

## **Handlungsbedarf und -optionen der Länder zur effektiven Vielfaltssicherung im Internet nach Inkrafttreten der Europäischen Verordnung über den elektronischen Binnenmarkt**

*Prof. Dr. Thomas Fetzer*

### **I. Handlungsbedarf zur effektiven Vielfaltssicherung**

Die Europäische Verordnung über einen elektronischen Binnenmarkt wird kein Instrumentarium zur effektiven Vielfaltssicherung bereitstellen. Dies kann eine europäische Regelung auch nicht leisten, da sie gestützt auf die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Union (Art. 114 AEUV) primär den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt und damit das Internet vor allem in seiner wirtschaftlichen Dimension im Fokus hat. Gleichwohl enthält die Verordnung wichtige Elemente, die jedenfalls mittelbar auch die inhaltliche Vielfalt im Internet schützen. Zu nennen sind hier insbesondere die Transparenzpflichten des Art. 4 Abs. 3 VO-E sowie der grundsätzliche Schutz von Netzneutralität beim Internetzugang nach Art. 3 Abs. 3 VO-E. Darüber hinaus besteht potenziell für eine effektive Vielfaltssicherung Handlungsbedarf in dreifacher Hinsicht:

1. Diskriminierungsfreier Zugang zu Spezialdiensten
2. Berücksichtigung der Belange audiovisueller (public value) Inhalte bei der Definition von Mindestqualitätsstandards für den Internetzugang
3. Monitoringsystem zur Überwachung der inhaltlichen Vielfalt im Internet

### **II. Mitgliedstaatliche Handlungsoptionen**

Im Hinblick auf die Möglichkeit zur Einführung von diskriminierungsfreien Zugangsrechten zu Spezialdiensten zugunsten vielfaltsrelevanter Inhalte verbleibt den Mitgliedstaaten voraussichtlich kein Handlungsspielraum. Es ist davon auszugehen, dass der Europäische Verordnungsgeber eine abschließende – wenn auch offene – Regelung getroffen hat, die weiterreichende mitgliedstaatliche Diskriminierungsverbote im Ergebnis ausschließt. Hier wird es der Anwendungspraxis und ggf. der Rechtsprechung zukommen, klare Kriterien zu entwickeln. Der Regelung einer ausdrücklichen Berücksichtigung der Belange audiovisueller Inhalte bei der Definition von Mindestqualitätsstandards für den Internetzugang sowie der Etablierung eines effektiven Vielfaltsüberwachungssystems steht die Verordnung hingegen nicht entgegen.

#### **1. Berücksichtigung der Belange audiovisueller (public value) Inhalte bei der Definition von Mindestqualitätsstandards**

Art. 4 Abs. 1 VO-E sieht vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden „Mindestqualitäten“ für den Internetzugang definieren können. Hier kann davon ausgegangen werden, dass die Mitgliedstaaten erforderlichenfalls auch solche Standards definieren dürfen, die für den Empfang und die Verbreitung vielfaltsrelevanter Inhalte – wenn auch nicht in optimaler Qualität – erforderlich sind. Zu beachten ist, dass nach Art. 4 Abs. 5 VO-E BEREC Leitlinien für eine einheitliche Anwendung der Europäischen Verordnung erarbeiten soll, so dass es sinnvoll ist, wenn sich die Bundesrepublik – und hier besonders die Länder – in diesen Prozess einbringt.

#### **2. Monitoringsystem zur Überwachung der inhaltlichen Vielfalt im Internet**

Die Europäische Verordnung fordert eine Überwachung des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Internet. Wirtschaftlicher Wettbewerb und inhaltliche Vielfalt sind zwei – wenn auch miteinander zusammenhängende – unterschiedliche Dimensionen von Wett-

bewerb. Die Überwachung der inhaltlichen Vielfalt im Internet ist eine zentrale Voraussetzung, um Vielfaltseinschränkungen, die unabhängig von der Intensität des wirtschaftlichen Wettbewerbs auftreten können, frühzeitig erkennen und entsprechend dagegen vorgehen zu können. Die Überwachung der inhaltlichen Vielfalt ist in der Europäischen Verordnung nicht geregelt. Daher sind die Mitgliedstaaten in der Lage, eigene nationale Regelungen zu treffen.

### **III. Handlungsoptionen der Länder im Bundesstaat**

Die durch die Europäische Verordnung den Mitgliedstaaten belassenen Handlungsspielräume können in der Bundesrepublik nur im Einklang mit der föderalen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern ausgefüllt werden. Hierbei liegt die Herausforderung darin, dass sich die Frage der Netzneutralität an der Schnittstelle zwischen Bundes- und Länderkompetenzen bewegt. Angesichts der kaum abgrenzbaren wirtschaftlichen und meinungsvielfaltsbezogenen Fragen von Netzneutralität ist im Sinne einer effektiven und effizienten Vielfaltssicherung bei der Nutzung der Handlungsoptionen zweierlei von zentraler Bedeutung:

Zum einen ist dringend davon abzuraten, dass einzelne Länder – neue – landesrechtliche Regelungen zur Netzneutralität treffen. Jenseits der Frage, inwieweit dies nach Inkrafttreten der Europäischen Verordnung noch zulässig sein wird, würde dies keinen effektiven, dafür aber einen ineffizienten Weg zur Vielfaltssicherung darstellen. Das Internet macht nicht an Bundesländergrenzen halt, es macht nicht an Staatsgrenzen halt, sondern hat eine globale Dimension, die weit über Europa hinausreicht. Einzelne landesrechtliche Regelungen können hier kein effektives Instrumentarium bieten, um Vielfalt sicherzustellen. Dieser Befund wird dadurch verstärkt, dass zahlreiche Diensteanbieter globale Konzerne sind, bei denen die Durchsetzung rechtlicher Regelungen zur Netzneutralität eine entsprechende Durchsetzungsmacht erfordert, die einzelne Bundesländer nicht erreichen können. Daher erscheint es unabdingbar, dass die Bundesländer die ihnen zukommenden Aufgaben der Vielfaltssicherung koordiniert und mit einem einheitlichen Konzept verfolgen.

Zum anderen ist dringend anzuraten, dass Bund und Länder gemeinsam materiell und verfahrensrechtlich abgestimmt bestehende Handlungsspielräume nutzen. Auch wenn wirtschaftlicher Wettbewerb und Meinungsvielfalt unterschiedliche Aspekte in der Netzneutralitätsdebatte sind, hängen sie doch so eng miteinander zusammen, dass eine effektive und effiziente Regelung eine enge Abstimmung zwischen Bund und Ländern voraussetzt.

Konkret bedeutet dies, dass Bund und Länder gemeinsam Maßnahmen zum einen zur Gewährleistung einer Mindestqualität des allgemeinen Internetzugangs ergreifen sollten, der einen Zugang zu und eine Verbreitung von vielfaltsrelevanten Inhalten ermöglicht. Zum anderen sollte ein wirksames Monitoringsystem etabliert werden, das die Entwicklung der inhaltlichen Vielfalt im Internet überwacht, um so rechtzeitig erkennen zu können, wenn Fehlentwicklungen drohen, die weitergehende Regulierungseingriffe zur Vielfaltssicherung erforderlich machen.

#### **1. Zusammenarbeit von Bund und Ländern bei Festlegung von Mindestqualitätsstandards für den Internetzugang**

Art. 4 Abs. 1 VO-E weist den nationalen Regulierungsbehörden – in Deutschland also der Bundesnetzagentur – die Befugnis zur Festlegung von Mindestqualitätsstandards für den Internetzugang zu. Da ein robustes Best-Effort-Internet nicht nur Voraussetzung

dafür ist, dass auch nicht finanzkräftige Start-Ups innovative neue Anwendungen entwickeln und verbreiten können, sondern auch dafür, dass inhaltliche Vielfalt möglich ist, bei der nicht kommerzielle Anbieter ihre Inhalte verbreiten können, sollten in die Festlegung der Mindestqualitätsstandards auch die Länder materiell und verfahrensmäßig eingebunden werden.

Eine materielle Einbindung ist deshalb geboten, weil die Bundesnetzagentur ausgehend von den in § 1 TKG normierten Zielen des TKG vorrangig den wirtschaftlichen Wettbewerb im Telekommunikationssektor sowie die flächendeckende Versorgung mit Telekommunikation im Blick haben muss. Zwar muss die Behörde nach § 2 Abs. 6 TKG die Belange des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien bei ihrer Arbeit berücksichtigen. Angesichts der Tatsache, dass der Verfassungsauftrag zur Vielfaltssicherung aber den Ländern zukommt, sollte unter Effektivitäts- und Effizienzgesichtspunkten den Ländern hier ein stärkeres Gewicht eingeräumt werden, damit diese ihren Verfassungsauftrag erfüllen können, ohne ein zusätzliches Regelungsregime zu etablieren. Zwar gibt es entsprechende Abstimmungspflichten bereits heute in § 123 Abs. 2 TKG bzw. § 39a RStV zwischen Bundesnetzagentur bzw. Bundeskartellamt einerseits und den Landesmedienanstalten andererseits. Es ist jedoch zu erwägen, angesichts des verfassungsrechtlichen Auftrags der Länder deren Stellung insofern zu stärken, dass die Festlegung von Mindestqualitätsstandards durch die Bundesnetzagentur nur im Einvernehmen oder im Benehmen mit den Ländern erfolgen darf, wobei das Einvernehmen nur aus vielfaltsbezogenen Gründen versagt werden dürfte.

Ein „Benehmen“ kann dabei als qualifiziertes Anhörungsrecht verstanden werden, bei dem die Länder anzuhören und ihre Stellungnahmen dann bei der endgültigen Entscheidung der Bundesnetzagentur zu berücksichtigen wären bzw. begründet werden müsste, wenn sie im Ergebnis nicht berücksichtigt werden. Ein Einvernehmenserfordernis wäre insofern weitergehend, da die Bundesnetzagentur Mindestqualitätsstandards nur dann festlegen dürfte, wenn die Länder ihr Einvernehmen erklären, sie könnten also den Erlass solcher Standards auch verhindern.

Europarechtlich wäre sowohl ein Benehmens- als auch ein Einvernehmenserfordernis zulässig, da die Verordnung selbst in den Erwägungsgründen davon ausgeht, dass neben den nationalen Regulierungsbehörden auch andere nationale Behörden in den Vollzug der Verordnung eingebunden werden können.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zu fragen, ob eine solche Einbindung der Länder in Entscheidungen der Bundesnetzagentur nicht eine verfassungsrechtlich unzulässige Mischverwaltung darstellen würde. Die Frage ist differenziert zu betrachten, im Ergebnis aber wohl jedenfalls verneinend zu beantworten. Sofern Bund und Länder sich auf ein Benehmenserfordernis verständigen, würde die endgültige Entscheidung über die Festlegung der Mindestqualitätsstandards der Bundesnetzagentur obliegen. Sie müsste die Auffassung der Länder hierbei qualifiziert berücksichtigen. Hieraus ergäbe sich aber keine verfassungsrechtlich unzulässige gemeinsame Ausübung von Verwaltungszuständigkeiten. Problematischer stellt sich die Situation dar, wenn ein Einvernehmenserfordernis geschaffen wird. In diesem Fall hängt der Erlass von Mindestqualitätsanforderungen von Bund und Ländern ab, es liegt also eine gemeinsame Entscheidung vor. Gleichwohl spricht hier viel dafür, dass keine verfassungsrechtlich unzulässige Mischverwaltung vorläge. In diesem Falle ginge es nämlich gerade nicht darum, dass Bund und Länder gemeinsam eine Aufgabe wahrnehmen, die einem von beiden durch das Grundgesetz zugewiesen wird. Vielmehr würde ein Einvernehmenserfordernis nur die Voraussetzung dafür schaffen, dass die Länder die ihnen zugewiesenen Kompetenzen im

Bereich der Vielfaltssicherung effektiv wahrnehmen können. Ein Übergreifen der Länder in den Kompetenzbereich des Bundes könnte dadurch verhindert werden, dass sie ihr Einvernehmen nur aus vielfaltsspezifischen Gründen verweigern könnten, die dann auch entsprechend substantiiert dargelegt werden müssten.

Um eine Fragmentierung der Entscheidungsbefugnisse auf Länderebene zu vermeiden, sollte das Einvernehmenserfordernis entweder auf eine Landesmedienanstalt oder aber – und aus Gründen der breiteren Einbindung wohl vorzugswürdig – an eine Kommission der Landesmedienanstalten delegiert werden. Denkbar wäre hier eine Erweiterung der Befugnisse der ZAK nach § 36 Abs. 2 RStV, die bereits heute im Zusammenhang mit der Plattformregulierung über Fragen des Zusammenhangs zwischen Vielfalt und technischen Plattformen entscheiden muss.

## **2. Etablierung eines Vielfaltsmonitors für das Internet**

Angesichts der bestehenden Unsicherheiten über die tatsächlichen Auswirkungen von Netzneutralität und Abweichungen hiervon auf die Angebotsvielfalt im Internet ist es eine wesentliche Aufgabe der Länder, ein effektives Monitoringsystem der Vielfalt im Internet zu etablieren, um potenzielle Fehlentwicklungen frühzeitig erkennen und entsprechend vor dem Eintritt einer nicht mehr korrigierbaren Beeinträchtigung der Angebotsvielfalt einschreiten zu können. Ein solches Monitoringsystem muss folgende Aspekte berücksichtigen:

- Wie entwickeln sich die Qualität und die Nutzung des Internetzugangs unter Berücksichtigung der gesamten Übertragungskette vom Sender zum Empfänger?
- Welche Bedeutung erlangen Spezialdienste?
- Welche Kriterien gelten für Vielfalt im Internet jenseits des wirtschaftlichen Wettbewerbs?
- Wie entwickelt sich ausgehend von diesen Kriterien die Angebotsvielfalt im Internet?

Die Bundesnetzagentur wird zwar durch Art. 4 Abs. 1 VO-E zur Überwachung der Verordnung und der Entwicklung des Best-Effort-Internets verpflichtet. Das Hauptaugenmerk ihrer Arbeit liegt aber schon institutionell nicht auf der Überwachung inhaltlicher Vielfalt. Daher sollte darüber nachgedacht werden, einen zusätzlichen Vielfaltsmonitor der Länder zu etablieren, der sich diesen Fragen widmet und der in regelmäßigen Abständen – beispielsweise jährlich – zu veröffentlichen ist. Institutionell wäre hierfür die KEK ein denkbarer Anknüpfungspunkt, da eine ihrer Aufgaben gemäß § 36 Abs. 4 RStV bereits heute die Vielfaltsüberwachung ist. Ihr konkreter Aufgabenbereich könnte dementsprechend um einen Internetvielfaltsmonitor erweitert werden, an dessen Beginn die Entwicklung von Kriterien für Vielfalt im Internet stehen müsste. Dieser Aufgabenzuwachs müsste mit einer Stärkung ihrer Ressourcen einhergehen, damit eine effektive Überwachung möglich ist.

Europarechtlich wäre dies zulässig, da die Verordnung über einen einheitlichen elektronischen Binnenmarkt keine entgegenstehenden Regelungen enthält und eine reine Überwachungsfunktion der Länder auch konzeptionell nicht mit der VO-E in Konflikt treten würde. Verfassungsrechtlich läge hier kein Kompetenzproblem zwischen Bund und Ländern vor, da für den Vielfaltsmonitor insofern allein die Länder zuständig wären.

Nachzudenken wäre hier zudem dringend über verfahrensrechtliche Regelungen, die einen Informationsaustausch zwischen Ländern und Bundesnetzagentur regeln. Auf Grundlage der Verordnung über einen einheitlichen elektronischen Binnenmarkt erhält

die Bundesnetzagentur die Befugnis, von Diensteanbietern Informationen zu erheben, die die Behörde zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach der VO-E benötigt. Diensteanbieter müssen darüber hinaus zahlreiche relevante Informationen veröffentlichen, die der Bundesnetzagentur zusätzlich für ihren Bericht an BEREK und die Europäische Kommission zur Verfügung stehen. Ausgehend hiervon liegen bei der Bundesnetzagentur also schon eine ganze Reihe von Informationen vor, die zwar von dieser Behörde nicht im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Meinungsvielfalt im Internet erhoben werden, die aber für Aussagen über die Vielfalt im Internet Relevanz haben dürften. Auch um Unternehmen vor überbordenden Informationsanforderungen zu bewahren, sollte den Ländern für ihren Vielfaltsmonitor daher der Zugang zu diesen Daten eingeräumt werden. Darüber hinaus kann es erforderlich sein, der KEK bzw. der Einrichtung, die den Vielfaltsmonitor erstellt, ein neues Informationsanforderungsrecht einzuräumen, um ihr die Möglichkeit zu geben, über das bei der Bundesnetzagentur vorhandene Datenmaterial hinaus vielfaltsrelevante Informationen von Internetzugangsanbietern, aber auch von Dienste- und Inhalteanbietern zu erheben.