

RECHTSGUTACHTEN

ZUR

**UNABHÄNGIGKEIT DES KOORDINATORS FÜR DIGITALE DIENSTE
NACH DEM GESETZ ÜBER DIGITALE DIENSTE DER EUROPÄISCHEN UNION**

ERSTELLT IM AUFTRAG DES

BUNDESMINISTERIUMS FÜR DIGITALE UND VERKEHR

VON

PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M. (BRÜSSEL)

UNIVERSITÄTSPROFESSOR, REGENSBURG

MIT UNTERSTÜTZUNG VON

ASS. IUR. MAXIMILIAN DÜRR

REGENSBURG

18. OKTOBER 2022

Inhaltsverzeichnis

A. Rechtsfragen.....	4
B. Rechtliche Bewertung.....	5
I. Verständnis der Unabhängigkeit in anderen Sekundärrechtsakten der Europäischen Union als Referenzpunkt.....	5
1. Strenge Anforderungen an die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörde in Art. 28 DSRL in der Rechtsprechung des EuGH	6
a) Ausschluss von Aufsicht im Grundsatzurteil des EuGH vom 9.3.2010.....	6
b) Schranken für die Dienstaufsicht, Eingliederung in Regierungsstellen im Urteil des EuGH vom 16.10.2012	11
c) Schranken für die Beendigung der Amtszeit im Urteil des EuGH vom 8.4.2014. 12	
d) Auswirkungen der primärrechtlichen Verankerung der Unabhängigkeit in der GRC.....	14
2. Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in der Energiewirtschaft im Spiegel der Rechtsprechung des EuGH	16
II. Unionsrechtliche Anforderungen an die Unabhängigkeit im DDG.....	19
1. Grundkonzeption und Aufgaben des DDK.....	19
a) Aufgaben des DDK als Ausgangspunkt.....	19
b) Grundkonzeption des DDK	20
2. Wortlaut des Art. 50 DDG	20
3. Genesis.....	22
4. Systematik.....	24
5. Telos.....	24
6. Zwischenergebnis	25
III. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Unabhängigkeit	27
1. Grenzen der Unabhängigkeit aus dem Demokratieprinzip und dem Verbot ministerialfreier Räume?.....	27
a) Grund und Grenzen des Verbots ministerialfreier Räume in der überkommenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	28
b) Angleichung an die Anforderungen einer demokratischen Legitimation entsprechend der Rechtsprechung des EuGH.....	30
c) Keine Öffnung für verfassungsrechtliche Spezifika der Mitgliedstaaten im DDG	31
d) Inkurs: fehlende Relevanz des Beschlusses des VG Köln vom 1.3.2022	32
2. Verschärfende Anforderungen an die Unabhängigkeit aus dem Gebot der Staatsferne?.....	33
a) Das Gebot der Staatsferne in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	33
b) Partielle Übertragbarkeit auf den DDK.....	34
c) Weniger strenge Anforderungen der Staatsferne im Vergleich zur Auslegung der Unabhängigkeit durch den EuGH	36
IV. Konsequenzen für die notwendige Unabhängigkeit auf nationaler Ebene.....	40
1. Fachaufsicht unzulässig	41
2. Rechtsaufsicht unzulässig	41
3. Dienstaufsicht unzulässig.....	42
4. Leitungspersonal: Ernennung, Amtszeit, Absetzung.....	42

5.	Mittelausstattung.....	43
6.	Vorfrage: Ansiedlung des DDK auf Bundesebene abhängig von entsprechenden Verwaltungskompetenzen.....	44
a)	Grundsatz der Länderzuständigkeit und Verbot der Mischverwaltung.....	44
b)	Umfassende fakultative Verwaltungskompetenz des Bundes aus Art. 87 Abs. 3, S. 1 GG, soweit Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht	45
c)	Zwischenergebnis	47
7.	Möglichkeit der Einsetzung der Bundesnetzagentur	47
a)	Fachaufsicht.....	47
b)	Rechtsaufsicht.....	48
c)	Dienstaufsicht	49
d)	Leitungspersonal: Ernennung, Amtszeit, Absetzung	50
e)	Mittelausstattung	50
f)	Orientierung an den Datenschutzaufsichtsbehörden	51
g)	Ergebnis.....	51
C.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	53

A. Rechtsfragen

Folgende Rechtsfragen sollen im vorliegenden Gutachten umfassend rechtsgutachterlich geprüft werden:

1. Welche Anforderungen an die Unabhängigkeit ergeben sich aus der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu anderen Sekundärrechtsakten, insbesondere aus dem Datenschutz- und Energiewirtschaftsrecht, und inwieweit sind die dort getroffenen Aussagen auf die künftige Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste, im Folgenden DDG) und den Koordinator für digitale Dienste (im Folgenden DDK) übertragbar?
2. Welche unionsrechtlichen Anforderungen ergeben sich aus dem DDG selbst und welche Rückschlüsse lassen sich hieraus in Bezug auf die Übertragbarkeit der EuGH-Judikatur ziehen?
3. Welche Anforderungen an die völlig unabhängige Ausgestaltung des DDK ergeben sich aus dem nationalen Verfassungsrecht und der konkretisierenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?
4. Wie könnte eine Umsetzung der nationalen und unionsrechtlichen Anforderungen hinsichtlich der Unabhängigkeit des DDK in deutsches Recht aussehen und wäre insbesondere eine Eingliederung in die Bundesnetzagentur denkbar?

B. Rechtliche Bewertung

Zur Beantwortung der vier Fragenkomplexe soll zunächst das Verständnis der Unabhängigkeit der zuständigen Behörden in den anderen Sekundärrechtsakten der Europäischen Union, namentlich im Datenschutz- und ergänzend im Energierecht, als Referenzpunkt herausgearbeitet werden, wobei ein besonderer Fokus auf der Rechtsprechung des EuGH liegt (dazu I.). Sodann sollen die unionsrechtlichen Anforderungen aus dem künftigen DDG aufbereitet werden (dazu II.). In einem weiteren Schritt kann geprüft werden, ob sich aus dem nationalen Verfassungsrecht gegenläufige oder verschärfende Anforderungen an die Unabhängigkeit ergeben (dazu III.). Ausgehend von diesen drei Prüfungsschritten können schließlich die Konsequenzen für die Umsetzung des Unabhängigkeitserfordernisses in Deutschland gezogen werden, wobei insbesondere geprüft wird, inwiefern eine Eingliederung des DDK in die Bundesnetzagentur möglich wäre (dazu IV.).

I. Verständnis der Unabhängigkeit in anderen Sekundärrechtsakten der Europäischen Union als Referenzpunkt

Die Unabhängigkeit von Regulierungsbehörden wie dem DDK ist gerade keine Besonderheit des DDG, sondern unionsrechtliches Kernelement zur Gewährleistung effektiver Aufsichtsstrukturen, das sich auch in anderen unionsrechtlich überformten Rechtsbereichen findet. Eine Untersuchung der Unabhängigkeit des DDK ist daher nicht auf eine Analyse der einschlägigen Vorschriften des DDG zu beschränken, sondern sollte zudem die Literatur und vor allem die Rechtsprechung insbesondere des EuGH zu anderen Sekundärrechtsakten der Europäischen Union mit parallelen Problemstellungen auswerten und auf ihre Übertragbarkeit auf das künftige DDG überprüfen. So finden sich dem DDG vergleichbare Unabhängigkeitsanforderungen vor allem im Datenschutzrecht (dazu 1.) und Energierecht (dazu 2.), aber beispielsweise auch im Telekommunikationsrecht.

Entscheidend für die Untersuchung ist hierbei die Rechtsprechung des EuGH und insbesondere die Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit durch den EuGH sowie die sich hieraus ergebenden Anforderungen an die Ausgestaltung einer völlig unabhängigen Behörde. In einem Folgeschritt ist jedoch zu überprüfen, ob bzw. inwieweit die gefundenen Anforderungen und Ergebnisse auf das DDG und den DDK anwendbar sind oder ob die Aussagen gerade auf Spezifika der jeweiligen Materie zurückzuführen sind und daher bei

der Anwendung auf den DDK relativiert oder angepasst werden müssen bzw. nicht übertragbar sind. So könnten insbesondere grundrechtliche Spezifika im Datenschutzrecht ausschlaggebend sein (dazu 1.d)).

1. Strenge Anforderungen an die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörde in Art. 28 DSRL in der Rechtsprechung des EuGH

Im Folgenden ist zunächst das strenge Verständnis der Unabhängigkeit im Grundsatzurteil des EuGH noch zum alten Datenschutzsekundärrecht herauszuarbeiten (dazu a)), das in der Folgezeit bestätigt wurde (dazu b) und c)), ohne dass insoweit Besonderheiten des grundrechtlichen Datenschutzes eine entscheidende Rolle gespielt hätten (dazu d)).

a) Ausschluss von Aufsicht im Grundsatzurteil des EuGH vom 9.3.2010

Das prominenteste Beispiel für unabhängige Aufsichtsstrukturen im Unionsrecht ist das Datenschutzrecht. Hier wurde das Erfordernis der völligen Unabhängigkeit schon vor Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung 2016/679 (im Folgenden DSGVO) in Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG (im Folgenden DSRL) normiert. Die Richtlinie forderte dabei ihrem Wortlaut nach zur Überwachung der Richtlinienvorgaben die Einrichtung öffentlicher Stellen durch die Mitgliedstaaten. Wörtlich hieß es dort: „Diese Stellen nehmen die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahr.“ Der Begriff der völligen Unabhängigkeit findet sich nun auch in Art. 50 Abs. 2 DDG wieder. Bereits im Jahr 2010 hatte sich der EuGH mit der Auslegung der DSRL und insbesondere jenem Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 DSRL auseinanderzusetzen. Anlass der Entscheidung war ein Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland, in dem sich der EuGH mit der Umsetzung des Unabhängigkeitserfordernisses in Deutschland zu befassen hatte. Mit Urteil vom 9.3.2010¹ bemängelte der EuGH die Ausgestaltung der deutschen Datenschutzbehörden in einzelnen Bundesländern im Hinblick auf ihre fehlende Unabhängigkeit und machte dabei grundlegende Aussagen zu den Anforderungen an eine völlige Unabhängigkeit im Sinne des Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 DSRL. Der EuGH bedient sich dabei insbesondere der klassischen juristischen Auslegungsmethoden, wobei er sich vor allem mit

¹ EuGH, Urte. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 – Kommission/Deutschland.

dem Wortlaut und dem Telos der Vorschrift befasst. Dabei definiert der Gerichtshof, mangels Legaldefinition, zunächst den Begriff der Unabhängigkeit als

*„eine Stellung, in der gewährleistet ist, dass die betreffende Stelle völlig frei von Weisungen und Druck handeln kann“.*²

In der Folge ging der EuGH ausführlich auf den Zweck des Unabhängigkeitserfordernisses ein:

*„Die Gewährleistung der Unabhängigkeit der nationalen Kontrollstellen soll die wirksame und zuverlässige Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sicherstellen und ist im Licht dieses Zwecks auszulegen. Sie wurde eingeführt, um die von ihren Entscheidungen betroffenen Personen und Einrichtungen stärker zu schützen, und nicht, um diesen Kontrollstellen selbst oder ihren Bevollmächtigten eine besondere Stellung zu verleihen. Folglich müssen die Kontrollstellen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben objektiv und unparteiisch vorgehen. Hierzu müssen sie vor jeglicher Einflussnahme von außen einschließlich der unmittelbaren oder mittelbaren Einflussnahme des Bundes oder der Länder sicher sein und nicht nur vor der Einflussnahme seitens der kontrollierten Einrichtungen“.*³

Der Gerichtshof machte dabei detaillierte Ausführungen zum Telos des Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 DSRL: Die Vorschrift soll eine effektive, objektive Aufsicht frei von jeglichen Einflüssen staatlicher Akteure oder Dritter gewährleisten und so den Schutzzweck der DSRL fördern, namentlich den Schutz personenbezogener Daten. Insoweit differenziert der EuGH auch nicht, ob die Aufsicht über private oder öffentliche Stellen erfolgt.

Der Gerichtshof fasst die gewonnenen Erkenntnisse dann nochmals zusammen und präzisiert die Anforderungen an die völlige Unabhängigkeit. Die Kontrollstellen müssen zur ausreichenden Umsetzung der Vorgaben aus der DSRL mit einer Unabhängigkeit ausgestattet sein,

„die es ihnen ermöglicht, ihre Aufgaben ohne äußere Einflussnahme wahrzunehmen. Diese Unabhängigkeit schließt nicht nur jegliche Einflussnahme seitens der kontrollierten Stellen aus, sondern auch jede Anordnung und jede sonstige äußere

² EuGH, Urt. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 18 – Kommission/Deutschland.

³ EuGH, Urt. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 25 – Kommission/Deutschland.

*Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar, durch die in Frage gestellt werden könnte, dass die genannten Kontrollstellen ihre Aufgabe, den Schutz des Rechts auf Privatsphäre und den freien Verkehr personenbezogener Daten ins Gleichgewicht zu bringen, erfüllen“.*⁴

Angesichts des weiten Verständnisses des Unabhängigkeitserfordernisses durch den EuGH stellt sich die Folgefrage, ob dies mit einer staatlichen Aufsicht in Einklang zu bringen ist, wie sie im zu beurteilenden Sachverhalt für einige Landesdatenschutzbehörden vorgesehen war. Der EuGH verneint dies im Ergebnis konsequent. Dabei geht er nicht auf verschiedene Ausgestaltungen von Aufsichtsmodellen ein, was aber eher für einen umfassenden Ausschluss von jedweder Aufsicht spricht. So heißt es auch wörtlich in der Entscheidung:

*„Hierzu ist festzustellen, dass die staatliche Aufsicht gleich welcher Art es der Regierung des betroffenen Landes oder einer Stelle der ihr untergeordneten Verwaltung grundsätzlich ermöglicht, auf Entscheidungen der Kontrollstellen unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen bzw. diese Entscheidungen aufzuheben und zu ersetzen.“*⁵

Während der EuGH generell von *staatlicher Aufsicht* spricht, ist das Konzept der Verwaltungsaufsicht in Deutschland differenzierter ausgestaltet. So findet sich zum einen die *Rechtsaufsicht*, die eine reine Gesetzmäßigkeitskontrolle des Verwaltungshandelns darstellt.⁶ Weitergehend ist die *Fachaufsicht*, die neben einer Kontrolle der Rechtmäßigkeit auch eine Überprüfung der Zweckmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme ermöglicht.⁷ Damit ist auch eine Einwirkung auf das Behördenermessen möglich. Subsumiert man nun die Begriffe der Fach- und Rechtsaufsicht unter die Kriterien der Rechtsprechung hinsichtlich der Unabhängigkeit zeigt sich, dass beide Aufsichtsmodelle nicht mit dem Konzept der Unabhängigkeit vereinbar sind. So ist das Hauptinstrument der Fachaufsicht die

⁴ EuGH, Urt. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 30 – Kommission/Deutschland.

⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 32 – Kommission/Deutschland.

⁶ Kahl, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Auflage 2022, § 45 Rn. 111; ausführlich Pieper, Aufsicht, 2006, S. 416 f.; vgl. Suerbaum, in BeckOK Kommunalrecht Bayern, 14. Edition, Stand: 1.5.2022, Art. 108 GO, Rn. 15.

⁷ Kahl, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Auflage 2022, § 45 Rn. 111, 115; ausführlich Pieper, Aufsicht, 2006, S. 418 ff.

Weisung,⁸ womit sie schon nach der Grunddefinition der völligen Unabhängigkeit ausgeschlossen ist. Weniger offensichtlich, aber im Ergebnis klar, ist auch der Ausschluss der Rechtsaufsicht. Zwar geht es hierbei um eine bloße Überprüfung der Rechtmäßigkeit, was grundsätzlich anhand objektiver, rechtlicher Kriterien möglich ist. Selbst in diesem Fall bleiben der Aufsichtsbehörde jedoch gewisse Spielräume, etwa ein zumindest faktisch vorhandenes Entschließungsermessen. Weiter ist die Auslegung des Rechts selten eindeutig, sodass auch auf diese Weise subjektive Einflüsse nicht ausgeschlossen sind. Dies zeigt, dass auch im Falle einer Rechtsaufsicht eine äußere Einflussnahme nicht in ausreichendem Maße verhindert werden kann. Genau das ist auch die Aussage des EuGH: Nachdem er zunächst feststellt, dass jegliche staatliche Einflussnahme ausgeschlossen werden muss, sagt er weiter, dass „staatliche Aufsicht gleich welcher Art“ grundsätzlich eine Einflussnahme ermöglicht und erteilt dieser generell eine Absage. Dies gilt damit für verschiedene Aufsichtsmodelle wie die Fach- und Rechtsaufsicht.

Im Weiteren begründet der EuGH ein umfassendes Verbot insbesondere aufgrund etwaiger staatlicher Interessenskonflikte. Er setzt sich dabei auch mit den von Deutschland vorgebrachten Gegenargumenten auseinander. Vorliegend relevant, insbesondere auch im Hinblick auf die spätere verfassungsrechtliche Prüfung (unten III.1.), ist der Einwand der fehlenden demokratischen Legitimation einer von der Regierung völlig unabhängigen Behörde. Im Prozess argumentierte Deutschland, dass dies zu einer Verletzung des nicht nur im deutschen Verfassungs- sondern auch im Unionsrecht verankerten Demokratieprinzips führe. Der EuGH betonte daraufhin, das Demokratieprinzip

„bedeutet nicht, dass es außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus keine öffentlichen Stellen geben kann, die von der Regierung mehr oder weniger unabhängig sind. Das Bestehen und die Bedingungen für das Funktionieren solcher Stellen sind in den Mitgliedstaaten durch Gesetz und in einigen Mitgliedstaaten sogar in der Verfassung geregelt, und diese Stellen sind an das Gesetz gebunden und unterliegen der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte. Solche unabhängigen öffentlichen Stellen, wie es sie im Übrigen auch im deutschen Rechtssystem gibt, haben häufig Regulierungsfunktion oder nehmen Aufgaben wahr, die der politischen Einflussnahme entzogen sein müssen, bleiben dabei aber

⁸ Pieper, Aufsicht, 2006, S. 417; Kahl, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Auflage 2022, § 45 Rn. 115.

an das Gesetz gebunden und der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterworfen“.⁹

Andererseits dürfe die Ausgestaltung nicht zu einem „Fehlen jeglichen parlamentarischen Einflusses“ führen.¹⁰ Um dies zu gewährleisten, genüge es jedoch, dass das Leitungspersonal durch legitimierte Vertreter bestellt wird und der Gesetzgeber die Kompetenzen der Kontrollstellen festlegen und die Stellen zur Ablegung von Rechenschaftsberichten verpflichten könne.¹¹ Daneben ist insbesondere eine Kontrolle durch die Judikative möglich.

Damit steht das Kriterium der völligen Unabhängigkeit nach Auffassung des EuGH im Datenschutzrecht einer (Fach- und Rechts-)Aufsicht der Regierung entgegen. Der EuGH stellt dies zwar nicht ausdrücklich differenziert nach den verschiedenen Aufsichtsarten fest. Die Ausführungen zur semantischen und teleologischen Auslegung lassen jedoch keinen anderen Schluss zu, da jegliche Art staatlicher Aufsicht eine verbotene Einflussnahme darstellt.¹² Darüber hinaus spricht hierfür der ausdrückliche Verweis auf die – zulässige – Kontrolle durch die Gerichte, während sich keine Ausführungen zu sonstigen – womöglich zulässigen – behördlichen Kontrollen finden.

Zusammenfassend lassen sich den fallbezogenen Aussagen des EuGH allgemeine Erkenntnisse und Kriterien entnehmen. Durch die Unabhängigkeit soll jede staatliche Einflussnahme verhindert werden, um eine Kontrolle unbeeinflusst von derartigen Einflüssen zu gewährleisten, die eine objektive Überprüfung verfälschen könnten. Ausgeschlossen sind daher insbesondere staatliche Weisungen beispielsweise der Regierung, also eine direkte Einflussnahme. Die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit gehen nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch noch weiter und verbieten auch jede indirekte, mittelbare Einflussnahme. Insgesamt ergibt sich aus der Rechtsprechung eine sehr strenge Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit im Datenschutzrecht im Sinne einer weitestgehenden Staatsfreiheit und einer möglichst weitgehenden Sicherung objektiver Ent-

⁹ EuGH, Urt. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 42 – Kommission/Deutschland.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 43 – Kommission/Deutschland.

¹¹ EuGH, Urt. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 44 f. – Kommission/Deutschland.

¹² *Kibler*, Datenschutzaufsicht im europäischen Verbund, 2021, S. 103 ff.; *Petri*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.3.2010, MMR 2010, 352, 355 (355); *Körffler*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO. BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 52 DSGVO, Rn. 3.

scheidungen ohne äußeren Einfluss. Hiervon sind nur wenige, enge Ausnahmen vorgesehen, um dem unionsrechtlichen Demokratieprinzip gerecht zu werden. Eine Kontrolle der unabhängigen Stellen erfolgt primär durch die Judikative, ergänzt um Berichtspflichten gegenüber dem Parlament.

b) Schranken für die Dienstaufsicht, Eingliederung in Regierungsstellen im Urteil des EuGH vom 16.10.2012

Der EuGH hat diese Rechtsprechungslinie konsequent in einem weiteren Urteil vom 16.10.2012 ausdifferenziert und auch eine Dienstaufsicht als mit Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 DSRL unvereinbar erklärt.¹³ Unter Dienstaufsicht versteht man die Aufsicht des Dienstherrn über den Amtswalter im Rahmen eines Beamtenverhältnisses,¹⁴ einschließlich der Entscheidungen über das dienstliche Fortkommen. Der Beamte unterliegt dabei einer Gehorsamspflicht gegenüber dem Dienstherrn und hat dessen Weisungen zu beachten.¹⁵ Thematisch hatte sich der EuGH in der Entscheidung mit der Unabhängigkeit der durch die Republik Österreich als Datenschutzkontrollstelle gegründeten Datenschutzkommission (DSK) zu befassen. Die Geschäftsstelle der DSK war organisatorisch in das Bundeskanzleramt eingegliedert, weswegen das geschäftsführende Mitglied der DSK der Dienstaufsicht durch das Bundeskanzleramt unterlag. Der EuGH führte hierzu aus:

„Unabhängig davon, welcher Bundesbehörde das geschäftsführende Mitglied der DSK angehört, steht jedoch fest, dass zwischen ihm und dieser Bundesbehörde ein Dienstverhältnis besteht, das es dem Vorgesetzten des geschäftsführenden Mitglieds ermöglicht, dessen Tätigkeit zu überwachen.[...] Angesichts der Stellung des geschäftsführenden Mitglieds innerhalb der DSK steht Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46 der Dienstaufsicht, der dieses Mitglied kraft § 45 Abs. 1 BDG 1979 unterliegt, entgegen.[...] Insoweit genügt der Hinweis, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Beurteilung des geschäftsführenden Mitglieds der DSK durch den Vorgesetzten, mit der das dienstliche Fortkommen

¹³ EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631, Rn. 49 ff. – Kommission/Österreich.

¹⁴ Pieper, Aufsicht, 2006, S. 421; Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 394.

¹⁵ Pieper, Aufsicht, 2006, S. 421; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage 2017, § 22 Rn. 34.

*dieses Beamten gefördert werden soll, bei diesem zu einer Form von ‚voraussehlendem Gehorsam‘ führen kann“.*¹⁶

Der EuGH bezieht sich insbesondere auf sein Grundsatzurteil zur DSRL und misst die Dienstaufsicht anhand der dort aufgestellten Grundsätze (siehe oben a)). Der Ausschluss der Dienstaufsicht, durch die staatliche Aufsichtsmaßnahmen von außen gegenüber dem geschäftsführenden Mitglied der DSK möglich gewesen wären, ist nur konsequent. Andernfalls käme man zu ähnlichen Ergebnissen wie im Falle einer Fachaufsicht.

Folgerichtig liegt laut EuGH bereits dann ein Verstoß gegen das Unabhängigkeitserfordernis vor, wenn das der unabhängigen Stelle zur Verfügung gestellte Personal einer staatlichen Dienstaufsicht unterliegt.¹⁷ Gilt das Gebot der Weisungsfreiheit für das Leitungspersonal, muss dies erst Recht für die in der Regel ausführend tätigen untergeordneten Beamten gelten. Der Ausschluss der Dienstaufsicht liefe sonst ins Leere. Dies bedeutet laut EuGH jedoch nicht, dass es zur Umsetzung der völligen Unabhängigkeit eines eigenen Haushaltstitels bedürfe; vielmehr sei auch eine Zuordnung zu einem bestimmten Ressort möglich.¹⁸

c) Schranken für die Beendigung der Amtszeit im Urteil des EuGH vom 8.4.2014

Im Urteil vom 8.4.2014¹⁹ hatte sich der EuGH im Datenschutzsekundärrecht mit einer anderen Facette der Unabhängigkeit zu beschäftigen. Im zugrundeliegenden Fall war die Amtszeit des ungarischen Datenschutzbeauftragten frühzeitig beendet worden. Daraufhin leitete die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Verstoßes gegen Art. 28 DSRL ein. Der EuGH stellte fest, dass die vorzeitige Beendigung gegen die Vorgabe der völligen Unabhängigkeit der DSRL verstieß, da bereits

„die bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme auf die Entscheidungen der Kontrollstellen ausreicht, um deren unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen. Zum einen könnte daraus nämlich ein ‚voraussehlender Gehorsam‘ dieser Stellen im Hinblick auf die Entscheidungspraxis der Aufsichtsstelle

¹⁶ EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631, Rn. 49 ff. – Kommission/Österreich.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631, Rn. 59 – Kommission/Österreich.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631, Rn. 58 – Kommission/Österreich.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237 – Kommission/Ungarn.

folgen. Zum anderen erfordert Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46 angesichts der Rolle der Kontrollstellen als Hüter des Rechts auf Privatsphäre, dass ihre Entscheidungen, also sie selbst, über jeglichen Verdacht der Parteilichkeit erhaben sind“.²⁰

Dies sei jedoch nicht gegeben, wenn das Mandat eines Datenschutzbeauftragten vor dem geplanten Ablauf einfach beendet werden könnte. Wörtlich stellte der EuGH fest:

„Das Unabhängigkeitsgebot in Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46 ist daher notwendigerweise dahin auszulegen, dass es die Verpflichtung umfasst, die Dauer des Mandats der Kontrollstellen bis zu seinem Ablauf zu beachten und sie nur unter Einhaltung der Grundsätze und Garantien der anwendbaren Rechtsvorschriften vorzeitig zu beenden“.²¹

Diese Aussagen relativiert der EuGH in der Folge jedoch dahingehend, dass zum einen auf die damalige Regelung des Art. 42 Abs. 4 und 5 der VO Nr. 45/2001 Bezug genommen wird, der die Absetzung des Europäischen Datenschutzbeauftragten in begründeten Einzelfällen zulässt. Zum anderen wird betont, dass eine Verletzung des Unabhängigkeitsgebots auch vor allem deswegen vorliegt, weil die im ungarischen Umsetzungsgesetz vorgesehenen Absetzungsmechanismen, zum Beispiel eine Amtsenthebung oder Versetzung in den Ruhestand von Amts wegen, nicht eingehalten worden sind. Zu beachten ist dabei, dass hierfür gemäß der ungarischen Regelung jeweils eine Zwei-Drittel-Mehrheit im Parlament notwendig gewesen wäre.

Diesen einzelfallbezogenen Ausführungen lassen sich nur im Ansatz allgemeine Aussagen entnehmen, unter welchen Voraussetzungen die Absetzung von Leitungspersonal in einer unabhängigen Aufsichtsbehörde möglich ist. Als Orientierungspunkt können jedenfalls die entsprechenden Regelungen im datenschutzrechtlichen Unionssekundärrecht herangezogen werden, wie sie zuletzt in Art. 53 Abs. 4 DSGVO formuliert worden sind. Danach ist eine Amtsenthebung nur zulässig, wenn die betreffende Person „eine schwere Verfehlung begangen hat oder die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht mehr erfüllt“.

²⁰ EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237, Rn. 53 – Kommission/Ungarn.

²¹ EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237, Rn. 55 – Kommission/Ungarn.

Hervorzuheben ist, dass der EuGH trotz seiner strengen Auslegung der Unabhängigkeit keine Amtszeit auf Lebenszeit bzw. bis zu einer bestimmten Pensionsgrenze fordert. Auf diese Weise wäre das Leitungspersonal nicht auf eine Verlängerung der Amtszeit angewiesen und nicht zu interessengeleiteten Entscheidungen zugunsten der einsetzenden Regierung verleitet. Auch hierdurch relativieren sich die Aussagen des Gerichtshofs in diesem Bereich.

d) Auswirkungen der primärrechtlichen Verankerung der Unabhängigkeit in der GRC

Die soeben erarbeiteten Aussagen und Kriterien der Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der völligen Unabhängigkeit sind ausschließlich im Kontext des Datenschutzsekundärrechts getroffen worden, sodass eine Übertragung auf das DDG und den DDK nicht selbstverständlich angenommen werden kann. Dies gilt besonders angesichts des Umstands, dass im europäischen Datenschutzrecht die Unabhängigkeit nicht nur sekundärrechtlich in Art. 28 DSRL geregelt, sondern darüber hinaus auch in Art. 8 Abs. 3 GRC und Art. 16 Abs. 2 AEUV primärrechtlich verankert ist. Es stellt sich daher die Frage, ob der EuGH die Richtlinie dementsprechend im Lichte des Primärrechts strenger ausgelegt hat, sodass im Anwendungsbereich des DDG (Wirtschaftsrecht etc.), wo entsprechende spezifische primärrechtliche Gewährleistungen fehlen, eine weniger strenge Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit angezeigt ist.

Dabei ist zunächst zwar festzuhalten, dass der EuGH in einigen Urteilen zur Unabhängigkeit im Datenschutz ausdrücklich auf das Primärrecht verweist.²² Es ist jedoch fraglich, ob sich hieraus auch eine verschärfte Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit ergibt. Dies würde voraussetzen, dass Art. 8 Abs. 3 GRC einen bestimmten Grad an Unabhängigkeit gewährleistet, der über den sekundärrechtlichen Begriff der Unabhängigkeit hinausgeht.

Demgegenüber wäre auch eine Auslegung denkbar, dass Art. 8 Abs. 3 GRC lediglich die Einrichtung unabhängiger Stellen als solche sichern soll, um auf diese Weise den Schutz

²² Vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10, ECLI:EU:C:2012:613, Rn. 36 – Kommission/Österreich.

durch Art. 8 GRC insgesamt zu stärken,²³ ohne jedoch besondere inhaltliche Anforderungen an den Begriff der Unabhängigkeit zu stellen. Hierfür spricht, dass das Datenschutzsekundärrecht eine „völlige Unabhängigkeit“ verlangt, während das Primärrecht keine vergleichbare Verstärkung oder Konkretisierung trifft. In der Literatur wird insoweit überwiegend davon ausgegangen, dass der primärrechtliche Schutz jedenfalls nicht hinter dem sekundärrechtlichen zurückbleibt.²⁴ Eine weitergehende primärrechtliche Gewährleistung wird jedoch nicht vertreten.

Entscheidend im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch, dass Art. 8 Abs. 3 GRC in den Urteilen zur Unabhängigkeit der Kontrollstellen zwar erwähnt wird, neben einer bloßen Erwähnung jedoch keine weitergehenden Ausführungen erfolgen. Darüber hinaus differieren die Kriterien der Rechtsprechung in anderen Bereichen, wie dem Energiewirtschaftsrecht (sogleich 2.), nicht wesentlich von denjenigen, die im Rahmen des Datenschutzsekundärrechts, insbesondere in den soeben dargestellten Urteilen zur DSRL angewendet werden, sodass ein strengerer Maßstab nur bei der Anwendung der Kriterien im Einzelfall in Betracht kommt.

Da keinerlei Anknüpfungspunkte in den Urteilen dafür vorliegen, dass es sich bei der Rechtsprechung des EuGH um eine sekundärrechtliche Interpretation handelt, die durch die grundrechtlichen Spezifika des Art. 8 Abs. 3 GRC geprägt ist, muss davon ausgegangen werden, dass sie auf vergleichbare Bestimmungen in anderen Sekundärrechtsgebieten mit ähnlichem Wortlaut und Regelungszweck übertragen werden kann. Zudem ist festzustellen, dass der EuGH das Unabhängigkeitsverständnis auch institutsbezogen – also auf die Behörde ausgerichtet – versteht und nicht aufgabenbezogen danach differenziert, welche spezifischen Normen im Datenschutzsekundärrecht besonders (datenschutz-)grundrechtssensibel sind. Das entspricht auch dem Ansatz des Sekundärrechts, das insoweit ebenso wenig differenziert.

²³ In diese Richtung *Knecht*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 8 GRC, Rn. 10; *Wolff*, in: Frankfurter Kommentar, 2017, Art. 8 GRC, Rn. 55.

²⁴ So *Riesz*, in: Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 8 GRC, Rn. 83.

2. Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in der Energiewirtschaft im Spiegel der Rechtsprechung des EuGH

Auch im Bereich des Energierechts hat sich der EuGH in einer aktuelleren Entscheidung vom 2.9.2021 mit der Unabhängigkeit, hier der nationalen Regulierungsbehörden, auseinandergesetzt. In dem Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland ging es vor allem um die Regelung des § 24 S. 1 EnWG, der eine Verordnungsermächtigung zugunsten der Bundesregierung vorsah. Gestützt hierauf normierte die entsprechende Verordnung detailliert das Verfahren und die Methode zur Bestimmung der Netzkosten. Dabei wurden auch Einzelheiten zu Abschreibungsmethoden und zur Indexierung geregelt sowie Bedingungen für den Netzzugang. Da Art. 37 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b RL 2009/72²⁵ sowie Art. 41 Abs. 1 Buchst. a RL 2009/73²⁶ diese Bereiche der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde zuordnete, rügte die Europäische Kommission die fehlerhafte Umsetzung der Richtlinien. Der EuGH ist dem gefolgt und hat vor allem einen Verstoß gegen die unionsrechtlich in Art. 35 Abs. 4 RL 2009/72 und Art. 39 Abs. 4 RL 2009/72 geforderte Unabhängigkeit festgestellt. Im Urteil führt der EuGH zunächst aus, was die Unabhängigkeit bei der Entscheidungsfindung bedeutet, nämlich, ähnlich wie bereits in den Entscheidungen zum Datenschutzsekundärrecht, dass die Behörde,

„völlig frei handeln kann und dabei vor jeglicher Weisung und Einflussnahme von außen geschützt ist“²⁷

und

„ihre Entscheidungen selbstständig und allein auf der Grundlage des öffentlichen Interesses trifft“²⁸

Dies sei insbesondere auch

„unabhängig davon, ob es sich [...] um Träger der exekutiven oder der legislativen Gewalt handelt, notwendig, um zu gewährleisten, dass die von den NRB getroffene

²⁵ Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009, ABl. 2009, L 11, S. 55.

²⁶ Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009, ABl. 2009, L 11, S. 94.

²⁷ EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 108 – Kommission/Deutschland.

²⁸ EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 109 – Kommission/Deutschland.

*nen Entscheidungen unparteiisch und nicht diskriminierend sind, was die Möglichkeit einer bevorzugten Behandlung der mit der Regierung, der Mehrheit oder jedenfalls der politischen Macht verbundenen Unternehmen und wirtschaftlichen Interessen ausschließt“.*²⁹

Hieraus ergibt sich zum einen, dass der EuGH seine strenge Rechtsprechungslinie zur Unabhängigkeit im Datenschutzrecht auch auf den Bereich der Energiewirtschaftsregulierung ausweitet und zum anderen, dass die Auslegung des Unabhängigkeitsbegriffs im Sekundärrecht nicht durch eine Verankerung im Primärrecht beeinflusst wird. Durch den gleichermaßen erfolgenden Ausschluss einer legislativen Einflussnahme wird der Begriff der Unabhängigkeit zudem konsequent weiterentwickelt. Diese Schärfung der Anforderungen betont auch nochmals den Telos der Unabhängigkeit, Aufsichtsstrukturen von jeglicher Beeinflussung weitestgehend abzuschirmen und freie, objektive Entscheidungen im Sinne des Schutzzwecks des jeweiligen Bereichs zu ermöglichen. Detaillierte gesetzgeberische Vorgaben können dabei nicht anders bewertet werden als eine staatliche Weisung, da der Regulierungsbehörde in beiden Fällen kein wesentlicher Handlungsspielraum mehr verbleibt. Dies gilt auch unabhängig davon, ob der EuGH sich damit explizit befasst hat, da sich entsprechende Vorgaben aus dem Gebot der institutionellen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in der übertragbaren Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutzrecht ergeben.

Der EuGH machte zudem erneut Ausführungen zum Demokratieprinzip, wobei er im Wesentlichen die bereits im Grundurteil zur DSRL getroffenen Aussagen wiederholte (siehe oben 1.a)).

Interessant ist im Übrigen neben den vom EuGH getroffenen Aussagen auch der Umstand, dass der EuGH die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur institutionell nur aufgrund des *legislativen* Einflusses der Bundesregierung bemängelt. Daraus könnte im Umkehrschluss die Auffassung des EuGH abgeleitet werden, dass die Bundesnetzagentur als Institution grundsätzlich, trotz der Eingliederung in den Geschäftsbereich des Bundeswirtschaftsministeriums, „völlig unabhängig“ sein kann, soweit keine Einmischung durch die Regierung oder sonstige öffentliche oder private Stellen erfolgt. Das ginge jedoch zu

²⁹ EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 112 – Kommission/Deutschland.

weit. Denn die Rügen der Europäischen Kommission im betreffenden Vertragsverletzungsverfahren waren darauf nicht explizit gerichtet, sodass es auch schon aus diesem Grund an einer Auseinandersetzung des EuGH mit der Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur als solche fehlt. Das Schweigen der Europäischen Kommission und das fehlende Erstrecken des Vertragsverletzungsverfahrens darauf, kann jedoch immerhin als Indiz gewertet werden, dass die Beschlusskammern zur Energiewirtschaftsregulierung innerhalb der Bundesnetzagentur nach Einschätzung der Europäischen Kommission als „Hüterin der Verträge“³⁰ den Kriterien der völligen Unabhängigkeit genügen.

Anzumerken ist schließlich, dass die streitgegenständlichen Richtlinienbestimmungen in Art. 35 Abs. 4 RL 2009/72 und Art. 39 Abs. 4 RL 2009/72 anders als Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 DSRL oder Art. 50 Abs. 2 DDG nicht von „völliger Unabhängigkeit“, sondern nur von „Unabhängigkeit“ sprechen. Das wirft die Frage auf, ob dies einer parallelen Auslegung der Begriffe in den verschiedenen Rechtsbereichen bereits entgegensteht. Trotz dieser divergierenden Formulierung spricht der EuGH im Urteil vom 2.9.2021 jedoch von „völliger Unabhängigkeit“,³¹ was erkennen lässt, dass der EuGH trotz abweichender Terminologie inhaltlich nicht differenziert. Die Abweichungen im Wortlaut haben folglich keine Auswirkungen auf die Auslegung des Begriffs durch den EuGH. Insgesamt deutet dies auf ein Verständnis des EuGH hin, dass „unabhängige“ Institutionen so oder so „völlig“ unabhängig auszugestalten sind, ohne dass aus dieser verbalen Steigerung rechtliche Verschärfungen folgen. Es fehlt im Übrigen auch wieder an einer grundrechtlichen Aufladung jener sekundärrechtlichen Vorgabe, die ausschließlich aus dem sektorspezifischen Energierecht der Europäischen Union im einfachen Gesetzesrecht abgeleitet wird.

³⁰ Siehe etwa die Formulierung beim Europäischen Parlament, abrufbar unter <https://www.europarl.europa.eu/germany/de/europaisches-parlament/kommission> (zuletzt aufgerufen am 16.9.2022).

³¹ EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 112 – Kommission/Deutschland.

II. Unionsrechtliche Anforderungen an die Unabhängigkeit im DDG

Neben der soeben dargestellten Analyse der Judikatur des EuGH gilt es vor allem, das DDG zu untersuchen und die sich hieraus ergebenden unionsrechtlichen Anforderungen herauszuarbeiten. Dabei ist zunächst ein Blick auf die Aufgaben und die Grundkonzeption des DDK zu werfen, die sich aus dem DDG ergeben (dazu 1.a) und 1.b)). Sodann ist der Wortlaut des Art. 50 DDG näher zu analysieren (dazu 2.), bevor die Entstehungsgeschichte (dazu 3.), die Systematik (dazu 4.) und v.a. der Telos (dazu 5.) jener Bestimmung entsprechend der Anwendung der klassischen Auslegungsregeln näher zu betrachten sind. Daraus kann ein erstes Zwischenergebnis gezogen werden (dazu 6.).

1. Grundkonzeption und Aufgaben des DDK

a) Aufgaben des DDK als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Aufgabenanalyse ist Art. 49 Abs. 2 DDG, der die Zuständigkeiten des DDK allgemein umreißt und vorsieht, dass der DDK grundsätzlich für die Überwachung und Durchsetzung des DDG sowie die Koordinierung auf nationaler Ebene zuständig ist. Darüber hinaus obliegt es dem DDK, für eine wirksame und einheitliche Überwachung und Durchsetzung des DDG in der gesamten Europäischen Union zu sorgen.

Neben dieser allgemeinen Regelung finden sich über das gesamte DDG verteilt verschiedene spezifische Aufgaben, die dem DDK ausdrücklich zugewiesen werden. So gibt es neben reinen Verwaltungs- bzw. Koordinierungsaufgaben, wie zum Beispiel in Art. 13 Abs. 4 DDG (Entgegennahme von Informationen bzgl. der gesetzlichen Vertreter der Anbieter durch den DDK), auch gestaltende Zuständigkeiten. So bestimmt der DDK gem. Art. 21 Abs. 3 UAbs. 1 DDG über die Zulassung außergerichtlicher Streitbelegungsstellen und verleiht gem. Art. 22 Abs. 2 DDG den Status eines vertrauenswürdigen Hinweisgebers. Daneben arbeitet er gem. Art. 22 Abs. 7 und Art. 35 Abs. 3 DDG zusammen mit den Koordinatoren der Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission an der Entwicklung von Leitlinien zu verschiedenen Themen. Hervorzuheben sind schließlich die Durchsetzungsbefugnisse des DDK aus Art. 51 DDG, die insbesondere die Befugnis zur Verhängung von Zwangsgeldern und Geldbußen umfasst.

b) Grundkonzeption des DDK

Die Mitgliedstaaten dürfen gem. Art. 49 Abs. 2 S. 1 DDG nur einen DDK bestimmen. Gem. Art. 49 Abs. 1 DDG können jedoch noch weitere zuständige Behörden benannt werden, die für die Überwachung und Durchsetzung des DDG zuständig sind. Diese müssen gem. Art. 49 Abs. 4 DDG ebenfalls den Unabhängigkeitsanforderungen des Art. 50 DDG genügen. Relevant ist dies vor allem im Hinblick auf die problematische Verteilung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern (siehe hierzu unten IV.6.). Gesetzlich nicht explizit geregelt ist die Frage, wie die personelle Ausgestaltung des DDK aussehen muss, bzw. vor allem, ob eine Einzelperson als DDK benannt wird oder eine Behörde. Betrachtet man den Wortlaut, spricht der Begriff des Koordinators für eine Einzelperson. Genauso deutet der Wortlaut der explizit genannten Aufgaben hierauf hin. Andererseits spricht Erwägungsgrund 113 davon, dass eine bestehende Behörde, also ein Kollegialorgan, zum DDK ernannt werden kann. Art. 62 DDG und Erwägungsgrund 134, die sich mit dem Europäischen Gremium für digitale Dienste beschäftigen, regeln zwar einerseits, dass dieses sich aus den Koordinatoren für digitale Dienste der Mitgliedstaaten zusammensetzen soll. Diese sollen jedoch ausdrücklich durch hochrangige Beamte vertreten werden. Eine solche klare Vertretungsregelung spricht ebenfalls dafür, dass der Unionsgesetzgeber von einem Kollegialorgan als DDK ausgeht. Da eine klare Regelung zur Grundkonzeption des DDK jedoch fehlt, dürfte davon auszugehen sein, dass die genaue Ausgestaltung in diesem Punkt den Mitgliedstaaten überlassen bleibt.

2. Wortlaut des Art. 50 DDG

Ausgangspunkt der Bestimmung des Unabhängigkeitserfordernisses ist der Wortlaut des Art. 50 DDG, der die Anforderungen an die Koordinatoren näher definiert. Hier ist zunächst Art. 50 Abs. 2 DDG von Bedeutung, der vorschreibt, dass der DDK bei der Ausübung seiner Befugnisse „völlig unabhängig“ („with complete independance“) handeln muss. Mit dem Zusatz „völlig“ erfolgt eine Schärfung, der sich zwar keine konkreten Kriterien entnehmen lassen, die jedoch bereits auf eine strenge Auslegung des Begriffs verweist. Konkretisierungen finden sich dann etwas unsystematisch in Art 50 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 DDG, wobei genauere Ausführungen für verschiedene Ebenen der Unabhängigkeit erfolgen. Art. 50 Abs. 2 S. 2 DDG gebietet eine Arbeit „frei von äußeren Einflüssen“, wobei etwa die englischen und spanischen Sprachfassungen übersetzt noch strenger von jedwedem äußeren Einfluss sprechen („any external influence“; „cualquier

influentia externa“). Die Regelung verbietet zudem ausdrücklich das Einholen oder die Entgegennahme von direkten oder indirekten Weisungen von privaten oder öffentlichen Stellen. Beide Kriterien stellen wesentliche Aussagen der bereits aufgezeigten Rechtsprechung des EuGH zur Unabhängigkeit im Datenschutz- und Energiesekundärrecht dar, die mutmaßlich bewusst übernommen wurden (siehe oben I.1.a). bzw. I.2.). Auffällig ist insoweit insbesondere die sprachliche Anlehnung an die Formulierungen des EuGH, der ebenfalls von „äußeren Einflüssen“ spricht.

Art. 50 Abs. 1 S. 2 DDG verlangt als Kriterien der organisatorischen Unabhängigkeit eine hinreichende technische, finanzielle und personelle Ausstattung, um die Aufgabenerfüllung des DDK zu gewährleisten. Als zentraler Punkt wird in Art. 50 Abs. 1 S. 3 DDG insbesondere eine gewisse Budgetautonomie des DDK gefordert, die die Mitgliedstaaten zu gewährleisten haben.

Art. 50 Abs. 3 DDG setzt sich schließlich mit der Aufsicht über den DDK auseinander, wobei wiederum deutliche Parallelen zur Rechtsprechung des EuGH erkennbar sind. So wird in Art. 50 Abs. 3 S. 2 DDG betont, dass die Unabhängigkeit des DDK eine gerichtliche Kontrolle nicht verhindert. Darüber hinaus können dem DDK „angemessene Rechenschaftspflichten“ insbesondere gegenüber dem Parlament auferlegt werden. Die beispielhafte Aufzählung spricht hierbei insbesondere auch die vom EuGH zur Einhaltung des Demokratieprinzips angeführte Rechenschaftspflicht gegenüber den nationalen Parlamenten an.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 50 DDG umfangreiche Anforderungen an die Unabhängigkeit des DDK ergeben, anhand derer sich der Begriff der völligen Unabhängigkeit für den Bereich des DDG umgrenzen lässt. Auffällig ist hierbei, dass sich der europäische Gesetzgeber sprachlich und inhaltlich stark an den Ausführungen des EuGH zum Datenschutzsekundärrecht orientiert und zentrale Begriffe der Rechtsprechung übernommen hat. Starke Parallelen finden sich insbesondere im Hinblick auf die Regelungen zu einer mit der Unabhängigkeit verträglichen Aufsicht in Art. 50 Abs. 3 DDG. Die erkennbare Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH deutet stark auf eine Übertragung der unter I. erarbeiteten Kriterien auf den Bereich des DDG hin und spricht für eine sektorübergreifend parallele Auslegung des Begriffs der völligen Unabhängigkeit.

Zudem ist wiederum festzustellen, dass das Unabhängigkeitsverständnis im DDG wie im Datenschutzrecht institutsbezogen – also auf die Behörde ausgerichtet – angelegt ist und nicht aufgabenbezogen danach differenziert, welche spezifischen Normen im DDG besonders grundrechtssensibel sind.

3. Genesis

In einem nächsten Schritt ist eine genetische Auslegung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Art. 50 DDG indiziert. Dazu ist dessen Entwicklung im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zu untersuchen. Ergänzend sind darüber hinaus die Erwägungsgründe des DDG zu analysieren.

Hierbei fällt zunächst auf, dass die Entwurfsfassung des Art. 50 DDG (ehemals Art. 39 des Kommissionsentwurfs des DDG³²) durchaus relevante Unterschiede zur Fassung nach dem Trilog-Verfahren aufweist. Zum einen wurde Art. 50 Abs. 1 DDG um S. 2 ergänzt, die Budgetautonomie im Rahmen der finanziellen Unabhängigkeit also bewusst in den Vordergrund gerückt. In der Entwurfsfassung wurde lediglich allgemein die Gewährleistung technischer, finanzieller und personeller Mittel durch die Mitgliedstaaten verlangt. Die Voraussetzungen von Art. 50 Abs. 1 DDG werden auch durch EG 111 konkretisiert, der im Trilog-Verfahren ebenfalls wesentlich erweitert worden ist. So muss das zur Verfügung gestellte Personal über ausreichend Expertise und Spezialwissen verfügen, um dem DDK die Aufgabenerfüllung zu ermöglichen. Dabei soll bei der Bemessung der einzelnen Ressourcen die Größe, Komplexität und der gesellschaftliche Einfluss der zu regulierenden Unternehmen im jeweiligen Zuständigkeitsbereich und deren Reichweite innerhalb der Union berücksichtigt werden. Bekräftigt wird auch die in Art 50 Abs. 1 S. 2 DDG aufgenommene Budgetautonomie des DDK, die zudem dahingehend konkretisiert wird, dass die Mitgliedstaaten hierzu auch Aufsichtsgebühren von den Providern erheben können, die im betreffenden Mitgliedstaat ihre Hauptniederlassung haben. Dabei ist vor allem das Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten.

Gravierender und folgenschwerer ist jedoch die Änderung von Abs. 3 des Art. 50 DDG. So enthielt Abs. 3 S. 2 des Entwurfs der Europäischen Kommission noch einen Verfassungsvorbehalt dergestalt, dass die völlige Unabhängigkeit in Abs. 2 einer Aufsicht im

³² COM(2020) 825 final, S. 77.

Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht nicht entgegenstehen solle. Die Europäische Kommission war in diesem Punkt näher am Modell des Telekommunikationssekundärrechts und nicht des Datenschutzsekundärrechts. Die Aufnahme eines Verfassungsvorbehalts mit Blick auf die Weisungsfreiheit hätte nämlich keine Besonderheit des DDG bedeutet. Solche oder ähnliche Klauseln finden sich vielmehr bereits in anderen europäischen Sekundärrechtsakten, ebenfalls im Zusammenhang mit dem Begriff der Unabhängigkeit. Beispiele hierfür sind Art. 30 Abs. 2 UAbs. 2 der AVMD-RL in der Fassung von 2018³³ sowie Art. 3 Abs. 3a der mittlerweile aufgehobenen Rahmenrichtlinie³⁴ im Telekommunikationsrecht bzw. die Nachfolgerbestimmung in Art. 8 Abs. 1 S. 2 des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK).³⁵ Der Vorbehalt wurde jedoch auf Vorschlag des Rates der Europäischen Union gestrichen. Geblieben sind nur die Möglichkeiten einer gerichtlichen Kontrolle sowie zur Regelung einzelner Rechenschaftspflichten. Das bedeutet eine deutlich restriktivere Form der Kontrolle des DDK. Beweggründe für eine solche Verschärfung sind offiziell nicht bekannt. Insbesondere findet sich keine diesbezüglichen Ergänzungen in den Erwägungsgründen. Der betreffende Erwägungsgrund 111 wurde lediglich seinem Wortlaut nach mehr oder weniger dem neuen Art. 50 Abs. 3 DDG angepasst.

Was auch immer die subjektiven Motive des Gesetzgebers gewesen sein mögen, so ist bei objektiver Betrachtung der Wortlaut doch ein Indiz dafür, dass die Anforderungen an die völlige Unabhängigkeit in Art. 50 Abs. 2 DDG eher streng verstanden und jedenfalls Einfallstore für Abweichungen aufgrund mitgliedstaatlicher Verfassungsrechtsvorgaben vermieden werden sollen, um so eine vollständige Harmonisierung zu erreichen. Wiederrum auffällig ist zudem die Annäherung an die aufgezeigten Kriterien der Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutzsekundärrecht, so dass auch insoweit alles dafür spricht, sich an diesen zu orientieren.

Ein Verfassungsvorbehalt hätte dazu geführt, dass die strengen Unabhängigkeitskriterien der Rechtsprechung nur noch den Grundsatz darstellen, von dem aufgrund der Vorgaben

³³ Richtlinie (EU) 2010/13 des Europäischen Parlaments und Rates vom 10.3.2010, ABl. 2010, L 95, S. 1, geändert durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.11.2018, ABl. 2018, L 303, S. 69.

³⁴ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002, ABl. 2002, L 108, S. 33, geändert durch die Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009, ABl. 2009, L 337, S. 37.

³⁵ Richtlinie 2018/1972/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. 2018, L 321, S. 36.

des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts gegebenenfalls abgewichen werden kann. Dies führte beispielsweise im Telekommunikationsrecht dazu, dass eine Rechtsaufsicht nach weit verbreiteter Ansicht möglich ist, und in der Literatur teilweise sogar eine Fachaufsicht als zulässig angesehen wird.³⁶ Fehlt eine solche Relativierung der Unabhängigkeit durch einen Verfassungsvorbehalt, bleibt es bei der strengen unionsrechtlichen Auslegung des Begriffs der völligen Unabhängigkeit.

Die Änderung des Art. 50 Abs. 3 DDG im Gesetzgebungsprozess spricht demnach für die Intention, die Unabhängigkeit des DDK nicht durch mitgliedstaatliche Einwirkungsmöglichkeiten aufweichen, sondern vielmehr streng im Sinne der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH ausgestalten zu wollen. Wie bereits die Auslegung des Wortlauts zeigt somit auch die Genese des Art. 50 DDG eine starke Annäherung des DDG an die Judikatur des EuGH im Datenschutzrecht und legt eine Übertragung der dort aufgestellten Kriterien auf das DDG nahe.

4. Systematik

Aus der systematischen Auslegung des Art. 50 DDG lassen sich vorliegend keine weitergehenden Erkenntnisse ableiten.

5. Telos

Schließlich bedarf es einer teleologischen Auslegung der Norm, also eine Analyse von Sinn und Zweck des Art. 50 Abs. 2 DDG und des Begriffs der völligen Unabhängigkeit. Zu beachten sind dabei zunächst die in Art. 1 Abs. 1 DDG genannten Ziele der Verordnung. So soll das DDG „ein sicheres vorhersehbares und vertrauenswürdige Online-Umfeld, in dem die in der Charta verankerten Grundrechte wirksam geschützt sind“, schaffen. Laut EG 111 des DDG spielt der DDK beim Erreichen dieser Ziele eine zentrale Rolle, da er gem. Art. 49 Abs. 2 S. 2 DDG für alle Fragen der Aufsicht und Durchsetzung des DDG zuständig ist. Deswegen muss laut EG 111 des DDG sichergestellt werden, dass dieser völlig unabhängig von privaten und öffentlichen Einrichtungen handelt. Fraglich ist daher, welcher Grad an Unabhängigkeit notwendig ist, um ein Erreichen der Verordnungsziele nicht zu gefährden. Wie bereits ausgeführt soll durch die Unabhängigkeit von

³⁶ Vgl. hierzu die Hinweise *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage 2014, Rn. 685 ff.

staatlichen und privaten Stellen sowie durch das Verbot des Einholens und der Entgegennahme von Weisungen verhindert werden, dass eine derartige Einflussnahme erfolgt, die eine objektive Aufgabenerfüllung des DDK im Sinne der Verordnung gefährdet. Unabhängig handelt der DDK also, wenn jegliche äußere Einflussnahme ausgeschlossen werden kann, die sich mittelbar oder unmittelbar auf dessen Entscheidungsfindung auswirkt. Dies gilt unabhängig davon, ob der DDK gegenüber öffentlichen oder privaten Stellen tätig wird, da diese Anforderung allgemein gültig und kein Grund für eine Differenzierung erkennbar ist.

Dies spricht in jedem Fall gegen eine staatliche Fachaufsicht. Auf diese Weise könnte die (staatliche) Aufsichtsbehörde eigene Zweckmäßigkeitserwägungen, abweichend vom DDK, anstellen und so erheblichen Einfluss auf dessen Entscheidungen ausüben (siehe oben I.1.a)). Eine weniger weitgehende Form der Aufsicht mit geringerem Einflusspotential stellt eine Rechtsaufsicht dar. Diese beschränkt sich auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle der Entscheidungen des DDK. Auch hierbei besteht jedoch die Gefahr von im Widerspruch zur Unabhängigkeit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH stehenden Beeinflussungsmöglichkeiten der staatlichen Behörden, da auch das „Ob“ und „Wie“ des Einschreitens von verschiedenen subjektiven Faktoren abhängig ist und auch hierbei ein äußerer Einfluss im Sinne der strengen Rechtsprechung nicht ausgeschlossen werden kann (siehe hierzu oben ausführlich I.1.a)). Demgegenüber unschädlich ist die rein organisatorische Eingliederung der Aufsichtsbehörde in eine bereits bestehende staatliche Einrichtung, soweit sichergestellt ist, dass keine Eingliederung in die hierarchische Behördenstruktur dergestalt erfolgt, dass wiederum Weisungen und eine Aufsicht möglich sind. So wird durch die rein formale Eingliederung ohne aufsichtliche Zugriffsmöglichkeiten gerade nicht die Gefahr einer Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung geschaffen, die eine objektive, von äußeren Einflüssen unabhängige Aufgabenerfüllung durch den DDK verhindern.

6. Zwischenergebnis

Zusammenfassend legt die Auslegung der Vorschriften des DDG und insbesondere dessen Art. 50 nahe, dass die Anforderungen an die Unabhängigkeit parallel zur Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werden müssen, womit die unter I. gefundenen Ergebnisse auch für das DDG Geltung beanspruchen. So ist der Wortlaut stark den wesentlichen Kriterien der Rechtsprechung des EuGH zur Unabhängigkeit der zuständigen Behörden

im Datenschutzrecht (und Energierecht) nachempfunden. Zudem zeigen auch der Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens und die dort vorgenommenen Änderungen, insbesondere der Wegfall des Verfassungsvorbehalts, dass eine strenge Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit beabsichtigt ist, was ebenso für eine Übertragung der Kriterien aus der Judikatur des EuGH spricht. Die teleologische Auslegung führt zu Ergebnissen, die mit der Rechtsprechung ebenfalls übereinstimmen. Dabei hat es keinerlei Auswirkungen auf die Frage der Übertragbarkeit der Rechtsprechung, dass die Datenschutzaufsicht, im Gegensatz zum DDK, sowohl für staatliche als auch für private Stellen zuständig ist. Hieraus ergibt sich insbesondere keine strengere Auslegung der Unabhängigkeit im Datenschutzrecht, da die Rechtsprechung nicht zwischen verschiedenen Aufsichtsobjekten differenziert (siehe oben I.1.a)).

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Unabhängigkeit

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erkenntnisse soll nun in einem dritten Schritt geprüft werden, ob sich auch aus dem nationalen Verfassungsrecht modifizierende Vorgaben in Bezug auf die völlige Unabhängigkeit gem. Art. 50 Abs. 2 DDG ergeben. Dies gilt zum einen in begrenzender Hinsicht in Bezug auf die Frage, ob sich aus dem Demokratieprinzip, insbesondere in seiner vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Ausformung als Verbot ministerialfreier Räume, eine Beschränkung der unionsrechtlichen Unabhängigkeitsanforderungen ergibt (dazu 1.). Zum anderen stellt sich mit umgekehrter Stoßrichtung die Frage, ob sich aus den Vorgaben im Rahmen der Rechtsprechung zur Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 Var. 2 GG und insbesondere aus dem vom Bundesverfassungsgericht daraus abgeleiteten Gebot der Staatsfreiheit bzw. präziser der Staatsferne des Rundfunks weiterreichende Unabhängigkeitsanforderungen ergeben, die für den DDK relevant sind (dazu 2.).

1. Grenzen der Unabhängigkeit aus dem Demokratieprinzip und dem Verbot ministerialfreier Räume?

Zur Beantwortung der Frage, ob sich strengere Anforderungen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot ministerialfreier Räume ergeben, ist zunächst deren Ursprung zu skizzieren (dazu a)), bevor knapp herausgearbeitet werden kann, dass sich diese zunehmend – auch unter dem Eindruck der Rechtsprechung des EuGH – gelockert hat (dazu b)). Dies kann aber gegebenenfalls dahinstehen, sofern das vorrangige Unionsrecht gar keine Öffnungsmöglichkeiten für die Berücksichtigung einer entsprechenden Judikatur vorsieht (dazu c) und schon oben II.3.). Schließlich setzt sich auch eine jüngere Entscheidung des VG Köln mit dem Konfliktfeld von sekundärrechtlichen Unabhängigkeitsanforderungen und dem Verbot ministerialfreier Räume auseinander, die ergänzend in einem Inkurs zu untersuchen ist (dazu d)).

a) Grund und Grenzen des Verbots ministerialfreier Räume in der überkommenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Von ministerialfreien oder weisungsfreien Entscheidungsräumen wird gesprochen, wenn in abgegrenzten Bereichen der Verwaltung eine Aufsicht durch die oberste Bundesbehörde nicht erfolgt³⁷ und insoweit für diese Bereiche eine Weisung durch den jeweiligen Minister nicht zulässig ist.³⁸ Zugrunde liegt dabei die Notwendigkeit, dass wegen besonderer Sachzwänge eine Unabhängigkeit von Weisungen gegeben sein muss, da eine Beeinflussung durch die Regierung oder das Parlament verhindert werden muss.³⁹ Solche speziellen Sacherfordernisse werden in der Literatur etwa bei Verwaltungsorganen mit der Aufgabe der Selbstkontrolle oder mit Beurteilungsfunktionen anerkannt.⁴⁰ Ferner ergibt sich eine derartige Notwendigkeit der Weisungsfreiheit, wie vorliegend, insbesondere auch im Hinblick auf die Unabhängigkeit von Regulierungsbehörden.⁴¹

Problematisch an der Schaffung ministerialfreier Räume ist, dass dadurch die ansonsten geschlossene demokratische Legitimationskette unterbrochen wird. Denn die Bundesoberbehörde steht im Rahmen einer geschlossenen demokratischen Legitimationskette grundsätzlich unterhalb einer obersten Bundesbehörde und muss folglich den Weisungen derselben unterstellt werden. Deswegen werden ministerialfreie Entscheidungsräume kritisch gesehen⁴² bzw. sehr restriktiv betrachtet. Das entstehende Legitimationsdefizit kann jedenfalls nur durch eine verfassungsrechtliche Kompensation bzw. Rechtfertigung aufgewogen werden.

³⁷ Vgl. *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 3. Auflage 2022, § 12 Rn. 97 f., die jedoch den Begriff der „ministerialfreien Räume“ kritisieren.

³⁸ *Müller*, *Ministerialfreie Räume*, JuS 1985, 497 (498).

³⁹ *Bull*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. Auflage 2001, Art. 86 GG, Rn. 28.

⁴⁰ *Bull*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. Auflage 2001, Art. 86 GG, Rn. 28.

⁴¹ *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 3. Auflage 2022, § 12 Rn. 99; eine exemplarische Aufzählung von Einrichtungen mit begrenzter Weisungsunterworfenheit findet sich beispielsweise bei *Müller*, *Ministerialfreie Räume*, JuS 1985, 497 (500 ff.).

⁴² *Ball*, *Die Errichtung von Bundesoberbehörden*, 1964, S. 38 ff.; *Burgsmüller*, *Die Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden gem. Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG, ihre Stellung innerhalb der Bundesverwaltung und ihr Verhältnis zu den Behörden der Länder*, 1967, S. 17 ff.; *Rump*, *Die Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden und des ihnen unterstellten Verwaltungsunterbaus nach Art. 87 Abs. 3 GG*, 1978, S. 18 ff.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits sehr früh mit der Frage der Schaffung ministerialfreier Räume befasst. In der Entscheidung „Bremer Personalvertretung“⁴³ hat das Gericht festgestellt, dass es in einem demokratischen Staatswesen grundsätzlich keine substantiell bedeutsamen Verwaltungsbereiche geben dürfe, die einer ministeriellen Verantwortlichkeit entzogen sind, ohne die eine das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG wahrende parlamentarische Kontrolle praktisch nicht durchführbar wäre. Insofern bedarf es einer geschlossenen Legitimationskette vom Volk über das Parlament und die Regierung bis hin zum einzelnen exekutiven Handeln. In der Entscheidung heißt es ausdrücklich, dass damit nicht gesagt sei, dass es keinerlei ministerialfreien Raum geben dürfe. Es gebe jedoch Regierungsaufgaben, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind.⁴⁴ Welche Angelegenheiten eine ausreichend große politische Tragweite haben, ließe sich nur von Fall zu Fall beurteilen. Es müsse aber verhindert werden, dass sich die Regierung im Konfliktfall der Entscheidung einer unabhängigen Stelle beugen muss und dadurch die wesentliche Regierungsfunktion in Wirklichkeit von dieser anderen Instanz wahrgenommen wird. Dies würde nämlich die Regierung ihrer Entscheidungsgewalt und Verantwortlichkeit entheben, die ihr aber im demokratischen Rechtsstaat zukomme.⁴⁵

Mit dieser Entscheidung hat das Karlsruher Gericht eine erste Fallgruppe anerkannt, in der ausnahmsweise ministerialfreie Räume geschaffen werden können, nämlich Entscheidungen von geringem politischen Gewicht.⁴⁶ In der Folgerechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht auf dieser ersten Entscheidung basierend als weiteren Bereich einer

⁴³ BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58, BVerfGE 9, 268 (282) – Bremer Personalvertretung.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58, BVerfGE 9, 268 (282) – Bremer Personalvertretung.

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58, BVerfGE 9, 268 (283) – Bremer Personalvertretung.

⁴⁶ Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 26.10.1994 – 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228 (244) – Gleichstellungsbeauftragte. Entscheidend ist hier folgende Passage: „Zudem hat sie [i.e. die kommunale Gleichstellungsbeauftragte] keine eigenen Sachentscheidungsbefugnisse“; vgl. auch zur damaligen Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 (150 f.) – Josephine Mutzenbacher. Hier argumentiert das Bundesverfassungsgericht mit der geringen politischen Bedeutung. Passender und überzeugender wäre wohl eine Einordnung in die erst später entwickelte Kategorie der Wahrung der Staatsfreiheit gewesen.

gelockerten demokratischen Legitimation Personalentscheidungen unter Beteiligung einer Personalvertretung herausgearbeitet.⁴⁷ Als weitere Kategorie hat das Bundesverfassungsgericht schließlich jene Sektoren als Ausnahmehbereiche identifiziert, in denen die Grundrechte – und insbesondere die Rundfunk- und Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG bzw. Art. 5 Abs. 3 Var. 2 GG – eine Staatsfreiheit gebieten.⁴⁸ Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht eine weitere Kategorie von Bereichen entwickelt, in denen ministerialfreie Räume zulässig sind, nämlich die Bereiche funktionaler Selbstverwaltung, die durch eine entsprechende Autonomie geprägt sind und daher eine Lockerung der Notwendigkeit einer demokratischen Legitimation eröffnen. Diese Rechtsprechungslinie hat das Gericht in der „Lippeverband“-Entscheidung bestätigt.⁴⁹

b) Angleichung an die Anforderungen einer demokratischen Legitimation entsprechend der Rechtsprechung des EuGH

In einer neueren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.7.2019⁵⁰ zur europäischen Bankenunion beschäftigte sich der zweite Senat ausdrücklich mit der demokratischen Legitimation von Behörden, deren Unabhängigkeit unionsrechtlich geboten ist. Hierbei stellte der Senat zweistufige Anforderungen⁵¹ an unabhängige Behörden, um ein Mindestmaß an demokratischer Legitimation und Kontrolle zu bewahren. Zum einen bedarf es einer spezifischen Rechtfertigung der Unabhängigkeit, zum anderen bestimmter Kontrollmechanismen, wie der Gewährleistung einer gerichtlichen Kontrolle oder die Einführung von Rechenschaftspflichten gegenüber den nationalen Parlamenten.⁵² Die Ausführungen erinnern dabei stark an diejenigen des EuGH im Grundsatzurteil zur DSRL (siehe oben I.1.a)), auf das das Bundesverfassungsgericht auch ausdrücklich Bezug

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 25.5.1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 (68) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein.

⁴⁸ Zur Wissenschaftsfreiheit etwa BVerfG, Beschl. v. 26.10.2004 – BvR 911/00, BVerfGE 111, 333 (362 ff.) – Brandenburgisches Hochschulgesetz.

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, BVerfGE 107, 59 (88 ff.) – Lippeverband.

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 30.7.2019 – 2 BvR 1658/14, 2 BvR 2631/14, BVerfGE 151, 202 – Europäische Bankenunion.

⁵¹ Vgl. *Ludwigs/Pascher/Sikora*, Das Bankenunion-Urteil als judikativer Kraftakt des BVerfG – Wegweisendes zu Kontrollvorbehalten und Europäischem Verwaltungsrecht (Teil I), EWS 2020, 1 (4 ff.)

⁵² BVerfG, Urt. v. 30.7.2019 – 2 BvR 1658/14, 2 BvR 2631/14, BVerfGE 151, 202 (293) – Europäische Bankenunion.

nimmt.⁵³ Zwar wird nicht weiter konkretisiert, welche Anforderungen der Senat an die „spezifische Rechtfertigung“ auf dieser ersten Stufe stellt. Das Urteil deutet jedoch stark darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung zum Verbot ministerialfreier Räume und zur Auslegung des Demokratieprinzips an die Anforderungen des EuGH hinsichtlich der Ausgestaltung völlig unabhängiger Behörden anpassen will, um etwaige Konflikte in diesem Bereich zu vermeiden. Daher kann also tendenziell davon ausgegangen werden, dass das nationale Verfassungsrecht im Verständnis der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einem entsprechend strengen Verständnis der Unabhängigkeitsanforderungen im Unionssekundärrecht vorliegend gar nicht entgegenstünde, sofern die demokratische Legitimation im Rahmen der Ernennung des DDK und durch entsprechende Berichtspflichten gegenüber dem Parlament gewährleistet wird.

c) Keine Öffnung für verfassungsrechtliche Spezifika der Mitgliedstaaten im DDG

Letztlich könnte jedoch auf eine ausführliche Auseinandersetzung hierzu verzichtet werden. Denn unabhängig von der Auslegung des Demokratieprinzips des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht greift jedenfalls der Anwendungsvorrang des Unionsrechts,⁵⁴ sodass unabhängig von den sich hieraus ergebenden nationalen Vorgaben die unionsrechtlichen Anforderungen jedenfalls vorrangig anzuwenden sind. Diese sehen aber gerade keinen entsprechenden Verfassungsvorbehalt vor (dazu oben II.3.). Allerdings müsste im Falle einer Kollision zwischen einer unions- und einer verfassungsrechtlichen Vorgabe aus Sicht des nationalen Verfassungsrechts geprüft werden, ob ausnahmsweise der Vorrang des Unionsrechts aufgrund des Identitätsvorbehalts in Frage gestellt werden könnte.⁵⁵ Da jedoch, wie dargelegt, gar kein Konflikt besteht (dazu oben b)), muss dieses Konfliktszenario vorliegend nicht näher analysiert werden.

⁵³ BVerfG, Urt. v. 30.7.2019 – 2 BvR 1658/14, 2 BvR 2631/14, BVerfGE 151, 202 (294) – Europäische Bankenunion.

⁵⁴ Siehe dazu *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 4 EUV, Rn. 35 ff.

⁵⁵ Siehe dazu *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 4 EUV, Rn. 21 ff.

d) Inkurs: fehlende Relevanz des Beschlusses des VG Köln vom 1.3.2022

Nicht relevant für die Ergebnisse dieser Untersuchung ist aufgrund der jetzigen Fassung des DDG der Beschluss des VG Köln vom 1.3.2022⁵⁶, auch wenn er das Thema der unionsrechtlich gebotenen Unabhängigkeit adressiert. Das Verwaltungsgericht hatte hier im Verfahren der einstweiligen Anordnung zu entscheiden. Die Antragstellerin verlangte die Unterlassung von Anordnungen nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG). Im einstweiligen Rechtschutzverfahren kam das VG Köln zu dem Ergebnis, dass § 4a NetzDG, der die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften des NetzDG regelt, den Anforderungen des Art. 28b Abs. 5 i. V. m. Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2018/1808⁵⁷ an die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde nicht gerecht wird. Begründet hat das VG Köln dies mit der fehlenden Unabhängigkeit des Bundesamts für Justiz, da es sich hierbei um eine dem Bundesjustizministerium unterstellte und weisungsabhängige Bundesoberbehörde handelt. Art. 30 Abs. 1, 2 S. 2, 3 der besagten Richtlinie verlange jedoch die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden.

Das VG Köln trifft dabei die Aussage, dass die Aufsicht über die Vorgaben des NetzDG staatsfern ausgestaltet sein müsse. Fraglich ist dabei insbesondere die Einordnung der Bedeutung des Verfassungsvorbehalts in Art. 30 Abs. 2 S. 3 jener Richtlinie. Das Gericht legt diesen dergestalt aus, dass eine von Art. 30 Abs. 2 S. 2 abweichende Aufsicht nur dann möglich ist, wenn dies im nationalen Verfassungsrecht zwingend vorgegeben ist. Es kann hier dahin stehen, ob Art. 30 Abs. 2 S. 3 der Richtlinie, der eine Aufsicht in Übereinstimmung mit dem nationalen Verfassungsrecht erlaubt, nicht auch eine weisungsabhängige Aufsicht dann ermöglicht, wenn dies nach nationalem Verfassungsrecht der Regelfall ist⁵⁸ und dies auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entspricht. Denn einen derartigen Verfassungsvorbehalt sieht das DDG gerade nicht vor, so dass kein entsprechender Konflikt interpretatorisch aufzulösen ist. Und auch im Übrigen ergeben sich aus dem Beschluss jedenfalls keine strengeren Anforderungen an die Unabhängigkeit als aus der bisherigen Judikatur des EuGH und dem DDG selbst.

⁵⁶ VG Köln, Beschluss v. 1.3.2022 – 6 L 1277/21.

⁵⁷ Richtlinie (EU) 2010/13 des europäischen Parlaments und Rates vom 10.3.2010, ABl. 2010, L 95, S. 1, geändert durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.11.2018, ABl. 2018, L 303, S. 69.

⁵⁸ Vgl. *Holzengel*, Kein Staatsfernegebot für das NetzDG, CR 2022, 245 (248).

2. Verschärfende Anforderungen an die Unabhängigkeit aus dem Gebot der Staatsferne?

Weitere, die Unabhängigkeitsanforderungen verschärfende Vorgaben können sich womöglich aus dem grundrechtlichen Gebot der Staatsfreiheit bzw. Staatsferne ergeben, das vom Bundesverfassungsgericht für den Rundfunk (und die Presse als den beiden elementaren Säulen der öffentlichen Meinungsbildung) aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG entwickelt wurde. Hierbei müssen zunächst die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Staatsferne herausgearbeitet (dazu a)) und dahingehend untersucht werden, ob diese auch auf den Regelungsbereich des DDG übertragbar sind (dazu b)). In einem dritten Schritt stellt sich die Frage, ob die Grundsätze auch hinsichtlich der Aufgaben des DDK greifen und das Gebot der Staatsferne daher bei dessen Organisation zu beachten ist (dazu c)).

a) Das Gebot der Staatsferne in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Schon im 1. Fernsehurteil hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht darauf hingewiesen, wie wichtig es ist, dass der Rundfunk nicht staatlich gesteuert wird. Das Gericht betont dabei den Stellenwert des Rundfunks für die öffentliche Meinungsbildung und setzt das Hauptaugenmerk auf den Meinungspluralismus, wenn es ausführt:

*„Art. 5 GG verlangt jedenfalls, daß dieses moderne Instrument der Meinungsbildung weder dem Staat noch einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert wird“.*⁵⁹

Der Begriff der Staatsferne wird zwar noch nicht erwähnt, der Senat macht jedoch bereits hier den Sinn und Zweck einer Distanz von Staat und Rundfunk klar. Dabei verhindert Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG laut Bundesverfassungsgericht

*„nicht, daß auch Vertretern des Staates in den Organen des ‚neutralisierten‘ Trägers der Veranstaltungen ein angemessener Anteil eingeräumt wird. Dagegen schließt Art. 5 GG aus, daß der Staat unmittelbar oder mittelbar eine Anstalt oder Gesellschaft beherrscht, die Rundfunksendungen veranstaltet“.*⁶⁰

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 28.2.1961 – 2 BvG 1/60, 2 BvG 2/60, BVerfGE 12, 205 (262) – 1. Rundfunkentscheidung.

⁶⁰ BVerfG, Urt. V. 28.2.1961 – 2 BvG 1/60, 2 BvG 2/60, BVerfGE 12, 205 (263) – 1. Rundfunkentscheidung.

Ein striktes Trennungsgebot besteht folglich nicht. Verlangt wird keine *Staatsfreiheit*, sondern vielmehr nur eine *Staatsferne* des Rundfunks.⁶¹ Dass diese nicht erst bei der Beherrschung einer Rundfunkanstalt betroffen ist, stellt das Bundesverfassungsgericht in einem weiteren Urteil vom 5.2.1991 klar. So schütze die Rundfunkfreiheit laut Bundesverfassungsgericht

*„nicht nur vor unmittelbaren staatlichen Einflüssen auf das Programm, sondern steht auch mittelbaren Programmeinflüssen entgegen“.*⁶²

Diese für die Veranstaltung von Rundfunk getroffenen Aussagen gelten in der Folge auch für die staatliche Rundfunkaufsicht, da auch auf diese Weise staatlicher Einfluss auf das Programm ausgeübt werden kann.

b) Partielle Übertragbarkeit auf den DDK

Fraglich ist, ob diese für den Rundfunk aufgestellten Grundsätze über die Rechtsprechung hinaus auch auf die im DDG betroffene Regulierung anwendbar sind. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich mit dieser Frage bisher nicht zu befassen, weswegen zur Beantwortung die zum Rundfunk getroffenen Aussagen auf ihre Übertragbarkeit zu untersuchen sind.

Zunächst ist es dafür notwendig, das Gebot der Staatsferne dogmatisch einzuordnen, um davon ausgehend Aussagen zur Übertragbarkeit treffen zu können. Ausgangspunkt ist das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, das grundsätzlich eine durchgängige demokratische Legitimationskette verlangt, die bei einer staatsfernen Rundfunk- und Medienaufsicht aber zwangsläufig nicht gegeben ist. Wie dargelegt (dazu oben 1.a)) hat das Bundesverfassungsgericht insoweit jedoch als Ausnahme anerkannt, dass eine Unterbrechung der Legitimationskette dann unschädlich ist, wenn dies durch grundrechtliche Wertungen geboten ist. Konkretisierend ist insoweit die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gebot der Staatsferne im Bereich des Rundfunks. Diese wird vor allem mit der Suggestivwirkung des Rundfunks und des damit einhergehenden erheblichen staatlichen Missbrauchspotentials begründet. Diese Gefahr rechtfertigt und verlangt nach

⁶¹ Kühling, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 36. Edition, Stand 1.11.2021, Art. 5 GG, Rn. 74.

⁶² BVerfG, Urte. 5.2.1991 – 1 BvF 1/85, BvF 1/88, BverfGE 83, 238 (323) – 6. Rundfunkentscheidung.

Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts geradezu eine staatsferne Ausgestaltung des Rundfunks einschließlich der Rundfunkaufsicht.⁶³

Davon ausgehend ist zunächst festzustellen, dass ein Großteil der Regulierung im DDG wirtschaftsrechtlicher Natur ist, so dass die Frage lediglich für den Teilbereich der „mediennahen“ Regulierung relevant ist. Nur für dieses Teilsegment stellt sich also die Frage, ob sich das Gebot der Staatsferne ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch auf neue, internetbasierte Dienste, wie die durch jenen Teil der Regulierung im DDG betroffenen, übertragen lässt. In Anbetracht der Breitenwirkung von Internetintermediären und der erheblichen Einwirkung auf die Meinungsbildung der Bevölkerung,⁶⁴ die sich hinsichtlich ihres Gefährdungspotentials durchaus mit dem Rundfunk vergleichen lässt, kann davon durchaus mit guten Gründen ausgegangen werden.⁶⁵ Aber auch für dieses Teilsegment der Regulierung ist nach einer etwaigen Bejahung der Frage des „Ob“ noch die Frage des „Wie“ der Übertragung zu klären. So wird in der Literatur vor allem diskutiert, wie weit ein Staatsfernegebot im Bereich der diesbezüglichen Regulierung reichen muss und inwieweit in der Folge eine entsprechende Aufsicht staatsfern auszugestalten wäre. Dabei erstreckt etwa *Degenhart* das Staatsfernegebot auf sämtliche Regulierungsaufgaben, die eine Bewertung von Inhalten notwendig machen.⁶⁶ *Cornils* hält eine Staatsferne dagegen nur im Kernbereich der positiven Medienordnung für notwendig, und daher nur dann, wenn es um Fragen der Programmfreiheit oder der Pluralismussicherung geht. Eine staatsferne Aufsicht ist nach dieser Ansicht nur bei programmhalterrelevanten Aufgaben notwendig und insbesondere beim Einfluss auf die Programmfreiheit als solche.⁶⁷

⁶³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.2.1961 – 2 BvG 1/60, 2 BvG 2/60, BVerfGE 12, 205 (259 ff.) – 1. Rundfunkentscheidung.

⁶⁴ Vgl. hierzu umfassend *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediäre, 2019.

⁶⁵ So im Ergebnis auch *Degenhart*, Staatsferne der Medienaufsicht, S. 11 ff., abrufbar unter https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Ueber_uns/Positionen/20200909_Staatsferne_der_Medienaufsicht.pdf (zul. aufgerufen am 16.9.2022); *Holznapel*, Kein Staatsfernegebot für das NetzDG, CR 2022, 245 (246 f.).

⁶⁶ *Degenhart*, Staatsferne der Medienaufsicht, S. 20 f., abrufbar unter https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Ueber_uns/Positionen/20200909_Staatsferne_der_Medienaufsicht.pdf (zul. Aufgerufen am 16.9.2022).

⁶⁷ Ausführlich *Cornils*, Behördliche Kontrolle sozialer Netzwerke, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 225 ff.

Für den vorliegenden Fall des DDK wäre, selbst wenn man die weite Auslegung von *Degenhart* zugrunde legt, das Staatsfernegebot also nur für einen begrenzten Teil der Aufgaben relevant, da ein Großteil der Aufgaben des DDK gerade keine inhaltsrelevanten Aufsichtstätigkeiten impliziert. Je nachdem, welche Aufgaben dem DDK über die Koordinationsaufgaben hinaus übertragen werden, kann eine Relevanz – auch für Fragen der Pluralismussicherung – gegeben sein, so insbesondere im Rahmen der Durchsetzungsbezugnis des Art. 51 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b DDG, der die Befugnis zur Anordnung der Einstellung von Zuwiderhandlungen vorsieht. Ein derartiges Vorgehen kann im Kontext einzelner Normen des DDG durchaus inhaltsrelevant sein. Das gilt etwa bei fehlenden Risikominderungsmaßnahmen nach Art. 35 DDG oder bei der mangelnden Durchsetzung der eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Art. 14 Abs. 4 DDG. Damit hängt es letztlich davon ab, welche Aufgaben dem DDK zugeordnet werden. So ist es durchaus denkbar, diese so zu beschränken, dass das verfassungsrechtliche Staatsfernegebot nicht relevant wird.

c) Weniger strenge Anforderungen der Staatsferne im Vergleich zur Auslegung der Unabhängigkeit durch den EuGH

Eine Entscheidung, inwieweit eine Staatsferne für die Aufsichtstätigkeiten nach dem DDG notwendig und für welche konkreten Aufgaben dies in der Folge relevant ist, kann jedoch dahinstehen, wenn im Vergleich zur unionsrechtlichen Unabhängigkeit auch bei der Anwendung des Gebots einer staatsfernen Ausgestaltung keine strengeren Anforderungen zu beachten wären. Es ist daher zu untersuchen, wie sich die jeweiligen Kriterien zueinander verhalten und insbesondere, ob die Anforderungen an die Staatsferne aus dem deutschen Verfassungsrecht über die unionsrechtlichen Vorgaben aus dem Erfordernis der Unabhängigkeit hinausgehen. Dabei sind vor allem die Kernaussagen des Bundesverfassungsgerichts zum Staatsfernegebot den Aussagen des EuGH und den Anforderungen an die Unabhängigkeit aus dem DDG selbst gegenüberzustellen.

Zunächst ist festzuhalten, dass das Staatsfernegebot ausdrücklich nur einen staatlichen Einfluss ausschließen will, während die Unabhängigkeit i. S. d. DDG sowohl staatlichen als auch privaten Einwirkungen entgegensteht. Fast deckungsgleich wird für beide Begriffe in der Folge aber festgestellt, dass sowohl eine unmittelbare als auch eine mittelbare (bzw. direkte als auch indirekte) Einflussnahme ausgeschlossen sein soll. Fraglich ist, ob

auch in beiden Fällen vergleichbare Rechtsfolgen greifen, oder ob jeweils ein unterschiedliches Verständnis vom Begriff der „Einflussnahme“ zugrunde liegt. Hierbei ist abermals zu betonen, dass sich aus der Rundfunkfreiheit ein Gebot der *Staatsferne*, nicht aber der *Staatsfreiheit* ergibt. Dies zeigt sich auch bei näherer Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. So muss zwar jeder bestimmende staatliche Einfluss ausgeschlossen werden.⁶⁸ Dies verhindert jedoch nicht die Aufnahme staatlicher Vertreter in Aufsichtsgremien des öffentlich-rechtlichen oder privaten Rundfunks, was sich schon aus der ausführlichen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum ZDF-Staatsvertrag⁶⁹ ergibt. Gerade hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der unionsrechtlich gebotenen Unabhängigkeit und der verfassungsrechtlichen Staatsferne: Das Unionsrecht verlangt, wie sich auch aus den verschiedenen Sprachfassungen des Art. 50 Abs. 2 DDG ergibt, die Verhinderung „jeglichen“ („any“; „cualquier“) staatlichen Einflusses. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Staatsferne muss hingegen nicht jeglicher, sondern nur ein bestimmender, letztentscheidender Einfluss des Staates ausgeschlossen werden. Gerade aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum ZDF-Staatsvertrag ergibt sich, dass eine staatliche Mehrheit und damit vor allem eine Programmlenkung verhindert werden muss. Demgegenüber ist eine bloße Beteiligung staatlicher Akteure in den Gremien sogar ausdrücklich möglich und wird vom Bundesverfassungsgericht als für die Vielfaltssicherung förderlich angesehen.⁷⁰

⁶⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.2.1961 – 2 BvG 1/60, 2 BvG 2/60, BVerfGE 12, 205 (263) – 1. Rundfunkentscheidung.

⁶⁹ BVerfG, Urt. v. 25.3.2014 – 1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11, BVerfGE 136, 9 – Aufsichtsgremien Rundfunkanstalten.

⁷⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 25.3.2014 – 1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11, BVerfGE 136, 9 (32), Rn. 36 – Aufsichtsgremien Rundfunkanstalten: „Für die Gewährleistung einer verschiedenartigen Blickwinkel vereinigenden Zusammensetzung dieser Organe kann der Gesetzgeber neben Mitgliedern, die von gesellschaftlichen Gruppen entsandt werden, auch Vertreterinnen und Vertretern aus dem staatlichen Bereich einen Anteil einräumen. Gerade diese Akteure sind in einer Demokratie in besonderer Weise auf eine offene, facettenreiche und kritische Berichterstattung angewiesen und sind zugleich prägender Bestandteil des demokratischen Gemeinwesens. Es entspricht ihrer politischen Gesamtverantwortung, dass sie auch selbst Aspekte des gemeinen Wohls in die Arbeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einbringen können. Von daher dürfen unter dem Gesichtspunkt der Vielfaltssicherung von Verfassungen wegen auch Vertreterinnen und Vertreter der Länder in die Gremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entsandt werden, zumal sie so deren Funktionsweise, Herausforderungen und Probleme auch aus der Innenansicht kennen. (...) Vielfaltssicherung meint hier nicht die Abschirmung einer dem Staat gegenübergestellten eigenen gesellschaftlichen Sphäre, die vor Einflussnahmen staatlicher Vertreter so weit wie möglich zu schützen ist – dann wäre die Mitwirkung jeglicher staatlicher Akteure inkonsequent –, sondern das Zurgeltungbringen der verschiedenen Perspektiven des Gemeinwesens insgesamt. Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, auch staatliche Vertreter zur Mitwirkung zu berufen.“

Die unionsrechtliche Unabhängigkeit greift hier also deutlich weiter. So betont der EuGH im Grundsatzurteil zur DSRL (siehe oben I.1.a)), dass sämtliche Maßnahmen ausgeschlossen sind, durch die eine völlige Unabhängigkeit in Frage gestellt werden könnte. Dies spricht für einen weitaus strengeren Ansatz dergestalt, dass bereits die Möglichkeit der Beeinflussung bzw. der bloße subjektive Eindruck, dass eine solche Möglichkeit besteht, verhindert werden soll.⁷¹

Ein weiterer entscheidender Aspekt ist die Ausgestaltung der Aufsicht. Während im Falle einer völligen Unabhängigkeit (soweit kein Verfassungsvorbehalt besteht) nach der Rechtsprechung des EuGH jede Form von Rechts- oder Fachaufsicht ausgeschlossen ist, was sich für das DDG auch aus der Auslegung des Art. 50 DDG ergibt (siehe oben II.), ist im Bereich des Rundfunks trotz der gebotenen Staatsferne eine beschränkte Rechtsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bzw. die Landesmedienanstalten anerkannt. Im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk ist dies vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gebilligt worden.⁷² Die Literatur überträgt dies überwiegend auch auf die Landesmedienanstalten.⁷³ Diese unterliegen jedenfalls rein faktisch einer Rechtsaufsicht.⁷⁴

Es handelt sich hierbei in allen Fällen zwar nicht um eine weitgehende Aufsicht. Vielmehr ist sie angesichts des Gebots der Staatsferne sehr zurückhaltend ausgestaltet.⁷⁵ Dennoch ist eine staatliche Aufsicht nicht prinzipiell ausgeschlossen, was wiederum die größere Strenge der unionsrechtlichen Anforderungen belegt.

Fraglich ist vorliegend noch, welche Auswirkungen die beiden Gebote auf organisatorischer Ebene haben, ob sie insbesondere der Eingliederung des DDK in eine staatliche

⁷¹ In diese Richtung auch *Riesz*, in: Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC-Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 8 GRC, Rn. 84.

⁷² Zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk BVerfG, Urt. v. 28.2.1961 – 2 BvG 1/60, 2 BvG 2/60, BVerfGE 12, 205 (261) – 1. Rundfunkentscheidung; zum privaten Rundfunk BVerfG, Urt. v. 16.6.1981 – 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295 (326) – 3. Rundfunkentscheidung.

⁷³ Siehe hierzu *Bumke*, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, S. 246 f.; *Bornemann et al.*, in: Bornemann et al. (Hrsg.), Bayerisches Mediengesetz, 54. Ergänzungslieferung, April 2022, Art. 19 BayMG, Rn. 9 f., der dies insbesondere für die Bayerische Landeszentrale für neue Medien hervorhebt; *Stettner*, Der Verfassungskonflikt in Sachsen – ein Angelpunkt in der jüngeren Entwicklung des Medienrechts, ZUM 1997, 673 (689 ff.).

⁷⁴ Siehe hierzu z.B. Art. 19 BayMG, § 48 LMedienG Baden-Württemberg, § 50 Medienstaatsvertrag HSH und § 60 HPRG.

⁷⁵ Vgl. im Einzelnen *Kühling*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 36. Edition, Stand 1.11.2021, Art. 5 GG, Rn. 73.

Behörde entgegenstehen. Offensichtlich ist dies der Fall, wenn der DDK Teil der staatlichen Behördenhierarchie wird und auf diese Weise im Wege direkter Weisungen politische Einflussnahme möglich ist. Insoweit wäre keine institutionelle und funktionale Unabhängigkeit gegeben. Ein Handeln frei von staatlicher Einflussnahme wäre gerade nicht möglich. Im Ergebnis folgen jedoch auch hierbei keine strengeren Anforderungen aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Staatsferne, da in beiden Fällen ein unmittelbarer sowie mittelbarer staatlicher Einfluss ausgeschlossen sein muss.

Zusammenfassend lässt sich daher schlussfolgern, dass die Vorgaben des Staatsfernegebots im nationalen Verfassungsrecht nicht über diejenigen der unionsrechtlich verlangten Unabhängigkeit hinausgehen, sondern eher hinter diesen zurückbleiben. Bei einer Organisation des DDK unter Beachtung der Kriterien des EuGH sowie den unionsrechtlichen Anforderungen aus dem DDG zur Unabhängigkeit ist daher auch den Vorgaben der Staatsferne genüge getan, sodass auf eine weitergehende Auseinandersetzung und eine zusätzliche diesbezügliche Prüfung verzichtet werden kann.

IV. Konsequenzen für die notwendige Unabhängigkeit auf nationaler Ebene

Schließlich sind die erarbeiteten Ergebnisse im Gesamtzusammenhang zu betrachten und es sind hieraus Schlussfolgerungen für die Anforderungen an die Gewährleistung der Unabhängigkeit des DDK im deutschen Recht zu ziehen. Da die skizzierte strenge und vergleichsweise klare Rechtsprechung zur Unabhängigkeit bereits in den relevanten Konsequenzen aufbereitet worden ist (dazu I.), die nach den klassischen Auslegungsregeln erfolgte Interpretation der einschlägigen Bestimmungen des DDG ergeben hat, dass alles dafür spricht, diese Rechtsprechung auch auf das Verständnis des DDK im DDG zu übertragen (dazu II.) und sich sodann aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Unzulässigkeit oder Gebotenheit einer Unabhängigkeit keine abweichenden Konsequenzen ergeben (dazu III.), liegen die Schlussfolgerungen auf der Hand: Für den DDK hat das volle Anforderungsprofil wie vom EuGH für die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht ausbuchstabiert (und wie sie auch für die Energieregulierung gilt) zu greifen. Es kann daher vergleichsweise knapp skizziert werden, wie eine unabhängige Organisation des DDK in Deutschland konkret auszugestalten wäre (dazu 1. – 5.) bzw. insbesondere, ob und gegebenenfalls wie eine Eingliederung in die Bundesnetzagentur (dazu 7.) möglich ist. Dies soll abgeschichtet für die Frage der Zulässigkeit einer Fachaufsicht (dazu 1.), einer Rechtsaufsicht (dazu 2.), einer Dienstaufsicht (dazu 3.), für die Regeln zur Bestimmung des Leitungspersonals (dazu 4.) und der notwendigen Mittelausstattung (dazu 5.) beantwortet werden, bevor dies alles – ausschließlich⁷⁶ – in Bezug auf die Bundesnetzagentur durchgespielt werden kann (dazu 7.). Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass eine Betrauung einer Bundesbehörde selbstverständlich nur möglich ist, sofern insoweit eine Verwaltungskompetenz des Bundes besteht (dazu 6.), ohne dass diese komplexe Frage im vorliegenden Gutachten umfassend beantwortet werden kann.

⁷⁶ Für jede Behörde, die mit Einzelaufgaben des DDK betraut werden soll, wäre die Unabhängigkeit gem. Art. 49 Abs. 4 DDG gleichermaßen zu prüfen. Ggf. wären institutionelle Anpassungen erforderlich, wenn eine zuständige Behörde, wie die Landesmedienanstalten, einer Rechtsaufsicht unterliegt (vgl. hierzu oben B.III.2.c)), weil dies angesichts der vom EuGH ausgestellten Kriterien problematisch wäre (siehe hierzu oben B.I.1.a)).

1. Fachaufsicht unzulässig

Die weitergehende Fachaufsicht erlaubt der Aufsichtsbehörde nicht nur eine Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern sogar ein Austauschen der Zweckmäßigkeitserwägungen, also ein Einwirken auf das Ermessen der Behörde. Dies erfolgt vor allem mithilfe von Weisungen der Aufsichtsbehörde (siehe oben I.1.a)). Da Art. 50 Abs. 2 DDG Weisungen von privaten und öffentlichen Stellen ausdrücklich ausschließt, ist bereits allein deshalb eine Fachaufsicht über den DDK ausgeschlossen (siehe dazu oben II.2.). Das entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH zu entsprechenden Unabhängigkeitsanforderungen im Datenschutzrecht (dazu oben I.1.). Bei derart weitgehenden aufsichtlichen Befugnissen wäre die geforderte völlige Unabhängigkeit nicht gegeben. Sie ist daher ausgeschlossen.

2. Rechtsaufsicht unzulässig

Wie bereits im Rahmen der teleologischen Auslegung ausgeführt (siehe oben II.5.) gilt dasselbe für eine Rechtsaufsicht über den DDK. Zwar sind die möglichen Eingriffe nicht derart weitgehend wie im Falle der Fachaufsicht. Da laut Art. 50 Abs. 2 DDG jedoch jedwede Einflussnahme ausgeschlossen sein soll, kann auch eine staatlich geleitete rechtliche Überprüfung nicht hingenommen werden (siehe oben II.5.). Untermuert wird dies von der Judikatur des EuGH, die bereits die Gefahr einer Einflussnahme bzw. bereits das Erwecken des Eindrucks der Parteilichkeit ausschließen will (siehe oben I.1.b) und I.1.c)), sodass auch eine rechtliche Überprüfung, die zumindest faktisch immer mit einem gewissen Entschließungsermessen einhergeht, Gefahr läuft, eine unzulässige staatliche Einflussnahme zu bedingen. Der Ausschluss zeigt sich auch durch die Entscheidung des Unionsgesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren, den Verfassungsvorbehalt zu streichen (siehe oben II.3.). Andernfalls wäre eine staatliche Rechtsaufsicht gegebenenfalls möglich gewesen, wie dies in anderen Bereichen mit Verfassungsvorbehalt teils anerkannt ist, beispielsweise im Telekommunikationsrecht (siehe oben II.3.). Inwieweit gegebenenfalls nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gebot der Staatsferne nach deutschem Verfassungsrecht eine beschränkte Rechtsaufsicht denkbar wäre, kann dahinstehen, da vorliegend das zwingend anzuwendende unionsrechtliche Anforderungsprofil an die Unabhängigkeit strenger ist als das Gebot der Staatsferne (siehe oben III.2.c)).

3. Dienstaufsicht unzulässig

Ebenfalls ausgeschlossen ist, wie sich aus der übertragbaren (siehe umfassend II.) Rechtsprechung des EuGH zu den Schranken für die Dienstaufsicht (dazu näher I.1.b)) ergibt, eine Dienstaufsicht über den DDK. Die andernfalls bestehende Gehorsamspflicht und Weisungsunterworfenheit gegenüber dem Vorgesetzten ließe sich mit den Kriterien der Unabhängigkeit nicht in Einklang bringen, da es so zu ähnlichen, unerwünschten Einflussmöglichkeiten wie im Falle einer Fachaufsicht kommen würde (siehe hierzu oben I.1.b)). Ein Verstoß liegt konsequenterweise auch dann vor, wenn das in der Sache in relevanter Form tätig werdende Personal einer staatlichen Dienstaufsicht jenseits des DDK selbst unterliegt, da der Ausschluss sonst ins Leere laufen würde.

4. Leitungspersonal: Ernennung, Amtszeit, Absetzung

Im Hinblick auf die Ernennung, Amtszeit und Absetzung des Leitungspersonals ergeben sich zwar kaum unmittelbare Erkenntnisse aus dem DDG selbst, dafür aber aus der Judikatur des EuGH. So hat der EuGH im Grundsatzurteil zur DSRL als Ausformung des Demokratieprinzips anerkannt, dass das Leitungspersonal der unabhängigen Stellen durch staatlich legitimierte Vertreter ernannt werden kann. Hinsichtlich der Dauer der Amtszeit ergeben sich weder aus dem DDG noch aus der Rechtsprechung exakte zeitliche Grenzen. Eine maximal unabhängige, weil auch nicht auf eine Verlängerung der Amtszeit angewiesene Ernennung auf Lebenszeit bzw. bis zu einer näher zu bestimmenden Pensionsgrenze fordert der EuGH jedoch nicht (siehe oben I.1.c)).

Aus der Rechtsprechung des EuGH lassen sich zudem Voraussetzungen an die Absetzung des zukünftigen DDK ableiten. So bedarf es insbesondere eines wichtigen Grundes für die Absetzung und vergleichbare Schutzmechanismen zugunsten der Unabhängigkeit. Als Orientierungspunkt kann die entsprechende Regelung für den Europäischen Datenschutzbeauftragten aus Art. 53 Abs. 4 DSGVO herangezogen werden, die für eine Absetzung verlangt, dass dieser „eine schwere Verfehlung begangen hat oder die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht mehr erfüllt“ (siehe oben I.1.c)). Laut Erwägungsgrund 113 des DDG reicht eine institutionelle Reform, bei der verschiedene Funktionen innerhalb einer Behörde zusammengefasst werden, nicht als wichtiger Grund aus, wenn keine Bestimmungen vorhanden sind, die gewährleisten, dass diese Entlassungen die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Leitungspersonals nicht gefährden.

Ähnliche Anforderungen lassen sich in den anderen sektorspezifischen Regulierungssystemen finden. So sieht Art. 7 Abs. 1 S. 1 EKEK für den Leiter der nationalen Regulierungsbehörde bzw. die Mitglieder eines Kollegiums eine Amtszeit von „mindestens drei Jahren“ vor und eine Entlassung der Personen gemäß Art. 7 Abs. 2 EKEK nur dann, „wenn sie die im nationalen Recht vor ihrer Ernennung festgelegten Voraussetzungen für die Ausübung ihres Amtes nicht mehr erfüllen.“ Hinzu treten weitere prozedurale Absicherungsmechanismen wie die Pflicht zur Veröffentlichung einer entsprechenden Entscheidung und einer Begründung sowie der Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung „in sachlicher und rechtlicher Hinsicht“ (Art. 7 Abs. 3 EKEK). Im Energierecht sah Art. 35 Abs. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b der mittlerweile aufgehobenen RL 2009/72 etwa eine Amtszeit von fünf bis sieben Jahren vor. Eine Amtsenthebung der Leitungspersonen war gem. Art. 35 Abs. 5 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 RL 2009/72 nur möglich, „wenn sie nicht mehr die in diesem Artikel genannten Bedingungen erfüllen oder wenn sie sich eines Fehlverhaltens nach nationalem Recht schuldig gemacht haben.“ Entsprechende Regelungen finden sich nun auch in den Nachfolgebestimmungen der Art. 57 Abs. 5 UAbs. 1 lit. d bzw. Art. 57 Abs. 5 UAbs. 2 S. 2 der Richtlinie 2019/944.⁷⁷

5. Mittelausstattung

Hinsichtlich der Mittelausstattung ist vor allem Art. 50 Abs. 1 DDG in Verbindung mit Erwägungsgrund 111 des DDG zu beachten. Danach müssen dem DDK ausreichende finanzielle, technische und personelle Mittel zur Verfügung gestellt werden, um seine Aufgaben ausführen zu können. Hierbei müssen die Mitgliedstaaten insbesondere sicherstellen, dass der DDK frei über die überlassenen Mittel verfügen kann. Die Bestimmung der Höhe des Budgets liegt allerdings in der Hand der Mitgliedstaaten. Konkretisierungen dieser sowohl in der Rechtsprechung als auch im DDG sehr allgemein gehaltenen Kriterien finden sich nur in Erwägungsgrund 111 des DDG, der die besondere Bedeutung von Experten mit spezialisiertem Fachwissen betont, die dem DDK je nach Zuständigkeitsbereich zur Verfügung gestellt werden müssen. Ansonsten ist die Mittelbestimmung nach unten durch die Notwendigkeit der effektiven Aufgabenerfüllung beschränkt und nach oben durch den Grundsatz der sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln. Wichtig ist im Kern die Möglichkeit einer unabhängigen Aufgabenerfüllung.

⁷⁷ Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.9.2019, ABl. 2019, L 158, S. 125.

6. Vorfrage: Ansiedlung des DDK auf Bundesebene abhängig von entsprechenden Verwaltungskompetenzen

a) Grundsatz der Länderzuständigkeit und Verbot der Mischverwaltung

Voraussetzung für eine Befassung einer Bundesbehörde wie der Bundesnetzagentur mit der Rolle des DDK ist, dass insoweit überhaupt eine entsprechende Verwaltungskompetenz des Bundes vorliegt. Dies verlangt eine umfangreiche Aufbereitung der Aufgaben des DDK und ihre anschließende kompetenzverfassungsrechtliche Einordnung. Das kann vorliegend nicht geleistet werden. Insoweit ist im Übrigen vieles umstritten, wie bereits die föderale Verteilung der Aufgaben im NetzDG gezeigt hat. Dieser Streit wird sich angesichts der partiellen Ausgestaltung vergleichbarer Aufgaben im DDG fortsetzen.

Ausgangspunkt ist dabei Art. 83 GG, der die landeseigene Verwaltung als Regelfall definiert, sofern keine abweichenden Bundeskompetenzen bestehen. Dies ist Ausfluss des föderalen Prinzips.⁷⁸ Die Art. 87 ff. GG normieren Gegenstände bundeseigener Verwaltung als explizite Ausnahmen vom Grundsatz der Verwaltungskompetenz der Länder. Sofern kein die Bundeszuständigkeit begründender Artikel anwendbar ist, kommen ungeschriebene Verwaltungskompetenzen des Bundes in Betracht, wie die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs, die Annexkompetenz oder die Kompetenz kraft Natur der Sache.⁷⁹ Diese sind aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sehr restriktiv auszulegen.⁸⁰ Sind keine dieser Ausnahmen einschlägig, so bleibt die Verwaltungskompetenz bei den Ländern, sofern das Grundgesetz nicht ausnahmsweise explizit eine Kompetenz des Bundes eröffnet.

Vorliegend ist angesichts der Heterogenität der Aufgaben und der Notwendigkeit einer Koordination von Bundes- und Landesbehörden ganz besonders auf eine klare Aufgabenzuordnung zu achten. So greift grundsätzlich ein Verbot der Mischverwaltung als verfassungsimmanente Grenze des gemeinsamen Vollzugs. Die Art. 83 ff. GG implizieren die

⁷⁸ *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Auflage 2018, Art. 83 GG, Rn. 1.

⁷⁹ *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 2022, Art. 83 GG, Rn. 6 ff.; *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 83 GG, Rn. 79.

⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 15.3.1960 – 2 BvG 1/57, BVerfGE 11, 6 (17 f.) – Dampfkessel; *Suerbaum*, in: BeckOK Grundgesetz, 52. Edition, Stand: 15.8.2022, Art. 83 GG, Rn. 29; *Winkler*, in: Sachs (Hrsg.), 9. Auflage 2021, Art. 83 GG, Rn. 17.

organisatorische und funktionale Selbständigkeit der Verwaltungen des Bundes und der Länder nebst wechselseitiger Unabhängigkeit im Verhältnis zueinander.⁸¹ Die dort normierten Kompetenz- und Organisationsformen sind abschließender Natur, sodass eine Abweichung unzulässig ist.⁸² Um eine Aushöhlung des Art. 30 GG zu verhindern, hat der Gesetzgeber zudem die Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit zu beachten.⁸³

b) Umfassende fakultative Verwaltungskompetenz des Bundes aus Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG, soweit Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht

Sofern, wie vorliegend, die Verfassung keine speziellere Steuerungsnorm zu den Verwaltungskompetenzen des Bundes vorhält, da es sich beim DDG allenfalls am Rande um eine Telekommunikationsregulierung im Sinne des Art. 87 f GG mit einer entsprechenden Verwaltungskompetenz des Bundes handelt, eröffnet insbesondere Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG als umfassende originäre Kompetenzgrundlage⁸⁴ für sämtliche Sachbereiche, die in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen, eine fakultative Bundesverwaltungskompetenz.⁸⁵ Die in Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG angelegte Verknüpfung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen stellt eine verfassungsimmanente Friktion mit dem in Art. 83 GG statuierten Trennungsgrundsatz dar.⁸⁶ Dies einschränkend dürfen den Behörden nur nach ihren typischen Merkmalen zentral zu erledigende Aufgaben übertragen

⁸¹ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 ua, BVerfGE 119, 331 (364 f.) = NVwZ 2008, 183 (186) – Hartz IV Arbeitsgemeinschaften; BVerfG, Urt. v. 15.7.2003 – 2 BvF 6/98, BVerfGE 108, 169 (182) = NVwZ 2003, 1497 (1498) – Telekommunikationsgesetz; Heun/Thiele, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Auflage 2018, Art. 91c GG, Rn. 6.

⁸² BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 ua, BVerfGE 119, 331 (365) = NVwZ 2008, 183 (186) – Hartz IV Arbeitsgemeinschaften; BVerfG, Beschl. v. 12.1.1983 – 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1 (39) = NVwZ 1983, 537 (541) – Schornsteinfegerverordnung.

⁸³ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 ua, BVerfGE 119, 331 (366) = NVwZ 2008, 183 (186) – Hartz IV Arbeitsgemeinschaften; BVerfG, Urt. v. 15.7.2003 – 2 BvF 6/98, BVerfGE 108, 169 (181) = NVwZ 2003, 1497 (1498) – Telekommunikationsgesetz.

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 3.3.2004 – 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 (49) = NJW 2004, 2213 (2214) – Zollkriminalamt; BVerfG, Urt. v. 24.7.1962 – 2 BvF 4/61 ua, BVerfGE 14, 197 (213 f.) = BeckRS 1962, 103755 – Kreditwesen.

⁸⁵ *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Auflage 2018, Art. 87 GG, Rn. 65.

⁸⁶ *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Auflage 2018, Art. 87 GG, Rn. 66.

werden.⁸⁷ Insoweit müssten die entsprechenden Voraussetzungen im Einzelnen hinsichtlich der verschiedenen Aufgaben des DDK näher geprüft werden.

Dabei finden sich im DDG im Hinblick auf den DDK sowohl Aufgaben, die kompetenziell den Ländern, als auch solche, die dem Bund zuzuordnen sind, während bei vielen Aufgaben eine eindeutige Zuordnung problematisch ist und strittig sein dürfte. So war auch beim NetzDG die formelle Verfassungsmäßigkeit und die Zuweisung der Aufsichtsaufgaben an Bundesbehörden schon im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenzen der Art. 70 ff. GG in der Literatur stark umstritten.⁸⁸

Als Richtschnur durch diesen kompetenziellen Irrgarten kann lediglich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herangezogen werden, die zuletzt im Beschluss zum Berliner Mietendeckel abermals betont wurde: Die einzelnen Titel der Gesetzgebungskompetenzen sind dem Urteil zufolge nach den allgemeinen Regeln der Verfassungsinterpretation auszulegen, wobei vor allem der Staatspraxis besondere Bedeutung zukommt.⁸⁹ Selbst wenn man sich im Rahmen des DDG an der bisherigen Staatspraxis orientiert, wird die Zuweisung einzelner Aufgaben eine Herausforderung. So mag die Algorithmen-Regulierung im Hinblick auf die Transparenz und Diskriminierungsfreiheit zur Wahrung der Vielfalt dem Kompetenzbereich der Länder zugeordnet werden, wofür die Regelungen in den §§ 93 und 94 MStV sprechen. Das heißt aber keineswegs, dass in der Folge Art. 40 Abs. 3 DDG, der die Anbieter sehr großer Online-Plattformen verpflichtet, auf Verlangen des DDK die Funktionsweise ihrer Algorithmen offenzulegen, zwangsläufig ausschließlich in die Verwaltungskompetenz der Länder fiele. Denn Empfehlungssysteme spielen auch beim Kauf nicht meinungsrelevanter Güter (etwa Elektronikartikel bei Amazon) eine wichtige Rolle. Zudem wären Aufgaben, die sich im Bereich des bisherigen NetzDG bewegen, das im Wesentlichen auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt wurde, wie zum Beispiel die Zuerkennung des Status als vertrauenswürdiger Hinweisgeber aus Art. 22 Abs. 2 DDK, dem Bund zugeordnet, womit gem. Art. 87 Abs. 3 GG auch

⁸⁷ *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Auflage 2018, Art. 87 GG, Rn. 87.

⁸⁸ Vgl. *Hoven/Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 36. Edition, Stand 1.5.2021, § 1 NetzDG, Rn. 5; ausführlich *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), 2021, S. 143 ff.

⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 25.3.2021 – 2 BvF 1/20, 2 BvL 4/20, 2 BvL 5/20, BVerfGE 157, 223 (260) – Berliner Mietendeckel; kritisch hierzu *Drechsler*, (Re-)Konstruktion des Systems der Gesetzgebungskompetenzen, *Der Staat* 61 (2022), 261 (272 ff.).

eine bundeseigene Verwaltung möglich wäre. Daran wird exemplarisch deutlich, dass die genaue Verteilung der potenziellen Aufgaben eines DDK jenseits der eigentlichen Koordinationsaufgaben, die bei einem dedizierten DDK zu konzentrieren sind, eine komplexe Herausforderung darstellt. Dies dürfte im Ergebnis dazu führen, dass schon wegen der partiellen Zuständigkeiten auf Bundes- und auf Landesebene einem DDK im Ergebnis nur ein Teil der potenziellen Aufgaben neben den notwendigen Koordinationsaufgaben übertragen werden wird, da ein Teil der Aufgaben nicht auf der für diesen relevanten föderalen Aufgabenebene des DDK liegen wird.

c) Zwischenergebnis

Die Ausführungen zeigen, dass die Problematik der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen im Rahmen des DDG und des DDK sehr komplex sind. Eine vollumfängliche Analyse ist im Rahmen des vorliegenden Gutachtens daher nicht möglich. Es ist aber durchaus denkbar, dass Koordinationsaufgaben als Kernaufgaben des DDK bei einer heterogenen Verteilung von Aufgaben nach dem DDG auf Bundes- und Länderebene auch einer Bundesbehörde zugewiesen werden können.

7. Möglichkeit der Einsetzung der Bundesnetzagentur

Fraglich ist vor dem Hintergrund dieses Befunds, ob eine Einsetzung der Bundesnetzagentur als nationaler Koordinator für digitale Dienste denkbar und angesichts der oben erarbeiteten Anforderungen an die Unabhängigkeit möglich ist.

a) Fachaufsicht

Bei der Bundesnetzagentur handelt es um eine selbstständige Bundesoberbehörde. Das bedeutet, dass sie zwar organisatorisch aus den Bundesministerien ausgegliedert, anders als eine oberste Bundesbehörde jedoch einem Ministerium, vorliegend dem Bundeswirtschaftsministerium, nachgeordnet und dementsprechend auch weisungsunterworfen ist

und einer Fachaufsicht unterliegt.⁹⁰ Die Kompetenz hierfür ergibt sich aus der Ressortverantwortlichkeit nach Art. 65 S. 2 GG.⁹¹ Dies spricht auf den ersten Blick gegen eine Eignung der Bundesnetzagentur als DDK, da die Weisungsunabhängigkeit gerade einen Kerngedanke der völligen Unabhängigkeit i. S. v. Art 50 Abs. 2 DDG darstellt (siehe oben I.1.a)).

Die Bundesnetzagentur ist jedoch bereits heute in Teilbereichen unabhängig ausgestaltet. Es ließe sich vor diesem Hintergrund zum Beispiel – vergleichbar mit dem Bereich der Energiewirtschaftsregulierung – innerhalb der Bundesnetzagentur eine weisungsfreie, unabhängige Abteilung schaffen, die den Kriterien des Art. 50 Abs. 2 DDG gerecht wird. Dies zeigt sich bereits an dem Urteil des EuGH zu § 24 EnWG, das die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur nur aufgrund der detaillierten Rechtsverordnungen der Bundesregierung verneint hat, nicht aber aufgrund einer fehlenden Weisungsunabhängigkeit. Zwar waren die Rügen der Europäischen Kommission im Vertragsverletzungsverfahren auch nicht auf diesen Punkt gerichtet. Das Schweigen der Europäischen Kommission hierzu kann jedoch zumindest als Indiz gedeutet werden, dass die Beschlusskammern zur Energieregulierung innerhalb der Bundesnetzagentur den Kriterien der völligen Unabhängigkeit grundsätzlich genügen (siehe oben I.2.).

b) Rechtsaufsicht

Neben der Fachaufsicht unterliegt die Bundesnetzagentur grundsätzlich auch der Rechtsaufsicht durch das Bundeswirtschaftsministerium.⁹² Durch die Schaffung einer unabhängigen Abteilung (siehe a)) kann aber auch diese ausgeschlossen und den Unabhängigkeitsanforderungen genüge getan werden.

⁹⁰ *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 96. Ergänzungslieferung November 2021, Art. 87 GG, Rn. 250 ff.; *Ruffert/Schmidt*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), Kommentar TKG – TTDSG – Netzneutralitäts-VO, 4. Auflage 2022 (im Erscheinen), § 193 TKG, Rn. 1.

⁹¹ *Ruffert/Schmidt*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), Kommentar TKG – TTDSG – Netzneutralitäts-VO, 4. Auflage 2022 (im Erscheinen), § 193 TKG, Rn. 1.

⁹² *Ruffert/Schmidt*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), Kommentar TKG – TTDSG – Netzneutralitäts-VO, 4. Auflage 2022 (im Erscheinen), § 193 TKG, Rn. 1.

c) Dienstaufsicht

Als Bundesoberbehörde unterliegt die Bundesnetzagentur sodann grundsätzlich auch der Dienstaufsicht durch das Bundeswirtschaftsministerium⁹³, da dieses gem. § 3 Abs. 1 BBG oberste Dienstbehörde der Bundesnetzagentur ist.⁹⁴ Dem Ministerium obliegt dabei primär die Dienstaufsicht über den Präsidenten der Bundesnetzagentur, während dieser als Dienstvorgesetzter i. S. d. § 3 Abs. 4 BBG⁹⁵ wiederum die Dienstaufsicht gegenüber den Mitarbeitern der Bundesnetzagentur ausübt.⁹⁶ Problematisch im Hinblick auf die völlige Unabhängigkeit ist grundsätzlich lediglich die Dienstaufsicht über den Präsidenten, da insoweit Weisungen des Bundeswirtschaftsministeriums möglich wären (siehe oben 3.). Die Dienstaufsicht über den Präsidenten muss somit in Bezug auf die Aufgaben des DDK ausgeschlossen werden, um den aufgezeigten Anforderungen aus der (übertragbaren, siehe umfassend II.) Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Datenschutzsekundärrechts zu den Grenzen der Dienstaufsicht (siehe dazu insbesondere I.1.b)) gerecht zu werden. Es ist jedoch zu beachten, dass eine Dienstaufsicht in anderen Bereichen bestehen bleiben kann, in denen eine völlige Unabhängigkeit gerade nicht notwendig ist, der Präsident somit dennoch dienstaufsichtlichen Weisungen durch das Bundeswirtschaftsministerium insoweit unterworfen werden kann. Aufgrund der strengen Kriterien des EuGH, der bereits den Verdacht der Einflussnahme und Parteilichkeit für einen Verstoß gegen die Vorgaben der völligen Unabhängigkeit ausreichen lässt (siehe oben I.1.c)), muss gewährleistet werden, dass über diese – in der Praxis der Bundesnetzagentur ohnehin nicht relevante – Dienstaufsichtsmöglichkeit keine Dienstaufsicht in den Bereich der DDK-Tätigkeit eröffnet wird. Schon aus dem Vorrang der unmittelbar geltenden Verordnungsbestimmungen des DDG ergibt sich damit, dass eine Dienstaufsicht gegenüber der Einheit des DDK von einer Stelle außerhalb des DDK ausgeschlossen werden muss. Am einfachsten lässt sich dies realisieren, indem der Präsident bzw. das Präsidium der Bundesnetzagentur als DDK nach außen fungiert und den eigenen Personalunterbau weisungsgebunden führt.

⁹³ Ruffert/Schmidt, in: Säcker/Körber (Hrsg.), Kommentar TKG – TTDSG – Netzneutralitäts-VO, 4. Auflage 2022 (im Erscheinen), § 193 TKG, Rn. 1.

⁹⁴ Vgl. Brinktrine, in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 26. Edition, Stand: 1.2.2022, § 3 BBG, Rn. 4.

⁹⁵ Vgl. Hebel, in: Battis (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, 6. Auflage 2022, § 3 BBG, Rn. 8.

⁹⁶ Kröger, Unabhängigkeitsregime im europäischen Verwaltungsverbund, 2020, S. 286.

Man wird jedoch, auch ohne differenziertere Rechtsprechung, davon ausgehen können, dass der Ausschluss einer staatlichen Dienstaufsicht von außen nur für das Leitungspersonal des DDK sowie die zugehörige Geschäftsstelle gilt. Die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen und der Rückgriff auf nicht in die Entscheidungen eingebundenes Personal (etwa Sicherheitspersonal) innerhalb der Bundesnetzagentur ist dadurch hingegen nicht ausgeschlossen. Auch die Schaffung einer eigenen Haushaltslinie ist für die Gewährleistung der Unabhängigkeit nicht erforderlich (siehe oben I.1.b)).

d) Leitungspersonal: Ernennung, Amtszeit, Absetzung

Unabhängig davon, ob der Präsident der Bundesnetzagentur, das Präsidium oder die Behörde als solche als DDK eingesetzt wird (siehe zur Grundkonzeption des DDK oben II.1.b)), wird der Präsident oder die Präsidentin als DDK bzw. leitender Beamter des DDK eine Schlüsselposition der Regulierungsbehörde einnehmen. Gesetzliche Regelungen zur Ernennung, Amtszeit und Absetzung des Präsidenten der Bundesnetzagentur finden sich gegenwärtig in den §§ 3, 4 BEGTPG. Nach § 4 Abs. 1 BEGTPG ist die Amtszeit des Präsidenten auf fünf Jahre befristet und kann einmalig verlängert werden. Dies gilt über § 4 Abs. 8 BEGTPG entsprechend für jede Vizepräsidentin bzw. jeden Vizepräsidenten. Die Ernennung erfolgt gem. § 3 Abs. 4 BEGTPG durch den Bundespräsidenten. Insoweit entspricht die derzeitige Lage bereits den Kriterien des EuGH (siehe oben I.1.c)). Eine vorzeitige Entlassung ist nach Maßgabe des § 4 Abs. 5 BEGTPG nur aus wichtigem Grund möglich, insbesondere dann, wenn der Präsident die Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes nicht mehr erfüllt, weil er sich zum Beispiel eines schweren Fehlverhaltens schuldig gemacht hat. Dies entspricht fast deckungsgleich Art. 54 Abs. 4 DSGVO, der wie ausgeführt zur Konkretisierung des wichtigen Grundes herangezogen werden kann (siehe oben I.1.c)). Die gegenwärtig bestehenden Regelungen in Bezug auf das Präsidium der Bundesnetzagentur genügen somit den Unabhängigkeitsanforderungen, weswegen kein Handlungsbedarf besteht, sollte die Bundesnetzagentur insoweit zum DDK ernannt werden.

e) Mittelausstattung

Bei der Ausstattung der Bundesnetzagentur ist vor allem die notwendige Budgetautonomie zu beachten. Ansonsten müssen ihr alle zu einer unabhängigen Regulierung notwendigen

technischen, finanziellen und personellen Mittel zur Verfügung gestellt werden. Genauere Vorgaben der Rechtsprechung hierzu gibt es bisher nicht (siehe oben 5.).

f) Orientierung an den Datenschutzaufsichtsbehörden

Als Vorbild zur Orientierung bieten sich die gem. Art. 52 Abs. 1 DSGVO ebenfalls zur völligen Unabhängigkeit verpflichteten Datenschutzaufsichtsbehörden an. Diese sind zwar teilweise, wie der Bundesbeauftragte für den Datenschutz oder der hessische Landesdatenschutzbeauftragte (vgl. § 8 Abs. 1 HDSIG), als oberste Bundes- bzw. Landesbehörde organisiert. Anders ist dies jedoch in Bayern geregelt. Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz bedient sich beispielweise einer Geschäftsstelle, die gem. Art. 15 Abs. 4 S. 1 BayDSG im Landtag eingegliedert ist. Um der Unabhängigkeit zu genügen, finden sich weitere Regelungen in Art. 19 BayDSG. Der Landesbeauftragte ist insbesondere der Dienstvorgesetzte der Beamten der Geschäftsstelle, die Aufsichtsbehörde ist zudem oberste Dienstbehörde (Art. 19 Abs. 3 S. 3 u. 5 BayDSG). Ferner sind die Beamten nur an die Weisungen des Landesbeauftragten gebunden, unterstehen nur seiner Dienstaufsicht und können nur mit dessen Einvernehmen versetzt, abgeordnet oder umbesetzt werden (Art. 19 Abs. 3 S. 2 u. 4 BayDSG). Das Beispiel zeigt, dass eine unabhängige Behördengestaltung nicht zwingend die Gründung einer obersten Bundes- oder Landesbehörde verlangt. Sie ist vielmehr im Rahmen eines Rückgriffs auf bestehende Institutionen auch in Form der Eingliederung des Verwaltungsapparats in eine Oberbehörde möglich, solange die Besonderheiten hinsichtlich der Aufsicht beachtet werden und eine staatliche Einflussnahme ausgeschlossen wird.

g) Ergebnis

Werden die Kriterien der Rechtsprechung des EuGH (dazu I.) und die Anforderungen aus dem DDG (dazu II.) beachtet, ist eine Eingliederung des DDK in die Bundesnetzagentur somit unionsrechtskonform umsetzbar. Hierzu muss vor allem dafür gesorgt werden, dass Fach-, Rechts- und Dienstaufsicht von außen gegenüber dem DDK konsequent ausgeschlossen werden. Das entspricht aber zumindest faktisch schon weitgehend der gegenwärtigen Situation mit Blick auf die Bundesnetzagentur und folgt für den DDK aus dem DDG als unmittelbar geltendes Unionsrecht. Bei der Eingliederung des DDK in eine andere bereits bestehende Behörde wären dieselben Anforderungen zu beachten.

Alternativ zum Rückgriff auf bestehende Institutionen wäre auch die Gründung einer obersten Bundesbehörde, vergleichbar dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz, möglich. Dies wäre mit einigem organisatorischen Aufwand, angesichts der teilweisen Weisungsgebundenheit der Bundesnetzagentur aber auch mit weniger rechtlichen Risiken und Unsicherheiten verbunden. Anders als bei einer Eingliederung in die Bundesnetzagentur könnte hierbei jedoch nicht auf bestehende Ressourcen und Abläufe zurückgegriffen werden. Es müsste vielmehr eine neue, eigene Behörde errichtet sowie strukturell und personell ausgestaltet werden, was gegebenenfalls eine höhere Haushaltsbelastung bedeuten würde. Die Gründung einer neuen obersten Bundesbehörde wäre zudem zeitintensiver, was angesichts der Einsetzungsfrist des Art. 49 Abs. 3 UAbs. 1 DDG ebenfalls relevant werden kann.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zusammenfassend konnten die aufgeworfenen Rechtsfragen wie folgt beantwortet werden:

1. Der EuGH hat zum Begriff der völligen Unabhängigkeit, der in verschiedenen Sekundärrechtsakten verwendet wird, eine einheitliche Rechtsprechungslinie entwickelt, die vor allem im Datenschutz (insbesondere EuGH, Urt. v. 9.3.2010, C-518/07; ferner EuGH, Urt. v. 16.10.2012, C-614/10; EuGH, Urt. v. 8.4.2014, C-288/12) sowie in der Energiewirtschaftsregulierung (EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-718/18) zum Tragen kommt. Aus einer Auswertung der Rechtsprechung und einer Auslegung der Regelungen des Digitale Dienste Gesetzes (DDG) ergibt sich, dass die in jener Rechtsprechungslinie aufgestellten Kriterien auch auf den Koordinator für Digitale Dienste (DDK) zu übertragen sind.
2. Aus der Rechtsprechung zum Datenschutzsekundärrecht ergibt sich, dass der DDK seine Aufgaben ohne jegliche unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme von außen erfüllen muss, um eine objektive Aufgabenwahrnehmung frei von derartigen Einflüssen zu gewährleisten. Dies schließt eine Fach-, Rechts- und Dienstaufsicht über den DDK aus. Auch das Leitungspersonal der zugeordneten Geschäftsstelle darf keiner Dienstaufsicht von außen unterliegen.
3. Nach der EuGH-Judikatur liegt bei der Schaffung von unabhängigen, staatsfreien Stellen kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip vor, da es auch außerhalb des klassischen, hierarchischen Verwaltungsaufbaus öffentliche Stellen geben kann, die von der Regierung mehr oder weniger unabhängig agieren.
4. Da die parlamentarische Kontrolle jedoch nicht vollständig unterbunden werden darf, obliegt es dem Gesetzgeber einerseits, den Kontrollstellen Kompetenzen zuzuweisen, und andererseits können ihnen Berichtspflichten gegenüber dem Parlament auferlegt werden.
5. Es ist zudem vom EuGH in seiner Rechtsprechung zum Datenschutzsekundärrecht als Ausprägung des Demokratieprinzips anerkannt worden, dass das Leitungspersonal von staatlich legitimierten Vertretern ernannt werden kann. Dabei gibt es keine genaue zeitliche Mindestdauer für die Ernennung des Leitungspersonals. Eine Ernennung auf Lebenszeit bzw. bis zu einer näher zu definierenden Pensionsgrenze, um eine maximale Unabhängigkeit zu schaffen, wird jedenfalls nicht gefordert.
6. Darüber hinaus unterliegt die vorzeitige Absetzung des DDK Restriktionen. So bedarf es dafür eines wichtigen Grundes, der im Urteil zum ungarischen Datenschutzbeauftragten bisher jedoch nur im konkreten Fall und nicht allgemein näher

definiert wurde. Als Orientierungspunkt können jedenfalls die entsprechenden Regelungen im datenschutzrechtlichen Unionssekundärrecht herangezogen werden, wie sie zuletzt in Art. 53 Abs. 4 DSGVO formuliert worden sind. Danach ist eine Amtsenthebung nur zulässig, wenn die betreffende Person „eine schwere Verfehlung begangen hat oder die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht mehr erfüllt“.

7. Aus der primärrechtlichen Verankerung der Unabhängigkeit in Art. 8 Abs. 3 GRC ergibt sich dabei im Bereich des Datenschutzes keine strengere inhaltliche Auslegung im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten, für die keine entsprechenden primärrechtlichen Regelungen existieren.
8. Aus den Vorschriften des DDG folgen ebenfalls keine strengeren Anforderungen an die Unabhängigkeit als aus der Rechtsprechungslinie des EuGH zum Datenschutzrecht sowie in der Energiewirtschaftsregulierung. Vielmehr ergibt die Auslegung der wesentlichen Normen einen Gleichlauf mit den vom EuGH im Rahmen des Datenschutzrechts (und Energierechts) entwickelten Anforderungen.
9. Der Wortlaut des Art. 50 Abs. 2 DDG weist zudem Parallelen zur Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutzsekundärrecht auf. Insbesondere wird eine Arbeit frei von äußeren Einflüssen sowie direkten und indirekten Weisungen verlangt. Insofern kann die Rechtsprechungslinie des EuGH aus jenem Bereich vollständig übertragen werden.
10. Konkretisiert werden in Art. 50 Abs. 1 DDG die Anforderungen an die Mittelausstattung. Dem DDK sind zur Aufgabenerfüllung ausreichend technische, personelle und finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen. Zudem ist seine Budgetautonomie von den Mitgliedstaaten sicherzustellen.
11. In Bezug auf die Aufsicht erlaubt Art 50 Abs. 3 S. 2 DDG in der Formulierung der Trilogfassung und in der vom Rat beschlossenen Fassung die Normierung von „angemessenen Rechenschaftspflichten“. Darunter ist insbesondere die gerichtliche Kontrolle und das Auferlegen von Berichtspflichten gegenüber den nationalen Parlamenten zu verstehen.
12. Die Genesis des Art. 50 DDG spricht ebenfalls für eine Auslegung parallel zu den Kriterien des EuGH. So zeigt die Streichung des ursprünglich in Art. 50 Abs. 3 DDG vorgesehenen Verfassungsvorbehalts zugunsten der Wahrung mitgliedstaatlicher Aufsichtsstrukturen, dass im Gegensatz zum Telekommunikationsrecht eine strenge Unabhängigkeit gelten soll, ohne die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, hiervon in Übereinstimmung mit dem nationalen Verfassungsrecht abzuweichen.

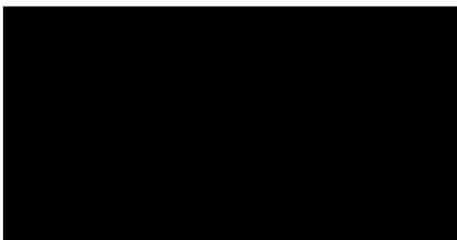
13. Die teleologische Auslegung führt zu denselben Ergebnissen wie im Fall der Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutz- und Energiewirtschaftssekundärrecht. So kann eine weisungsfreie Aufsicht i. S. d. Art. 50 Abs. 2 DDG zur Erreichung der Ziele des Art. 1 DDG nur ohne eine Fach- und Rechtsaufsicht gewährleistet werden. Der Telos erfordert eine strenge Auslegung parallel zu den in der Rechtsprechung des EuGH insbesondere zum Datenschutzrecht entwickelten Anforderungen.
14. Aus den Vorgaben des Grundgesetzes ergeben sich keine abweichenden Anforderungen an die Unabhängigkeit des DDK. Zwar ergibt sich aus dem Demokratieprinzip grundsätzlich ein Verbot ministerialfreier Räume. Davon sieht das Bundesverfassungsgericht nur in begründeten Einzelfällen Ausnahmen vor. Es kann jedoch dahinstehen, ob ein solcher Fall vorliegt, wofür allerdings sehr gute Gründe sprechen, da jedenfalls der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gilt und die dortigen Anforderungen strenger sind.
15. Zwar kann mit guten Gründen durchaus davon ausgegangen werden, dass das rundfunkrechtliche Gebot der Staatsferne jedenfalls auf einen Teil der Regulierungsanforderungen an Plattformen i. S. d. DDG übertragen werden kann. Ob und in welchem Umfang dies der Fall ist, kann jedoch dahinstehen. Denn aus dem Gebot der Staatsferne ergeben sich keine strengeren Vorgaben als aus der aufgezeigten Auslegung der unionssekundärrechtlich gebotenen Unabhängigkeit durch den EuGH.
16. So gehen das Gebot der Staatsferne und die unionsrechtliche Unabhängigkeit von der Grundannahme aus, dass eine Aufsicht frei von jeglichem staatlichen Einfluss erfolgen muss. Im Fall der Staatsferne wird diese Grundannahme jedoch relativiert, indem eine beschränkte Rechtsaufsicht oder die Aufnahme staatlicher Mitglieder in Aufsichtsgremien erlaubt wird. Die Staatsferne erfordert danach nur eine Freiheit von einem bestimmenden Einfluss, während die unionsrechtliche geforderte Unabhängigkeit bereits jede Gefahr der Einflussnahme ausschließt, die den Eindruck der Parteilichkeit erwecken könnte.
17. Aus dem Beschluss des VG Köln vom 1.3.2022 (6 L 1277/21), der im einstweiligen Rechtsschutz ergangen ist, lassen sich für den vorliegenden Zusammenhang keine weiter gehenden Konsequenzen ableiten, da das Gericht keine strengeren Anforderungen mit Blick auf die AVMD-RL entwickelt, als sich vorliegend aus dem DDG bzw. der aufgezeigten Rechtsprechungslinie des EuGH ergeben. So handelt es sich beim Bundesamt für Justiz (BfJ) um eine vollständig in die Ministerialhierarchie eingebundene, weisungsabhängige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz als oberster Bundesbehörde, so dass keine spezifischen Anforderungen an die Unabhängigkeit normiert sind. Eine Ausgestaltung des DDK analog zum BfJ würde vor diesem Hintergrund nicht den Anforderungen des DDG an die Unabhängigkeit

gerecht. Daher kann auch dahinstehen, ob die Rechtsprechung des VG Köln zu-
treffend ist oder ob der Verfassungsvorbehalt des Art. 30 Abs. 2 UAbs. 2 AVMD-
RL hier ein weiter reichendes Abrücken von den Unabhängigkeitsanforderungen
erlaubt hätte, da jedenfalls im DDG kein entsprechender Verfassungsvorbehalt
normiert ist. Aus der Rechtsprechung des VG Köln lassen sich daher im vorlie-
genden Zusammenhang keine weiter gehenden Folgerungen ableiten.

18. Damit muss jegliche Entscheidung für die Zuweisung von Aufgaben an einen
DDK den strengen Anforderungen an die Unabhängigkeit gerecht werden, wie sie
sich aus dem DDG ergeben und den sekundärrechtlichen Vorgaben im Daten-
schutz- und Energieregulierungsrecht entsprechen und daher im Lichte der dies-
bezüglichen strengen Judikatur des EuGH zu interpretieren sind.
19. Voraussetzung für jegliche bundesweite Zuweisung von Aufgaben an den DDK
ist im Übrigen, dass in verfassungsrechtlicher Hinsicht eine entsprechende Ver-
waltungskompetenz des Bundes besteht. Das ist mit Blick auf die Vielzahl hete-
rogener Aufgaben im DDG differenziert für jede einzelne Aufsichtsaufgabe zu
prüfen, dürfte aber jedenfalls nicht für sämtliche jener vielfältigen Aufgaben der
Fall sein. Es sprechen allerdings gewichtige Gründe dafür, dass Koordinations-
aufgaben als Kernaufgaben des DDK bei einer heterogenen Verteilung von Auf-
gaben nach dem DDG auf Bundes- und Länderebene auch einer Bundesbehörde
zugewiesen werden können.
20. In Deutschland ist daher die Einsetzung der Bundesnetzagentur insbesondere für
die Koordinationsaufgaben des DDK grundsätzlich denkbar. Allerdings muss dies
– vergleichbar mit der unionsrechtlich gebotenen Organisation im Bereich der
Energiewirtschaftsregulierung – im Wege der Schaffung eines Entscheidungs-
stranges innerhalb der Bundesnetzagentur erfolgen, der vollkommen frei von
Weisungen agiert. Dies schließt eine Fach-, Rechts- und Dienstaufsicht von außen
über diesen als DDK agierenden Strang aus. Das entspricht aber zumindest fak-
tisch im unionsrechtlich vergleichbar überformten Energierecht mit Blick auf die
Bundesnetzagentur bereits der gegenwärtigen Situation und folgt für den DDK
aus dem DDG als unmittelbar geltendes Unionsrecht.
21. Davon unabhängig kann die Bundesnetzagentur in anderen, nicht unabhängig-
keitsgeprägten Teilbereichen weisungsgebundene selbstständige Bundesoberbe-
hörde bleiben. In den unabhängigkeitsgeprägten Teilbereichen – wie den Tätig-
keiten des DDK – ist hingegen ihre weisungsunabhängige Ausgestaltung zu be-
achten. Es ist bei der normativen Ausgestaltung und auch deren praktischen An-
wendung streng darauf zu achten, dass keinerlei Weisungsstränge von außen ge-
genüber der Einheit des DDK bestehen und jeglicher staatliche Einfluss von außen
ausgeschlossen wird. Das gilt auch für sämtliche in die Entscheidungen eingebun-
denen Mitarbeitenden, die dementsprechend auch nur innerhalb des DDK-Stran-
ges weisungsgebunden agieren dürfen.

22. Die Bundesnetzagentur bzw. diese Einheit muss sodann ausreichend finanziell, technisch und personell ausgestattet werden, um ihre Aufgaben ausführen zu können. Die Bundesnetzagentur bzw. die entsprechende Einheit muss über die zur Verfügung gestellten Mittel frei verfügen können. Die Bestimmung der Höhe des Budgets liegt allerdings in der Hand der Mitgliedstaaten. Konkretisierungen dieser sowohl in der Rechtsprechung als auch im DDG sehr allgemein gehaltenen Kriterien finden sich nur in Erwägungsgrund 111 des DDG, der die besondere Bedeutung von Experten mit spezialisiertem Fachwissen betont, die dem DDK je nach Zuständigkeitsbereich zur Verfügung gestellt werden müssen. Im Übrigen ist die Mittelbestimmung nach unten durch die Notwendigkeit der effektiven Aufgabenerfüllung beschränkt und nach oben durch den Grundsatz der sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln. Wichtig ist im Kern die Möglichkeit einer unabhängigen Aufgabenerfüllung.
23. Die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen und der Rückgriff auf nicht in die Entscheidungen eingebundenes Personal (etwa Sicherheitspersonal) innerhalb der Bundesnetzagentur ist dadurch nicht ausgeschlossen.
24. Alternativ zur Einsetzung der Bundesnetzagentur kommt die Schaffung einer neuen obersten Bundesbehörde in Betracht, die ebenfalls einen entsprechenden Ausschluss einer Fach-, Rechts- und Dienstaufsicht gewährleisten müsste. Anders als bei einer Eingliederung in die Bundesnetzagentur könnte dann jedoch nicht auf bestehende Ressourcen und Abläufe zurückgegriffen werden. Es müsste vielmehr eine neue, eigene Behörde errichtet sowie strukturell und personell ausgestattet und ausgestattet werden, was gegebenenfalls eine höhere Haushaltsbelastung bedeuten würde. Die Gründung einer neuen obersten Bundesbehörde wäre zudem zeitintensiver, was angesichts der Einsetzungsfrist des Art. 49 Abs. 3 UAbs. 1 DDG ebenfalls relevant werden kann.

Regensburg, den 18. Oktober 2022



Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.