

G. Gesamtergebnis und politische Handlungsoptionen

Mark D. Cole / Jörg Ukrow

I. Inhaltliche Aspekte

Das Bestehen eines Spannungsverhältnisses zwischen der Ebene der EU und derjenigen ihrer Mitgliedstaaten bei der Wahrnehmung von Handlungskompetenzen ist nicht neu. Es ist einem System inhärent, in dem die EU als supranationale Organisation gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bestimmte Regulierungskompetenzen von den Mitgliedstaaten übertragen bekommen hat, diese Kompetenzzuweisungen aber weder aus sich heraus klar verständlich sind, noch ohne Weiteres im Umkehrschluss Kompetenzbereiche erkennen lassen, in denen es bei einer uneingeschränkten Möglichkeit der Kompetenzausübung seitens der Mitgliedstaaten der EU verbleibt. Die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ sind zwar allein zuständig für die Ermächtigung der EU aufgrund der völkerrechtlichen Verträge, mit der diese (ursprünglich als reine „Europäische Wirtschaftsgemeinschaft“) geschaffen und ihre Funktionsmodalitäten geklärt wurden und werden. Diese Verträge wirken allerdings in ihrer Auslegung durch den EuGH als ein Fundament für ein dynamisches Verständnis der Kompetenzen der EU, das dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung viel von seiner Kompetenzen der Mitgliedstaaten wahren Kraft nimmt. Gerade im Bereich der Medienregulierung, die aufgrund der Vielschichtigkeit der Regulierungselemente schon keiner Rechtsgrundlage allein zugeordnet werden kann, stellt sich das Spannungsverhältnis in besonders intensiver Weise dar. Denn Medienregulierung betrifft stets auch die kulturell-gesellschaftlichen Fundamente der Mitgliedstaaten ebenso wie die Funktionsfähigkeit demokratischer Gesellschaften und ist in besonderer Weise durch mitgliedstaatliche Traditionen und Unterschiede geprägt. Vor diesem Hintergrund klärt die vorliegende Studie grundlegende Fragen europa- und spezifisch medienrechtlicher Natur zur Handhabung der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten insbesondere bei Maßnahmen, die medienvielfaltssichernde Wirkung erzielen sollen.

Die konkrete Aufteilung von Zuständigkeiten zwischen EU und Mitgliedstaaten erfolgt im EU-Recht anhand einer Zuordnung zu drei unterschiedlichen Kompetenztypen: ausschließlichen Kompetenzen der EU,

zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeiten und bloß unterstützenden bzw. ergänzenden Handlungsmöglichkeiten für die EU. Ein ausdrücklicher Negativkatalog von Bereichen, die vollständig vom EU-Recht unberührt bleiben, besteht nicht – weder existiert eine kulturelle noch eine medienbezogene Bereichsausnahme für die Kompetenzen der EU. Aber auch im Übrigen ist die Kompetenzaufteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten von den europäischen Verträgen her in einer höchst komplexen und Streitigkeiten befördernden Weise geregelt: So dürfen z.B. bei geteilten Zuständigkeiten einerseits die Mitgliedstaaten nur handeln, soweit die EU noch nicht abschließend aktiv geworden ist, die EU muss dabei aber ihr Handeln mit der Notwendigkeit einer Wahrnehmung der Kompetenz auf ihrer Ebene begründen können. Das Subsidiaritätsprinzip verlangt die Beschränkung auf notwendiges Handeln aufgrund eines Mehrwerts auf EU-Ebene. Darüber hinaus muss die EU aber auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahren und darf nur in dem Umfang tätig werden, wie es notwendig ist, um das angestrebte Ziel oberhalb mitgliedstaatlicher Herangehensweise zu erreichen. Andererseits stellt sich auch bei geteilter Zuständigkeit etwa für Regelungen zum besseren Funktionieren des Binnenmarktes hinsichtlich der Medienregulierung auch in konkreten Einzelaspekten die Frage, ob die jeweilige Regulierung tatsächlich auf wirtschaftsorientierter Basis steht und damit der Binnenmarktcompetenz unterfällt oder ob nicht auch oder sogar im Schwerpunkt medienvielfaltssichernde Aspekte – wobei Pluralismus das Leitziel des Medienrechts insgesamt ist – die Regulierung prägen, deren regulierende Einfassung den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt.

Dieses besondere Spannungsverhältnis kann auch in Konflikte münden. Die bislang in der Praxis noch immer wenig ausgeprägte Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes, jedenfalls als Prüfungsgegenstand beim EuGH für die Kontrolle von Unionsrechtsakten, ist ein Grund für kritische Stellungnahmen auch von nationalen Verfassungsgerichten zum Umfang und zur Gestalt der Kompetenzwahrnehmung durch die Unionsorgane in manchen Bereichen. So verdeutlicht auch das Bundesverfassungsgericht in jüngster Zeit, dass ein Handeln der Union außerhalb des Kompetenzbereichs – also *ultra vires* – und die einhergehende Folge der Nichtbeachtung eines entsprechenden Rechtsakts im nationalen Kontext, keine rein theoretische Annahme ist. Die Berücksichtigung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten ebenso wie des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit, der nicht nur im Verhältnis der Staaten zur EU sondern auch umgekehrt gilt, verlangt, dass die EU ihre Kompetenzen insbesondere für die Errichtung eines Binnenmarktes und der Festlegung der für dessen Funktionieren erforderlichen Wettbewerbsregeln so wahrnimmt, dass mitgliedstaatli-

che Handlungsspielräume und Einschätzungsmöglichkeiten möglichst geschont werden.

Für die Medienregulierung bedeutet dies, dass auch die naheliegende Verlagerung von Regelungen auf den supranationalen Bereich insbesondere bezüglich Online-Angeboten, die aufgrund ihrer Natur grenzüberschreitend verteilt werden und empfangbar sind, nur möglich ist, soweit die unbestrittene primäre Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Schaffung von medienvielfaltssichernden Regelungen unberührt bleibt. Ungeachtet der Anerkennung des Ziels Pluralismus in der Werteordnung der EU und der wichtigen unterstützenden Maßnahmen, die sie dazu trifft, bleibt die kultur- und vielfaltsbezogene Medienregulierung durch die Mitgliedstaaten vorrangig. Dies gilt nicht zuletzt auch mit Blick auf die Wahrung von lokaler und regionaler Vielfalt als Anknüpfungspunkt für fortdauernde Erfahrung demokratischer Teilhabemöglichkeiten in einer durch Digitalisierung und Globalisierung geprägten Welt. Gerade die besondere Bedeutung, die das Bundesverfassungsgericht einer positiven Medienordnung durch die Länder für die Wahrung der demokratischen und föderativen Fundamente der Verfassungsordnung des Grundgesetzes beimisst, verdeutlicht die fortdauernde Relevanz einer mitgliedstaatlichen Prerogative bei der Vielfaltssicherung und -förderung für den Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland. Mediale Vielfaltssicherung in föderaler Verantwortung zählt zum Kern der seitens der EU nach Art. 4 Abs. 2 EUV zu achtenden nationalen Identität dieses Mitgliedstaates.

Zwar ist die Beantwortung der Frage, ob Rechtsakte und Handlungen der EU mit Auswirkung auf die Medienregulierung zulässig sind, nur im Einzelfall möglich, weil es an einer eindeutigen Bereichsausnahme für den Medienbereich als Adressat von EU-Regulierung fehlt und insbesondere die auf grenzüberschreitende Handelserleichterungen gerichtete Binnenmarktkompetenz der EU für das Handeln von Medienakteuren ebenso bedeutsam sein kann wie die Wettbewerbsaufsicht der EU. Im Zweifelsfall muss sich die EU aber dort bei harmonisierender oder gar rechtsvereinheitlichender Herangehensweise in der auf Marktöffnung und Wettbewerbssicherung gerichteten Regulierung zurückhalten, wo unverhältnismäßige negative Auswirkungen auf die an den Zielen des Pluralismus ausgerichteten Regulierungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten, insbesondere auch unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten, zu befürchten sind. Dies gilt nicht nur bei Rechtsetzung der EU, sondern auch, soweit die Kommission eine Kontrollaufgabe bezüglich der Einhaltung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten und mitgliedstaatliche Medienunternehmen hat, da eine solche Kontrollaufgabe im Ausgangspunkt auch in Bezug auf medienvielfaltssichernde (und andere kompetenziell im mitgliedstaat-

lichen Bereich verbleibende) Regelungen der Mitgliedstaaten sowie in Bezug auf Vielfaltssicherung gerichtetes koordiniertes Verhalten von Unternehmen besteht. Dieses Rücksichtnahmegebot gilt es seitens der EU und ihrer Organe auch bei der Beantwortung der von Kommissionspräsidentin *von der Leyen* bezeichneten Herausforderungen zur Erreichung einer für das digitale Zeitalter fit gemachten EU bei damit einhergehenden zukünftigen Rechtsaktvorschlägen zu beachten.

Dieses Ergebnis zur Kompetenzverteilung wird weiter gestützt – und nicht etwa relativiert – durch die hervorgehobene Anerkennung des Ziels Medienpluralismus in der Rechtsordnung der EU. Auf die bezüglich der EMRK vom EGMR herausgearbeitete Bedeutung der Medienvielfalt als legitimes Ziel bei der Beschränkung von Freiheiten hinaus bezieht sich nicht nur der EuGH schon seit Jahrzehnten mit gleichem Verständnis in seiner Rechtsprechung. Diese Straßburger Rechtsprechung wird auch von den rechtsetzenden Organen der EU immer wieder in Bezug genommen. Über diesen EMRK-Ansatz hinaus ist Medienpluralismus sogar ausdrücklich als zu beachtender Parameter sowohl in der Werteordnung der EU nach Art. 2 EUV als auch in der Charta der Grundrechte der EU in deren Art. 11 Abs. 2 genannt.

Die Unionsorgane sind damit nicht etwa angehalten, selbst medienvielfaltssichernd im Sinne von Rechtsetzung tätig zu werden – denn weder Art. 2 EUV noch die Grundrechte-Charta begründen eigenständige Kompetenztitel der EU. In der Charta wird dies sogar ausdrücklich geregelt. Diese explizite Schranke, die das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bekräftigt, unterstreicht die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Ausübung mitgliedstaatlicher Kompetenz zur Sicherung der – für den jeweiligen Mitgliedstaat relevanten – Aspekte der Meinungs- und Medienvielfalt, auch bei Vollzugsmaßnahmen der Unionsorgane. Da die Mitgliedstaaten der EU als Parteien der EMRK der vom EGMR entwickelten Garanten- oder Schutzpflicht hinsichtlich der besonderen Rolle der Medien Rechnung tragen müssen und die EU ihrerseits die Vorgaben der EMRK möglichst zu berücksichtigen hat, auch wenn sie nicht selbst Vertragspartei ist, ist der Schutz von Meinungs- und Medienvielfalt von der EU als im Allgemeininteresse liegendes Ziel auch bei der Beschränkung von Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten dergestalt anzunehmen, dass sie entsprechendes Handeln nicht beschneidet. Die Unterschiede bei Erwägungen demokratischer, ethischer, gesellschaftlicher, kommunikativer oder kultureller Natur zwischen den Mitgliedstaaten rechtfertigen es, dass diese über das angemessene Schutzniveau und die passenden Instrumente zur Erreichung ihrer diesbezüglichen Allgemeinwohlziele entscheiden und – soweit dabei Grenzen aus dem EU-Recht wie insbesondere das Verhältnis-

mäßigkeitsprinzip beachtet werden – diese gegebenenfalls auch so ausüben, dass Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten betroffen werden.

Unabhängig vom Befund, dass die EU nicht nur keine Rechtsetzungskompetenz bezüglich unmittelbar medienvielfaltssichernder Regelungen hat, sondern auch im Übrigen im anwendbaren Rechtsrahmen Rücksicht auf die diesbezügliche mitgliedstaatliche Zuständigkeit walten lassen muss, besteht eine Vielzahl relevanter, auf den Binnenmarkt bezogener harmonisierender Sekundärrechtsakte. Die wirtschaftliche Dimension von Medien und anderen für die Meinungsbildung bedeutsamen Angeboten, bei denen es sich im audiovisuellen Bereich meist um Dienstleistungen, ggf. aber auch (wie bei Benutzeroberflächen von Empfangsgeräten) um vielfaltsrelevante Ausformungen von Waren handeln kann, erlaubt Unionshandeln, soweit es die primärrechtlichen Grenzen einhält. Daher finden sich in unterschiedlicher Ausprägung in den einschlägigen Rechtsakten ausdrückliche Anwendungsausnahmen, in denen ausschließlich mitgliedstaatliches Recht eingreift, oder Verweise auf reservierte Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten, die vom jeweiligen Rechtsakt unberührt bleiben. Dazu zählen etwa der EEKK und die ECRL, die ausdrücklich auf die weiterbestehende Kompetenz zur Vielfaltssicherung durch die Mitgliedstaaten verweisen. Auch bei der AVMD-RL, die in manchen Bereichen inhaltsbezogener Regulierung bereits eine weitgehende Harmonisierung erreicht, gelten weiterhin Umsetzungsspielräume und sogar Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten unabhängig vom Herkunftslandprinzip, so dass auch innerstaatliche Rechtsdurchsetzung gegenüber im EU-Ausland niedergelassenen Anbietern unter bestimmten Umständen möglich ist.

Es ist jedoch zu beachten, dass sich trotz der fehlenden Zuständigkeit für unmittelbare Regelungen zunehmend zumindest mittelbar für die Vielfaltssicherung bedeutsame Wirkungen aus nicht darauf gerichteten Rechtsakten ergeben. Dies gilt insbesondere für zwei jüngere Rechtsakte, die die Rolle und Pflichten von Online-Plattformen in neuer Weise adressieren (DSM-RL und P2B-VO). Auch diese Ansätze lösen aber – selbst wenn sie z.B. mit Transparenzvorgaben aus der Vielfaltssicherung vertraute Instrumente vorsehen – keine Sperrwirkung – auch in Bereichen ausschließlicher Zuständigkeit der Union – für darüber hinausgehende, aber mit anderer Zielrichtung getroffene Maßnahmen auf mitgliedstaatlicher Ebene aus, etwa Offenlegungspflichten zum Zwecke der Kontrolle der Pluralität der Medien.

Neben bindenden Rechtsakten sind auch ergänzende, rechtlich unverbindliche Maßnahmen der EU wie z.B. Empfehlungen oder Schlussfolgerungen zu beachten, insbesondere weil diese eine Vorstufe für spätere ver-

bindliche Sekundärrechtsakte sein können. Solche unverbindlichen Rechtsakte finden sich zurzeit etwa für den Umgang mit illegalen Inhalten bzw. Desinformation. Aufgrund des nicht bindenden Charakters von Empfehlungen und anderen Mitteilungen besteht in der Praxis möglicherweise eine weniger ausgeprägte Berücksichtigung bestehender mitgliedstaatlicher Kompetenzreserven, weil Berührungspunkte als nicht so problematisch angesehen werden. Allerdings gilt die Kompetenzverteilung der EU-Rechtsordnung auch für solche unverbindlichen Rechtsakte. Wenn anknüpfend an solche Vorarbeiten später bindende Rechtsakte entwickelt werden, kann eine unterlassene frühzeitige Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Kompetenzen problematisch werden, weshalb es sich – wie unten ebenfalls betont wird – für die Mitgliedstaaten, im Falle Deutschlands für den Bereich der Medienregulierung also die Länder, empfiehlt ein umfassendes regulatorisches Frühwarnsystem zu entwickeln und sich auch frühzeitig zu solchen Maßnahmen der Kommission in einer kompetenzwahrenden, zumindest aber -schonenden Weise zu positionieren. Aktuell gilt diese Monitoring- und Präsenzepfehlung etwa auch für den *Media and Audiovisual Action Plan* oder den *European Democracy Action Plan*. Bei diesen geht es um die Verteidigung oder Einigung auf gemeinsame Standards basierend auf zentralen europäischen Werten, was im Sinne der Stärkung der EU als einer Werteunion gerade auch im Zeichen neuer Bedrohungen dieses Wertefundaments innerhalb der EU wie von außen – etwa bezüglich des Rechtsstaatsprinzips – sinnvoll erscheint. Allerdings muss auch insoweit bei etwaigen Durchführungsmaßnahmen darauf geachtet werden, dass damit nicht nationale mediale Vielfaltssicherungsansätze bzw. Ausführungskompetenzen untergraben werden.

Auch eine berechtigte Schutzzwecke der Mitgliedstaaten sichernde Rechtsdurchsetzung, die auch mitgliedstaatliche Besonderheiten im konkreten Fall aufgreifen kann, erfolgt am besten auf mitgliedstaatlicher Ebene und entlang innerstaatlicher Verfahrensregeln, die ihrerseits allerdings dem Diskriminierungsverbot und Effektivitätsgebot genügen müssen. In Deutschland betrifft dies im Wesentlichen die Landesmedienanstalten, die unabhängig von der Festlegung gemeinsamer Standards und bestimmter Jurisdiktionsregeln auf EU-Ebene bei Beachtung völkergewohnheitsrechtlicher Grenzen der Jurisdiktionsgewalt grundsätzlich auch gegen ausländische Anbieter, die ihren Sitz nicht in einem der Mitgliedstaaten der EU haben, bei der Verletzung materiell-rechtlicher Vorgaben etwa aus dem MStV vorgehen können. Zwar ist es angemessen, die Rechtsdurchsetzung nach dem Grad der Zugriffsmöglichkeit zu differenzieren, aber ausländische Anbieter können nicht dauerhaft von der Rechtsdurchsetzung ausgeschlossen bleiben, wenn im Ausland keine Durchsetzungsmaßnahmen er-

folgen, die ein vergleichbares Schutzniveau erreichen. Jedoch gilt die Bindung an Grundrechte im Vollzug auch dann und insbesondere bei einem Sitz des betroffenen Anbieters in einem anderen EU-Mitgliedstaat, dabei ist auf eine Gleichbehandlung bei der Anwendung von Grundrechtspositionen begrenzenden Maßnahmen wie auch auf die Einhaltung der EU-rechtlichen Vorgaben an die Durchbrechung des Prinzips der Herkunftslandkontrolle zu achten.

Völkerrechtliche Begrenzungen einer so verstandenen Jurisdiktionshoheit auch gegenüber „ausländischen“ Anbietern ergeben sich zwar aus dem Gebot der Beachtung staatlicher Souveränität, aber bei Vorliegen eines *genuine link* eines Anbieters zum Inlandsterritorium – etwa durch im Schwerpunkt oder ausschließlich sich mit der politischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Situation Deutschlands befassende Angebote – ist auch eine Durchsetzung gegenüber diesen Anbietern grundsätzlich möglich. Zwar steht bei Sekundärrechtsakten, die sich bezüglich der Jurisdiktionshoheit auf das Herkunftslandprinzip stützen, jede Rechtsdurchsetzung durch andere Staaten in einem Spannungsverhältnis mit diesem Prinzip, so dass sie nur unter bestimmten Umständen möglich ist, sie ist jedoch bereits heute in den hier relevanten Rechtsakten nicht ausgeschlossen. Dennoch wäre es zu begrüßen, wenn – etwa in neuen horizontal anwendbaren Vorschriften im Unionsrecht – eine explizite Klarstellung erfolgt, dass sich die Rechtsdurchsetzung entlang gemeinsamer Maßstäbe unter bestimmten Umständen trotz der Weitergeltung des Herkunftslandprinzips am Marktortprinzip ausrichten darf.

II. Verfahrensaspekte

Die inhaltliche Analyse zeigt damit klar auf, dass die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten nicht disponibel ist und vom Ansatz her eindeutigen Vorgaben folgt. Nicht zuletzt mit Blick auf Defizite einer rechtssicheren Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten auf der materiell-rechtlichen Ebene kommt verfahrensrechtlichen Aspekten beim Auflösen von Spannungsfeldern in der Kompetenzverteilung besonderes Gewicht zu. Auch insoweit erweist sich das Auflösen des Spannungsverhältnisses im Bereich geteilter Zuständigkeiten wie auch mit Blick auf die Wahrung der vorrangigen Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Regulierung von Vielfaltssicherung als nicht einfach.

Die im Vorfeld eines Rechtsaktbeschlusses bestehenden Mechanismen wie etwa die Subsidiaritätsrüge werden nur sehr zurückhaltend genutzt,

weil sie als konfrontativ angelegt verstanden werden können. Dies gilt erst recht für mögliche Reaktionen auf in Kraft getretene Rechtsakte wie Nichtigkeitsklagen eines Mitgliedstaates vor dem EuGH, die in der Praxis – im Unterschied zu Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Mitgliedstaaten – sehr selten sind. Inhaltlich stellt sich für Mitgliedstaaten zudem auch die Frage, ob sie sich bei einer eigentlich bestehenden Einigkeit über Notwendigkeit, Ziel und Sinnhaftigkeit einer legislativen Initiative der EU aus kompetenzrechtlichen Gründen gegen eine solche Initiative wenden, da sie diese als kompetenzüberschreitend einordnen. Bei einer solchen inhalte-fokussierten Betrachtung droht indessen eine Aushöhlung von Kompetenzschränken für die EU – und dies ohne Sicherheit, dass die Kompetenzwahrnehmung seitens der EU auch zukünftig dem medienregulatorischen Programm jedes Mitgliedstaates genügt.

Aus Sicht der Kommission stellt sich die Frage der Kompetenzrücksichtnahme anders: Sie ist nach den Verträgen verpflichtet als einzig dazu autorisiertes Organ der Union dort, wo sie Handlungsbedarf sieht, mit Vorschlägen einen Legislativprozess einzuleiten. Ferner muss sie als „Hüterin der Verträge“ jedem von ihr als Rechtsverletzung eingeschätzten mitgliedstaatlichen Verhalten nachzugehen und ggf. sogar ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, wenn sie etwa ungerechtfertigte Behinderungen für den freien Verkehr von Dienstleistungen sieht.

Es liegt dabei in dem dynamischen, auf eine immer engere Union durch Rechtsvereinheitlichung ausgerichteten Integrationsansatz der EU-Kommission nahe, dass diese gerade angesichts der globalen Herausforderungen der Digitalisierung einen Handlungsbedarf für die EU zur Bewältigung dieser Herausforderungen betont, wobei dieser Bedarf nicht erst bejaht wird, wenn sich ein Handeln der Mitgliedstaaten zuvor als unzureichend erwiesen hat. Dementsprechend ist eine gewisse Tendenz zu beobachten, dass die EU Vorschläge für ein Handeln auf Unionsebene – orientiert am Vorsorgeprinzip – auch schon im Vorfeld mitgliedstaatlicher Regulierungsansätze unterbreitet. Das Bemühen um eine digitale Souveränität Europas kann dabei Überlegungen befördern, stärker als in der Vergangenheit auf das Instrument der Verordnung zu setzen – und damit einen Gewinn an Reaktionsschnelligkeit durch fehlendes Umsetzungserfordernis um den Preis eines Verlusts an Rücksichtnahmemöglichkeit auf Besonderheiten in den Mitgliedstaaten im Zuge der Umsetzung von EU-Richtlinien zu akzeptieren. Eine solche zunehmende Nutzung des Instruments der Verordnung könnte auch durch positive Erfahrungen angeregt werden, die mit der Wirkkraft der DS-GVO auch gegenüber nicht in der EU ansässigen Anbietern gemacht wurden.

Damit ist für die Zukunft gewichtiger noch als bereits bislang ein im Vergleich zur Sichtweise der Mitgliedstaaten unterschiedliches kompetenzbezogenes Grundverständnis der auf eine vertiefte Integration ausgerichteten EU-Organen Kommission und Parlament zu besorgen, das sowohl die Organisationsform als auch das institutionelle Setup betrifft und sogar in eindeutig zugeordneten Bereichen wie der Vielfaltssicherung zu verstärkten Spannungen führen kann.

Auch deshalb ist es besonders wichtig, dass sich Mitgliedstaaten – bei Föderalstaaten mit entsprechender Zuständigkeitsverteilung ggf. die Gliedstaaten – im politischen (Ver-)Handlungsprozess auf Unionsebene frühzeitig und umfassend einbringen. Dies gilt nicht nur bzw. erst bei konkreten Vorschlägen für Legislativakte, sondern auch für ergänzende Initiativen sowie generell im Vorfeld bei der Diskussion um mögliche Schwerpunktsetzungen. Dieses „Markieren von Präsenz“ sollte durch Beteiligung in unterschiedlichen Foren dazu beitragen, Besonderheiten innerstaatlicher Herangehensweisen zu verdeutlichen und um entsprechende Berücksichtigung zu werben. Neben der formellen und informellen Beteiligung durch Austausch im Prozess der Rechtsetzung können dazu auch wissenschaftliche oder an die breitere Öffentlichkeit gerichtete Aktivitäten zählen. Im eigentlichen Rechtsetzungsprozess empfiehlt es sich dabei, im Zusammenwirken mit anderen EU-Mitgliedstaaten durch Regulierung(svorhaben) der EU ausgelöste Reibungspunkte bei der Wahrnehmung mitgliedstaatlicher Kompetenzen zu identifizieren und im Verbund mit anderen Mitgliedstaaten, die entweder vergleichbare Ausgangslagen namentlich beim Schutz von Medienvielfalt oder aus unterschiedlichen Gründen zu gleichen Punkten Bedenken im Hinblick auf eine zu weitgehende Harmonisierungstendenz haben, frühzeitig gemeinsam Stellung zu beziehen.

Konkret für den Medienregulierungsbereich bedeutet dies für die Länder, dass sie die bereits eingeschlagenen Wege zur Verdeutlichung ihrer Interessenlage „in Brüssel“ eher noch ausbauen und verstärken sollten und die umfassende Berücksichtigung von sich auf Medien und den Online-Sektor auswirkenden Maßnahmen der EU durch eine entsprechend breit aufgestellte Reaktion widerspiegeln. Für die aktuelle Diskussion um den *Digital Services Act* bedeutet dies, dass nicht nur bezüglich des zu erwartenden inhaltebezogenen Rechtsaktsvorschlages, sondern auch – soweit es Berührungspunkte zur Medienregulierung gibt – für die aus EU-Sicht wichtige weitere Komponente der (auch neuen) wettbewerbsrechtlichen Instrumente zur Reaktion auf die Plattformökonomie eine Position herausgearbeitet werden sollte. Dabei kann es auch darum gehen aufzuzeigen, wie vergleichbare Instrumente dennoch nebeneinander in unterschiedlicher

Ausprägung bestehen können, weil sie unterschiedliche Zielrichtungen haben, wie dies etwa für Transparenzpflichten der Fall ist.

Einerseits geht es um die Beteiligung an Vorschlägen, wie bestimmte Regelungen auf Ebene des Unionsrechts am besten modernisiert werden können. Solche Fragen betreffen etwa die Klärung, was illegale Inhalte sind oder ob neben illegalen Inhalten schädliche Inhalte als gesonderte, ebenfalls zu klärende Kategorie einzuführen sind, oder die Klarstellung von Verantwortlichkeiten neben Haftungstatbeständen bei Diensteanbietern. Andererseits ist es aus Sicht der Mitgliedstaaten wichtig, auf ein funktionierendes Zusammenspiel von Unions- und eigener Ebene hinzuwirken. Dazu zählen etwa bei Beibehaltung der Vollzugszuständigkeit die Etablierung neuer oder konkreterer Kooperationsformen zwischen zuständigen Behörden oder Einrichtungen sowohl was deren Aufgabenbereich angeht, aber insbesondere auch in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit bei der Rechtsdurchsetzung.

Dazu gehört es aber auch, bestehende Regulierungsmodelle auf eine Übertragbarkeit in den hier relevanten Bereich zu prüfen und entsprechend auf Unionsebene vorzuschlagen: ein Beispiel dafür könnte es sein, dass auch bei Etablierung der DS-GVO als unmittelbar geltender Verordnung die Kompetenz der Mitgliedstaaten unter anderem dadurch beachtet wurde, dass z.B. Vorschriften über die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken der Regulierung durch die Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben (Art. 85 DS-GVO). Solche Öffnungsklauseln, die nicht nur bei Verordnungen, sondern auch mit Blick auf die Reichweite des Umsetzungserfordernisses einer Richtlinie in Betracht kommen, oder eine explizite Anerkennung von „reservierten“ Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten sind vielversprechende Scharnierfunktionen, die ein besseres Zusammenspiel im Mehrebenensystem versprechen. Eine solche Rücksichtnahme auf mitgliedstaatliche Besonderheiten nicht nur im Vollzug erlaubt selbst bei Verordnungen – im Einklang mit dem übrigen Wettbewerbsrecht der Union werden neue Instrumente in diesem Bereich voraussichtlich ebenfalls in dieser Rechtsaktform vorgeschlagen werden – erst recht aber bei der Rechtsaktform Richtlinie (wie z.B. wenn horizontale Vorschriften für Plattformen eingeführt werden, aber ergänzende mitgliedstaatliche Regelungen bzw. Regelungen zur Ausfüllung durch die Mitgliedstaaten etwa bezogen auf „Medienplattformen“ ausdrücklich vorgesehen werden) die Berücksichtigung der den Mitgliedstaaten eigenen Verfassungstraditionen und Besonderheiten beim Erlass weiterführender Regeln.

Dieses Hinwirken auf die Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit für die Medienvielfaltsregulierung bedarf auch einer institutionellen Absicherung. So ist es z.B. besonders wichtig, dass bei einer etwai-

gen, rechtlich unverbindlichen Verständigung auf Standards von Pluralismus und Demokratie dieser Grundbestand nicht zu einer Vereinheitlichung in der Durchsetzung oder – unbeschadet der Kontrolle über die Einhaltung der Werteordnung der EU nach Art. 7 EUV – einer Verlagerung der Aufsicht auf die Unionsebene führen muss. Solange die Mitgliedstaaten durch entsprechende Ermächtigung und Ausstattung effektive Rechtsdurchsetzung durch von ihnen – ggf. im Rahmen der Vorgaben aus dem EU-Sekundärrecht – eingerichtete Behörden oder Einrichtungen sicherstellen, können gemeinsame Standards durch unterschiedliche Beteiligte, die in festgelegter Weise kooperieren, durchgesetzt werden. Nicht zuletzt auch die organisationsrechtliche Dimension des Subsidiaritätsprinzips spricht im Bereich der Medienregulierung der EU für eine funktions- und bedarfsgerechte Ausstattung der mitgliedstaatlichen Regulierungsinstanzen. Denn ohne eine solche Ausstattung sinken mit Blick auf die unzureichende Wahrnehmbarkeit der positiven Ordnungsfunktion für die Medien in einem digitalen Umfeld die Schwellen, die EU-Aktivitäten durch das Subsidiaritätsprinzip gesetzt sind.

Im so verstandenen Sinne kann das Spannungsverhältnis zumindest abgefedert werden, indem die Zielerreichung durch Unionshandeln nicht dazu führen muss, dass mitgliedstaatliche Zuständigkeiten dauerhaft ausgehöhlt werden. Im Blick auf die weiterhin tendenziell integrationsfreundliche Rechtsprechung des EuGH, die in Einzelfällen eine Verengung der mitgliedstaatlichen Handlungsspielräume durch zu weitreichende inhaltliche Nachprüfung einer umstrittenen Maßnahme eines Mitgliedstaates bewirkt, ist es besonders wichtig, den Ausgleich bereits bei der Schaffung von Legislativakten und nicht erst bei ihrer Überprüfung bzw. der Kontrolle von Umsetzungsmaßnahmen zu versuchen herbeizuführen. In relevanten Verfahren, die teilweise reduziert werden auf die Grundfreiheits-Perspektive und dadurch die Auswirkung auf die mitgliedstaatliche Kompetenz zur Pluralismussicherung unberücksichtigt lassen, ist dennoch eine deutliche Positionsbestimmung der Länder anzustreben. Soweit eine solche Positionsbestimmung auch unter Wahrung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach Art. 23 GG auf europäischer Ebene vorgenommen werden kann, fördert dies die kompetenzrechtliche Absicherung des Vielfaltziels zusätzlich.

