

## Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr vom 01. August 2023

**für ein Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG sowie zur Durchführung der Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten und zur Änderung weiterer Gesetze**

*Von Lena Auler, Wissenschaftliche Mitarbeiterin*

Die folgende Stellungnahme bezieht sich ausschließlich auf die Durchführung der Verordnung (EU) 2022/2065, auch „Gesetz über digitale Dienste“ oder „Digital Services Act“ (DSA), nicht auf die Durchführung der Verordnung (EU) 2019/1150. Die hier aufgeführten Punkte knüpfen insbesondere an die Ergebnisse des Gutachtens „Vollzug des Digital Services Act in Deutschland – Implementierung einer verbraucherorientierten Aufsichtsbehördenstruktur“ des Mainzer Medieninstituts von November 2022 an.<sup>1</sup>

### **1. Anwendungsbereich**

Die in § 1 Abs. 2 des Entwurfs für ein Digitale-Dienste-Gesetz (DDG-E) statuierte Klarstellung, dass sich „die an Inhalte von digitalen Diensten zu richtenden besonderen Anforderungen“ aus den medienrechtlichen Bestimmungen der Länder ergeben, erscheint in der Sache begrüßenswert. Die Diskussion um die Umsetzung des DSA hat gezeigt, dass die Verordnung vielfach als weiteres Instrument der Medienregulierung missverstanden wird.<sup>2</sup> Die entsprechende Klarstellung, dass die Verordnung keine Vorgaben zur Regulierung von Inhalten macht, kann daher zum korrekten Verständnis des Gesetzes und der Auslegung seiner Einzelvorschriften beitragen.

---

<sup>1</sup> Gutachten abrufbar unter: [https://www.mainzer-medieninstitut.de/wp-content/uploads/Gutachten\\_DSA\\_MMI\\_2022.pdf](https://www.mainzer-medieninstitut.de/wp-content/uploads/Gutachten_DSA_MMI_2022.pdf), im Folgenden kurz „MMI-Gutachten“.

<sup>2</sup> Vgl. beispielhaft *Bartels/Maamar*, Das Digitale-Dienste-Gesetz ergänzt den Digital Services Act: Die neuen Spielregeln für Online-Dienste, abrufbar unter: <https://www.noerr.com/de/insights/das-digitale-dienste-gesetz-ergaenzt-den-digital-services-act-die-neuen-spielregeln-fuer-online-dienste>; wohl auch *Schumacher*, Deutschland sucht den Digital Services Koordinator – Zur nationalen Umsetzung des Digital Services Act, abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/50-2022/>; anders hingegen *Holznagel*, Der DSA ist fertig – Neunummerierung, Inkrafttreten, Behördenzuständigkeit und Zukunft des NetzDG & Co., 04. November 2022, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2022/11/04/der-dsa-ist-fertig-neunummerierung-inkrafttreten-behoerdenzustaendigkeit-und-zukunft-des-netzdg-co/>

Überarbeitungsbedürftig ist aber wohl die konkrete Formulierung des § 1 Abs. 2 DDG-E. Denn gemäß der weiten Definition des Art. 3 lit. h) kann es sich bei „rechtswidrigen Inhalten“ auch um solche handeln, die nicht (nur) durch das Medienrecht, sondern auch durch weitere Rechtsbereiche reguliert sind. Insoweit sollte schon im Anwendungsbereich klargestellt werden, dass sich die „Inhaltereulierung“ neben dem Medienrecht auch aus anderen Rechtsmaterien ergeben kann.

## **2. Behördliche Aufsichts- und Durchsetzungsstruktur**

Mit dem in Teil 5 Abschnitt 1 Unterabschnitt 1 DDG-E gewählten Zuschnitt der Behördenzuständigkeit entscheidet sich der Gesetzgeber insgesamt für eine zentralisierte Plattformaufsicht durch die Bundesnetzagentur (BNetzA), die bereichsspezifisch zur Durchsetzung und Überwachung einzelner DSA-Vorgaben durch weitere Bundesbehörden ergänzt wird. Der DDG-E unterscheidet insofern zwischen „zuständigen Behörden“ im Sinne des Art. 49 Abs. 1 DSA, namentlich der Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz (BzKJ) und dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI), die jeweils mit eigenen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sind, sowie Behörden, mit denen lediglich eine Zusammenarbeit vorgesehen ist. Diese Unterscheidung dürfte im Hinblick auf das verfassungsrechtlich verankerte Verbot der Mischverwaltung jedenfalls geboten sein, wie im Folgenden noch zu erläutern sein wird.

Wie den Klammerzusätzen des DDG-E (vgl. nach § 12 Abs. 3 und nach Abs. 5) zu entnehmen ist, behält sich der Gesetzgeber die Benennung weiterer zuständiger Behörden derzeit noch vor. Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass dies rechtlich zweifelsfrei möglich ist, hinsichtlich des Aufbaus einer möglichst effizienten Plattformaufsichtsstruktur jedoch mit einigen Nachteilen verbunden sein könnte. Jede weitere mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattete Behörde, die neben der BNetzA DSA-Aufgaben erfüllt, trägt zu einer Dezentralisierung (und ggf. zusätzlichen Fragmentierung) der Aufsicht bei. An mehreren Stellen im DSA wird deutlich, dass eine wesentliche Aufgabe der neuen Plattformaufsicht darin bestehen wird, eine Vielzahl von Informationen von und über die Regulierungsadressaten zu verarbeiten und daraus insbesondere weiteres Regulierungswissen zu generieren.<sup>3</sup> Außerdem muss eine funktionierende Zuständigkeitspraxis etabliert werden. Sollten weitere Behörden an der deutschen DSA-Aufsicht beteiligt werden, ist daher sicherzustellen, dass eine solche

---

<sup>3</sup> Siehe insbesondere Art. 40, 49 Abs. 2, 51 Abs. 1, 55, 58, 60, 64 DSA.

Informations- und Wissensorganisation noch effizient von statten gehen kann. Die Festlegung der Anzahl zuständiger Behörden ist aber keine Frage, die sich mit den Kriterien juristischer Methodik beantworten lässt. Angemerkt werden soll hier lediglich noch einmal, dass die Einbindung weiterer Behörden rechtlich nicht geboten ist.<sup>4</sup>

#### **a) Ausgestaltung der sog. „Koordinierungsstelle für digitale Dienste“**

Zur Durchsetzung und Überwachung des DSA wird gemäß § 14 DDG-E bei der BNetzA eine sogenannte „Koordinierungsstelle für digitale Dienste“ eingerichtet, die nach § 21 DDG-E auch als zentrale Beschwerdestelle fungieren soll. Zentrale Anforderung an die Ausgestaltung dieser gemäß Art. 49 Abs. 2 DSA als „Koordinator für digitale Dienste“ einzurichtenden Stelle ist die nach Art. 50 Abs. 2 DSA zu wahrende „völlige“ Unabhängigkeit.

Je nach den Anforderungen, die man an die Erfüllung des durch den DSA statuierten Unabhängigkeitserfordernisses stellt, verbleiben dem Bundesgesetzgeber bei Ansiedlung der Koordinierungsstelle bei der BNetzA unterschiedliche organisatorische Ausgestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht.<sup>5</sup> Die in § 15 Abs. 2 Satz 2 DDG-E vorgesehene „soweit“-Regelung erscheint insoweit als gangbare Kompromisslösung, lässt sie doch jedenfalls Raum für eine unionsrechtskonforme Auslegung. Ob die Anforderungen an die behördliche Unabhängigkeit im Bereich des Digital Services Act weniger restriktiv als in anderen Rechtsbereichen, beispielsweise dem Datenschutzrecht, verstanden werden können, hängt im Zweifel von der Interpretation des Europäischen Gerichtshofs ab.

#### **b) Insbesondere: Einbindung der Landesmedienanstalten in die Aufsicht**

Bei der Einbindung der Landesmedienanstalten in die Überwachung und Durchsetzung des DSA hat der Bundesgesetzgeber insbesondere die Grenzen zu wahren, die ihm dabei durch das verfassungsrechtliche Mischverwaltungsgebot gesetzt sind. Zwar ist es ihm grundsätzlich möglich, Landesbehörden als zuständige Behörden einzusetzen. Durch die im DSA angelegten Erfordernisse zur interbehördlichen Zusammenarbeit (DSA gibt Einsatz einer einheitlichen

---

<sup>4</sup> Vgl. zum Gestaltungsspielraum des Bundesgesetzgebers bei der Behördenstruktur *MMI-Gutachten*, insbesondere zur Verfassungsmäßigkeit eines monistischen Ein-Behörden-Modells, Kapitel IV.3., 5., 6.

<sup>5</sup> Vgl. die unterschiedlichen Interpretationen des Unabhängigkeitserfordernisses im *MMI-Gutachten*, Kapitel IV.4.; *Cornils/Streim*, Der Digital Services Act im Verhältnis zum deutschen Jugendschutzgesetz, Rechtsgutachten für BMFSFJ, 2022, S. 117ff.; *Kühling/Dürr*, Die Unabhängigkeit des Koordinators für digitale Dienste nach dem Gesetz für digitale Dienste der EU, 2022, abrufbar unter: <https://fragdenstaat.de/anfrage/rechtsgutachten-zum-deutschen-digital-services-coordinator/>.

Beschwerdestelle in Art. 53 vor, sodass die Problematik der Mischverwaltung bei Zuständigkeitszuweisung an eine Landesbehörde durch den einzurichtenden Weiterleitungsmechanismus virulent werden dürfte) sind der Einbindung jedoch faktisch enge Grenzen gesetzt. Die Regelung des § 19 DDG-E lässt das Bewusstsein des Gesetzgebers für diese Grenzen deutlich erkennen, indem er die Landesmedienanstalten nicht – wie die in § 12 DDG-E genannten – als zuständige Behörden in die Aufsicht integriert, sondern für sie eine sogenannte „qualifizierte Zusammenarbeit“ mit der Koordinierungsstelle vorsieht, was die Problematik schon an sich entschärfen dürfte. Einer Zusammenarbeit von Bundes- und Landesbehörden, hier also der bei der BNetzA angesiedelten Koordinierungsstelle mit den Landesmedienanstalten im Sinne eines Austauschs von Informationen, steht das Verbot der Mischverwaltung nicht entgegen. Die in § 19 Abs. 1 DDG-E angelegte Zusammenarbeit und Erkenntnisübermittlung stellen also ein aus verfassungsrechtlicher Sicht unproblematisches Zusammenwirken dar. Auch die in § 19 Abs. 3 DDG-E vorgesehene Antragsbefugnis der zuständigen Landesmedienanstalt gegenüber der Koordinierungsstelle, die der LMA ermöglicht, die Koordinierungsstelle zu einer Maßnahmenprüfung zu veranlassen, dürfte dahingehend als unproblematisch zu bewerten sein. Denn die Landesbehörden fungieren in diesen Fällen lediglich als Impulsgeber zur Einleitung von Maßnahmen, haben aber keinerlei Entscheidungsbefugnisse inne.

Als verfassungsrechtlich problematisch könnte sich Vorschrift des § 19 Abs. 2 DDG-E erweisen, die eine „Beteiligung“ der Landesmedienanstalt an DSA-Verfahren vorsieht, soweit Belange der Länder nach dem Medienstaatsvertrag und dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag betroffen sind – und zwar dann, wenn diese Beteiligung über gegenseitige behördliche Beratung und Informationsaustausch hinausginge. Selbstredend muss der deutsche Gesetzgeber mit der komplexen Herausforderung umgehen, dass der Unionsgesetzgeber mit dem Digital Services Act teilweise Bereiche reguliert, die in nur schwer zu trennendem Zusammenhang mit anderen Rechtsmaterien stehen, für die der Unionsgesetzgeber keine Gesetzgebungskompetenz hat (hier: Medienregulierung). Diese Herausforderung darf jedoch nicht unter Missachtung des verfassungsrechtlichen Mischverwaltungsverbots gelöst werden. Vielmehr bedarf es einer klaren Aufgabenzuweisung an Bundesbehörden einer- und Landesbehörden andererseits – auch wenn dies möglicherweise bedeutet, dass Behörden ihre Zuständigkeiten in Teilbereichen verlieren. Entscheidet sich der Bundesgesetzgeber für die Zuweisung einer DSA-Aufsichtsaufgabe, die bisher noch von den Landesmedienanstalten erfüllt wurde, gilt die Kollisionsregel des Art. 31 GG „Bundesrecht bricht Landesrecht“. Eine „Beteiligung“ der Landesmedienanstalten, die über

einen Informationsaustausch hinausginge, könnte sich dann als verfassungsrechtlich problematisch darstellen, wenn sie auf eine landesbehördliche Mitentscheidungsbefugnis hinausliefe.<sup>6</sup> Dem kann durch ein restriktives Verständnis des Beteiligungsbegriffs Rechnung getragen werden.

Ein besonderes Augenmerk soll hier noch einmal schlaglichtartig auf den in Deutschland sowohl von Landes- als auch Bundesbehörden regulierten Bereich des Jugendmedienschutzes gerichtet werden.<sup>7</sup> Die Implementierung einer adäquaten Aufsichtsstruktur für den Jugendschutz stellt sich als besonders komplexes Unterfangen dar. Schon die denkbar weite Formulierung der Sorgfaltspflicht des Art. 28 DSA zum Online-Schutz Minderjähriger (Maßnahmen für ein „hohes Maß an Privatsphäre, Sicherheit und Schutz von Minderjährigen“) lässt erkennen, dass dem Unionsgesetzgeber eine Trennung unterschiedlicher Regulierungsbereiche innerhalb des Jugendmedienschutzes, wie in Deutschland durch eine Mehrebenenregulierung auf Bundes- und Landesebene vorgesehen, fremd ist. Der Bundesgesetzgeber wird mit dem DDG letztlich einen Kompromiss finden müssen, der um eine gewisse Neujustierung der Aufgabenverteilung in der deutschen Jugendmedienschutzaufsicht nicht umhinkommt. Bei der Zuweisung derjenigen DSA-Aufsichtsaufgaben mit Bezug zum Jugendschutz gilt insgesamt die hier schon aufgezeigte Leitlinie, dass für den Bundesgesetzgeber keine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Einbindung der Landesmedienanstalten besteht. Dies gilt, auch wenn sich eine klare Trennung von Inhalte-Regulierung und Infrastruktur-Regulierung bzw. Fragen technischer Schutzmaßnahmen im Jugendmedienschutz in vielen Fällen im deutschen Recht bisher nicht ausmachen ließ. Da die für den Jugendmedienschutz zuständigen landesbehördlichen Stellen (neben den Landesmedienanstalten ist hier auch das Organ der Kommission für Jugendmedienschutz zu nennen) nichtsdestotrotz über eine besonders ausgeprägte Expertise in entsprechenden Fragen verfügen, sollte auf Ebene der Zusammenarbeit mit der zuständigen Bundesbehörde alles für eine möglichst effiziente Einbindung des dort bestehenden Fachwissens getan werden. Eine beispielsweise in Form eines ständigen Beratungs- und Informationsaustauschgremiums institutionalisierte Zusammenarbeit könnte schon im DDG selbst angelegt werden.

---

<sup>6</sup> Vgl. *MMI-Gutachten* Kapitel IV.5b).

<sup>7</sup> Vgl. dazu ähnliche Impulse aufnehmend *Hanfeld*, Der digitale Radikalenerlass, F.A.Z. vom 11. August 2023, S.15.

### **c) Insbesondere: Einbindung der Landesdatenschutzbehörden in die Aufsicht**

Nach § 20 DDG-E soll die Koordinierungsstelle im Einvernehmen mit der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde, wozu auch die Landesdatenschutzbehörden gehören, entscheiden, soweit ihre Aufgabenwahrnehmung die Prüfung der Einhaltung der DSGVO oder sonstiger Datenschutzvorschriften berührt. Die vorgesehene Einvernehmensregelung dürfte hinsichtlich des Mischverwaltungsverbots keine Probleme hervorrufen, ist sie doch auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen Berührungspunkte zwischen der Datenschutzaufsicht und der DSA-Aufsicht bestehen. Da eine Zuständigkeitszuweisung an Landesdatenschutzbehörden im Rahmen der DSA-Aufsicht gerade vermieden wird, ist § 20 DDG-E wohl verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>8</sup>

### **3. Einrichtung eines Beirats bei der Koordinierungsstelle für digitale Dienste**

§ 22 DDG-E sieht die Einrichtung eines Beirats bei der Koordinierungsstelle für digitale Dienste vor und geht damit über die Mindestanforderung des DSA an die Ausgestaltung des Koordinators hinaus. Die Einrichtung des Beirats scheint unter den Gesichtspunkten des erheblichen Handlungs- und Planungsbedarfs beim Aufbau von Regulierungswissen und der praktischen Umsetzung des interbehördlichen Informationsaustauschs als geeignete Maßnahme. Bei der konkreten Ausgestaltung sollte jedoch beachtet werden, dass die Ergänzung der Koordinierungsstelle durch einen Beirat nicht dazu führt, dass das durch den DSA statuierte Unabhängigkeitserfordernis verwässert oder gar konterkariert wird. Die Besetzung des Beirats insbesondere mit Vertretern der „Wirtschaft“ könnte sich dahingehend als Problem erweisen, auch wenn der Beirat, wie in der Gesetzesbegründung betont wird, keine Entscheidungen trifft, jedoch Beratungs- und Empfehlungsaufgaben gegenüber der Koordinierungsstelle zu erfüllen hat. Es sollte daher erwogen werden, ob die (sicher notwendigerweise einzubindende) Erfahrung der betroffenen Regulierungsadressaten nicht stattdessen beispielsweise über Mechanismen der bloßen Anhörung durch Beiratsmitglieder, die selbst nicht Wirtschaftsvertreter sind, berücksichtigt werden könnten. Zur Sicherstellung einer möglichst hohen Unabhängigkeit (insbesondere von politischer Einflussnahme) sollte auch von der in § 22 Abs. 3 DDG-E vorgesehenen Koppelung der Amtszeit der Beiratsmitglieder an die Wahlperiode des Deutschen Bundestages abgesehen werden. Zu hinterfragen ist unter Unabhängigkeit Gesichtspunkten auch, ob eine Berufung des Gremiums durch das zuständige

---

<sup>8</sup> Problematisch wäre hingegen ein Einvernehmenserfordernis im Zuständigkeitsbereich des DSA, vgl. dazu *MMI-Gutachten*, Kapitel IV.5b), S.59f.

Digitalministerium notwendig und sinnvoll ist oder ob nicht eine Auswahl durch den zuständigen Digitalausschuss im Bundestag ausreichend wäre.

#### 4. Außerkrafttreten TMG und NetzDG

Art. 37 Abs. 2 des Referentenentwurfs sieht das Außerkrafttreten von Telemediengesetz (TMG) und Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) zum 17. Februar 2024, also mit Inkrafttreten des DDG, vor. Damit entspricht der Bundesgesetzgeber dem in Art. 1 Abs. 1 DSA festgelegten Verordnungsziel einer Harmonisierung der Vorschriften für digitale Dienste und vermeidet von vornherein die Entstehung von Unsicherheiten im Verhältnis zwischen europäischen und nationalen Regelungen.<sup>9</sup> Die Überführung der beiden bestehenden nationalen Regelungsregime in ein neues Digitale-Dienste-Gesetz ist daher insgesamt zu begrüßen, da es von Beginn an Klarheit für die Aufsicht über die entsprechenden Dienste schafft. Eine detaillierte Analyse derjenigen Normen, die aus dem TMG- und NetzDG-Rechtsbestand in den DDG-E überführt wurden, kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Es sei hier lediglich darauf hingewiesen, dass der Digital Services Act als Verordnung unmittelbar gilt und ihr daher eine vollharmonisierende Wirkung zukommt, sodass der Bundesgesetzgeber bei der Überführung bestehender Regelungen in das DDG darauf achten muss, ob ihm für diese weiterhin eine Regelungsbefugnis verbleibt.<sup>10</sup> Dies muss für jede Regelung im konkreten Einzelfall festgestellt werden.

Mainzer Medieninstitut, August 2023

---

<sup>9</sup> Zur Grundproblematik vgl. *Kettemann/Schleif*, Komplementär oder konkurrierend: NetzDG und DSA, 09. August 2021, abrufbar unter: <https://www.hans-bredow-institut.de/de/blog/komplementaer-oder-konkurrierend-netzdg-und-dsa>; zum Obsoletwerden des DSA *Kuhlmann*, ZUM 2023, 170, 174.

<sup>10</sup> Vgl. beispielhaft zum sog. Inländischen Zustellungsbevollmächtigten in unterschiedliche Richtungen jeweils *Kahl/Liepert*, Warum man das NetzDG doch noch braucht, 03. Februar 2023, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/netzdg-das-zustellungsbevollmaechtigter-inland-rechtsschutz-internetnutzer-plattformhaftung/> und *Kuhlmann*, ZUM 2023, 170, 75.