung strukturierter und institutionalisierter ablaufen kann. Zumindest sollte über die Einführung einer Rechtfertigungspflicht für die Nicht-Bereitstellung bestimmter, für die Allgemeinheit möglicherweise besonders wesentliche “offener Daten” nachgedacht werden.

\ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

## Absatz 3

Unklar bleibt, inwieweit die umfangreiche rechtliche und tatsächliche Prüfung des Anforderungskatalogs dieses Absatzes in den Behördenalltag integriert werden kann.

Nummer 1: Eine “Sicherstellung der Wettbewerbsfähigkeit öffentlicher Unternehmen” ist rechtlich lediglich mit Unsicherheit bestimmbar, so dass die Gefahr droht, dass hiermit eine Generalklausel eingeführt wird, um bestimmte Bereitstellungsprozesse “offener Daten” zu verhindern.

Nummer 8: Der Sinn der Regelung erschließt sich den Autor:innen nicht.

Nummer 11: Der Sinn der Regelung erschließt sich den Autor:innen nicht.



ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

- \ Die Autor:innen empfehlen, diese Sachverhalte zu prüfen und insbesondere Nr. 1 um eingrenzende Merkmale wie “im erheblichen Ausmaß die Wettbewerbsfähigkeit sicherstellen” etc. zu ergänzen.

## Im Einzelnen zu § 3

### Nummer 2

Die Begriffe “unbearbeitete Daten” und “Rohdaten” sind unklar. Sie suggerieren, dass Daten ohne Bearbeitung vorliegen könnten. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass die Erhebung bzw. der Kontext der Erhebung, Methoden der Erhebung, Bereinigung, Aufbereitung oder die Bereitstellung auch die Daten verändert.<sup>3</sup>

Erstens ist Kritik an dem Begriff der “unbearbeiteten Daten” zu üben. Das Kriterium der Bearbeitung bleibt zu unbestimmt. “Unbearbeitete Daten” sollen solche sein, “die nicht interpretiert, bewertet oder in sonstiger Weise bearbeitet wurden”. Jedoch nennt das ODaG in der enumerativen Aufzählung der Kategorien “unbearbeiteter Daten” Statistiken in § 3 Nr. 2 lit. d. Es ist jedoch zu erwägen, ob nicht jeder Statistik ein Bewertungsmoment inhärent ist. Diese Bedenken lassen sich auch durch den systematischen Vergleich unterstützen, dass nach den Gesetzgebungsmaterialien zum EGovG-B Statistiken aufgrund ihrer Bewertung gerade nicht als offene Daten gelten.<sup>4</sup>

Neben dieser Begriffskritik ist zweitens genereller zu monieren, dass an das Format bzw. die Strukturiertheit der Daten im ODaG im Vergleich zur Bundes- und europäischen Gesetzgebung niedrigere Anforderungen gestellt werden. Zwar folgt das ODaG gem. Art. 10 § 1 Abs. 2 den Open-Data-Grundsätzen “der Verfügbarkeit der Primärquelle” sowie “der Maschinenlesbarkeit“, jedoch heißt es in der Begründung: “Weder das Datenformat noch die Art des Speichermediums sollen ein Kriterium dafür sein, ob Daten im Rahmen des Gesetzes bereitgestellt werden können.” (S. 123)

Gerade die Struktur der Daten sowie deren Kontext (Metadaten) kann jedoch einen erheblichen Einfluss auf den Wert der Daten haben<sup>5</sup> und diese für die Anfragenden nutzbarer machen, weshalb bspw. andere Gesetze von dem Bereitsteller der Daten die Zurverfügungstellung strukturierter Daten fordern, vgl. § 12a II Nr. 1 EGovG-B, Art. 20 DSGVO. Beispiele für strukturierte Daten sind Tabellen und Listen, während unstrukturierte Daten etwa bloße Fließtexte oder Bild- und Audiodateien sein können. Semi-

<sup>3</sup> vgl. u.a. Gitelman, Lisa, Hrsg. 2013. “Raw Data” Is an Oxymoron. Cambridge, MA: MIT Press; Krenn K., Tiemann J. (2020) Metadaten im Kontext. In: Klimczak P., Petersen C., Schilling S. (eds) Maschinen der Kommunikation. Ars digitalis. Springer Vieweg, Wiesbaden. [https://doi.org/10.1007/978-3-658-27852-6\\_1](https://doi.org/10.1007/978-3-658-27852-6_1); Kubicek H., Breiter A., Jarke J. (2020) Daten, Metadaten, Interoperabilität. In: Klenk T., Nullmeier F., Wewer G. (eds) Handbunch Digitalisierung in Staat und Verwaltung. Springer VS, Wiesbaden. [https://doi.org/10.1007/978-3-658-23668-7\\_1](https://doi.org/10.1007/978-3-658-23668-7_1)

<sup>4</sup> siehe Bundestagsdrucksache. 18/11614, 18.

<sup>5</sup> Wischmeyer/Herzog, NJW 2020, 288, 293.

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

strukturierte Daten stellen z.B. E-Mails dar.<sup>6</sup> Weitere Beispiele für die tendenziell höheren Anforderungen an das Format der Daten stellen z.B. auch § 7 DNG, Art. 16 Abs. 2 S. 2 Dig-Inhalte-RL und Art. 5.1 der Open Data Directive ((EU) 2019/1024).

Die Autor:innen empfehlen,

- \ im ODaG zu regeln, dass eine detaillierte Dokumentation über Erhebungszweck, Operationalisierung, Aufbereitung, Gewichtung etc. bereitgestellt wird.
- \ die Strukturiertheit der Daten als Anforderung im ODaG aufzunehmen.

## Nummer 2 e)

Hier sind einfach Sachverhalte vorstellbar, bei denen Rechte Dritter, die Wettbewerbsfähigkeit öffentlicher Unternehmen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie der Personenbezug von Daten in rechtswidriger Weise durch eine Bereitstellung von Daten verletzt werden könnten.

- \ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

## Nummer 6

Die Bedeutung ist wegen des Satzbaus unklar.

- \ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

## Nummer 7

Hier wird ein “Standard” als “Standard, ...” definiert. Es ist daher fraglich, ob diese Definition sinnvoll ist.

- \ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

## Im Einzelnen zu § 4

## Absatz 1

Das Open-Data-Portal soll mit anderen Portalen kompatibel sein. Unklar bleibt, ob das vorhandene Open-Data-Portal weiterverwendet, weiterentwickelt oder ersetzt werden soll.

---

<sup>6</sup> vgl. Richter, NVwZ 2017, 1408, 1409.

ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

Die Autor:innen empfehlen,

- \ das entwickelte System selbst auch als Open Source zur Verfügung zu stellen. Hier sollte eine geeignete Lizenz gewählt werden.
- \ das zu entwickelnde System auf bestehende Open Source-Lösungen aufzubauen.

Absatz 5

Unklar bleibt den Autor:innen an dieser Stelle, wie die “Unterstützungsleistung” der Open-Data-Leitstelle aussehen kann, ob diese etwa kommissarisch für die jeweilige Behörde bei der Bereitstellung deren Daten tätig wird, ob sie die Prüfung der Datensätze gem. § 2 Abs 3 ODaG vornimmt oder ob sie lediglich rein informative Hilfestellungen anbietet.

Unklar ist hier auch das Verhältnis von Anregung und Freiwilligkeit: “Die angesprochene Landesbehörde soll der Anregung der Open-Data-Leitstelle nur dann nicht nachkommen, wenn ihr [...] ein unverhältnismäßiger Aufwand entsteht[...]”.

- \ Die Autor:innen empfehlen, dies zu klären.

## Im Einzelnen zu § 5

Absatz 3

Hier ergeben sich für die bereitstellende Behörde Anreize, die (freiwillige) Bereitstellung zu unterlassen: Sie setzt sich nicht nur dem Risiko aus, die Prüfung in § 2 ODaG nicht ordnungsgemäß durchgeführt zu haben, sondern darüber hinaus auch die “Open-Data-Standards” in § 5 ODaG verletzt zu haben, für deren Einhaltung sie verantwortlich ist.

- \ Die Autor:innen empfehlen daher gesetzlich verpflichtende Standards oder Anreize, um die Motivation zur Bereitstellung zu erhöhen.

Absatz 5

Die Regelung erscheint angesichts der zwei Prüfungen, welches das ODaG der bereitstellenden Behörde auferlegt (§ 2 Abs. 3 ODaG, § 5 Abs. 3 ODaG) widersprüchlich. Es kann der Eindruck entstehen, dass diese nur oberflächlich zu erfolgen haben.

- \ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

## Im Einzelnen zu § 6

### Absatz 1

Auch hier erscheint es zweifelhaft, ob sich der Gesetzgeber der Tragweite der Veröffentlichung solcher Datensätze bewusst ist. Möglicherweise können doch fälschlicherweise Betriebsgeheimnisse veröffentlicht werden, die zu zurechenbaren Schäden für Unternehmer:innen führen könnten oder es werden nicht hinreichend pseudonymisierte oder anonymisierte Daten veröffentlicht, die zu Schadensersatzansprüchen nach der DSGVO führen könnten.

\ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

### Absatz 2

Zwar besteht für Daten kein Urheberrechtsschutz nach § 2 Abs. 1 UrhG, sie können jedoch in ihrer Zusammenstellung vom Leistungsschutzrecht für Datenbanken nach § 87a UrhG erfasst sein. Dies gilt nicht für reine Rohdaten, wie beispielsweise die Messdaten eines Sensors<sup>7</sup>, dennoch ist nicht auszuschließen, dass unbearbeitete Daten, die von § 3 Nr. 2 ODaG erfasst werden, in ihrer Zusammenstellung dem Schutz des § 87a UrhG unterfallen. So bejahte der BGH den Schutz nach § 87a UrhG für geografische Daten, die aus einer topografischen Landkarte herausgelöst wurden.<sup>8</sup> Derartige Daten dürften nach § 3 Nr. 2 lit. a, i ODaG als “unbearbeitete Daten” i.S.d. ODaG zu bewerten sein.

Auch die Ausnahme des § 5 Abs. 2 UrhG, nach der amtliche Werke, die im amtlichen Interesse zur allgemeinen Kenntnisnahme veröffentlicht worden sind, nicht dem urheberrechtlichen Schutz unterliegen, führt nicht zu einer generellen Gemeinfreiheit von dem ODaG unterfallenden Daten. Zwar wird diese Ausnahme von der nationalen Rechtsprechung teils – jedoch unter Einschränkungen<sup>9</sup> – entsprechend auf nur dem Leistungsschutzrecht nach § 87a UrhG unterliegende Datenbanken angewendet.<sup>10</sup> Dies ist jedoch umstritten<sup>11</sup>, insbesondere da über die Vereinbarkeit mit EU-Recht noch nicht abschließend entschieden worden ist.<sup>12</sup> Zudem normiert § 5 Abs. 2 UrhG die entsprechende Anwendung des Änderungsverbot und das Erfordernis einer Quellenangabe nach § 62 Abs. 1 bis 3 UrhG beziehungsweise § 63 Abs. 1 und 2 UrhG, was eine zusätzliche Hürde bei Verwendung der nach dem ODaG bereitgestellten Daten darstellt. Auch wird die

---

<sup>7</sup> Dreier/Schulze/Dreier, 6. Aufl. 2018, UrhG § 87a Rn. 7.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 10.3.2016 – I ZR 138/13 = BGH GRUR 2016, 930 f.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 20. 7. 2006 - I ZR 185/03 = BGH GRUR 2007, 137.

<sup>10</sup> BeckOK UrhR/Ahlberg/Lauber-Rönsberg, 32. Ed. 15.9.2021 UrhG § 5 Rn. 3; Schmidt/Zech, CR 2017, 417-426.

<sup>11</sup> EuGH Vorlage des BGH, GRUR 2007, 500, 502.

<sup>12</sup> Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Metzger, 6. Aufl. 2020, UrhG § 5 Rn. 27.

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

Anwendung des § 5 Abs. 2 UrhG bei Handeln des Staates in privatrechtlicher Organisationsform eher abgelehnt.<sup>13</sup>

Eine generelle Gemeinfreiheit von Daten, die nach dem ODaG bereitgestellt werden, ist somit nicht festzustellen. Vielmehr ist für jeden Datensatz eine einzelfallbezogene Betrachtung erforderlich, die aufgrund der juristischen Komplexität, fehlender Sachverhaltsinformationen (bspw. über den Umstand und Aufwand der Datenerhebung) und fehlender Rechtsprechung für die Nutzer:innen der Daten nicht durchführbar ist.

Daher ist eine Lizenzierung oder Freigabe der nach dem ODaG bereitgestellten Daten notwendig. Somit sollten – sowohl im Gesetzestext als auch in der Begründung – klare Leitlinien für eine Lizenzierung der Daten aufgestellt werden. Dabei sollte nach Möglichkeit eine Veröffentlichung der Daten als gemeinfrei (ggf. durch Verwendung einer geeigneten Freigabe, bspw. CC-Zero), andernfalls eine möglichst unbeschränkte, also freie, Lizenzierung der Daten angestrebt werden.

Die bisherigen Regelungen im ODaG (insbesondere in § 6 Abs. 2 S. 1 ODaG) sowie die Ausführungen in der Begründung dazu, halten die Autor:innen in Anbetracht der Bedeutung der Problematik für unzureichend.

Die Autor:innen empfehlen,

- \ die Verpflichtung zur eindeutigen Kennzeichnung von gemeinfreien Daten, bspw. mittels der Public Domain Mark.<sup>14</sup>
- \ die Verpflichtung der öffentlichen Stellen zur Veröffentlichung von Daten als gemeinfrei soweit möglich, andernfalls zur Verwendung einer möglichst freien Lizenz (vgl. auch § 4 Abs. 3 S. 3 DNG). In Betracht kommen dabei insbesondere folgende Lizenzen:
  - die Creative Commons Zero Freigabe (CC0),<sup>15</sup> mithilfe derer weltweit auf alle urheberrechtlichen und verwandten Schutzrechte verzichtet wird, soweit dies gesetzlich möglich ist. Die CC0-Freigabe ermöglicht damit die Freigabe von Daten in die Gemeinfreiheit. Die CC0-Freigabe ist vorzugswürdig, da sie international anerkannt ist und somit eine Nutzung der Daten auch außerhalb der Bundesrepublik ermöglicht.
  - die vom GovData-Portal des Bundes verwendete Datenlizenz Deutschland – Zero – Version 2.0,<sup>16</sup> die ebenfalls eine Nutzung ohne Einschränkungen oder Bedingungen zulässt, jedoch primär in der Bundesrepublik Anwendung findet.

---

<sup>13</sup> BeckOK UrhR/Ahlberg/Lauber-Rönsberg, 32. Ed. 15.9.2021, UrhG § 5 Rn. 8.

<sup>14</sup> <https://creativecommons.org/publicdomain/mark/1.0/deed.de>.

<sup>15</sup> <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/deed.de>.

<sup>16</sup> <https://www.govdata.de/dl-de/zero-2-0>.

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

- \ die Untersagung der Verwendung anderer Lizenzen oder individueller Nutzungsbedingungen sowie Lizenzanpassungen – außer in Fällen, in denen eine Veröffentlichung keinesfalls anders möglich wäre, beispielsweise wenn eine öffentliche Stelle § 4 IWG unterfällt. Dann handelt es sich jedoch nicht mehr um offene Daten i.S.d. § 3 Nr. 1 ODaG.
- \ die ausdrückliche Feststellung der Zulässigkeit der kommerziellen Nutzung der Daten, wie in § 4 Abs. 1 DNG.
- \ die Verpflichtung zur maschinenlesbaren Angabe der Lizenz oder der Gemeinfreiheit in den Metadaten.
- \ das Verbot von Vereinbarungen öffentlicher Stellen über ausschließliche Rechte an der Nutzung von Daten (vgl. § 6 Abs. 1 DNG).

## Zu Artikel 12 “IT-Einsatz-Gesetz – ITEG”

### Generelles

Angesichts der kommenden Regulierung zu KI-Technologie auf europäischer Ebene (COM/2021/206 final) erscheint es etwas verwunderlich, dass das Land Schleswig-Holstein bereits jetzt mit einem entsprechenden Gesetzesvorhaben vorstoßen möchte. Dieses Vorhaben beinhaltet dementsprechend zumindest mittelfristig die Gefahr einer stellenweisen Kollision mit europäischem Recht.

In der Problemdarstellung werden die Risiken beim Einsatz solcher Technologien angesprochen (in Bezug auf die Datenbasis, Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen, Transparenz, Unvorhersehbarkeit und Veränderungen der Algorithmen, Diskriminierung, etc.). Das Gesetz löst aus Sicht der Autor:innen diese Probleme nicht ausreichend. Es wird nicht angemessen darauf eingegangen, wie die Erfüllung dieser Kriterien gewährleistet werden soll und welche Stelle eine unabhängige und qualifizierte Überprüfung vornehmen könnte. Denkbar wäre es, kontrollierende Systeme bei der Überprüfung des Einsatzes von “datengetriebenen Technologien” einzusetzen, beispielsweise sog. “Kontrollalgorithmen”.<sup>17</sup>

Die Autor:innen raten davon ab, “Nichtigkeit” als Rechtsfolge derart oft einzusetzen. Das allgemeine Fehlerfolgenregime des Verwaltungsrechts ist ausreichend.

Die Einrichtung einer “KI-Aufsichtsbehörde” zur Bündelung von Fachkompetenzen, welche den einsetzenden Behörden bei der Erfüllung ihrer Pflichten aus diesem Gesetz behilflich sein könnte, ist zu empfehlen. Die Autor:innen schlagen des Weiteren ein abgestuftes System einer präventiven Risikoklassifizierung für die einzustufende Technologie vor, die insbesondere auch den konkreten Einsatzkontext der jeweiligen Technik berücksichtigen soll. Hier kann eine eventuell einzurichtende zentrale Fachstelle im Auftrag der jeweiligen Behörde eine präventive Risikoklassifizierung durchführen (“KI-Aufsichtsbehörde”). Die präventive Risikoklassifizierung ersetzt den “Zuordnungsprozess” gem. § 5 ITEG. Die Fachstelle überprüft die zu verwendende Technik, gibt diese für den konkreten Einsatz frei und legt eine entsprechende Risikostufe fest, aus der sich für die einsetzende Behörde die weiteren rechtlichen Voraussetzungen nach diesem Gesetz ergeben.

Das Ergebnis dieser Risikoklassifizierung ergibt sich aus einer Abwägung der allgemeinen und technischen systembezogenen Risiken der eingesetzten Technik auf der einen

---

<sup>17</sup> vgl. Plattner, R. (2021). Digitales Verwaltungshandeln: Rechtliche Aspekte der Digitalisierung in der öffentlichen Verwaltung. S. 315., DOI 10.38107/021

ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

Seite mit denen zu erwartenden, konkreten anwendungsbezogenen Risiken aus dem unmittelbaren Einsatz auf der anderen Seite.<sup>18</sup>

## Im Einzelnen zu § 1

### Absatz 1

An dieser Stelle wäre es ratsam bei einer solch umfassenden IT-Regulierung, welche darüber hinaus bisher noch ohne vergleichbare Alternativregelungen in anderen (Bundes-) Ländern praktiziert worden ist, eine Bereichsausnahme für die IT der Finanzverwaltung einzuführen. Die Finanzverwaltung ist vermutlich der Bereich der Verwaltung, welcher bereits heute am stärksten auf automatisiert arbeitende IT-Systeme setzt. Die in diesem Gesetz aufgeführten Definitionen bzgl. des genauen Regelungsgegenstandes sind stellenweise unklar und befinden sich noch in einer aktuellen wissenschaftlichen Debatte; die Einführung des Gesetzes könnte so zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei den betroffenen Finanzämtern des Landes Schleswig-Holstein führen und dementsprechend auch die Finanzstabilität des Landes gefährden. Auch bei ansatzweise vergleichbaren Regelungen – wie gewisse Artikel in der europäischen DSGVO – bestehen vergleichbare Ausnahmen für die Steuerverwaltung, siehe etwa Art. 22 DSGVO bzw. die dazugehörigen ErwGr. 31, 71, 112 DSGVO für die jeweiligen entsprechenden Normen.

- \ Die Autor:innen empfehlen eine Bereichsausnahme für die Finanzverwaltung einzuführen und darüber hinaus den Sachverhalt zu prüfen.

### Absatz 3

Der Begriff der “Datengetriebenen Informationstechnologien” erscheint den Autor:innen als feststehender Rechtsbegriff problematisch, um den mit dem Gesetz verfolgten Zweck zu erfüllen. Aus folgenden Gründen:

- Einerseits ist festzustellen, dass sämtliche aktuell verwendete Software ohne weiteres als “Datengetriebene Informationstechnologie” eingestuft werden kann, dementsprechend also die Gefahr besteht, dass auch herkömmliche und erprobte Softwareanwendungen durch diese Neuregelung erfasst werden könnten.<sup>19</sup> Auch die im Gesetz aufgeführten Abgrenzungen scheinen nur mäßig geeignet, um effektiv gewöhnliche Software auszuschließen. Etwa werden auch in gewöhnlichen Excel-Tabellen Daten aus mehreren Datenquellen “selbstständig” durch das System miteinander “verglichen” und “interpretiert”, ebenfalls auf der Grundlage von “Referenzdaten”. Dies beinhaltet eine größere Rechtsunsicherheit für die

<sup>18</sup> vgl. Müller/Kirchner/Schüssler, Die Regulierung Künstlicher Intelligenz - Neuer Rechtsrahmen für Algorithmische Entscheidungssysteme, S. 102 ff.

<sup>19</sup> vgl. die Kritik von Bomhard/Merkle: Europäische KI-Verordnung - Der aktuelle Kommissionsentwurf und praktische Auswirkungen, RDi, 2021, S. 277



## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

jeweilige Gesetzesanwenderin bei den Behörden zur Frage, welche von ihnen benutzten Technologien jetzt dem vergleichsweisen strengen Regime dieses Gesetzes unterliegen.

- Der Begriff “Datengetriebene Informationstechnologie” scheint darüber hinaus auch eine juristische Neuschöpfung zu sein, welche sich nicht in der bestehenden Forschungsliteratur wiederfinden lässt. Demzufolge ist es auch für die fachkundige Gesetzesanwenderin schwierig, ein klares Bild des genauen Regelungsgegenstandes des Gesetzes zu erlangen.
- Besser wäre es, einerseits die aktuelle Begriffsdebatte und andererseits den genauen Kontext des Einsatzes dieser Technologie mit einzubeziehen, um eine rechtssichere Definition gewinnen zu können. Beispielsweise könnte stattdessen der Begriff der teil- oder vollautomatisierten Algorithmischen Entscheidungssysteme verwendet werden. Dieser Begriff wird bereits in der Debatte um die Regulierung von KI-Technologie benutzt.<sup>20</sup> Er macht deutlich, dass die Technologie im Vergleich zu herkömmlicher Software dazu eingesetzt wird, um eigenständig konkrete Entscheidungen zu treffen oder Entscheidungsempfehlungen zu formulieren, anstatt dass sie bei diesen Prozessen lediglich – wie bisher – eine nur unterstützende Funktion einnimmt (wie zur Auswertung einer bestimmten Datengrundlage etc.). Gerade in Bezug auf diese Fähigkeit (bzw. dem speziellen Einsatzkontext der Technik) zur eigenständigen Entscheidungsfindung oder Empfehlungserstellung können sich die mit der Technologie verbundenen besonderen Risiken realisieren, wie etwa das Risiko der Verzerrung der Systemarchitektur (“Biased AI”), das Risiko der Lernfähigkeit (teilweise auch als Autonomie-Risiko bezeichnet) oder das Risiko der Intransparenz der maschinell erstellten Entscheidung(sempfehlung) (“Black BoxAI”).<sup>21</sup> Die Bezeichnung “System” zur Beschreibung eines Zusammenspiels aus Mensch und Technik macht deutlich, dass es nicht alleine auf die technologische Ebene, sondern auch auf die konkrete menschliche Nutzung ankommt, die die Risiken der Technologie ausmachen.

Die Autor:innen empfehlen,

- \ die Beseitigung der Rechtsunsicherheiten.
- \ die Verwendung des Begriffes “teil- oder vollautomatisierte Algorithmische Entscheidungssysteme”

---

<sup>20</sup> vgl. Studie von AlgorithmWatch: Automated Decision-Making Systems in the Public Sector, 2021, <https://kurzelinks.de/s0ej>; Müller/Kirchner/Schüssler, KI-TÜV“ für Europa? Eckpunkte einer horizontalen Regulierung algorithmischer Entscheidungssysteme, in GRUR Junge Wissenschaft Sammelband: Intelligente Systeme, Intelligentes Recht, S. 85 ff.; Studie des Europäischen Parlaments - "Understanding algorithmic decision making: Opportunities and Challenges", März 2019, <https://kurzelinks.de/z43t>.

<sup>21</sup> siehe auch Müller/Kirchner/Schüssler, S. 93 ff.; ZECH, Risiken Digitaler Systeme: Robotik, Lernfähigkeit und Vernetzung als aktuelle Herausforderungen für das Recht, S. 27, 38; HACKER, Verhaltens- und Wissenszurechnung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, S. 251 f.; RW (2018), 243 ff.

## Im Einzelnen zu § 2

### Absatz 1

Die Anforderungen in Satz 2 sind zusammen sehr hoch und möglicherweise nicht umsetzbar und nur für bestimmte Anwendungen gerechtfertigt. Es erscheint fraglich, ob die hier dargestellten Attribute wie “Transparenz”, “Robustheit”, “Beherrschbarkeit” und “Sicherheit” sich in dieser Absolutheit auch technisch realisieren lassen oder ob das im Ergebnis nicht eher zur Verhinderung des Einsatzes solcher Technik führen wird. Denn diese technischen Eigenschaften lassen sich bei vielen der eingesetzten Systeme zumindest nicht immer mit vollständiger Ausprägung finden. Damit droht ein Scheitern des Gesetzeszweckes – einen sicheren Rechtsrahmen für den Einsatz der Technologie zu schaffen.

Vor dem Hintergrund, dass die eingesetzten Technologien den genannten Attributen nicht vollständig entsprechen können, muss abgewogen werden, für welche Entscheidungen oder Bereiche diese eingesetzt werden können. Für eher risikoarme Entscheidungen – wie bspw. die Auskunft über allgemeine Informationen mittels eines Chatbots – ist die Erfüllung der genannten Attribute zwar wünschenswert, jedoch weniger problematisch als in rechtlich sensiblen Bereichen, wie etwa Entscheidungen über individuelle finanzielle Zuwendungen etc.

Die Autor:innen empfehlen,

- \ ein auf das prognostizierte Risiko der konkreten Technik abgestuftes Regelungsregime umzusetzen, welches sich am Kontext des Einsatzes, den berührten Risikobereichen und dem Ausmaß der Autonomisierung bei der Technik orientiert.<sup>22</sup>
- \ bestehende etablierte Verfahren der Informatik mit einzubeziehen und den Stand der Technik und Forschung mit zu berücksichtigen.

### Absatz 2

Die Einschränkungen des Anwendungsbereichs scheinen hier willkürlich bzw. ist es nicht nachvollziehbar, nach welchen Kriterien diese bestimmt wurden. Auch wenn die drei genannten Anwendungsbereiche relevant sind, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um die einzigen sensiblen Bereiche handelt, bei denen die Risiken des Einsatzes nicht eingeschätzt werden können und welche daher unzulässig sein sollen. Für zusätzliche mögliche Erweiterungen siehe zum Beispiel die Liste der verbotenen KI-Anwendungen gem. Art. 5 KI-VO-E. Generell sollte sich an dieser Liste orientiert werden, da bei einem Inkrafttreten der KI-VO ein möglicher Normenkonflikt mit dem vorrangigen Europarecht droht. So könnte der europäische Gesetzgeber oder auch europäische Richter:innen zur

---

<sup>22</sup> vgl. Müller/Kirchner/Schüssler, Die Regulierung Künstlicher Intelligenz - Neuer Rechtsrahmen für Algorithmische Entscheidungssysteme? S. 102 ff.

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

Auffassung gelangen, der gemeinsame Binnenmarkt sei rechtswidrig beeinträchtigt, wenn im Land Schleswig-Holstein andere Anwendungen von KI-Technologie beim Einsatz in Behörden verboten sind.

Des Weiteren erscheint es für die Autor:innen wenig verständlich, direkt die Nichtigkeit als Rechtsfolge an die Verwendung solcher Technologie anzuknüpfen. Insbesondere bei bestimmten Fällen von Nr. 2 (in Bezug etwa auf die Beurteilung von Arbeitsleistungen oder der kognitiven Fähigkeiten eines Menschen) oder Nr. 4, bei denen keine unmittelbar eintretende schwerwiegende Gefährdung eines besonders gewichtigen Rechtsgutes bei der Benutzung solcher Technologie bevorsteht, sollte über eine Anpassung der Regelung nachgedacht werden.

\ Die Autor:innen empfehlen, diese Sachverhalte zu berücksichtigen.

## Nummer 1

Ogleich es löblich scheint, dass der Gesetzgeber an diese Möglichkeit des Einsatzes von KI-Technologie gedacht hat, erscheint es als fraglich, ob sich solche Systeme in naher und auch mittelbarer Zukunft technisch realisieren und praktisch zur gewöhnlichen Anwendung bringen lassen.

## Nummer 4

Den Autor:innen erscheint es unverständlich, die Verwendung der Technologie bei jedem Ermessensverwaltungsakt oder solchen mit Beurteilungsspielraum zu untersagen bzw. mit der Rechtsfolge "Nichtigkeit" zu bewehren. Insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung besteht einerseits ein erhebliches Anwendungs- und Kosteneinsparpotenzial des Einsatzes der Technologie, während gleichzeitig das Risikopotenzial der Technologie hier nicht schwer genug wiegt, um einen vollständigen und generellen Ausschluss zu rechtfertigen.

\ Die Autor:innen empfehlen diesen Sachverhalt anzupassen, um eventuelle naheliegende Anwendungsbereiche von dem Verbot auszunehmen.

## Absatz 3

Der Inhalt dieser Regelung erschließt sich den Autor:innen ohne weitere Präzisierungen nicht.

## Absatz 4

Die Überprüfung des Einsatzes sollte nicht – oder nicht nur – durch die jeweilige Stelle erfolgen, wenn gleichzeitig diese auch für den Einsatz verantwortlich ist (§ 4 Abs. 1 ITEG). Dadurch kann eine unabhängige Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Einsatzes nicht gewährleistet werden.

ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

Ein weiteres Problem ergibt die Bestimmung der angemessenen Intervalle der Überprüfung. Auch hier könnte ein Ansatz zur präventiven Risikoklassifizierung geeignet sein, für bestimmte schwerwiegende “kritische” KI-Systeme eine engmaschigere Überprüfung festzulegen, als für solche, die in weniger risikoträchtigen Umgebungen eingesetzt werden.

Die Autor:innen empfehlen,

- \ die Zentralisierung der Prüfung.
- \ die Unabhängigkeit der Prüfung durch Einrichtung einer externen Stelle zu fördern und die Intervalle der Überprüfung an die Risikoklassifizierung zu knüpfen.

### Im Einzelnen zu § 3

Absatz 1

Nummer 1

Die Begriffe “spezielle Aufgabe” und “komplexe Fragestellungen” sind juristisch wenig handhabbar; grundsätzlich scheint diese Definition hier aber besser gelungen als weiter oben (§ 1 Abs. 3 ITEG), da der spezielle Kontext des Einsatzes der Technologie zum Erstellen von Entscheidungen berücksichtigt wird (siehe Kritik weiter oben).

Absatz 2

Das Risiko muss nicht zwingend mit der “Automationsstufe” korrelieren. Beispielsweise kann die Anwendung eines Assistenzsystems (Stufe 1), welches auf problematischen oder diskriminierenden Daten basiert, risikoreichere Folgen als ein Delegationssystem (Stufe 2) bspw. in Form eines Chatbots haben. Dementsprechend ist festzustellen, dass nicht allein das Ausmaß der Automatisierung/Autonomisierung (aus denen sich ein Teil der systembezogenen Risiken ergibt) das hier beschriebene Risiko wiedergeben kann, sondern die Bestimmung des speziellen Risikos Algorithmischer Entscheidungssysteme nur in Relation mit den konkreten anwendungsbezogenen Risiken der Systeme im Einsatzkontext erfolgen sollte.<sup>23</sup>

Wie kann gewährleistet werden, dass ein Assistenzsystem richtig angewendet wird? Über welches Wissen müssen Mitarbeitende verfügen, um beurteilen zu können, ob “das gelieferte Ergebnis angenommen, abgelehnt oder unter Verwendung neuer Parameter wiederholt zur Bearbeitung gestellt wird”? Hier besteht die Gefahr, dass die Ergebnisse von Assistenzsystemen aufgrund fehlender Kompetenz (insbesondere bei komplexen KI-

---

<sup>23</sup>vgl. Müller/Kirchner/Schüssler, Die Regulierung Künstlicher Intelligenz – Neuer Rechtsrahmen für Algorithmische Entscheidungssysteme? S. 102 ff.

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

Systemen) ohne weitere Überprüfung angenommen werden. Damit beruht die Entscheidung faktisch auf dem Ergebnis des Systems.

Es ist fraglich, welche Systeme mit “Automationsstufe 3” gemeint sind und wo sie in der Verwaltung in naher und mittelbarer Zukunft realistisch eingesetzt werden können. In der Begründung werden selbstfahrende Fahrzeuge angesprochen. Das ist ein aktuell eher unrealistisches Szenario im Kontext der konkreten Verwaltungstätigkeit.

Die Autor:innen empfehlen,

- \ die drei “Automationsstufen” passend in das weiter oben vorgeschlagene Schema der teil- und vollautomatisierten bzw. autonomisierten Algorithmischen Entscheidungssysteme zu adaptieren:
  1. Teilautomatisiert: Erstellung einer Entscheidungsempfehlung nach vorhersehbarem Ablauf, Umsetzung der konkreten Entscheidung durch einen Menschen,
  2. Vollautomatisiert: Erstellen einer Entscheidung und Umsetzung der Entscheidung durch das System nach grundsätzlich vorhersehbarem Ablauf,
  3. Autonomisiert: Erstellen und Umsetzen von (auch) unvorhersehbaren Entscheidungen selbst bei funktionsgemäßigem Ablauf; gewisse Unabhängigkeit von externen Eingaben und Steuerungsanweisungen; eigenständige Handlungsmacht bzgl. eines übertragenen Aufgabengebiets.
- \ zu konkretisieren, welche Stufen zu welchen konkreten Risiken führen könnten, beispielsweise welche Arten und Gründe der Diskriminierung jeweils wahrscheinlicher sind.

## Im Einzelnen zu § 4

### Absatz 1

Der Sinn der Regelung erschließt sich den Autor:innen nicht. Darüber hinaus ist eine Redundanz der Regelung angesichts der bestehenden staatshaftungsrechtlichen Dogmatik zu vermuten und wird in den meisten Fällen zu mehrdeutigen Ergebnissen führen.

## Im Einzelnen zu § 5

### Absatz 1

Den Autor:innen erscheint es fraglich, ob diese äußerst komplizierte und vermutlich nicht in jedem Fall eindeutige Zuordnungsleistung fehlerfrei und nachvollziehbar durch jede KI-Technologie einsetzende Behörde durchgeführt werden kann. Diese Zuordnung setzt die Kombination mehrerer unterschiedlicher technischer und juristischer Kompetenzbereiche voraus.

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

Vor dem Hintergrund, dass sowohl die Verantwortung (§ 4 Abs. 1 ITEG) als auch die Einstufung der Automation der Technologie – und damit auch das zu befolgende Regelset – bei den jeweiligen Stellen selbst liegt, besteht hier die Möglichkeit, dass die Zuordnung zu einer Automationsstufe nicht unvoreingenommen stattfindet. Beispielsweise könnte eine Behörde, welche eine bestimmte Technik einsetzt, fälschlicherweise davon ausgehen, dass die Technologie nur als “Assistenzsystem” eingestuft werden sollte, obwohl das Ergebnis bzw. die Entscheidung, die von der Technologie vorgeschlagen wurde, ohne Überprüfung übernommen wurde und damit eher der Stufe 2 entsprechen würde. Aus diesem Grund wäre eine unabhängige Stelle in Form einer Aufsichtsbehörde hilfreich, welche die Einstufung der Automationsstufen nach konkreten und konsistenten Kriterien vornimmt. Darüber hinaus wäre es auch hilfreich, wenn die Kriterien für die vorzunehmende Einstufung im Sinne einer einheitlichen Verwaltungspraxis zentralisiert wären. So könnte verhindert werden, dass die Einstufung einer jeweiligen öffentlichen Stelle nicht der Einstufung anderer öffentlicher Stellen widerspricht.

Die Autor:innen empfehlen,

- \ eine für eine solche Leistung entsprechend ausgestattete zentrale Stelle (KI-Aufsichtsbehörde) einzurichten, die über das entsprechende Kompetenzprofil verfügt, um diese Überprüfung im Auftrag der jeweiligen Behörde vorzunehmen und/oder die verwendete Technik entsprechend zu zertifizieren und für den geplanten Einsatz freizugeben.
- \ die Verantwortung für den Einsatz der Technologie und die Einstufung der Automation der Technologie zu trennen.

## Absatz 2

Bezüglich Satz 2 ist unklar, ob der Prozess nicht eher im Vorfeld festgelegt bzw. konzipiert werden muss.

- \ Die Autor:innen empfehlen, dies klarzustellen.

## Nummer 1

Den Autor:innen erscheint es zweifelhaft, ob ein derartiger unqualifizierter Hinweis nicht zu weitreichend in die Entscheidungsprärogative der Exekutive eingreift. Schwerwiegende Folge eines so weitreichenden “Hinweisrechts” könnte sein, dass grundsätzlich gut geeignete Anwendungsmöglichkeiten der Technik aufgrund solcher Instrumente durch die jeweilige Behörde nicht mehr in Betracht gezogen werden. Vermutlich wird dann auf Hilfsmittel zurückgegriffen, bei denen ein entsprechendes “Hinweisrecht” nicht besteht, was im Ergebnis den Zweck des Gesetzes (vgl. etwa S. 15 ff.) – einen rechtssicheren Rahmen für den Einsatz von KI-Technologie zu schaffen – gefährdet. Es gibt auch keinen den Autor:innen bekannten vergleichbaren Fall, in dem die Behörde die Wahl ihrer

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

eigenen Mittel bei einer bestimmten Verwaltungstätigkeit so abhängig von eventuellen Handlungen der Bürger:innen macht.

- \ Die Autor:innen empfehlen, einen Hinweis im Gesetz aufzunehmen, dass nur “besonders schwerwiegende Umstände” etc. ausreichend sind, um das Abschalten des Systems und eine Übernahme durch eine Beschäftigte zu rechtfertigen.

## Nummer 2

Das ist grundsätzlich so selbstverständlich, dass es unklar erscheint, warum es in das Gesetz aufgenommen wurde.

## Nummer 3

Es ist fraglich, warum die Technik dann überhaupt zu diesem Zweck im Vorfeld eingesetzt worden ist; auch hier gilt das bei Nr. 2 statuierte.

## Nummer 4

Auch hier erscheint es fraglich, ob diese Feststellung durch jede in der Behörde Beschäftigte getroffen werden kann, ohne dass die Person über entsprechende Expertise und/oder Erfahrung verfügt. Auch für das Erreichen des mit dieser Vorschrift verbundenen – grundsätzlich begrüßenswerten – Gesetzeszweckes wäre die Einrichtung und Abstimmung der einzelnen Behörde mit einer Supervisionsinstanz (“KI-Aufsichtsbehörde”), welche über gebündelte Fachkompetenz verfügt, hilfreich.

- \ Die Autor:innen empfehlen, dies zu prüfen.

## Im Einzelnen zu § 6

## Absatz 1

Der Ansatz der Transparenz und die in Aussicht gestellte Bemühung, die verwendeten Algorithmen und die jeweilige Datenbasis offenzulegen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei der Mehrheit der verwendeten IT-Lösungen, die Gegenstand dieses Gesetzesvorhabens sein werden, mutmaßlich um Fremdsoftware von Drittanbietern handeln wird, sehen die Autor:innen keinen großen Anwendungsspielraum dieser Vorschrift. Selbst in dem Fall, dass die Rechtsfrage bzgl. der verwendeten Software unproblematisch erscheint, ist anzunehmen, dass die für das Training der Technologie verwendete Datengrundlage in den meisten Fällen personenbezogene Daten beinhaltet, welcher einer Veröffentlichung entgegenstehen. Dementsprechend bietet eine solche Veröffentlichungspflicht erhebliche Rechtsrisiken, wenn bspw. die Behörde fälschlicherweise zum Schluss kommt, eine bestimmte Software oder ein entsprechender Datensatz könnte für die Freigabe geeignet sein. Auch hier bietet sich der Rückgriff bzw. die

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

Absprache mit einer entsprechenden Supervisionsbehörde (“KI-Aufsichtsbehörde”) an, die eine solche Veröffentlichung entsprechend im Vorfeld unterstützen könnte (zum Beispiel auch bei der Anonymisierung entsprechender Datensätze etc.).

\ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

## Absatz 5

Auch hier ist wieder festzustellen, dass die Wahl der strengen Rechtsfolge “Nichtigkeit” bei fehlerhaften Hinweisen eine möglicherweise zu hohe Hürde im Vorfeld des Einsatzes von IT-Technologie für die Verwaltung aufbauen könnte. Verschiedene Szenarien sind hier vorstellbar:

So könnte sich die Behörde in der konkreten Situation unsicher sein, ob die Zuordnung zur jeweiligen “Automationstufe” rechtsfehlerfrei gelungen ist. Unter der Annahme, dass bei einer falschen Zuordnung aufgrund des dann fehlerhaften oder fehlenden Hinweises eine Nichtigkeit aller mit diesen Systemen erstellten Verwaltungsakte droht, dürfte das eine eher abschreckende Wirkung auf den Einsatz der Systeme haben. Die rechtlichen Konsequenzen bei der Ausfertigung von Verwaltungsakten in Massenverfahren in einem solchen Fall wären schlichtweg nicht überschaubar.

Ein ähnlicher Konflikt könnte sich aus der Veröffentlichungspflicht des verwendeten Algorithmus, § 6 Abs. 4, Nr. 1 ITEG ergeben: Die Behörde könnte sich in einem Widerstreit befinden, einerseits die Rechte Dritter vor einer Offenlegung zu wahren (und damit die Behörde selbst vor rechtlichen Konsequenzen zu schützen) und andererseits die Wirksamkeit ihrer angefertigten Verwaltungsakte aufgrund eines unvollständigen Hinweises bei der Nicht-Offenlegung eines zu veröffentlichenden Algorithmus zu gefährden.

Beide Szenarien sind im Ergebnis dazu geeignet, erhebliche Zweifel an einem Einsatz solcher Technik bei der Behörde zu verursachen. Im Gegensatz dazu ist keine ähnlich harte Rechtsfolge in vergleichbaren Situationen bei der Verwendung “klassischer” Verwaltungsmittel festzustellen: So kann etwa eine fehlende Anhörung nachgeholt werden und führt nicht per se zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes, § 45 VwVfG. Auch hier sollte sich der Gesetzgeber also bewusst sein, ob das Gesetz mit der Rechtsfolge “Nichtigkeit” dem Erreichen des Gesetzeszweckes dienlich sein wird.

\ Die Autor:innen empfehlen dringend, diesen Sachverhalt zu prüfen.



## Im Einzelnen zu § 7

### Absatz 1

Auch hier ist wieder festzustellen, dass es fraglich ist, ob die Anforderung der menschlichen Aufsicht in jedem denkbaren Anwendungsbereich von KI-Technologie erforderlich ist, oder ob dies auf besonders risikoträchtige Einsatzbereiche beschränkt werden sollte. Bspw. lässt sich im Entwurf der europäischen KI-Verordnung diese Voraussetzung nur für sog. "Hochrisiko-KI-Systeme" finden, Art. 6, Art. 14 KI-VO-E.

\ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

## Im Einzelnen zu § 8

### Absatz 3

Den Autor:innen ist es unklar, wie dieser Prozess beim Ankauf oder bei der Lizenzierung von Fremdsoftware effektiv umgesetzt werden kann. Es erscheint darüber hinaus fraglich, ob die rechtsfehlerfreie "Sicherstellung" solcher Kriterien wie "nicht-diskriminierend", "integer", "objektiv" oder "valide" überhaupt möglich ist, oder ob diese Kriterien nicht auch eher entsprechend einer Risikoklassifizierung abgestuft zu erfüllen sein sollten bzw. als zu befolgende Grundsätze eingeordnet werden sollten.

Es ist positiv zu bewerten, dass die Gefahr von diskriminierenden Daten hier berücksichtigt wird. Es ist jedoch unklar, wie gewährleistet werden soll, dass auch eine (latente) Diskriminierung der Daten erkannt wird. Vor allem bei der Zusammenarbeit mit Unternehmen stellt das eine große Herausforderung dar.

\ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

## Im Einzelnen zu § 9

### Absatz 1

Den Autor:innen erscheint es fraglich, ob das grundsätzlich begrüßenswerte Ziel der Einführung eines an die Automationsstufe angepassten Maßnahmekatalogs angesichts der derzeitigen Konzeption des "Zuordnungsprozess" durch Selbsteinschätzung der Behörden erreicht werden kann. Festzustellen ist einerseits, dass eine "höhere" Selbsteinstufung mehr Bearbeitungsaufwand für die einzelnen Verwaltungsmitarbeiter:innen bedeutet, was unter Umständen für eine fehlgeleitete Motivation bei der Vornahme der Stufenzuordnung führen kann (siehe bereits weiter oben bei § 5 Abs. 1). Andererseits ist die Annahme eines direkten und nicht weiter qualifizierten Zusammenhangs zwischen "Stufe

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

der Automation” und dem tatsächlich bestehenden Risiko der Anwendung zu hinterfragen (siehe Anmerkung zu § 3 Abs. 2 ITEG).

Auch hier scheint die Einrichtung einer Supervisionsinstanz (KI-Aufsichtsbehörde) zur Vornahme der Zuordnung und zur Auflösung dieses Interessenkonfliktes zweckmäßig.

\ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

lit. d

Angesichts des zu erreichenden Gesetzeszweckes scheint diese Maßnahme wenig sinnvoll. Auch hier scheint die Automationsstufe mit einer Risikoklassifizierung gleichgesetzt zu werden.

\ Die Autor:innen empfehlen, diesen Sachverhalt zu prüfen.

Absatz 2

Den Autor:innen ist der konkrete Inhalt, die anzuwendenden Maßstäbe und die genauen Ausmaße einer solchen “Technikfolgenabschätzung” unbekannt; die hierfür zu bewertenden Punkte um diese gesetzliche Vorgabe zu erreichen, sollten weiter ausgeführt werden.

Auch hier ist festzustellen, dass die Anfertigung einer entsprechend umfangreichen Technikfolgenabschätzung nicht für den Einsatz jeder KI-Technologie in Betracht kommen kann, sondern nur für solche mit einer entsprechend hohen Risikoklassifizierung.

Die Autor:innen empfehlen,

- \ konkrete Punkte einer Technikfolgenabschätzung zu formulieren. Anzuführende Punkte einer solchen Technikfolgenabschätzung könnten bspw. sein:
  - Genaue Beschreibung der technischen Spezifikationen der eingesetzten Technik unter eventueller Zuhilfenahme technischer Sachverständiger,
  - Darlegen der Gründe, warum sich für diese konkrete Technik entschieden wurde,
  - Aufzählen und Beschreiben der durch den Einsatz der Technik zu erwartenden Vorteile für die konkrete Verwaltungsaufgabe,
  - Aufzählung und Beschreibung der durch die Technik unmittelbar betroffenen Rechtsgüter,
  - Aufzählung und Beschreibung der durch die Technik potenziell betroffenen Rechtsgüter,
  - Aufzählung und Beschreibung der Maßnahmen, die unternommen werden, um den Schutz der betroffenen Rechtsgüter zu gewährleisten,
  - und eine konkrete Abwägung des Verhältnisses zwischen den konkreten und potenziell betroffenen Rechtsgütern und den zu erwartenden Vorteilen.

ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

- \ die Risikoklassifizierung als Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob eine Technikfolgenabschätzung angefertigt werden sollte, mit einzubeziehen.

## Im Einzelnen zu § 10

### Absatz 1

Die Autor:innen finden den Verweis auf den aktuellen Stand der Technik richtig und wichtig, um die Erwartungen an die Korrektheit der Systeme nicht zu überhöhen. Diese Einschränkung sollte auch für die anderen in diesem Gesetz aufgeführten Vorgaben entsprechend gelten, siehe etwa bei § 2 Abs. 1 S. 2 ITEG.

- \ Die Autor:innen empfehlen, dies zu prüfen.

## Im Einzelnen zu § 12

### Absatz 1

Den Autor:innen erscheint die Einführung eines neuen Rechtsschutzbehelfs, welcher ohne jegliche individuelle Beschwer (außer der Verwendung eines bestimmten Verwaltungsmittels) zulässig sein soll, als wenig zielführend für das Erreichen des Gesetzeszweckes.

Dieses Instrument könnte statt zur Entlastung durch den Einsatz der Technologie zu einer zusätzlichen Belastung für die Verwaltung führen, wenn ausreichend viele Bürger:innen, die von einer solchen Informationstechnologie betroffen sind, eine solch voraussetzungslose Überprüfung durch eine natürliche Person verlangen.

- \ Die Autor:innen empfehlen, dies zu prüfen.

### Absatz 2

Des Weiteren ist wenig verständlich, warum sich der Gesetzgeber hier für die drastische Rechtsfolge der Nicht-Bekanntgabe des Verwaltungsaktes entschieden hat, anstatt bspw. für die Verhängung einer aufschiebenden Wirkung durch diesen Rechtsbehelf bis zur Nachholung der menschlichen Entscheidung. Dies macht den Einsatz solcher Technik gerade für Massenverfahren wenig praktikabel. Nicht zuletzt stellt sich hier die Frage, ob das Erreichen des Gesetzeszweckes mit solch techniknegativen Regelungen möglich ist.

Die Fiktion der Nicht-Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes bei Erhebung eines Rechtsbehelfs ist eine den Autor:innen bisher nicht bekannte rechtliche Konstruktion. Das allgemeine Verwaltungsrecht kennt grundsätzlich ein ausgewogenes System, das bei Verstoß eines Verwaltungsaktes gegen eine einfache Rechtsvorschrift die Unbeachtlichkeit

## ZUR DRUCKSACHE 19/3267 DES LANDTAGES SCHLESWIG-HOLSTEIN

des Fehlers, die Aufhebbarkeit in Folge der Rechtswidrigkeit oder die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes vorsieht. Grundsätzlich bleibt der Verwaltungsakt dabei wirksam. Damit wird den Prinzipien von Rechtssicherheit, des Rechtsfriedens und insbesondere der Effektivität des Verwaltungshandelns eine besondere Bedeutung eingeräumt. Auch führt ein Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt nicht unmittelbar zu dessen Aufhebung (bis zur Entscheidung kann der Widerspruch lediglich eine aufschiebende Wirkung entfalten) in vielen Fällen besteht aber auch keine aufschiebende Wirkung. Die hier skizzierte "KI-Rüge" widerspricht in ihrer Konstruktion diesem Grundgedanken des allgemeinen Verwaltungsrechts fundamental. Dies kann zu dogmatischen Schwierigkeiten führen, da die rechtlichen Konsequenzen dieser Konstruktion noch nicht hinlänglich abzusehen sind. Auch ist unklar, inwiefern sich die Fiktion der Nicht-Bekanntgabe bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung auf Dritte auswirkt, denen gegenüber der Verwaltungsakt ohnehin nicht bekannt gegeben worden ist. Des Weiteren führt die Fiktion der Nicht-Bekanntgabe dazu, dass der Verwaltungsakt sofort ex nunc unwirksam wird. Auch bei Neuentscheidung entfaltet der neu erlassene Verwaltungsakt keine ex tunc Wirkung.

Zudem wird die Effektivität des Verwaltungshandelns durch die KI-Rüge erheblich beeinträchtigt, da stets die Neubescheidung durch einen Menschen verlangt werden kann. Einerseits ist die Neubescheidung durch einen Menschen sehr aufwendig; andererseits ist der Anspruch auf Neubescheidung an keinerlei inhaltliche Anforderungen geknüpft, so dass in einem solchen Fall selbst banale, eindeutige Entscheidungen erneut getroffen werden müssten.

\ Die Autor:innen empfehlen dringend, diesen Sachverhalt zu überdenken.