

# Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Burgi, München – Prof. Dr. Christian Calliess, Berlin – Dr. Josef Christ, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Rechtsanwalt, Stuttgart – Dr. Frank Fellenberg, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. Dr. Andreas Heusch, Präsident des VG, Düsseldorf – Prof. Dr. Thomas Mayen, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Hubert Meyer, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Münster – Prof. Dr. Joachim Scherer, Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – Dr. Heribert Schmitz, Ministerialrat a. D., Berlin – Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg – Dr. Thomas Schröer, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Streinz, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

11 2022

Seite 1–12

41. Jahrgang

15. Dezember 2022

Mario Martini, Dietrich Haußecker und David Wagner\*

## Das Datennutzungsgesetz als digitalpolitischer Ordnungsrahmen für die Monetarisierung kommunaler Daten

Die Datennutzung der öffentlichen Hand hat jüngst einen neuen informations- und wettbewerbsrechtlichen Ordnungsrahmen erhalten: das Datennutzungsgesetz (DNG). Es ist von dem regulatorischen Anliegen beseelt, die Entwicklung innovativer Produkte und Dienstleistungen der digitalen Wirtschaft mithilfe staatlicher Daten zu fördern. Eng an die sekundärrechtlichen Vorgaben der PSI-OD-RL angelehnt, versucht das DNG zwei widerstrebende Grundinteressen auszubalancieren: einerseits das Anliegen, den staatlichen Datenschatz zu möglichst günstigen und nicht-diskriminierenden Bedingungen zu nutzen; andererseits das Bedürfnis, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben hinreichend zu finanzieren. Vor allem kommunale Akteure treibt nun die Sorge um, ihren Datenbestand in Zeiten „klammer Stadtkassen“ nicht mehr monetarisieren zu dürfen. Der Beitrag ergründet, inwieweit ihre Befürchtungen berechtigt sind.

### I. Kommunale Akteure in der Datenökonomie

Die smarte Stadt der Zukunft ist eine Datenschaltzentrale.<sup>1</sup> Sie führt Informationen in KI-Systemen zusammen, um die Lebensqualität ihrer Bürger zu erhöhen und den Weg für bessere Entscheidungen zu ebnen. Der kommunale Verwaltungsapparat erhebt zu diesem Zweck große Datenmengen und fördert so mannigfaltige Erkenntnisse über die Verfasstheit der Gemeinde und ihrer Einwohner zutage.

Gemessen an der Metrik verfügbarer Datenmengen sind Kommunen längst die Magnaten unter den Verwaltungsdateninhabern.<sup>2</sup> Befeuert durch den globalen Trend zu Smart-City-Projekten wird sich der Bestand urbaner Daten in den kommenden Jahren weiter vervielfachen.<sup>3</sup> Denn die Gemeinde der Zukunft baut ihre Steuerungskraft auf dem Fundament einer leistungsfähigen digitalen Infrastruktur auf, in der Sensoren als „Augen und Ohren“ des Stadtorganismus das komplexe organische Geschehen systematisch erfassen und es in eine für IT-Systeme verständliche Sprache überführen. Die maschinenlesbaren digitalen Daten fließen in (lernfähige) Softwareanwendungen ein, um städtische Entwicklungstendenzen zu modellieren und mit Blick auf politische Ziele zu steuern. Der Touristenmagnet Venedig etwa

kann sich schon heute durch Video- und Mobildaten in Echtzeit ein Bild von der Zahl der Menschen in der Stadt und ihren Laufwegen, der Verkehrslage auf Straßen und Kanälen sowie der Parksituation machen. Das ermöglicht den Akteuren, die Taktung des öffentlichen Nahverkehrs unmittelbar an die jeweilige Nachfragesituation anzupassen, aber bspw. auch Kriminalität wirksamer zu bekämpfen.<sup>4</sup>

Auch in Deutschland haben kommunale Entscheidungsträger längst erkannt, dass den zahlreichen Daten, die sie erheben, ein immenser wirtschaftlicher Wert innewohnt.<sup>5</sup> Darüber, wie sie die potenzialträchtige Ressource aus Einsen und Nullen sinnstiftend außerhalb des Arkanraums der Verwaltung nutzen können, haben die Kommunen jedoch noch

\* Mario Martini ist Lehrstuhlinhaber an der DUV Speyer und Leiter des Programmbereichs „Transformation des Staates in Zeiten der Digitalisierung“ am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung. Dietrich Haußecker und David Wagner sind dort Forschungsreferenten. Die Autoren danken Martin Feldhaus, Michael Kolain und besonders Nik Roeingh für die sehr gute Mitwirkung. Soweit nicht anders vermerkt, datieren Internetquellen v. 1.6.2022.

1 Bislang fehlt es den Kommunen jedoch häufig an technischem Know-how, finanziellen Mitteln und Personal, vgl. etwa Lenk/Rottmann/Grüttner/Kratzmann/Müller, Partnerschaftliche Infrastrukturentwicklung und Smart City, April 2022, 40. Um diesen Hindernissen effektiver entgegenzutreten zu können, ertönt die Forderung nach Kooperationen mit privaten Unternehmen immer lauter, s. bspw. Anonymus, Kein Geld für die Smart City, FAZ.net v. 10.4.2022.

2 Bundesregierung, Datenstrategie der Bundesregierung, 2021, 52.

3 Unter dem Schlagwort „Smart City“ ist eine gesellschaftspolitische Debatte entbrannt: Sie kreist um die Frage, wie es am besten gelingt, die städteplanerischen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts mit digitaler Kommunikations- und Informationstechnologie zu bewältigen. Leitlinien zu dieser Transformation der Kommunen hält unter anderem die Smart City Charta bereit, s. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Smart City Charta, 2017, 9 ff. In einem weiteren Sinne erstreckt sich die Vision einer Smart City auch darauf, sowohl die internen Prozesse der Stadtverwaltung als auch ihre Verwaltungsleistungen gegenüber den Bürgern in das digitale Zeitalter zu überführen. Nur eine Stadtverwaltung, die ihren Datenfundus maschinenlesbar und interoperabel zur Verfügung hat, kann, so die Grundidee, die Potenziale der Digitalisierung vollständig erschließen – und den eigenen Informationsbestand in Gestalt von Datensätzen mit Hilfe digitaler Geschäftsmodelle zu barer Münze machen.

4 Vgl. Hinkel MMR-Aktuell 2021, 442765.

5 Deutscher Städtetag, Kommunale Daten, 2020, 10 f.

unterschiedliche Vorstellungen. Einige stellen ihre Daten kostenlos über eigene Plattformen zur freien Nutzung bereit.<sup>6</sup> Andere wiederum blicken sehnsüchtig auf die Milliardenumsätze global agierender Digitalkonzerne und träumen davon, ein kleines Stück vom großen Renditekuchen abzubegeben. Immer lauter ertönen Rufe, den kommunalen Datenschatz in klingende Münze zu verwandeln.<sup>7</sup> Man dürfe es nicht allein den Facebooks und Googles dieser Welt überlassen, durch Daten reich zu werden, meint etwa der Präsident des Gemeindetags Baden-Württemberg Kehle.<sup>8</sup> Die Vision, gemeindliche Informationsbestände zu monetarisieren, lässt insbesondere die Herzen der Kämmerer höher schlagen. Sie suchen schon länger händierend nach Mitteln und Wegen, um die notorisch klammen kommunalen Kassen wieder aufzufüllen. Zugleich erkennen kommunale Unternehmen<sup>9</sup> – etwa Stadtwerke – zunehmend die Notwendigkeit, digitale Geschäftsmodelle zu implementieren, um die eigene Wettbewerbsfähigkeit zu bewahren und die öffentliche Daseinsvorsorge zu sichern.<sup>10</sup> In diesem Licht präsentiert sich die Abschottung kommunaler Datenreservoirs nicht als bloßes Festhalten an alten Pfründen. Sie kann auch auf der kalkulierten Wettbewerbsstrategie beruhen, die eigene Stellung auf dem Markt der Datenveredelung nicht zu gefährden.<sup>11</sup>

## 1. Datenmonetarisierung als Wirtschaftszweig

Als Facebook, Google und Co. den Wert von Daten als Zukunftsressource des 21. Jahrhunderts für sich entdeckten, profitierten sie bei ihrem Siegeszug von einer zentralen Stärke moderner IT-Systeme: Diese können Daten als maschinenlesbar codierte Darstellungen von Informationen<sup>12</sup> zu geringen Grenzkosten in großer Menge speichern, übermitteln und auswerten.<sup>13</sup> Daten sind nicht-rivale Güter,<sup>14</sup> ihre Verarbeitung nutzt sie nicht ab.<sup>15</sup> Ebenso wie fossile Rohstoffe sind sie ein wichtiges Stimulanzmittel wirtschaftlicher Wertschöpfung – im Unterschied zu ihnen gehen sie aber nicht zur Neige und ihre Gesamtmenge ist nicht von Natur aus begrenzt.<sup>16</sup> Das Sprachbild von Daten als „Öl des 21. Jahrhunderts“<sup>17</sup> oder „Gold des digitalen Zeitalters“<sup>18</sup> ist daher notwendig schief.

Ungeachtet ihrer Quantifizierung in Byte sind Daten nichtfungible Güter, deren objektiver Wert sich schwer messen lässt.<sup>19</sup> Er bestimmt sich in erster Linie nach den Informationsgehalten, die ihnen eingeschrieben sind.<sup>20</sup> Ihr (subjektiver) Nutzwert korreliert nicht zuletzt maßgeblich mit den personellen und materiellen Ressourcen, die wirtschaftliche Akteure einsetzen müssen, um den Informationsschatz zu heben, der in ihnen steckt, und auf dieser Basis neue Produkte und Dienstleistungsangebote zu entwickeln.<sup>21</sup> Diese Faktoren erschweren eine Preisbildung für Daten als Voraussetzung eines funktionierenden Datenmarktes, an dem insbesondere auch die Kommunen teilhaben können.<sup>22</sup>

So schwer es auch ist, die epistemischen Herausforderungen bei der Preisbildung zu überwinden, so wenig steht das wirtschaftliche Potenzial der Daten infrage. Die Kommission taxierte den Wert der europäischen Datenwirtschaft bereits im Jahr 2018 auf 301 Mrd. Euro – bis 2025 soll er binnen weniger als einer Dekade um mehr als 150 % auf schätzungsweise 839 Mrd. Euro steigen.<sup>23</sup>

## 2. Kommunen im Spannungsfeld zwischen Open-Data und finanziellen Zwängen

Anders als etwa die großen kommerziellen Internetplattformen orientieren sich Gemeinden und kommunale Unternehmen nicht allein am Effizienzprinzip, wenn sie darüber ent-

scheiden, wem sie ihren Datenfundus zur Verfügung stellen. Ihr Handeln ist dem Gemeinwohl verpflichtet.<sup>24</sup>

Mit Blick auf ihren öffentlichen Auftrag sehen sich kommunale Akteure insbesondere zunehmend der rechtspolitischen Forderung „Public Money – Public Data“ aus-

6 So bspw. die Städte Berlin mit 2992 Datensätzen, vgl. <https://daten.berlin.de/>; Bonn mit 581 Datensätzen, vgl. <https://opendata.bonn.de/>; Leipzig mit 712 Datensätzen, vgl. <https://opendata.leipzig.de/>; Moers mit 412 Datensätzen, vgl. <https://www.moers.de/de/rathaus/offene-daten-moers/>.

7 So schlug der Hauptgeschäftsführer des Deutschen Städte- und Gemeindebundes Landsberg ein „Konzessionsmodell“ vor, das den Zugang privater Unternehmen zu Daten der Kommunen an ein Entgelt knüpft. Städte und Gemeinden sollten sich den wirtschaftlichen Wert der Daten in seinen Augen noch stärker vergegenwärtigen, s. Mayntz, Rheinische Post 9.4.2018, 4. Vgl. auch das differenzierte Papier Deutscher Städtetag, Kommunale Daten, 6 f. und 10 f. sowie Voigt/Sinemus/Liebetanz, Weißbuch Digitale Daseinsvorsorge stärken, 2020, 56 ff. S. auch Jonas Hoffman in einer Rede zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP/DVP „Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung des Landes Baden-Württemberg“, <https://www.youtube.com/watch?v=Mfu4KM018kg&t=3s>, der insb. die global agierenden Großkonzerne zur Kasse bitten will.

8 Kehle, BWGZ 2018, 268.

9 Kommunale Unternehmen kennzeichnen sich dadurch, dass ihr mehrheitlicher oder alleiniger Träger die jeweilige Gebietskörperschaft ist. Vgl. allg. zum Bedürfnis politischer Steuerung bei der Auslagerung kommunaler Aufgaben: Theobald/Kühling/Grünwald EnergieR, 115. Aufl. 2022, Rn. 59 ff. Die Möglichkeit, sich dieser verselbstständigten Organisationsform zu bedienen, erwächst aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG (bzw. den entsprechenden Landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen). Sie verleiht den Kommunen die Organisationshoheit, mithin auch ein verfassungsrechtlich verbürgtes Organisationsermessen, die Organisationsform zu wählen, vgl. BeckOK KommR NRW/Kaster, 19. Aufl. 2022, GO NRW § 107 Rn. 6.

10 <https://www.vku.de/themen/digitalisierung/digitale-daseinsvorsorge-vku-veroeffentlicht-konzeptpapier/>.

11 In dieser Erkenntnis wurzelt die Debatte um obligatorische Datenzugangsrechte in der Privatwirtschaft, vgl. bereits Europäische Kommission, Aufbau einer Europäischen Datenwirtschaft, 2017, 9 ff.

12 Martini/Kolain/Neumann/Rehorst/Wagner MMR-Beil. 2021, 3; Zech GRUR 2015, 1151 (1153).

13 Zum Begriff der Grenzkosten aus ökonomischer Sicht s. bspw. Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl. 2018, 181; zu den Grenzkosten iRd „Datenproduktion“ vgl. dies. aaO, 217.

14 Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, „Eigentumsordnung“ für Mobilitätsdaten?, 2017, 76; Drexel NZKart 2017, 339 (341); Hoeren MMR 2019, 5 (6); Varian, Markets for Information Goods, April, 2016, 7.

15 Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, Bericht v. 15.5.2017, 30; Steinrötter MMR 2017, 731 (732).

16 Allein in den nächsten fünf Jahren wird das globale Datenvolumen jährlich um ca. 40 % zunehmen, Reinsel/Gantz/Rydning, The Digitization of the World From Edge to Core. Data, Age 2025, 6.

17 Zu diesem Begriff etwa Spitz, Daten – Das Öl des 21. Jahrhunderts?, 2017, S. 9.

18 So etwa die ehemalige Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger im Interview mit Sigmund/Anger, Handelsblatt 9.3.2012.

19 Roosebecke/Anzini/Eckhardt/Pierrat, European Leadership in the Digital Economy, 2020, 39 ff.

20 Bründl/Matt/Hess, Wertschöpfung in Datenmärkten, 2015, 12 f.

21 Vgl. etwa Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Verbraucherdaten als Gegenleistung, 2019, 50.

22 Mitteilung der Kommission, COM (2017) 9 (9); Roosebecke/Anzini/Eckhardt/Pierrat, European Leadership in the Digital Economy, 39 ff. Bislang tauschen die meisten Unternehmen ihre Daten allenfalls im Rahmen von Kooperationsmodellen aus. Gerade große Digitalkonzerne, die über eine hohe Datenkompetenz verfügen, verzichten oftmals darauf, Dritten Daten gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Vielmehr streben sie eine möglichst umfassende faktische und rechtliche Kontrolle über die Daten an, um sie eigenständig zu veredeln. Der Gesetzgeber durchbricht diese Rationalitäten zunehmend dort, wo sie zu Abhängigkeiten und Wettbewerbsverzerrungen führen, vgl. den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung, COM (2022) 68 final 2022/0047 (COD) v. 23.2.2022.

23 [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy\\_de](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_de).

24 Dazu bspw. Isensee/Kirchhof/Isensee, Hdb. d. Staatsrechts IV, 2006, § 71 Rn. 21.

gesetzt.<sup>25</sup> Die Verwaltung soll der Öffentlichkeit alle Daten, die sie für ihre hoheitlichen Aufgaben erhebt, grundsätzlich kostenlos bereitstellen (*Open-Government-Data (OGD)*).<sup>26</sup> Dieses Konzept ist von dem Grundanliegen beseelt, die Entscheidungsfindung der öffentlichen Hand transparenter sowie nachvollziehbarer auszugestalten und zivilgesellschaftliches Engagement zu fördern.<sup>27</sup> Auch die Wirtschaft soll profitieren: Der volkswirtschaftliche Nutzen, der im OGD-Schatz schlummert, skaliert mit der Anzahl der Akteure, die ihn verarbeiten (können und dürfen).<sup>28</sup> Eine Studie aus dem Jahr 2016 hat das Wertschöpfungspotenzial von OGD in Deutschland – abhängig davon, wie ambitioniert der Staat eine Open-Data-Strategie ins Werk setzt – auf zwischen 12,1 und 131,1 Mrd. Euro per annum taxiert.<sup>29</sup> Wie sich die gesamtgesellschaftlichen OGD-Vorteile in den Digitalisierungsbudgets der Kommunen niederschlagen, ist bislang jedoch ungewiss.<sup>30</sup>

In die Gesetzgebung findet der Ruf nach OGD bislang nur behutsam Eingang. Zwar haben inzwischen viele Bundesländer eigene Open-Data-Gesetze erlassen.<sup>31</sup> Sie verpflichten jedoch überwiegend ausschließlich *unmittelbare* Landesbehörden, mithin nicht die Kommunen, ihre Datensilos zu öffnen.<sup>32</sup> 43 % der urban geprägten deutschen Kommunen sind dennoch auf den fahrenden Zug aufgesprungen: Auch ohne Rechtspflicht betreiben sie ein eigenes Open-Data-Portal.<sup>33</sup> Die Stadt Barcelona ist als europäischer Pionier sogar noch einen Schritt weiter gegangen: Sie lässt ihre Bürger über den Umgang mit kommunalen Daten unmittelbar mitentscheiden.<sup>34</sup>

In vielen Kommunen prallt das bestechende Open-Data-Konzept jedoch auf eine chronisch angespannte Haushaltslage und eine – jedenfalls in Teilen – analog geprägte Verwaltungsstruktur.<sup>35</sup> Daraus erwächst eine Spannungslage. Denn um Daten mit vertretbarem Aufwand als Open Data bereitzustellen, sind vollständig digitalisierte Verwaltungsabläufe erforderlich. Im Idealfall internalisiert bereits das Design der Datensammlung und –verarbeitung die Absicht, die kommunalen Daten aus dem IT-System heraus zu veröffentlichen. Eine Anwendungsprogrammierschnittstelle (so genannte API) zu implementieren, um Mobilitätsdaten in Echtzeit zu erheben und anzubieten, schlägt in der Stadtkasse jedoch schnell mit einer sechsstelligen Summe zu Buche.<sup>36</sup> Zudem können auch die Informationsgehalte, die den Daten eingeschrieben sind, insbesondere die Schwärzung von Geschäftsgeheimnissen und die Anonymisierung personenbezogener Daten, hohe Kosten verursachen.<sup>37</sup> Diesen besonderen Rahmenbedingungen tragen Kommunen mitunter Rechnung, indem sie – dem Leitmotiv „lieber selektives Open Data als gar kein Open Data“ folgend – in einem Stufenmodell zunächst solche Daten bereitstellen, die sich mit geringem finanziellem und organisatorischem Aufwand aufbereiten lassen<sup>38</sup> – bspw. eine standesamtliche Liste der häufigsten Vornamen in maschinenlesbarem Format.<sup>39</sup>

Unterdessen nimmt der Handlungsdruck, die deutschen Kommunalverwaltungen zu digitalisieren, spürbar zu. Eine wichtige Triebfeder ist das OZG.<sup>40</sup> Es verpflichtet Bund und Länder dazu, alle Verwaltungsleistungen bis Ende 2022 auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten (§ 1 I OZG).<sup>41</sup> Eine Open-Data-Pflicht nimmt das Gesetz bislang jedoch nicht ins Visier.

Für private Akteure, die auf Basis kommunaler Daten innovative Geschäftsmodelle entwickeln wollen, ist der Status quo der deutschen Open-Data-Landschaft derzeit ohnedies deutlich ausbaufähig. Sie sind oftmals auf große Mengen

qualitativ hochwertiger Daten angewiesen,<sup>42</sup> die ein möglichst akkurates Bild der Lebenswirklichkeit im kommunalen Raum zeichnen. Zudem benötigen sie Planungssicherheit, um investitionsintensive Geschäftsmodelle auf Daten aus dem kommunalen Datenfundus aufzusetzen. Diese Bedürfnisse und Erwartungen innovativer GovTech-Startups kön-

25 Soweit kommunale Unternehmen im Wettbewerb stehen, schlägt diese Forderung aber nicht ungebremst durch. Ihre Anbindung an den kommunalen Träger verpflichtet sie zwar dazu, das Allgemeinwohl zu fördern. Wenn sie hierfür ihre eigene Wettbewerbsfähigkeit nachhaltig gefährden müssten, schösse das aber über das Ziel hinaus.

26 Ubaldi, *Open Government Data: Towards Empirical Analysis of Open Government Data Initiatives*, 2013, 4 f.

27 Ubaldi, *Open Government Data*, 11 ff.

28 Dapp/Balta/Palmetshofer/Krcmar, *Open Data. The Benefits*, 2016, 10.

29 Dapp/Balta/Palmetshofer/Krcmar, *Open Data*, 10.

30 Die global agierenden Digitalkonzerne verfügen über die größte Datenkompetenz und erzielen durch die Verarbeitung von Daten Milliarden Gewinne. Zugleich zahlen sie derzeit kaum Steuern in der EU. Ob die (erhofften) Segen einer bevorstehenden globalen Mindeststeuer auf die kommunale Ebene durchschlagen, bleibt abzuwarten. Pläne zu einer gesonderten Digitalsteuer hat die Kommission zunächst auf Eis gelegt, vgl. etwa Kippenberg IStR 2021, 61.

31 Vgl. Bernhardt, *Schriftliche Stellungnahme für LOAD eV – Verein für liberale Netzpolitik für die mündliche Anhörung des Ausschusses für Digitales und Datenschutz des Hessischen Landtags zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der Freien Demokraten für ein Open-Data-Gesetz* Drs. 20/5471, 8.9.2021, 58 ff.

32 Vgl. etwa das rheinland-pfälzische Landestransparenzgesetz, das für Gemeinden und Gemeindeverbände zahlreiche Ausnahmen vorsieht, vgl. § 7 IV LTranspG.

33 Bürger/Hoch, *Open Kommunen/Data*, 2020, 5. Dabei agieren sie nicht als Einzelkämpfer. Vielmehr koordinieren sie sich untereinander, tauschen „Best-Practices“ aus und optimieren in Kooperation mit gemeinnützigen Organisationen ihren Open-Data-Workflow.

34 Bria/Maak, *Holt euch eure Daten zurück!*, FAZ.net v. 19.10.2020.

35 So stockt der Ausbau von Open Data im kommunalen Kontext trotz der unbestrittenen Verheißungen des Konzepts: Das Verzeichnis der Bertelsmann Stiftung, *Musterdatenkatalog für Kommunen*, weist nur 240 Kommunen mit offenen Daten in Deutschland aus; die Hälfte von ihnen stellt nur Daten zu einem einzigen Thema bereit. Wiedemann, *Tagesspiegel Background* 17.5.2022 spricht von wenig mehr als 50 Kommunen, die sich dem Thema ernsthaft verschrieben haben. Neben der Unbekanntheit des Datennutzungsgesetzes und fehlenden Datenzugangsregeln sieht er insb. die fehlende Finanzierung in der Breite als ursächlich an.

36 Die PSI-OD-RL betont, dass beim Aufwand für APIs das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren ist (ErwGr. 32). S. zu den oft unterschätzten Kosten von APIs etwa D64 – Zentrum für Digitalen Fortschritt eV, *Stellungnahme von D64 Zentrum für digitalen Fortschritt e. V. zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des E-Government-Gesetzes und zur Einführung des Gesetzes für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors*, 12.1.2021, 4.

37 Beziehen sich Daten aus einem Datensatz auf eine natürliche Person, so sind diese regelmäßig zu anonymisieren, damit eine öffentliche Stelle die Daten ohne Rechtsverletzung der betroffenen Person der Allgemeinheit bereitstellen darf. Bei der Anonymisierung eines Datensatzes kann es sich um eine „komplexe, zeitaufwendige und kostspielige Aufgabe“ handeln, vgl. EDPB/EDSA, *Gemeinsame Stellungnahme 03/2021 des EDSA und des EDSB zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische Daten-Governance (Daten-Governance-Gesetz)*, 2021, 30. Die PSI-OD-RL erkennt dieses Problem und erlaubt öffentlichen Stellen, solche Anonymisierungskosten dem Weiterverwender in Rechnung zu stellen (Art. 6 I PSI-OD-RL).

38 So auch die Empfehlung bei Krabina, *Ein Leitfaden für offene Daten*, 2020, 17.

39 Obgleich sich der wirtschaftliche Nutzen solcher „low hanging fruits“ nicht ohne Weiteres offenbart, können aus ihnen Informationsprodukte mit Mehrwert entstehen, etwa wenn standesamtliche Namensdaten Eingang in eine App finden, die werdenden Eltern dabei hilft, einen Namen für ihr Baby festzulegen, vgl. <https://www.tursics.de/nameyour-babe/de/>.

40 Onlinezugangsgesetz v. 14.8.2017 (BGBl. 2017 I 3122 (3138)).

41 Denkhäus/Richter/Bostelmann BayEGovG, 2019, OZG § 1 Rn. 13; zur (fehlenden) Bundeskompetenz für § 1 I OZG s. Martini/Wiesner ZG 2017, 193. Dass das OZG nicht mehr fristgerecht bis Ende 2022 umsetzbar ist, hat die Bundesregierung jüngst selbst in einer Antwort auf eine kleine Anfrage der Fraktion CDU/CSU konzediert, BT-Drs. 20/3158, 6.

42 Teilweise benötigen sie auch Daten, die eine Kommune erst anonymisieren muss, bevor sie diese weitergeben darf. Dann steigen die Grenzkosten mitunter erheblich an, so dass sie im Zweifel davon absieht, die Daten proaktiv als „Open Data“ bereitzustellen.

nen Kommunen nur dann befriedigen, wenn sie sich dazu verpflichten, werthaltige Daten in vorab definierten Formaten und voraussehbaren zeitlichen Intervallen in einer festgelegten Qualität bereitzustellen. Kommunale Entscheidungsträger werden solche Zusicherungen aber mit Blick auf ihren Gemeinwohlaufrag nur dann auch ohne eine gesetzliche Verpflichtung abgeben, wenn sie einen konkreten Vorteil, insbesondere ein Entgelt als Gegenleistung, erwarten dürfen oder zu erwarten steht, dass die Anwendung einen besonderen Beitrag für die Daseinsvorsorge oder das Gemeinwohl erbringt. Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber aufgerufen, klare rechtliche Rahmenbedingungen für den kommunalen Datenhandel zu schaffen.

## II. Die Datenveräußerung im Spiegel des Datennutzungsgesetzes

Dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit ist der unionale Gesetzgeber in der PSI-OD-RL<sup>43</sup> nachgekommen. Sie konfrontiert kommunale Akteure, die ihre Daten<sup>44</sup> monetarisieren möchten,<sup>45</sup> mit einem klaren normativen Bekenntnis: Öffentliche Stellen sind – ganz im Geiste des Open-Data-Konzepts – verpflichtet, ihre Datenressourcen auf dem unionalen Binnenmarkt möglichst ohne Beschränkungen bereitzustellen.<sup>46</sup> Noch deutlicher als die alte PSI-Richtlinie legt sie ein Augenmerk darauf, Daten regelmäßig kostenfrei zugänglich zu machen.<sup>47</sup>

### 1. Die Entgeltregelungen des Datennutzungsgesetzes

Die sekundärrechtlichen Vorgaben der PSI-OD-RL überführt der deutsche Gesetzgeber weitgehend eins zu eins in das DNG<sup>48, 49</sup>. Sein Herzstück ist ein Jedermannsrecht, alle Daten im Anwendungsbereich des Gesetzes grundsätzlich<sup>50</sup> „für jeden kommerziellen oder nichtkommerziellen Zweck“ nutzen zu dürfen (§ 4 I DNG, *Grundsatz der uneingeschränkten Datennutzung*).<sup>51</sup> Zugleich darf der Datenbereitsteller nur in engen Grenzen Entgelte für die Datennutzung erheben (§§ 10, 11 DNG).<sup>52</sup> Dritte dürfen bereitgestellte Daten im Grundsatz unentgeltlich nutzen (§ 10 I 1 DNG).<sup>53</sup>

#### a) Domestizierung kommunaler Monetarisierungsabsichten

Die Verheißung der Unentgeltlichkeit hält der Gesetzgeber nicht uneingeschränkt durch. § 10 I 2 DNG gestattet es Datenbereitstellern, Teile ihrer Kosten an die Nutzer weiterzugeben.<sup>54</sup> Das DNG zieht dafür allerdings einen engen Rahmen: Sie dürfen grundsätzlich allenfalls diejenigen Grenzkosten<sup>55</sup> in Rechnung stellen, die angefallen sind, um ihren Aufwand zu decken – sei es, um die Daten zu reproduzieren, bereitzustellen und zu verbreiten (§ 10 I 2 Nr. 1 DNG), sei es, um personenbezogene Daten zu anonymisieren oder um Maßnahmen zum Schutz vertraulicher Geschäftsinformationen vorzunehmen (§ 10 I 2 Nr. 2 und Nr. 3 DNG). Den finanziellen Aufwand, um die Daten zu erzeugen, dürfen die Datenbereitsteller demgegenüber nicht an die Nutzer weitergeben – vor allem keine Gewinne einpreisen.<sup>56</sup>

Sind im konkreten Fall keine Vorkehrungen erforderlich, um Persönlichkeitsrechte oder Geschäftsgeheimnisse zu schützen, tendieren die Grenzkosten für gewöhnlich gegen Null.<sup>57</sup> Im Ergebnis belässt das DNG den Kommunen de lege lata daher keinen substanziellen Raum, um ihre Datenbestände zu monetarisieren. Das ruft auch die Frage auf den Plan, ob das DNG nicht über Gebühr in die kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 II 1 GG) eingreift. Zu deren Gewährleis-

tungsgehalten zählt immerhin auch die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, soweit ihr ein Bezug zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft innewohnt.<sup>58</sup> Dieser Konnex besteht grundsätzlich, wenn Kommunen Daten zu monetarisieren suchen, die sie erheben, um öffentliche Aufgaben zu erledigen. Solche Daten erheben Kommunen schon aufgrund der für sie geltenden örtlichen Zuständigkeitsgrenzen ausschließlich innerhalb ihres Gemeindegebiets<sup>59</sup>; ihr Angebot, die Daten gegen Entgelt zu nutzen, richtet sich jedenfalls auch an die Mitglieder der örtlichen Gemeinschaft.

43 Erstmals trägt die PSI-OD-RL Open Data unmittelbar in ihrem Titel: RL 2019/1024 (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (Neufassung), ABl. 2019 L 172, 56 (im Folgenden PSI-OD-RL).

44 Das Nutzungsregime für Daten, die Rechte Dritter tangieren, regelt die PSI-OD-RL nicht (vgl. Art. 1 II Buchst. f und Buchst. h PSI-OD-RL). Regeln für die Weiterverwendung geschützter Daten formuliert der Vorschlag für einen Data Governance Act, 25.11.2020, 2020/0340 (COD), in Art. 3 ff.

45 Eine Monetarisierung kann nicht nur über die Veräußerung erfolgen, sondern auch via Veredelung der Daten und Nutzung für eigene datengetriebene Geschäftsmodelle.

46 ErwGr. 9, 13, 15 PSI-OD-RL.

47 ErwGr. 36 S. 1 PSI-OD-RL („sollten kostenfrei zugänglich gemacht werden“).

48 Gesetz für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors (Datennutzungsgesetz – DNG), BGBl. 2021 I 2942 ff.

49 Begrifflich bezieht sich das DNG auf Daten und weicht damit sprachlich von der PSI-OD-RL („Dokumente“) und seinem Vorgänger, dem IWG („Informationen“), ab. Den Terminus der Weiterverwendung substituiert das DNG mit dem Begriff der Nutzung. Mit der unterschiedlichen Terminologie intendiert der Gesetzgeber aber keine inhaltlichen Änderungen, vgl. BT-Drs. 19/27442, 38.

50 Für bestimmte Adressaten des DNG, insb. Unternehmen der Daseinsvorsorge, gilt der Grundsatz der uneingeschränkten Datennutzung nicht (§ 4 II DNG). Sie dürfen vielmehr selbst entscheiden, ob sie die Nutzung zulassen. Wie sie die Nutzung ermöglichen, können sämtliche Bereitsteller im Wege von Nutzungsbedingungen regeln, wenn diese verhältnismäßig und durch ein Ziel im Allgemeininteresse gerechtfertigt sind (§ 4 III 1 DNG).

51 Dieses zentrale Recht flankiert der Gesetzgeber mit einem wettbewerbsrechtlich geprägten Diskriminierungsverbot sowie qualitativen Anforderungen für die bereitgestellten Daten. Das Verbot von Ausschließlichkeitsvereinbarungen (§ 6 I DNG) konkretisiert das in § 5 I DNG festgeschriebene Diktum der Nichtdiskriminierung. Die §§ 7 und 8 DNG treffen Vorgaben zu Formaten (sämtliche verfügbare Formate und Sprachen), Metadaten sowie zur Verfügbarkeit dynamischer Daten per Anwendungsprogrammierschnittstelle (API).

52 Eine Ermächtigungsgrundlage, um Entgelte zu erheben, halten die §§ 10, 11 DNG nicht vor, vgl. bereits zur Vorgängervorschrift im IWG Richter IWG, 2018, IWG § 5 Rn. 20.

53 Zwar sprechen die Normen *expressis verbis* nur von Entgelten. Sie gelten jedoch – entgegen ihrem Wortlaut – auch für öffentlich-rechtliche Gebühren. Dies folgt aus Art. 6 PSI-OD-RL. Er stellt in seiner Überschrift klar, auch die Bemessung von Gebühren zu regeln. Der deutsche Gesetzgeber hat die Bemessungsregel aber nur für Entgelte ausdrücklich übernommen. Damit hält er stillschweigend an seiner Auffassung fest, das Gebührenrecht bewege sich ohnehin im Rahmen der Vorgaben der PSI-OD-RL, vgl. BT-Drs. 16/2543, 9 und BT-Drs. 18/4614, 14. Diese Einschätzung ist aber weder gesichert noch kann der Gesetzgeber mit absoluter Sicherheit antizipieren, dass seine Momentaufnahme Bestand haben wird. § 10 DNG gilt daher jedenfalls im Lichte des Effet utile des Unionsrechts auch für Gebühren, vgl. zur alten Gesetzeslage überzeugend Richter IWG § 5 Rn. 22 ff. Soweit im Folgenden von Entgelten die Rede ist, gelten die Ausführungen daher auch für öffentlich-rechtliche Gebühren entsprechend.

54 Der nationale Gesetzgeber hat damit von der Möglichkeit des Art. 6 UAbs. 2 PSI-OD-RL Gebrauch gemacht, die Erhebung von Grenzkosten abweichend vom Grundsatz der Kostenfreiheit zu gestatten.

55 Grenzkosten sind die zusätzlichen Kosten, die erforderlich sind, um eine zusätzliche Produktionseinheit herzustellen, vgl. bspw. Neubäumer/Hewel/Lenk, Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2017, S. 86.

56 Vgl. Kommission, Leitlinien für empfohlene Standardlizenzen, Datensätze und Gebühren für die Weiterverwendung, ABl. 2014 C 240, 6.

57 In diesem Fall empfiehlt die Kommission, keine Entgelte zu erheben, ABl. 2014 C 240, 7.

58 v. Münch/Kunig/Ernst GG, 7. Aufl. 2021, GG Art. 28 Rn. 102.

59 v. Münch/Kunig/Ernst GG Art. 28 Rn. 103.

Allerdings bleiben die verfassungsrechtlichen Verbürgungen der kommunalen Selbstverwaltung gegenüber zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben bereits a priori wirkungslos. Denn der Unionsgesetzgeber ist aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts<sup>60</sup> nicht an Art. 28 II GG gebunden.<sup>61</sup> Damit ist auch § 10 I DNG, der lediglich zwingende unionsrechtliche Vorgaben umsetzt,<sup>62</sup> nicht an den Garantien der kommunalen Selbstverwaltung zu messen.

### b) Angemessene Gewinne für kommunale Unternehmen

Für bestimmte Konstellationen erlaubt das DNG Datenbereitstellern ausnahmsweise, eine höhere Vergütung als den Grenzkostenersatz zu verlangen: § 10 II DNG gesteht es Bibliotheken, Museen und Archiven (§ 10 II Nr. 2 DNG), Unternehmen der Daseinsvorsorge (§ 10 II Nr. 3 DNG) und solchen öffentlichen Stellen, „die ausreichende Einnahmen erzielen müssen, um einen wesentlichen Teil ihrer Kosten im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufträge zu decken“ (§ 10 II Nr. 1 DNG)<sup>63</sup> zu, höhere Entgelte einzufordern. Dies gilt jedoch nur im Umfang einer „angemessenen Gewinnspanne“. Diese darf die anfallenden Kosten um höchstens 5 % des festgesetzten EZB-Leitzinses übersteigen (§ 11 II 1 DNG iVm § 3 Nr. 11 DNG).<sup>64</sup>

Von diesem Privileg profitieren in praxi vor allem kommunale Unternehmen. Der Gesetzgeber lässt sich dabei von der Erwägung leiten, dass diese stets zur Wirtschaftlichkeit angehalten sind und ihre Kosten durch Einnahmen decken oder gar Überschüsse erzielen sollen.<sup>65</sup> Im Gegenzug unterwirft das DNG sie besonders strikten Transparenzanforderungen (§§ 11, 12 DNG):<sup>66</sup> Alle Bereitsteller müssen die Entgelte nach festgelegten objektiven, nachvollziehbaren und nachprüfbar Kriterien sowie geltenden Buchführungsgrundsätzen berechnen (§ 11 I, III DNG) und diese Standardentgelte im Internet öffentlich zugänglich machen (§ 12 I DNG).<sup>67</sup>

### c) Besonderheiten bei Forschungsdaten sowie High Value Datasets

Von dem grundsätzlichen Zugeständnis, Entgelte für die Nutzung der Datenbestände kommunaler Unternehmen erheben zu dürfen, nimmt der Gesetzgeber Forschungsdaten (§ 3 Nr. 10 DNG) sowie sogenannte hochwertige Datensätze (High Value Datasets (HVD), § 3 Nr. 9 DNG) aus (§ 10 III DNG).<sup>68</sup> Ihnen schreibt er ein besonders großes Potenzial für die Gesellschaft, die Umwelt und die Wirtschaft zu.

Solche Daten müssen die öffentlichen Stellen und Unternehmen der Daseinsvorsorge nicht nur unentgeltlich, sondern auch in maschinenlesbaren Formaten über geeignete Programmierschnittstellen und gegebenenfalls als Massendownload kostenfrei bereitstellen (§ 9 DNG).<sup>69</sup> Welche konkreten Daten der (abstrakt gehaltenen) gesetzlichen Formulierung „hochwertige Datensätze“ im Einzelnen unterfallen, bestimmt die Kommission durch delegierten Rechtsakt (§ 3 Nr. 9 DNG iVm Art. 13 und 14 PSI-OD-RL).<sup>70</sup> Die PSI-OD-RL selbst legt sich in Art. 13 I iVm Anhang I nur auf grobe thematische Kategorien fest (Georaum, Erdbeobachtung und Umwelt, Meteorologie, Statistik, Unternehmen und Mobilität), die in ihrer Reichweite potenziell die meisten wertvollen kommunalen Daten erfassen könnten.<sup>71</sup>

Diese normative Konkretisierungsbefugnis birgt einige politische Sprengkraft. Denn die Kommission präzisiert nicht nur, welche Datensätze künftig zu besonders nutzerfreundlichen Bedingungen bereitgestellt werden müssen. Ihr gesetzlicher Auf-

trag erstreckt sich auch darauf, Ausnahmen für hochwertige Daten von Unternehmen der Daseinsvorsorge vorzusehen, sofern ihre unentgeltliche Nutzung den Wettbewerb auf den betreffenden Märkten verfälscht (Art. 14 III PSI-OD-RL).<sup>72</sup> Diese können also darauf hoffen, künftig in Teilen auch hochwertige Datensätze monetarisieren zu dürfen.

Bislang hat die Kommission von der Befugnis noch keinen Gebrauch gemacht. Ein erster Entwurf steht zur öffentlichen Evaluation bereit.<sup>73</sup> Die Kommission selbst weist jedoch auf dessen vorläufige Natur hin. Solange die Kommission die abstrakt gehaltenen gesetzlichen Wertungen nicht final kon-

60 Seine Grenze findet der allgemeine Vorrang des Unionsrechts erst in den identitätsverbürgenden Grundstrukturen des Grundgesetzes, die via Art. 23 I 3 GG und Art. 79 III GG gegen Hoheitsübertragung immunisiert sind. Die kommunale Selbstverwaltung selbst ist nicht europafest; Dreier GG, 3. Aufl. 2015, GG Art. 28 Rn. 28; Suerbaum, Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland, 1998, 71 ff.

61 Inwieweit der Europäische Gesetzgeber an die Garantien der kommunalen Selbstverwaltung gebunden ist, stößt auf unterschiedliche Antworten. Immerhin achtet die Union die regionale und lokale Selbstverwaltung (Art. 4 II 1 EUV). Nach Auffassung des EuGH umfasst dieser integrationsfeste Kern aber lediglich die Zuständigkeitsverteilung zwischen bundesstaatlicher und gliedstaatlicher Ebene, nicht jedoch die kommunale Selbstverwaltung in einem grundgesetzlichen Verständnis, EuGH C-127/12, ECLI:EU:C:2014:2130 = BeckRS 2014, 81713 Rn. 42, 62 – Kommission/Spanien; Callies/Ruffert/Callies/Kahl EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, EUV Art. 4 Rn. 36.

62 Im Verhältnis zu Art. 6 I PSI-OD-RL weist § 10 I DNG lediglich redaktionelle Änderungen auf.

63 Darunter können insb. kommunale Eigenbetriebe fallen. Sie bilden ein kommunales Sondervermögen (vgl. etwa Art. 88 I BayGemO). Damit sind sie von dem übrigen Gemeindevermögen zu trennen (Beck-OK KommR Bayern/Lück, 8. Aufl. 2020, GO Art. 88 Rn. 4) und sind auf ausreichende Einnahmen angewiesen.

64 Vgl. ErwGr. 37 PSI-OD-RL sowie KOM ABl. 2014 C 240, 9. Bei der Berechnung der angemessenen Gewinnspanne bleiben jedoch die Kosten für Anonymisierungsmaßnahmen und zum Schutz vertraulicher Geschäftsgeheimnisse unberücksichtigt. Das folgt aus der Satzstellung in § 11 II DNG. Dort nimmt der Gesetzgeber diese Posten erst nach der Wendung „zuzüglich einer angemessenen Gewinnspanne“ auf. Damit kommt die Regelung den Datennutzern mehr entgegen als Art. 6 V PSI-OD-RL, der auch die Kosten der Anonymisierung und zum Schutz vertraulicher Geschäftsinformationen in die Gewinnrechnung miteinbezieht.

65 Auch der Unionsgesetzgeber geht ausdrücklich davon aus, dass nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen kommunaler Unternehmen von dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit ausgenommen sind, vgl. ErwGr. 36 PSI-OD-RL u. Buchholz IR 2019, 197 (197 f.).

66 Die Anforderungen der §§ 11, 12 DNG gelten auch für Entgelte, die sich ihrer Höhe nach darauf beschränken, die Grenzkosten zu begleichen. Dieses Verständnis drängt sich mit Blick auf den Wortlaut des § 10 I 2 DNG nicht unmittelbar auf. Denn für den Ersatz der Entgelte verwendet die Norm nicht den Terminus „Entgelt“. Auf diesen rekurren aber §§ 11, 12 DNG. Der Gesetzgeber gibt zugleich zu erkennen, die Rechtslage nach dem IWG fortzuschreiben zu wollen, vgl. BT-Drs. 9/27442, 45. Das IWG wies die Erhebung von Grenzkosten noch ausdrücklich als Entgelt aus (§ 5 IIWG).

67 Zudem müssen öffentliche Stellen der BNetzA melden, wenn sie sich auf die Ausnahme nach § 10 II Nr. 1 DNG berufen und einen angemessenen Gewinn bei der Entgeltberechnung miteinpreisen (§ 10 IV 1 DNG). Eine Feststellungsentscheidung darüber, ob die öffentliche Stelle sich zurecht auf die Ausnahme stützt, trifft die BNetzA indes nicht.

68 Vgl. zur Definition Art. 2 Nr. 10 Hs. 1 PSI-OD-RL.

69 Vgl. auch Art. 5 V PSI-OD-RL.

70 Die PSI-OD-RL hegt den Erlass des Durchführungsrechtsaktes mit formellen und materiellen Anforderungen ein; Bruns/Mack/Klessmann/Goecke/Rusche/Scheufen/Demary/Horn/Vallée/Otto, Hochwertige Datensätze, 2020, 9; Hart/Ludin MMR 2021, 534 (536).

71 Anders zum Beispiel als Gerichtsentscheidungen, die trotz ihrer Relevanz für Legal Tech-Startups von vornherein keine High Value Datasets sein können. Dazu und zur Anwendung des DNG auf öffentlich zugängliche Rechtsprechung im Allgemeinen s. Keuchen/Deuber RDI 2022, 189 (195).

72 Für öffentliche Stellen iSd § 10 II Nr. 1 DNG gilt die Unentgeltlichkeit hochwertiger Datensätze spätestens seit dem 23.7.2022.

73 Diesen veröffentlichte die Kommission im Rahmen des Evaluationsverfahrens, Europäische Kommission, [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12111-Offene-Daten-Verfügbarkeit-offentlicher-Datensätze\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12111-Offene-Daten-Verfügbarkeit-offentlicher-Datensätze_de).

kretisiert, schwebt die unklare Rechtslage wie ein Damoklesschwert über den kommunalen Unternehmen.<sup>74</sup>

Zu ihrer Verunsicherung trägt zusätzlich der offene Wortlaut des Art. 14 I UAbs. 2 PSI-OD-RL bei: Die Norm spricht von Datensätzen, die „verfügbar sein“ müssen.<sup>75</sup> Aus der Formulierung ließe sich durchaus der Schluss ziehen, dass die Kommunen verpflichtet sind, den Zugang zu ihren hochwertigen Daten (auch soweit noch nicht geschehen) zu *verschaffen* und diese öffentlich bereitzustellen. Eine solche Pflicht zu formulieren, schösse indes über die Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union hinaus: Informationen des öffentlichen Sektors sind zwar ein Schlüsselement, um einen freien und funktionsfähigen Informationsmarkt als Teil des unionalen Binnenmarkts zum Leben zu erwecken (Art. 114 AEUV).<sup>76</sup> Um die Rechtsangleichungskompetenz des Unionsgesetzgebers aus Art. 114 AEUV zu aktivieren, muss der Zugang jedoch hinreichend binnenmarktrelevant sein: Die unterschiedlichen Zugangsregime der Mitgliedstaaten zu Informationen des öffentlichen Sektors müssen den Wettbewerb qualitativ spürbar und nicht nur geringfügig mittelbar verzerren.<sup>77</sup> Bislang lässt sich dies nicht hinreichend valide dartun. Bis auf Weiteres darf der europäische Gesetzgeber mithin allein die *Nutzung* von Daten des öffentlichen Sektors horizontal regeln, nicht aber gleichermaßen den *Zugang* zu ihnen.<sup>78</sup> Darin liegt auch der tiefere, kompetenzielle Grund dafür, dass die PSI-OD-RL keine originären Datenzugangsansprüche etabliert (Art. 1 III PSI-OD-RL).<sup>79</sup> Die Kommission steht dadurch vor der regulatorischen Herausforderung, nur solche Daten als „hochwertig“ zu typisieren, deren Zugänglichkeit nicht in Frage steht, weil sie zum Erlasszeitpunkt tatsächlich bereits bereitstehen.<sup>80</sup>

## d) Zwischenfazit

Das DNG stellt die Weichen für die Marktordnung kommunaler Daten grundlegend neu: Es verwehrt den Kommunen und ihren unselbstständigen Organisationseinheiten, durch Datenveräußerung Gewinne zu erzielen. Der Traum mancher Kämmerer von der Monetarisierung kommunaler Daten ist damit aber noch nicht vollständig geplatzt. Immerhin dürfen kommunale Unternehmen mit ihrem Datenschatz jedenfalls im Grundsatz angemessene Gewinne erwirtschaften. Ihr wertvollstes Gut – die sogenannten hochwertigen Datensätze – dürfen aber auch sie regelmäßig nicht gewinnbringend am Markt feilbieten.

## 2. Datenbereitstellung iSd § 2 I DNG als Anwendungsvoraussetzung

Ebenso wie die PSI-OD-RL etabliert das DNG keine originären Datenzugangsansprüche (§ 1 II DNG).<sup>81</sup> Vielmehr dockt sein Regelwerk grundsätzlich an *bereits vorhandene* gesetzliche Zugangsansprüche (§ 2 I Nr. 1 DNG) und Pflichten, Daten proaktiv bereitzustellen (§ 2 I Nr. 2 DNG), an.

### a) Subjektiv-öffentliche Zugangsrechte und proaktive Bereitstellungspflichten

Subjektiv-öffentliche Zugangsrechte zu den Datenschätzen der öffentlichen Hand erwachsen insbesondere aus den Informationsfreiheitsgesetzen: Fast alle deutschen Bundesländer haben ein solches IFG inzwischen erlassen – und dort einen allgemeinen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen verankert.<sup>82</sup> Deren Vorgaben ähneln einander zwar strukturell. Sie divergieren jedoch substantiell in ihrem persönlichen Anwendungsradius und der Reichweite der sachlichen Ausnahmetatbestände.<sup>83</sup> Alle eint indes ein

Grundsatz: Als informationspflichtige Stelle müssen *Kommunen* regelmäßig einen Informationszugang gewähren, während ihre *Unternehmen* hierzu nur sporadisch verpflichtet sind.<sup>84</sup>

Neben *antragsgebundenen* IFG-Ansprüchen heben die Landesgesetzgeber vermehrt auch allgemeine Pflichten aus der Taufe, amtliche Informationen *proaktiv* bereitzustellen.<sup>85</sup> Während manche Bundesländer ihre Informationsfreiheitsgesetze mit Veröffentlichungspflichten anreichern<sup>86</sup>, erlassen andere sogenannte Transparenzgesetze<sup>87</sup>. Zum Teil nehmen Länder sich auch die Gesetzgebung des Bundes zum Vorbild und implementieren Open-Data-Normen in ihr EGovG.<sup>88</sup> In ihrer Breite bleiben die Pflichten, Daten proaktiv bereit-

74 Der deutsche Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Vorgaben aus Art. 14 III PSI-OD-RL im DNG in nationales Recht zu überführen. Er geht vielmehr davon aus, dass es sich unmittelbar aus den Durchführungsrechtsakten ergibt, dass Entgelte ausnahmsweise zulässig sind, vgl. BT-Drs. 19/27442, 44. Angesichts des eindeutigen normativen Bekenntnisses des Unionsgesetzgebers besteht zwar kein Anlass, die Geltung der Ausnahme infrage zu stellen. Dennoch wäre eine ausdrückliche Regelung im Sinne der Rechtsklarheit angezeigt gewesen.

75 Buchholz IR 2019, 197 (200).

76 ErwGr. 7 PSI-OD-RL.

77 Calliess/Ruffert/Korte AEUV Art. 114 Rn. 47.

78 Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 I und II EUV. Vgl. auch Beyer-Katzenberger DÖV 2014, 144 (145); eingehend van Eechoud/Janssen, Masaryk University Journal of Law and Technology 6 (2012), 471 (476 ff.). Art. 192 AEUV vermittelt dem Unionsgesetzgeber hingegen für den Bereich der Umwelt- und Geoinformationen eine – von Art. 5 I und II EUV gleichermaßen vorausgesetzte – begrenzte Einzelermächtigung.

79 ErwGr. 23 PSI-OD-RL. Vgl. auch Beyer-Katzenberger DÖV 2014, 144 (145).

80 So auch Hartl/Ludin MMR 2021, 534 (536).

81 Ebenso ErwGr. 23 PSI-OD-RL. Die Gesetzgebungskompetenz für die Informationsfreiheit der EU und des Bundes reicht nicht über die eigenen Behörden hinaus, vgl. etwa Schoch IFG, 2. Aufl. 2016, Einl. Rn. 62 f. Rechtspolitisch hierzu etwa Rossi ZRP 2014, 201 (der sich für eine stärkere Harmonisierung der landesrechtlichen Regelungen ausspricht) sowie Wiebe, Open Data in Deutschland und Europa, 2020, 35 ff. (der eindringlich eine einheitliche Kodifizierung fordert, die Gesetzgebungskompetenz dabei aber außen vor lässt).

82 S. bspw. § 4 I IFG NRW, § 3 I IFG Berlin. Lediglich Bayern, Sachsen und Niedersachsen haben bis dato kein IFG erlassen. Bayern kennt jedoch ein allgemeines Recht auf Auskunft über den Inhalt von Dateien und Akten öffentlicher Stellen (Art. 39 I BayDSG). Es liegt im Auswahlermessen der Behörde, dem Anspruch durch Akteneinsicht, Übersendung von Unterlagen oder anderen Arten der Informationsgewährung nachzukommen, vgl. Bay LT-Drs. 17/7537, 50.

83 Möchten Kommunen verhindern, dass wertvolle Daten aufgrund von IFG-Ansprüchen (kostenlos) verfügbar werden, sind insb. Ausnahmen von Bedeutung, die einen Anspruch auf Informationszugang ausschließen, sofern die Zugänglichkeit der Informationen wirtschaftliche Interessen des Landes oder der informationspflichtigen Stelle beeinträchtigt, vgl. etwa § 4 I Nr. 9 BWIFG. Entsprechende Ausnahmetatbestände sind eng auszulegen, damit sie nicht zu einer Bereichsausnahme mutieren, vgl. Schoch IFG § 3 Rn. 269. Sie schützen die Akteure nur dann, wenn sie gleich einem Privaten am Markt teilnehmen, vgl. BVerwG BVerwGE 150, 383 = NVwZ 2015, 675 (677).

84 Die meisten Landes-IFGs erfassen Akteure in privater Rechtsform nur dann, wenn sie öffentlich-rechtliche (Verwaltungs-)Aufgaben erfüllen (etwa § 1 I 2 LSAIZG). Entscheidend ist, ob der Private in die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben einbezogen ist; auf die Handlungsform oder die Rechtsnatur seines Handelns kommt es nicht an, vgl. auch Schoch IFG § 1 Rn. 219 f.

85 Bereits 2016 verpflichteten sich die Landesregierungen im Zuge der Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems dazu, ab 2020 Open-Data-Gesetze zu erlassen, vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/konferenz-der-regierungschefinnen-und-regierungschefs-von-bund-und-laendern-am-14-oktober-2016-in-berlin-beschluss-430850>. Dem sind bislang jedoch nicht alle Bundesländer nachgekommen.

86 § 11 BW IFG, § 11 Brem IFG.

87 Bis dato haben lediglich Hamburg und Rheinland-Pfalz ein Landes-transparenzgesetz erlassen. Sie legen ihr Augenmerk auf proaktive Informationspflichten, flankieren diese aber mit einem antragsgebundenen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen.

88 Vgl. § 16 a EGovG NRW, Berlin verweist in § 13 BlnEGovG auf seine OpenDataV.

zustellen, aber regelmäßig hinter den IFG-Ansprüchen zurück.<sup>89</sup>

Bereichsspezifisch etablieren die landesrechtlichen Geodatenzugangsgesetze zusätzliche Zugangsansprüche. Sie gehen auf die INSPIRE-Richtlinie<sup>90</sup> zurück. Diese verpflichtet staatliche und staatlich beherrschte Stellen (Art. 3 Nr. 9 INSPIRE-RL), Geodaten<sup>91</sup> sowie entsprechende Metadaten grds. öffentlich in Netzdiensten bereitzustellen (Art. 11 I INSPIRE-RL).

Auf eine noch längere Tradition können Zugangsansprüche zu Umweltinformationen zurückblicken. Sie verdanken ihren Ursprung insbesondere der Umweltinformationsrichtlinie<sup>92</sup>: Diese statuiert sowohl Bereitstellungspflichten für spezifische Umweltdaten als auch ein uneingeschränktes Zugangsrecht auf Antrag.

Für den Bereich der Mobilität wiederum begründet die Novelle des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG)<sup>93</sup> umfangreiche Pflichten: Personenbefördernde Unternehmen müssen Daten bereitstellen, die im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit anfallen (§ 3 a I PBefG).<sup>94</sup> Die Pflicht trifft sektorspezifisch einen Großteil der Unternehmer.<sup>95</sup> Insbesondere erfasst sie kommunale Unternehmen, die im ÖPNV tätig sind.

## b) Auf sonstige Weise öffentlich bereitgestellte Daten

Nicht nur Daten, welche die Normadressaten *auf gesetzlicher Grundlage* bereitstellen, unterfallen dem Grundsatz „konzeptionell und standardmäßig offen“ (§ 1 I DNG), sondern auch solche, die sie *„auf sonstige Weise öffentlich“* zur Verfügung stellen (§ 2 I Nr. 3 Alt. 1 DNG). Nicht alle Daten, die „faktisch“ zugänglich sind, erfüllen diese Voraussetzung. Der Datenbereitsteller muss sie vielmehr auch von sich aus in einer Weise veröffentlicht haben, dass sie für einen nicht im Voraus bestimmbar Personenkreis zur Verfügung stehen.<sup>96</sup>

Das trifft zumindest auf solche Daten zu, die auf einem Portal jedermann zur freien Nutzung bereitstehen. Weniger eindeutig ist die Rechtslage hingegen in Konstellationen, in denen ein kommunaler Akteur für den Zugriff auf die Daten bewusst Zugangs- und Nutzungsschranken errichtet – etwa indem er Datensätze über ein Portal bereitstellt, auf dem ausschließlich registrierte Nutzer die Daten gegen ein Entgelt abrufen können und ihre Nutzung an von ihm vorgegebene Bedingungen knüpft. Derartige Zugangshürden ändern aber nichts daran, dass der Anbieter die Daten iSd § 2 I Nr. 3 Alt. 1 DNG öffentlich zur Verfügung stellt. Könnten sich Bereitsteller dem strengen Regelungsregime des DNG (insbesondere der klaren rechtlichen Grenzen für Entgelte (§§ 10, 11 DNG) und Nutzungsbestimmungen (§ 4 III DNG)), entziehen, indem sie Entgelte verlangen oder Nutzungsbestimmungen etablieren, wäre es für sie ein Leichtes das regulatorische Anliegen des Gesetzgebers ad absurdum zu führen.<sup>97</sup> Dem Sinn des DNG entspricht es, seinem Regime alle Daten zu unterwerfen, die kommunale Akteure über Portale in Gestalt einer Offerta ad incertas personas bereitstellen.

## c) (Daten-)Kooperationsmodelle und Ausschließlichkeitsvereinbarungen

Außer für öffentlich zur Verfügung gestellte Daten ordnet das DNG seine Geltung auch an, wenn ein DNG-pflichtiger Akteur Daten auf sonstige Weise „zur ausschließlichen Nutzung“ bereitstellt (§ 2 I Nr. 3 Alt. 2 DNG). Das Gesetz will

damit Umgehungsstrategien Einhalt gebieten. Denn Ausschließlichkeitsvereinbarungen laufen diametral dem Anliegen des Gesetzgebers zuwider, die Nutzungsschranken für Daten der öffentlichen Hand zu senken. Insofern überrascht es nicht, dass das Gesetz Ausschließlichkeitsvereinbarungen grundsätzlich untersagt (§ 6 I DNG) und die Daten uneingeschränkt nutzbar macht. Vereinbarungen, die einem Vertragspartner oder einem abgrenzbaren Personenkreis<sup>98</sup> exklusiv zugestehen, Daten zu *nutzen*, erklärt das Gesetz nur ausnahmsweise für zulässig. Es gestattet sie nur dann, wenn ein ausschließliches Nutzungsrecht erforderlich ist, um Dienste im öffentlichen Interesse bereitzustellen (§ 6 II 1 DNG) oder eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen<sup>99</sup>.

## aa) Regelungslücke für faktisch exklusiv bereitgestellte Daten?

Konstellationen, in denen kommunale Akteure Daten *faktisch exklusiv* halten, also Dritte rein tatsächlich vom Zugriff ausschließen, erfasst der Wortlaut des Verbots aus § 6 I DNG nicht.<sup>100</sup> Wenn kommunale Akteure ihren Datenschatz der Öffentlichkeit nicht proaktiv als Offerta ad incertas personas feilbieten (ihn also nicht von sich aus veröffentlichen<sup>101</sup>), sondern ihn jeweils nur auf Nachfrage einzelnen Nutzern selektiv öffnen, um sich die Nutzung<sup>102</sup> vergüten zu lassen, scheinen sie mithin nicht den Beschränkungen des

89 Während der Anwendungsbereich der proaktiven Transparenzpflicht in Hamburg auf konkrete, gesetzlich explizit benannte Fälle beschränkt ist (§ 3 I HmbTG), kann ein Antragsteller grundsätzlich Zugang zu jeder amtlichen Information begehren (§ 11 HmbTG).

90 RL 2007/2/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.3. 2007 zur Schaffung einer Geodateninfrastruktur in der Europäischen Gemeinschaft (INSPIRE), ABl. 2007 L 108, 1.

91 Eine Aufstellung sämtlicher erfasster Geodaten-Themen sehen die Anhänge I, II und III INSPIRE-RL vor.

92 RL 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.1. 2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der RL 90/313/EWG des Rates (UURL), ABl. 2003 L 41, 26.

93 Sie setzt die delegierte VO (EU) 2017/1926 um.

94 Vgl. dazu auch Hartl/Ludin MMR 2021, 534 (538). Aufgrund der fehlenden Differenzierung in § 3 a PBefG trifft die Bereitstellungspflicht der statistischen und dynamischen Daten gleichermaßen öffentliche wie auch private Unternehmen.

95 Einzelunternehmer, die bspw. selbstständig Taxifahrten erbringen, nimmt § 3 a III PBefG von der Pflicht aus.

96 BT-Drs. 19/31014, 5. Das geforderte Element der freiwilligen Veröffentlichung ist augenscheinlich der Entscheidung des BVerwG in der Sache „Staatsanzeiger Baden-Württemberg“ entlehnt. Das Gericht stellte in dem Urteil klar, dass auch freiwillig veröffentlichte Informationen „zugänglich“ iSv § 1 II Nr. 1 IWG sind und das Gesetz daher auch in solchen Fällen Geltung beansprucht, vgl. BVerwGE 155, 1 (2) = NVwZ 2016, 1183 (1184); s. auch Richter IWG § 1 Rn. 154 mit Bezug auf das Urteil des BVerwG.

97 So auch schon Richter NVwZ 2016, 1143 (1145).

98 Erfasste das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des § 6 DNG nur solche Ausschließlichkeitsvereinbarungen, die mit einzelnen Personen geschlossen wurden, könnten Datenbereitsteller diese Regelungen mühelos umgehen, indem sie Vereinbarungen mit einem begrenzten Personenkreis schließen.

99 In diesem Fall liegt rein begrifflich schon keine Nutzung der Daten im Sinne des DNG vor (§ 3 Nr. 4 DNG). Denn das Gesetz versteht darunter, Daten für Zwecke zu verwenden, die über die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hinausgehen, oder neben dieser jedenfalls auch kommerzielle Zwecke zu verfolgen. Mithin greifen auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 I DNG nicht. Ausschließlichkeitsvereinbarungen, die nicht auf eine Nutzung von Daten abzielen, sind a priori nicht geeignet, eine diskriminierende Wettbewerbsverzerrung auszulösen.

100 Dies folgt zudem auch aus § 6 IV DNG. Er adressiert „Vereinbarungen über rechtliche oder praktische Vorkehrungen, die nicht ausdrücklich ausschließliche Rechte gewähren, die aber darauf abzielen oder die geeignet sind, die Nutzung von Daten durch andere Einrichtungen als die an der Vereinbarung beteiligten Dritten zu beschränken“, gerade nicht als „Ausschließlichkeitsvereinbarungen“.

101 BT-Drs. 19/31014, 5.

102 Zur Frage, ob kommunale Akteure speziell den Zugang zu den Daten monetarisieren können, s. II 2 d.

DNG zu unterliegen.<sup>103</sup> Das überrascht. Denn letztlich tritt hier die gleiche praktische Folge ein wie bei einer Ausschließlichkeitsvereinbarung, der § 6 I DNG explizit einen Riegel vorschiebt.

Der offene Wortlaut des § 2 I Nr. 3 DNG lässt sich zwar auch so lesen, dass er auch solche Fälle dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterwirft, in denen die Nutzung *faktisch* exklusiv erfolgt („zur ausschließlichen Nutzung bereitgestellt“). Es entspricht aber dem klar bekundeten Willen des historischen Gesetzgebers, mit § 2 I Nr. 3 Alt. 2 DNG nur jene Konstellationen zu erfassen, in denen die Beteiligten die ausschließliche Datennutzung *rechtsgeschäftlich* vereinbaren: Die Norm rekurriert ausschließlich auf § 6 I DNG<sup>104</sup> („es bedarf (...) einer Vereinbarung“).<sup>105</sup>

Der gefestigte Wille des deutschen Gesetzgebers läuft der regulatorischen Mission des Unionsgesetzgebers zuwider, den Handel mit staatlich finanzierten Daten einzuhegen sowie Diskriminierungen und wettbewerbswidrige Quersubventionierungen zu unterbinden.<sup>106</sup> Das DNG scheint solchen Gestaltungen aber bewusst Vorschub zu leisten, indem es sich im Falle faktisch exklusiv bereitgestellter Daten gleichsam selbst aus dem Spiel nimmt – und so letztlich Entgelte ermöglicht, die sich nicht in den engen rechtlichen Zulässigkeitsgrenzen der §§ 10 ff. DNG bewegen.

Das vermeintlich in § 2 I Nr. 3 DNG angelegte normative Schlupfloch führt die öffentliche Hand bei näherem Hinsehen gleichwohl keinesfalls in einen rechtsfreien Raum der Datenbereitstellung. Ihr Handeln muss sich vielmehr an Art. 3 I GG messen lassen. Denn Datenzugangsansprüche können – jenseits ihrer Manifestierung im einfachen Gesetz – auch aus einer Selbstbindung der Verwaltung<sup>107</sup> erwachsen.<sup>108</sup> Ein Datenzugangsanspruch kraft Art. 3 I GG katalysiert den Datenbereinsteller dann über § 2 I Nr. 1 DNG wieder in den Anwendungsbereich des DNG.

## bb) Datenzugang kraft Art. 3 I GG

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG bindet sowohl Kommunen als auch kommunal beherrschte Unternehmen (obgleich Letztere im Privatrechtsverkehr auftreten) unmittelbar.<sup>109</sup> Staatlich beherrschten Unternehmen gesteht das BVerfG zwar zu, bei ihrem Handeln im Privatrechtsverkehr anhand marktrelevanter Kriterien zu differenzieren. Es untersagt ihnen jedoch, „sich auf die Subjektivität gewillkürter Freiheit zu berufen“.<sup>110</sup>

Behandeln Kommunen oder kommunal beherrschte Unternehmen Wirtschaftsakteure ungleich, lässt sich das nur durch einen „vernünftigen, sich aus der Natur der Sache ergebenden oder sonst wie sachlich einleuchtenden Grund“ rechtfertigen.<sup>111</sup> Kooperationsverhältnisse mit IT-Dienstleistern können einen solchen sachlichen Grund bieten – etwa wenn kommunale Akteure sie zum Schutz sensibler Daten oder innerhalb des öffentlichen Sektors eingehen, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen oder Dienstleistungen im Allgemeininteresse zu erbringen.

Jenseits dieser speziellen Konstellation können Datenbereinsteller aber prinzipiell keinen Sachgrund ins Feld führen, ihre Datenbestände exklusiv mit einem spezifischen Nutzerkreis zu teilen.<sup>112</sup> Denn als nicht-rivale Güter können Daten beliebig vielen Dritten bereitstehen, ohne dass ihr Nutzwert sinkt.<sup>113</sup> Die Entscheidung, den Nutzerkreis auf eine bestimmte Gruppe zu beschränken, beruht im Zweifel auf der Zielsetzung, sich aus dem engen Regelungskorsett des DNG zu befreien – und damit der gesetzlich vorgeschriebenen Deckelung der zulässigen Entgelte zu entgehen. Kann bspw.

ein Unternehmen der Daseinsvorsorge keinen anderen, legitimen Grund für seine Nutzungsbeschränkung aufbieten, so entpuppt sich diese als gleichheitswidriger Missbrauch der ihm zugestandenen Freiheit. Es sieht sich dann einem verfassungsrechtlich fundierten Anspruch auf Datenzugang ausgesetzt; das DNG kommt zur Anwendung<sup>114</sup> (sofern das Handeln nicht ausnahmsweise durch einen sachlichen Grund iSv Art. 3 I GG gerechtfertigt ist).<sup>115</sup> So verstanden streut das DNG im Ergebnis keinen Sand ins Getriebe sachlich gebotener Kooperationen zwischen Kommunen und anderen (auch privaten) Akteuren – gleichzeitig gewährt es aber keinen Raum, sich seinen strengen Vorgaben allein zum Zweck der Datenmonetarisierung zu entziehen.<sup>116</sup>

## cc) Inhalt und Implikationen des Anspruchs auf Datenzugang und Datennutzung aus Art. 3 I GG

Enthält ein kommunaler Akteur seinen Datenfundus Dritten unter Verstoß gegen Art. 3 I GG vor, muss er ihnen die Daten zu denselben Bedingungen bereitstellen, die er bereits anderen Nutzern gewährte<sup>117</sup> – es entsteht ein Kontrahierungszwang.<sup>118</sup> Anspruchsberechtigte können in der Folge

103 Dies gilt jedoch nur, sofern sie nicht bereits aufgrund eines Gesetzes verpflichtet sind, die Daten bereitzustellen (§ 2 I Nrn. 1 und 2 DNG).

104 BT-Drs. 19/31014, 5. Dass diese Vorschrift Konstellationen faktischer Ausschließlichkeit nicht erfasst, folgt bereits unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm. Dieses Normverständnis ergibt sich auch aus § 6 IV DNG, vgl. Fn. 100.

105 BT-Drs. 19/31014, 5.

106 ErwGr. 22 PSI-OD-RL.

107 S. statt vieler Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs VwVfG, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 40 Rn. 103 ff.

108 VGH Mannheim NJOZ 2009, 4243 (4247); Brink/Polenz/Blatt/Brink IFG, 1. Aufl. 2017, IPG § 1 Rn. 13; Schoch IFG Einl. Rn. 79.

109 BVerfG 10.5.2016 – 2 BvR 2871/13, BeckRS 2016, 47127 Rn. 5; BVerfG NVwZ 2016, 1553).

110 BVerfGE 128, 226 (249) = NJW 2011, 1201 (1203).

111 So bereits BVerfGE 1, 14 (52) = NJW 1951, 877 (878).

112 Nutzen öffentliche Stellen ihre Daten für eigene wirtschaftliche Zwecke, löst dies mangels vergleichbaren Sachverhalts keinen Datenzugangsanspruch aus Art. 3 I GG aus. Dann fehlt es an einem Anknüpfungspunkt, um das DNG zur Anwendung zu bringen.

113 Daten an einen exklusiven Nutzerkreis weiterzugeben, gestaltet sich nur dann als ökonomisch sinnvoll, wenn dieser Nutzerkreis bereit ist, – unter der Bedingung der relativen Exklusivität – eine Summe zu entrichten, die die Gewinnerwartungen eines freien Verkaufs übersteigt. Dies dürfte ein kommunales Unternehmen kaum belegen können.

114 Richter, Information als Infrastruktur, 2021, 141 f. bevorzugt ein Verständnis der PSI-OD-RL, das auch freiwillig im Einzelfall bereitgestellte Daten als zugänglich begreift. Verstehen man die Richtlinie dergestalt, so wäre § 2 I DNG richtlinienkonform auszulegen, so dass er sämtliche Fälle der freiwilligen Bereitstellung erfasse. Die ausschließliche Nutzung ließe sich allein am Maßstab von § 6 I DNG rechtfertigen. Die Entgeltregeln durch individuellen Direktverkauf zu umgehen, wäre daher auch nach Richters Auffassung nicht möglich.

115 Letztlich handelt es sich beim individuellen Direktverkauf um einen Fall der faktischen Ausschließlichkeit, den das DNG aufgrund des engen Zuschnitts des § 2 I Nr. 3 Alt. 2, § 6 I DNG nicht normativ erfasst. Einleuchtend spricht sich Richter, Information als Infrastruktur, 532 ff. (im Rahmen seines v. geltenden Recht losgelösten Infrastrukturansatzes) für ein umfassendes Verbot von (auch faktischer) Ausschließlichkeit mit Rechtfertigungsvorbehalt im einfachen Recht aus.

116 Zirkulieren Daten ausschließlich zwischen kommunalen Akteuren, welche die Daten verwenden, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen bzw. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu erbringen, verstößt das nicht gegen Art. 3 I GG. Anderenfalls wäre jeglicher Datenaustausch in der Sphäre der öffentlichen Hand a priori geeignet, Datenzugangsansprüche privater Dritter auszulösen. Die anders gelagerte Frage, inwieweit der Staat seine Unternehmen bevorzugen darf, indem er ihnen zu günstigeren Konditionen einen Zugang zu Daten vermittelt, mit denen sie rein erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgen, ist demgegenüber originär beihilfen- und wettbewerbsrechtlich zu beantworten.

117 Für die Frage, ob ein solches Recht besteht, kann es freilich nicht darauf ankommen, ob sich einzelne Nachfragende auf dieses Recht berufen müssen, um dieselben Konditionen zu erhalten wie andere Nutzer.

118 Liest man aus Art. 3 I GG einen Zugangsanspruch als derivatives subjektiv-öffentliches Recht (vgl. etwa Dreier/Heun GG Art. 3 Rn. 60) heraus, so folgt die Anwendung des DNG bereits unmittelbar aus § 2 I Nr. 1 DNG.



verlangen, gegen ein Entgelt (§§ 10 ff. DNG)<sup>119</sup> Zugang zu den Datensätzen zu erhalten. Damit stehen ihnen die Daten ebenso bereit, wie wenn sie jene auf der Grundlage eines einfachgesetzlichen Informationszugangsanspruchs gegen eine Bearbeitungsgebühr eingefordert hätten. Dies lässt die PSI-OD-RL genügen, um Daten als „zugänglich“ zu betrachten und sie ihrem Regelungsregime zu unterstellen.<sup>120</sup>

Aufgrund des Gleichbehandlungsanspruchs stehen Dritte dann aber womöglich zunächst besser als diejenigen, denen kommunale Akteure ihre Daten faktisch exklusiv bereitstellten. Denn Letztere mussten im Zweifel ein Entgelt entrichten, um die begehrten Datensätze zu nutzen, welches nicht den Vorgaben des DNG entsprach; Dritte profitieren demgegenüber von den strengen Begrenzungen der §§ 10 ff. DNG. Das ändert aber nichts daran, dass auf Basis des Art. 3 I GG bereits in dem Moment ein Anspruch auf Datennutzung entsteht, in dem kommunale Akteure erstmalig Daten exklusiv bereitstellen, obwohl dies nicht durch einen sachlichen Grund gedeckt ist. Schon ab diesem Zeitpunkt ist der Zugang zu den Daten nach nationalen Vorschriften eröffnet (ErwGr. 23 S. 2 PSI-OD-RL), so dass sich ein etwaiges Entgelt innerhalb des Korridors der §§ 10 ff. DNG bewegen muss. Vertragspartner der Kommune, die bereits ein zu hohes Entgelt entrichtet haben, können sich gegebenenfalls bei ihr schadlos halten.

Das Gesetz bereits dann zur Anwendung zu bringen, wenn ein kommunaler Akteur *erstmalig* Daten verkauft, gebietet auch der *Effet utile*<sup>121</sup> <sup>122</sup>. Denn es entspricht dem anvisierten Ziel der PSI-OD-RL, dem „(Daten-)verkauf“ klare Schranken zu setzen<sup>123</sup> – und damit zu verhindern, dass Normadressaten die praktische Wirksamkeit der PSI-OD-RL unterwandern, indem sie ihrem zentralen Anliegen zuwiderhandeln, Gleichbehandlung herzustellen und Ausschließlichkeitsvorbehalte zu verhindern. Auf den zweiten Blick besteht mithin kraft Art. 3 I GG sowie des *Effet utile* im Anwendungsbereich des DNG für faktisch exklusiv bereitgestellte Daten keine Regelungslücke.

#### d) Monetarisierung des Zugangs

Das staatliche Informationsrecht trennt im Ausgangspunkt klar zwischen dem *Zugang* zu einer Information und ihrer *Nutzung*.<sup>124</sup> Für finanziell schwach aufgestellte Kommunen könnte es mit Blick darauf attraktiv erscheinen, den weit verstandenen Anwendungsbereich des DNG dadurch zu umgehen, dass sie Entgelte formell nicht für die Nutzung, sondern für den Zugang zu ihrem Datenfundus verlangen.

Zulässig ist das aber nicht. Stellen die Beteiligten ein Synallagma zwischen dem Zugang zu einem Datum und einer Entgeltzahlung her, zielen sie nämlich erkennbar darauf, mit dieser rechtsgeschäftlichen<sup>125</sup> Gestaltung das Regelungsanliegen der PSI-OD-RL ins Leere laufen zu lassen. Deren ausdrückliche Zielsetzung ist es, staatliche Daten grundsätzlich kostenfrei *zugänglich* zu machen.<sup>126</sup>

Obleich es sich bei dem Zugang zu und der Nutzung einer Information der öffentlichen Hand juristisch um zwei getrennte Sphären handelt, teilen sie realiter zumeist einen Schnittpunkt: den Akt der Gebrauchsüberlassung zu bestimmten Konditionen.<sup>127</sup> Dem Bereitstellen eines Datums ist es immanent, auch den Zugang zur Nutzung zu vermitteln. Sofern ein Zugangsregime die Kosten für den *Zugang* zu den Daten schon selbst festlegt, belässt das Gebührenrecht regelmäßig keinen Raum, weitere Kosten für die *Nutzung* in Rechnung zu stellen.<sup>128</sup> Auch rein praktisch entpuppt sich ein isoliertes Zugangsentgelt – jenseits der formel-

len Zugangsregeln – als ökonomisch kaum begründbar. Den wirtschaftlichen Wert der Daten können Erwerber regelmäßig nämlich erst erschließen, indem sie diese nutzen.<sup>129</sup>

Die Konstruktion eines isolierten Zugangsentgelts droht den rechtlich begründeten Zugangsanspruch faktisch auszuhöhlen. Im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben der PSI-OD-RL ist § 10 I DNG daher so zu lesen, dass er auch solche Entgelte erfasst, welche die Beteiligten explizit als Gegenleistung für die *Bereitstellung* von Daten deklarierten. Da das DNG dann insgesamt greift, müssen sich entsprechende Entgelte überdies am Grundsatz der Nichtdiskriminierung (§ 5 I DNG) messen lassen.<sup>130</sup>

Der Union fehlt zwar grundsätzlich<sup>131</sup> die Kompetenz, mit der PSI-OD-RL mittelbar auch den Zugang zu Verwaltungsdaten generell zu regeln.<sup>132</sup> Die Mitgliedstaaten haben in der

119 Das Entgelt kann keine Einschränkung des Zugangs iSv Art. 1 II Buchst. f PSI-OD-RL sein, da sonst das Anliegen des Richtliniengerechts in Art. 6 PSI-OD-RL ad absurdum geführt würde, s. II 2 b.

120 Denn das Kriterium der Bereitstellung in § 2 I DNG ist eine Neuschöpfung des deutschen Gesetzgebers, das der Verständlichkeit dienen soll (BT-Drs. 19/27442, 34). Es findet in der PSI-OD-RL keine Entsprechung. Diese steuert ihren Anwendungsbereich allein über das Merkmal der „Zugänglichkeit“ in Art. 1 II Buchst. d und f PSI-OD-RL.

121 EuGH C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133 = BeckRS 2004, 71134 Rn. 12 – Van Duyn/Home Office.

122 Diese Lesart der PSI-OD-RL bringt die vertikale Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten nicht ins Wanken, vgl. van Echoud/Janssen, Masaryk University Journal of Law and Technology 6 (2012), 471 (476 ff.). Denn sie trifft keine Regelung für den Datenzugang, der sich allein aus der freiwilligen Entscheidung des Bereitstellers und Art. 3 I GG ergibt, sondern bezieht sich allein auf die Anwendung der Regeln über die Datennutzung.

123 ErwGr. 22 PSI-OD-RL, insb. der Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 11 I PSI-OD-RL) und die Entgeltregelungen (Art. 6 PSI-OD-RL) formen die Schranken näher aus.

124 Krit. etwa Schoch NVwZ 2006, 872 (874), der in jedem Informationszugangsrecht auch die Befugnis eingeschrieben sieht, die erlangte Information frei zu nutzen. Damit wäre der Anwendungsbereich des IWG jedoch – gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers – über Gebühr zurückgedrängt, vgl. Richter IWG § 1 Rn. 53 ff.

125 Besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Zugang zu einem Datum, so beschränkt in der Regel bereits das zugangsvermittelnde Gesetz die Höhe möglicher Entgelte. Insbes. die kommunalen Unternehmen der Daseinsvorsorge unterliegen diesen Gesetzen jedoch regelmäßig nicht, vgl. II 2 b.

126 ErwGr. 36 PSI-OD-RL; die englische Fassung spricht von „available“.

127 Auch das DNG trennt – im Zusammenspiel mit dem Gebührenrecht – nicht klar zwischen den beiden Bereichen. Die staatliche Informationsordnung nimmt insofern eine Sonderrolle ein.

128 Anderenfalls erhöhe eine öffentliche Stelle auch für eine einzige individuell zurechenbare öffentliche Leistung zweifach Gebühren, obwohl die Gebührenschuld denklogisch nur einmal entstehen kann (§ 4 I 1 BGebG). Das verletzt auch das aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspringende gebührenrechtliche Äquivalenzprinzip: Gebühren dürfen nicht in einem Missverhältnis zu der Leistung stehen, da sie sonst in der Sache in eine Steuer umschlagen; vgl. BVerfGE 83, 363 (392) = NVwZ 1992, 365 (369); BVerwGE 115, 32 (44) = NVwZ 2002, 206 (209).

129 Für öffentliche Stellen ist es sogar gänzlich unmöglich, allein den Datenzugang zu vermitteln, da mit dem Zugang reflexhaft ein Nutzungsrecht entsteht (§ 4 I DNG).

130 Auch für Entgelte, die formell an die Lizenzierung von Datenbankherstellerrechten geknüpft sind, kann nichts anderes gelten. Soweit das DNG auf das Datum anwendbar ist, sind für die gesamte Lizenzierung nur dessen Entgeltregeln maßgeblich. Zwar stellen die PSI-OD-RL und das DNG klar, dass diese Rechte weiter fortbestehen. Die Inhaber von Datenbankherstellerrechten dürfen sie jedoch nicht nutzen, um die Weiterverwendung einzuschränken (Art. 1 VI PSI-OD-RL, § 2 V DNG). Eine Lizenzierung des Datenbankherstellerrechts gegen Entgelt, die de facto vor allem die Nutzung ermöglichen soll (welche das DNG ohnedies erlaubt), widerspricht diesen Grundsätzen und ist daher ebenfalls nicht mit der Richtlinie und dem DNG vereinbar. Anderer Auffassung ist der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum RegE DNG, BT-Drs. 19/28408, 3.

131 Eine Kompetenz für Informations- bzw. Datenzugangsrechte kommt der Union indes bereichsspezifisch zu, vgl. van Echoud/Janssen, Masaryk University Journal of Law and Technology 6 (2012), 471 (489 ff.).

132 Vgl. dazu bereits II 1 c sowie Beyer-Katzenberger DÖV 2014, 144 (146); van Echoud/Janssen, Masaryk University Journal of Law and Technology 6 (2012), 471 (477 ff.).

Regel das Recht, autonom darüber zu entscheiden, welche Informationen ihre Handlungsträger zu welchen Bedingungen veröffentlichen (müssen). Haben die Mitgliedstaaten jedoch einen Zugangsanspruch geschaffen, darf der Unionsgesetzgeber daran Entgeltregeln<sup>133</sup> und ein Diskriminierungsverbot<sup>134</sup> knüpfen. Diese sekundärrechtlichen Vorgaben entfalten ihre intendierte praktische Wirkung nur, wenn sie auch solche Entgelte einhegen, die ein Datenbereinsteller formell an den Datenzugang koppelt.<sup>135</sup>

Das DNG trägt dem Regelungsanliegen der PSI-OD-RL im Ergebnis umfassend Rechnung: Es untersagt Entgelte, die ein Datenbereinsteller – jenseits gesetzlicher Spezialregelungen – formell an den Zugang zu Daten knüpft. Es verhindert damit, dass die öffentliche Hand es Dritten durch monetäre Zugangshürden übermäßig erschwert, ihren Datenschatz zu nutzen. Von den Entgeltregelungen des DNG bleiben einzig jene Daten ausgenommen, die aus anderen Gründen nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes fallen.

### 3. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Datennutzungsgesetzes

Die PSI-OD-RL will zwar im Grundsatz sämtliche Datenbestände des öffentlichen Sektors erfassen (Art. 1 I PSI-OD-RL). Aus wettbewerbspolitischen Gründen sieht sie aber einen weitreichenden Ausnahmekatalog vor (Art. 1 II PSI-OD-RL). Ihn zeichnet das DNG im nationalen Recht nach.

#### a) „Kommerzielles“ Handeln öffentlicher Stellen und sog. Freemium-Modelle

Keine Geltung beansprucht das DNG nach dem Willen des Normgebers, soweit es nicht unter den gesetzlich festgelegten öffentlichen Auftrag einer öffentlichen Stelle fällt, bestimmte Daten bereitzustellen (§ 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG).<sup>136</sup> Der Gesetzgeber setzt damit sachlogisch voraus, dass eine Tätigkeit außerhalb öffentlicher Aufgabenerfüllung möglich ist (vgl. auch § 5 II DNG).<sup>137</sup> Eine solche Freiheit versteht sich nicht von selbst. Denn schon die grundgesetzliche Ordnung gebietet, dass sich jegliches Handeln öffentlicher Stellen stets innerhalb des abgesteckten Rahmens ihrer öffentlichen Aufgaben bewegt.<sup>138</sup>

Soll dem Ausnahmetatbestand eine eigenständige Regelungswirkung zukommen, liegt es nahe, den Begriff des öffentlichen Auftrags im Lichte des unionsrechtlichen Regelungsziels zu lesen, wettbewerbswidrigen Querfinanzierungen einen Riegel vorzuschieben. Solche sind dann nicht zu befürchten, wenn die öffentlichen Stellen Daten ausschließlich zu kommerziellen Zwecken *erstellen*:<sup>139</sup> Wenn ein Anbieter bereits bei der Erstellung des Datums mit Gewinnerzielungsabsicht handelt, also eine Leistung auf Nachfrage eines Dritten erbringen will, handelt er typischerweise in einem kommerziellen Umfeld. In Konstellationen, in denen öffentliche Stellen einzelne Datensätze allein aufgrund ihrer Erwartung erheben, dass Dritte bereit sind, Entgelte für die Nutzung zu entrichten, beansprucht das strenge Regelungsregime des DNG daher keine Geltung.<sup>140</sup>

Dadurch eröffnet sich kommunalen Akteuren ein informatonsrechtlicher Spielraum für datengetriebene Geschäftsmodelle. Sie könnten etwa ohnehin bestehende Datenquellen, wie Sensornetzwerke einer „Smart City“, anzapfen, um Daten zu erheben, die sie selbst zwar nicht benötigen, die aber für Dritte von (wirtschaftlichem) Interesse sind. Im Ergebnis könnte das DNG gar Anreize setzen, den Ausbau kommunaler Sensornetzwerke durch die Veräußerung zusätzlich erhobener Daten querzufinanzieren – und so die

substanziellen Kosten für die Modernisierung der Städte jedenfalls teilweise zu stemmen.

Bei genauerem Hinsehen hat die Idee jedoch einen entscheidenden Haken: Sobald die öffentliche Stelle die zunächst für kommerzielle Zwecke erhobenen Daten umwidmet und diese nutzt, um ihre öffentlichen Aufgaben zu erfüllen, fällt ihr ursprüngliches Geschäftsmodell wie ein Kartenhaus in sich zusammen. Dann bewegt sie sich nämlich wieder im Anwendungsbereich des DNG und sieht sich den Ansprüchen Dritter ausgesetzt, die Daten kostenfrei nutzen zu können. Sie darf die Daten also nicht einmal dann für ihr originäres Betätigungsfeld nutzen, wenn sie diese dringend benötigt – jedenfalls nicht, sofern sie ihr Geschäftsmodell erhalten will.

Auch sogenannte *Freemium-Modelle* sind ein zweiseitiges Schwert für die kommunale Datensouveränität. Bei diesen Modellen stellen Kommunen sogenannte Basisdaten offen bereit; in höherer Granularität und Aktualität vermitteln sie den Zugang zu diesen Daten hingegen nur gegen ein marktübliches Entgelt. Nach der Grundidee des Konzepts soll dies die Forderung nach Open Data mit dem Wunsch nach der Monetarisierung gemeindlicher Datenschätze versöhnen.<sup>141</sup> So einleuchtend das dahinterstehende ökonomische Anreizmodell auch sein mag: Freemium-Modelle sind nur zulässig, wenn Kommunen sowohl die Basisdaten als auch die kostenpflichtigen Daten einzig zu kommerziellen Zwecken erheben. Denn das DNG betrachtet die kostenpflichtigen Premiumdaten nur dann als eigenständige Daten (so dass sie unabhängig von den Basisdaten dem Ausnahmetatbestand des § 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG unterfallen können), wenn sie einen anderen *semantischen Bezugspunkt* abbilden.<sup>142</sup> Daran fehlt es jedoch, wenn lediglich die Daten-

133 ErwGr. 36 PSI-OD-RL.

134 So schon in ErwGr. 8 PSI-RL 2003.

135 Richter hält mit Blick auf das IWG die Gebührenregelungen im Informationszugangsrecht für abschließend, selbst wenn sie höhere Entgelte als das Informationsnutzungsrecht gestatten (ebenso Schoch IFG § 10 Rn. 86). Dies erscheint mit Blick auf das Regelungsanliegen der PSI-OD-RL und die mangelnde Trennbarkeit von Zugang und Nutzung nicht unproblematisch. Setzen Bereitsteller Entgelte hingegen privatrechtlich fest, erklärt auch Richter die PSI-OD-RL für maßgeblich, Richter IWG § 5 Rn. 29 ff.

136 Die Norm basiert auf Art. 1 II Buchst. a PSI-OD-RL. Die gleichlautende Vorschrift der PSI-RL 2013 hat der Gesetzgeber hingegen mit anderem Wortlaut umgesetzt. § 1 II Nr. 3 IWG sprach von Informationen, deren Erstellung nicht unter den öffentlichen Auftrag fällt. Letztlich kam der unterschiedlichen Bezeichnung jedoch keine andere rechtliche Bedeutung zu, Richter IWG § 1 Rn. 211.

137 Auf den Missstand um den Begriff der öffentlichen Aufgabe wies Schoch schon zu Frühzeiten des IWG hin, Schoch NVwZ 2006, 872 (875 f.).

138 Diese Vorgabe folgt aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, vgl. bspw. v. Münch/Kunig/Kotzur GG Art. 20 Rn. 153 f.

139 Die PSI-OD-RL geht davon aus, dass die Bereitstellung von Daten jenseits öffentlicher Aufgaben liegt, wenn sie zu kommerziellen Zwecken erstellt werden, vgl. ErwGr. 22 S. 3 PSI-OD-RL.

140 So bereits zu § 1 II Nr. 3 IWG Richter IWG § 1 Rn. 262 ff.

141 Vgl. etwa Fraunhofer, Urbane Datenräume, 2018, 166.

142 Die Trennlinie dafür, wann das DNG von „verschiedenen“ Daten ausgeht, ziehen §§ 7 und 8 DNG: Der Unterschied darf sich nicht allein am Format der Daten und Zeitpunkten bzw. -intervallen ihrer Bereitstellung oder Erhebung festmachen. Vielmehr muss den entgeltlichen Daten ein zusätzlicher Informationsgehalt eingeschrieben sein, der es rechtfertigt, sie von den Daten zu unterscheiden, welche die Kommune nutzt, um ihren öffentlichen Auftrag zu erfüllen. Vgl. bereits BVerwGE 155, 1 = NVwZ 2016, 1183 (1185). Ein Datum in einem bestimmten Format bereitzustellen, betrifft nicht den Zugang, sondern nur die Modalitäten der Weiterverwendung. Folglich sieht das BVerwG zu Recht dieselbe Information in verschiedenen Formaten als das gleiche Dokument im Sinne der PSI-OD-RL an. S. auch Richter NVwZ 2016, 1143 (1146). Dies ergibt sich auch e contrario aus §§ 7, 8 DNG: Das Gesetz trifft Vorgaben zu Formaten und Bereitstellungsintervallen eines Datums. Diese Eigenschaften können daher nicht die eigenständige Datumsqualität im Sinne des DNG begründen.

qualität divergiert, der semantische Anknüpfungspunkt aber der gleiche ist.

Den Regelungsadressaten des DNG bleibt es damit verwehrt, dieselbe Information einmal für öffentliche Aufgaben und einmal kommerziell zu verwenden. Der (europäische) Gesetzgeber ordnet so das Interesse der Kommunen, Daten zumindest in gewissem Umfang zu monetarisieren, seinem Ziel unter, möglichst viele Daten in hoher Qualität zu günstigen Bedingungen verfügbar zu machen. Für die Kommunen kann davon jedoch ein Anreiz ausgehen, Daten von vorneherein nur in geringerer Qualität zu erheben und zu veröffentlichen.

### b) Tätigkeiten kommunaler Unternehmen jenseits des Sektorenvergaberechts

Unternehmen der Daseinsvorsorge gesteht das DNG in § 2 III Nr. 2 DNG eine besondere Privilegierung zu, die im Ansatz mit der Sonderregel für kommerzielles Handeln öffentlicher Stellen aus § 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG vergleichbar ist: Haben sie die betroffenen Daten nicht im Rahmen der Sektorentätigkeiten (insbesondere Trinkwasserversorgung, Energieversorgung sowie Verkehr)<sup>143</sup> bzw. im Rahmen des Betriebs des ÖPNV erstellt (§ 3 Nr. 2 DNG), unterliegen sie nicht dem Anwendungsbereich des Gesetzes. Daten, die sie *allein* zum Zweck der Gewinnerzielung erheben, dürfen diese Unternehmen somit monetarisieren. Das DNG betrachtet die Datenwirtschaft als solche damit gleichsam nicht als Teil der handlungsbeschränkten Daseinsvorsorge.

Sofern ein Unternehmen Daten jedenfalls *auch* zur Daseinsvorsorge nutzt, stellt sich eine sensible Abgrenzungsfrage. Unterfielen diese Daten nicht dem DNG, öffnete sich ein Schlupfloch, um Daten, die Unternehmen im Rahmen einer DNG-pflichtigen Tätigkeit erhoben haben, dem regulatorischen Anliegen des Gesetzes – einen informations- und wettbewerbsrechtlichen Ordnungsrahmen zu etablieren – zu entziehen. § 2 III Nr. 2 DNG ist daher eng auszulegen: Daten von Unternehmen, die diese nicht ausschließlich zu Zwecken erhoben haben, welche weder Sektorentätigkeiten noch den Betrieb eines ÖPNV tangieren, sind dem Anwendungsbereich des DNG vollständig unterworfen.<sup>144</sup>

### c) Grenzen des Kommunalwirtschaftsrechts

Obgleich die Ausnahmetatbestände des § 2 III Nr. 1 Buchst. d und Nr. 2 DNG Datenbereitstellern einen Weg aus dem Anwendungsbereich des DNG weisen, führt dieser keinesfalls in die unregulierte Autonomie. Vielmehr müssen sich sämtliche datenwirtschaftlichen Tätigkeiten einer Gemeinde stets auch innerhalb der gesetzlich vorgezeichneten Leitplanken des Kommunalwirtschaftsrechts<sup>145</sup> bewegen – selbst wenn sie keine Sektorentätigkeit ausüben.<sup>146</sup> Die landesrechtlichen Regelungen gestatten eine wirtschaftliche Betätigung nämlich lediglich in den Grenzen der sogenannten „Schränkentrias“: Nur wenn sie einem öffentlichen Zweck dient,<sup>147</sup> in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht<sup>148</sup> und wenn Dritte den Zweck nicht ebenso gut,<sup>149</sup> jedenfalls aber nicht besser<sup>150</sup> erfüllen können, ist die wirtschaftliche Tätigkeit zulässig.

Vor allem das Erfordernis, die Tätigkeit an einem öffentlichen Zweck auszurichten, kann einer Monetarisierung kommunaler Daten als Geschäftsmodell Grenzen setzen. Denn die Gewinnerzielung darf bei kommunalwirtschaftlichen Betätigungen allenfalls eine nachrangige Rolle einnehmen.<sup>151</sup>

Kommunalwirtschaftsrechtlich müssen sich gemeindliche Akteure daher regelmäßig auf Ausnahmenvorschriften berufen, um datengetriebene Geschäftsmodelle realisieren zu dürfen. Diese lassen sich womöglich aber als sogenannte Annex-tätigkeit einstufen. Dabei handelt es sich um Aktivitäten, welche den eigentlichen Aktionsradius überschreiten, aber die Haupttätigkeit des kommunalen Unternehmens ergänzen. Sie sind zulässig, wenn sie eine hinreichende Verbindung zu einer zulässigen Haupttätigkeit aufweisen und im Verhältnis zu dieser von untergeordneter Bedeutung sind.<sup>152</sup> So kann ein Sensoretnetzwerk Daten für einen öffentlichen Zweck sammeln und zugleich als „Beifang“ weitere Datensätze abwerfen, welche die Kommunen monetarisieren dürfen.

### d) Sektorenausnahmen durch Freistellungsbeschluss

Auf das Bedürfnis von Unternehmen der Daseinsvorsorge,<sup>153</sup> bei ihrer Tätigkeit im Wettbewerb nicht schlechter zu stehen als private Konkurrenten, nimmt der Gesetzgeber an einer Stelle zusätzlich besondere Rücksicht: Er klassifiziert sie nur dann als Datenbereitsteller, wenn sie den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge unterfallen (§ 2 II Nr. 2 DNG). Ist die Tätigkeit eines Unternehmens demgegenüber unmittelbar dem Wettbewerb auf Märkten ohne Zugangsbeschränkung ausgesetzt, kann die Kommission die Freistellung des Marktes von den Vorschriften über die Auftragsvergabe beschließen (sogenannte Sektorenausnahme; vgl. Art. 34 SektRL, § 140 GWB).<sup>154</sup> In der Folge beansprucht das DNG dann keine Geltung.

143 Hintergrund der Unterwerfung bestimmter Unternehmen unter das Vergaberecht im Sektorenbereich ist der Befund, dass in den früher (staats-)monopolistisch geprägten Märkten der Sektorentätigkeiten ein rein wettbewerbsorientiertes Beschaffungswesen (noch) nicht sichergestellt war und ist, MüKoWettbR/Gabriel, 4. Aufl. 2022, GWB § 100 Rn. 3; Rosenkötter/Plantiko NZBau 2010, 78 (79).

144 Für dieses Ergebnis streitet auch der Charakter des § 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG als Ausnahmenvorschrift. Exemplarisch zur engen Auslegung von Ausnahmen bspw. EuGH 23.3.2006 – C-465/04, ECLI:EU:C:2006:199 = EuZW 2006, 341 (342) – Honyvem Informazioni Commerciali. Krit. zu dieser Auslegungsregel jedoch Rosenkranz JA 2015, 783 (783 ff.), der für eine einzelfallorientierte Auslegung plädiert, die die widerstreitenden Interessen in den Blick nimmt, anstatt pauschale Bewertungen aufgrund der Qualifikation als „Ausnahmenvorschrift“ zuzulassen.

145 Vgl. zur Anwendung des Kommunalwirtschaftsrechts auf den Bereich der Digitalisierung auch bspw. Ringwald/Schneider/Cagan, Smart Cities gestalten – Potenziale und Grenzen des Kommunalwirtschaftsrechts, 2019, 14 f.

146 Daten, die im Zusammenhang mit solchen Tätigkeiten erstellt wurden, nimmt § 2 III Nr. 2 DNG vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus.

147 Dieses Erfordernis kennen alle Regelungen der Länder, vgl. nur § 121 I 1 Nr. 1 HessGO; § 68 II 1 Nr. 1 MVKOMVerf.

148 Auch dies fordern alle Gemeindeordnungen, vgl. nur § 102 I Nr. 2 BWGO; Art. 87 I 1 Nr. 2 BayGO.

149 Sog. einfache Subsidiaritätsklausel, vgl. etwa § 102 I Nr. 3 BWGO; Art. 87 I 1 Nr. 4 BayGO. In der Reichweite der Subsidiaritätsklauseln unterscheiden sich die Gemeindeordnungen der Länder.

150 Eine solche, weniger restriktive, qualifizierte Subsidiaritätsklausel etwa § 94 a I 1 Nr. 3 SächsGemO vor.

151 BVerfGE 61, 82 (107) = NJW 1982, 2173 (2175) = NVwZ 1982, 554 Ls.; ausf. auch Schliesky DVBl 2007, 1453 (1454 ff.).

152 Schmidt-Leithoff, Gemeindefirtschaft im Wettbewerb, 2011, 184. Obwohl die Kategorie der Annex-tätigkeit überwiegend anerkannt ist, verzichten viele Gemeindeordnungen auf eine ausdrückliche Regelung. Vgl. aber § 128 I 3 LSA KVG; § 108 III SaarKSVG.

153 Inwieweit auch öffentliche Stellen auf entsprechend liberalisierten Märkten agieren können, ist fraglich. Sie wären dann gegenüber Unternehmen der Daseinsvorsorge schlechter gestellt, weil die Ausnahme sie nicht erfasst.

154 Für den deutschen Markt hat die Kommission entsprechende Durchführungsbeschlüsse für die Erzeugung und den Großhandel von Strom (Durchführungsbeschluss 2012/218/EU) der Kommission v. 24.4.2012) sowie den Strom- und Gaseinzelhandel (Durchführungsbeschluss 2016/1674/EU) der Kommission v. 15.9.2016) erlassen. Geschäftsmodelle mit Daten sind in diesen Märkten weiterhin – jenseits der Schranken des DNG – möglich.

Unternehmen, die nur *zum Teil* auf Märkten iSv Art. 34 SektRL agieren, lässt § 2 II Nr. 2 DNG mit der Ungewissheit zurück, ob auch sie von der Ausnahme profitieren. Während die unionsrechtlichen Verwandten der Vorschrift (Art. 1 II Buchst. b ulit. ii PSI-OD-RL und Art. 34 SektRL) an die konkrete *Tätigkeit* anknüpfen<sup>155</sup>, scheint § 2 II Nr. 2 DNG auf die juristische *Person* als solche zu rekurrieren. Ein solch organisationsbezogenes Verständnis der Norm stellte allerdings Unternehmen, deren Tätigkeiten nur zum Teil Art. 34 SektRL unterfallen, gegenüber der tätigkeitsbezogenen differenzierenden Regelung der PSI-OD-RL schlechter. Denn auch Daten, die aus Tätigkeiten stammen, die nicht dem Sektorenvergaberecht unterliegen, unterfielen dann dem DNG.

Der nationale Gesetzgeber hat jedoch nicht intendiert, die in Art. 1 II Buchst. b ulit. ii PSI-OD-RL angelegte Ausnahme zu verkürzen.<sup>156</sup> Vielmehr spricht auch das Vergaberecht (dessen Systematik dem DNG Pate stand) seine Adressaten tätigkeitsbezogen an.<sup>157</sup> Es ist daher im Ergebnis angezeigt, auch im Rahmen des § 2 II Nr. 2 DNG auf die *konkrete Tätigkeit des Unternehmens* abzustellen: Besteht für diese ein Freistellungsbeschluss der Kommission, sind alle im Rahmen dieser Tätigkeit erstellten Daten nicht dem Anwendungsbereich des DNG unterworfen. Ein Unternehmen der Daseinsvorsorge kann mithin die aus einem dem Wettbewerb vollständig ausgesetzten Markt stammenden Daten regelmäßig nach eigenem Ermessen monetarisieren, falls für diesen Markt ein Durchführungsbeschluss der Kommission vorliegt. Denn dann greifen die Schranken des DNG, insbesondere §§ 10 ff. DNG, nicht.

### III. Zusammenfassung und Ausblick

Das DNG entzieht den Kommunen grundsätzlich das Recht, ihre begehrten und damit werthaltigen Datenschätze gewinnbringend zu veräußern. Nur punktuell belässt es ihnen Schonräume, in denen es die Nutzung ihrer Datenbestände unangetastet lässt – insbesondere, wenn sie Daten zu originär wirtschaftlichen Zwecken erheben. *Kommunale Unternehmen* dürfen zumindest „angemessene Gewinne“ einkalkulieren, wenn sie Dritten die Nutzung ihrer Daten in Rechnung stellen. Auch sie müssen aber gewärtigen, dass Durchführungsrechtsakte der Kommission über hochwertige Datensätze ihr digitales Geschäftsfeld schon in naher Zukunft enger abstecken. Stammen die Daten demgegenüber aus einer Tätigkeit, für die aufgrund eines Freistellungsbeschlusses der Kommission eine Sektorenausnahme greift, unterliegt ihre Nutzung in toto nicht dem Regelungssystem des DNG. Ungeachtet der Reichweite des DNG bleiben die kommunalen Akteure aber stets an die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben ihrer Länder gebunden.

Ob die neue Marktordnung kommunalen Unternehmen der Daseinsvorsorge einen ausreichenden wirtschaftlichen Entfaltungsspielraum belässt, ist offen. Im Zweifel werden sie ihre Datenreservoirs lieber vor privater Konkurrenz abschotten, statt sie „unter Wert“ zu veräußern.<sup>158</sup> Dieses Dilemma kann der Gesetzgeber de lege ferenda zwar grundsätzlich mit modifizierten Datenzugangsvorschriften auflösen. Dabei sollte er aber darauf achten, dass er kommunale Unternehmen gegenüber ihren privaten Wettbewerbern nicht unsachgemäß benachteiligt – sondern auch ihnen eine normativ umhugte Spielweise für gemeinwohlorientierte digitale Geschäftsmodelle belässt.

Unter den derzeitigen gesetzlichen Vorzeichen sind Kommunen jedenfalls auf absehbare Zeit kaum in der Lage, notwendige Investitionen in digitale Infrastrukturprojekte mit einer Dividende aus den hieraus erwachsenden Datenschätzen wirtschaftlich zu refinanzieren. Rechtspolitisch sind die Parlamente gefragt, im öffentlichen Haushalt entsprechende Mittel vorzusehen, die den Gemeinden eine digitale Transformation ermöglichen. Sonst wird das hehre Vorhaben, Open Data auch in die Fläche zu tragen, an der harten Realität fehlender finanzieller Unterfütterung scheitern. Will der Gesetzgeber nicht dem Fehler verfallen, von jedem Ding den Preis, aber nicht den Wert zu kennen,<sup>159</sup> ist er mithin aufgerufen, die neue Marktordnung für kommunale Daten zum Anlass zu nehmen, die berechtigten Open-Data-Anliegen durch einen strategischen und nachhaltigen Einsatz von Steuergeldern zu fördern. Nur so kann er das wirtschaftliche Potenzial kommunaler Datenschätze entfesseln. Das setzt allerdings entschlossenes Handeln voraus. Inspiration hierzu kann er bei *Seneca* finden. Der sagte einst: „Nicht weil es schwer ist, wagen wir es nicht, sondern weil wir es nicht wagen, ist es schwer.“<sup>160</sup> ■

155 Art. 1 II Buchst. b ulit. ii PSI-OD-RL rekurriert allein auf Daten, die sich unmittelbar auf eine Tätigkeit beziehen, für die ein Freistellungsbeschluss der Kommission besteht, ErwGr. 19 PSI-OD-RL. Denn es hohlte die eng zugeschnittenen Freistellungsbeschlüsse der Kommission aus, wenn die Rechtsanwendungspraxis einen mittelbaren Bezug genügen ließe.

156 S. den Bericht des federführenden Ausschusses, BT-Drs. 19/31014, 5 f. Er hat die Streichung der wörtlichen Umsetzung der PSI-OD-RL in § 2 III Nr. 2 Buchst. b RefE-DNG mit dem neuen § 2 II Nr. 2 DNG begründet und dabei nicht erkennen lassen, eine Verkürzung der Ausnahme zu bezwecken.

157 Vgl. zu § 100 I GWB, der für § 2 II Nr. 2 DNG Pate stand, etwa Immenga/Mestmäcker WettbR/Dreher, 6. Aufl. 2021, GWB § 100 Rn. 10.

158 Aufgrund des in § 3 Nr. 4 DNG angelegten Konnexes zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Nutzung führte dies im Lichte des § 5 DNG dazu, dass auch die Zivilgesellschaft von der Nutzung der Daten der kommunalen Unternehmen ausgeschlossen bliebe.

159 Frei nach Oscar Wilde, *Lady Windermeres Fächer*, 3. Akt.

160 Lat.: „Non quia difficilia sunt non audemus, sed quia non audemus difficilia sunt.“ Seneca, *Moralische Briefe an Lucilius (Epistulae morales ad Lucilium)*, XVII/XVIII, CIV, 26.