

STELLUNGNAHME

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
E-Government-Gesetzes und zur Einführung
des Gesetzes für die Nutzung von Daten des
öffentlichen Sektors

(Referentenentwurf des Bundesministeriums für
Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums
des Innern, für Bau und Heimat vom 17.12.2020)

Berlin, 12.01.2021

Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) vertritt rund 1.500 Stadtwerke und kommunalwirtschaftliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser/Abwasser, Abfallwirtschaft sowie Telekommunikation. Mit mehr als 275.000 Beschäftigten wurden 2018 Umsatzerlöse von rund 119 Milliarden Euro erwirtschaftet und mehr als 12 Milliarden Euro investiert. Im Endkundensegment haben die VKU-Mitgliedsunternehmen große Marktanteile in zentralen Ver- und Entsorgungsbereichen: Strom 62 Prozent, Erdgas 67 Prozent, Trinkwasser 90 Prozent, Wärme 74 Prozent, Abwasser 44 Prozent. Sie entsorgen jeden Tag 31.500 Tonnen Abfall und tragen durch getrennte Sammlung entscheidend dazu bei, dass Deutschland mit 67 Prozent die höchste Recyclingquote in der Europäischen Union hat. Immer mehr kommunale Unternehmen engagieren sich im Breitbandausbau. 190 Unternehmen investieren pro Jahr über 450 Mio. EUR. Sie steigern jährlich ihre Investitionen um rund 30 Prozent. Beim Breitbandausbau setzen 93 Prozent der Unternehmen auf Glasfaser bis mindestens ins Gebäude.

Verband kommunaler Unternehmen e.V. · Invalidenstraße 91 · 10115 Berlin
Fon +49 30 58580-0 · Fax +49 30 58580-100 · info@vku.de · www.vku.de

Zusammenfassung

Mit dem Gesetz zur Änderung des E-Government-Gesetzes und zur Einführung des Gesetzes für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors werden Teile der deutschen und europäischen Digitalstrategie umgesetzt. Der VKU begrüßt ausdrücklich, dass der Gesetzgeber einen konsistenten Rechtsrahmen für den Datenaustausch und die Datennutzung schaffen möchte. Ein solcher Rechtsrahmen ist dringend notwendig, da neue Geschäftsmodelle ganz maßgeblich auf der Nutzung und dem Austausch von Daten beruhen. Vor diesem Hintergrund hat der VKU keine grundsätzlichen Bedenken gegen das Datennutzungsgesetz (DNG). Einzelne Punkte des DNG bedürfen jedoch einer Überarbeitung.

Der VKU fordert einen engeren **Anwendungsbereich für das DNG**. Im Unterschied zur Vorgängerregelung des Informationsweiterverwendungsgesetzes (IWG) wird der Anwendungsbereich des DNG auch auf Daten erstreckt, die von Datenbereitstellern freiwillig bereitgestellt werden (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE). Diese Erweiterung im Vergleich zum IWG wird abgelehnt. **§ 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE sollte deshalb gestrichen werden**. Diese Regelung geht über die neue PSI-Richtlinie hinaus und wurde auf Grund eines Gerichtsurteils eingefügt, das sich mit der neuen PSI-Richtlinie überholt hat. Zudem führt eine solche Regelung zu Wertungswidersprüchen. Nach § 1 Abs. 2 S. 2 DNG-RefE soll eine Bereitstellungspflicht gerade nicht begründet werden. Indirekt würde § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE allerdings zu einer solchen Bereitstellungspflicht führen. **Falls diesem Vorschlag nicht gefolgt wird, so muss der Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE auf öffentliche Stellen begrenzt werden und insbesondere Datenweitergaben innerhalb eines Konzerns oder an Dritte auf individueller Basis hiervon ausgenommen werden.**

Der VKU fordert ferner die **Ausweitung** der Regeln **des DNG auch auf private Unternehmen** im Bereich der Daseinsvorsorge. Nur so können faire Wettbewerbsbedingungen zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen geschaffen werden. In vielen Bereichen stehen öffentliche und private Unternehmen in alltäglichem Wettbewerb zueinander und müssen sich im Regelfall über private Entgelte finanzieren (z.B. im Rahmen der Energieversorgung). Öffentliche Unternehmen sind nicht konkurrenzfähig, wenn nur sie Ressourcen bindenden Datenlieferverpflichtungen unterliegen; sie wären strukturell benachteiligt.

Zudem fordert der VKU, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Entgelterhebung von öffentlichen Unternehmen bei der Bereitstellung von hochwertigen Datensätzen festschreibt. Dies ist durch Art. 14 Abs. 3 PSI-Richtlinie vorgegeben und muss auch Eingang in den Gesetzestext finden.

Weiter müssen die Umsetzungsaufwände für die Wirtschaft anerkannt werden. Die Umsetzung des DNG wird in den Unternehmen zu nicht zu unterschätzenden

Aufwänden führen. Der VKU fordert, den **Aufwand zur Einrichtung von Anwendungsprogrammierschnittstellen (API) realistisch abzubilden**. Insbesondere trifft dieser Mehraufwand kleine und mittlere Unternehmen, für die Sonderregelungen und Fördermöglichkeiten vorgesehen werden sollten.

Ferner muss im Gesetzeswortlaut des DNG **klargestellt** werden, **welche Tätigkeiten genau unter die Wasser- und Energieversorgung bzw. unter den Begriff „Verkehr“** fallen.

Es sollte im Gesetzestext und in der Gesetzesbegründung **klargestellt** werden, **welche Definition der kritischen Infrastruktur** im Rahmen der Ausnahmевorschrift des § 2 Abs. 3 Nr. 1 lit. g DNG **gemeint ist**. Überdies sollte **klargestellt** werden, **wann Informationen über diese kritischen Infrastrukturen „vertraulich“** im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 1 lit. g DNG-RefE sind.

1. Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) vertritt rund 1.500 kommunalwirtschaftliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser/Abwasser, Abfallwirtschaft sowie Telekommunikation. Bei der überwiegenden Zahl dieser Unternehmen handelt es sich um öffentliche Unternehmen bzw. öffentliche Stellen im Sinne des Datennutzungsgesetzes (DNG). Aus diesem Grund sind VKU-Mitglieder ganz besonders von den beabsichtigten Regelungen des DNG betroffen.

Auf Seite 3 und auf Seite 17 des Referentenentwurfs wird angegeben, dass sich der Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft nicht ändert. Es wird anscheinend davon ausgegangen, dass durch das DNG keine zusätzlichen Kosten auf die (öffentlichen) Unternehmen zukommen. Dies steht im Widerspruch zum Referentenentwurf selbst, als auch zu Aussagen aus unserer Mitgliedschaft insbesondere in Bezug auf die neu einzurichtenden Anwendungsprogrammierschnittstellen (API).

Auf Seite 20 des Referentenentwurfs wird davon ausgegangen, dass bereits für die Anpassung einer vorhandenen API von einem einmaligen Erfüllungsaufwand von 15.000 Euro und regelmäßigen Kosten in Höhe von 3.000 Euro ausgegangen wird. Hiermit bewegt sich der Gesetzgeber mit seiner Schätzung im untersten Rand dessen, was die zitierte Aufwandschätzung von McKinsey & Company als Kosten schätzt. Warum eine Umstellung auf eine API laut Gesetzesbegründung nur im Einzelfall erfolgen soll, ist nicht ersichtlich.

Aus unserer Mitgliedschaft haben wir die Rückmeldung bekommen, dass eher mit einem Aufwand von 20.000 bis 30.000 Euro pro API gerechnet werden muss. Hierbei wird davon ausgegangen, dass pro Unternehmen und pro Datensatz durchaus mehrere API zur Verfügung gestellt werden müssen, sodass sich der Aufwand pro Unternehmen deutlich erhöht. Auch wird teilweise mit deutlich höheren Kosten pro API gerechnet (es wurden Beträge bis 100.000 Euro genannt). Nicht berücksichtigt sind hierbei die Kosten, die für eine mögliche Datenaufbereitung anfallen. Ferner sind eine Vielzahl von Folgefragen in Bezug auf die API offen (z.B.: Muss man als Unternehmen einen Service für die API bieten, d.h. können sich Dritte an einen wenden, wenn sie Fragen zur API haben? Welches Service-Level (Verfügbarkeit) muss die Schnittstelle haben? Zudem stellt sich die grundsätzliche Frage nach der Haftung, wenn Daten fehlerhaft bzw. nicht in ausreichender Qualität zur Verfügung gestellt werden.

Der VKU fordert den Aufwand zur Einrichtung von API realistisch abzubilden. Dieser wird deutlich höher sein, als in der Gesetzesbegründung wiedergegeben. Diese Mehrbelastungen treffen öffentliche Unternehmen besonders hart, die in Konkurrenz zu privaten Unternehmen stehen. Insbesondere trifft dieser Mehraufwand kleine und mittlere Unternehmen, für die Sonderregelungen und Fördermöglichkeiten vorgesehen werden sollten.

2. Gesetz für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors (DNG)

a) Ausweitung des Anwendungsbereichs auf private Unternehmen

Der DNG-RefE erfasst in seiner bisherigen Form öffentliche Stellen und öffentliche Unternehmen, jedoch nicht private Unternehmen (mit Ausnahme der medizinischen Einrichtungen). Dieser Ansatz greift zu kurz.

Die Richtlinie (EU) 2019/1024 (PSI-Richtlinie) und die Umsetzung im DNG muss vielmehr als Teil der aktuellen europäischen und nationalen Daten- und Digitalstrategie begriffen werden. Sie ist Teil einer Diskussion, die unter dem Begriff der „Datenhoheit“ oder „Datensouveränität“ geführt wird. Hierbei geht es im Kern um die Frage, wie weit ein Akteur einem Dritten die von ihm erhobenen Daten bereitstellen muss. Diese Diskussion nur in Bezug auf die Daten von öffentlichen Stellen und öffentlichen Unternehmen zu führen ist nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr eine konsistente Digital- und Datenstrategie. Verwiesen wird insofern auch auf den im Dezember 2020 vorgestellten Entwurf einer europäischen Data-Governance-Verordnung.

Zu einer solchen konsistenten Digital- und Datenstrategie gehört, auch die Datenhoheit bzw. die Datensouveränität von privaten Unternehmen in den Blick zu nehmen und in einen fairen Ausgleich mit den Verpflichtungen für die öffentlichen Unternehmen zu bringen. In vielen Bereichen stehen öffentliche und private Unternehmen in alltäglichem Wettbewerb zueinander und müssen sich im Regelfall über private Entgelte finanzieren (z.B. im Rahmen der Energieversorgung). Sie können grundsätzlich nur bei Marktversagen öffentliche Mittel in Anspruch nehmen (z.B. im Rahmen des Personenverkehrs). Öffentliche Unternehmen sind nicht konkurrenzfähig, wenn nur sie Ressourcen bindenden Datenlieferungsverpflichtungen unterliegen; sie wären strukturell benachteiligt. Als Konsequenz kann die Daseinsvorsorge nicht weiterentwickelt und nicht auf die neuen (auch digitalen) Bedürfnisse der Kunden eingegangen werden. Mittel- und langfristig wäre so eine verlässliche und flächendeckende Daseinsvorsorge gefährdet. Um die Daseinsvorsorge auch in Zukunft zu sichern, sollte der deutsche Gesetzgeber die Regeln der PSI-Richtlinie auch auf private Unternehmen erweitern. Dies ist nach der PSI-Richtlinie ausdrücklich erlaubt (Erwägungsgrund 19) und von europäischer Seite auch gewünscht.

Der VKU fordert die Ausweitung der Regeln des DNG auch auf private Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge.

b) § 1 Abs. 2 DNG-RefE („Open by default and by design“-Grundsatz; keine Zugangsrechte/Bereitstellungspflichten)

Der „Open by default and by design“-Grundsatz wird in dieser Form begrüßt. Es wird klar gestellt, dass Daten nach diesem Grundsatz nur „soweit wie möglich und sinnvoll“ erstellt werden sollen. Ferner wird explizit festgestellt, dass hiermit eine Bereitstellungspflicht nicht begründet wird. Auch dies wird vom Grundsatz begrüßt.

Der Referentenentwurf des DNG statuiert an verschiedenen Stellen, dass das DNG zu keiner Bereitstellungspflicht (§ 1 Abs. 2 S. 2 DNG-RefE) und auch keinem Zugangsrecht zu Daten (§ 4 Abs. 3 DNG-RefE) führt. An anderer Stelle wird ausgeführt, dass das DNG nur gilt, wenn ein uneingeschränktes Zugangsrecht besteht (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 lit. a DNG-RefE).

Es wird angeregt, diese Regelungen in einer Norm einheitlich, eindeutig und übersichtlich zusammenzufassen. In § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 DNG-RefE hat man dies für den Anwendungsbereich des DNG in Bezug auf das Zugangsrecht bzw. die Bereitstellungspflicht bereits getan.

c) § 2 Abs. 1 DNG-RefE (sachlicher Anwendungsbereich)

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 – 3 DNG-RefE regelt den sachlichen Anwendungsbereich.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 DNG-RefE gilt das DNG für Daten, die mit einem Zugangsrecht beansprucht werden können. Die Gesetzesbegründung spricht von subjektiv-rechtlichen Ansprüchen und nennt hier die Ansprüche nach dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG). Dies ist verständlich.

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 DNG-RefE erstreckt den Anwendungsbereich auf Daten, die aufgrund einer gesetzlichen Bereitstellungspflicht bereitgestellt werden. Als Beispiel nennt die Gesetzesbegründung zunächst den § 12a EGovG. Es werden allerdings auch spezialgesetzliche Veröffentlichungspflichten aus dem Energiewirtschaftsgesetz genannt, „soweit die Daten durch die Bereitsteller nach Absatz (*sic*) bereitgestellt werden“. Hier fehlt ein Verweis auf eine konkrete Norm im Energiewirtschaftsgesetz als auch auf den wohl vorgesehenen Absatz im DNG-RefE.

Ferner gilt das DNG nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE für Daten, die freiwillig bereitgestellt werden. Es ist unklar, was mit dieser Formulierung gemeint ist. Die Gesetzesbegründung führt an dieser Stelle nicht weiter, da faktisch nur der Gesetzeswortlaut wiederholt wird. Es kann nur vermutet werden, dass mit dieser Norm eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 14.4.2016, Az.: 7 C 12/14 – NVwZ 2016, 1183) gesetzlich umgesetzt werden soll. In dieser Entscheidung hatte das BVerwG festgestellt, dass der Anwendungsbereich des Informationsweiterverwendungsgesetzes (IWG) auch solche

Informationen umfasst, die eine öffentliche Stelle von sich aus veröffentlicht und damit allgemein zugänglich gemacht hat. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem eine Gemeinde vergaberechtlich relevante Informationen öffentlich bekanntgemacht hat (im Staatsanzeiger oder in sonstigen Publikationsorganen). Der Fall ist somit beschränkt auf die Veröffentlichung von Informationen an die allgemeine Öffentlichkeit durch eine öffentliche Stelle.

Der VKU fordert eine Streichung von § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wurde noch zum bisher geltenden IWG getroffen. Durch die überarbeitete PSI-Richtlinie und das DNG-RefE wurden die Regelungen zur Nutzung von Daten (bzw. der Weiterverwendung von Informationen) allerdings deutlich modifiziert und insbesondere Spezialregelungen für hochwertige Datensätze und öffentliche Unternehmen getroffen. Aus diesem Grund sind bereits die dem Urteil zugrundeliegenden gesetzlichen Wertungen nicht mehr mit der aktuellen Rechtslage vergleichbar. Zudem würde eine solche Festlegung zu Wertungswidersprüchen innerhalb des DNG führen: So soll nach § 1 Abs. 2 S. 2 DNG-RefE mit diesem Gesetz eine Bereitstellungspflicht gerade nicht begründet werden. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE soll dagegen das DNG anwendbar sein, wenn Daten freiwillig bereitgestellt werden. Diese Norm führt indirekt zu einer Bereitstellungspflicht, da sodann insbesondere das Diskriminierungsverbot (§ 5 DNG-RefE), das Verbot der Ausschließlichkeitsvereinbarungen (§ 6 DNG-RefE) und die Regeln über die Bereitstellung von hochwertigen Daten (§ 9 DNG-RefE) gelten. Eine freiwillige Bereitstellung würde also (entgegen § 1 Abs. 2 S. 2 DNG-RefE) zu einer Bereitstellungspflicht auch führen.

Allerdings ist § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE auch unabhängig hiervon zu weit gefasst, denn das Bundesverwaltungsgericht macht in seiner Entscheidung nur Aussagen zu öffentlichen Stellen und befasst sich nicht mit den öffentlichen Unternehmen. § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE erweitert den vom Bundesverwaltungsgericht vorgegebenen Anwendungsbereich auch auf öffentliche Unternehmen, denn diese Norm unterscheidet nicht zwischen öffentlichen Stellen und öffentlichen Unternehmen.

Der VKU lehnt eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE auf öffentliche Unternehmen ab.

Es bleibt ferner unklar, ob § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE (oder ggf. § 2 Abs. 1 Nr. 1 DNG-RefE) einschlägig ist, wenn eine öffentliche Stelle / ein öffentliches Unternehmen Informationen bzw. Daten einer begrenzten Öffentlichkeit zugänglich macht. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn sich ein öffentliches Unternehmen an einem Start Up beteiligt und als seinen Gesellschafterbeitrag Daten in das Unternehmen einbringt. Ferner können Kooperationen mit Universitäten oder Forschungseinrichtungen einen Datenaustausch erfordern. So können in diesem Rahmen beispielsweise Verkehrsflüsse besser erforscht werden und der Innenstadtverkehr vermindert werden.

Überdies sind vielfältige Fallgestaltungen innerhalb einer Konzernstruktur denkbar. So werden teilweise Daten in Tochtergesellschaften gebündelt, die diese Daten innerhalb des Konzerns (gegen interne Verrechnung) an andere Tochtergesellschaften oder die Muttergesellschaft gibt. Ferner findet im Konzern „Stadt“ häufig ein Datenaustausch zwischen kommunalen Unternehmen und der sie beherrschenden Mutterkommune statt. Teilweise bestehen innerhalb eines Konzerns gesetzliche Berichtspflichten, teilweise fordert die Mutterkommune auch unabhängig hiervon einen Datenaustausch. Überdies wird häufig mit externen Dienstleistern zusammengearbeitet und auch hier werden Daten ausgetauscht. Beispielhaft genannt sei die Auslagerung von den Daten an einen Cloud-Anbieter, an Inkasso-Unternehmen oder Datenanalyseunternehmen.

Falls diese (und vergleichbare Fallgestaltungen) dazu führen, dass der Anwendungsbereich des DNG eröffnet wird, stellen sich viele Folgeprobleme.

Der VKU fordert deshalb eine Klarstellung, dass das DNG-RefE nicht anwendbar ist, wenn Daten nur einer begrenzten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden.

Zudem wird auf eine Spezialregelung der PSI-Richtlinie hingewiesen, die sich bisher nicht im DNG-RefE findet: Öffentliche Unternehmen können selbst dann, wenn sie Daten veröffentlicht haben, noch gesondert darüber entscheiden, ob diese Daten weiterverwendet werden dürfen oder nicht (Art. 3 Abs. 2 PSI-Richtlinie; Erwägungsgrund 26).

Im Folgenden wird ein Formulierungsvorschlag unterbreitet, der die zuvor angesprochenen Punkte aufnimmt. Dieser Formulierungsvorschlag hat nur dann Relevanz, wenn nicht aus den oben ausgeführten Gründen die Formulierung des § 2 Abs. 1 Nr. 3 DNG-RefE gänzlich gestrichen wird.

Formulierungsvorschlag:

„§ 2 (Anwendungsbereich)

- (1) Dieses Gesetz gilt für Daten von Datenbereitstellern nach Absatz 2,*
- 1. die mit einem Zugangsrecht beansprucht werden können,*
 - 2. die aufgrund einer gesetzlichen Bereitstellungspflicht bereitgestellt werden oder*
 - 3. die von **öffentlichen Stellen** freiwillig **einer unbegrenzten Öffentlichkeit** bereitgestellt werden. **Daten werden insbesondere dann nicht freiwillig einer unbegrenzten Öffentlichkeit bereitgestellt, wenn***
 - a. sie auf Grund individueller Vereinbarung mit einem Dritten geteilt werden oder*
 - b. sie innerhalb eines Konzerns weitergegeben werden.*

Für öffentliche Unternehmen gilt dieses Gesetz nur, falls diese die Nutzung der

Daten erlauben.

(2-5) [...]“

d) §§ 2 Abs. 2; 3 Nr. 1, 2 DNG-RefE (Eigenschaft als Datenbereitsteller als Voraussetzung für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs)

Nach § 2 Abs. 1 DNG-RefE gilt das DNG-RefE nur für Datenbereitsteller nach Abs. 2. Datenbereitsteller sind demnach insbesondere öffentliche Stellen (§ 3 Nr. 1 DNG-RefE) und bestimmte öffentliche Unternehmen (§ 3 Nr. 2 DNG-RefE).

aa. Öffentliche Unternehmen, die auf den Gebieten der Wasserversorgung, Energieversorgung und des Verkehrs tätig sind (§§2 Abs. 2 Nr. 2; 3 Nr. 2 DNG-RefE)

Öffentliche Stellen waren schon bisher vom Anwendungsbereich des IWG erfasst; neu ist die Erstreckung auf öffentliche Unternehmen.

Der Verweis auf die Gebiete der Wasserversorgung und der Energieversorgung ist zunächst sehr weit und wenig aussagekräftig. Erst aus der Gesetzesbegründung wird klar, wie diese Gebiete genau zu verstehen sind. Dort wird ausgeführt, dass diese Bereiche so verstanden werden, wie es Art. 1 Abs. 1 lit. b PSI-Richtlinie vorzeichnet. Vom Anwendungsbereich erfasst sind demnach (auf den Gebieten der Wasser- und Energieversorgung) die Tätigkeitsbereiche der Richtlinie 2014/25/EU (bzw. der deutschen Umsetzungsnorm in § 102 GWB). Dieser Verweis sollte zur Klarstellung direkt in den Gesetzeswortlaut überführt werden. Für den Bereich der Wasser- und Energieversorgung könnte die Norm wie folgt lauten:

„(2) Datenbereitsteller im Sinne des Absatz 1 sind

...

2. öffentliche Unternehmen, die auf den Gebieten der

a. Wasserversorgung im Sinne der Richtlinie 2014/25/EU,

b. Energieversorgung im Sinne der Richtlinie 2014/25/EU und

c. des Verkehrs im Sinne [...]

tätig sind.“

Der VKU fordert eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut des DNG, welche Tätigkeiten genau unter die Wasser- und Energieversorgung bzw. unter den Begriff „Verkehr“ fallen.

bb. Überschneidungen von öffentlichen Stellen und öffentlichen Unternehmen

Das Tatbestandsmerkmal "nichtgewerblich" grenzt die öffentlichen Stellen von den öffentlichen Unternehmen ab.¹ Nicht angesprochen in dem DNG-RefE wird jedoch, welche Regeln gelten, wenn es sich um eine juristische Person handelt, die teilweise gewerbliche, teilweise nichtgewerbliche Aufgaben wahrnimmt. Ob hier die Regeln für öffentliche Stellen oder für öffentliche Unternehmen gelten oder jeweils nach Tätigkeitsfeld unterschieden werden muss, sollte in der Gesetzesbegründung geklärt werden. Dies gilt ebenfalls für die Frage welche Regeln gelten, wenn ein öffentliches Unternehmen teilweise die besonderen Tätigkeiten nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 DNG-RefE wahrnimmt und teilweise außerhalb dessen tätig wird. Es bietet sich an, hier auf die entsprechenden Grundsätze aus dem Vergaberecht zu verweisen.

Der VKU fordert eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung, welche Regeln für Unternehmen gelten, die teilweise gewerbliche und teilweise nichtgewerbliche Aufgaben wahrnehmen. Gleiches gilt für die Frage was gilt, wenn öffentliche Unternehmen teilweise Tätigkeiten innerhalb der Bereiche des § 2 Abs. 2 Nr. 2 DNG-RefE wahrnehmen und teilweise außerhalb dessen tätig sind. Es bietet sich an, hier auf die entsprechenden Grundsätze aus dem Vergaberecht zu verweisen.

e) § 2 Abs. 3 DNG-RefE (Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Gesetzes)

aa. § 2 Abs. 3 Nr. 1 lit. g DNG-RefE (vertrauliche Informationen über den Schutz kritischer Infrastrukturen)

In dieser Norm wird auf vertrauliche Informationen über den Schutz von kritischen Infrastrukturen verwiesen und diese Daten vom Anwendungsbereich des DNG-RefE ausgenommen. Unklar ist, wann die Voraussetzungen dieser Norm vorliegen.

Aus der PSI-Richtlinie (Erwägungsgrund 26) ergibt sich, dass hiermit wohl kritische Infrastrukturen im Sinne der Richtlinie 2008/114/EG und wesentliche Dienste im Sinne der Richtlinie (EU) 2016/1148 (NIS-Richtlinie) gemeint sind. Allerdings besteht in Deutschland mit dem IT-Sicherheitsgesetz (umgesetzt im BSIG, dem EnWG, dem TKG und weiteren Gesetzen) eine erweiterte Definition des Begriffs der kritischen Infrastrukturen (§ 2 Abs. 10 BSIG i.V.m. BSI-Kritisverordnung).

Es sollte im Gesetzestext und in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, welche Definition der kritischen Infrastruktur hier gemeint ist. Da der deutsche Gesetzgeber bestimmte Infrastrukturen im Vergleich zu den europäischen Vorgaben zusätzlich als kritische Infrastrukturen erfasst, sollte dies auch im deutschen DNG festgeschrieben

¹ Richter, IWG, 2018, § 2, Rn. 37.

werden. Der deutsche Gesetzgeber hat einen erhöhten Schutzbedarf erkannt und unterwirft diese Infrastrukturen weitergehenden Anforderungen. Es dürfen keine Wertungsunterschiede zwischen dem BSIG i.V.m. BSI-Kritisverordnung im Vergleich zum DNG auftreten. **Überdies sollte klargestellt werden, wann Informationen über diese kritischen Infrastrukturen „vertraulich“ im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 1 lit. g DNG-RefE sind.**

Formulierungsvorschlag:

„§ 2 - Anwendungsbereich

(1) [...]

(2) [...]

(3) *Dieses Gesetz gilt nicht für*

1. Daten

a-f) [...]

g) die aufgrund ihrer Eigenschaft als vertrauliche Informationen über den Schutz kritischer Infrastrukturen nicht oder nur eingeschränkt zugänglich sind.

Kritische Infrastrukturen sind kritische Infrastrukturen im Sinne der Richtlinie 2008/114/EG und wesentliche Dienste im Sinne der Richtlinie (EU) 2016/1148, sowie kritische Infrastrukturen des jeweils geltenden Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme.“

[...].

Ein Großteil der Mitglieder des VKU sind Betreiber kritischer Infrastrukturen. Für die Mitglieder des VKU ist deshalb Rechtssicherheit an dieser Stelle von großer Bedeutung. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass sowohl die NIS-Richtlinie, als auch das deutsche IT-Sicherheitsgesetz im Moment überarbeitet werden. Gerade der geplante erweiterte Anwendungsbereich des IT-Sicherheitsgesetz 2.0 macht eine Klärung des Anwendungsbereichs dringlich.

bb. § 2 Abs. 3 Nr. 2 lit. a DNG-RefE (Anwendbarkeit auf Daten von öffentlichen Unternehmen nur in bestimmten Bereichen)

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 lit. a DNG-RefE nimmt Daten öffentlicher Unternehmen vom Anwendungsbereich aus, die nicht im Rahmen der Tätigkeit nach Absatz 2 Nummer 2 oder 3 erstellt wurden. Positiv ausgedrückt bedeutet dies, dass Daten von öffentlichen Unternehmen nur dann in den Anwendungsbereich des DNG-RefE fallen, wenn es sich um Daten auf dem Gebiet der Wasserversorgung, Energieversorgung oder im Bereich des Verkehrs (bzw. von medizinischen Einrichtungen) handelt. Zwar ist die doppelte Verneinung durch die PSI-Richtlinie vorgegeben. Allerdings sollte im DNG-RefE eine positive Formulierung gewählt werden. Dies erhöht die Lesbarkeit und führt zu deutlich mehr Klarheit über den Anwendungsbereich.

cc. § 2 Abs. 3 Nr. 2 lit. b DNG-RefE (Ausnahme für Daten öffentlicher Unternehmen, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind)

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 lit. b DNG-RefE setzt Art. 1 Absatz 2 lit b der PSI-Richtlinie um, fügt allerdings den Halbsatz „...und deren Nutzung zu einem Wettbewerbsnachteil führt.“ an. Die Bedeutung dieses Halbsatzes geht über die PSI-Richtlinie hinaus und führt tendenziell zu einer engeren Auslegung dieser Ausnahmegvorschrift.

Der VKU fordert, diesen über die PSI-Richtlinie hinausgehenden Halbsatz zu streichen.

f) § 5 DNG-RefE (Diskriminierungsverbot)

Nach § 5 DNG-RefE müssen die Bedingungen für die Datennutzung nichtdiskriminierend sein. Damit soll Art. 11 Abs. 1 PSI-Richtlinie umgesetzt werden. Nach Art. 11 Abs. 1 PSI-Richtlinie müssen die Bedingungen für die Weiterverwendung von Dokumenten für vergleichbare Kategorien der Weiterverwendung nichtdiskriminierend sein.

Der Zusatz der vergleichbaren Kategorien fehlt im deutschen DNG-RefE und sollte wie folgt ergänzt werden:

„§ 5 – Diskriminierungsverbot

Die Bedingungen für die Datennutzung müssen für vergleichbare Kategorien nicht-diskriminierend sein.“

Diese Einschränkung ergibt sich für das DNG nur aus der Gesetzesbegründung, sollte jedoch zur eindeutigen Regelung auch in den Gesetzeswortlaut Eingang finden.

Überdies sollten über die in der Gesetzesbegründung genannte Unterscheidung zwischen kommerzieller Nutzung und nicht kommerzieller Nutzung weitere Kategorien genannt werden, nach denen man im Hinblick auf die Bedingungen für die Datennutzung unterscheiden kann. Zur Förderung der lokalen Wirtschaft wäre z.B. eine Unterscheidung danach angezeigt, ob die Daten der lokalen/regionalen Wertschöpfung dienen oder nicht.

g) § 6 DNG-RefE (Ausschließlichkeitsvereinbarungen)

§ 6 Abs. 1 DNG-RefE regelt das grundsätzliche Verbot von Ausschließlichkeitsvereinbarungen. Allerdings bezieht sich dies nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf Daten, „die in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen“. Somit muss zwingend der Anwendungsbereich nach § 2 DNG-RefE eröffnet sein.

Der VKU geht davon aus, dass Daten von öffentlichen Unternehmen, die nur einer begrenzten Öffentlichkeit freiwillig bereitgestellt werden, nicht in den Anwendungsbereich

des DNG fallen (siehe Anmerkungen zu § 2 DNG-RefE). Somit unterliegen aus Sicht des VKU Daten, die nur einzelnen Dritten freiwillig bereitgestellt werden, gerade nicht dem Verbot von Ausschließlichkeitsvereinbarungen.

In der Gesetzesbegründung sollte insoweit eine Klarstellung erfolgen. Daten, die freiwillig nur einzelnen Dritten bereitgestellt werden, sind nicht von dem Verbot von Ausschließlichkeitsvereinbarungen erfasst.

Geschieht dies nicht, könnte die Norm auch so interpretiert werden, dass sämtliche Ausschließlichkeitsvereinbarungen von öffentlichen Unternehmen über Daten von dem grundsätzlichen Verbot der Ausschließlichkeitsvereinbarungen erfasst sind.

§ 6 Abs. 5 DNG-RefE setzt Art. 12 Abs. 4, 5 PSI-Richtlinie um, verkürzt aber die Übergangsvorschriften für bestehende Ausschließlichkeitsvereinbarungen massiv. In der PSI-Richtlinie sind Übergangsvorschriften von 30 Jahren vorgesehen, das deutsche DNG-RefE verkürzt diese Fristen auf 10 bzw. 5 Jahre.

Der VKU fordert, die Regelungen zu den Übergangsfristen 1:1 aus der PSI-Richtlinie in das deutsche DNG-RefE zu übertragen. Die Übergangsfristen sollten einheitlich 30 Jahre betragen.

h) § 7 DNG-RefE (Verfügbare Formate, Metadaten)

Auch im Hinblick auf den Anwendungsbereich von § 7 Abs. 1 DNG-RefE muss klargestellt werden, dass diese Regeln nur für die Daten gelten, die unter den Anwendungsbereich im Sinne von § 2 DNG-RefE fallen. Auf die entsprechenden Ausführungen zu § 6 Abs. 1 DNG-RefE wird insoweit verwiesen.

Nach § 7 Abs. 4 DNG-RefE sind Metadaten zu maschinenlesbaren Daten soweit wie möglich und sinnvoll über das nationale Metadatenportal GovData zur Verfügung zu stellen. Unklar ist jedoch, wer Zugriff auf die Daten auf diesem Portal hat. Insbesondere scheint es nicht ausgeschlossen, dass auch Unternehmen außerhalb Europas auf diese Daten zugreifen (mit entsprechenden Konsequenzen für die europäische Wettbewerbsfähigkeit und die europäische Sicherheit). Es sollte eine Klarstellung erfolgen, wer auf diese Daten zugreifen darf.

i) § 8 DNG-RefE (Dynamische Daten)

Ebenso muss auch im Hinblick auf den Anwendungsbereich von § 8 Abs. 1 DNG-RefE klargestellt werden, dass diese Regeln nur für die Daten gelten, die unter den Anwendungsbereich im Sinne von § 2 DNG-RefE fallen. Auf die entsprechenden Ausführungen zu § 6 Abs. 1 DNG-RefE wird insoweit verwiesen.

Laut Gesetzesbegründung dient § 8 DNG-RefE der Umsetzung von Art. 5 Abs. 5, 6 PSI-Richtlinie. Zu beachten ist jedoch, dass die PSI-Richtlinie in diesen Normen nur die öffentlichen Stellen, nicht jedoch die öffentlichen Unternehmen als Adressaten aufführt. Die Anwendbarkeit auf öffentliche Unternehmen folgt aus Art. 5 Abs. 7 PSI-RL, der jedoch voraussetzt, dass die öffentlichen Unternehmen die Daten gemäß Art. 3 Abs. 2 PSI-RL zur Weiterverwendung freigeben (siehe hierzu die Ausführungen unter § 2 DNG-RefE).

j) § 9 DNG-RefE (Hochwertige Daten)

Auch im Hinblick auf den Anwendungsbereich von § 9 Abs. 1 DNG-RefE muss klargestellt werden, dass diese Regeln nur für die Daten gelten, die unter den Anwendungsbereich im Sinne von § 2 DNG-RefE fallen. Auf die entsprechenden Ausführungen zu § 6 Abs. 1 DNG-RefE wird insoweit verwiesen. Insbesondere ist hier eine Klarstellung nötig, da dieser Punkt schon im europäischen Gesetzgebungsverfahren nicht ganz klar kommuniziert wurde und es hier unter den Mitgliedern des VKU eine hohe Unsicherheit gibt. Große Teile der Fachöffentlichkeit gehen fälschlicherweise ebenfalls noch immer davon aus, dass in Bezug auf hochwertige Daten ein Zugangsrecht statuiert wird.

k) §§ 10, 11 DNG-RefE (Grundsätze der Unentgeltlichkeit; Bemessung der Entgelthöhe)

Die Grundsätze der Unentgeltlichkeit und die Bemessung der Entgelthöhe sind (wie schon in der PSI-Richtlinie) sehr unübersichtlich geregelt. Das Verständnis des VKU hierzu ist wie folgt:

Zunächst wird in § 10 Abs. 1 S. 1 DNG-RefE der Grundsatz der unentgeltlichen Nutzung aufgestellt. Hinsichtlich des „Anwendungsbereichs“ wird auf die entsprechenden Ausführungen in § 6 Abs. 1 DNG-RefE verwiesen. In § 10 Abs. 1 S. 2 DNG-RefE wird von der durch Art. 6 Abs. 1 PSI-Richtlinie gegebenen Möglichkeit der Mitgliedstaaten Gebrauch gemacht, die Erhebung von bestimmten Grenzkosten zu ermöglichen. Dies begrüßt der VKU. Allerdings sollte in Nr. 3 hinter dem Wort „Geschäftsinformationen“ ein Absatz gemacht werden, da sich die Wörter „zu verlangen“ auf den gesamten § 10 Abs. 1 S. 2 DNG-RefE beziehen.

§ 10 Abs. 2 DNG-RefE soll Art. 6 Abs. 2 PSI-Richtlinie umsetzen. Aus Sicht des VKU sollte dieser Absatz jedoch wie folgt angepasst werden:

„(2) Ausnahmsweise findet Absatz 1 Satz 1 keine Anwendung auf:

- 1. [...]*
- 2. [...]*
- 3. [...]*

Die Bemessung der Entgelthöhe richtet sich in diesem Fall nach § 11.“

Aus Sicht des VKU muss der Verweis auf den gesamten Absatz 1 gehen und nicht nur auf Absatz 1 Satz 1. Hintergrund ist, dass auch die PSI-Richtlinie hier auf den gesamten Absatz 1 verweist. Dies ist auch logisch, da § 10 Abs. 1 S. 2 DNG-RefE für sich genommen keinen Sinn macht und „in der Luft hängt“; er bezieht sich auf § 10 Abs. 1 S. 1 DNG-RefE und schränkt den Grundsatz der Kostenfreiheit für bestimmte Arten von Grenzkosten allgemein ein (gleiches gilt für den Verweis in § 10 Abs. 3 DNG-RefE). Das für die in § 10 Abs. 2 Nr. 1 – 3 DNG-RefE genannten Fälle die Erhebung von Grenzkosten möglich ist, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 11 DNG-RefE (der dem Art. 6 Abs. 4, 5 PSI-Richtlinie nachgebildet ist). Um diesen Zusammenhang deutlicher zu machen, sollte ein Verweis auf § 11 vorgenommen werden. Ansonsten bleibt an dieser Stelle unklar, welche Grundsätze für die Entgelthöhe hier gelten.

§ 10 Abs. 3 DNG-RefE nimmt hochwertige Datensätze und Forschungsdaten von den allgemeinen Regeln der §§ 10, 11 DNG-RefE aus. Für § 11 DNG-RefE ergibt sich dies dadurch, dass für dessen Anwendbarkeit ein Fall des § 10 Abs. 2 DNG-RefE vorliegen muss, den § 10 Abs. 3 DNG-RefE gerade ausschließt. Dies sollte klarer geregelt werden. Vorgeschlagen wird deshalb ein zusätzlicher § 11a DNG-RefE. Dieser könnte wie folgt lauten:

„§ 11a – Sonderregeln für hochwertige Datensätze und Forschungsdaten

- (1) § 10 und § 11 finden keine Anwendung auf hochwertige Datensätze sowie Forschungsdaten. Deren Nutzung ist kostenfrei.*
- (2) Abweichend von Abs. 1 Satz 1 richten sich die Entgelte für hochwertige Datensätze von öffentlichen Unternehmen nach Art. 13 und 14 der Richtlinie (EU)2019/1024 und der aufgrund dieser Artikel zu erlassenden Durchführungsrechtsakte (Art. 14 Abs. 3 Richtlinie (EU)2019/1024).*
- (3) Für öffentliche Stellen, die Einnahmen erzielen müssen, um einen wesentlichen Teil ihrer Kosten bei der Wahrnehmung ihres öffentlichen Auftrags zu decken, und bei denen sich die unentgeltliche Bereitstellung hochwertiger Datensätze wesentlich auf ihren Haushalt auswirkt, gilt die Unentgeltlichkeit der Nutzung hochwertiger Datensätze spätestens zwölf Monate nach dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes].“*

Der § 11a Abs. 2 DNG-RefE stellt klar, wonach sich die Entgelte im Fall von hochwertigen Datensätzen von öffentlichen Unternehmen richten. Diese werden in den Durchführungsrechtsakten festgelegt. Durch den Verweis (auch auf) Art. 14 Abs. 3 PSI-Richtlinie wird klargestellt, dass die kostenlose Verfügbarkeit hochwertiger Datensätze nicht für bestimmte hochwertige Datensätze im Besitz öffentlicher Unternehmen gilt, wenn dies zu einer Verfälschung des Wettbewerbs auf den betreffenden Märkten führen würde.

Der § 11a Abs. 3 RefE entspricht dem bisherigen § 10 Abs. 4 RefE. Da dieser auch Aussagen zu hochwertigen Datensätzen trifft, sollte eine einheitliche Regelung in § 11a DNG-RefE erfolgen.

Insgesamt sollte angedacht werden, die Regeln zu hochwertigen Datensätzen (siehe auch § 9 DNG-RefE) zwecks Übersichtlichkeit und Widerspruchsfreiheit in einer separaten Norm zu regeln.

Der VKU fordert eine Anpassung der Regeln zur Entgelthöhe in den §§ 10, 11 DNG-RefE. Insbesondere sollten die Regeln in Bezug auf die hochwertigen Datensätze separat geregelt werden.

VKU-Ansprechpartner

Dr. Andreas Zuber | Geschäftsführer Abt. Recht, Finanzen und Steuern | 030.58580-130 | zuber@vku.de

Wolf Buchholz | Referent Recht der Digitalisierung | 030.58580-317 | buchholz@vku.de