

Aufsätze Online

Professor Dr. Mario Martini/Dietrich Haußecker/David Wagner*

Das Datennutzungsgesetz als digitalpolitischer Ordnungsrahmen für die Monetarisierung kommunaler Daten

I. Die Entgeltregelungen des DNG

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 mit Hilfe staatlicher Daten zu fördern. Zwei widerstrebende Grundinteressen versucht es auszutarieren: einerseits das Begehren, 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, ihre Datenbestände in Zeiten „klammer Stadtkassen“ nicht mehr monetarisieren zu dürfen.

Diese Sorge hat einen guten Grund: Das Gesetz folgt der Losung „Public Money – Public Data“. Die Entgeltregelungen des DNG (§§ 10, 11 DNG) gewähren jedermann grundsätzlich¹ ein Recht, bereitgestellte Daten unentgeltlich zu nutzen (§ 10 I 1 DNG) und „für jeden kommerziellen oder nichtkommerziellen Zweck“ zu verwenden (§ 4 I DNG, Grundsatz der uneingeschränkten Datennutzung).

Die Verheißung der Unentgeltlichkeit hält der Gesetzgeber nicht uneingeschränkt durch. § 10 I 2 DNG stellt es in das Ermessen der Datenbereitsteller, Teile ihrer Kosten an die Nutzer weiterzugeben.² Das Gesetz steckt dafür jedoch einen engen Rahmen ab: Sie dürfen grundsätzlich allein diejenigen Grenzkosten³ 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 hingegen keinesfalls an die Nutzer weitergeben – vor allem keine Gewinne einpreisen.

Angemessene Gewinne zu erwirtschaften, ist nur kommunalen Unternehmen gestattet (§ 10 II Nr. 1, Nr. 3 DNG). Auch ihnen zieht das Gesetz aber eine wichtige Grenze: Forschungsdaten und sog. hochwertige Datensätze dürfen sie regelmäßig nicht gewinnbringend am Markt feilbieten (§ 10 III DNG). Solche Daten müssen die öffentlichen Stellen und Unternehmen der Daseinsvorsorge nicht nur unentgeltlich, sondern auch in maschinenlesbaren Formaten über geeignete Programmierschnittstellen (sog. APIs) und ggf. als Massendownload kostenfrei bereitstellen (§ 9 DNG).

II. Datenbereitstellung i. S. d. § 2 I DNG als Anwendungsvoraussetzung

Ebenso wie die PSI-OD-RL⁴ etabliert das DNG keine originären Datenzugangsansprüche (§ 1 II DNG). Vielmehr dockt sein Regelungsprogramm an *bereits vorhandene* gesetzliche Zugangsansprüche (§ 2 I Nr. 1 DNG) und Pflichten an, Daten proaktiv bereitzustellen (§ 2 I Nr. 2 DNG). Der

Anwendungsbereich des DNG ist mithin regelmäßig erst eröffnet, wenn öffentliche Stellen (§ 2 II Nr. 1 DNG) oder Unternehmen der Daseinsvorsorge (§ 2 II Nr. 2 DNG) Daten – sei es kraft anderweitiger gesetzlicher Pflicht, sei es freiwillig (z. B. auf einem Portal) – bereitstellen. Selbst Daten, die ein DNG-pflichtiger Akteur Dritten auf sonstige Weise „zur ausschließlichen Nutzung“ bereitstellt, unterfallen dem Pflichtenregime des DNG (§ 2 I Nr. 3 Alt. 2 DNG). Solche Ausschließlichkeitsvereinbarungen verbietet der Gesetzgeber grundsätzlich (§ 6 I DNG). Er will damit Umgehungsstrategien Einhalt gebieten.

Halten kommunale Akteure Daten nur *faktisch* exklusiv, schließen sie also Dritte rein tatsächlich – und nicht *rechtsgeschäftlich* – vom Zugriff aus, erfasst der Wortlaut des Verbots aus § 6 I DNG dies jedoch nicht („Vereinbarungen (...), die ausschließliche Rechte (...) gewähren“).⁵ Dieses vermeintlich in § 2 I Nr. 3 DNG angelegte normative Schlupfloch führt bei näherem Hinsehen aber keinesfalls in einen rechtsfreien Raum. Datenbereitstellungen öffentlicher Stellen müssen sich vielmehr an Art. 3 I GG messen lassen. Denn Datenzugangsansprüche können auch aus einer Selbstbindung der Verwaltung erwachsen. Enthält ein kommunaler Akteur Dritten bestimmte Datensätze aus sachwidrigen Erwägungen vor, gebietet Art. 3 I GG, sie zu denselben Bedingungen bereitzustellen, die er bereits anderen Nutzern gewährte – es entsteht ein Kontrahierungszwang.⁶ Anspruchsberechtigte können in der Folge verlangen, ebenfalls gegen ein Entgelt innerhalb des Korridors der §§ 10 ff. DNG Zugang zu erhalten.

* 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.

- 1 Für bestimmte Adressaten des DNG, insbesondere 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 durch Nutzungsbedingungen regeln, solange diese verhältnismäßig, nichtdiskriminierend und durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind (§ 4 III 1 DNG).
- 2 Der nationale Gesetzgeber hat damit von der durch Art. 6 I PSI-OD-RL eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Erhebung von Grenzkosten abweichend vom Grundsatz der Kostenfreiheit zu gestatten.
- 3 Als Grenzkosten bezeichnet man die zusätzlichen Kosten, die erforderlich sind, um eine zusätzliche Produktionseinheit herzustellen, vgl. bspw. Neubäumer/Hewel/Lenk, Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl 2017, S. 86.
- 4 Richtlinie (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019, ABl. EU v. 26.6.2019, L 172.
- 5 Auch § 2 I Nr. 3 Alt. 1 DNG greift in dieser Konstellation nicht. Die Alternative zielt auf Fälle ab, in denen die Daten veröffentlicht wurden, vgl. BT-Drs. 19/31014, 5. Hiervon kann indes nur die Rede sein, wenn sie einem im Voraus nicht bestimmbar Personenkreis zur Verfügung stehen.
- 6 Nimmt man an, Art. 3 I GG vermittelt einen Zugangsanspruch als derivatives subjektiv-öffentliches Recht (vgl. etwa Dreier/Heun, GG, 3. Aufl. 2013, GG Art. 3 Rn. 60), so folgt die Anwendung des DNG bereits unmittelbar aus § 2 I Nr. 1 DNG.

III. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des DNG

Keine Geltung beansprucht das DNG, soweit es „nicht unter den durch Rechtsvorschrift festgelegten öffentlichen Auftrag der öffentlichen Stelle“ fällt, bestimmte Daten bereitzustellen (§ 2 III Nr. 1 lit. d DNG). Der Gesetzgeber dachte bei dieser Ausnahme insbesondere an solche Fälle, in denen die öffentlichen Stellen Daten ausschließlich zu kommerziellen Zwecken *erstellen*.⁷ Generieren sie bestimmte Datensätze allein aufgrund der Erwartung, dass Dritte bereit sind, Entgelte für die Nutzung zu entrichten, beansprucht das strenge Regelungsregime des DNG daher keine Geltung.⁸

Für Unternehmen der Daseinsvorsorge trifft § 2 III Nr. 2 DNG eine vergleichbare Regelung: Haben sie die betroffenen Daten nicht im Rahmen einer Sektorentätigkeit (insbesondere Trinkwasserversorgung, Energieversorgung sowie Verkehr) bzw. im Rahmen des Betriebs des ÖPNV erstellt (§ 3 Nr. 2 DNG), unterfallen sie nicht dem Anwendungsbereich des Gesetzes. Daten, die sie *allein* erheben, um Gewinne zu erzielen, dürfen diese Unternehmen somit monetarisieren.

Auch wenn die Ausnahmetatbestände in § 2 III Nr. 1 lit. d und Nr. 2 DNG Datenbereitstellern einen Weg aus dem Regelungskorsett des DNG weisen, führt dieser keinesfalls in die unregulierte Autonomie. Vielmehr müssen sich sämtliche Tätigkeiten einer Gemeinde auf dem Gebiet der Datenwirtschaft stets – selbst, wenn sie keine Sektorentätigkeit ausüben – auch innerhalb der gesetzlich vorgezeichneten Grenzen des Kommunalwirtschaftsrechts (sog. „Schränkentrias“) bewegen. Insbesondere das Erfordernis eines öffentlichen Zwecks engt den Raum, Daten allein zum Zwecke der Gewinnerzielung zu erheben, ein.

Dem Bedürfnis von Unternehmen der Daseinsvorsorge, nicht schlechter zu stehen als ihre direkten privaten Konkurrenten, die frei über die Monetarisierung ihrer Daten verfügen dür-

fen, trägt der Gesetzgeber zusätzlich mit einer Bereichsausnahme Rechnung: Sie sind nur dann als Datenbereitsteller einzuordnen, wenn sie den Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe unterfallen (§ 2 II Nr. 2 DNG). Für liberalisierte Sektorenbereiche, in denen die Kommission Unternehmen der Daseinsvorsorge im Wege einer Ausnahme von den Vergaberegeln befreit hat (vgl. Art. 34 SektRL, § 140 GWB), beansprucht das DNG somit keine Geltung.

IV. Fazit und Ausblick

Das DNG entzieht den Kommunen grundsätzlich den Frei- raum, ihre begehrten und damit werthaltigen Datenschätze gewinnbringend zu veräußern. Kommunale Unternehmen hingegen dürfen zumindest angemessene Gewinne einkalkulieren, wenn sie Nutzern bestimmte Daten bereitstellen. Auch sie müssen aber pro futuro befürchten, dass Durchführungsrechtsakte der Kommission über hochwertige Datensätze ihr digitales Geschäftsfeld schon in naher Zukunft enger abstecken.

Ob die neue Marktordnung kommunalen Unternehmen der Daseinsvorsorge einen ausreichenden wirtschaftlichen Entfaltungsspielraum belässt, ist offen. Im Zweifel werden sie ihre Datenreservoirs lieber vor der privaten Konkurrenz abschotten, statt sie „unter Wert“ zu veräußern. Diesem Risiko sollte der Gesetzgeber de lege ferenda mit modifizierten Datenzugangsvorschriften begegnen. Nur so lässt sich das Potential kommunaler Datensätze vollständig entfesseln.

(Den vollständigen Aufsatz finden Sie auf der NVwZ-Homepage [NVwZ-Extra Aufsätze-Online].)

7 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 PSI-OD-RL.

8 So bereits zu § 1 II Nr. 3 IWG, Richter IWG, 2018, § 1 Rn. 262 ff.

Forum

Professor Dr. Bodo Pieroth*

Die Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen auf der Agenda des Bundestags

Im nachstehenden Beitrag werden zunächst die normativen Vorgaben des Verfassungsauftrags von 1919 dargestellt, um sodann den Gesetzesentwurf der Fraktionen FDP, DIE LINKE und Bündnis 90/Die Grünen daran zu messen.

I. Einleitung

Seit 1919 besteht in Deutschland der Verfassungsauftrag, die in der Vergangenheit, also vor 1919, vom Staat gegenüber den Kirchen eingegangenen Verpflichtungen, die sogenannten Staatsleistungen, gegen Entschädigung zu beenden. Dadurch sollte die damals etablierte grundsätzliche Trennung von Staat und Kirche auch auf dem Gebiet der finanziellen Beziehungen vollzogen werden. Es handelt sich um einen bindenden Verfassungsrechtssatz, so dass es nicht angeht, insoweit von „politischem Ermessen“ und „politischer Opportunität“¹ zu reden. Dass diesem Verfassungsauftrag bis heute, also mehr als 100 Jahre lang, nicht nachgekommen

worden ist, ist im Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland schwer erträglich.

Nunmehr ist nach einem vergeblichen Versuch einer bundesgesetzlichen Regelung im Jahr 2012² ein neuer Anlauf gemacht worden. Im Mai 2020 sind zwei Gesetzesentwürfe zur Ablösung der Staatsleistungen im Bundestag eingebracht

* Der Autor war bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand 2013 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Politik an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Der Text ist im Rahmen der Beratungen am Institut für Religion und Politik (irp), Berlin, entstanden, dessen Mitglied der Autor ist. Für hilfreiche Kritik dankt der Autor seinen Kollegen Dirk Ehlers und Martin Morlok.

1 Dürig/Herzog/Scholz/Korioth Grundgesetz-Kommentar, 98. EL März 2022, WRV Art. 138 Rn. 11.

2 Vgl. den GE der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 17/8791 v. 29.2.2012 und das Plenarprot. 17/225 v. 28.2.2013; dazu Neumann/Czernak/Merkel/Putzke/Haupt, Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht, 2019, 259 f.