

Professor Dr. Mario Martini, Forschungsreferent Nik Roeingh und Wiss. Mitarbeiter David Wagner*

Kommunale Unternehmen im Regime des Datennutzungsgesetzes

Über 1.500 Unternehmen in Deutschland sind in kommunaler Hand. Sie hüten einen sehr werthaltigen Datenschatz. In welchem Umfang sie diesen intra- und interorganisatorisch nutzen dürfen und inwieweit sie Dritten eine Nutzung gestatten müssen, ist für ihre Geschäftsmodelle von immer größerer Bedeutung. Den normativen Spielraum, in dem sie sich insoweit bewegen, steckt seit dem Jahr 2021 das Datennutzungsgesetz (DNG) ab. Es sieht zwei unterschiedlich invasive Regelungsregime vor: Öffentliche Stellen unterliegen strengeren Vorgaben als Unternehmen der Daseinsvorsorge. Kommunale Unternehmen können sowohl in die eine als auch in die andere Kategorie fallen. Wann sie welcher Gruppe zuzuordnen sind, sagt das Gesetz aber nicht klar. Die daraus erwachsenden Folgen sind gravierend. Der Beitrag entwickelt Antworten auf die offenen Fragen.

I. Der Datenschutz kommunaler Unternehmen als Gemeinwohlressource

Seit jeher sieht sich die kommunale Wirtschaft mit dem Vorwurf konfrontiert, Privilegien zu genießen, die den Wettbewerb mit privaten Konkurrenten verfälschen.¹ Ohnedies wännen viele die öffentliche Hand generell am falschen Platz, wenn sie unternehmerische Aufgaben wahrnimmt. Ihr eilt der Ruf voraus, ihrer „Natur nach weder berufen noch (...) fähig (zu sein), Unternehmungen zu leiten“.² Immer dann, wenn neue lukrative Märkte locken, flammt diese grundlegende Kritik an kommunaler Wirtschaftstätigkeit geradezu zyklisch wieder auf.

Standen lange Zeit die klassischen Versorgungsbereiche (Strom, Gas und Wasser) sowie die Abfallwirtschaft im Fokus, verlagert sich die Debatte seit einigen Jahren immer stärker auf die Datenwirtschaft.³ Ihre dynamische Entwicklung eröffnet kommunalen Akteuren neue Wertschöpfungsoptionen mit immensem Potenzial.⁴ Um dieses zu heben, konzipieren sie komplementär zu den klassischen kommunalwirtschaftlichen Betätigungsfeldern immer ausgefeiltere Angebote. So bieten beispielsweise Stadtwerke und kommunale Verkehrsbetriebe Apps an, die Kunden Mobilitäts-

angebote in Echtzeit präsentieren und direkt Buchungen ermöglichen.⁵

Dafür sind die digitalen Dienstleistungen und Produkte auf hinreichende Daten als „Rohstoff“ angewiesen.⁶ Diese fallen auf kommunaler Ebene als Nebenprodukt der (digitalisierten) Daseinsvorsorge an. Kommunale Wirtschaftsakteure, die an der Datenquelle sitzen, befinden sich in einer faktisch

* Der Autor Martini ist Lehrstuhlinhaber an der Uni BW München und Leiter des Themenbereichs „Digitale Transformation im Rechtsstaat“ am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV). Der Autor Roeingh ist Forschungsreferent am FÖV, wo er das Projekt „Datengestützte Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ koordiniert. Der Autor Wagner ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl. Die Autoren danken Martin Feldhaus, Leonie Groß-Usai und besonders Dietrich Haußecker für die sehr gute Mitwirkung. Soweit nicht anders vermerkt, erfolgte der letzte Abruf der Internetquellen am 1.10.2024.

1 Insbes. Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur betonen immer wieder die Zielkonflikte zwischen Wettbewerbsrecht und kommunalem Wirtschaftsrecht, vgl. u. a. Leder DÖV 2008, 173 (176); Möstl WiVerw 2011, 231 (232); Schink NVwZ 2002, 129 (137); Sonder LKV 2013, 202 (202 f.).

2 So schon Stein, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, 5. Aufl. 1885, S. 208 f.

3 Öffentlichkeitswirksam hat sich insbes. der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) eV gegen neue regulatorische Vorgaben für Unternehmen der öffentlichen Hand gestraut. Noch im April 2019 bewertete er die PSI-OD-RL, die dem DNG zugrunde liegt, als „schmerzhaften Kompromiss“, s. VKU zur EU-Datenrichtlinie (PSI): schmerzhafter Kompromiss – strukturelle Wettbewerbsnachteile gegenüber Datenkonzernen bei nationaler Umsetzung verhindern, Pressemitteilung v. 4.4. 2019.

4 Schätzungen der Europäischen Union gehen von einem voraussichtlichen Wert der Datenwirtschaft von 829 Mrd. Euro im Jahr 2025 aus, vgl. die Europäische Datenstrategie der EU-Kommission, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_de.

5 So zB die Stadtwerke Heilbronn, die ihren Kunden über eine Mobilitätsplattform alle Services digital zur Verfügung stellen, https://www.stadtwerke-heilbronn.de/swh/bus-und-bahn/swhn_app_downloaden.php. Einen Überblick über digitale Anwendungsbeispiele aus der Kommunalwirtschaft bietet auch der KommunalDigital Projektatlas, <https://www.kommunaldigital.de/der-projektatlas>.

6 Falck/Koenen, Rohstoff „Daten“: Volkswirtschaftlicher Nutzen von Datenbereitstellung – eine Bestandsaufnahme, ifo Forschungsberichte, 2020, S. 2.

starken Position, um diesen Markt zu bespielen.⁷ Diese (daten-)wirtschaftliche Tätigkeit ist einerseits Ausdruck der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 II GG).⁸ Im Verhältnis zu privaten Konkurrenzunternehmen kann ihnen diese exklusive Datenzugriffsmöglichkeit jedoch andererseits einen unfairen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Die davon ausgehenden Gefahren möchte der Bundesgesetzgeber mit dem DNG⁹ bannen. Es soll den Schutz privater Wettbewerber und die Entfaltung kommunaler (daten-)wirtschaftlicher Tätigkeit miteinander in Einklang bringen. Die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors mithilfe informations- und wettbewerbsrechtlicher Instrumente regulatorisch einzuhegen, um so die Entwicklung innovativer Produkte und Dienstleistungen der digitalen Wirtschaft zu fördern, entspringt nicht nur einer rechtspolitischen Intention des nationalen Gesetzgebers. Diese Zielsetzung gründet auch auf die unionsrechtlichen Vorgaben der PSI-OD-RL.¹⁰

Die datenpolitische Mission des DNG beschneidet die wirtschaftliche Freiheit kommunaler Unternehmen zwar nur reflexartig. Das nimmt der beschränkenden Wirkung seiner Regelungen jedoch nicht die Schärfe. Schon im Gesetzgebungsverfahren äußerten kommunale Unternehmen vehement die Sorge, „über Gebühr“ belastet zu werden und Nachteile im Wettbewerb mit privaten Konkurrenten zu erleiden, sollten sie vergleichbar strengen Beschränkungen unterliegen wie die Gebietskörperschaften, denen sie angehören.¹¹ Jedenfalls verstanden sie es als ein Gebot der Chancengleichheit, private Wettbewerber auf dem Gebiet der öffentlichen Daseinsvorsorge in gleicher Weise zu belasten.¹²

Dieser Forderung erteilte der Gesetzgeber allerdings eine klare Absage.¹³ Er kommt den kommunalen Interessen nur insofern entgegen, als er Unternehmen der Daseinsvorsorge iSd § 3 Nr. 2 DNG deutlich besser stellt als öffentliche Stellen iSd § 3 Nr. 1 DNG (II).¹⁴ Von diesem größeren Entfaltungsräum auf dem Feld der Datenwirtschaft profitieren jedoch nicht alle kommunalen Unternehmen. Wie schon unter dem Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) können sie auch der (nicht privilegierten) Gruppe der öffentlichen Stellen zuzuordnen sein.

Wann ein kommunales Unternehmen der Kategorie „öffentliche Stelle“ bzw. „Unternehmen der Daseinsvorsorge“ zuzuordnen ist, grenzt der neue Rechtsrahmen bei näherer Betrachtung aber nur vermeintlich trennscharf voneinander ab (III.). Das DNG ruft damit auf dem Feld der kommunalen (Daten-)Wirtschaft neue Abgrenzungsfragen auf, die Rechtsunsicherheit heraufbeschwören.

II. Gesetzliche Privilegien für Unternehmen der Daseinsvorsorge

Mit seinem datenwirtschaftlichen Ansatz verfolgt das DNG eine gleichermaßen hehre wie klare Mission: Es soll „eine Kultur des Datenaustauschs und der Datennutzung befördern, deren Ziele Wachstum und Innovation ebenso wie transparenteres, verständlicheres und effizienteres Verwaltungshandeln sind“ – und damit das wirtschaftliche und zivilgesellschaftliche Potenzial der Daten des öffentlichen Sektors im Gemeinwohlinteresse entfesseln.¹⁵ Um diese ambitionierten Ziele zu erreichen, formuliert der Gesetzgeber vier Grundsätze: Die Daten sind offen (§ 1 I DNG), uneingeschränkt (§ 4 I DNG), nichtdiskriminierend (§ 5 DNG) sowie grds. unentgeltlich (§ 10 I 1 DNG) zur Nutzung bereitzustellen.¹⁶

Da Unternehmen der Daseinsvorsorge iSd § 3 Nr. 2 DNG auf Märkten agieren und typischerweise in Konkurrenz zu

anderen (privaten) Unternehmen stehen, räumt der Gesetzgeber ihnen deutlich größere datenwirtschaftliche Gestaltungsmöglichkeiten ein als den öffentlichen Stellen iSd § 3 Nr. 1 DNG.¹⁷ Ihre Privilegierung tritt an drei normativen Weichenstellungen des DNG besonders zum Vorschein: Der Gesetzgeber gesteht Unternehmen der Daseinsvorsorge die Befugnis zu, darüber zu entscheiden, ob *Dritte* ihre Daten überhaupt nutzen dürfen (vgl. § 4 II Hs. 2 DNG; II. 1.). Er stellt ihnen überdies frei, Daten aus Tätigkeiten der öffentlichen Daseinsvorsorge auch für andere Zwecke zu nutzen – ohne dass hieraus ein Gleichbehandlungsanspruch Dritter erwächst (vgl. § 5 II DNG; II. 2.¹⁸). Zudem steht Unternehmen der Daseinsvorsorge anders als öffentlichen Stellen grundsätzlich die Möglichkeit offen, für die Nutzung ihrer Daten ein Entgelt zu verlangen (vgl. §§ 10 II Nr. 3 DNG; II. 3.).

1. „Ob“ der Datennutzung

Daten, die die öffentliche Hand bereitstellt¹⁹ (§ 2 I DNG),²⁰ darf im Grundsatz zwar jeder für kommerzielle und nicht-kommerzielle Zwecke nutzen (Grundsatz der uneinge-

7 Daten liefern in der Informationsgesellschaft die Grundlage für sog. Mehrwertprodukte. Sie sind leicht und kostengünstig aus ihrem eigentlichen Informationskontext herauslösbar und können durch neue Kombinationen und Bezüge Wertschöpfung generieren, vgl. etwa Masing VVDStRL 63 (2004) 377 (393).

8 Deren sachlich-gegenständlicher Gewährleistungsgehalt umfasst auch die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, soweit ihr ein Bezug zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft innewohnt, v. Münch/Kunig/Ernst, 7. Aufl. 2021, GG Art. 28 Rn. 102. Das ist zu erwarten, wenn Kommunen die Nutzung von Daten, die sie zur Erledigung öffentlicher Aufgaben erheben, zu monetarisieren suchen.

9 Gesetz für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors v. 16.7.2021, BGBl. 2021 I 2941 (2942), ber. 4114.

10 RL 2019/1024/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. 2019 L 172, 56. BT-Drs. 19/27442, 33.

11 S. hierzu die Pressemitteilung des VKU eV, der von „strukturellen Wettbewerbsnachteilen“ im Vergleich zu privaten Unternehmen spricht, VKU zum Datennutzungsgesetz: aus der Kategorie „Schlimmeres verhindert“, Pressemitteilung v. 24.6.2021.

12 VKU eV, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des E-Government-Gesetzes und zur Einführung des Gesetzes für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors, Stellungnahme v. 12.1.2021, S. 5. Neben der Chancengleichheit streitet vor allem die Hoffnung auf eine Wohlfahrtssteigerung durch private Daten (insbes. im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse) dafür, sie einzubeziehen. Näher dazu Wiebe, Open Data in Deutschland und Europa, 2020, 63 ff.

13 BT-Drs. 19/27442, 3; kritisch hierzu wiederum VKU eV, Smart-City-Kooperationen erhalten, Datenteilungspflicht ausweiten: VKU zu Datenstrategie bzw. DNG, Pressemitteilung v. 27.1.2021.

14 Insbes. auf Betreiben der Bundesregierung und der öffentlichen Unternehmen in Deutschland verankerte die PSI-OD-RL bereits auf unionaler Ebene eine Privilegierung der Daseinsvorsorgeunternehmen. Der Sekundärrechtsakt gibt jedoch nur ein Mindestmaß an Regulierung vor. Es hätte dem deutschen Gesetzgeber daher freigestanden, sie den öffentlichen Stellen gleichzustellen, vgl. ErwGr. 19 PSI-OD-RL.

15 BT-Drs. 19/27442, 16.

16 Eine Bereitstellungspflicht oder einen Anspruch auf Zugang zu Daten begründet das DNG jedoch grds. nicht, § 1 II DNG.

17 Das DNG kennt drei verschiedene Kategorien von Datenbereitstellern (§ 2 II DNG): öffentliche Stellen, Unternehmen der Daseinsvorsorge sowie Forschungsorganisationen und Forschende. Als alleinige Träger von Forschungsorganisationen (§ 2 II Buchst. c DNG) treten Kommunen regelmäßig nicht in Erscheinung. Sie bleiben im Folgenden daher außen vor.

18 Er verlangt ausdrücklich nur bei öffentlichen Stellen „dieselben Entgelte und sonstigen Bedingungen“ wie für andere Nutzer.

19 Datenbereitsteller iSd § 2 II DNG können öffentliche Stellen (§ 3 Nr. 1 DNG), Unternehmen der Daseinsvorsorge (§ 3 Nr. 2 DNG) oder bestimmte Anbieter von Forschungsdaten (§ 2 II Nr. 3 DNG) sein.

20 Ob die öffentliche Hand die Daten freiwillig oder aufgrund einer gesetzlichen Pflicht bereitstellt, ist unerheblich. Zum Umfang des Anwendungsbereichs insoweit Martini et al. NVwZ-Extra 41/2022, 1 (6 f.).

	Öffentliche Stelle	Unternehmen der Daseinsvorsorge
Grundsatz der uneingeschränkten Datennutzung (§ 4 I DNG)	+ Grundsätzlich uneingeschränkt	- Eigene Entscheidung über die Zulassung der Datennutzung (§ 4 II DNG)
Verbot der Querfinanzierung (§ 5 II DNG)	+ Grundsätzlich uneingeschränkt	- Datenbereitstellende Querfinanzierung möglich
Grundsatz der Unentgeltlichkeit (§ 10 I DNG)	+ Es sei denn, Kostendeckung erforderlich (§ 10 II Nr. 1 DNG)	- Monetarisierung grundsätzlich zulässig (§ 10 II Nr. 3 DNG)

Abbildung 1: Privilegierungen im DNG

Fälle, in denen die Mehrwertprodukte nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einer Tätigkeit von allgemeinem Interesse stehen.³¹

So können etwa kommunale Strom- und Wasserversorger ihren Kunden auf Basis ihrer Verbrauchsdaten individuell abgestimmte Strom- und Wasserspartipps über eine Smart-City-App anbieten.³²

Dass § 5 II DNG nur für öffentliche Stellen gilt, untermauert einerseits die strukturelle Privilegierung von Unternehmen der Daseinsvorsorge

schränkter Datennutzung (§ 4 I DNG)).²¹ Für Unternehmen der Daseinsvorsorge gilt das aber nicht. Ihre Daten zu verwenden, steht vielmehr unter Erlaubnisvorbehalt (§ 4 II Hs. 2 DNG): Nur soweit das Unternehmen der Daseinsvorsorge eingewilligt hat, dürfen Dritte seine Daten nutzen.²²

Gibt es seine Daten ausdrücklich *freiwillig* – also unabhängig von einer gesetzlichen Pflicht – weiter, steht es ihm frei, die Nutzung für kommerzielle und nichtkommerzielle Zwecke einzuschränken oder auszuschließen. In praxi wird es von dieser Möglichkeit regelmäßig Gebrauch machen: Es wird kommerzielle Nutzungszwecke (via Lizenz) unterbinden, um seine Marktposition zu schützen.²³ Der Handlungsspielraum, den § 4 II Hs. 2 DNG mit der Entscheidung über die Erlaubnis verschafft, setzt aber zumindest einen Anreiz,²⁴ mehr Daten für eine nichtkommerzielle Nutzung²⁵ freizugeben.²⁶

Unternehmen der Daseinsvorsorge können auch *konkluent* in die Nutzung der Daten einwilligen. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn sie Datensätze frei von jeglichen technischen oder rechtlichen Beschränkungen der Allgemeinheit bereitstellen, ohne dazu gesetzlich verpflichtet zu sein – so beispielsweise, wenn Entsorgungsunternehmen ihre Abfuhrtermine als ICS-Kalenderdatei im Internet veröffentlichen.²⁷

Stellt ein Unternehmen Daten hingegen aufgrund einer *gesetzlichen Pflicht* bereit, ist das Nutzungsregime etwas komplexer. Es kommt dann darauf an, ob das jeweilige Gesetz auch (gegebenenfalls implizit) mitregelt, inwieweit Dritte zur Nutzung berechtigt sind. Vermittelt es Dritten Nutzungsrechte, hat das Unternehmen der Daseinsvorsorge keinen Handlungsspielraum: Es muss die Nutzung ermöglichen. Anderenfalls kann es die Implikationen der gesetzlichen Bereitstellungspflicht über den normativen Hebel des § 4 II Hs. 2 DNG, also die Zulassung zur Nutzung, selbst steuern.

2. Quersubventionierungen

a) Unternehmen der Daseinsvorsorge

Unternehmen der Daseinsvorsorge dürfen Dritten nicht nur die uneingeschränkte Datennutzung versagen; es ist ihnen auch erlaubt, die in einem Bereich anfallenden Daten für *andere Geschäftsfelder* zu nutzen, also eine Quersubventionierung vorzunehmen.²⁸ § 5 II DNG, der das grundsätzlich verbietet, gilt ausdrücklich nur für öffentliche Stellen. Unternehmen der Daseinsvorsorge steht es daher frei, auf der Grundlage von Datensätzen, die sie im Rahmen einer Tätigkeit von allgemeinem Interesse erheben, sog. Mehrwertprodukte²⁹ zu entwickeln.³⁰ Ihre Befugnis, Daten zugleich für andere Geschäftsfelder zu nutzen, erstreckt sich auch auf

21 Einen Anspruch auf Zugang zu bislang verschlossenen staatlichen Datenbeständen begründet das DNG hingegen ebenso wenig wie eine Bereitstellungspflicht (§ 1 II DNG). Damit verwehrt § 4 I DNG der öffentlichen Hand lediglich, kategorisch auszuschließen, dass Dritte von ihr bereitgestellte Daten nutzen. In den eng gesteckten Grenzen des § 4 III DNG dürfen Datenbereitsteller zumindest aber das „Wie“ der Nutzung über Nutzungsbedingungen (Lizenzen) steuern. Denkbar ist etwa, die Nutzung der Daten an einen Quellennachweis zu koppeln (ErwGr. 44 S. 1 PSI-OD-RL). Lizenzen sind indes nur zulässig, soweit sie objektiv, verhältnismäßig, nichtdiskriminierend und durch ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel gerechtfertigt sind (§ 4 III 1 DNG). Öffentliche Stellen sollen dabei nach Möglichkeit offene Lizenzen verwenden (§ 4 III 3 DNG), also solche, die online erteilt werden, auf offenen Datenformaten beruhen und es ermöglichen, dass jede Person Daten und Inhalte zu jedem Zweck frei abrufen, verwenden, verändern und weitergeben kann, BT-Drs. 19/27442, 39. Die Weiterverwendbarkeit der Daten einzuschränken, muss stets einem im Allgemeininteresse liegenden Ziel dienen und darf aus der Sicht eines objektiven Dritten nicht ohne sachlichen Grund erfolgen (§ 4 III 1, 2 DNG; ErwGr. 44 S. 1 PSI-OD-RL).

22 Nach dem bekundeten Willen des EU-Gesetzgebers sollte das betreffende öffentliche Unternehmen selbst darüber entscheiden, ob es eine Weiterverwendung genehmigt, sofern eine solche Verpflichtung nicht anderweitig kraft PSI-OD-RL, Unionsrecht oder nationalem Recht besteht, vgl. ErwGr. 26 PSI-OD-RL. Der Gesetzentwurf zum DNG verweist ausdrücklich auf die Vorgängervorschrift des § 2a S. 2 IWG. Sie sah vor, dass schutzrechtbehäftete Informationen erst nach Zulassung durch die jeweilige Einrichtung weiterverwendet werden dürfen, vgl. BT-Drs. 19/27442, 39; insbes. der Gedanke des Geheimnisschutzes steht hierbei im Vordergrund, Richter DNG, 2. Aufl. 2023, DNG § 4 Rn. 102.

23 Sofern ein Unternehmen sowohl die kommerzielle als auch die nichtkommerzielle Nutzung ausschließt, zielt es lediglich darauf, die Daten wahrnehmbar zu machen, ohne Dritten indes die Möglichkeit zu eröffnen, diese zu nutzen.

24 Hierzu auch Hartl/Ludin/Werthschulte/Hartl, 2023, DNG § 4 Rn. 30.

25 Insoweit ist § 4 II DNG lex specialis zu § 4 I DNG. Eine Differenzierung zwischen kommerziellen und nichtkommerziellen Nutzergruppen erachtet der Unionsgesetzgeber auch bei der Bemessung von Entgelten für zulässig; vgl. ErwGr. 46 S. 2 PSI-OD-RL.

26 Ein solches Vorgehen verstieße auch nicht gegen das Gebot der Nichtdiskriminierung (§ 5 DNG), an dem die Entscheidung über das „Wie“ der Nutzung zu messen ist (argumentum a minore ad maius aus § 5 I DNG).

27 Die meisten Entsorgungsunternehmen bieten mittlerweile einen solchen Service an. S. bspw. für Berlin <https://www.bsr.de/abfuhrkalender-20520.php>.

28 Quersubventionierung definiert die Kommission als „die vollständige oder teilweise Abwälzung der in einem räumlichen oder sachlichen Markt anfallenden Kosten auf einen anderen räumlichen oder sachlichen Markt innerhalb eines Unternehmens oder zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften“, Kommission, Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor, ABl. 1998 C 39, 2 Nr. 3.1.

29 Ein Mehrwertprodukt ist ein digitales Endprodukt, das auf staatlichen Rohdaten basiert, die ein Wertschöpfungsschritt (in Gestalt eines innovativen Eigenschritts) veredelt hat. Stellen kommunale Verkehrsbetriebe bspw. Fahrplandaten bereit (Rohdaten), können Dritte diese nutzen, um auf dieser Grundlage eine Mobilitäts-App (Mehrwertprodukt) zu entwickeln. Vgl. auch Richter DNG § 4 Rn. 102.

30 Auch die Festlegung der Entgelte für jene Produkte unterliegt tatbestandlich nicht den Grenzen des DNG.

31 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 5 I DNG. Denn anderenfalls hätte es mit Blick auf die öffentlichen Stellen der Regelung des § 5 II DNG nicht bedurft (argumentum a minori ad maius).

32 Vgl. VKU eV, Digitale Daseinsvorsorge für zukunftsfähige Kommunen, September 2021, 3.

im DNG. Mit Blick auf die Systematik des Gesetzes überrascht diese normative Weichenstellung andererseits aber durchaus. Denn auch Daten innerhalb eines Unternehmens der Daseinsvorsorge bereitzustellen, kann nominal eine Nutzung iSd § 3 Nr. 4 DNG sein. Verwendet das Unternehmen die Daten nämlich zu Zwecken, die nicht in Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bestehen, geht die Legaldefinition von einer Nutzung aus.

Diese Form der Datennutzung erweist sich bei Unternehmen der Daseinsvorsorge mit Blick auf das Gebot der Nichtdiskriminierung gleichwohl als unbedenklich, sofern sie das Ausgangsdatenmaterial ohne staatliche Finanzierung erhoben haben.³³ § 5 II DNG ist also Ausdruck eines legislativen Balanceaktes: Er berücksichtigt einerseits die Stellung von Unternehmen der Daseinsvorsorge im Wettbewerb, ohne ihnen aber andererseits wettbewerbsrechtlich nicht hinnehmbare Vorteile gegenüber ihren privaten Konkurrenten zugestehen.

b) Öffentliche Stellen

Während das DNG Unternehmen der Daseinsvorsorge weite Möglichkeiten einräumt, Daten auch für andere Bereiche zu nutzen, zieht es den Handlungsrahmen dort, wo öffentliche Stellen originäre staatliche Aufgaben wahrnehmen – auch im Bereich der Kommunalverwaltung³⁴ – sehr viel enger.³⁵ Bei ihnen stecken bereits das Gebot der Haushaltswahrheit und die sachliche Bindung öffentlicher Haushaltsressourcen rechtliche Grenzen ab.³⁶ Lässt ein Akteur öffentlich finanzierte Mittel einem verbundenen Unternehmen zugutekommen, kann dies nicht zuletzt private Unternehmen, die sich im freien Wettbewerb mit diesem befinden, in nicht hinnehmbarer Weise benachteiligen.³⁷

Um dies zu verhindern, formt § 5 II DNG den Grundsatz der Nichtdiskriminierung in besonderer Weise aus: Nutzen öffentliche Stellen solche Daten, die sie ursprünglich erhoben haben, um eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, für eine eigene Geschäftstätigkeit, die nicht unter ihren öffentlichen Auftrag fällt, gelten für die Bereitstellung dieser Daten „dieselben Entgelte und sonstigen Bedingungen wie für andere Nutzer“ (§ 5 II Hs. 3 DNG).

Der Gesetzgeber will damit die Gefahr bannen, dass öffentliche Stellen als Anbieter von Datenprodukten bzw.- dienstleistungen private Unternehmen unmittelbar oder mittelbar aus dem Markt drängen. Dies stünde zu befürchten, wenn öffentliche Stellen ihre Rohdaten (die zunächst im Rahmen der öffentlichen Aufgabenerfüllung anfielen) kostenlos oder zu günstigeren Preisen als Dritte wirtschaftlich weiternutzen dürften:³⁸ Wenn eine öffentliche Stelle sich selbst oder einer inkorporierten Stelle ökonomisch wertvolle Daten zur Nutzung *im Wettbewerb mit Dritten* bereitstellt, darf sie sich also nicht selbst begünstigen.³⁹

Sofern die öffentliche Stelle die Daten für „Geschäftstätigkeiten“ *innerhalb ihrer öffentlichen Aufgaben* nutzt, erkennt das DNG hingegen keine wettbewerbsgefährdende Benachteiligung privater Akteure (argumentum e contrario aus § 5 II DNG): Wenn eine „Geschäftstätigkeit (...)“ unter den öffentlichen Auftrag der öffentlichen Stelle fällt“, greift das Verbot der Quersubventionierung nicht.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive regelt § 5 II DNG einen Fall, der an sich gar nicht eintreten darf. Denn jegliches Handeln der Verwaltung muss sich stets im gesetzlich vorgegebenen Rahmen ihrer öffentlichen Aufgaben bewegen (Art. 20 III GG).⁴⁰ Nimmt man die Norm beim Wort, verbliebe ihr mithin schon a priori kein Anwendungsbereich.

Die Mission, die § 5 II DNG zugrunde liegt, ist jedoch eine andere: Sie erschließt sich erst im Lichte ihrer unionsrechtlichen Vorprägung. Denn die Vorschrift übernimmt die sekundärrechtlichen Vorgaben des Art. 11 II PSI-OD-RL wortgleich in deutsches Recht. Der Richtlinienggeber erkennt eine Geschäftstätigkeit außerhalb einer öffentlichen Aufgabe in der Regel dann, wenn die Verwaltung „ausschließlich zu kommerziellen Zwecken und im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern gegen Gebühr“ tätig wird (ErwGr. 22 S. 3 PSI-OD-RL).⁴¹

Entscheidendes Kriterium im Rahmen des § 5 II DNG ist daher, ob die öffentliche Stelle bei der Tätigkeit, für die sie die Daten weiterverwenden will, *im Wettbewerb mit Dritten*⁴² steht, sie mit ihrem Handeln also den Wettbewerb gefährden kann.⁴³ Ist dies der Fall, greift das Verbot der Quersubventionierung. Wenn die öffentliche Stelle die Daten dagegen für Geschäftstätigkeiten nutzt, die Teil ihrer öffentlichen Aufgaben sind, sie also insoweit nicht im Wettbewerb mit Dritten steht, findet § 5 II DNG keine Anwendung.

Gleiches gilt, wenn sie die Daten bereits unter Wettbewerbsbedingungen erstellt hat und diese nun wieder für eine Tätig-

33 Der Grundsatz der Gleichbehandlung privater und öffentlicher Unternehmen leitet sich aus Art. 106 AEUV, Art. 4 III EUV sowie Art. 345, 101 und 102 AEUV her, vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Wernicke, 83. EL Juli 2024, AEUV Art. 106 Rn. 5.

34 Kommunen können viele ihrer Einrichtungen, wie zB den öffentlichen Personennahverkehr oder Schwimmbäder, nicht kostendeckend betreiben. In der kommunalen Praxis gleichen sie Defizite daher häufig mit den Erlösen aus anderen Sparten (bspw. der Stromversorgung) aus. Hierdurch genießen kommunale Unternehmen in den profitablen Bereichen eine geringere steuerliche Belastung, die ihnen Wettbewerbsvorteile verschaffen kann, vgl. BKartA, Der Staat als Unternehmer, 2014, S. 22.

35 Insbes. sog. Mehrproduktunternehmen nutzen das Modell der Quersubventionierung zum Risiko- und Verlustausgleich. S. zum Konzept der Quersubventionierung in öffentlichen und privaten Infrastrukturunternehmen Borrmann/Finsinger, ZöGU 2002, 391 ff.

36 Das europäische Wettbewerbsrecht stellt mit Art. 102 AEUV (Verbot von Marktmissbrauch) und Art. 107 I AEUV (Verbot staatlicher Beihilfen) ebenfalls zwei Instrumente zur Verfügung, um wettbewerbswidrige Quersubventionierungen zu unterbinden, Immenga/Mestmäcker/Schweitzer/Mestmäcker WettbewerbsR, Bd. V, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 107 I Rn. 106 ff.

37 Dazu bspw. Koenig/Busch GewArch 2011, 181.

38 BT-Drs. 19/27442, 40 mit Verweis auf BT-Drs. 16/2453, 16.

39 Vgl. hierzu auch schon die Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift des § 3 I IWG, BT-Drs. 16/2453, 16.

40 Hierzu schon Martini et al. NVwZ-Extra 41/2022, 1 (10).

41 Streng genommen adressiert der Unionsgesetzgeber in ErwGr. 22 PSI-OD-RL den generellen Anwendungsbereich der RL. Es widerspräche aber grds. den Regeln der Legistik, dem Kompositum der öffentlichen Aufgabe innerhalb eines Rechtsaktes mit unterschiedlichen Begriffsinhalten zu unterlegen.

42 Wettbewerb lässt sich phänomenologisch vor allem als von Gewinninteresse motivierter Rivalitätsprozess charakterisieren, der Unternehmen dazu motiviert, ihre Produkte und Dienstleistungen zu verbessern oder zu niedrigeren Preisen anzubieten, um die Nachfrager zu Geschäftsabschlüssen zu bewegen, MüKoWettbR/Kerber/Schwalbe, 4. Aufl. 2023, Bd. 1, Teil Grundlagen, Rn. 34.

43 Ob die Nutzung kommerziellen oder nichtkommerziellen Zwecken dient, ist demgegenüber nicht entscheidend. Eine Geschäftstätigkeit außerhalb der öffentlichen Aufgabe kann sich vielmehr auch entfalten, wenn die öffentliche Stelle nichtkommerziell handelt. Dies indizieren jedenfalls die primärrechtliche Kompetenzgrundlage für die PSI-OD-RL (Art. 114 AEUV) sowie ihr Zweck, den Binnenmarkt zu fördern und Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern (ErwGr. 7 S. 1 PSI-OD-RL). Offerieren öffentliche Stellen digitale Produkte etwa im Rahmen von Gratismodellen nichtkommerziell, kann dies nämlich ebenso negativ auf den Binnenmarkt ausstrahlen – so zum Beispiel, wenn diese üblicherweise gegen Entgelt und im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern angeboten werden. Systematisch deckt sich dieses Verständnis auch mit dem Begriff der Nutzung (§ 3 Nr. 4 DNG), der Verwendungen von Daten sowohl zu kommerziellen als auch zu nichtkommerziellen Zwecken, die über die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hinausgehen, erfasst.

keit im Wettbewerb verwendet.⁴⁴ Nutzt etwa ein kommunales Krankenhaus, das als Eigenbetrieb organisiert ist,⁴⁵ seine Daten, um Prozessabläufe (beispielsweise bei der Pflege der Patienten) zu optimieren, gilt das Verbot der Quersubventionierung nicht. Die Kommune als Rechtsträgerin erfüllt ihre öffentliche Aufgabe der Gesundheitsversorgung nämlich auch in Konkurrenz zu Krankenhäusern in privater Trägerschaft. Sowohl die Erhebung der Daten als auch die sich anschließende hausinterne Nutzung finden daher unter Wettbewerbsbedingungen statt, so dass Weiternutzungen nicht wettbewerbsgefährdend sind.

c) Datenflüsse zwischen Untereinheiten einer Kommune

An der Grenzlinie zwischen Wettbewerbssituation und Nicht-Wettbewerbssituation bewegen sich Datenflüsse zwischen verschiedenen Untereinheiten einer Kommune, zum Beispiel zwei Eigenbetrieben⁴⁶ – etwa, wenn ein Abfallentsorgungsunternehmen Verkehrsdaten, die es bei der Müllabholung erhebt, gemeindeintern an ein Nahverkehrsunternehmen weitergibt. Ob es dann auch Dritten erlauben muss, die Daten zu denselben Bedingungen zu nutzen, hängt davon ab, ob das Nahverkehrsunternehmen die Daten in einem wettbewerblichen Kontext nutzt. Speist es die Informationen der Straßenverkehrsbelastung etwa in eine Fahrinfo-App mit Routenplanungsfunktion ein, agiert es in direkter Konkurrenz zu privaten Anbietern (beispielsweise die Maps Dienste von Google oder Apple). Dann greift das Diskriminierungsverbot des § 5 II DNG. Es gelten daher dieselben Bedingungen wie für andere Nutzer. Nutzt das Verkehrsunternehmen die Daten hingegen, um seine Verkehrsdienste auf einem abgeschirmten Markt zu bespielen,⁴⁷ liegt keine Wettbewerbssituation vor. § 5 II DNG kommt dann nicht zur Anwendung.

Das Verbot der Quersubventionierung beugt dadurch im Ergebnis der Gefahr vor, dass öffentliche Stellen kommunale Eigenbetriebe, die vorwiegend kommerziell tätig werden und im Wettbewerb mit Dritten stehen, bei der Nutzung von Daten, die aus der hoheitlichen Aufgabenwahrnehmung stammen, besserstellen. Umgekehrt bleibt die Datennutzung der kommunalen Eigenbetriebe von § 5 II DNG unberührt, soweit keine Wettbewerbsgefährdung vorliegt.

Auf die gängige Praxis deutscher Kommunen, mehrere wirtschaftliche Tätigkeitsfelder in einem Konzern zusammenzufassen (kommunaler Querverbund), wird das Verbot aus § 5 II DNG voraussichtlich nachhaltige Auswirkungen zeitigen.⁴⁸ Der Querverbund wird nämlich regelmäßig zum Teil aus solchen kommunalen Unternehmen bestehen, die im Wettbewerb mit anderen Unternehmen stehen, und zum Teil aus solchen, die vom Wettbewerb ausgenommen sind.⁴⁹ Kommunale Entscheidungsträger sind nunmehr gehalten, sehr genau zu prüfen, ob die Weitergabe von Daten innerhalb des Konzernverbundes zu einer wettbewerblichen Nutzung führt. Denn eine solche stellte sich als unzulässige Quersubventionierung dar.

3. Gewinnerzielung

Nicht nur der Erlaubnisvorbehalt für Datennutzungen Dritter und die Möglichkeit zur Quersubventionierung vermitteln Unternehmen der Daseinsvorsorge substanzielle Vorteile gegenüber öffentlichen Stellen. Das DNG privilegiert sie auch dann, wenn sie anstreben, mit ihren Datenprodukten Gewinne zu erzielen.

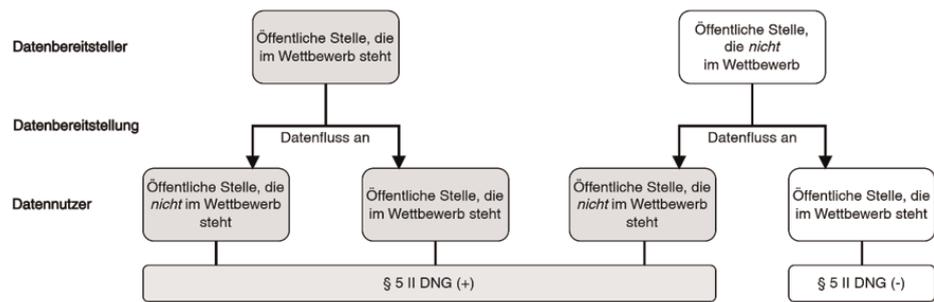


Abbildung 2: Anwendung § 5 II DNG

a) Grundsatz

Bereits vor mehr als zwei Dekaden identifizierte der Unionsgesetzgeber hohe Datennutzungsentgelte als großen Hemmschuh dafür, Daten des öffentlichen Sektors zu nutzen.⁵⁰ Dieser Erkenntnis trägt nunmehr § 10 I S. 1 DNG Rechnung: Bereitsteller dürfen an die Nutzung ihrer Daten jedenfalls im Grundsatz keine Entgelte und Gebühren knüpfen.

b) Ausnahmen

So sehr sich der Gesetzgeber zum Grundsatz der Unentgeltlichkeit bekennt, so sehr stand ihm zugleich vor Augen, dass *wirtschaftlich tätige Datenbereitsteller*⁵¹ – etwa kommunale Unternehmen – auch zukünftig auf angemessene datenwirtschaftliche Einnahmen angewiesen sind. Für Unternehmen der Daseinsvorsorge nahm er daher einen Ausnahmetatbestand auf: Ihnen ist es erlaubt, wirtschaftlich tragfähige Entgelte zu verlangen, wenn Dritte ihre Daten nutzen (§ 10 II Nr. 3 DNG).⁵² In praxi verschafft dies insbesondere kommunalen Unternehmen im Personennahverkehr Spielräume,

44 ErwGr. 22 S. 3 PSI-OD-RL; das DNG kommt dann insgesamt nicht zur Anwendung (§ 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG), s. zu dieser Auslegung auch unten III. 1. b) bb).

45 Vgl. bspw. § 29 I Nr. 2 ThürKHG; Wurzel/Schraml/Gaß Komm. Unternehmen/Schneider, 4. Aufl. 2021, D. Rn. 31.

46 Denn § 5 II DNG rekurriert auf die öffentliche Stelle; deren Eigenbetriebe sind ihr zugeordnet und keine eigenständigen Regelungsadressaten des DNG (§ 3 Nr. 1 DNG, vgl. III. 1.).

47 Innerhalb des öffentlichen straßengebundenen Personennahverkehrs erbringt zumeist lediglich ein Unternehmen im Gemeindegebiet Verkehrsdienste. Es erfolgt dann kein Wettbewerb *im*, sondern *um* den Markt. Das Wettbewerbsverhältnis beschränkt sich in diesem Fall typischerweise auf die Zulassung, den ÖPNV in einem bestimmten Gebiet oder bestimmte Linien unter Ausschluss anderer Anbieter zu bedienen (etwa über öffentliche Dienstleistungsaufträge gem. Art. 3 I iVm Art. 2 Buchst. f., Art. 5 I S. 1, III VO (EG) 1370/2007).

48 Der Begriff des kommunalen Querverbundes beschreibt ein Organisationsphänomen kommunaler Wirtschaftstätigkeit: Die Kommune fasst defizitäre Unternehmen mit profitablen Unternehmen zu einem Querverbund zusammen. Ihre gemeinsame Verwaltung erzielt Synergieeffekte; zudem sichert die Verbundstruktur auch eine verlässliche Finanzierung, da innerhalb des verbundenen Unternehmens keine haushaltsrechtlichen Zwänge greifen. Der Querverbund erfasst so jegliche, rechtlich greifbare Zusammenfassung öffentlicher Unternehmen, die eine größere Unternehmenseinheit entstehen lässt; vgl. Bundschuh, Der Querverbund kommunaler Unternehmen, 2014, S. 19, 22.

49 Hier schließt sich aufgrund der divergierenden Regelungen die Frage an, inwieweit kommunenbezogene Daten innerhalb des Konzernverbundes integriert im Rahmen der gesetzlichen Handlungsspielräume (vgl. insbes. § 6 I DNG) nutzbar sind. Vgl. auch Rottmann, Datennutzungsgesetz: Schlecht für die kommunale Daseinsvorsorge Tagesspiegel Background v. 11.5.2021.

50 Vgl. bereits ErwGr. 14 PSI-RL 2003 sowie die Tarifgrundsätze des Art. 6 PSI-RL 2003.

51 S. zur Bedeutung der Entgeltregeln und des DNG im Allgemeinen für die datenwirtschaftliche Tätigkeit kommunaler Akteure Martini et al. NVwZ-Extra 41/2022, 1 ff.

52 Bei der Bemessung der Entgelte dürfen sie eine angemessene Gewinnspanne veranschlagen, die bis zu 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz der EZB liegen kann (§ 11 II DNG iVm § 3 Nr. 11 DNG); vgl. ErwGr. 37 PSI-OD-RL sowie KOM ABl. 2014 C 240, 9.

um Einnahmen zu generieren. Denn sie hüten einen reichhaltigen Datenschatz.⁵³

Auch *öffentliche Stellen* befreit das DNG zumindest in einer wichtigen Konstellation vom Unentgeltlichkeitsgebot: Sie dürfen bei ihren Entgelten eine angemessene Gewinnspanne einkalkulieren, sofern sie „ausreichende Einnahmen erzielen müssen, um einen wesentlichen Teil ihrer Kosten im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufträge zu decken“ (§ 10 II Nr. 1 DNG). Nicht viele öffentliche Stellen erfüllen diese Voraussetzungen. Zu den privilegierten Ausnahmefällen zählt die BaFin: Sie hat ihre Ausgaben vollständig durch eigene Umlagen, Gebühren sowie Erstattungen zu decken und erhält keine Zuschüsse aus dem Bundeshaushalt (§ 13 I FinDAG). Auch der Deutsche Wetterdienst (DWD) „ist so zu führen, dass die nicht durch Einnahmen gedeckten Ausgaben so gering wie möglich zu halten sind.“ (§ 6 I DWDG).⁵⁴

Selbst wenn die Privilegierungen des § 10 II DNG im Einzelfall greifen, gelten sie nicht für alle Daten: Sog. hochwertige Datensätze,⁵⁵ denen ein besonders großes wirtschaftliches Potenzial innewohnt, müssen stets unentgeltlich bleiben (§ 10 III DNG).⁵⁶ Diese Bereichsausnahme trifft öffentliche Stellen und Unternehmen der Daseinsvorsorge gleichermaßen.

III. Abgrenzung zwischen öffentlichen Stellen und Unternehmen der Daseinsvorsorge

Nicht jedes kommunale Unternehmen ist *eo ipso* ein Unternehmen der Daseinsvorsorge, das die Privilegierungen des DNG genießt.⁵⁷ Welche kommunalen Unternehmen als solche der Daseinsvorsorge zu behandeln und welche demgegenüber als öffentliche Stelle einzustufen sind, beantwortet der Gesetzgeber nicht klar. Angesichts der (stark) divergierenden gesetzlichen Handlungsspielräume erschöpft sich die Abgrenzungsfrage nicht in einem akademischen Glasperlenspiel. Sie ist für Kommunen und ihre kommunalen Unterneh-

53 Der Interessenverband der deutschen Verkehrsunternehmen begleitete den Gesetzgebungsprozess um die PSI-OD-RL daher besonders kritisch. S. etwa Verband Deutscher Verkehrsunternehmen eV, VDV-Stellungnahme zur PSI-Richtlinie v. 31.8.2018, S. 1 ff.; vgl. zu Datenbereitstellungspflichten im Verkehrssektor auch Martini/Roeingh NJW 2024, 2379 ff.

54 Der DWD finanziert sich maßgeblich über eine Vergütung seiner Dienstleistungen (§ 6 II DWDG), vgl. Richter DNG § 4 Rn. 39.

55 Die EU-Kommission hat mit über einjähriger Verzögerung von ihrer Befugnis aus Art. 14 I PSI-OD-RL Gebrauch gemacht und die D-VO (EU) 2023/138 zur Festlegung bestimmter hochwertiger Datensätze und der Modalitäten ihrer Veröffentlichung und Weiterverwendung verabschiedet, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023R0138>.

56 Die Vorschrift formuliert damit eine Gegen Ausnahme zu § 10 II Nr. 1 DNG (und § 10 I S. 2 sowie § 10 II Nr. 3 DNG). Während die Kommission in ihren Durchführungsrechtsakten (die festlegen, welche Datensätze als hochwertig gelten) bestimmte Daten von Unternehmen der Daseinsvorsorge ausnehmen kann, wenn eine Wettbewerbsverfälschung droht (Art. 14 III PSI-OD-RL), besteht diese Möglichkeit für öffentliche Stellen schon gar nicht.

57 Insbes. bei der Zulassung der Datennutzung (§ 4 II Hs. 2 DNG; II. 1.), der Quersubventionierung (§ 5 II DNG; II. 2.) und der Entgelterhebung (§ 10 II Nr. 3 DNG; II. 3.).

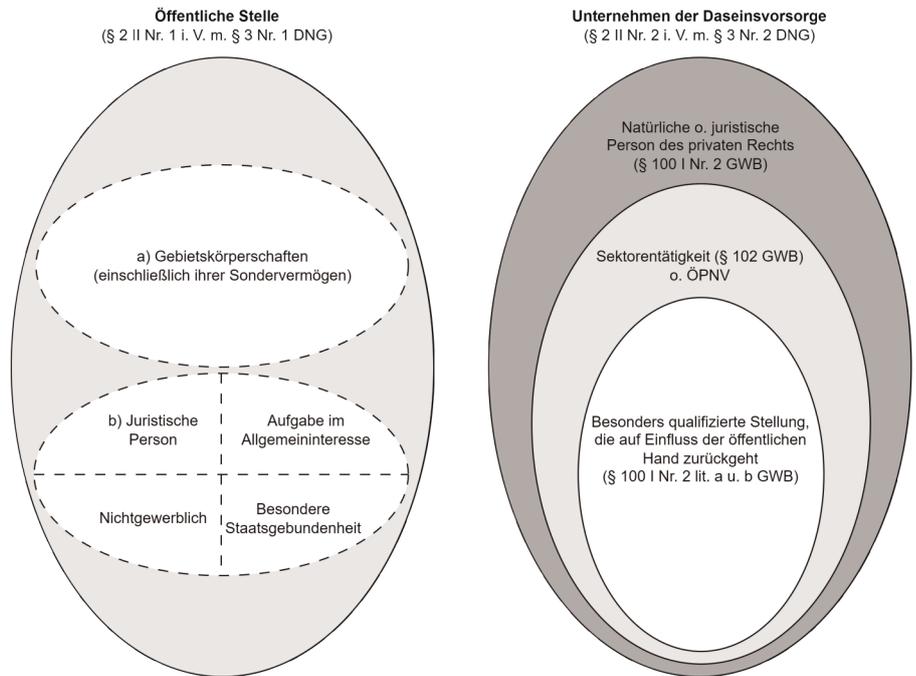


Abbildung 3: Organisationsformen kommunaler Unternehmen im DNG

men von zentraler Bedeutung, um auf dem Feld der kommunalen Datenwirtschaft rechtssicher agieren zu können.

1. Kommunale Unternehmen als öffentliche Stellen

Gemeindliche Regie- und Eigenbetriebe zählen nicht zu den Unternehmen der Daseinsvorsorge. § 3 Nr. 1 Buchst. a DNG schlägt sie als Sondervermögen der Gebietskörperschaft vielmehr den öffentlichen Stellen zu.⁵⁸ Damit bleiben ihnen die gesetzlichen Privilegien für Unternehmen der Daseinsvorsorge versagt, obwohl sie funktional als kommunale Unternehmen agieren.⁵⁹

Schwieriger ist die Abgrenzung im Fall rechtlich verselbstständiger kommunaler Unternehmen.⁶⁰ Sie können nach dem Willen des Gesetzgebers bei besonderer Staatsgebundenheit öffentliche Stellen sein – namentlich dann, wenn sie als juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts⁶¹ dem besonderen Gründungszweck verschrieben sind, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe (a) nicht-

58 Auch wenn Regie- und Eigenbetriebe als „Sondervermögen“ innergemeindlich verselbstständigt sind, agieren sie im Außenverhältnis rechtlich unselbstständig und bleiben der jeweiligen Gebietskörperschaft zugeordnet; HK-VergabeR/Pünder, 3. Aufl. 2019, GWB § 99 Rn. 11. Die separate Aufzählung innerhalb des § 99 Nr. 1 GWB dient insofern nur der Klarstellung.

59 Trotz der fehlenden organisatorischen Selbstständigkeit gegenüber der Kommune ist ein Regiebetrieb als kommunales Unternehmen einzustufen. Maßgeblich ist, dass diese Konstruktion funktional ermöglicht, kommunale Wirtschafts betätigung organisatorisch umzusetzen, Mann/Püttner Kommunale Wissenschaft-HdB/Brüning, 2014, Bd. 2, § 44 Rn. 1 ff.

60 Eine eigene Rechtspersönlichkeit iSv § 3 Nr. 1 Buchst. b DNG weisen alle rechtlich selbstständigen Rechtsträger auf, BT.-Drs. 16/2453, 14.

61 Dass privatrechtliche Unternehmen überhaupt hoheitliche Aufgaben der Kommunen wahrnehmen dürfen, rechtfertigt sich daraus, dass ihre Tätigkeit umfassend verfassungsrechtlich determiniert und rückgebunden ist. Vor allem das Rechtsstaats-, Demokratie- und Sozialstaatsprinzip treffen entsprechende Vorgaben. Insbes. darf die Auslagerung in private Rechtsformen nicht die Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand aufheben. Daneben folgt aus dem Sozialstaatsprinzip eine Gewährleistungsverpflichtung der Kommune. Das Demokratieprinzip verlangt darüber hinaus eine ununterbrochene Legitimationskette; vgl. etwa Theobald/Kühling Energierecht, Losebl., 126. Erg.-Lfg Stand: Juli 2024, Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht/Grünwald, Rn. 59.

gewerblicher Art zu erfüllen (§ 3 Nr. 1 Buchst. b DNG; b).⁶² Diese Begriffsbestimmung ist „vergaberechtlich geprägt“.⁶³ Sie lehnt sich an die Definition des öffentlichen Auftraggebers (§ 99 GWB) an.⁶⁴

a) Aufgabenwahrnehmung im Allgemeininteresse

So eingängig der originär unionsrechtliche⁶⁵ Begriff des Allgemeininteresses auf den ersten Blick auch erscheint, so amorph erweist er sich bei näherem Hinsehen. Weder dem Unionsgesetzgeber noch dem EuGH ist es bislang gelungen, ihn allgemeingültig und trennscharf zu definieren.⁶⁶

Das Gericht legt das Merkmal im Kern weit aus:⁶⁷ Ein Allgemeininteresse spricht es dem Unternehmenszweck lediglich dann ab, wenn der Staat der juristischen Person vollständig die Verantwortung dafür überträgt, ob und wie sie eine Aufgabe ausführt.⁶⁸

Auf dem Gebiet der *Daseinsvorsorge*⁶⁹ – etwa bei Stadtwerken im Bereich der Ver- und Entsorgung oder auch kommunalen Verkehrsbetrieben – entlassen Kommunen die ausführenden juristischen Personen typischerweise nicht vollumfänglich aus dem eigenen Verantwortungsbereich; vielmehr behalten sie sich im Regelfall über mehrheitliche Beteiligungsrechte vor und sichern sich damit einen bestimmenden Einfluss.⁷⁰ Auf diesen Märkten agieren private Unternehmen daher regelmäßig im Allgemeininteresse. Bei kommunalen Unternehmen, die in Privatrechtsform ausgestaltet sind, grenzt auch die Satzung die Handlungsfreiheit des Unternehmens ein. Gibt eine staatliche Stelle die satzungsmäßigen Aufgaben vor, spricht aufgrund der staatlichen Gemeinwohlorientierung eine Vermutung für ein Allgemeininteresse.⁷¹

Diese auf den ersten Blick einleuchtende Herangehensweise sieht sich einem Zirkelschluss-Verdacht ausgesetzt. Denn sie rekurriert im Grunde darauf, dass der Staat die juristische Person beherrscht.⁷² Diese besondere Staatsgebundenheit erheben aber sowohl § 99 Nr. 2 GWB als auch § 3 Nr. 1 Buchst. b DNG ohnedies zur eigenständigen Tatbestandsvoraussetzung.

Gleichwohl entbehrt die EuGH-Rechtsprechung nicht einer inneren Logik. Denn dem Allgemeininteresse verpflichtete Bindungen erwachsen typischerweise aus dem Einfluss, den die Gemeinde aus Gemeinwohlgründen auf kommunale Unternehmen ausübt. Beispielsweise sehen auch die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben der Länder vor, dass kommunale Unternehmen – unabhängig von ihrer Rechtsform – Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnehmen.⁷³ Schließlich dekretieren die Gemeindeordnungen unisono ausdrücklich, dass die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune stets einem öffentlichen Zweck⁷⁴ dienen muss⁷⁵ und deshalb besonderen rechtlichen Bindungen unterliegt.⁷⁶ Zugleich belassen die regulatorischen Unschärfen des Kommunalwirtschaftsrechts den Gemeinden durchaus Räume, private Unternehmen zu gründen, die auch außerhalb des Allgemeininteresses liegende Aufgaben erfüllen.⁷⁷

b) Nichtgewerblichkeit

Um ein kommunales Unternehmen als öffentliche Stelle einzustufen, reicht es nicht allein aus, dass es bestimmte Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnimmt. Seine Aufgabenerfüllung muss zudem „nichtgewerblicher Art“ sein. Darüber hinaus muss das Unternehmen einem spezifischen Zweck verschrieben sein: Es muss „zu dem besonderen Zweck gegründet“ sein, die nichtgewerbliche Aufgabe im Allgemeininteresse zu erfüllen.⁷⁸ Die Errichtung des Rechtsträgers und die nichtgewerbliche Aufgabenerfüllung müssen also final miteinander

verknüpft sein. Maßgeblich ist dafür weniger der Unternehmenszweck als vielmehr der Unternehmensgegenstand,⁷⁹ mithin der Bereich und die Art der Betätigung einer Gesellschaft. Dieser ist anhand der ausdrücklichen Festlegungen in Gesetz, Satzung oder Gründungsvertrag zu bestimmen.⁸⁰

aa) Art und Weise der Aufgabenerfüllung

Allein der Umstand, dass ein Unternehmen gewinnorientiert agiert, lässt noch keinen zwingenden Schluss auf eine gewerbliche Tätigkeit zu. Sofern eine Gemeinwohlorientierung den bestimmenden Handlungsantrieb setzt, ist daher auch trotz Gewinnorientierung ein nichtgewerbliches Handeln möglich.⁸¹

Ob ein Unternehmen seine Aufgaben in gewerblicher oder nichtgewerblicher Art erledigt, bestimmt sich vielmehr danach, ob es sich strategisch und operativ wie ein regulärer Marktteilnehmer verhält,⁸² ob auf dem Referenzmarkt ein

62 Die beiden Voraussetzungen sind inhaltlich nicht identisch, so dass auch dem schillernden Begriff der Aufgabe im allgemeinen Interesse eigenständige Bedeutung zukommt, Ziekow/Völlink/Ziekow VergabeR, 5. Aufl. 2024, GWB § 99 Rn. 42.

63 BT-Drs. 19/27442, 37; Richter DNG § 3 Rn. 1 ff.

64 Sie übernimmt die Vorgängervorschrift des § 2 Nr. 1 IWG mit marginalen redaktionellen Änderungen; BT-Drs. 19/27442, 37.

65 Die Mitgliedstaaten haben wegen der angestrebten Rechtsvereinheitlichung keine eigene Definitionshoheit, vgl. bereits Dreher DB 1998, 2579 (2582). Gleichwohl ist das, was teleologisch hinter der Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse steht, nämlich die öffentliche Zweckbindung kommunalwirtschaftlicher Betätigung, bereits aus rechtsstaatlichen Gründen geboten. Die Gemeindeordnungen (etwa § 108 I 1 Nr. 1 iVm § 107 I 1 Nr. 1 GO NRW) schreiben kommunalen Unternehmen ausdrücklich vor, dass ihre wirtschaftliche Betätigung einem öffentlichen Zweck dienen muss. Insoweit stehen sie juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten und rechtsfähigen Stiftungen) gleich, für die – aufgrund ihrer Bindung an öffentliche Zwecke – eine Vermutung streitet, im Allgemeininteresse tätig zu sein, vgl. Dreher DB 1998, 2579 (2582); Ziekow/Völlink/Ziekow GWB § 99 Rn. 55.

66 Vgl. Burgi/Dreher/Opitz/Dörr GWB, 4. Aufl. 2022, § 99 Rn. 25. Die Diagnose gilt in gleichem Maße für das Vergabe-, wie auch für das Informationsrecht.

67 Entgegen dem Wortlaut RL 2014/24/EU kommt es auch nicht darauf an, ob eine juristische Person gerade zu dem Zweck gegründet wurde, Aufgaben im Allgemeininteresse zu erfüllen. Übernimmt sie später solche Aufgaben und nimmt diese seither tatsächlich wahr, erfüllt sie den Tatbestand des § 99 Nr. 2 GWB, vgl. bereits EuGH C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746 Rn. 63 = NVwZ 2003, 844 – Universale Bau AG.

68 So Ziekow/Völlink/Ziekow GWB § 99 Rn. 56.

69 Auch der Begriff der Daseinsvorsorge ist schillernd – seine Verwendung in der Literatur zum nationalen Kommunal- und Vergaberecht ist nicht zwingend deckungsgleich mit dem Begriff des Unternehmens der Daseinsvorsorge iSd DNG.

70 Röwekamp/Kus/Portz/Prieß/Röwekamp GWB-VergabeR, 5. Aufl. 2020, GWB § 99 Rn. 58; Ziekow/Völlink/Ziekow GWB § 99 Rn. 57.

71 Burgi/Dreher/Opitz/Dörr GWB § 99 Rn. 30.

72 Burgi/Dreher/Opitz/Dörr GWB § 99 Rn. 25.

73 Für juristische Personen des öffentlichen Rechts gilt die Vermutung, dass sie eine Aufgabe im Allgemeininteresse erfüllen, da sie in der Regel bereits qua Gesetz (vgl. bspw. § 85 GO RLP) öffentliche Zwecke verfolgen müssen, vgl. Dreher DB 1998, 2579 (2582).

74 So etwa § 107 I Nr. 1 GO NRW; s. außerdem zum Erfordernis eines öffentlichen Zwecks die Übersicht bei Cronauge, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, S. 345.

75 S. den Hinweis von Byok/Jaeger/Werner VergabeR, 4. Aufl. 2018, GWB § 99 Rn. 53. Dreher stellt die Vermutungsregel auf, dass eine marktbezogene Sonderstellung, die der Staat einräumt, eine Tätigkeit im Allgemeininteresse indiziert, vgl. Dreher DB 1998, 2579 (2582).

76 Hierauf rekurrierend Burgi/Dreher/Opitz/Dörr GWB § 99 Rn. 26.

77 Nicht zuletzt handeln auch Unternehmen der Daseinsvorsorge (§ 3 Nr. 2 DNG) überwiegend im Allgemeininteresse, so zB im Bereich der Abfallentsorgung, die klassischerweise als Pflichtaufgabe ausgestaltet ist.

78 § 3 Nr. 1 Buchst. b DNG nimmt insoweit bei § 99 Nr. 2 GWB Anleihe; vgl. zu diesem Burgi/Dreher/Opitz/Dörr GWB § 99 Rn. 41.

79 Immenga/Mestmäcker/Dreher WettbewerbsR, Bd. IV, 6. Aufl. 2021, GWB § 99 Rn. 33.

80 Dietlein NZBau 3/2002, 136 (138).

81 BT-Drs. 16/2453, 14.

82 Röwekamp/Kus/Portz/Prieß GWB-VergabeR/Röwekamp GWB § 99 Rn. 92.

entwickelter Wettbewerb vorliegt,⁸³ und ob der Staat Geschäftsrisiken des Unternehmens übernimmt.⁸⁴ Dieses Kriterienbündel ist Teil einer Gesamtabwägung.

Gemessen an diesem Abgrenzungsmaßstab ergibt sich für die verschiedenen kommunalen Unternehmen je nach Sektor ein differenziertes Bild: *Verkehrsbetriebe* nehmen selbst als Bieter an der vergaberechtlichen Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen teil, stehen mit privaten Unternehmen also zumindest im Wettbewerb um den Markt.⁸⁵ Auch privat rechtlich organisierte *Versorgungsunternehmen* agieren (zunehmend) in wettbewerblichen Kontexten, so dass sie ihre Aufgaben typischerweise gewerblich erfüllen.⁸⁶ Bei kommunalen *Entsorgungsunternehmen* schließt hingegen oftmals ein satzungsmäßig festgeschriebener Anschluss- und Benutzungszwang einen Wettbewerb auf dem Referenzmarkt aus.⁸⁷ Profitiert ein *kommunales Datenunternehmen* von Privilegien, die ihm die Kommune als Anteilseignerin einräumt,⁸⁸ genießt es gegenüber anderen Wettbewerbern Marktvorteile und agiert in Folge dessen nichtgewerblich.⁸⁹

bb) Kommerzielle Datenerhebungen

Öffentliche Stellen agieren regelmäßig nicht unter den Bedingungen des freien Marktes. Soweit sie aber ausnahmsweise einzelne Datensätze ausschließlich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erheben, ohne dafür öffentliche Mittel zu erhalten oder öffentliche Ziele zu verfolgen, machen sie von ihrer Sonderstellung keinen Gebrauch.⁹⁰ Für diesen Fall besteht § 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG öffentlichen Stellen eine wichtige Bereichsausnahme zu: Daten, „deren Bereitstellung nicht unter den durch Rechtsvorschrift festgelegten (öffentlichen Auftrag)“⁹¹ der öffentlichen Stelle fällt“, unterliegen nicht den Vorgaben des DNG.

Die Norm geht auf Art. 1 II Buchst. a PSI-OD-RL zurück. Er beschränkt die datenwirtschaftlichen Vorgaben der Richtlinie grundsätzlich auf solche Daten, die öffentliche Stellen unter Marktbedingungen erstellen.⁹² Soweit öffentliche Stellen bereits zu dem Zeitpunkt, in dem sie ein Datum generieren, im Wettbewerb stehen und mit Gewinnerzielungsabsicht handeln, also ausschließlich auf Nachfrage und nach Kaufkraft Dritter tätig werden, beansprucht daher auch das DNG keine Geltung. Öffentliche Stellen dürfen diese frei von Beschränkungen des DNG monetarisieren und erhalten somit Raum für eine datenwirtschaftliche Tätigkeit.

Die nationalen Grenzen des kommunalen Wirtschaftsrechts gelten allerdings ungeachtet dessen fort. An seinen normativen Vorgaben müssen sich sämtliche Geschäftsmodelle der Kommunen messen lassen – auch auf dem Feld der Datenwirtschaft.⁹³ Ihre Betätigung muss daher insbesondere einem öffentlichen Zweck dienen.⁹⁴

2. Kommunale Unternehmen als Unternehmen der Daseinsvorsorge

Das DNG gesteht Unternehmen der Daseinsvorsorge (anders als den öffentlichen Stellen) zwar weit reichende Privilegien zu. Nicht jedes kommunale Unternehmen, das sich dem Bereich der Daseinsvorsorge zuordnen lässt, ordnet das DNG aber als Unternehmen der Daseinsvorsorge iSd § 3 Nr. 2 DNG ein. Das Gesetz versteht darunter ausschließlich solche Unternehmen, welche die Tatbestandsvoraussetzungen des § 100 I Nr. 2 GWB erfüllen und eine Sektorentätigkeit (§ 102 GWB) ausüben oder öffentliche Personenverkehrsdienste betreiben (§ 3 Nr. 2 DNG).⁹⁵

a) Sektorenauftraggeber oder ÖPNV

Das Feld der Daseinsvorsorge iSd DNG erstreckt sich auf die Gebiete Wasser, Energie und Verkehr der Sektorenrichtlinie sowie den ÖPNV (§ 3 Nr. 2 DNG iVm § 102 GWB). Das hat einen einfachen Hintergrund: In den betreffenden Versorgungsbereichen unterliegt die Aufgabe, Netze bereitzustellen, zu betreiben und zu versorgen, netzökonomischen Besonderheiten und regulatorischen Sonderbedingungen. Es bestehen regelmäßig Monopol- oder Quasimonopolstellungen, so dass sich (wenn überhaupt) nur ein staatlich geschützter Wettbewerb entfaltet, der den dort tätigen Unternehmen Statusvorteile zuspielt.⁹⁶ Genießt ein Unternehmen der Daseinsvorsorge eine solche staatliche Sonderstellung, befreit das DNG das Unternehmen zwar nicht gänzlich von seinen gesetzlichen Bindungen. Es gesteht ihm aber normative Erleichterungen zu, die seinem besonderen Status Rechnung tragen.

Diese Sonderrolle unterstellt der Gesetzgeber in zwei (abschließenden) Fallgruppen: zum einen, sofern ein Akteur seine Tätigkeit auf der Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte ausübt, die ihm eine zuständige Behörde

83 Byok/Jaeger/Werner GWB § 99 Rn. 64.

84 Ziekow/Völlink/Ziekow GWB § 99 Rn. 59 ff.

85 Die VK-Bund hat dies für die Verkehrstätigkeit der DB Regio AG festgestellt, BKartA Beschl. v. 11.3.2004 – VK-1-151/03, BeckRS 2004, 31031495; s. auch Byok/Jaeger/Werner GWB § 99 Rn. 154.

86 Ziekow/Völlink/Ziekow GWB § 99 Rn. 188.

87 Vgl. als unverbindliche Orientierungshilfe Anhang III der früheren VKR; Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB § 99 Rn. 55.

88 Denkbar ist etwa, dass die Kommune einem ihr zugeordneten Unternehmen Daten überlässt, die sie (auch) im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgaben gewonnen hat. Alternativ kann sie die Datenerhebung ganz dem Unternehmen überlassen. Mit seinen Daten soll das kommunale Datenunternehmen dann zwar auch Anwendungen schaffen, die im Wettbewerb zu Konkurrenzprodukten stehen können. Beim Zugang zu den Daten als erforderlichem Rohstoff genießt es jedoch eine bevorzugte Stellung (etwa wenn es an städtischem Eigentum privilegiert Sensoren anbringen darf). Vergleichbar wäre dies mit einer Situation, in der ein Bauunternehmen Steine und Beton direkt und kostenfrei von der Stadt erhält. Kommunale Datenunternehmen sind daher regelmäßig dem strengeren Regelungsregime des DNG für öffentliche Stellen unterworfen, wenn sie Daten monetarisieren möchten.

89 Ist eine Tätigkeit privilegiert, wird sie grds. nicht im Wettbewerb und unter Wettbewerbsbedingungen erbracht. Dann ist unerheblich, ob sie im konkreten Fall einem tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb ausgesetzt ist, vgl. EuGH C-360-96, ECLI:EU:C:1998:525 = NVwZ 1999, 397 Rn. 47 ff. – Gemeinde Arnhem sowie Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB § 99 Rn. 64.

90 Richter DNG § 2 Rn. 593, 596.

91 Die Norm selbst nutzt den Begriff des „öffentlichen Auftrags“ und übernimmt insofern den Wortlaut des Art. 1 II Buchst. a PSI-OD-RL. Die Übernahme in das DNG ist jedoch als Redaktionsversehen des nationalen Gesetzgebers zu werten. Das deutsche Recht kennt den Begriff des öffentlichen Auftrags nicht in einem kompetenzzuweisenden, sondern lediglich in einem vergaberechtlichen Sinne. Der Gesetzgeber meint vielmehr eine öffentliche Aufgabe, wie auch § 3 Nr. 4 DNG verdeutlicht. Diese besteht, wenn entweder eine spezialgesetzliche Verpflichtung besteht oder sich der Staat der Angelegenheit annimmt und diese durch Eigeninitiative zur öffentlichen (staatlichen) Aufgabe macht, vgl. BT-Drs. 19/27442, 43 mit Verweis auf die Vorgängervorschrift des § 5 II IWG und deren Begründung (BT-Drs. 16/2453, 13). Hierzu im Kontext des IWG auch VGH Mannheim 2013, 2045 (2050) und Schoch NVwZ 2006, 872 (874).

92 ErwGr. 22 S. 3 PSI-OD-RL.

93 Ausführlicher zur Auslegung des § 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG und zu entsprechenden Möglichkeiten datengetriebener Geschäftsmodelle Martini et al. NVwZ-Extra 41/2022, 1 (10 ff.).

94 Vgl. u. a. Art. 87 I BayGO.

95 Alle anderen Unternehmen der Daseinsvorsorge unterliegen den Regelungen des DNG nicht. Damit schöpft der deutsche Gesetzgeber den ihm zugestandenen Regelungsspielraum für eine Ausweitung des Adressatenkreises jedenfalls nicht voll aus. Die PSI-OD-RL stellt es den Mitgliedstaaten nämlich frei, den Anwendungsbereich der Normen zur Umsetzung der RL „insbesondere auf solche (privaten) Unternehmen zu erstrecken, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erbringen“ (ErwGr. 19 S. 2 PSI-OD-RL).

96 Burgi/Dreher/Opitz/Dörr GWB § 100 Rn. 8.

gewährt (§ 3 Nr. 2 DNG iVm § 100 I Nr. 2 Buchst. a GWB); zum anderen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beherrschenden Einfluss auf ein Unternehmen ausübt (§ 3 Nr. 2 DNG iVm § 100 I Nr. 2 Buchst. b GWB). Bei kommunalen Unternehmen verfügen die Gemeinden regelmäßig bereits deshalb über solche Einflussmöglichkeiten, weil sie eine Ingerenzpflicht trifft, wenn sie öffentliche Aufgaben auf Private übertragen:⁹⁷ Sie müssen sich Einwirkungsmöglichkeiten vorbehalten, um bei Bedarf die öffentlichen Interessen, zum Beispiel Zugangsansprüche zu kommunalen Einrichtungen (vgl. etwa Art. 21 I 1 BayGemO oder § 8 II GO NRW), durchzusetzen.

Erstellen Unternehmen der Daseinsvorsorge Datensätze außerhalb einer Sektorentätigkeit, gilt das DNG gar nicht (vgl. § 2 III Nr. 2 DNG).⁹⁸ Sie bewegen sich dann nämlich nicht in einem Bereich, der von staatlichen Sonderrechten geprägt ist. In diesen Fällen unterstellt der Gesetzgeber eine ausreichende Wettbewerbssituation. Der datenwirtschaftlichen Beschränkungen des DNG bedarf es daher nicht.

b) Datenwirtschaft als Sektorentätigkeit?

Die Datenwirtschaft als solche begreift das DNG nicht als Sektorentätigkeit (§ 3 Nr. 2 DNG iVm § 102 GWB). Daten, die Unternehmen der Daseinsvorsorge originär im Rahmen der Datenwirtschaft gewinnen, nimmt es daher von seinem Anwendungsbereich aus.⁹⁹ Soweit die jeweiligen landesrechtlichen Schranken des Kommunalwirtschaftsrechts Raum lassen, Daten ausschließlich zum Zweck des Verkaufs zu erheben oder mit ihnen auf sonstige Weise ohne Bezug zu einem der in § 102 GWB beschriebenen Bereiche der Daseinsvorsorge erwerbswirtschaftlich tätig zu werden, legt das DNG Unternehmen der Daseinsvorsorge daher keine Steine in den Weg.¹⁰⁰ Dies gilt freilich nicht, wenn sie die Daten ursprünglich im Bereich von Sektorentätigkeiten erhoben haben.¹⁰¹

3. Sonderfall „gemischte Tätigkeiten kommunaler Unternehmen“

Sofern ein kommunales Unternehmen teils gewerblich, teils aber auch nichtgewerblich agiert, ruft das die Frage auf den Plan, ob es dann als öffentliche Stelle (§ 3 Nr. 1 Buchst. b DNG) oder Unternehmen der Daseinsvorsorge (§ 3 Nr. 2 DNG) einzustufen ist – und welches Regelungsregime des DNG Anwendung findet. Eine solche Konstellation ist etwa bei kommunalen Unternehmensgesellschaften denkbar, die sowohl im Bereich der Energieversorgung (gewerblich) tätig sind als auch die (nichtgewerbliche) Gemeinwohlaufgabe sozialer Wohnraumförderung und -bewirtschaftung verfolgen. Für solche gemischten Tätigkeiten hält das DNG keine Kollisionsregel vor. Mit Blick auf die divergierenden normativen Vorgaben¹⁰² bedarf es jedoch einer klaren Zuordnung dieser Unternehmen zu einer Datenbereitstellerkategorie iSd § 2 II DNG.

Aus dem Vergaberecht (auf das der Gesetzgeber in der Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 2 DNG explizit rekurriert) sind solche Konstellationen bekannt. Dort entwickelte der EuGH die sog. *Infizierungsthese*, um Unternehmen, die ihre Aufgaben teils gewerblich, teils nichtgewerblich erfüllen, einordnen zu können.¹⁰³

Die Infizierungsthese stuft einen Auftraggeber bereits dann in Gänze als öffentlichen Auftraggeber ein, wenn er überhaupt (und sei es nur im Einzelfall) im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllt. Auf den Umfang dieser Aufgaben kommt es nicht an; sie können

auch nur einen verhältnismäßig geringen Teil seiner Gesamttätigkeit ausmachen.

Übertragen auf das DNG führte die Infizierungsthese dazu, dass ein kommunales Unternehmen insgesamt als öffentliche Stelle zu klassifizieren ist, sobald es jedenfalls in Teilen im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnimmt: Eine nichtgewerbliche Aufgabe wahrzunehmen, *infiziert* das Unternehmen als Ganzes auch dann, wenn es daneben (oder sogar schwerpunktmäßig) wettbewerblich und mit Gewinnerzielungsabsicht agiert. Die Privilegien, die das DNG Unternehmen der Daseinsvorsorge einräumt, dürften gemischt tätige kommunale Unternehmen dann auf keinem ihrer Tätigkeitsfelder in Anspruch nehmen.

a) Spannungslagen

Die Infizierungsthese anzuwenden, um zu bestimmen, wann ein sowohl gewerblich als auch nichtgewerblich handelndes Unternehmen als öffentliche Stelle zu qualifizieren ist, überzeugt intuitiv. Sie evoziert aber an einigen Stellen Reibungspunkte mit der Systematik der neuen datenwirtschaftlichen Marktordnung. Denn der Gesetzgeber hat den personellen Anwendungsbereich des DNG – anders als im Kartellvergaberecht – im Wesentlichen *tätigkeitsbezogen*¹⁰⁴ zugeschnitten (vgl. § 3 Nr. 1 Buchst. b DNG): Das DNG etabliert (1.) Ausnahmevorschriften (§ 2 III Nr. 1 Buchst. d, Nr. 2 DNG), die an die Art der Tätigkeit anknüpfen, rekurriert (2.) bei der Definition des Unternehmens der Daseinsvorsorge auf die Tätigkeit des Sektorenauftraggebers („ausübt oder [...] betreibt; § 3 Nr. 2 DNG) und knüpft (3.) den zentralen Begriff der Nutzung an eine spezifische Tätigkeit (§ 3 Nr. 4

97 Die Kommune hat sich aufgrund ihrer fortbestehenden Verantwortung für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben die Möglichkeit zu sichern, auf ein privatisiertes Unternehmen kontrollierend und steuernd einwirken zu können, vgl. etwa BVerwG NVwZ 1991, 59.

98 Auch für Unternehmen der Daseinsvorsorge kommt es also entscheidend darauf an, ob sie ihre Daten wirtschaftlich, oder auch für Sektorentätigkeiten erstellen. Im Einzelfall könnte ihnen der Nachweis, dass sie Daten nicht für Sektorentätigkeiten erstellen, indes leichter fallen als den öffentlichen Stellen: Diese müssen proaktiv darlegen, dass sie die Daten nicht mit staatlichen Mitteln, sondern durch die Kaufkraft Dritter finanziert haben. Wenden hingegen Unternehmen der Daseinsvorsorge öffentliche Mittel auf, um ein datenwirtschaftliches Feld zu bespielen, das keine Sektorentätigkeit darstellt (etwa die Lenkung des PKW-Verkehrs oder die Parkraumbewirtschaftung), kann dies – anders als bei öffentlichen Stellen – bereits für den Dispens durch § 2 III Nr. 2 DNG ausreichen.

99 Beschränkte sich ein Unternehmen vollständig auf solche Tätigkeiten, unterfiele es sogar in toto nicht dem DNG, vgl. § 2 III Nr. 2 DNG. Jedoch verlangen sämtliche kommunalwirtschaftsrechtlichen Regime, dass die wirtschaftliche Betätigung eines Unternehmens einem öffentlichen Zweck dient, vgl. nur § 121 I 1 Nr. 1 HessGO; § 68 II 1 Nr. 1 MVKomVerf. Ein solcher ist bei rein kommerzieller datenwirtschaftlicher Tätigkeit nicht ohne Weiteres ersichtlich, vgl. auch BeckOK KommR NRW/Kaster, 30. Ed. 1.1.2025, § 107 GO NRW Rn. 29.

100 Letztlich entspricht dieser Spielraum also im Wesentlichen demjenigen öffentlicher Stellen, s. dazu III 1. b) bb).

101 Das heißt wiederum nicht, dass Auswertungen von Daten, die aus einer Sektorentätigkeit stammen, nicht auch der Ausnahme des § 2 III Nr. 2 DNG unterfallen können. Dies ist etwa denkbar, wenn im Rahmen der Analyse von Daten, die ursprünglich in einer Sektorentätigkeit erstellt wurden, neue Daten gewonnen respektive erstellt werden, die einen eigenständigen semantischen Bezugspunkt haben und fortan nicht mehr für die Sektorentätigkeit Verwendung finden; vgl. Martini et al. NVwZ-Extra 41/2022, 1 (11).

102 Vgl. unter II.

103 EuGH C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 Rn. 33 = NJW 1998, 3261 = NVwZ 1999, 173 Ls. – Österreichische Staatsdruckerei; EuGH C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 Rn. 59 = NZBau 2008, 393 = EuZW 2008, 342 – Ing. Aigner; vgl. auch bzgl. § 99 GWB OLG Rostock NZBau 2020, 113.

104 Im Vergaberecht ist nur der personelle Anwendungsbereich des Sektorenvergaberechts (§§ 100 und 101 GWB) tätigkeitsbezogen formuliert; den für das Kartellvergaberecht maßgeblichen § 99 GWB hat der Gesetzgeber hingegen organisationsbezogen ausgestaltet.

DNG).¹⁰⁵ Maßgeblich ist mithin die konkrete Art und Weise der Aufgabenerfüllung, nicht die Organisationsform des Datenbereitstellers. So wie der Gesetzgeber dem § 3 Nr. 1 Buchst. b DNG ein tätigkeitsbezogenes Verständnis einschreibt, sollte deshalb grundsätzlich auch die Gewerblichkeit bzw. Nichtgewerblichkeit *des konkreten Handlungsfeldes* für die Qualifikation eines Adressaten als öffentliche Stelle oder Unternehmen der Daseinsvorsorge maßgeblich sein.

DNG und Vergaberecht verfolgen zudem unterschiedliche regulatorische Anliegen. Die vergaberechtliche Einstufung als öffentlicher Auftraggeber soll wirtschaftlich sinnvolle Auswahlentscheidungen öffentlicher Stellen über staatliche Haushaltsressourcen sicherstellen. Das DNG verfolgt demgegenüber neben informationsfreiheitsrechtlichen vor allem (und insofern teilweise gleichlaufend mit dem Vergaberecht) wettbewerbliche Anliegen – und ordnet die von öffentlichen Akteuren erstellten Daten nach dem binären Code *im Wettbewerb/nicht im Wettbewerb stehend* zu.¹⁰⁶ Die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. § 6 I HGrG, § 7 I BHO) und der Schutz vor wirtschaftlich verfehlten Beschaffungen, die das Vergaberecht prägen, gehören demgegenüber nicht zu seinen (vorrangigen) Schutzziele. Das DNG schafft einen neuen Rechtsrahmen, der die Nutzung der Daten des öffentlichen Sektors fördern soll, sichert fiskalische Ziele hingegen nur punktuell ab. Legt man den Maßstab des Regelungszwecks und der Systematik des DNG an, bliebe daher nur wenig Raum, hinreichende Deckungsgleichheit mit den Wertungen des Vergaberechts zu identifizieren, um die Infizierungsthese auf das DNG zu übertragen.

b) Argumente für die Infizierungsthese

Allen Unterschieden zwischen Vergaberecht und DNG zum Trotz drohte eine tätigkeitsbezogene Auslegung des § 3 Nr. 1 Buchst. b DNG einen wichtigen Aspekt aus dem Auge zu verlieren: Der Gesetzgeber wollte mit der Definition einen umfassenden inhaltlichen Gleichlauf zu § 99 GWB herstellen.¹⁰⁷ Anders als der für Unternehmen der Daseinsvorsorge (§ 3 Nr. 2 DNG) geltende § 100 GWB bezieht diese Norm gerade auf die Organisation als Ganze.¹⁰⁸ Im Lichte dieses bewussten gesetzgeberischen Rekurses¹⁰⁹ genügen eine grundsätzlich tätigkeitsbezogene Systematik des DNG und andere Regelungsinentionen nicht ohne Weiteres, um die Infizierungsthese im Geltungsbereich des DNG zu entkräften.

Die Anwendungsausnahmen des § 2 III DNG verbürgen wirtschaftlich handelnden öffentlichen Akteuren ohnehin eine gewisse Flexibilität (die das allgemeine Kartellvergaberecht nicht in gleichem Maße bietet). Das gilt insbesondere mit Blick auf § 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG: Die Vorschrift nimmt Daten aus dem Anwendungsbereich heraus, sofern öffentliche Stellen diese nicht im Rahmen der öffentlichen Aufgabenerfüllung bereitstellen, also wettbewerblich agieren. Soweit eine öffentliche Stelle darauf angewiesen ist, ihr Handeln nach ökonomischen Gesichtspunkten auszurichten, kann sie sich also – in den Grenzen kommunalwirtschaftsrechtlicher Vorgaben – darauf berufen, dass die Daten, die sie generiert, nicht dem DNG unterliegen. Gleiches gilt für Unternehmen der Daseinsvorsorge, wenn sie Daten „außerhalb der Tätigkeit nach § 3 Nummer 2 erstellt (haben)“ (§ 2 III Nr. 2 DNG). In vielen Fällen wird die Infizierungsthese daher Adressaten, die teilweise gewerblich und teilweise nichtgewerblich agieren, im Ergebnis ohnehin nicht benachteiligen.

Zieht man als Vergleichsfolie nicht das allgemeine Kartellvergaberecht, sondern das tätigkeitsbezogene Sektorenvergaberecht (§§ 136–143 GWB) heran, sieht die Wertung zwar auf den ersten Blick anders aus. Denn dort findet die Infizie-

rungsthese trotz Ausnahmeregelungen keine Anwendung.¹¹⁰ Übertragen auf das DNG wären Datenbereitsteller also je nach Tätigkeitsbereich als öffentliche Stelle oder als Unternehmen der Daseinsvorsorge zu qualifizieren.

Bei näherer Betrachtung hinkt dieser Vergleich jedoch. Die tätigkeitsbezogenen Ausnahmen des DNG knüpfen nämlich an einen feststehenden Adressatenkreis an: Eine öffentliche Stelle ist DNG lässt sich keinesfalls als Unternehmen der Daseinsvorsorge qualifizieren (vgl. § 3 Nr. 2 DNG, der gerade nicht auf § 100 I Nr. 1 GWB verweist). Im Sektorenvergaberecht ist hingegen – je nach Tätigkeitsbereich – ein fließender Übergang zwischen den jeweiligen Auftraggeberkategorien möglich.¹¹¹ Seine Wertungen lassen sich daher gerade nicht eins zu eins auf das DNG übertragen. Insofern unterstreichen die Bereichsausnahmen des § 2 III DNG letztlich die Offenheit des Gesetzgebers, die Infizierungsthese innerhalb des DNG gelten zu lassen.

Für die Infizierungsthese streitet schließlich – ebenso wie im Vergaberecht¹¹² – der ihr inhärente Grundgedanke der *Rechtsklarheit*: Normen müssen klar und ihre Anwendung für alle Betroffenen vorhersehbar sein.¹¹³ Eine einzelfallbezogene Prüfung, welchen Regelungen des DNG eine konkrete Datumserhebung unterfällt, ist aber weder für kommunale Unternehmen und ihre Geschäftspartner noch für die Datennutzer praktikabel.¹¹⁴ § 3 Nr. 1 Buchst. b DNG stellt sich erst dann als klar und in seiner Anwendung für alle Betroffenen vorhersehbar dar, wenn die Wertungen der Infizierungsthese auch hier Anwendung finden. Dem Zweck des DNG und der ihm zugrundeliegenden PSI-OD-RL entspräche dies auch insofern, als öffentlich finanzierte Daten dann grundsätzlich flächendeckend in den Anwendungsbereich des DNG fielen.¹¹⁵ Die Infizierungsthese er-

105 Richter DNG § 3 Rn. 168.

106 Der Differenzierung liegt der regulatorische Grundgedanke zugrunde, dass jeder von kollektiv (statt privatwirtschaftlich) finanzierten Gütern profitieren sollte, s. auch Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz/Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb Data Access/Richter, Consumer Interests and Public Welfare, The law and policy of Government access to private sector data (‘B2G data sharing’), 2021, S. 529 (564).

107 BT-Drs. 19/27442, 37.

108 Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB § 100 Rn. 10.

109 BT-Drs. 19/27442, 37.

110 Maßgeblich hierfür ist der relative Begriff des Sektorenauftraggebers Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB § 102 Rn. 24.

111 Innerhalb des Vergaberechts kann ein öffentlicher Auftraggeber (§ 99 GWB) hingegen auch Sektorenauftraggeber sein, sofern er die Voraussetzungen des § 100 I Nr. 1 GWB erfüllt.

112 EuGH C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 Rn. 25 = NJW 1998, 3261 = NVwZ 1999, 173 Ls. – Österreichische Staatsdruckerei; bestätigt durch EuGH C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 Rn. 54 f. = NVwZ 1999, 397 – Gemeinde Arnheim; EuGH C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 Rn. 52 ff. = NZBau 2008, 393 = EuZW 2008, 342 – Ing. Aigner; Ott, Das öffentliche Unternehmen im Informationsfreiheitsrecht, 2023, S. 480 hingegen erkennt zwar auch „den Charme der Einfachheit der Rechtsprechungspraxis“ an, plädiert aber für eine Schwerpunktlösung, gewichtet nach den Anteilen (gewerblich/nichtgewerblich) am Gesamtumsatz.

113 EuGH C-393/06, ECLI:EU:C:1998:4 Rn. 34 = NJW 1998, 3261 = NVwZ 1999, 173 Ls. – Österreichische Staatsdruckerei.

114 Die komplexen intrabetrieblichen Organisations- und Datenverarbeitungsstrukturen sind für Außenstehende schwer einsehbar, so dass vor allem Datennutzer nicht zweifelsfrei beurteilen können, ob das kommunale Unternehmen das Datum in einem gewerblichen oder nichtgewerblichen Handlungsumfeld erstellt hat. Kommunale Datenbereitsteller könnten diese Unsicherheit der Datennutzer ausnutzen und so letztlich das Ziel des DNG, die Daten des öffentlichen Sektors als Innovationsressource freizusetzen, unterminieren.

115 So formuliert der Entwurf zum DNG, dass die „nationale und europäische Datenpolitik (...) öffentlich finanzierte Daten als wesentlichen Beitrag für den Erfolg datenbasierter Schlüsseltechnologien (identifiziert)“, BT-Drs. 19/27442, 1. Darüber hinaus sollen Schwierigkeiten, die sich aus einer „(...) beschränkter Verfügbarkeit (heraus ergeben)“, beseitigt werden, BT-Drs. 19/27442, 1.

möglicht im Ergebnis klare Zuordnungen der Datenbereitsteller und beugt rechtsmissbräuchlichen Gestaltungen vor.¹¹⁶ Sie stellt sicher, dass das Räderwerk des DNG sachgerecht ineinandergreift: Handelt ein kommunales Unternehmen jedenfalls *auch* nichtgewerblich, unterfällt es zwar insgesamt den strengeren Vorgaben für öffentliche Stellen. Zugleich ist es aber nicht jeglicher datenwirtschaftlicher Handlungsspielräume beraubt: Sofern es bestimmte Daten allein zu kommerziellen Zwecken erhebt (§ 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG) oder auf ausreichende Einnahmen zur Kostendeckung angewiesen ist (§ 10 II Nr. 1 DNG), greifen Ausnahmen. Die für das Vergaberecht entwickelte Infizierungsthese auch im DNG anzuwenden, erscheint insofern sachgerecht und entspricht dem Willen des historischen Gesetzgebers.

c) Auswirkungen der Infizierungsthese auf die sog. Sektorenausnahmen

In die Bredouille gerät die Infizierungsthese bei „Unternehmen der Daseinsvorsorge, die den Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen unterfallen“ (§ 2 II Nr. 2 Alt. 1 DNG). Die Begriffsbestimmung stuft als Datenbereitsteller und damit Regelungsadressaten des DNG nämlich nur jene Unternehmen der Daseinsvorsorge ein, die den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegen. Im Umkehrschluss nimmt die Vorschrift solche Unternehmen vom Anwendungsbereich aus, die ohnehin vollständig freien Marktmechanismen ausgesetzt sind (vgl. auch § 2 III Nr. 2 DNG).¹¹⁷ Stadtwerke etwa, die im Strom- und Gaseinzelhandel (sog. liberalisierter Sektorenbereich) tätig sind, erfasst das DNG dann nicht, da es hier keiner Vergaberegeln bedarf, um einen Wettbewerb herzustellen.

Bespielen kommunale Unternehmen neben einem solchen vollständig liberalisierten Markt auch ein nichtgewerbliches Handlungsfeld, etwa wenn Stadtwerke zugleich in der Abwasserentsorgung (nichtgewerblich) tätig sind, stellen sich dann Zuordnungsherausforderungen ein. Aufgrund ihrer teilweise nichtgewerblichen Tätigkeit gelten sie bei Anwendung der Infizierungsthese innerhalb des DNG dann insgesamt als öffentliche Stelle. Die Stadtwerke unterfielen dann prinzipiell, also ungeachtet etwaiger Sektorenausnahmen und freier Marktmechanismen, dem Anwendungsbereich des DNG.¹¹⁸

Einen Ausweg aus dem Dilemma weist dann aber die Bereichsausnahme des § 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG. Diese befreit öffentliche Stellen vom Anwendungsbereich des DNG, wenn sie Daten außerhalb ihres öffentlichen Auftrags zu kommerziellen Zwecken und im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern gegen Gebühr erstellen.¹¹⁹ Daten aus dem Sektorenausnahmebereich¹²⁰ unterfallen daher nicht dem DNG. Diese gesetzgeberische Wertung leuchtet ein: Sofern der Sektor, in dem die Daten erstellt wurden, ohnehin generell dem Wettbewerb unterliegt,¹²¹ steht eine wettbewerbsgefährdende Benachteiligung privater Akteure aufgrund marktschädlicher Quersubventionen nicht zu befürchten.

IV. Fazit

1. Öffentliche Stellen spannt das DNG grundsätzlich in ein enges Regulierungskorsett. Es soll das Potenzial erschließen, das in öffentlichen Daten steckt. Kommunalen Unternehmen räumt das DNG demgegenüber grundsätzlich weitreichende Privilegien im Umgang mit ihrem Datenfundus ein.

In deren Genuss gelangen sie allerdings nur, wenn sie als sog. Unternehmen der Daseinsvorsorge (§ 2 II Nr. 2 iVm § 3 Nr. 2 DNG) einzustufen sind. Das setzt voraus, dass sie ihre Aufgaben gewerblich erfüllen. Anderenfalls unterliegen sie den deutlich strengeren Restriktionen, die das DNG für öffentliche Stellen (§ 2 II Nr. 1 iVm § 3 Nr. 1 DNG) aufstellt.¹²²

2. Wenn ein Unternehmen teils gewerblich, in anderen Zusammenhängen aber auch nichtgewerblich agiert, entstehen Abgrenzungsprobleme. In diesem Fall eröffnet die (aus dem Vergaberecht stammende) Infizierungsthese sachgerechte Lösungen: Das kommunale Unternehmen ist insgesamt dem Regelungsregime für öffentliche Stellen zu unterwerfen, sobald es zumindest *auch* Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnimmt. Auf den Umfang dieser Aufgaben kommt es nicht an. Dafür streiten der ausdrücklich erklärte Wille des historischen Gesetzgebers, der Dispens für kommerziell erhobene Daten (§ 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG) sowie vor allem der Grundsatz der Rechtsklarheit.

3. Auch für den Fall, dass ein Unternehmen auf einem vollständig liberalisierten Markt und zugleich in einer anderen Sparte nichtgewerblich agiert, lässt das DNG offen, welches Regime einschlägig ist. In praxi trifft das vor allem auf die umsatzstarken Stadtwerke zu. Aufgrund der gesetzlichen Regelungssystematik sind sie unter Anwendung der Infizierungsthese als öffentliche Stelle einzustufen. Die Bereichsausnahme des § 2 III Nr. 1 Buchst. d DNG verschafft ihnen aber dennoch datenwirtschaftliche Handlungsspielräume: Besteht aufgrund einer Sektorenausnahme eine ausreichende Wettbewerbssituation, unterfallen die Daten, welche die öffentliche Stelle in dem ausgenommenen Sektor generiert, nicht dem DNG.

4. Die Regelungsarchitektur des jungen DNG offenbart insgesamt einige Konstruktionsschwächen. Diese dürften in der Zukunft die Verwaltungsgerichte noch eine Weile beschäftigen. Das Ringen um die kommunale (Daten-)Wirtschaft geht daher vermutlich in die nächste Runde – sowohl in der politischen Arena als auch in der juristischen Debatte. ■

116 Im Sektorenbereich des § 100 GWB gilt die Infizierungsthese hingegen nicht, Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB § 100 Rn. 10.

117 Immenga/Mestmäcker/Kling GWB § 140 Rn. 1. Dies trifft auf diejenigen gewerblich agierenden kommunalen Unternehmen zu, die auf Märkten ohne Zugangsbeschränkung agieren und für die die Kommission (vgl. § 3 SektVO) aus diesem Grund die Freistellung des Marktes von den Vorschriften über die Auftragsvergabe beschlossen hat (vgl. Art. 34 SektRL, § 140 GWB); Burgi, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, 282. Für den deutschen Markt hat die Kommission entsprechende Durchführungsbeschlüsse für die Erzeugung und den Großhandel von Strom (Durchführungsbeschluss 2012/218/ (EU) der Kommission v. 24.4.2012) sowie den Strom- und Gaseinzelhandel (Durchführungsbeschluss 2016/1674/ (EU) der Kommission v. 15.9.2016) erlassen. Geschäftsmodelle mit Daten sind in diesen Märkten daher weiterhin – jenseits der Schranken des DNG – möglich.

118 Dass Auftraggeber die Voraussetzungen mehrerer Tatbestände der §§ 99–101 GWB erfüllen, schließt das Vergaberecht nicht aus. Solange die Rechtsfolgen der Auftraggebergemeinschaft nach allen Tatbeständen übereinstimmen, ist dies unerheblich. Problematisch wird die Erfüllung mehrerer Tatbestände jedoch, wenn die Rechtsfolgen voneinander abweichen, vgl. Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB § 98 Rn. 16.

119 ErwGr. 22 S. 3 PSI-ÖD-RL.

120 Zu einzelnen Beispielen, zu denen Entscheidungen der EU-Kommission vorliegen, s. Müller/Greb/Dietrich SektorenvergabeR, 3. Aufl. 2022, GWB § 140 Rn. 10 f.

121 Zur vergaberechtlichen Situation s. MüKoWettbR/Marx, 4. Aufl. 2022, GWB § 140 Rn. 1.

122 Unternehmen, die nicht in einem der Sektorenbereiche oder im ÖPNV tätig sind, unterliegen nicht den Regelungen des DNG, da sie sich nicht in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen bewegen, sondern im Wettbewerb mit anderen Unternehmen tätig werden.