



Dr. Heiko Richter

Dipl.-Kfm., LL.M. (Columbia)

Wissenschaftlicher Referent

heiko.richter@ip.mpg.de
+49 89 24246-423

Andreas Hartl
(Referat KI1, BMWi)

Eileen Fuchs
(Referat DG I 1, BMI)

München, den 12. Januar 2021

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des E-Government-Gesetzes und zur Einführung des Gesetzes für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors vom 17.12.2020

Für die Übersendung des gemeinsamen Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des E-Government-Gesetzes und zur Einführung des Gesetzes für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors vom 17.12.2020 bedanke ich mich herzlich und nehme gerne zu dem Vorhaben im Folgenden Stellung. Dabei vertrete ich meine persönliche Auffassung.

Das Gesetzgebungsvorhaben dient der Fortschreibung der Open-Data-Regelung des Bundes (§ 12a EGovG) sowie der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20. Juni 2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors in einem Datennutzungsgesetz (DNG). Dabei erscheinen die rechtspolitischen Ambitionen („den Bund als Vorreiter und Treiber einer verstärkten Datenbereitstellung und Datennutzung zu etablieren“¹) hoch. Der vorgelegte Entwurf wird diesen selbst gesetzten, und in der Sache begrüßenswerten Zielen, nicht wirklich gerecht. Zum einen geht er über die verpflichtend umzusetzenden Vorgaben der Richtlinie (EU) 2019/1024 so gut wie nicht hinaus. Zum anderen ist die Reform des § 12a EGovG schon in ihrem erstmaligen Erlass 2017 angelegt und bleibt in wesentlichen Punkten – gerade im Angesicht der bisherigen enttäuschenden Umsetzungserfahrung in der Praxis – hinter seinen Möglichkeiten zurück.

Zu begrüßen ist aber, dass das Versendungsschreiben dezidiert offenbart, wo Unsicherheit herrscht. Es wäre wünschenswert, dass Einigkeit erzielt wird und nicht in

¹ Siehe Gesetzesbegründung, S. 1.

wesentlichen Punkten Unklarheiten verbleiben, die sich dann in dysfunktionaler Gesetzgebung niederschlagen oder dem Rechtsweg überantwortet werden. Insofern kann das Beteiligungsverfahren als ein konstruktiver Zwischenschritt auf dem Weg gesehen werden, der am Ende hoffentlich zum erfolgreichen Abschluss einer gesellschaftlich bedeutsamen und ambitionierten Novelle führt. Nicht unerwähnt soll dabei die Realität bleiben, welche die Informationsgesetzgebung in Deutschland traditionell umgibt: Bezeichnend für sie ist Fragmentierung, Föderalismus, unionsrechtliche Überformung, gerade im Sektorenrecht, und nicht zuletzt die Arkantradition und der dahinterstehende, systemische Interessenkonflikt der öffentlichen Hand, ihre eigenen Informationen bereitzustellen und dem Publikum nutzbar machen zu müssen.

Nichtsdestotrotz hat sich in den letzten zehn Jahren in Deutschland (wenn auch maßgeblich durch die EU infolge der RL 2013/37/EU (PSI-Änderungsrichtlinie) und die G8-Open-Data-Charta initiiert) einiges geändert.² Auch wenn man noch weit von einem ganzheitlichen und kohärenten Informations- bzw. Datenrecht in Deutschland entfernt ist,³ haben der Bund und einige Bundesländer in jüngerer Zeit Open-Data-Bestimmungen erlassen.⁴ Mittlerweile stellt sich so die Situation eher dergestalt dar, dass es weniger an Gesetzen mangelt als vielmehr an deren gegenseitigen Abstimmung und Anschlussfähigkeit sowie an einer effektiven Prioritätensetzung auf operativer Ebene und der Ausstattung der Behörden mit den zur Umsetzung notwendigen Mitteln.

Vor diesem Hintergrund beschränkt sich die Stellungnahme unter Berücksichtigung des derzeit datenpolitisch „Machbaren“ auf besonders relevante Aspekte für die Gesetzgebung. Nach einer Zusammenfassung der Kernaussagen und Empfehlungen (unter A.) widmet sich die Stellungnahme dem § 12a RefE-EGovG (unter B.) sowie im Anschluss dem RefE-DNG (unter C.).

A. Zusammenfassung der Kernaussagen und Empfehlungen

- § 12a Abs. 1 S. 2 RefE-EGovG sollte festschreiben, dass das Gesetz einen **Anspruch auf Bereitstellung** der Daten begründet (→ Rn. 4).
- § 12a sollte die **Folgen eines Verstoßes** gegen die normierten Pflichten klar benennen und eine verpflichtende **Evaluierung** vorsehen (→ Rn. 5).
- § 12a Abs. 9 RefE-EGovG sollte den benannten Open-Data-Koordinator bzw. Open-Data-Koordinatorin dazu verpflichten, eine über das Internet abrufbare

² Zur Entwicklung *Richter*, IWG, Einl. Rn. 4 ff.

³ Zu weitergehenden Vorschlägen, insbesondere zur Verzahnung mit Regelungen auf Zugang zu Daten privater Unternehmen, indes *Richter*, ZRP 2020, 245.

⁴ Vgl. zu Open-Data-Gesetzen die OpenDataV der Berliner Verwaltung vom 7.6.2020; § 16a des Gesetzentwurfs der Landesregierung NRW zur Änderung des E-Government-Gesetzes NRW, LT-Drs. 17/8795. Auf Bundesebene ferner § 12a EGovG, hierzu *Richter*, NVwZ 2017, 1408.

- Liste aller Datensätze** zu führen, die nach Ansicht der Behörde auf Grundlage des § 12a RefE-EGovG bereitzustellen sind (→ Rn. 6).
- Statt des Verweises auf die Ausnahmetatbestände im IFG sollte § 12a RefE-EGovG die **Ausnahmen** ausdrücklich normieren (→ Rn. 7).
 - § 12a Abs. 7 RefE-EGovG sollte vorsehen, dass die Behörde nach Möglichkeit auch von Dritten die **Einwilligung** zur Bereitstellung von Daten einholt, wenn die Dritten der Behörde die Daten überlassen (→ Rn. 7).
 - Die **Verordnungsermächtigung** des § 12a Abs. 12 RefE-EGovG sollte klarstellen, dass relevante Stakeholder (insbesondere auch Nutzer) in den Prozess zum Erlass und zukünftigen Änderungen der Verordnung einbezogen werden (→ Rn. 8).
 - Weitere **redaktionelle Korrekturen** erscheinen in Bezug auf § 12a RefE-EGovG notwendig (→ Rn. 9 f.).
-
- Das **Datennutzungsgesetz (DNG)** soll das Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) ablösen und setzt die Vorgaben der Richtlinie (EU) 1024/2019 in deutsches Recht um. Die innovations- und wettbewerbspolitische **Bedeutung** des Gesetzes ist **hoch** (→ Rn. 12).
 - Die **Umbenennung** des IWG in DNG und das Anknüpfen des Gesetzes an Daten und Nutzung statt an Informationen und Weiterverwendung ist aus dogmatischer Perspektive zu beanstanden. Die materiell-rechtliche Rechtslage wird dadurch nicht geändert. Aus pragmatischer Sicht sind aber keine negativen Auswirkungen auf die Rechtsanwendung zu befürchten (→ Rn. 13).
 - Die Modernisierung des IWG in Gestalt des DNG ist zu begrüßen. Zur **Kritik** geben aber insbesondere folgende Punkte Anlass: Der RefE-DNG geht fast nicht über die Mindestvorgaben der Richtlinie hinaus; verschiedene Regeln der Richtlinie sind nicht oder nicht richtlinienkonformen umgesetzt; die Gesetzesbegründung erscheint lückenhaft und das Gesetz aus sich heraus nicht vollends verständlich (→ Rn. 14 f.).
 - Mit Blick auf das **Verhältnis zwischen § 12a RefE-EGovG und dem RefE-DNG** ist das DNG ist prinzipiell auf sämtliche nach § 12a RefE-EGovG bereitgestellte Daten anwendbar. Welche Rechtsfolgen gelten, richtet sich nach der Unberührtheitsklausel des § 2 Nr. 4 RefE-DNG. In den meisten Fällen besteht wegen § 12a Abs. 6 RefE-EGovG kein Bedarf, auf das DNG zurückzugreifen. Bedeutsam bleibt das DNG insbesondere für die Weiterverwendung in anderen als nach § 12a RefE-EGovG bereitgestellten Formaten. Außerdem ist eine bessere Abstimmung der Vorgaben des § 12a Abs. 4 RefE-EGovG zu den zwingenden – da unionsrechtlich vorgegebenen – Maßgaben zu dynamischen Daten nach § 8 RefE-DNG erforderlich (→ Rn. 16 ff.).

- Der RefE-DNG sollte auch **private Unternehmen**, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erbringen, in seinen Anwendungsbereich einbeziehen. Außerdem sollte er der Empfehlung der Richtlinie folgen, Unternehmen nicht vom Anwendungsbereich auszunehmen, die nach Art. 34 der RL 2014/25/EU dem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt sind. Zumindest sollte der Gesetzgeber begründen, warum er hier die Anregungen der Richtlinie nicht beherzigt (→ Rn. 19).
- Der Entwurf sollte zumindest in Bezug auf solche **öffentlichen Unternehmen**, die im Wettbewerb stehen oder angreifbare Monopolstellungen einnehmen, den modifizierten Grundsatz der Datennutzung nach § 4 Abs. 2 RefE-DNG zuteilwerden lassen (→ Rn. 20).
- Die Einbeziehung **medizinischer Einrichtungen** in den Anwendungsbereich des RefE-DNG fügt sich nicht ohne Weiteres in das Gesetz ein, weil es auch rein private Einrichtungen erfasst (→ Rn. 21). Das Gesetz übernimmt hier die Definition nach § 2 KHG und sollte entsprechend von Krankenhäusern sprechen oder die Entlehnung der Definition zumindest kenntlich machen (→ Rn. 22). Es ist mangels Bestandsaufnahme und Weite des Anwendungsbereiches des Gesetzes unklar, welche Daten insbesondere auch von privaten Krankenhäusern das Gesetz erfassen würde. Neben diesem Rechtsfertigungsdefizit steht die Vermutung, dass zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels ohnehin erst einmal Zugangsrechte bzw. Bereitstellungspflichten im einschlägigen Fachrecht normiert werden müssten (→ Rn. 23). Was die Konstruktion des RefE-DNG in Bezug auf medizinische Einrichtungen anbelangt, bleibt unklar und erscheint im Ergebnis rein willkürlich, welche Rechtsfolgen der RefE-DNG für medizinische Einrichtungen vorsieht. Im Ergebnis behandelt der RefE-DNG (wohl ungewollt) private medizinische Einrichtungen deutlich schlechter als öffentliche. Hier ist dringend Nachbesserung geboten (→ Rn. 24).
- Der RefE-DNG sollte – den Vorgaben der RL (EU) 2019/1024 entsprechend – klarstellen, dass **Forschungsdaten** i.S.d. RefE-DNG von sämtlichen für öffentliche Stellen geltenden Regelungen erfasst sind (→ Rn. 25). Anzupassen sind aus redaktionellen Gründen ferner die Verweise in § 2 Abs. 3 Nr. 6 und 7 sowie in § 3 Nr. 11 RefE-DNG (→ Rn. 26).
- Es steht rechtlich außer Frage, dass **Registerdaten** vom RefE-DNG erfasst werden können. Dies kann aufgrund der unionsrechtlich bindenden Vorgaben auch nicht im Gesetz ausgeschlossen werden (→ Rn. 27). Sofern ein Register, das personenbezogene Daten enthält uneingeschränkt zugänglich ist und die in solchen Registern enthaltenen Daten nicht aus anderen Gründen unter die im RefE-DNG verankerten Ausnahmetatbestände zu subsumieren sind, ist das DNG auf die Weiterverwendung der Registerinformationen anwendbar. Die Subsumtion ist eine Frage des konkreten Falles. Das Datenschutzrecht kann dann aber für die Weiterverwendung nach dem DNZ Einschränkungen gebieten. Der Gesetzgeber sollte hier in der Gesetzesbegründung diejenigen

Register benennen, die seiner Auffassung nach auf jeden Fall in den Anwendungsbereich des RefE-DNG fallen (→ Rn. 28 f.).

- Das DNG kann auf **personenbezogene Daten** anwendbar sein, die Reichweite richtet sich aber nach dem Datenschutzrecht. Der RefE-DNG stellt keine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten dar, soweit diese über die Anonymisierung von Daten zum Zwecke der Weiterverwendung hinausginge (→ Rn. 30 f.). § 4 Abs. 2 RefE-DNG dient der Auflösung von Wertungskonflikten mit dem in § 4 Abs. 1 geregelten Weiterverwendungsgrundsatz (→ Rn. 32).
- Es wird mit Blick auf § 2 Abs. 3 Nr. 1 c) RefE-DNG empfohlen, den Ausnahmetatbestand zum **geistigen Eigentum** folgendermaßen zu fassen: „soweit der Schutz des geistigen Eigentums Dritter entgegensteht“ (→ Rn. 33). Außerdem sollte der Gesetzgeber die Novelle dazu zu nutzen, eine Gemeinfreiheit sämtlicher Datenbanken öffentlicher Stellen festzuschreiben (→ Rn. 34).
- Der RefE-DNG **vernachlässigt den Wettbewerbsschutz** als Ziel der maßgeblichen RL (EU) 2019/1024. Dies betrifft sowohl die ausdrückliche Zielbestimmung (→ Rn. 35) sowie die richtlinienwidrige Nichtumsetzung des Art. 11 Abs. 2 RL (EU) 2019/1024 (→ Rn. 42), die richtlinienwidrige Streichung des Ausnahmetatbestandes des § 1 Abs. 2 Nr. 3 IWG (nunmehr auf Grundlage von Art. 1 Abs. 2 lit. a RL (EU) 2019/1024) (→ Rn. 40). Hier ist dringend Nachbesserung geboten.
- Ein **eigenständiger § 1 Abs. 3** sollte klarstellen, dass das Gesetz weder eine Bereitstellungspflicht noch ein Recht auf Zugang zu Daten begründet. Der Titel des § 1 ließe sich etwa „Zweck und Reichweite des Gesetzes, Prinzip der offenen Daten“ fassen (→ Rn. 36).
- **§ 2 sollte im Aktiv formulieren**, dass Datenbereitsteller die Daten aufgrund einer gesetzlichen Pflicht oder freiwillig bereitstellen (→ Rn. 37). Der in § 2 Abs. 2 eingeführte Begriff des Datenbereitstellers sollte im Gesetz im Übrigen auch verwendet werden (→ Rn. 38).
- Die **Ausnahme** des § 2 Abs. 3 Nr. 1 h) RefE-DNG ist mit Blick auf den Verweis auf **Geodaten richtlinienwidrig** (→ Rn. 39).
- Die **Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 IWG** hat tragende Bedeutung für den wettbewerbsbezogenen Ordnungsrahmen und muss auf Grundlage von Art. 1 Abs. 2 lit. a RL (EU) 2019/1024 umgesetzt werden. Dem kommt der RefE-DNG nicht nach (→ Rn. 40).
- „Rechte der Datennutzung öffentlicher Stellen“ in **§ 2 Abs. 4** müssten sich auf „weitergehende Rechte zur Nutzung von Daten von Datenbereitstellern“ beziehen (→ Rn. 41).
- Der RefE-DNG setzt **Art. 11 Abs. 2** nicht um (anders als § 3 Abs. 1 IWG) und weist deswegen ein **Umsetzungsdefizit** auf (→ Rn. 42).

- § 7 Abs. 2 RefE-DNG müsste „**anerkannter, offener Standard**“ heißen (vgl. § 3 Nr. 8 RefE-DNG). Es wäre wünschenswert, wenn die Gesetzesbegründung die Begriffe „möglich“ und „sinnvoll“ in § 7 Abs. 4 RefE-DNG konkretisiert (→ Rn. 43).
- Die nach § 10 Abs. 2 RefE-DNG von der **Bundesnetzagentur (BNetzA)** geführte Liste sollte im Internet öffentlich zugänglich sein. Sinnvoll wäre es, hier die Position der BNetzA noch zu stärken und ihr zumindest auch die nach § 6 Abs. 4 RefE-DNG betroffenen Vorkehrungen zu melden (→ Rn. 44).

B. Zu Artikel 1 (§ 12a RefE-EGovG)

I. Allgemeine Anmerkungen

1. Die **Erweiterung** der Regelung auf die mittelbare Bundesverwaltung sowie die Erstreckung auf Forschungsdaten sind rechtspolitisch **zu begrüßen**. Der Entwurf schlägt hier nun den Weg ein, der zum erstmaligen Erlass des Gesetzes 2017 angedacht, aber noch nicht beschritten wurde.⁵
2. Allerdings liegt das **Problem** bei der Open-Data-Regelung des Bundes nach § 12a EGovG erfahrungsgemäß weniger in den gesetzlichen Vorgaben als vielmehr in der bisher lediglich sporadischen **Umsetzung durch die einzelnen Behörden**. Hier offenbart ein Gesamtblick einen ernüchternden Befund, für den die zurückhaltende Teilnahmebereitschaft der Bundesbehörden an der Evaluation als besonders symbolträchtig im Gedächtnis bleibt.⁶ Das Thema Open Data scheint in der überwiegenden Zahl von Bundesbehörden noch weit davon entfernt, mit der gesellschafts- und datenpolitisch wünschenswerten Verve verfolgt zu werden.
3. Vor diesem Hintergrund ist zwar sehr zu begrüßen, dass der RefE durch verpflichtende organisatorische Vorkehrungen (gem. § 12a Abs. 6 RefE-EGvoG muss jede Behörde einen Open-Data-Koordinator oder einer Open-Data-Koordinatorin benennen) nunmehr Abhilfe zu schaffen sucht. Allerdings bleibt das entscheidende **Manko** des Entwurfs, dass er weiterhin keine Mechanismen zur **Durchsetzung** der Pflichten normiert. Außerdem ist der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes dermaßen unbestimmt, dass es für die einzelnen Behörden schwer sein mag zu ermitteln, welche konkreten Datensätze sie nach § 12a RefE-EGovG tatsächliche bereitstellen müssen.

⁵ Zum Hintergrund *Richter*, NVwZ 2017, 1408.

⁶ Siehe den Rücklauf von lediglich 53 Behörden (von geschätzt über 300 betroffenen Behörden), von denen wiederum nur 26 % angeben (d.h. also 14 Stellen), dass das Inkrafttreten des Open-Data-Gesetzes nach ihrer Einschätzung dazu geführt hat, dass mehr Daten bereitgestellt werden, BT-Drs. 19/14140, S. 20.

II. Einzelne Aspekte

Mangelnde Durchsetzbarkeit

4. § 12a RefE-EGovG normiert eine rein objektiv öffentlich-rechtliche Pflicht an die Bundesbehörden. Gleichzeitig schließt § 12a Abs. 1 S. 2 RefE-EGovG weiterhin einen Anspruch auf Bereitstellung (also: ein Individuum kann Bereitstellung an alle verlangen) aus.⁷ Dies ist bedauerlich, denn ein **subjektives Recht zur Bereitstellung** stellt ein zentrales Mittel dar, den Regelungsgehalt zu effektuieren, indem die Geltendmachung des Rechts öffentliche Stellen an ihre Verpflichtungen binden kann. Außerdem wirken Bereitstellungsansprüche der Gefahr einer selektiven, selbstbegünstigenden Datenbereitstellung der öffentlichen Hand entgegen.⁸ Darüber hinaus sind Ansprüche auf Bereitstellung auch ein Mittel, um der konkret bestehenden Informationsnachfrage den Weg zu bereiten. Ansprüche auf Bereitstellung sind somit systemisch bedeutsam, sodass es nicht darauf ankommt, inwiefern sie in der Praxis auch tatsächlich geltend gemacht werden – maßgeblich ist allein die Existenz des Anspruchs, um die öffentliche Hand im Vorfeld zur Transparenz und Effektivität anzuhalten. Der Entwurf greift insofern schon länger bekannte Erkenntnisse und Forderungen nicht auf.⁹
5. Auch **weitere Durchsetzungsmechanismen** sind nicht erkennbar. So bleibt unklar, was eine Nichterfüllung der Pflichten für die entsprechende Behörde zur Folge hat. Im Gegensatz zum erstmaligen Erlass des § 12a EGovG ist nun auch keine **Evaluierungspflicht** mehr verankert, wonach die Bundesregierung über die erzielten Wirkungen berichten und Vorschläge zur Weiterentwicklung des Gesetzes unterbreiten muss.¹⁰ Dies erscheint allerdings angesichts des Befundes der ersten Evaluierung umso notwendiger.

Zum sachlichen Anwendungsbereich

6. Die Bundesbehörden müssen auf Grundlage des in § 12a RefE-EGovG definierten Anwendungsbereichs für sich selbst einschätzen, welche ihrer Datensätze unter die Bereitstellungspflicht fallen. Sie müssen hierfür unter Umständen für die entsprechende Aufarbeitung und Bereitstellung Prioritäten setzen. Wünschenswert erscheint mit Blick auf die Selbstbindung und Transparenz des Behördenhandelns sowie die Auffindbarkeit der Datensätze, dass jede Behörde in einer **öffentlich zugänglichen Übersicht** benennen muss, **welche Datensätze** sie nach ihrer Auffassung auf Grundlage von § 12a RefE-EGovG bereitzustellen hat.

⁷ Vgl. in Deutschland etwa die Regelungen der Länder: § 1 Abs. 2 HmbTG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 LTranspG, § 1 Abs. 1 BremIFG.

⁸ Hierzu *Richter*, UFITA 2019, 196.

⁹ Vgl. *Richter/Hilty*, MPI Stellungnahme ThürTG vom 23.1.2019, Rn. 17; *Wiebe*, Open Data in Deutschland und Europa, 2020, S. 49 f., und auch mit weiteren Reformvorschlägen.

¹⁰ So noch Artikel 2 des Ersten Gesetzes zur Änderung des E-Government-Gesetzes v. 5.7.2017, BGBl. I 2017, S. 2206.

Dies wäre als eine **Aufgabe für den Open-Data-Koordinator bzw. die Open-Data-Koordinatorin** zu definieren.

7. Der **Pauschalverweis auf die Ausnahmen der §§ 3, 4, 6 IFG ist problematisch**, da er eine hypothetische Überprüfung der Voraussetzungen nach dem IFG erfordert.¹¹ Stattdessen sollte das Gesetz die **Ausnahmetatbestände ausdrücklich normieren**. Besonders komplex ist, wenn die Einwilligung des Betroffenen einen Informationszugang nach IFG eröffnen würde (die Einwilligung wird in § 6 IFG sowohl für das „Entgegenstehen“ des immaterialgüterrechtlichen Schutzes als auch für den Geschäftsgeheimnisschutz relevant). Sinnvoll wäre nicht zuletzt deswegen (und auch im Lichte der „Open-by-Design-Klausel“ des § 12a Abs. 7 RefE-EGovG) anzuordnen, dass die Behörde nach Möglichkeit auch die **Einwilligung zur Bereitstellung** mit der Überlassung der Daten von Dritten an die Behörde einholt, sodass sie die Daten unstreitig nach § 12a RefE-EGovG bereitstellen kann.

Zur Verordnungsermächtigung

8. Zu begrüßen ist, dass weitere semantische und technische Details nunmehr in einer Verordnung geregelt werden sollen (§ 12a Abs. 12 RefE-EGovG). Dies erscheint notwendig und – mit Blick auf andere Open-Data-Regime¹² – zeitgemäß. Letztlich handelt es sich bei den Vorgaben um eine effizienzsteigernde Standardisierung, die aber auch zu Pfadabhängigkeiten führen kann. Wegen dieser hohen Bedeutung ist ratsam, dass entsprechende **Stakeholder (insbesondere auch Nutzer) auch in den Prozess mit einbezogen werden**. Die Verordnungsermächtigung sollte diesen Grundsatz für das Verfahren entsprechend klarstellen.¹³

Redaktionelle Aspekte

9. **§ 12a Abs. 2 Nr. 3 RefE-EGovG** müsste statt „der unmittelbaren Bundesverwaltung“ „des Bundes“ lauten.
10. Mit Blick auf die Abstimmung auf die Terminologie zum RefE-DNG erscheint fragwürdig, ob ein Unterschied besteht zwischen „über öffentlich zugängliche Netze“ (§ 12a Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3 RefE-EGovG) und „**im Internet öffentlich zugänglich gemacht**“ (§ 6 Abs. 2, 4, § 12 Abs. 1 RefE-DNG). Außerdem müsste § 12a Abs. 6 konsequenterweise von „**Datennutzung**“ und nicht von „Weiterverwendung“ sprechen.

¹¹ Zur fragwürdigen Regelungskonstruktion *Richter*, NVwZ 2017, 1408, 1410.

¹² Vgl. etwa französische Regelungen nach dem LOI n° 2016-1321 pour une République numérique vom 7.10.2016. Vgl. hierzu *Schnieders* DÖV 2018, 175.

¹³ In diesem Sinne etwa auch das Konsultationserfordernis nach Art. 14 Abs. 2 RL (EU) 1024/2019.

C. Zu Artikel 2 (RefE-DNG)

I. Allgemeine Anmerkungen

11. Das Datennutzungsgesetz (DNG) soll das Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) ablösen. Es setzt die **Vorgaben der Richtlinie (EU) 1024/2019** in deutsches Recht um. Der ganz überwiegende Teil der im RefE-DNG verankerten Regelungen ist also unionsrechtlich zwingend vorgegeben. Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen steht daher nicht die Würdigung der unionsrechtlichen Vorgaben.¹⁴ Vielmehr liegt der Schwerpunkt auf den Fragen, inwiefern der RefE-DNG sich hier in das deutsche Informationsrecht einfügt, inwiefern der RefE-DNG in sich schlüssig und funktional ist, inwiefern der Ref-DNG die Vorgaben der Richtlinie umsetzt und inwiefern der RefE-DNG davon Gebrauch macht, über die Mindestvorgaben der Richtlinie hinauszugehen, und zwar dort, wo es geboten oder besonders sinnvoll erscheint.
12. Die innovations- und wettbewerbspolitische **Bedeutung des Gesetzes ist hoch**: Die Neufassung der **Richtlinie (EU) 1024/2019** hat die bisherige PSI-RL abgelöst und zielt darauf ab, die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors erheblich zu forcieren. So wurde der Anwendungsbereich deutlich erweitert, und verschiedene Regelungen wurden weiterverwendungsfreundlicher ausgestaltet. Insbesondere müssen öffentliche Stellen und öffentliche Unternehmen nunmehr „hochwertige Datensätze“ (was genau darunterfällt, muss die EU-Kommission noch definieren) nach Open-Data-Grundsätzen bereitstellen. Der Bundesgesetzgeber muss alle diesen Vorgaben umsetzen. Wie schon durch das IWG werden hierzu öffentliche Stellen und öffentliche Unternehmen auf sämtlichen Ebenen in Deutschland – und nicht nur solche des Bundes – verpflichtet. Somit verklammert das geplante DNG unzählige informationsbezogene Regelungen des Bundes, der Länder und der Kommunen. Angesichts dieser Universalität handelt es sich um eine „Verfassung“ für die Nutzung von Informationen der öffentlichen Hand, die den Anliegen der Informationsversorgung, der Innovationsförderung und dem Wettbewerbsschutz verpflichtet ist.
13. Das Vorhaben, **das IWG in DNG umzubenennen** ist aufgrund der Sperrigkeit des Begriffs „Informationsweiterverwendungsgesetz“ verständlich. In der Sache zieht das Anknüpfen an Daten und Nutzung keine materiell-rechtliche Änderungen der Rechtslage nach sich. Die im RefE-DNG normierten Legaldefinitionen in § 3 Nr. 4 (Daten) und § 3 Nr. 5 (Nutzung) entsprechen weitgehend den Vorgängerregelungen des § 2 Nr. 2 IWG (Information) und der § 2 Nr. 3 IWG (Weiterverwendung). Zusätzlich stellt die Begründung klar, dass die Umbenennung keine inhaltliche Abweichung zum IWG bezweckt (S. 31). **Dogmatisch** mag man dies aus guten Gründen **nicht überzeugend** finden: Daten sind nicht gleichbedeutend mit Informationen, allerdings verwendet die

¹⁴ Hierzu ausführlich *Richter*, Information als Infrastruktur, Mohr Siebeck, im Erschienen.

Informationsgesetzgebung in Deutschland beide Begriffe synonym bzw. unterscheidet zwischen ihnen nicht klar,¹⁵ sodass hier die Rechtsordnung die Begriffe weder *de lege lata* konsistent verwendet noch die Umbenennung in DNG *de lege ferenda* zu mehr Konsistenz beitrüge. Der Begriff von „Nutzung“ statt „Weiterverwendung“ ist noch kritischer zu sehen, zum einen, weil er an das Urheberrecht erinnert, zum anderen, weil man Nutzung mit „use“ bezeichnen würde, aber die Richtlinie hier bewusst von „re-use“ spricht, eben weil es um eine Verwendung der Daten zu anderen Zwecken als der öffentlichen Aufgabenerfüllung geht. Doch diesen dogmatischen und semantischen Bedenken zum Trotz bringt das Gesetz hinreichend zum Ausdruck was gemeint ist (mit anderen Worten: es bleibt alles beim Alten), sodass aus einer **pragmatischen Sicht** nicht zu befürchten ist, dass die Umbenennung Friktionen mit anderen informations- bzw. datenbezogenen Regelungsregimen bedingt oder die Rechtsanwendung negativ beeinträchtigt.

14. Insgesamt ist begrüßenswert, dass der **RefE-DNG dazu genutzt wurde, verschiedene Schwächen des IWG zu beseitigen, es zu vereinfachen** und somit eine überfällige Modernisierung einzuleiten. Gerade die positive Definition des Anwendungsbereichs und die ausdrückliche Bezugnahme auf § 12a RefE-EGovG beseitigen Rechtsunsicherheit.
15. Nichtsdestotrotz gibt der RefE-DNG Anlass zur **Kritik**. Der Entwurf geht nur an ganz wenigen Stellen über die Mindestvorgaben der Richtlinie hinaus, während die Umsetzungsdefizite deutlich überwiegen. Außerdem erscheint die Gesetzesbegründung in dem vorgelegten Entwurfsstadium noch lückenhaft – pauschale Verweise auf die Vorgaben der RL machen das Gesetz aus sich heraus nicht nachvollziehbar, insbesondere aber würde man deutlich mehr Hinweise auf die Einfassung ins deutsche Recht, die Bezüge zu anderen Normen und die konkrete Zielsetzung der jeweiligen Regelungen erwarten. Auf diesen genannten Kritikpunkten liegt der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen.

II. Zu ausgewählten Regelungskomplexen

Verhältnis zwischen § 12a RefE-EGovG und Regelungen des RefE-DNG

16. Das Zusammenspiel zwischen § 12a RefE-EGovG und RefE-DNG ergibt sich aus den Regelungen des RefE-DNG auf Grundlage der hierfür geltenden **Vorgaben der RL (EU) 1024/2019**.¹⁶ Gemäß der Unberührtheitsklausel nach § 2 Nr. 4 RefE-DNG bleiben weitere Rechte der Datennutzung (ehemals Weiterverwendung) öffentlicher Stellen aus anderen Rechtsvorschriften unberührt. Diese Kollisionsregel ist Ausdruck von Art. 1 RL (EU) 1024/2019, der die Regelungen der RL als Mindestvorschriften definiert. Zweck¹⁷ ist zum einen, das Mindestlevel

¹⁵ Vgl. *Richter*, IWG, § 2 Rn. 60 ff.

¹⁶ Hierzu schon *Richter*, IWG, § 1 Rn. 50 ff.

¹⁷ Hierzu ausgiebig *Richter*, IWG, § 1 Rn. 641 ff.

der Weiterverwendung für solche Informationen, die in den Anwendungsbereich der RL (EU) 1024/2019 fallen, anzugleichen. Zum anderen sollte das DNG – entsprechend seiner Zielrichtung der Förderung der Datennutzung – mit Blick auf andere Regelungen aus dem Fachrecht entwicklungssoffen gehalten sein, sofern jene „weiterverwendungsfreundlicher“ sind.

17. Die nach § 12a RefE-EGovG normierte Pflicht zur Bereitstellung stellt eine **Pflicht i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 RefE-DNG** dar, sodass die aufgrund von § 12a RefE-EGovG bereitgestellten Daten prinzipiell in den Anwendungsbereich des RefE-DNG fallen.¹⁸ Sofern für diese keine Ausnahmetatbestände nach § 2 Abs. 3 RefE-DNG durchgreifen, gelten also für die Datennutzung (Weiterverwendung) dieser nach § 12a RefE-EGovG bereitgestellten Daten sämtliche Regelungen des RefE-DNG, es sei denn, § 12a RefE-EGovG trifft hier „**weiterverwendungsfreundlichere Regelungen**“. Was das zur Folge hat, lässt sich nur im Einzelfall in Bezug auf den konkreten, rechtsfolgenbezogenen Regelungskomplex ermitteln (z.B. Ausschließlichkeit, Entgelte, Formate, Transparenz, Verfahrensfragen).¹⁹ **Zentral ist insofern § 12a Abs. 6 RefE-EGovG**, der die entgeltfreie Bereitstellung zur uneingeschränkten Nutzung festschreibt und somit als echter Open-Data-Grundsatz „weiterverwendungsfreundlicher“ ist als die differenzierteren Vorgaben des RefE-DNG, die in Bezug auf die Weiterverwendung sehr wohl Ausnahmen für Entgelte und Einschränkungen durch Lizenzen – wenn auch in engem Rahmen – zulassen (§ 4 Abs. 4 RefE-DNG).
18. Indes **bleibt das DNG von hoher Bedeutung** insbesondere für den Fall, dass nun jemand für bereits nach § 12a RefE-EGovG bereitgestellte Datensätze die Übermittlung in einem anderen Format zur Weiterverwendung begehrt. Sofern diese **anderen Formate** bei der Behörde vorhanden sind (bzw. die Datei durch eine einfache Bearbeitung i.S.d. § 7 Abs. 2 RefE-DNG in das gewünschte Format überführt werden kann), dann eröffnet § 7 Abs. 1 RefE-DNG einen Anspruch auf Übermittlung dieser Daten.²⁰ Die Modalitäten zur Nutzung (Weiterverwendung) richten sich dann nach dem RefE-DNG. Bedeutsam dürften dann speziell die Regelungen zu Entgelten, Ausschließlichkeit und Nichtdiskriminierung werden. Die Anwendbarkeit des DNG ist hier wichtig, da in solchen Konstellationen die Gefahr droht, dass einzelnen Marktakteure Ausschließlichkeitspositionen vorbehalten und dadurch Wettbewerbsverzerrungen evoziert würden. Außerdem gilt im Grundsatz für dynamische Daten auch § 8 RefE-DNG, der in Spannung zu den Vorgaben des § 12a Abs. 4 RefE-EGovG steht. Hier ist eine bessere Abstimmung ratsam.

¹⁸ Zutreffend geht die Gesetzesbegründung hiervon aus (S. 27), allerdings müsste sich hier der Verweis auf Abs. 4 und nicht Abs. 5 des RefE-DNG beziehen.; so noch für das IWG, *Richter*, NVwZ 2017, 1408, 1412.

¹⁹ Vgl. *Richter*, IWG, § 1 Rn. 647.

²⁰ Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2016, 1183 m. Anm. *Richter*, NVwZ 2016, 1143.

Einbeziehung öffentlicher Unternehmen

19. Der RefE-DNG bezieht entsprechend den verpflichtenden Vorgaben der Richtlinie öffentliche Unternehmen in seinen Anwendungsbereich mit ein. Die RL (EU) 1024/2019 hat darüber hinaus aber die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu ermutigt, über die Mindestanforderungen hinauszugehen und das Gesetz auch auf solche Unternehmen anzuwenden, die nach **Art. 34 der RL 2014/25/EU** dem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt sind (ErwGr 19 S. 1). Dem ist der Entwurf nicht gefolgt (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 b RefE-DNG), er bleibt aber eine Begründung hierfür schuldig (S. 30). Wünschenswert wäre auch eine **Begründung**, warum der Entwurf nicht von der ausdrücklich angeregten Möglichkeit Gebrauch macht, **private Unternehmen einzubeziehen**, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erbringen (ErwGr 19 S. 2). Dadurch wäre endlich auch die in Deutschland strittige Frage ausdrücklich adressiert, wie weit der persönliche Anwendungsbereich des Ref-DNG auf materiell privatisierte Aufgabenerfüller reicht.
20. Indes geht der RefE-DNG über die Mindestanforderungen der RL (EU) 2019/1024 hinaus, wenn er auch die **Daten öffentlicher Unternehmen dem Grundsatz der uneingeschränkten Datennutzung nach § 4 Abs. 1 RefE-DNG unterwirft**. Die Richtlinie sieht für öffentliche Unternehmen ebenso wie für Gedächtnisinstitutionen einen abgeleiteten (und somit modifizierten) Weiterverwendungsanspruch vor (Art. 3 Abs. 2 RL (EU) 2019/1024), welcher diesen Einrichtungen die Erstentscheidung über das Erlauben der Weiterverwendung belässt. Der RefE-DNG übernimmt diesen modifizierten Grundsatz in § 4 Abs. 2 RefE-DNG ohne nähere Begründung lediglich für Gedächtnisinstitutionen. In der Sache bestehen gute Gründe, zumindest solchen öffentlichen Unternehmen den modifizierten Weiterverwendungsgrundsatz zuzubilligen, die im Wettbewerb stehen oder angreifbare Monopolstellungen einnehmen.²¹

Einbeziehung medizinischer Einrichtungen

21. Die Einbeziehung von medizinischen Einrichtungen ist ein gut nachvollziehbares politisches Anliegen, das in der Gesetzesbegründung mit der Verbesserung der Gesundheitsversorgung im Lichte der COVID-19-Krise unterstrichen wird (S. 28). Dabei ist markant, dass das Gesetz hier **auch die Daten privater Gesundheitseinrichtungen** in seinen Anwendungsbereich aufnimmt (siehe § 1 Nr. 3, § 3 Nr. 3 RefE-DNG). Dies ist **systemfremd**, da sich das Gesetz und die dahinterstehende RL (EU) 1024/2019 im Übrigen ausschließlich auf öffentliche Einrichtungen bzw. öffentlich finanzierte Forschung beziehen. Es handelt sich somit um eine **sektorale Regelung zum Krankenhausrecht**, die sich in den RefE-DNG nicht ohne Weiteres einfügt.

²¹ Zur Thematik ausführlich *Richter*, Exposing the Public Interest Dimension of the Digital Single Market: Public Undertakings as a Model for Regulating Data Sharing (March 21, 2020). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 20-03, abrufbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3565762>.

22. Die Definition des § 3 Nr. 3 RefE-DNG entspricht der Definition von **Krankenhäusern nach § 2 KHG**. Es ist nicht ersichtlich, warum der Entwurf hier nicht auch von „Krankenhäusern“, sondern stattdessen von „medizinischen Einrichtungen“ spricht. Dem sollte der RefE-DNG folgen oder zumindest in der Begründung (S. 31) auch die Entlehnung der Definition nennen, um Rechtssicherheit bei der Auslegung herzustellen: Alle von § 2 KHG erfassten Krankenhäuser fallen somit auch in den Anwendungsbereich des RefE-DNG.
23. In der Sache ist kaum zu überblicken, welche Daten hier letztlich erfasst werden. Hier ist auch bislang **keine belastbare Bestandsaufnahme** zur Verfügbarkeit und Weiterverwendbarkeit der adressierten Daten bekannt (das Gesetz nennt als einzigen Fall die Bettenkapazitäten). Zu beachten ist insbesondere, dass das Gesetz gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 RefE-DNG sämtliche Daten einbezieht, die ein Krankenhaus freiwillig bereitstellt. Ein derartig weitgehender Anwendungsbereich ist **im Hinblick auf private Krankenhäuser nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen**. Die Vermutung liegt nahe, dass es sich in Bezug auf nützliche Daten weniger um ein Defizit der Weiterverwendbarkeit als vielmehr der originären Zugänglichkeit handelt. Wenn der Gesetzgeber hier das geäußerte Anliegen ernsthaft verfolgen möchte, dann müsste er entsprechende **Zugangsrechte bzw. Bereitstellungspflichten** auch **im einschlägigen Fachrecht normieren**.
24. Was die **Konstruktion des RefE-DNG** in Bezug auf medizinische Einrichtungen anbelangt, bleibt **unklar** und erscheint im Ergebnis **willkürlich**, welche **Rechtsfolgen** das Gesetz für medizinische Einrichtungen vorsieht. Medizinische Einrichtungen können – je nach Trägerschaft und Ausgestaltung – entweder öffentliche Stellen oder öffentliche Unternehmen sein oder sich in rein privater Trägerschaft befinden. Die Rechtsfolgen des RefE-DNG unterscheiden aber – wenn überhaupt – allein nach öffentlichen Stellen und öffentlichen Unternehmen, sie adressieren medizinische Einrichtungen nicht ausdrücklich. Schon deswegen ist das **Konkurrenzverhältnis bei der Rechtsfolge unklar**. Konkret gilt nach dem RefE-DNG der Grundsatz der uneingeschränkten Datennutzung nach § 4 Abs. 1 RefE-DNG ebenso wie das Diskriminierungsverbot nach § 5 RefE-DNG für alle medizinischen Einrichtungen; das Verbot der Ausschließlichkeitsvereinbarungen nach § 6 RefE-DNG adressiert in Abs. 1 (und somit nach dem Zusammenhang auch Abs. 2 und 3) öffentliche Stellen und öffentliche Unternehmen, indes ist für Abs. 4 (De-facto-Ausschließlichkeit) eine Auslegung denkbar, dass dieser sämtliche Datenbereiter betrifft; § 7 RefE-DNG (Formate) adressiert alle Einrichtungen, von den Ausnahmen profitieren ausdrücklich aber nur öffentliche Stellen und öffentliche Unternehmen (§ 7 Abs. 3 RefE-DNG) – das gleiche gilt für die Konstruktion von § 8 RefE-DNG zu dynamischen Daten; der Grundsatz der Unentgeltlichkeit nach § 10 Abs. 1 RefE-DNG gilt ausnahmsweise nicht für öffentliche Unternehmen und unter gewissen Voraussetzungen nicht für öffentlichen Stellen (§ 10 Abs. 2, 4 RefE-DNG). Im Ergebnis **behandelt der RefE-DNG also private medizinische Einrichtungen deutlich**

schlechter als öffentliche medizinische Einrichtungen, weil sich die privaten eben nicht auf Ausnahmen oder Modifikationen zu ihren Gunsten berufen können. Das ist nicht nur verfassungsrechtlich prekär, sondern kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, sodass Nachbesserung geboten erscheint. Regelungstechnisch bestünde aufgrund der sektoralen Qualität ein gangbarer Weg darin, medizinische Einrichtungen durch eine gebündelte Regelung in einem eigenen Abschnitt (etwa am Ende des Gesetzes) einzubeziehen und dort präzise durch Verweis zu benennen, welche der Normen des RefE-DNG für sie gelten sollen (und zwar auch – sofern rechtspolitisch gewünscht – klar differenziert inwiefern die Rechtsfolgen in Abhängigkeit zur Trägerschaft stehen).

Einbeziehung von Forschungsdaten

25. Die Konstruktion des § 2 Abs. 2 Nr. 4 RefE-DNG ist nicht intuitiv, denn die Vorgaben des Art. 10 RL (EU) 2019/1024 setzen an Forschungsdaten²² und deren Finanzierung und nicht – wie der RefE-DNG – an der Einrichtung selbst an. Insofern gelten die Bestimmungen für Forschungsdaten sämtlicher Forscher und Forscherinnen bzw. Einrichtungen, sofern die Forschung öffentlich finanziert und die Daten bereits in qualifizierten Archiven öffentlich zugänglich gemacht wurden. **Nicht nachvollziehbar ist der Einschub „auch soweit sie öffentliche Stellen sind“**. Hieraus könnte man schließen, dass dies wiederum Forschungseinrichtungen ausschließen soll, die als öffentliche Unternehmen organisiert sind, was die Richtlinie aber nicht zulässt (siehe auch ErwGr 28). **Maßgeblich ist allein**, dass die Forschung **öffentlich finanziert** wurde (eine Klarstellung, ab wann im Falle der in der Praxis verbreiteten Mischfinanzierung von einer öffentlichen Finanzierung auszugehen ist, wäre wünschenswert). Es ist daher mit Blick auf die Vorgaben des Art. 10 Abs. 2 RL (EU) 2019/1024 auch klar, dass die Rechtsfolgen hier für Forschungsdaten nicht in Anlehnung an die Unterscheidung öffentliche Stelle vs. öffentliches Unternehmen modifiziert werden sollen, sodass die Erleichterungen für öffentliche Unternehmen für Forschungsdaten nicht gelten. Um Rechtssicherheit zu erzeugen, sollte der Gesetzgeber entsprechend **klarstellen**, dass Forschungsdaten i.S.d. RefE-DNG von sämtlichen für öffentliche Stellen Regelungen erfasst sind. Das entspricht, soweit ersichtlich, den Vorgaben des Art. 10 Abs. 2 RL (EU) 2019/1024.
26. Außerdem müsste sich der **Verweis** in § 2 Abs. 3 Nr. 6 und 7 RefE-DNG richtigerweise jeweils auf „Absatz 2 Nummer 4 und § 3 Nummer 11“ beziehen; ferner müsste sich § 3 Nr. 11 RefE-DNG auf „§ 2 Abs. 2 Nummer 4“ beziehen.

²² Zur Aufnahme von Forschungsdaten in den Anwendungsbereich der PSI-Richtlinie *Richter*, JIPI-TEC 2018, 51.

Anwendbarkeit auf Registerdaten

27. Rechtlich steht außer Frage, dass **Registerdaten vom RefE-DNG erfasst** sein können. Schon lange sieht die EU die Bereitstellung von öffentlichen Registern als eines der Ziele der RL (EU) 2019/1024 an.²³ Auch der prominenteste Weiterverwendungsfall vor dem EuGH hatte ein Handelsregister zum Gegenstand.²⁴
28. Problematisch ist allenfalls, dass Register zu großen Teilen **personenbezogene Daten** enthalten. Infolgedessen ist der Zugang zu vielen Registern eingeschränkt, sodass aus diesem Grund das RefE-DNG schlechthin nicht auf diese Register anwendbar ist (so § 2 Abs. 2 Nr. 2 b RefE-DNG, auf Grundlage von Art. 1 Abs. 2 lit. h RL (EU) 2019/1024). Durchaus gibt es aber Register, die uneingeschränkt zugänglich sind und auch personenbezogene Daten enthalten können (so etwa das Handelsregister²⁵). Der Gesetzgeber (oft auch auf EU-Ebene) hat in solchen Fällen mit der Normierung einer **voraussetzungslosen Zugänglichkeit** eine Abwägung zugunsten des Informationsinteresse der Öffentlichkeit getroffen. Sofern die in solchen Registern enthaltenen Daten nicht aus anderen Gründen unter die im RefE-DNG verankerten Ausnahmetatbestände zu subsumieren sind, ist das **DNG auf die Weiterverwendung solcher Information anwendbar**. Mit anderen Worten: Der Bundesgesetzgeber kann angesichts der klaren und abschließenden Vorgaben der RL (EU) 2019/1024 die Anwendung des DNG auf Registerdaten nicht pauschal ausschließen. Somit bleibt die Subsumtion bestimmter Register unter die Ausnahmetatbestände des RefE-DNG also eine Frage des konkreten Falles.²⁶ Auch der geplante § 12a Abs. 3 Nr. 3a RefE-EGovG kann dies nicht verhindern.
29. Das **Datenschutzrecht kann** dann aber für die **Weiterverwendung nach dem DNZ** Einschränkungen erfordern²⁷ (hierzu → Rn. 31 f.). In der Sache ergibt sich also aus der Anwendung des RefE-DNG, welche Registerdaten in dessen Anwendungsbereich fallen. Der Gesetzgeber sollte hier – um für Rechtssicherheit in einem innovationspolitisch und wirtschaftlich hoch relevanten Teilbereich – für Klarheit sorgen, indem er **in der Gesetzesbegründung** diejenigen **Register benennt**, die seiner Auffassung nach auf jeden Fall in den Anwendungsbereich des RefE-DNG fallen.²⁸

²³ Vgl. *Richter*, IWG, § 1 Rn. 177.

²⁴ Vgl. *EuGH*, Rs. C-138/11 Compass-Datenbank, ECLI:EU:C:2012:449.

²⁵ Vgl. *Richter*, IWG, § 1 Rn. 121, insbesondere auch zu den nur scheinbaren Einschränkungen des § 9 HGB.

²⁶ Zu den verschiedenen Registern ausführlich *Richter*, IWG, § 1 Rn. 121 ff.

²⁷ Vgl. *Richter*, IWG, § 1 Rn. 119, 609 ff.

²⁸ Das betrifft namentlich nach hier vertretener Auffassung das Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister (*Richter*, IWG, Rn. 127 ff.), das Vereinsregister (Rn. 131), das Insolvenzregister (Rn. 132), das Schiffsregister (Rn. 138) sowie das Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen (vgl. § 85 LuftFzG).

Schnittstelle mit datenschutzrechtlichen Regelungen

30. Das Verhältnis zwischen Datenschutz und RL (EU) 2019/1024 wurde bereits an anderer Stelle ausgiebig erörtert.²⁹ Es ist nicht schlechthin ausgeschlossen, dass das **DNG auf personenbezogene Daten zur Anwendung** kommt. Die **Reichweite** wird aber letztlich **durch das Datenschutzrecht bestimmt**.
31. Es bestehen gute Gründe dafür, dass der RefE-DNG **keine gesetzliche Rechtsgrundlage** für die Verarbeitung personenbezogener Daten (i.S.d. Art. 6 DSGVO), soweit diese über die Anonymisierung von Daten zum Zwecke der Weiterverwendung hinausginge. Die **Anonymisierung** ist eine Möglichkeit, die Weiterverwendung von vormals personenbezogenen Daten zu eröffnen, und die RL (EU) 2019/1024 bezweckt die Anonymisierung auch, soweit sie möglich ist (vgl. etwa Art. 6 Abs. 1 und ErwGr 52 RL (EU) 2019/1024). Ist eine Weiterverwendung von zugänglichen (also nicht schon nach Art. 1 Abs. 2 lit. h vom Anwendungsbereich der RL (EU) 2019/1024 ausgenommenen) personenbezogenen Daten also nur in anonymisierter Form datenschutzrechtlich zulässig, so kann die betroffene Stelle die gebotene Anonymisierung zu diesem Zwecke durchführen und die hierfür anfallenden Kosten vom Weiterverwender verlangen.
32. Hierfür und auch für gesetzliche sowie für vertragliche Einschränkungen des Weiterverwendungsgrundsatzes in Bezug auf personenbezogene Daten gilt das zwingende Datenschutzrecht (so der deklaratorische Hinweis in § 2 Abs. 4 RefE-DNG, da das Datenschutzrecht in großen Teilen primärrechtlich vorgegeben und zwingend ist). Das findet nicht zuletzt über **§ 4 Abs. 2 RefE-DNG** Berücksichtigung, welcher der **Auflösung von Wertungskonflikten** mit dem in § 4 Abs. 1 RefE-DNG geregelten Weiterverwendungsgrundsatz dient.

Schnittstelle mit Regelungen zum geistigen Eigentum

33. § 2 Abs. 3 Nr. 1 c) RefE-DNG nimmt solche Daten aus, „die geistiges Eigentum Dritter betreffen“. Er übernimmt somit (auch unter Abkehr der bisherigen Formulierung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 IWG: „die von Urheberrechten, verwandten Schutzrechten oder gewerblichen Schutzrechten Dritter erfasst werden“) die Formulierung der RL (EU) 2019/1024. Weder findet sich hierzu eine Begründung, noch fügt sich das ins deutsche Recht ohne Weiteres ein. In der Sache versäumt es der RefE-DNG an dieser Stelle, die schon lange geäußerte Kritik aufzugreifen, dass solche Formulierungen wie die nun im IWG geltende oder vom RefE-DNG vorgeschlagene Formulierung zu einem Überausschluss von Informationen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes führen können. Denn der Gesetzeswortlaut ließe sich so verstehen, dass allein das Vorliegen des Immaterialgüterrechts Dritter dafür ausreicht, dass die Informationen pauschal nicht in den

²⁹ Vgl. Richter, IWG, § 1 Rn. 585 ff.

Anwendungsbereich des RefE-DNG fallen.³⁰ Die nun vom RefE-DNG gewählte Formulierung setzt im deutschen Informationsrecht eine Inkohärenz fort, insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 6 IFG (und auch andere IFGe) hier an das „Entgegenstehen“ von Rechten Dritter anknüpfen. Dieses Kriterium ist etabliert und die Rechtsprechung hat sich hiermit bereits wiederholt auseinandergesetzt und Grundsätze für die Rechtsanwendung herausgearbeitet.³¹ In der Sache setzt ein Abstellen auf das „Entgegenstehen“ richtigerweise und unstrittig eine materielle Würdigung der immaterialgüterrechtlichen Rechtslage voraus, um zu bestimmen, inwiefern die Regelungen des RefE-DNG für die betroffenen Informationen gelten.³² Es wird daher empfohlen, für den Ausnahmetatbestand folgende Formulierung zu wählen: „soweit der Schutz des geistigen Eigentums Dritter entgegensteht“.

34. § 2 Abs. 5 RefE-DNG sieht vor, dass sich öffentliche Stellen im Anwendungsbereich des RefE-DNG nicht auf die Rechte des Datenbankherstellers nach § 87b UrhG berufen. Es ist umstritten, ob öffentliche Stellen dies ohne Weiteres könnten. Die Gesetzesbegründung (S. 30) bezieht sich hier auf den VGH Mannheim, der wiederum der Ansicht des BGH darin folgt, dass § 5 UrhG auf „amtliche Datenbanken“ i.S.d. § 87a UrhG entsprechend anzuwenden sei. Allerdings handelte es sich hierbei um einen Vorlagebeschluss der BGH (Sächsischer Ausschreibungsdienst) und zur Vorlageentscheidung durch den EuGH kam es wegen Rücknahme der Klage nicht mehr. In der Sache herrscht somit in Deutschland keine Rechtssicherheit.³³ Insofern ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber nun – wenn auch die dogmatische Konstruktion hier offenbleibt – klarstellt, dass sich öffentliche Stellen im Anwendungsbereich des RefE-DNG nicht auf den Sui-generis-Schutz der §§ 87a ff. UrhG berufen können. Für den Datenbankschutz gewinnt dann aber umso mehr die Frage der Grenzziehung des Anwendungsbereichs des RefE-DNG Bedeutung. Die sachliche Rechtfertigung für den Sui-generis-Schutz von Datenbanken öffentlicher Stellen ist grundsätzlich umstritten, und sie ist weitgehend nicht erkennbar, und zwar unabhängig davon, ob die Daten in den Anwendungsbereich des RefE-DNG fallen oder nicht. Es wäre daher ratsam, dass der Gesetzgeber die Reform des öffentlichen Informationsrechts dazu nutzt, hier eine Gemeinfreiheit sämtlicher Datenbanken öffentlicher Stellen festzuschreiben.³⁴

³⁰ Hierzu ausgiebig *Richter*, IWG, § 1 Rn. 301 ff. mwN.

³¹ Vgl. etwa *BVerwG*, NJW 2015, 3258, m. Anm. *Richter/Müller*; *Schoch*, IFG (2. Aufl. 2016), § 6 Rn. 27 ff.; grundlegend ferner *Raue*, JZ 2013, 280.

³² Vgl. *Richter*, IWG, § 1 Rn. 306 f.

³³ Ausgiebig hierzu *Richter*, IWG, § 1 Rn. 444 ff.

³⁴ Hierzu *Richter*, Information als Infrastruktur, Mohr Siebeck, im Erscheinen.

III. Zu weiteren Einzelaspekten

Zweck des Gesetzes (§ 1 RefE-DNG)

35. § 1 Abs. 1 RefE-DNG definiert den Gesetzeszweck mit der Förderung innovativer Produkte und Dienstleistungen. Die Begründung ergänzt zutreffend (S. 14), dass daneben auch transparentes, verständlicheres und effizientes Verwaltungshandeln bezweckt werden. Völlig außen vor bleibt das Ziel der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt (ErwGr 7, 22 RL (EU) 2019/1024). Eine ausdrückliche Erwähnung erscheint sowohl geboten als auch mit Blick auf die Auslegung des Gesetzes wünschenswert. In der Sache vernachlässigt der RefE-DNG den Wettbewerbsschutz durch die Nichtumsetzung des Art. 11 Abs. 2 RL (EU) 2019/1024 (→ Rn. 42), die Streichung des Ausnahmetatbestandes des § 1 Abs. 2 Nr. 3 IWG (nunmehr auf Grundlage von Art. 1 Abs. 2 lit. a RL (EU) 2019/1024, hierzu → Rn. 40) sowie den ambivalenten (da als rein deklaratorisch zu verstehenden) Hinweis in der Gesetzesbegründung (S. 33), wonach Dateninhaber (gemeint sind wohl „Datenbereitsteller“ i.S.d. § 2 Abs. 2 RefE-DNG) die Wettbewerbsvorschriften einhalten sollen. Eine nähere Auseinandersetzung findet hier nicht statt, wo doch die RL (EU) 2019/1024 und somit das DNG ein besonderes Wettbewerbsrecht für öffentliche Stellen schaffen, auf welche die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts mit Blick der Qualifikation als Unternehmen i.S.d. Art. 101 ff. AEUV höchstumstritten ist.³⁵

Bereitstellungspflicht (§ 1 Abs. 2 S. 2 RefE-DNG)

36. Die Klarstellung in (§ 1 Abs. 2 S. 2 RefE-DNG), wonach der RefE-DNG keine Bereitstellungspflicht begründet, wird nun im Absatz zum „Prinzip der offenen Daten“ verortet. Das ist unpassend, weil „Open-Data-Grundsätze“ gerade die Bereitstellung miterfassen, welche das DNG ja eben nicht regelt. Es handelt sich bei § 1 Abs. 2 S. 2 RefE-DNG vielmehr um eine Negativabgrenzung der Reichweite des Gesetzes. Dies gilt ebenfalls für § 4 Abs. 3 RefE-DNG, der an jener Stelle unpassend angesiedelt ist. Es erscheint ratsam, in einem **eigenständigen § 1 Abs. 3** RefE-DNG klarzustellen, dass das Gesetz weder eine Bereitstellungspflicht noch ein Recht auf Zugang zu Daten begründet. Der Titel ließe sich etwa „Zweck und Reichweite des Gesetzes, Prinzip der offenen Daten“ fassen.

Anwendungsbereich (§ 2 RefE-DNG)

37. **Begrüßenswert** ist, dass § 2 Abs. 1 nunmehr den sachlichen **Anwendungsbereich des Gesetzes positiv definiert**, und somit etwas klärt, was schon länger für Rechtsunsicherheit gesorgt hat. In der Sache sind die Tatbestände zutreffend, nicht zuletzt mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerwG zur Auslegung der

³⁵ Vgl. *EuGH*, Rs. C-138/11 Compass-Datenbank, ECLI:EU:C:2012:449.

RL 2013/37/EU.³⁶ Präziser als die im Entwurf in § 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 RefE-DNG gewählte Passiv-Formulierung wäre es allerdings, hier im Aktiv zu formulieren, dass Datenbereitsteller die Daten aufgrund einer gesetzlichen Pflicht oder freiwillig bereitstellen.³⁷ Denn entscheidend ist, dass jene auch den Akt der Bereitstellung vornehmen, denn es reicht eben nicht aus, dass – wie man § 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 RefE-DNG verstehen könnte – Daten *von* den in § 2 Abs. 2 RefE-DNG definierten Datenbereitstellern durch einen Dritten bereitgestellt *werden*.

38. Begrüßenswert ist zudem, dass der RefE-DNG den persönlichen Anwendungsbereich nunmehr gebündelt in § 2 Abs. 2 RefE-DNG benennt und hierfür den **Begriff des „Datenbereitstellers“** definiert. Dieser taucht allerdings im Verlauf des Gesetzes nicht mehr auf, Tatbestände knüpfen nicht an ihn an. Welche verschiedenen Rechtsfolgen für einzelne oder alle Datenbereitsteller eintreten, behandelt der RefE-DNG inkonsistent (siehe bereits Ausführungen zu medizinischen Einrichtungen (→ Rn. 21 ff.)).
39. Die Ausnahme des § 2 Abs. 3 Nr. 1 h) RefE-DNG erweist sich mit Blick auf den **Verweis auf Geodaten als richtlinienwidrig**. Denn sie verstößt gegen Art. 1(7) RL (EU) 2019/1024, der die RL nunmehr ausdrücklich auch auf Geodaten i.S.d. RL 2007/2/EG bezieht. Das Verhältnis zwischen INSPIRE und RL (EU) 2019/1024 war nach der RL 2013/37/EU noch strittig,³⁸ ist nunmehr aber mit Art. 1(7) ausdrücklich zugunsten der Anwendbarkeit der RL (EU) 2019/1024 geklärt.
40. Der RefE-DNG sieht nun nicht mehr die **Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 IWG** vor, die aber auf Grundlage von Art. 1 Abs. 2 lit. a RL (EU) 2019/1024 umgesetzt werden müsste. Dabei hängt der Umsetzungsbedarf nicht von der Zahl der tatsächlich einschlägigen Fälle ab, die zu einem gewissen Zeitpunkt hierunter fallen würden. Die Norm hat eine wettbewerbsschützende Funktion und somit eine tragende Bedeutung für den Ordnungsrahmen,³⁹ ganz unabhängig davon, als wie streitentscheidend sie sich in der Praxis erweist. Es ist nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber hier – ohne Not und ohne Begründung – von der nach Art. 1 Abs. 2 lit. a RL (EU) 2019/1024 gebotenen Umsetzung absehen möchte.
41. Die Formulierung „Rechte der Datennutzung öffentlicher Stellen“ in § 2 Abs. 4 RefE-DNG („**Unberührtheitsklausel**“) ist missverständlich und müsste sich konsequenterweise auf „weitergehende Rechte zur Nutzung von Daten von Datenbereitstellern“ (und eben nicht nur öffentlicher Stellen) beziehen.

Diskriminierungsverbot (§ 5 RefE-DNG)

³⁶ Vgl. *BVerwG* NVwZ 2016, 1183 m. Anm. *Richter*, NVwZ 2016, 1143.

³⁷ Vgl. *Richter*, IWG, § 1 Rn. 150 ff.

³⁸ Hierzu ausführlich *Richter*, IWG, § 1 Rn. 559 ff.

³⁹ Hierzu *Richter*, IWG, § 1 Rn. 201 ff.

42. § 5 RefE-DNG setzt das Diskriminierungsverbot des Art. 11 Abs. 1 RL (EU) 2019/1024 um. Die Gesetzesbegründung stellt zutreffend klar, dass dieser für vergleichbare Kategorien gilt. Der **RefE-DNG setzt allerdings nicht Art. 11 Abs. 2 um** (anders als § 3 Abs. 1 IWG) und weist deswegen ein **Umsetzungsdefizit** auf. Denn in der Sache enthält Art. 11 Abs. 2 ein striktes Diskriminierungsverbot, wohingegen Art. 11 Abs. 1 durchaus eine Ungleichbehandlung zulässt. Art. 11 Abs. 1 erfasst also nicht zwangsweise die von Art. 11 Abs. 2 erfassten Fälle. Art. 1 Abs. 2 kommt aber elementare wettbewerbspolitische Bedeutung zu, als er Quersubventionen und die damit verbundenen Wettbewerbsverzerrungen unterbindet. Der RefE-DNG sollte Art. 11 Abs. 2 (ähnlich wie § 3 Abs. 1 IWG) umsetzen.

Formate, Metadaten (§ 7 RefE-DNG)

43. § 7 Abs. 2 RefE-DNG müsste wohl heißen „**anerkannter, offener Standard**“ (siehe Definition in § 3 Nr. 8 RefE-DNG). Bei den unbestimmten Begriffen „möglich“ und „sinnvoll“ in § 7 Abs. 4 RefE-DNG wäre angesichts der erheblichen positiven Folgen für die Nutzbarkeit der betroffenen Daten eine Konkretisierung in der Gesetzesbegründung wünschenswert.

Rolle der Bundesnetzagentur

44. Begrüßenswert ist, dass § 10 Abs. 2 RefE-DNG anordnet, dass öffentliche Stellen, die von der Ausnahme nach § 10 Abs. 2 RefE-DNG Gebrauch machen wollen, dies **der BNetzA melden** müssen. Mit Blick auf die Transparenz wäre es wichtig festzuschreiben, dass diese Liste im Internet öffentlich zugänglich gemacht wird. Die Aufsichtsrolle der Bundesnetzagentur ließe sich hier noch stärken. Sinnvoll erschien es auch, dass etwa die rechtlichen oder praktischen Vorkehrungen, die nach § 6 Abs. 4 RefE-DNG begründende **De-facto-Ausschließlichkeit** begründen können, der Netzagentur gemeldet werden. Eine zentrale Sammlung und Zugänglichkeit erscheint insbesondere dann geboten, wenn Zentralisierungsvorteile bestehen, entweder weil es einen Vorteil bringt, dass die Informationen schnell auffindbar sind (im Fall von § 6 Abs. 4 RefE-DNG, da hier Wettbewerber durch die frühe Meldung eine Möglichkeit haben sollen, sich ebenfalls um die Nutzung dieser Daten bemühen zu können) oder von der BNetzA überprüft werden können (klassischer Fall der Entgelthöhenkontrolle). Diese Konstruktion ist insofern wegweisend, weil sie den ersten Schritt in Deutschland macht, um **Informationen der öffentlichen Hand als „Infrastruktur“** zu begreifen.⁴⁰

Heiko Richter

⁴⁰ Zur Konzeptualisierung *Richter*, Information als Infrastruktur, Mohr Siebeck, im Erscheinen.