

Unionale und mitgliedstaatliche Intermediärregulierung

Zur unionsrechtlichen Beurteilung möglicher Überschneidungen
der Vorschriften über Medienintermediäre im Medienstaatsvertrag
(§§ 91 ff. MStV) mit Rechtsakten der Europäischen Union

Rechtsgutachten

erstattet der *die medienanstalten - ALM GbR*

von Universitätsprofessor Dr. Matthias Cornils,
Direktor des Mainzer Medieninstituts

Oktober 2020

Inhaltsverzeichnis	
Executive summary	4
A. Einführung	5
I. Die Intermediärregulierung im MStV	5
II. Unionsrechtliche Transparenzpflichten für Intermediäre	6
1. 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 (P2B-Verordnung)	7
2. Art. 3 und Art. 4 der Richtlinie (EU) 2019/2161 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (Verbraucherschutz-Modernisierungsrichtlinie)	9
III. Problemstellung	11
1. Wettbewerbsrechtliche, verbraucherschutz- und medienrechtliche Intermediär-Transparenzregulierung als Konkurrenzproblem?	11
2. Insbesondere: Die Kommissions-Bemerkungen im Notifizierungsverfahren	12
3. Rechtliche Einordnung der Kommissionsbemerkungen	13
4. Gutachtenfragen und Gang der Untersuchung	15
B. Grundsätze und Maßstäbe des Unionsrechts zur Konkurrenz unions-sekundärrechtlicher Vorschriften mit mitgliedstaatlichem Recht	17
I. Kompetenzrechtliche Sperrwirkung und Anwendungsvorrang	17
1. Maßstabquellen für die Kollisionslösung	17
2. Konsequenzen für das Verhältnis von Kompetenzordnung und Anwendungsvorrang	18
3. Bedeutung der Kompetenzreichweite für die Ermittlung des Regelungsanspruchs und der Sperrwirkung	19
4. Fazit	20
II. Anwendungsvorrang im weiten und im engen Sinn	20
1. Der Anwendungsvorrang im engen Sinn	20
2. Anwendungsvorrang im weiten Sinn	21
III. Anwendungsvorrang von Verordnungen und von Richtlinien	22
1. Verordnung: Durchgriffs- und Sperrwirkung	23
2. Richtlinie: Umsetzungspflicht nach unionsrechtlichem Maßstab	25
3. Nur relative Bedeutung der Rechtsform für den abschließenden Charakter von Unions-Rechtsakten	27
IV. Kollisionsdogmatik im Unionsrecht	28
1. Normenkonkurrenz, Direkte und indirekte Kollisionen	28
2. Die Kriterien zur Bestimmung einer Kollisionslage	30
C. Normenkonkurrenz oder -kollision zwischen dem Unionsrecht und der Transparenzregulierung im Medienstaatsvertrag	33
I. Das Verhältnis von P2B-Verordnung und Medienstaatsvertrag	33

1. Anwendungsbereiche der Regelungen	33
2. Rechtsfolgenvergleich	43
3. Direkte Kollision kraft abschließenden Regelungsanspruchs der P2B-VO?	57
II. Das Verhältnis der geänderten Verbraucherschutz-Richtlinien zum Medienstaatsvertrag	67
1. Art. 7 Abs. 4a UGP-RL	67
2. Art. 6a VerbraucherrechteRL	71
D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	73
E. Literaturverzeichnis	78

Executive summary

Gegenstand der Untersuchung ist das Verhältnis zwischen den neuen Transparenzverpflichtungen für Online-Plattformanbieter in der P2B-Verordnung sowie in den durch die Verbraucherschutz-Modernisierungs-Richtlinie geänderten Richtlinien (UGP-RL und Verbraucherrechte-RL) einerseits, der Transparenzregulierung für Medienintermediäre im Medienstaatsvertrag der deutschen Länder (§§ 91 ff. MStV) andererseits. Zu beantworten sind die Fragen, ob diese Unionsrechtsvorschriften in einer Konkurrenz oder Kollision mit dem MStV stehen und welche Folgen daraus insoweit für die Anwendbarkeit des MStV resultieren.

Die Analyse ergibt, dass zwischen allen betrachteten unionsrechtlichen Vorschriften und der Regelung über die Transparenz von Medienintermediären weder ein direktes noch ein indirektes Kollisionsverhältnis besteht. Die Anwendbarkeit der §§ 91 ff. MStV ist daher nicht durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Frage gestellt; auch eine gesetzgeberische Pflicht zur Aufhebung oder Anpassung der staatsvertraglichen Vorschriften besteht nicht. Dieses Ergebnis lässt sich für die Regelungsreichweite des § 93 MStV, soweit dieser Medienintermediäre außer Suchmaschinen (also etwa soziale Netzwerke) verpflichtet, mit besonders hoher Überzeugungskraft begründen, weil insoweit auch im Überschneidungsbereich der Anwendungsbereiche schon die Regelungsgestände und -inhalte der konkurrierenden Regelungen klar verschieden sind. Für die Verpflichtungen zur Suchmaschinen-Transparenz ist die Konkurrenz kritischer, weil insoweit sowohl durch die P2B-VO als auch durch den MStV an die Allgemeinheit adressierte Informationen der Suchmaschinen-Anbieter zum allgemeinen Selektions- und Sortiermechanismus eingefordert werden. Auch insoweit sprechen aber die besseren Gründe gegen einen abschließenden Regelungsanspruch der P2B-VO, namentlich ihr fragmentarischer, nicht auf eine Vollvereinheitlichung angelegter Charakter, ihr sektoral begrenzter Schutzzweck, der Anliegen der kommunikativen Chancengleichheit und der Vielfalt publizistisch relevanter Inhalte nicht einschließt sowie der Umstand, dass komplementäre Transparenzregelungen des mitgliedstaatlichen Medienrechts die Wirksamkeit der unionsrechtlichen Verpflichtung keineswegs berühren, beide Informationspflichten mit ihren verschiedenen Schutzzwecken und diesen angepassten Anforderungsprofilen vielmehr ohne wechselseitige Beeinträchtigung nebeneinander bestehen können. § 93 MStV ist als Vorschrift zur Umsetzung der neuen Transparenzvorgaben in den Verbraucherschutz-Richtlinien weder intendiert noch geeignet. Auch diese Richtlinien stehen aber anderen, nach Schutzzweck und Anforderungsprofil unterschiedlichen Transparenzverpflichtungen wie in § 93 MStV nicht entgegen.

A. Einführung

Gegenstand nachfolgender rechtsgutachtlicher Erörterung sind mögliche Normkonkurrenzen oder gar -kollisionen zwischen Vorschriften des von den Bundesländern beschlossenen Medienstaatsvertrages zur Intermediärregulierung und Rechtsakten der Europäischen Union sowie ihre unionsrechtliche Beurteilung.

Insbesondere geht es dabei um Informationspflichten hinsichtlich der Kriterien für den Zugang und die algorithmische Sortierung, die Intermediären (in der Terminologie des Medienstaatsvertrags) sowohl durch die Bestimmungen über die Transparenzpflicht im Medienstaatsvertrag als auch durch die neuen Vorschriften des sekundären Unionsrechts zum Schutz der Chancengleichheit von Online-Händlern sowie – im Rahmen des „New deal for Consumers“ – im Lauterkeits- und Verbraucherschutzrecht auferlegt werden.

I. Die Intermediärregulierung im MStV

Mitte April dieses Jahres ist der Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland von den Ministerpräsidenten der deutschen Bundesländer gezeichnet worden; er durchläuft derzeit die Verfahren parlamentarischer Zustimmung. Art. 1 des Modernisierungsstaatsvertrages besteht in dem Medienstaatsvertrag, der den bisherigen Staatsvertrag über Rundfunk und Telemedien ablösen soll. Der MStV enthält erstmals Vorschriften über die Regulierung sogenannter Medienintermediäre, die denjenigen der schon im Rundfunkstaatsvertrag vorgesehenen, ihrerseits aber nun modifizierten Plattformregulierung vergleichbar sind, ohne ihnen vollständig zu entsprechen.

Medienintermediäre sind – wie auch die systematische Stellung des Abschnitts über die Medienintermediäre deutlich macht – eine Unterkategorie der Telemedien. Erfasst ist definitionsgemäß (§ 2 Nr. 16 MStV) grundsätzlich „jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen“. Der Begriff erfasst damit insbesondere Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Messengerdienste und Newsaggregatoren.

Hauptsächliche Regelungsgehalte des Abschnitts über die Medienintermediäre sind an die Anbieter von Medienintermediären gerichtete Pflichten zur Transparenz (§ 93 MStV) und Nichtdiskriminierung (§ 94 MStV). Die Transparenzpflichten bestehen in der Verfügbarmachung der Kriterien sowohl für den Zugang von Inhalten zu einem Medienintermediär als auch für die Darstellung dieser Inhalte durch den Medienintermediär; dazu gehören auch Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen. Thematisch spezialisierte Medienintermediäre sind verpflichtet, die Spezialisierung wahrnehmbar zu machen. Über Änderungen in den Kriterien oder in der Ausrichtung ist zu informieren. Schließlich trifft die Anbieter von Medienintermediären eine Gewährleistungspflicht hinsichtlich der Einhaltung der durch § 18 Abs. 3 MStV den Inhabern entsprechender Konten (social bots) auferlegten Pflicht zur Kennzeichnung von automatisiert erzeugten Inhalten.

Die Vorschrift des § 93 MStV lautet:

§ 93 Transparenz

(1) Anbieter von Medienintermediären haben zur Sicherung der Meinungsvielfalt nachfolgende Informationen leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten:

1. die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden,
 2. die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache.
- (2) Anbieter von Medienintermediären, die eine thematische Spezialisierung aufweisen, sind dazu verpflichtet, diese Spezialisierung durch die Gestaltung ihres Angebots wahrnehmbar zu machen. § 91 Abs. 2 Nr. 2 bleibt unberührt.
- (3) Änderungen der in Absatz 1 genannten Kriterien sowie der Ausrichtung nach Absatz 2 sind unverzüglich in derselben Weise wahrnehmbar zu machen.
- (4) Anbieter von Medienintermediären, die soziale Netzwerke anbieten, haben dafür Sorge zu tragen, dass Telemedien im Sinne von § 18 Abs. 3 gekennzeichnet werden.

Die Vorschrift über die Diskriminierungsfreiheit (§ 94 MStV) knüpft an die Transparenzpflicht an: Danach sind erstens die ungerechtfertigte Abweichung von den offenzulegenden Kriterien für den Zugang und die Darstellung von Inhalten und zweitens die offengelegten Kriterien selbst, wenn sie Angebote unmittelbar oder mittelbar unbillig behindern, eine verbotene Diskriminierung. Beide Diskriminierungstatbestände sind erst bei systematischem Verhalten des Medienintermediärs verwirklicht.

Die Vorschrift des § 94 MStV lautet:

§ 94 Diskriminierungsfreiheit

- (1) Zur Sicherung der Meinungsvielfalt dürfen Medienintermediäre journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, auf deren Wahrnehmbarkeit sie besonders hohen Einfluss haben, nicht diskriminieren.
- (2) Eine Diskriminierung im Sinne des Absatzes 1 liegt vor, wenn ohne sachlich gerechtfertigten Grund von den nach § 93 Abs. 1 bis 3 zu veröffentlichenden Kriterien zugunsten oder zulasten eines bestimmten Angebots systematisch abgewichen wird oder diese Kriterien Angebote unmittelbar oder mittelbar unbillig systematisch behindern.
- (3) Ein Verstoß kann nur von dem betroffenen Anbieter journalistisch-redaktioneller Inhalte bei der zuständigen Landesmedienanstalt geltend gemacht werden. In offensichtlich Fällen kann der Verstoß von der zuständigen Landesmedienanstalt auch von Amts wegen verfolgt werden.

II. Unionsrechtliche Transparenzpflichten für Intermediäre

Mit diesem Normadressatenkreis geraten die Regelungen der §§ 91 ff. MStV in eine mögliche Konkurrenz mit Vorschriften des unionalen Sekundärrechts, soweit diese gleichartige elektronische Kommunikationsdienste adressieren. Namentlich hat die Europäische Union in jüngster Zeit Rechtsakte erlassen, die Online-Vermittlungsdiensten, Online-Marktplätzen, aber auch Suchmaschinen Transparenzpflichten ähnlichen Inhalts wie im Medienstaatsvertrag auferlegen. Insbesondere ist dies geschehen mit der Verordnung (EU) 2019/1150 vom 20. Juni 2019, in Kraft getreten am 20.7.2020, zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (sogenannte P2B-Verordnung) sowie mit der Richtlinie (EU) 2019/2161 vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union.

1. 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 (P2B-Verordnung)

Die P2B-Verordnung statuiert Transparenzpflichten sowohl der Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten als auch – in relativ dazu eingeschränktem Umfang – von Online-Suchmaschinen.

Zum Anwendungsbereich der Verordnung im Verhältnis zur mitgliedstaatlichen Recht bestimmt Art. 1 Abs. 4 der Verordnung:

Artikel 1

Gegenstand und Anwendungsbereich

[...]

(4) Diese Verordnung gilt unbeschadet der Vorschriften der Mitgliedstaaten, durch die im Einklang mit dem Unionsrecht einseitige Handlungen oder unlautere Geschäftspraktiken verboten oder geahndet werden, soweit die relevanten Aspekte nicht durch diese Verordnung geregelt werden. Diese Verordnung berührt nicht das nationale Zivilrecht, insbesondere das Vertragsrecht, etwa die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen, die Wirkungen oder die Beendigung eines Vertrags, soweit die Vorschriften des nationalen Zivilrechts mit dem Unionsrecht in Einklang stehen und soweit die relevanten Aspekte nicht durch diese Verordnung geregelt werden.

Ein überwiegender Teil der Bestimmungen der Verordnung betrifft Verpflichtungen spezifisch der Online-Vermittlungsdienste (nicht der Suchmaschinen), und zwar in Bezug auf deren Allgemeine Geschäftsbedingungen für Online-Händler (die VO spricht insoweit von „gewerblichen Nutzern“, definiert in Art. 2 Nr. 1): Art. 3, Art. 5 Abs. 1, Art. 6, Art. 7 Abs. 1, Art. 8, 9, 10 P2B-VO. Anders liegt es mit den Vorschriften über Online-Suchmaschinen, die nicht an ein (nicht notwendig bestehendes) Vertragsverhältnis mit den Online-Händlern anknüpfen. Die VO verwendet für die durch die Suchmaschine indexierten und vermittelten „Business“-Dienste den Ausdruck „Nutzer mit Unternehmenswebsite“, definiert in Art. 2 Nr. 7 P2B-VO. Im Zentrum steht insoweit die Vorschrift des Art. 5 Abs. 2, die spezifisch die Transparenzpflicht von Online-Suchmaschinen betrifft; hinzukommen die weiteren Absätze dieses Artikels sowie Art. 7 Abs. 2 und 3 P2B-VO.

Diese Vorschriften lauten:

Artikel 5

Ranking

(1) [...]

(2) Die Anbieter von Online-Suchmaschinen stellen die Hauptparameter, die einzeln oder gemeinsam für die Festlegung des Rankings am wichtigsten sind, und die relative Gewichtung dieser Hauptparameter dar, indem sie in ihren Online-Suchmaschinen klar und verständlich formulierte Erläuterungen bereitstellen, die öffentlich und leicht verfügbar sind. Sie sorgen dafür, dass diese Beschreibungen stets aktuell sind.

(3) Enthalten die Hauptparameter die Möglichkeit, dass die gewerblichen Nutzer oder die Nutzer mit Unternehmenswebsite das Ranking beeinflussen können, indem sie dem jeweiligen Anbieter direkt oder indirekt ein Entgelt entrichten, so erläutert der Anbieter diese Möglichkeit und legt gemäß den in Absatz 1 und 2 genannten Anforderungen dar, wie sich derartige Entgelte auf das Ranking auswirken.

(4) Hat der Anbieter einer Online-Suchmaschine die Reihenfolge des Rankings in einem konkreten Fall geändert oder eine bestimmte Website infolge der Mitteilung eines Dritten ausgelistet, bietet der Anbieter dem Nutzer mit Unternehmenswebsite die Möglichkeit, den Inhalt der Mitteilung einzusehen.

(5) Die in den Absätzen 1, 2 und 3 genannten Erläuterungen müssen den gewerblichen Nutzern oder den Nutzern mit Unternehmenswebsite ein angemessenes Verständnis der Frage ermöglichen, ob und gegebenenfalls wie und in welchem Umfang der Rankingmechanismus Folgendes berücksichtigt:

- a) die Merkmale der Waren und Dienstleistungen, die Verbrauchern über Online-Vermittlungsdienste oder Online-Suchmaschinen angeboten werden;
- b) die Relevanz dieser Merkmale für diese Verbraucher;
- c) im Falle von Online-Suchmaschinen die Gestaltungsmerkmale der Website, die von Nutzern mit Unternehmenswebsite verwendet werden.

(6) Die Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und Anbieter von Online-Suchmaschinen sind zur Einhaltung der Anforderungen dieses Artikels nicht verpflichtet, Algorithmen oder Informationen offenzulegen, die mit hinreichender Sicherheit dazu führen würden, dass eine Täuschung oder Schädigung von Verbrauchern durch die Manipulation von Suchergebnissen möglich wird. Dieser Artikel gilt unbeschadet der Richtlinie (EU) 2016/943.

(7) Um die Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und die Anbieter von Online-Suchmaschinen bei der Einhaltung der Anforderungen dieses Artikels zu unterstützen und um deren Durchsetzung zu erleichtern, begleitet die Kommission die in diesem Artikel festgelegten Transparenzanforderungen durch Leitlinien.

Artikel 7

Differenzierte Behandlung

(1) [...]

(2) Die Anbieter von Online-Suchmaschinen erläutern jegliche etwaige differenzierte Behandlung von Waren und Dienstleistungen, die Verbrauchern über diese Online-Suchmaschinen einerseits entweder von diesem Anbieter selbst oder von Nutzern mit Unternehmenswebsite, die von diesem Anbieter kontrolliert werden, und andererseits von sonstigen Nutzern mit Unternehmenswebsite angeboten werden.

(3) Die in den Absätzen 1 und 2 genannte Erläuterung umfasst gegebenenfalls insbesondere Angaben zu jeglicher differenzierter Behandlung durch konkrete Maßnahmen oder durch das Verhalten des Anbieters von Online-Vermittlungsdiensten oder des Anbieters von Online-Suchmaschinen in Bezug auf Folgendes:

- a) etwaiger Zugang des Anbieters oder der gewerblichen Nutzer, oder der Nutzer mit Unternehmenswebsite, die der Anbieter kontrolliert, zu personenbezogenen oder sonstigen Daten oder beidem, die gewerbliche Nutzer, Nutzer mit Unternehmenswebsite oder Verbraucher für die Nutzung der betreffenden Online-Vermittlungsdienste oder der betreffenden Online-Suchmaschinen zur Verfügung stellen oder die im Zuge der Bereitstellung dieser Dienste generiert werden;
- b) Ranking oder andere Einstellungen, die der Anbieter anwendet und die den Zugang der Verbraucher zu Waren oder Dienstleistungen beeinflussen, die von anderen gewerblichen Nutzern über diese Online-Vermittlungsdienste oder von anderen Nutzern mit Unternehmenswebsite über diese Online-Suchmaschinen angeboten werden;

- c) etwaige direkte oder indirekte Entgelte für die Nutzung der betreffenden Online-Vermittlungsdienste oder Online- Suchmaschinen;
- d) Zugang zu den Diensten, Funktionen oder technischen Schnittstellen, die für den gewerblichen Nutzer oder den Nutzer mit Unternehmenswebsite relevant sind und mit der Nutzung der betreffenden Online-Vermittlungsdienste oder Online-Suchmaschinen unmittelbar im Zusammenhang stehen oder eine Ergänzung zu deren Nutzung sind, sowie die Bedingungen und die direkt oder indirekt erhobene Vergütung für die Nutzung dieser Dienste, Funktionen oder technischen Schnittstellen.

2. Art. 3 und Art. 4 der Richtlinie (EU) 2019/2161 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (Verbraucherschutz-Modernisierungsrichtlinie)

Die im Zuge des „New Deal for Consumers“ verabschiedete Modernisierungsrichtlinie sieht unter anderem auch Informationsverpflichtungen von sogenannten Online-Marktplätzen hinsichtlich der Ranking-Kriterien für die Darstellung von Angeboten auf diesen Marktplätzen vor, die denjenigen der P2B-Verordnung ähnlich sind, aber ihrem (unmittelbaren) Zweck nach auf den Schutz des Verbrauchers gerichtet sind.

Im Einzelnen geht es erstens um Änderungen der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (UGP-RL).

Gemäß Art. 3 Nr. 4 Buchst. b) Modernisierungsrichtlinie wird in Art. 7 der UGP-RL ein neuer Absatz 4a eingefügt, der wie folgt lautet:

„(4a) Wenn Verbrauchern die Möglichkeit geboten wird, mithilfe eines Stichworts, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe nach Produkten zu suchen, die von verschiedenen Gewerbetreibenden oder von Verbrauchern angeboten werden, gelten, unabhängig davon, wo Rechtsgeschäfte letztendlich abgeschlossen werden, allgemeine Informationen, die die Hauptparameter für die Festlegung des Rankings der dem Verbraucher im Ergebnis der Suche vorgeschlagenen Produkte, sowie die relative Gewichtung dieser Parameter im Vergleich zu anderen Parametern, betreffen und die in einem bestimmten Bereich der Online-Benutzeroberfläche zur Verfügung gestellt werden, der von der Seite, auf der die Suchergebnisse angezeigt werden, unmittelbar und leicht zugänglich ist, als wesentlich. Dieser Absatz gilt nicht für Anbieter von Online-Suchmaschinen im Sinne von Artikel 2 Nummer 6 der Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates [i.e. die P2B-VO]“.

Gemäß Art. 3 Nr. 7. Modernisierungsrichtlinie wird eine Nummer 11a in den Anhang 1 der OG P-Richtlinie eingefügt. Er lautet:

„11a. Anzeige von Suchergebnissen aufgrund der Online-Suchanfrage eines Verbrauchers ohne dass etwaige bezahlte Werbung oder spezielle Zahlungen, die dazu dienen,

ein höheres Ranking der jeweiligen Produkte im Rahmen der Suchergebnisse zu erreichen, eindeutig offengelegt werden.“

Zweitens wird die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25 Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Verbraucherrechterichtlinie) unter anderem durch Einfügung eines neuen Artikel 6a betreffend Informationspflichten bei online-Marktplätzen geändert (Art. 4 Nr. 5 Modernisierungsrichtlinie).

Die Vorschrift lautet:

„Artikel 6a

Zusätzliche besondere Informationspflichten bei auf Online-Marktplätzen geschlossenen Verträgen

(1) Bevor ein Verbraucher durch einen Fernabsatzvertrag oder ein entsprechendes Vertragsangebot auf einem Online-Marktplatz gebunden ist, informiert der Anbieter des Online-Marktplatzes den Verbraucher, unbeschadet der Richtlinie 2005/29/EG, in klarer, verständlicher und in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise über Folgendes:

a) allgemeine Informationen, die die Hauptparameter zur Festlegung des Rankings der Angebote gemäß der Definition in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe m der Richtlinie 2005/29/EG, die dem Verbraucher als Ergebnis seiner Suchanfrage auf dem Online-Marktplatz präsentiert werden, sowie die relative Gewichtung dieser Parameter im Vergleich zu anderen Parametern betreffen und die in einem bestimmten Bereich der Online-Benutzeroberfläche zur Verfügung gestellt werden, der von der Seite, auf der die Angebote angezeigt werden, unmittelbar und leicht zugänglich ist

b) ob es sich bei dem Dritten, der die Waren, Dienstleistungen oder digitalen Inhalte anbietet, um einen Unternehmer handelt oder nicht, auf der Grundlage der Erklärung dieses Dritten gegenüber dem Anbieter des Online-Marktplatzes;

c) sofern der Dritte, der die Waren, Dienstleistungen oder digitalen Inhalte anbietet, kein Unternehmer ist, dass die im Verbraucherschutzrecht der Union verankerten Verbraucherrechte auf den Vertrag keine Anwendung finden;

d) gegebenenfalls wie die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen zwischen dem Dritten, der die Waren, Dienstleistungen oder digitalen Inhalte anbietet, und dem Anbieter des Online-Marktplatzes aufgeteilt werden, wobei diese Information die Verantwortung, die der Anbieter des Online-Marktplatzes oder der dritte Unternehmer in Bezug auf den Vertrag im Rahmen anderer Vorschriften des Unionsrechts oder des nationalen Rechts hat, nicht berührt.

(2) Unbeschadet der Richtlinie 2000/31/EG hindert dieser Artikel die Mitgliedstaaten nicht daran, zusätzliche Informationspflichten für Anbieter von Online-Marktplätzen vorzusehen. Diese Bestimmungen müssen verhältnismäßig, nicht diskriminierend und aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sein.“

III. Problemstellung

1. Wettbewerbsrechtliche, Verbraucherschutz- und medienrechtliche Intermediär-Transparenzregulierung als Konkurrenzproblem?

Mögliche Anwendungsbereichsüberschneidungen und daraus resultierende Konkurrenzprobleme der Intermediärregulierung im Medienstaatsvertrag mit den vorstehend aufgeführten Unionsrechtsakten sind bisher in der rechtlich informierten Diskussion nur sehr vereinzelt überhaupt thematisiert worden,¹ jedoch noch ohne Prüfung der damit aufgeworfenen unionsrechtlichen Rechtsfragen.

S. als erste Problemdiagnose *Cornils*, „Bisher kaum erörterte, interessante Abstimmungsprobleme können sich auch aus dem Nebeneinander der Transparenzpflichten einerseits in der Online-Vermittlungsdienste-VO (Art. 5 Abs. 2), andererseits im E-MedienStV (§ 53d) in Bezug auf Suchmaschinen ergeben. Diese Pflichten sind ähnlich, aber nicht identisch ausgestaltet und sie stehen in unterschiedlichen Interpretationskontexten (verschiedener grundrechtlicher Hintergrund, divergierende gerichtliche Auslegungskompetenzen), die allemal (selbst bei weitgehender Übereinstimmung im Text) zu einem divergierenden Verständnis führen können. Unabhängig davon ergibt sich jedenfalls die heikle Frage nach der Zulässigkeit von mitgliedstaatlichen Doppelregelungen im Überschneidungsbereich mit der unmittelbar anwendbaren Verordnungsregelung.“²

Cornils: „Furthermore, the intermediary regulation in the Media State Treaty, even if the drafters deny it, will have a considerable overlap with the P2BR insofar as the latter includes search engines. It is doubtful whether the different scopes of application of the two transparency rules as well as the admittedly different objectives (fairness in economic competition and safeguarding the diversity of opinion) can justify clearly overlapping, therefore, competing, and thus potentially contradictory legal requirements, which are all the more subject to different jurisdictions (of either the European or, exclusively, the domestic courts).“³

Die Entwurfsverfasser des Medienstaatsvertrages haben eine Überschneidung mit der P2B-Verordnung erwogen, allerdings mit dem Ergebnis, dass ein unionsrechtlich problematisches Konkurrenzverhältnis wegen der Unterschiedlichkeit der Regelungsziele und der Regelungsadressaten nicht vorliege:

„Eine Anpassung des Entwurfs an die Vorschriften der sog. P2B-Verordnung (Verordnung des EP und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten) ist nach Prüfung beider Regelungswerke (VO

¹ S. neben den nachstehend aufgeführten Anmerkungen des Verf. dieser Untersuchung noch *Liesem*, Neulandvermessung – Die Regulierung von Medienintermediären im neuen Medienstaatsvertrag, ZUM 2020, 377 (382: „Damoklesschwert eines möglichen verdrängenden Anwendungsvorrangs der P2B-VO“).

² *Cornils*, Inhaltekontrolle im Internet. Intermediärregulierung in der EU. Keynote zum Brüsseler Mediengespräch am 11.10.2018, publiziert www.medienpolitik.net v. 20.2.2019.

³ *Cornils*, Designing platform governance: A normative perspective on needs, strategies, and tools to regulate intermediaries, 16.5.2020, p. 76.

und MStV) nicht erforderlich. Beide Gesetze haben einen unterschiedlichen Adressatenkreis und zugleich einen anderen Regelungszweck. Während sich die VO an Geschäftskunden der Plattformen richtet, hat der MStV einen umfassenderen Ansatz. Zudem können die Länder aus Gründen der Vielfaltssicherung eigenständige Regelungen erlassen. Beide Regelungen können daher unbedenklich nebeneinander bestehen. In der Begründung könnten Klarstellungen aufgenommen werden zu Art und Umfang der Pflichten zur Erfüllung der Transparenzvorgaben. So erscheinen die Vorgaben jedenfalls nicht unverhältnismäßig (so stehen z.B. auch die Verpflichtungen aus TMG und Netz-DG nebeneinander).⁴

2. Insbesondere: Die Kommissions-Bemerkungen im Notifizierungsverfahren

Den nachdrücklichsten Anstoß dafür, der Konkurrenzfrage genauer nachzugehen, hat indes die EU-Kommission gegeben.

Im gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft vom 9. September 2015 hinsichtlich des Medienstaatsvertrages durchgeführten Notifizierungsverfahren hat die Kommission entsprechend Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie „Bemerkungen“ vorgebracht, die gemäß dieser Vorschrift vom Mitgliedstaat bei der „weiteren Ausarbeitung“ der Vorschriften „so weit wie möglich zu berücksichtigen“ sind.⁵

Neben anderen Bedenken enthalten diese Bemerkungen auch kritisches Vorbringen zum Verhältnis der Vorschriften über die Intermediärregulierung im Medienstaatsvertrag, insbesondere § 93 des notifizierten Entwurfs betreffend die Transparenzregelung, zur P2B-Verordnung und zur Richtlinie (EU) 2019/2161.

Die Kommission stellt fest, dass sich die Transparenzverpflichtung nach § 93 MStV mit den neuen EU-Vorschriften über die Ranking-Transparenz für Unternehmen „überschneidet“. Insbesondere gelte dies für Art. 5 der P2B-Verordnung. Die Kommission schließt daraus, dass die Mitgliedstaaten „nicht mehr befugt“ seien, „dieselben Angelegenheiten zu regeln“. Sie füge „der Vollständigkeit halber“ hinzu, „dass § 93 des notifizierten Entwurfs nicht nur hinsichtlich der verwendeten Sprache, sondern auch im Hinblick auf den Detaillierungsgrad der Informationen, welche die betreffenden Online-Plattformen offenlegen müssen, von der Bestimmung in Art. 5 der Verordnung abzuweichen scheint.“

Hinsichtlich der durch die Richtlinie (EU) 2019/2161 geänderten Verbraucherschutz-Richtlinien stellt die Kommission fest, dass die nun eingeführten spezifischen Anforderungen an die Ranking-Transparenz in den Beziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern für Online-Vermittler auch für Vermittler von Bedeutung sein würden, „die dem notifizierten Entwurf unterliegen, sofern sie Tätigkeiten ausüben, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken oder der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher fallen.“

⁴ Interne Anmerkung der Rundfunkreferenten zu § 53d MStV-E (Transparenz bei Medienintermediären), Stand: 09/2019.

⁵ Mitteilung 303 der Kommission - TRIS/(2020) 01530, Richtlinie (EU) 2015/1535. Notifizierung: 2020/0026/D.

Insoweit schließt die Bemerkung mit der Aufforderung an die deutschen Behörden „zu erläutern, ob sie den notifizierten Entwurf als Maßnahme zur Umsetzung oder (teilweisen) Umsetzung der genannten Vorschriften ansehen.“

In Zusammenhang lautet die das hier gegenständliche Konkurrenzproblem behandelnde Passage der Bemerkungen der Kommission wie folgt:

„Andere EU-Vorschriften zu bestimmten rechtlichen Aspekten der Tätigkeiten von Online-Plattformen

Die Kommission teilt mit den deutschen Behörden ihre Besorgnis über bestimmte Probleme, die mit dem notifizierten Entwurf gelöst werden sollen. Infolgedessen hat die EU kürzlich bestimmte EU-Vorschriften über Online-Plattformen erlassen, die zusätzlich anwendbar sein werden daher potenziell zu rechtlichen Überschneidungen führen könnten. Beispielsweise verlangt § 93 des notifizierten Entwurfs, dass Anbieter von Medienintermediären eine Art Online-Plattform die „zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache“ offenlegen müssen. Diese Verpflichtung überschneidet sich mit den neuen EU-Vorschriften über die Ranking-Transparenz für Unternehmen.

Diesbezüglich gilt insbesondere Artikel 5 der Verordnung (EU) 2019/1150 ab dem 12. Juli 2020. Daher sind die Mitgliedstaaten nicht mehr befugt, dieselben Angelegenheiten zu regeln. Der Vollständigkeit halber fügt die Kommission hinzu, dass § 93 des notifizierten Entwurfs nicht nur hinsichtlich der verwendeten Sprache, sondern auch im Hinblick auf den Detaillierungsgrad der Informationen, welche die betreffenden Online-Plattformen offenlegen müssen, von der Bestimmung in Artikel 5 der Verordnung abzuweichen scheint.

Darüber hinaus müssen Vermittler, die dieser Mediengesetzgebung unterliegen, möglicherweise künftig die neuen verbraucherrechtlichen Anforderungen der EU erfüllen, nämlich die Richtlinie (EU) 2019/2161, die bis zum 28. November 2021 in nationales Recht umgesetzt werden muss. Durch Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b, Artikel 3 Absatz 7 Buchstabe a und Artikel 4 Absatz 5 dieser Richtlinie werden spezifische Anforderungen an die Ranking-Transparenz in den Beziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern für Online-Vermittler eingeführt. Diese Anforderungen werden auch für Vermittler von Bedeutung sein, die dem notifizierten Entwurf unterliegen, sofern sie Tätigkeiten ausüben, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken oder der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher fallen.

Die deutschen Behörden werden gebeten zu erläutern, ob sie den notifizierten Entwurf als Maßnahme zur Umsetzung oder (teilweisen) Umsetzung der genannten Vorschriften ansehen.“

3. Rechtliche Einordnung der Kommissionsbemerkungen

Diese „Bemerkungen“ stellen keine unionsrechtlich definitiven oder verbindlichen Feststellungen zur (Un-)Vereinbarkeit der staatsvertraglichen Regelungen mit dem Unionsrecht dar. Wohl aber ist damit die Pflicht des notifizierenden Mitgliedstaats verbunden, die Bemerkungen zu berücksichtigen, auch um etwaigen Konkurrenz- oder Kollisionsproblemen abzuhelpfen. Die Kommission hat sich unter den in der Richtlinie über ein Informationsverfahren bereitgestellten Reaktionsmöglichkeiten im Hinblick auf modifizierte mitgliedstaatliche Rechtsakte für die Reaktionsart der *Bemerkungen* (Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie) entschieden. Mit den Bemerkungen

ist, anders als mit der Reaktionsart der ausführlichen Stellungnahme (Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie), keine Stillhaltefrist verbunden. Der Mitgliedstaat ist mithin nicht gehindert, die notifizierten Vorschriften in Geltung zu setzen.

Jedoch bedeutet dies keine Unbedenklichkeitserklärung auch nur in dem Sinne, dass durch die erbetene „Berücksichtigung der weiteren Ausführung der Vorschriften“, also etwa durch eine unionsrechtskonforme Anwendung der Vorschriften, ein Verstoß mit Unionsrecht vermieden werden könnte (keine Legalisierungswirkung⁶). Umgekehrt können die artikulierten Bedenken aber auch nicht als abschließendes Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit angesehen werden, dies schon deswegen nicht, weil sonst die Wahl der Reaktionsart der bloßen „Bemerkungen“ kaum nachvollziehbar wäre.

Die Äußerungen der Kommission sind vielmehr so zu verstehen, dass auf ein mutmaßliches Konkurrenzproblem zwischen den bezeichneten Unionsrechtsvorschriften und der Transparenzregelung im Medienstaatsvertrag hingewiesen wird, dem der Mitgliedstaat seine Aufmerksamkeit widmen muss, nicht aber, dass diese Regelung im Medienstaatsvertrag wegen der diagnostizierten Konkurrenz mit dem Unionsrecht keinesfalls Bestand haben kann.

Für die Konkurrenz mit den Richtlinienvorschriften ist dies ganz eindeutig, insofern die Kommission ihre Bemerkung mit der Frage schließt, ob der Medienstaatsvertrag insoweit als Umsetzung der Richtlinien begriffen werden könne. Hier wird also nicht einmal ein „Anfangsverdacht“ eines Unionsrechtsverstoßes geäußert, sondern nur um Klärung des Verhältnisses der mitgliedstaatlichen und der unionsrechtlichen Transparenzvorschriften gebeten.

Aber auch hinsichtlich des Verhältnisses zur P2B-Verordnung bleibt der vorläufige, nur auf ein *mögliches* Unvereinbarkeits-Problem hinweisende Charakter erkennbar: Bei dem Hinweis zu den Unterschieden hinsichtlich der Offenlegungspflichten tritt dies schon durch die Formulierung zutage, dass die Kommission nur von einer anscheinenden Abweichung spricht („von der Bestimmung in Artikel 5 der Verordnung abzuweichen scheint“). Der Satz „Daher sind die Mitgliedstaaten nicht mehr befugt, dieselben Angelegenheiten zu regeln.“ könnte hingegen auf den ersten Blick als abschließendes Urteil der Unionsrechtswidrigkeit erscheinen. Tatsächlich enthält der Satz aber nur die unionsrechtlich unzweifelhaft richtige und selbstverständliche Aussage, dass unmittelbar anwendbare Regelungen einer EU-Verordnung, soweit sie abschließend sind, keine mitgliedstaatliche Regelung desselben Gegenstandes dulden. Ob dies aber mit § 93 MStV geschieht, ob diese Vorschrift also „dieselben Angelegenheiten regelt“, ist damit keineswegs konstatiert, auch nicht dadurch, dass die Kommission zuvor eine „Überschneidung“ zwischen dieser Vorschrift und Art. 5 P2B-VO feststellt. Schon diese Überschneidungs-Feststellung als solche hat in der Gestalt einer „Bemerkung“ keinen rechtlich verbindlichen Charakter. Erst recht ist sie nicht gleichbedeutend mit einer Aussage, es würden durch die sich überschneidenden Vorschriften „dieselben Angelegenheiten“ geregelt und entstehe daraus also ein Vorranganspruch und eine Verdrängungswirkung der Verordnungsvorschrift.

Unter welchen Umständen ein paralleles Tätigwerden des unionalen Normsetzers und eines mitgliedstaatlichen Gesetzgebers zu einem Normkonflikt führt, der mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts aufgelöst werden muss, ist eine anspruchsvolle, mit der Kommissions-

⁶ *Holzner/Kalbhenn/Hartmann*, Stellungnahme zur schriftlichen Anhörung des Ausschusses für Kultur und Medien des Landtags Nordrhein-Westfalen zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland vom 12. Juni 2020, S. 17.

Bemerkung keineswegs beantwortete Frage. Wäre dem so, stünde der Unionsrechtsverstoß unzweifelhaft fest und könnte ihm auch nicht durch „Berücksichtigungs“-Maßnahmen des Mitgliedstaats abgeholfen werden. Ein solcher Schluss macht mit Blick auf den schwachen Reaktionsmodus der bloßen „Bemerkung“ keinen Sinn und ist auch durch die wenigen Sätze in der Kommissionsbemerkung, die gerade keine Feststellung enthalten, dass § 93 MStV eine durch den Vorrang der Verordnung gesperrte mitgliedstaatliche Regelung trifft, nicht nahegelegt.

4. Gutachtenfragen und Gang der Untersuchung

Ob in dem hier gegenständlichen Normen-Verhältnis eine Kollisionslage und daraus resultierende Sperrwirkungen des Unionsrechts oder Anpassungspflichten des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers (hier also der Staatsvertragsparteien und ihrer Parlamente) oder ggf. auch andere Reaktionspflichten (unionsrechtskonforme Auslegung und Anwendung des MStV?) folgen, ist also bisher ungeklärt. Diese im Auftrag der Landesmedienanstalten erstellte Stellungnahme soll dazu beitragen, Klarheit darüber zu gewinnen. Das Erkenntnisziel bezieht sich sowohl auf die Analyse rechtserheblicher Überschneidungslagen zwischen den genannten Unionsrechtsakten und der Intermediärregulierung im Medienstaatsvertrag als auch auf die Beurteilung der rechtlichen Konsequenzen aus etwaigen diagnostizierten Überschneidungen.

Die Landesmedienanstalten sind durch die beschriebene mitgliedstaatliche Berücksichtigungspflicht im Besonderen angesprochen, weil sie die den Medienintermediären auferlegten Pflichten zu überwachen haben und ihnen insoweit ein ausdrückliches Mandat zur untergesetzlichen Konkretisierung der einschlägigen Rechtsmaßstäbe – sowohl hinsichtlich der Transparenz als auch der Diskriminierungsfreiheit – übertragen ist (§ 96 MStV).

Die Analyse der möglicherweise in Konkurrenz stehenden Vorschriften, mithin ihres Anwendungsbereichs und Regelungsgegenstands sowie ihrer Regelungsziele, ist Voraussetzung für sich daran anschließende Überlegungen zu den Rechtsfolgen etwaiger Überschneidungen. Allerdings ist schon die Analyse nur sinnvoll möglich, wenn sie auf rechtlich informierter Grundlage geschieht, d. h. mit Blick auf die Grundsätze, die das Unionsrecht zum Verhältnis unionaler und mitgliedstaatlicher Rechtsakte vorgibt. Nur dann lassen sich unionsrechtlich erhebliche Normkonkurrenzen überhaupt identifizieren und bestimmen. Dass für die Beantwortung dieser Fragen Grundsätze des Unionsrechts maßgeblich sind (und nicht etwa solche des innerstaatlich-deutschen Rechts), ist unzweifelhaft, da es um eine mögliche Nichtanwendung oder Vorgaben für eine unionsrechtskonforme Anwendung der Vorschriften des Medienstaatsvertrags geht, die sich nur aus – unionsrechtlich bedingten – Rechtswirkungen der in Rede stehenden Unionsregelungen ergeben können.

Daraus ergibt sich sinnvollerweise folgender Untersuchungsaufbau: Zunächst sind in einem knapp gehaltenen ersten Teil die wesentlichen Grundsätze und Maßstäbe des Unionsrechts für die Ermittlung und Beurteilung von Normkonkurrenzen oder gar -kollisionen zwischen Vorschriften des Unions-Sekundärrechts und mitgliedstaatlichem Recht zu skizzieren (B.). Diese können sich sowohl aus den Kompetenzregeln des Primärrechts (kompetenzrechtliche Sperrwirkung) als auch aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts ergeben. Dafür ist selbstverständlich auch auf die unterschiedlichen Rechtsakte-Typen der Verordnung (mit Blick auf die P2B-Verordnung) und der Richtlinie (mit Blick auf die Modernisierungsrichtlinie) einzugehen.

Im zweiten Schritt – Hauptteil der Untersuchung – sind die möglicherweise konkurrierenden Vorschriften hinsichtlich ihrer Anwendungsbereiche und Regelungsgehalte auszuloten. Diese

Analyse kann, wie zu zeigen sein wird, nicht dabei stehen bleiben, etwaige Überschneidungsflächen in den Anwendungsbereichen zu identifizieren. Von erheblicher, möglicherweise entscheidender Bedeutung ist darüber hinaus die Beurteilung, ob und inwieweit die einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften abschließende Geltung beanspruchen, aus der sich dann eine Verdrängungswirkung hinsichtlich der Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts ergeben kann – oder ob diese Vorschriften abweichende oder ergänzende mitgliedstaatliche Regelungen im selben Anwendungsbereich zulassen (C.).

Die Ergebnisse der Untersuchung sind schließlich unter D. zusammengefasst.

B. Grundsätze und Maßstäbe des Unionsrechts zur Konkurrenz unions-sekundärrechtlicher Vorschriften mit mitgliedstaatlichem Recht

I. Kompetenzrechtliche Sperrwirkung und Anwendungsvorrang

1. Maßstabquellen für die Kollisionslösung

Mit dem Lissaboner Vertrag sind die Grundsätze des Unionsrechts über die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten neu geordnet worden (Art. 2-6 AEUV). Das Primärrecht stellt seitdem Kategorien und Regeln einer Kompetenzordnung bereit, aus denen sich unter anderem auch die Folgen eines mitgliedstaatlichen Verstoßes gegen diese Kompetenzordnung ergeben. So bestimmt Art. 2 Abs. 1 2. Halbsatz AEUV, dass die Mitgliedstaaten in einem Fall ausschließlicher Zuständigkeit der Union nur tätig werden dürfen, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden, oder um Rechtsakte der Union durchzuführen. Für den Fall der geteilten Zuständigkeit – in der Regelvariante konkurrierender Kompetenz (in Abgrenzung zu der zweiten Variante sog. paralleler Kompetenzen, die in Art. 4 Abs. 3 und 4 vorgesehen sind) – bestimmt Art. 2 Abs. 2 Satz 2, dass die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit wahrnehmen, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat. Sowohl für die ausschließlichen als auch für die konkurrierenden Zuständigkeiten der Union ordnet das Primärrecht mithin eine Sperrwirkung gegenüber mitgliedstaatlichem Recht an. Bei konkurrierenden Zuständigkeiten greift diese Sperrwirkung indes nur, wenn und soweit die Union von einer solchen Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat.

Diese sich aus den primärrechtlichen Kompetenzregeln ergebende Sperrwirkung entspricht mithin einer explizit im Unions-Primärrecht verankerten Vorrangregel. Sie kann von dem historisch älteren Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber kollidierenden mitgliedstaatlichen Regelungen, wie er schon in der frühen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entwickelt worden ist, unterschieden werden.⁷ Letzterer folgt zwar auch aus einem primärrechtlichen, wenngleich nicht explizit in den Verträgen niedergelegten Rechtsgrundsatz des Unionsrechts, setzt aber jedenfalls die Existenz konkret erlassener Vorschriften des Unionsrechts (auf primärrechtlicher oder sekundärrechtlicher Ebene) voraus, die als solche dann Vorrang gegenüber kollidierenden mitgliedstaatlichen Rechtsakten beanspruchen. Der Unterschied zwischen beiden Begründungen der Sperrwirkung wird besonders deutlich bei den ausschließlichen Kompetenzen der Union, die ein mitgliedstaatliches Tätigwerden schon dann sperren, wenn nicht durch Rechtsetzungsakte der Union von ihnen Gebrauch gemacht worden ist. Sie ist auch dem deutschen Bundes-Verfassungsrecht geläufig: So ergibt sich die Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit kompetenzwidriger Bundes- oder Landesgesetze schon aus Art. 30, 70 ff. GG, nicht erst aus Art. 31 GG (Bundesrecht bricht Landesrecht).

Für die hier zu klärende Frage nach den relevanten unionsrechtlichen Maßstäben für die Beurteilung von Normenkonkurrenzen zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht bedeutet dies, dass dogmatisch an sich zwei voneinander zu unterscheidende Gründe einer Sperrwirkung in Betracht kommen, die kompetenzrechtlich-primärrechtliche Sperrwirkung aus Art. 2 Abs. 1 und 2 AEUV und die (im hier zu beurteilenden Fall) an Sekundärrechtsakte anknüpfenden Wirkungen des Anwendungsvorrangs von Regelungen in Verordnungen und Richtlinien gemäß Art. 288 AEUV.

⁷ Instruktiv dazu *Bauerschmidt*, Die Sperrwirkung im Europarecht, EuR 2014, 277 ff.

2. Konsequenzen für das Verhältnis von Kompetenzordnung und Anwendungsvorrang

Allerdings besteht für die hier zu beurteilende Konkurrenzfrage aus praxisorientierter Perspektive keine Notwendigkeit, im weiteren Verlauf der Untersuchung zwischen diesen beiden Grundlagen einer Sperrwirkung zu unterscheiden: Beide in Rede stehenden unionsrechtlichen Rechtsakte (die P2B-VO und die Verbraucherschutz-ModernisierungsRL) stützen sich auf die Binnenmarkt-Harmonisierungskompetenz des Art. 114 AEUV, die ModernisierungsRL zudem auf Art. 169 AEUV (Verbraucherschutz). Bei diesen Kompetenzen handelt es sich, wie sich aus Art. 4 Abs. 1 und Absatz 2 Buchst. a und f) AEUV ergibt, um geteilte (konkurrierende) Zuständigkeiten. Für diese greift, wie dargelegt, die kompetenzrechtliche Vorrangregel des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 AEUV: Die Befugnis der Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen tätig zu werden, besteht – vergleichbar Art. 72 Abs. 1 GG hinsichtlich der konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenzen – nur, „sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat“.

Wohl allgemein anerkannt ist, dass ein Verstoß gegen diese Sperrwirkung nicht (anders als bei Art. 72 Abs.1 GG) zur Unwirksamkeit, vielmehr nur zur *Unanwendbarkeit* der entgegenstehenden mitgliedstaatlichen Regelung im Kollisionsfall führt.⁸ Auch die kompetenzrechtliche Vorrangregel des Unionsrechts beschränkt sich mithin auf einen *Anwendungsvorrang* und verzichtet auf die weitergehende Wirkung eines Geltungsvorrangs. Damit kommen beide Begründungen des Vorrangs des Unionrechts im Vorrangfall zu derselben Wirkung. Die Grundsätze und Regeln zum Anwendungsvorrang werden gewissermaßen in die Dogmatik der Kompetenzordnung von Union und Mitgliedstaaten integriert.

Auch die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verdrängungsfalls, der den Anwendungsvorrang auslöst, können im Fall der geteilten (konkurrierenden) Kompetenz als kongruent angenommen werden: Sowohl für den vom Regelungsgehalt der in Rede stehenden Richtlinien- oder Verordnungsvorschrift aus bestimmtem Anwendungsvorrang als Kollisionsregel als auch für die kompetenzrechtliche Sperrwirkung kommt es entscheidend darauf an, ob und inwiefern die unionsrechtliche Vorschrift abschließende Regelungswirkung beansprucht.

S. für die sekundärrechtliche (indes auch im Primärrecht verankerte) Sperrwirkung kraft Anwendungsvorrangs z.B. *Öhlinger/Potacs*: „Durch den Vorrang von Unionsrecht wird innerstaatliches Recht auch nur soweit zurückgedrängt, wie es die unionsrechtlichen Anforderungen verlangen“;⁹ *Epiney*: „Die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter Sekundärrechtsakt die konkret zur Debatte stehende nationale Regelung als abschließend anzusehen ist, kann mitunter Schwierigkeiten aufwerfen, insbesondere wenn es um nicht ausdrücklich in einem Sekundärrechtsakt aufgeführte Elemente geht. Maßgeblich ist hier letztlich die Auslegung des Sekundärrechts, die in jedem Einzelfall vorzunehmen ist.“¹⁰

S. für die kompetenzrechtliche Sperrwirkung zB. *Pelka*: „Daher ist in jedem Einzelfall anhand einer Analyse des erlassenen Sekundärrechtsakts zu ermitteln, in welchem Umfang die Union durch den Erlass eines Rechtsaktes von einer ihr zustehenden geteilten Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Es ist also festzustellen, in welchem Umfang das

⁸ *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 2 AEUV Rn. 29. *Pelka*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 2 AEUV Rn. 19; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 2 AEUV Rn. 11; *Bauerschmidt*, EuR 2014, 277 (289).

⁹ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich, 6. Aufl. 2017, S. 91 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des österreichischen VwGH.

¹⁰ *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2013, S. 176.

Handeln der Union eine Sperrwirkung gegenüber den Mitgliedstaaten entfaltet. Daraus lässt sich sodann ableiten, welche (Rest-) Zuständigkeit bei den Mitgliedstaaten verblieben ist.“¹¹

3. Bedeutung der Kompetenzreichweite für die Ermittlung des Regelungsanspruchs und der Sperrwirkung

Diese Kongruenz ist rechtlich auch zwingend: Der Anwendungsvorrang einer Verordnungs- oder Richtlinienvorschrift muss den kompetenzrechtlichen (verbleibenden) Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten respektieren und kann nicht abweichend weitergehend konzipiert werden. Soweit die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 Abs. 2 AEUV mithin befugt bleiben, eigene Vorschriften zu erlassen, kann diesen nicht ein weiter ausgelegter Anwendungsvorrang einer sekundärrechtlichen Vorschrift entgegengehalten werden. Insoweit kommt auch für die Beurteilung, ob und inwieweit ein verdrängender Anwendungsvorrang reicht, dem Protokoll Nr. 25 zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend die Ausübung der geteilten Zuständigkeit Bedeutung zu. In diesem Protokoll heißt es:

„Ist die Union in einem bestimmten Bereich im Sinne des Artikels 2 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend die geteilte Zuständigkeit tätig geworden, so erstreckt sich die Ausübung der Zuständigkeiten nur auf die durch den entsprechenden Rechtsakte der Union geregelten Elemente und nicht auf den gesamten Bereich.“

Darin liegt durchaus eine wichtige, die Reichweite einer ausgeübten geteilten Konkurrenz begrenzende Wirkung, die so verstanden werden kann, dass eine kompetentielle „Besetzung“ eines ganzen Sachbereichs im Bereich geteilter Kompetenzen nicht schon deswegen angenommen werden kann, weil die Union überhaupt auf diesem Gebiet tätig geworden ist. Vielmehr ist immer „eine inhaltliche Analyse des Sekundärrechtsakts erforderlich, um die Reichweite der primärrechtlichen Sperrwirkung zu ermitteln“.¹² Dies schließt bekanntlich Vollharmonisierungen bzw. -vereinheitlichungen bestimmter Regelungsgegenstände durch Richtlinien oder Verordnungen nicht aus; jedoch kann dieser abschließende Regelungsanspruch immer nur so weit reichen, wie er sich aus den in Rede stehenden Bestimmungen ergibt.

Die von der Union für einen Rechtsakt in Anspruch genommene Kompetenz kann darüber hinaus auch inhaltlich Hinweise darauf geben, wie weit ein abschließender Regelungsanspruch erhoben wird. Wie noch zu zeigen sein wird, kommt es für die Analyse dieses Regelungsanspruchs und damit der Sperrwirkung auch auf die Ziele der Unionsregelung an und also darauf, ob die in Rede stehende mitgliedstaatliche Konkurrenz-Regelung geeignet ist, die Erreichung dieser Ziele zu gefährden oder gar zu vereiteln.¹³ Verfolgt die mitgliedstaatliche Regelung unter Inanspruchnahme einer dafür den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenz andere Ziele als der z.B. auf eine Binnenmarktkompetenz gestützte Unionsrechtsakt und beeinträchtigt sie die Wirksamkeit der Binnenmarkt-Harmonisierung nicht oder zumindest nicht in erheblicher Weise, so kann dies durchaus dafür sprechen, insoweit keinen exklusiven Regelungsanspruch des Unions-Rechtsakts anzunehmen. Darauf wird zurückzukommen sein.

¹¹ Pelka, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 2 AEUV Rn. 15.

¹² Bauerschmidt, EuR 2014, 277 (286).

¹³ S. eingehend Furrer, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, 1994, S. 114 ff.

Die Kompetenzfrage als solche ist im Übrigen nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Diese geht vielmehr davon aus und legt zugrunde, dass der Europäischen Union die für die in Rede stehenden Rechtsakte erforderlichen und in Anspruch genommenen Rechtsetzungskompetenzen auch zustehen und dass sie diese Vorschriften daher kompetenzgemäß erlassen hat.

4. Fazit

Sowohl die kompetenzrechtliche Perspektive auf die Sperrwirkung von Sekundärrecht als auch diejenigen des Anwendungsvorrangs als Kollisionsregel führen zusammengefasst gleichermaßen zu der Prüfungsanordnung, dass zunächst der Regelungsgehalt, insbesondere der abschließende Regelungsanspruch und dessen Reichweite der unionsrechtlichen Vorschrift im Verhältnis zu mitgliedstaatlichem Recht sorgfältig zu analysieren und sodann die daraus resultierenden Wirkungen des Anwendungsvorrangs (Verdrängung, ggf. unionsrechtskonforme Auslegung zur Vermeidung der Verdrängung, ggf. Anpassungspflichten) zu bestimmen sind.

II. Anwendungsvorrang im weiten und im engen Sinn

Ist die hier zu untersuchende Sperrwirkung sekundärrechtlicher Vorschriften des Unionsrechts, die darin besteht, dass es den Mitgliedstaaten und ihren Organen versagt ist, ihr jeweiliges sekundärrechtswidriges nationales Recht anzuwenden, die (hauptsächliche) Wirkweise des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts,¹⁴ so sind im Folgenden knapp die dazu entwickelten Grundsätze darzulegen. Die Darstellung kann sich knapp fassen, weil der Anwendungsvorrang, unbeschadet immer noch bestehender Meinungsverschiedenheiten, grundsätzlich anerkannt ist und jene Differenzen für die hier zu erörternde Frage keine entscheidende Bedeutung haben.

Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts ist vom Europäischen Gerichtshof in Rechtsfortbildung aus dem „Wortlaut und Geist des Vertrages“, aus dem Wesen des „aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Rechts“ der Gemeinschaft hergeleitet,¹⁵ in der Folge (grundsätzlich¹⁶) in den Mitgliedstaaten anerkannt,¹⁷ allerdings nur in der Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon, nicht hingegen explizit in den Verträgen, verankert worden. Er wirkt gegenüber sämtlichem mitgliedstaatlichem Recht, ungeachtet seiner Rangstufe.¹⁸

1. Der Anwendungsvorrang im engen Sinn

Der Anwendungsvorrang im engen Sinn ist eine Kollisionsregel,¹⁹ derzufolge entgegenstehendes, d. h. in den Rechtsfolgen nicht mit der in Rede stehenden Unionsrechtsvorschrift vereinbares mitgliedstaatliches Recht im Kollisionsfall (und darauf begrenzt) unanwendbar ist, ohne

¹⁴ *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 39; *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013, S. 123.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 3.6.1964, Rs. 6/64 – *Costa/ENEL*; s. zur impliziten Anerkennung des Anwendungsvorrangs schon in EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62 – *Van Gend & Loos* *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 44 ff.; *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 35.

¹⁶ S. zu den verfassungsrechtlichen Grenzen nach dem Grundgesetz zuletzt BVerfG, Urt. v. 5.5.2020, 2 BvR 859/15 u.a. – PSPP, Rn. 105 ff.; *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 23 Rn. 43 ff.

¹⁷ BVerfGE 126, 296 (303); 140, 317, Rn. 38.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70 – *Internationale Handelsgesellschaft*, Rn. 3; *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 49 ff.

¹⁹ *Funke*, DÖV 2007, 733 (738); *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 44, 94 ff.

seine Geltung infrage zu stellen (keine Nichtigkeitsfolge).²⁰ Die Sperrwirkung führt auch dazu, dass später in Geltung gesetztes mitgliedstaatliches Recht, das mit Unionsrechtsvorschriften kollidiert, von vornherein in der Kollisionslage nicht anwendbar ist; die *lex posterior*-Regel wird also durch den Anwendungsvorrang überspielt.²¹

Der Anwendungsvorrang im engen Sinn setzt die unmittelbare Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Regelung im mitgliedstaatlichen Rechtskreis voraus.²² Unmittelbar anwendbar sind Regelungen des Unionsrechts nur, wenn sie hinreichend bestimmt und unbedingte sind, daher ohne mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt befolgt werden können²³ (Anwendungseignetheit).

Diese Eigenschaft ist nicht gleichbedeutend mit der Verleihung subjektiver Rechte, auf die sich Einzelne berufen können, kann vielmehr auch bei hinreichend eindeutigen objektiven Verpflichtungsgehalten einer Regelung gegeben sein. Unmittelbar anwendbar und daher Sperrwirkung entfaltend kann daher auch allein das unionsrechtliche Verbot sein, mit staatlichem Recht eine bestimmte Regelung noch zu treffen (Ausschlusswirkung)²⁴, ohne dass damit eine Ersetzung der verdrängten mitgliedstaatlichen Regelung durch eine substantielle Unionsregelung einherginge. Der Anwendungsvorrang und damit die Sperrwirkung des Unionsrechts setzen also nicht notwendig voraus, dass an die Stelle des kollidierenden mitgliedstaatlichen Rechts eine positive Regelung des Sachverhalts durch den Unionsrechtsakt tritt; sie können sich auch in der Sperrwirkung, insoweit mitgliedstaatlich nicht mehr tätig zu werden, erschöpfen.²⁵

2. Anwendungsvorrang im weiten Sinn

Neben dem Anwendungsvorrang im engen Sinn, der die unmittelbare Anwendbarkeit der Unionsrechtsvorschrift voraussetzt, kann von einem Anwendungsvorrang im weiten Sinn gesprochen werden, der auch nicht unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Unionsrechts zukommt, insbesondere also Richtlinienbestimmungen, die auf Umsetzung in das mitgliedstaatliche Recht durch eine Durchführungsgesetzgebung angelegt sind, aber auch Bestimmungen in Verordnungen, denen die Anwendungseignung fehlt (also die Unbedingtheit und hinreichende Bestimmtheit).²⁶ Der Anwendungsvorrang im weiten Sinn meint damit diejenigen Bindungswirkungen unionaler Rechtsvorschriften für mitgliedstaatliche Normadressaten, die über die an die unmittelbare Anwendbarkeit gekoppelte und dieser vorbehaltenen Verdrängungswirkung hinausgehen. Dies betrifft insbesondere die die Rechtsanwender in den Mitgliedstaaten (also nicht nur diese als umsetzungspflichtigen Verband) bindende Maßstabwirkung der Richtlinie, die sich vor allem in der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung mitgliedstaatlicher Vorschriften

²⁰ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV Rn. 18.

²¹ EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. 106/77 – Simmenthal II, Rn. 17/18.

²² Kruis, Anwendungsvorrang, S. 109 ff.

²³ St. Rspr. des EuGH, s. nur Urt. v. 14.7.1994, C-91/92 – Faccini Dori, Rn. 12 ff., näher und mit weiteren Nachweisen Cornils, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 1995, S. 27 ff.

²⁴ S. dazu Kruis, Anwendungsvorrang, S. 117 ff.

²⁵ Jarass/Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1 (3: „Nicht notwendig ist, worauf unzureichend hingewiesen wird, dass die kollidierende EG-Norm einen Sachverhalt positiv regelt. Auch wo ein EG-Rechtsakt bestimmte Inhalte eines nationalen Rechtsakts oder den Erlass des Rechtsakts als solchen verbietet, liegt eine direkte Kollision vor, wenn der Inhalt des nationalen Rechtsakts oder dessen Erlass gegen das EG-rechtliche Verbot verstößt.“, S. 4 f: „Der Anwendungsvorrang greift somit grundsätzlich auch dann, wenn es kein subsumtionsfähiges EG-Recht gibt, dass unmittelbar angewendet werden könnte, wenn keine EG-Rechtsbestimmung eine positive und eindeutige Aussage darüber trifft, was statt der unanwendbar nationalen Bestimmung gelten soll.“

²⁶ Jarass/Beljin, NVwZ 2004, 1 (2 und passim).

niederschlägt.²⁷ Auch die sogenannte Vorwirkung von Richtlinien („Frustrationsverbot“), die den Mitgliedstaat schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie daran hindert, nationales Recht zu erlassen, das dieser Umsetzungspflicht zuwiderläuft und die rechtzeitige Umsetzung zu vereiteln droht,²⁸ lässt sich dieser Kategorie zuordnen, desgleichen die Haftung aus dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch, die nicht die unmittelbare Anwendbarkeit der verletzen Unionsrechtsvorschrift voraussetzt.²⁹

Der Anwendungsvorrang im weiten und damit natürlich auch im engen Sinn ist von allen Normanwendern in den Mitgliedstaaten, die zur rechtlichen Entscheidung über Sachverhalte berufen sind, die in den Anwendungsbereich der Unionsrechtsvorschrift fallen, zu beachten, also von Normsetzern (gleich welcher Stufe), Gerichten, aber auch Verwaltungsbehörden bei der Einzelfallanwendung. Greift der Anwendungsvorrang im engen Sinn mit seiner Sperrwirkung, sind daher auch Verwaltungsbehörden zur Nichtanwendung der gesperrten mitgliedstaatlichen Norm verpflichtet; ein Normverwerfungsmonopol der Justiz oder eines Verfassungsgerichts darf von Unionsrechts wegen nicht vorgesehen werden.³⁰

Bestehen in gerichtlich ausgetragenen Rechtsstreitigkeiten Unklarheiten über den Regelungsgehalt einer Vorschrift des Unionsrechts, etwa einer Verordnungs- oder Richtlinienbestimmung, und damit auch über die Frage, ob und mit welcher Reichweite die Vorschrift Anwendungsvorrang gegenüber mitgliedstaatlichem Recht beansprucht, sind die Gerichte zur Vorlage an den Gerichtshof berechtigt, letztinstanzliche Gerichte zur Vorlage verpflichtet (Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV). Von der Vorlage darf das letztinstanzliche Gericht nur absehen, wenn jene Frage – Anwendungsvorrang in einer bestimmten Konkurrenzsituation ja oder nein – entweder ohne weiteres unzweifelhaft eindeutig zu beantworten ist (*acte clair*) oder in der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs bereits geklärt worden ist (*acte éclairé*).³¹ Für die Annahme einer derartigen aus sich heraus bereits klaren Rechtslage, die keine Anrufung des Gerichtshofs erfordert, gilt ein strenger Maßstab.³²

III. Anwendungsvorrang von Verordnungen und von Richtlinien

Bei den in dieser Untersuchung auf ihren Anwendungsvorrang hin zu analysierenden Vorschriften des Unionsrechts handelt es sich um solche sowohl einer Verordnung im Sinne des Art. 288 Abs. 2 AEUV (P2B-Verordnung) als auch einer Richtlinie in Änderung schon bestehender Richtlinien, Art. 288 Abs. 3 AEUV (Verbraucherschutz-Modernisierungs-Richtlinie). Schon die Kommissions-Bemerkungen im Notifizierungsverfahren lassen den unterschiedlichen rechtlichen Wirkmodus der beiden Rechtsakte-Kategorien für das normative Sekundärrecht der Union deutlich werden: Während hinsichtlich der P2B-Verordnung auf eine mögliche Sperr-

²⁷ S. zu den Richtlinienwirkungen im Überblick *Von Danwitz*, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, 697 ff.; zum Gebot richtlinienkonformer Auslegung EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – Von Colson und Kamann, Rn. 26.

²⁸ EuGH, Urt. v. 18.12.1997, C-129/96 – Inter-Environnement Wallonie, Rn. 44 f.

²⁹ EuGH, Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 – Francovich, Rn.- 10 ff.; eingehend dazu *Cornils*, Staatshaftungsanspruch, S. 27 ff.

³⁰ EuGH, Urt. v. 22.6.1989, Rs. 108/88 – Fratelli Costanzo, Rn. 28 ff.; näher dazu *Cornils*, Staatshaftungsanspruch, S. 79 ff.

³¹ EuGH, Urt. v. 6.10.1982, Rs. 283/81 – C.I.L.F.I.T., Rn. 13 ff.; *Schwarze/Wunderlich*, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV Art. 267 Rn. 47 f.; aus verfassungsrechtlicher Sicht (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) BVerfGE 135, 155; 147, 364.

³² *Schwarze/Wunderlich*, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV Art. 267 Rn. 48: „lange Zeit eine sehr restriktive Linie“, s. ebd aber auch zu Lockerungen in der jüngsten Rspr. des EuGH,

oder Verdrängungswirkung gegenüber den Bestimmungen des Medienstaatsvertrages zur Transparenzregulierung von Medienintermediären hingewiesen wird, stellt sich aus Sicht der Kommission hinsichtlich der geänderten Verbraucherschutzrichtlinien die Frage, ob die Transparenzregulierung im Medienstaatsvertrag insoweit als mitgliedstaatliche Umsetzung jener Richtlinienbestimmungen zu verstehen sei. Vor diesem Hintergrund sind hier – wiederum in Beschränkung auf das Notwendige – die Besonderheiten und die daraus sich ergebenden Unterschiede zwischen den Rechtsaktformen der Verordnung und der Richtlinie in ihrer Bedeutung für die mitgliedstaatliche Bindung zu skizzieren. Diese Darstellung kann an die vorstehend schon herausgearbeitete Unterscheidung zwischen dem Anwendungsvorrang im engen und im weiten Sinn anschließen.

1. Verordnung: Durchgriffs- und Sperrwirkung

Die Verordnung ist im Schrifttum als die Standardform rechtlichen Handelns der Union apostrophiert worden.³³ Sie hat „allgemeine Geltung“, ist „in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Während das Merkmal der allgemeinen Geltung den normativen Charakter der Verordnung in Abgrenzung zu den Einzelfallentscheidungen (Beschlüsse, Art. 288 Abs. 4 AEUV) beschreibt, grenzt die Eigenschaft der Gesamtverbindlichkeit die Verordnung von der Richtlinie ab. Während letztere gestufte Verbindlichkeit entfaltet und daher (grundsätzlich) auf die Umsetzung in mitgliedstaatliches Recht angelegt ist, bedürfen die Bestimmungen der Verordnung – grundsätzlich, vorbehaltlich von auch in Verordnungen möglichen Konkretisierungsaufträgen an die Mitgliedstaaten – keiner Umsetzung in innerstaatliches Recht (Durchgriffswirkung).³⁴ Soweit keine konkretisierende Durchführung einer Verordnung in dieser zugelassen oder gefordert ist, besteht sogar ein Umsetzungsverbot und grundsätzlich auch ein Verbot bloßer Normwiederholung, um jeden Zweifel hinsichtlich des unionsrechtlichen Charakters des durch die Verordnung geregelten Rechts auszuschließen.³⁵ Die unmittelbare Geltung ist hingegen kein Spezifikum der Verordnung, gilt vielmehr für alle Rechtsakt-Formen des Unionsrechts als Kennzeichen ihrer supranationalen Wirkung.³⁶ Auch die Richtlinie (s.u.) gilt daher unmittelbar in den Mitgliedstaaten und anders als völkerrechtliche Verpflichtungen nicht nur gegenüber den Mitgliedstaaten, wenngleich grundsätzlich nur mit den dem Anwendungsvorrang im weiten Sinn zuzuordnenden Bindungswirkungen.

Von der unmittelbaren Geltung zu unterscheiden ist die unmittelbare Anwendbarkeit.³⁷ Die unmittelbare Anwendbarkeit auch von Ordnungsbestimmungen durch Gerichte und Verwaltungsbehörden hängt von ihrer Anwendungsseignung, also ihrer hinreichenden Bestimmtheit

³³ v. *Bogdandy/Bast/Arndt*, Handlungsformen im Unionsrecht, ZaöRV 62 (2002), 77 (90 ff.); *Schroeder*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 38.

³⁴ S. nur EuGH, Urt. v. 30.11.1978, Rs. 31/78 – *Bussone*, Rn. 28/33: „Sie [i.e. die Verordnung, M.C.] erzeugt somit schon nach ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion im Rechtsquellensystem des Gemeinschaftsrechts unmittelbare Wirkungen. Die unmittelbare Geltung setzt voraus, daß die Verordnung in Kraft tritt und zugunsten oder zu Lasten der Rechtssubjekte Anwendung findet, ohne daß es irgendwelcher Maßnahmen zur Umwandlung in nationales Recht bedarf. Die sorgfältige Beachtung dieser Verpflichtung verbietet die Anwendung jeder — auch späteren — Rechtsvorschrift, die mit den Bestimmungen dieser Verordnungen unvereinbar ist.“

³⁵ *Schroeder*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 43, 49; *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht, S. 70.

³⁶ *König/Kleinlein*, in: *Schulze/Janssen/Kadelbach*, Europarecht, § 2 Rn. 57; *Schroeder*, in: *Streinz*, Art. 288 Rn. 36, 43.

³⁷ *Klein*, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht, 1988, S. 9 ff.

und Unbedingtheit ab. Der typusprägenden Leitidee der Verordnung entsprechend sind Verordnungsbestimmungen in den Mitgliedstaaten regelmäßig ohne ergänzendes oder konkretisierendes mitgliedstaatliches Recht aus sich heraus anwendbar.³⁸ Allerdings ist dies keineswegs immer der Fall, wie insbesondere die richtlinienähnlichen Grundverordnungen zeigen, für die Konkretisierungsermächtigungen und Öffnungsklauseln hinsichtlich mitgliedstaatlicher Ergänzungsregelungen kennzeichnend sind. Soweit eine Verordnung keine „vollständigen Regelungen“ enthält, diesen also die Anwendungseignung fehlt, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, durch entsprechende ergänzende Rechtssetzung die Anwendung der Verordnung zu gewährleisten.³⁹ Auch Verordnungsnormen können also, wenn auch als Abweichung von der Regel, normativ durchführungsbedürftig sein, insoweit dann vergleichbar den Richtlinien. Wie schon gezeigt, ist die unmittelbare Anwendbarkeit, die immer für die jeweils in Rede stehende Einzelbestimmung zu beurteilen ist, nicht für einen Rechtssetzungsakt in toto, Voraussetzung des verdrängenden Anwendungsvorrangs (im engen Sinn), also der Sperrwirkung im Hinblick auf entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht.

Schaltet diese Sperrwirkung die Anwendbarkeit kollidierenden mitgliedstaatlichen Rechts ohnehin aus, auch soweit dieses besteht und fortgilt (s. o.: keine Normvernichtung),⁴⁰ folgen aus dem Anwendungsvorrang der Verordnung darüber hinaus und gleichwohl Anpassungspflichten des Mitgliedstaats im Hinblick auf seine entgegenstehenden Rechtsvorschriften; diese können mithin im Regelfall nicht einfach unverändert bestehen bleiben.⁴¹ Vielmehr ist der Mitgliedstaat als Konsequenz aus dem Umsetzungsverbot verpflichtet, nationale Rechtsvorschriften in Bezug auf Sachverhalte, hinsichtlich derer die Verordnung ihrem Inhalt nach einen abschließenden Regelungsanspruch erhebt, aufzuheben oder so abzuändern, dass die Doppelregelung beendet wird.⁴² Auch die Anpassungspflicht (als Ausprägung des Umsetzungsverbots) basiert einerseits auf dem Gedanken der Rechtssicherheit – die Rechtsanwender müssen zweifelsfrei erkennen können, welches Recht aus welcher Rechtsquelle anzuwenden ist –, andererseits auf dem Prinzip praktischer Wirksamkeit des Unionsrechts:⁴³ Die „konkurrenzlose“ Anwendbarkeit des

³⁸ Klein, Unmittelbare Geltung, S. 10 f.

³⁹ EuGH, Rs 39/70 – Fleischkontor, Rn. 4, Rs. C-132/05 – Kommission vs. Deutschland, Rn. 68; Öhlinger/Potacs, S. 71.

⁴⁰ EuGH, Urt. vom 9.02.2017, C-283/16, M. S. gegen P. S., Rn. 50: „Jedenfalls ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewandt lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste.“

⁴¹ König/Kleinlein, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 2 Rn. 43.

⁴² EuGH, Urt. v. 26.4.1988, Rs. 74/86 – Kommission/Deutschland, Rn. 11: „Daraus ergibt sich, daß die Bundesrepublik Deutschland nicht nur die Verpflichtung hatte, keine gegen die Gemeinschaftsbestimmungen verstoßenden Regelungen in ihre Rechtsvorschriften einzufügen, sondern auch die, solche Regelungen als bald nach ihrem Erlaß wieder abzuschaffen.“

⁴³ EuGH, Urt. v. 7.2.1973, Rs. 39/72 – Kommission/Italien, Rn. 17; Urt. v. 10.10.1973, Rs. 34/73 – Variola, Rn. 11 („Insbesondere dürfen die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, die Zuständigkeit des Gerichtshofs zur Entscheidung über Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts oder der Gültigkeit der von den Organen der Gemeinschaft vorgenommenen Handlungen zu beschneiden. Infolgedessen sind Praktiken unzulässig, durch die die Normadressaten über den Gemeinschaftscharakter einer Rechtsnorm im Unklaren gelassen werden.“); Urt. v. 31.1.1978, Rs. 94/77 – Zerbone, Rn. 22/27 („Folglich dürfen die Mitgliedstaaten keine Handlungen vornehmen, durch die die gemeinschaftliche Natur einer Rechtsvorschrift und die sich daraus ergebenden Wirkungen den einzelnen verborgen würden, noch dürfen sie die Vornahme einer solchen Handlung, innerstaatlichen Körperschaften mit Rechtsetzungsmacht gestatten. Wenn auch eine einzelstaatliche Verwaltung im Falle von Auslegungsschwierigkeiten sich veranlaßt sehen kann, Maßnahmen zur Durchführung einer Gemeinschaftsverordnung zu ergreifen und bei dieser Gelegenheit entstandene Zweifel zu beheben, so ist sie dazu doch nur unter

Unionsrechts gewährleistet eher, dass auf den zu entscheidenden Fall auch nur unionsrechtliche Maßstäbe (etwa Unionsgrundrechte) unter der Kontrolle der EU-Gerichte (Vorabentscheidungsverfahren, Art. 267 AEUV) zur Anwendung kommen, während bei einem Nebeneinander von unionalem Verordnungsrecht und mitgliedstaatlichen Vorschriften eher eine Verkennung der insoweit bestehenden unionsrechtlichen Bindungen durch den Normanwender droht.

Für die Anpassung gilt grundsätzlich das Prinzip der Ranggleichheit:⁴⁴ Die Anpassung muss auf derjenigen Rangstufe in der Hierarchie der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung geschehen, auf der der mit der EU-Verordnung unvereinbare Rechtsakt angesiedelt ist. Entgegenstehende Parlamentsgesetze können mithin grundsätzlich nicht durch bloße Änderung einer Verwaltungspraxis angepasst werden.

2. Richtlinie: Umsetzungspflicht nach unionsrechtlichem Maßstab

Die Richtlinie ist gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel (gestufte Verbindlichkeit). Sie ist also die Rechtsaktform in einem Verfahren einer zweistufigen Rechtsetzung. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zu fristgemäßer und zielkonformer Umsetzung innerhalb der in der Richtlinie gesetzten Umsetzungsfrist. Die Umsetzung muss normativ geschehen, aus unionsrechtlicher Sicht aber nicht zwingend durch Parlamentsgesetz (kein Parlamentsvorbehalt); auch untergesetzliche Normen genügen dem Rechtsnormenvorbehalt; eine bloße Verwaltungspraxis reicht hingegen nicht aus.

Ist nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich, wenn auch nur im Ausnahmefall, auch denkbar, dass schon eine bestehende mitgliedstaatliche Rechtslage der Umsetzungspflicht vollständig genügt, so dass eine spezifisch durch die Richtlinie veranlasste Umsetzung entbehrlich ist, scheidet diese Möglichkeit jedenfalls dann aus, wenn die Richtlinie ausdrücklich eine Bezugnahme des mitgliedstaatlichen Umsetzungsakts auf die Richtlinie verlangt – was in allen Richtlinien seit 1990 der Fall ist, so auch in der hier gegenständlichen Verbraucherschutz-Modernisierungsrichtlinie (vgl. Art. 7 Abs. 1 Satz 3: „Bei Erlass dieser Maßnahmen nehmen die Mitgliedstaaten in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten dieser Bezugnahme.“). Eine Umsetzung durch schlichte Aufrechterhaltung der bestehenden Rechtslage ist demnach praktisch nicht mehr möglich.⁴⁵

Für die im Hinblick auf den MStV gestellte Frage, ob dieser (auch) eine Umsetzung der Transparenzbestimmungen in der geänderten Verbraucherschutzrichtlinien darstellt, ist diese Bezugnahmepflicht offenkundig von Bedeutung: Sollte dem MStV tatsächlich die Bedeutung einer Umsetzung auch der Verbraucherschutz-Modernisierungsrichtlinie zugemessen werden,

Beachtung der Gemeinschaftsbestimmungen berechtigt, ohne daß die einzelstaatlichen Behörden Auslegungsregeln mit bindender Wirkung erlassen könnten.“); Urt. v. 26.4.1988, Rs. 74/86 – Kommission/Deutschland, Rn. 10 f.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 15.10.1986, Rs. 168/85 – Kommission/Italien, Rn. 13: „Die Unvereinbarkeit von nationalem Recht mit dem EWG-Vertrag läßt sich, auch soweit dieser unmittelbar anwendbar ist, letztlich nur mit Hilfe verbindlichen innerstaatlichen Rechts ausräumen, das denselben rechtlichen Rang hat wie die zu ändernden Bestimmungen.“; Urt. v. 13.7.2000, C-160/99 – Kommission/Frankreich, Rn. 23.

⁴⁵ König/Kleinlein, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 2 Rn. 51; Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, AEUV Art. 288 Rn. 77.

müsste dies jedenfalls (und spätestens) Zuge der amtlichen Veröffentlichung kundgemacht werden.

Nicht mit der Richtlinie konformes und auch nicht richtlinienkonform auslegbares (s. u.) mitgliedstaatliches Recht, insbesondere (aber nicht nur) auch solches, das im Versuch der Richtlinienumsetzung erlassen worden ist, verstößt gegen die primärrechtliche Umsetzungspflicht des Art. 288 Abs. 3 AEUV in Verbindung mit dem Umsetzungsbefehl aus der Richtlinie. Der Unionsrechtsverstoß kann im Vertragsverletzungsverfahren gegen den Mitgliedstaat geltend gemacht (Art. 258 ff. AEUV) oder auch im Vorabentscheidungsverfahren, wengleich hier nur indirekt – Gegenstand der Vorabentscheidung ist nicht nationales Recht – festgestellt werden (Art. 267 AEUV).⁴⁶ Die Unanwendbarkeit des mit der Richtlinie unvereinbaren mitgliedstaatlichen Rechts folgt daraus allerdings nur in dem Fall ausnahmsweiser unmittelbarer Anwendbarkeit der in Rede stehenden Richtlinienbestimmung (s. u.). Nur dann und insoweit entfaltet auch eine Richtlinie, wie unmittelbar anwendbare Vorschriften einer Unions-Verordnung, Anwendungsvorrang im engen Sinn mit dessen Sperrwirkung.

Schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist greift die schon angesprochene Vorwirkung der Richtlinie als Ausprägung ihres Anwendungsvorrangs im weiten Sinn. Die Mitgliedstaaten sind danach verpflichtet, alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Erreichung des in der Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernstlich gefährden können (Frustrationsverbot). Das Frustrationsverbot schließt zwar nicht generell den Erlass von Vorschriften vor Ablauf der Umsetzungsfrist aus, die mit der Richtlinie nicht vereinbar sind. Wohl aber gilt dies für Rechtsänderungen, die als endgültige und vollständige Umsetzung der Richtlinie intendiert sind oder die einen richtlinienwidrigen Rechtszustand schaffen, der absehbar nicht mehr vor Ablauf der Umsetzungsfrist änderbar ist.⁴⁷

Ab Ablauf der Umsetzungsfrist, richtigerweise aber nicht zuvor,⁴⁸ entfaltet die Richtlinie Maßstabwirkung für die Auslegung und Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts (Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung). Auch die richtlinienkonforme Auslegung ist – wie jede Auslegung – an sich an die nach dem Rechtssystem des jeweiligen Mitgliedstaats geltenden methodischen Grenzen der Gesetzesauslegung gebunden. Gestatten diese keine Auslegung, die erforderlich wäre, um der in Rede stehenden Vorschrift einen unionsrechtskonformen Inhalt zu geben, kann die Spannung des mitgliedstaatlichen Rechts mit der Richtlinie nicht durch Auslegung aufgelöst werden und bleibt es also bei dem Befund der Verletzung des Unionsrechts. Allerdings haben die deutschen Gerichte aller Gerichtsbarkeiten den methodischen Spielraum für eine interpretatorische Korrektur von deutschem Recht, das der Umsetzung von EU-Richtlinien zu dienen bestimmt ist, sehr weit ausgedehnt, sodass der richtlinienkonformen Auslegung praktisch eine überaus große Bedeutung zukommt.⁴⁹

Auch Richtlinien-Bestimmungen können, ihre Anwendungsgeeignetheit (s.o.) vorausgesetzt, wenn auch nur im Ausnahmefall, unmittelbar anwendbar sein und demzufolge Sperrwirkung entfalten, der zur Unanwendbarkeit entgegenstehender mitgliedstaatlicher Regelungen im Kol-

⁴⁶ Ehlers, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 11 Rn. 56.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 18.12.1997, C-129/96 – Inter-Environnement Wallonie, Rn. 44 f.; König/Kleinlein, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 2 Rn. 54; Schroeder, in: Streinz, EV/AEUV, Art. 28 Rn. 43, 68, Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV Rn. 118.

⁴⁸ König/Kleinlein, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 2 Rn. 55, auch mit dem Hinweis, dass sich der EuGH zu dieser Frage bisher nicht eindeutig geäußert habe; Ehlers, ebd., § 11 Rn. 49.

⁴⁹ Vgl. BGHZ 150, 248 (256 ff.); BVerwGE 157, 249, dazu Cornils, Urteilsanmerkung, N&R 2017, 178 (182 f.).

lisionsfall führt (unmittelbare Richtlinienwirkung oder Direktwirkung von Richtlinien). Anerkannt ist diese in Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs entwickelte,⁵⁰ vom Bundesverfassungsgericht anerkannte⁵¹ Möglichkeit insbesondere für den Fall, dass die Richtlinie subjektive Rechte der Unionsbürger vorsieht, deren Realisierung aber durch nicht rechtzeitige oder fehlerhafte Umsetzung vereitelt (subjektive unmittelbare Wirkung), dies aber nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur in der Variante der vertikalen, den Bürger begünstigenden Direktwirkung (unter Ausschluss der sogenannten Horizontalwirkung zulasten Dritter). Hinzu tritt in der neueren Rechtsprechung die Möglichkeit einer objektiven unmittelbaren Wirkung, die die mitgliedstaatlichen Normadressaten an der Anwendung einer richtlinienwidrigen Vorschrift des nationalen Rechts hindert, auch wenn die verdrängende Richtlinienvorschrift nicht dritt-schützend ist.⁵²

Nicht nur die Verordnung und die Richtlinie als Unionsrechtsakte, sondern auch die innerstaatlichen Normen und Einzelakte zur Umsetzung und Durchführung der Richtlinie unterliegen der Bindung an die Unionsgrundrechte (Art. 51 Abs. 1 GrCh), und zwar *ausschließlich* dann, wenn es sich um durch die Richtlinie „vollvereinheitlichte Materien des Unionsrechts“ ohne Abweichungsspielraum der Mitgliedstaaten handelt,⁵³ *neben* den Grundrechtsgewährleistungen des Grundgesetzes dann, wenn die Richtlinie (oder Verordnung) keine abschließende Regelung trifft, den Mitgliedstaaten vielmehr Spielräume der Umsetzung oder Konkretisierung lässt.⁵⁴

3. Nur relative Bedeutung der Rechtsform für den abschließenden Charakter von Unions-Rechtsakten

Für die hier zu beurteilende Frage von besonderer Bedeutung ist, dass der entweder abschließende oder nicht abschließende und daher mitgliedstaatliche Abweichungen oder Ergänzungen zulassende Charakter von Bestimmungen des Unions-Sekundärrechts nicht zwingend mit der Art des Rechtsaktes, also der Rechtsform entweder der Verordnung oder der Richtlinie, korreliert, vielmehr grundsätzlich rechtsformunabhängig ist. Gewiss ist die Verordnung, wie schon dargelegt, eher auf vollständige, abschließende Regelung angelegt als die Richtlinie, die demgegenüber der regulativen Idee nach im zweistufigen Rechtsetzungsverfahren mitgliedstaatliche Umsetzungsspielräume wahren soll.⁵⁵ Ausgeschlossen sind aber detaillierte Vollregelungen von Regelungsgegenständen oder ganzen (Teil-) Rechtsgebieten in Richtlinien keineswegs; sie sind bekanntlich in der Rechtsrealität auch keine Seltenheit („Vollharmonisierung“):

Ein Beispiel für eine voll harmonisierende Richtlinienregelung ist das enumerative Regime hinsichtlich der unionsrechtlich zulässigen Schranken des Urheberrechts in der InfoSoc-Richtlinie,⁵⁶ ein anderes Beispiel die inzwischen durch die Datenschutz-Grundverordnung abgelöste Datenschutzrichtlinie, die, nicht anders als ihr Nachfolger, das substantielle Niveau des Daten-

⁵⁰ S. insb. EuGH, Urt. v. 4.12.1974, Rs. 41/74 – van Duyn, Rn. 12 ff.; eingehend zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV Rn. 137 ff.

⁵¹ BVerfGE 75, 223 (245).

⁵² EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-431/92 – Großkrotzenburg; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV Rn. 151.

⁵³ BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II, Rn. 42 ff. (juris).

⁵⁴ BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I, Rn. 41 ff. (juris).

⁵⁵ Dazu BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II, Rn. 38 (juris).

⁵⁶ Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, vgl. EuGH, Urt. v. 29.7.2019, C-476/17 – Pelham, Rn. 58 (juris).

schutzes, insbesondere die Möglichkeiten von Rechtfertigungen einwilligungsloser Datenverarbeitung, abschließend, ohne Abweichungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten nach oben oder unten, geregelt hatte.⁵⁷

Umgekehrt enthält z. B. die Datenschutz-Grundverordnung eine Vielzahl von Bereichsausnahmen und Öffnungsklauseln, die abweichende mitgliedstaatliche Regelungen zulassen.⁵⁸ Der vergleichende Blick auf die DSRL und die DSGVO macht anschaulich, dass es für die Frage der Sperrwirkung gegenüber mitgliedstaatlichem Recht in beiden Fällen, bei der Verordnung wie bei der Richtlinie, entscheidend auf den Regelungsgehalt der jeweiligen Vorschriften ankommt, insbesondere ihren abschließenden oder nicht abschließenden Charakter, der sich nur aus einer Analyse der jeweiligen Rechtsakte erschließen lässt.

Die unmittelbaren Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den abschließenden, mit Anwendungsvorrang ausgestatteten Regelungsanspruch des Unionsrechts können sich dann je nach Art des Rechtsakts, wie gezeigt, durchaus unterscheiden, auch dies aber nicht kategorisch und in allen Fällen: Während die Verordnungsvorschrift in der Regel (aber auch nicht immer) kraft ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit anwendungsblockierende Sperrwirkung gegenüber der entgegenstehenden mitgliedstaatlichen Norm entfaltet, führt die Richtlinienwidrigkeit der mitgliedstaatlichen Norm nur ausnahmsweise (aber durchaus nicht selten) auch direkt zu ihrer Unanwendbarkeit (im Fall der Direktwirkung, s. o.), immer aber zur Verpflichtung des Mitgliedstaats, die Vertragsverletzung durch Aufhebung oder Änderung der Norm zu beseitigen. Diese Anpassungspflicht wiederum greift aber, wie gezeigt, unbeschadet der Sperrwirkung, auch bei verordnungswidrigem mitgliedstaatlichem Recht. Schließlich kann die als unionsrechtliche Pflicht auferlegte unionsrechtskonforme Auslegung in beiden Fällen geeignet sein, die Normkollision zu vermeiden.

Allerdings dürfte der Spielraum für eine derartige „Heilung“ des mitgliedstaatlichen Rechts durch unionsrechtskonforme Auslegung bei der Richtlinie größer sein als bei der Verordnung, weil diese typischerweise gar nicht auf Umsetzung angelegt und mit fortbestehendem mitgliedstaatlichem Recht überhaupt nicht, also auch nicht bei konformer Auslegung, verträglich ist (Normwiederholungsverbot).

IV. Kollisionsdogmatik im Unionsrecht

1. Normenkonkurrenz, Direkte und indirekte Kollisionen

Der Anwendungsvorrang im engen Sinn mit seiner Sperrwirkung und also der Rechtsfolge der Unanwendbarkeit der entgegenstehenden mitgliedstaatlichen Vorschrift setzt eine Kollisionslage voraus: Die Rechtsfolgenanordnungen beider Vorschriften müssen miteinander unvereinbar sein. Der Anwendungsvorrang im weiten Sinn insbesondere mit seiner Wirkung der Pflicht zu unionsrechtskonformer Auslegung greift hingegen schon im Vorfeld einer solchen Kollisionslage, zielt allerdings auf die Vermeidung einer solchen. Die Pflicht zur richtlinien-, ggf.

⁵⁷ Sehr deutlich EuGH, Urteil vom 24. November 2011, ASNEF und FECEMD, C-468/10 und C-469/10, Rn. 28 ff.; s. dazu *Cornils*, Der grundrechtliche Rahmen für ein (trans-) nationales Datenschutzrecht im digitalen Zeitalter, in: *Datenschutz im digitalen Zeitalter – global, europäisch, national*, hrsg. v. Institut für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, 2015, S. 11 (18 f.).

⁵⁸ Dazu *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, *EuZW* 2016, 448 (449: „faktisch ein atypischer Hybrid aus Verordnung und Richtlinie“, und passim).

auch zur verordnungskonformen Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts hat gerade den Sinn, einer sonst drohenden Normenkollision mit dem Unionsrecht abzuwehren, damit also auch dem aus dem Anwendungsvorrang im engen Sinn folgenden Nichtanwendungsbefehl zu entgehen. Die mitgliedstaatliche Norm bleibt in unionsrechtskonformer Auslegung anwendbar, im Fall des Konflikts mit einer Verordnung *neben* dieser, im Fall des Konflikts mit der Richtlinie (regelmäßig) als nunmehr korrekte *Umsetzung* der Richtlinie.

Die grundsätzliche normtheoretische Unterscheidung zwischen Normenkonkurrenzen, die kein Kollisionsproblem aufwerfen und also auch keiner Kollisionslösung bedürfen, und den auflösungsbedürftigen *Kollisionsfällen*⁵⁹ gilt mithin auch im Unionsrecht. Auch eine sekundärrechtliche Vorschrift des Unionsrechts kann die konkurrierende, „kumulierte“ Anwendbarkeit verschiedener Regelungen des Unionsrechts selbst, aber auch von hinzutretenden mitgliedstaatlichen Regelungen zulassen oder sogar explizit anordnen, namentlich durch Formulierungen derart, dass eine andere Norm oder ein anderer Normenkomplex (Vorschriften eines in Bezug genommenen Rechtsakts) „unberührt“ bleiben. Allerdings kommt es auch bei solchen expliziten Klauseln auf eine sorgfältige Auslegung des Sinns der Klausel an.⁶⁰ Neben der Anordnung einer „freien“ Konkurrenz nebeneinander anwendbarer Normen kann darin auch eine Subsidiaritätsregel liegen, die tatsächlich eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie oder Verordnung für den Fall eines Normenkonflikts mit der in Bezug genommenen Norm meint. Schließlich kann die Zulassung der Normenkonkurrenz auch wieder durch Vorbehalte relativiert sein.

Die hier in Rede stehenden Unionsrechtsakte enthalten tatsächlich Klauseln, die für das hier erörterte Konkurrenzproblem erheblich sind und daher im folgenden Abschnitt, der sich mit dem konkreten Regelungsgehalt und dem etwaigen Ausschließlichkeitsanspruch dieser Rechtsakte befasst, näher betrachtet werden müssen. Dies gilt namentlich für die Unbeschadetheits- und Unberührtheitsklauseln in Art. 1 Abs. 4 P2B-VO hinsichtlich mitgliedstaatlicher Vorschriften des Lauterkeitsrechts und des Zivilrechts, ferner für die Subsidiaritätsanordnung in Art. 7 Abs. 4a Satz 2 der durch die Modernisierungs-Richtlinie geänderten UGP-Richtlinie im innerunionsrechtlichen Verhältnis zur P2B-VO, schließlich für den neuen Art. 6a Abs. 2 Verbraucherrechtlicher Richtlinie wiederum im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten.

Normenkollisionen, die den Anwendungsvorrang als Kollisionsregel herausfordern, liegen demgegenüber vor, wenn mehrere Normen unterschiedliche, nicht miteinander verträgliche Handlungen (oder Unterlassungen) gebieten.⁶¹

Seit langem eingeführt und für das Verhältnis von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht weitgehend anerkannt ist die Unterscheidung von *direkten und indirekten Kollisionen*.⁶² Während die direkte Kollision nur im Fall widersprechender Rechtsfolgen von auf den gleichen Sachverhalt anwendbaren Normen oder Einzelmaßnahmen mit der Folge tatsächlicher Unmöglichkeit der Befolgung beider Rechtsbefehle vorliegt, ist mit der indirekten (oder auch: mittel-

⁵⁹ S. dazu im Überblick *Barczak*, Normenkonkurrenz und Normenkollision, JuS 2015, 969 ff.

⁶⁰ *Barczak*, JuS 2015, 969 (972).

⁶¹ *Funke*, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, DÖV 2007, 733 (736).

⁶² *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 5 ff.; *Niedobitek*, Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht, VerwArch 92 (2001), 58 (73 ff.); *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 98 ff.; *Ehlers*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 11 Rn. 12.

baren) Kollision „jede sonstige Beeinträchtigung der Wirksamkeit des EG-Rechts durch nationale Rechtsakte“ gemeint.⁶³ Von ihr kann also immer dann gesprochen werden, wenn die Befolgung der Rechtspflicht aus der mitgliedstaatlichen Vorschrift zwar neben der Beachtung der unionsrechtlichen Vorschrift möglich ist, letzterer aber die intendierte Wirkung nimmt. Als typische Beispiele für indirekte Kollisionen werden regelmäßig Konstellationen eines Nebeneinanders von materiell-rechtlichen Vorschriften des Unionsrechts und mitgliedstaatlichen Verfahrensregeln angeführt, wenn diese Verfahrensregeln dazu führen, dass die materiellen Rechte oder Pflichten aus der Unionsrechtsnorm tatsächlich nicht zur Geltung kommen.⁶⁴ Das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht (etwa Fristbestimmungen, Präklusionsregeln oder formale Anforderungen an die Geltendmachung von Rechten, genannt werden können über das Verfahrensrecht hinaus auch Verjährungsregeln) stellt die Rechtsfolgenanordnung des Unionsrechts nicht an sich in Frage, unterläuft sie aber durch zusätzliche Anforderungen und schwächt somit ihre praktische Wirksamkeit.

Der Anwendungsvorrang im engen Sinn (Sperrwirkung) erfasst nach überwiegender Auffassung auch indirekte Kollisionen,⁶⁵ dies allerdings nicht schon bei jedem Aufeinandertreffen unionsrechtlicher und mitgliedstaatlicher Vorschriften, die sich als indirekte Kollision beschreiben lassen, bei denen also eine Begrenzung der Durchsetzbarkeit unionsrechtlicher Rechtspositionen eintritt⁶⁶ (etwa durch zusätzliche prozedurale Anforderungen des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts). Vielmehr greift der Anwendungsvorrang nur bei qualifizierten indirekten Kollisionen, die mit einer Verletzung entweder des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots oder des Äquivalenzgebots (Diskriminierungsverbots) einhergehen, also entweder bei einer Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte oder bei einer relativ weitergehenden Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Unionsrechts als bei vergleichbaren rein mitgliedstaatlichen Fällen.⁶⁷ Bei indirekten Kollisionen wirkt der Anwendungsvorrang also in modifizierter, schwächerer Gestalt; er führt hier nur in qualifizierten Fällen, in denen das Unionsrecht den wirkungsschwächenden Effekt des mitgliedstaatlichen Rechts nicht dulden kann, zur Sperrwirkung⁶⁸ (Schulbeispiel: Pflicht zur Nichtanwendung der verschiedenen, den Vertrauensschutz von Adressaten begünstigender Verwaltungsakte sichernden Regelungen des § 48 VwVfG bei unionsrechtswidrig gewährten Beihilfen)⁶⁹.

2. Die Kriterien zur Bestimmung einer Kollisionslage

Hängt die Anwendbarkeit mitgliedstaatlichen Rechts (hier: von Vorschriften des Medienstaatsvertrags) und hängen auch weitere Reaktionspflichten des Mitgliedstaats und seiner zuständigen Stellen vom Vorliegen einer – direkten oder indirekten – Kollisionslage im Verhältnis zu unionsrechtlichen Regelungen (hier: der P2B-Verordnung sowie den geänderten Vorschriften in den durch die Modernisierung-Richtlinie in Bezug genommenen Verbraucherschutz-Richtlinien) ab, so kommt es nach alledem entscheidend darauf an, ob eine solche Kollisionslage,

⁶³ *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1 (4).

⁶⁴ *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 35 Rn. 22.

⁶⁵ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV Rn. 22; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1 (5 ff.).

⁶⁶ S. etwa (zur unionsrechtlich weithin akzeptierten Bestandskraft auch unionsrechtswidriger Verwaltungsakte) EuGH Urt. v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 – Kühne & Heitz; EuGH, Urt. v. 19.9.2006, C-392/04, C-422/04 – i21 Germany und Arcor NVwZ 2006, 1277, Rn. 49 ff. (juris); BVerwG NVwZ 2007, 709.

⁶⁷ Zum Äquivalenzgebot und Effektivitätsgebot s. nur *Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, Art. 4 Rn. 34.

⁶⁸ *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1 (5).

⁶⁹ EuGH, Rs. C-24/95 – Alcan; BVerwGE 106, 328.

insbesondere in Abgrenzung zu unionsrechtlich nicht problematischen Normkonkurrenzen, identifiziert werden kann. Dies kann, wie gezeigt, nur durch sorgfältige Ermittlung des Regelungsgehalts der unionsrechtlichen Bestimmungen geschehen, hier mit besonderem Fokus auf der Frage, ob diese Bestimmungen überhaupt eine Anwendungsbereichsüberschneidung mit dem mitgliedstaatlichen Recht aufweisen, ob, wenn ja, insoweit ein konkurrierendes Nebeneinander der Regelungen auf beiden Ebenen möglich und zugelassen ist oder ob tatsächlich einander widersprechende Rechtsfolgen für dieselben Sachverhalte angeordnet sind, die den Anwendungsvorrang im weiten und ggf., wenn keine den Widerspruch auflösende unionsrechtskonforme Auslegung in Betracht kommt, auch im engen Sinn (also eine Sperrwirkung) auslösen.

In der Rechtsprechung des EuGH sind für diese Aufgabe eine Reihe von Kriterien entwickelt worden.⁷⁰ Diese sind in der Wissenschaft analysiert und in Prüfanordnungen zusammengefasst worden.⁷¹ Dahinter steckt die zutreffende Einsicht, dass die Merkmale, auf die es für die Beurteilung einer Kollisionslage und eines daraus resultierenden verdrängenden Vorrangs ankommt, in einer logischen Reihenfolge stehen: Eine Kollisionslage kommt überhaupt nur in Betracht – ohne damit schon erwiesen zu sein – bei einer Anwendungsbereichsüberschneidung. Eine Sperrwirkung kann sodann nur eintreten bei einer direkten Normkollision, also bei inkompatiblen Rechtsfolgen, oder bei einer indirekten Kollision, deren Wirkungen gegen das Effektivitäts- oder Äquivalenzgebot verstoßen. Ob eine Kollisionslage – oder doch nur eine zugelassene Normenkonkurrenz – vorliegt, kann aber u. U. unklar sein und bedarf dann vor allem der Prüfung, ob der Regelungsanspruch der Unionsrechtsnorm abschließend ist und daher mitgliedstaatliche Rechtsfolgenanordnungen für denselben Sachverhalt untersagt. Die Kollisionslage kann auch möglicherweise durch eine unionsrechtsforme Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechtsakts vermieden werden.

Daraus ergibt sich im Wesentlichen folgende Prüfungsreihenfolge:

Die logisch vorrangige Frage, ob überhaupt Normen mit verbindlichem Rechtscharakter vorliegen, kann hier – für beide Seiten des Konkurrenzverhältnisses – ohne weiteres bejaht werden.

- Auf der ersten Prüfstufe steht die präzise Bestimmung des Anwendungsbereichs der möglicherweise konkurrierenden Vorschriften, ggf. unter Beachtung einer den Anwendungsanspruch des Unionsrechts zurückziehenden, damit also konfliktvermeidenden Subsidiaritätsanordnung.
- Liegt ein tatbestandlicher Überschneidungsfall (Überlappung der Anwendungsbereiche) vor, ist ein Vergleich der Rechtsfolgen vorzunehmen. Auf dieser Stufe sind also etwaige (direkte oder indirekte) Kollisionen zu identifizieren. Widersprechen sich die Normbefehle eindeutig und lässt sich dieser Widerspruch auch nicht durch eine unionsrechtskonforme Auslegung ausräumen, liegt ein klarer Fall der direkten Kollision vor, der mit der Kollisionsregel des Anwendungsvorrangs gelöst werden muss, bei unmittelbarer Anwendbarkeit der Vorschrift also zur Sperrwirkung führt.
- Sind die Rechtsfolgen prima vista miteinander vereinbar, z. B. bei strengeren mitgliedstaatlichen Transparenz- oder Diskriminierungsschutz-Anforderungen, die zu einem

⁷⁰ Vgl. dazu die gründliche Analyse bei *Furrer*, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, 1994, S. 94 ff.; ferner *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, S. 176 ff.

⁷¹ *Furrer*, Sperrwirkung, S. 146 ff.

unionsrechtlichen Standard hinzutreten, kommt hingegen auch eine unionsrechtlich zugelassene Normenkonkurrenz, ein Nebeneinander der unionsrechtlichen und der mitgliedstaatlichen Regelung, in Betracht.

- Allerdings ist dies nicht notwendig und immer der Fall. Die Prüfung ist also mit der Feststellung, dass die Rechtsfolgen nicht unzweifelhaft inkompatibel sind, vielmehr als solche auch nebeneinander bestehen könnten, noch nicht beendet. Vielmehr kann auch dann doch, wie gezeigt, eine direkte Kollisionslage vorliegen, wenn der Unionsrechtsakt als abschließende Regelung zu verstehen ist, der mitgliedstaatliche Regelungen desselben Sachverhalts – auch bei prima vista miteinander verträglichen Normbefehlen – ausschließt. In der unionsrechtlichen Norm steckt dann im hier nahe liegenden Beispiel des Transparenzschutzes nicht nur die Normaussage (der Regelungsgehalt), den Normadressaten bestimmte Informationspflichten aufzuerlegen, sondern darüber hinaus auch die Normaussage an die Mitgliedstaaten, dass *nur* diese unionsrechtlichen Informationspflichten auferlegt werden dürfen, nicht aber noch weitere Pflichten. Ein gleichwohl erfolgreicher mitgliedstaatlicher Normerlass verhält sich kontradiktorisch gegenüber diesem unionsrechtlichen Unterlassungsbefehl. Hier ist nun auch der Normtyp-Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien zu beachten: Die Verordnung mit ihrem Anspruch der Gesamtverbindlichkeit schließt grundsätzlich auch Parallel- oder Ergänzungsregelungen des mitgliedstaatlichen Rechts ohne inhaltlichen Normwiderspruch aus, sofern sie sie nicht erkennbar zulässt oder sogar einfordert. Die Richtlinie hingegen ist ohnehin auf Umsetzung in nationales Recht angelegt. Auch sie kann freilich, wie gezeigt, einen abschließenden Vereinheitlichungsanspruch erheben und duldet dann keine weiteren, abweichenden Regelungen neben dem richtlinienkonformen Umsetzungsrecht. Für den Fall nicht schon eindeutig inkompatibler Rechtsfolgen ist also anhand der juristischen Argumente (Wortlaut und Systematik, entstehungsgeschichtliche Hinweise), zu prüfen, ob durch die unionsrechtliche Bestimmung ein abschließender Regelungsanspruch erhoben oder zusätzlichen mitgliedstaatlichen Regelungen Raum gegeben wird. Auch dem teleologischen Kriterium, ob und inwieweit die mitgliedstaatliche Regelung die Erreichung der Ziele des Unionsrechtsakts beeinträchtigt – oder ihnen gegenüber neutral ist oder sie umgekehrt möglicherweise sogar fördert –, kommt für die Beurteilung der Rechtsprechung des EuGH zufolge zentrale Bedeutung zu.

Anhand dieser Kriterien und in der skizzierten gedanklichen Struktur ist im folgenden Abschnitt das Vorliegen oder Nichtvorliegen unionsrechtlich problematischer Kollisionslagen im Verhältnis der hier in Rede stehenden Unionsrechtsakte einerseits, der Bestimmungen über die Transparenzregulierungen im Medienstaatsvertrag andererseits zu prüfen.

C. Normenkonkurrenz oder -kollision zwischen dem Unionsrecht und der Transparenzregulierung im Medienstaatsvertrag

I. Das Verhältnis von P2B-Verordnung und Medienstaatsvertrag

1. Anwendungsbereiche der Regelungen

a) *MStV*: „Anbieter von Medienintermediären“

Der Tatbestand der Transparenz- (und auch der Diskriminierungsschutz-) Regulierung für Medienintermediäre im Medienstaatsvertrag wird in subjektiver Hinsicht (Normadressaten) bestimmt durch das Merkmal „Anbieter von Medienintermediären“. Die erfasste Handlung, die die Verpflichtungen als Rechtsfolgen anknüpfen, ergibt sich aus dieser Adressierung an die Anbieter; sie besteht also in dem Angebot von Medienintermediären.

aa) *ratione personae*

Im persönlichen Anwendungsbereich erfasst sind Anbieter von Medienintermediären, d.h. von Telemedien, die auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregieren, selektieren und allgemein zugänglich präsentieren, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen (§ 2 Nr. 16 MStV). Anbieter eines Medienintermediärs ist, wer die Verantwortung für die Aggregation, Selektion und allgemein zugängliche Präsentation von Inhalten trägt (§ 2 Nr. 21 MStV). Erfasst sind nach dem für Medienintermediäre vorgesehenen Marktortprinzip alle Medienintermediäre, soweit sie zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind (§ 1 Abs. 8 MStV). Medienintermediäre sind dieser Vorschrift zufolge dann als zur Nutzung in Deutschland bestimmt anzusehen, wenn sie sich in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in Deutschland richten oder in Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen.

Die drei für den Intermediär-Begriff konstituierenden Tätigkeitsbeschreibungen der Aggregation, Selektion und Präsentation müssen, so die amtliche Begründung, „in der Regel kumulativ vorliegen“, sollen aber sowohl „funktional“ als auch „weit und offen auszulegen sein um der Funktion des Auffangtatbestandes gegenüber Medienplattformen gerecht zu werden“.⁷² Mit der Aggregation ist die Stufe der Informationsgewinnung, der Selektion die Informationsauswahl und mit der (allgemein zugänglichen) Präsentation die Darstellung der Informationen gemeint. Auch der Begriff der allgemeinen Zugänglichkeit der Präsentation ist der Begründung zufolge weit zu verstehen und daher immer schon dann erfüllt, wenn grundsätzlich jedermann ohne größeren Aufwand von der Präsentation Kenntnis nehmen kann; eine – kostenpflichtige oder kostenfreie – Registrierung steht der allgemeinen Zugänglichkeit ebenso wenig entgegen wie eine Personalisierung des Angebots.

Unzweifelhaft ist nach diesen Aussagen der Begründung der Begriff des Medienintermediärs weit, im Sinne einer Auffangkategorie, zu verstehen. Die Begründung nennt als Regelbeispiele für Medienintermediäre Suchmaschinen, soziale Netzwerke, User Generated Content-Portale, Blogging-Portale und News-Aggregatoren. Auch App-Portale sollen darunter – in der Regel – fallen, wenn sie nicht als abgeschlossenes Gesamtangebot konzipiert sind, daher also keine Plattformen iSd der Begriffsbestimmung des § 2 Nr. 14 MStV sind.⁷³

⁷² Diese und die weiteren hier wiedergegebenen Aussagen finden sich auf S. 13 der Begründung.

⁷³ S. zur Regelwertung, dass bei App-Portalen typischerweise kein geschlossenes Gesamtangebot vorliegt, die Begr. S. 11.

Die anwendungsbereichsbestimmende Legaldefinition schränkt den Begriff des Medienintermediärs auf solche Intermediäre ein, die *auch* journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter vermitteln. Damit sollen die neuen (und erstmaligen) medienrechtlichen Verpflichtungen aus den §§ 91 ff. MStV auf solche Anbieter begrenzt werden, deren Angebote „zumindest potenziell Meinungsbildungsrelevanz haben“.⁷⁴ Die Begründung stellt noch einmal unmissverständlich klar, dass es für die Normadressateneigenschaft ausreicht, „wenn überhaupt journalistisch-redaktionelle Inhalte neben anderen Inhalten über den Medienintermediär abrufbar sind“. Auf einen Mindestanteil oder gar einen Schwerpunkt journalistischer Inhalte kommt es offenkundig nicht an. Mithin qualifiziert schon die Vermittlung auch nur einzelner Inhalte von publizistischer Bedeutung einen Intermediär zum Medienintermediär. Dieser definitorische Ansatz weitet den Anwendungsbereich der Intermediär-Regulierung ersichtlich erheblich aus, dies auch in signifikantem Unterschied zur parallelen Regulierung der Medienplattformen, deren Anwendungsbereich schon begrifflich nur auf die Vermittlung von Medieninhalten beschränkt ist.⁷⁵

Konkret bedeutet dies, dass (grundsätzlich, von der sogleich anzusprechenden quantitativen Anwendungsbereichseinschränkung zunächst abgesehen) jeder allgemeine Suchdienst, jedes soziale Netzwerk usw. der derzeit üblichen Art in den subjektiven Anwendungsbereich der §§ 91 ff. MStV fallen, weil diese Dienste auch publizistische Inhalte vermitteln. Auch die Anforderungen an diese Inhaltequalität sind nicht restriktiv: Die Merkmale des Journalistischen und des Redaktionellen sind in unionsrechtlicher und grundrechtlicher Prägung weit zu verstehen.⁷⁶ Die redaktionelle Gestaltung setzt die Ausübung einer wirksamen Kontrolle (Art. 1 Abs. 1 Buchst. c AVMD-R) und ein Mindestmaß an inhaltlicher Auswahl und Bearbeitung durch den Inhalteanbieter (selbstredend nicht den Medienintermediär) voraus. Das funktional zu deutende Merkmal „journalistisch“ meint eine journalistische Arbeitsweise, an die die besonderen medienrechtlichen Pflichten, aber auch Rechte anknüpfen, verlangt aber keine professionelle Tätigkeit und ist in sachlicher Hinsicht auch nicht auf Nachrichteninhalte beschränkt.

Der staatsvertragliche Anspruch auf möglichst weitgehende Erfassung der Intermediäre wird sodann in § 91 Abs. 1 MStV unterstrichen. Danach sind auch sogenannte integrierte Medienintermediäre, die also in Angebote Dritter eingebunden sind, erfasst; sie sollen sich durch die Einbindung in das Angebot eines Dritten ihren „Verpflichtungen [...] nicht entziehen“ können.⁷⁷

§ 91 Abs. 2 MStV schränkt den Anwendungsbereich aller Vorschriften der Intermediär-Regulierung mit Ausnahme der jedenfalls unberührt bleibenden Pflicht zur Vorlage von Unterlagen an die Landesmedienanstalt (§ 95 MStV) in quantitativer und qualitativer Hinsicht wieder ein: Ausgenommen sind Medienintermediäre „mit einer relativ geringen Reichweite“ (unter eine Million Nutzer pro Monat) sowie Intermediäre, die auf die Vermittlung von Inhalten mit Bezug zu Waren oder Dienstleistungen spezialisiert sind oder ausschließlich privaten oder familiären Zwecken dienen. Die Begründung beschreibt die spezialisierten Dienste als „Produkt- und

⁷⁴ Begr. MStV S. 12.

⁷⁵ Vgl. § 2 Nr. 14 MStV: „Medienplattform jedes Telemedien, soweit es Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 zu einem vom Anbieter bestimmten Gesamtangebot zusammenfasst.“; s. dazu auch die Begr., S. 11: „Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es unter Plattformen auch „Mischangebote“ gibt, die nur in Teilen die Funktion einer Medienplattform aufweisen, wird mit dem Merkmal „soweit“ deutlich gemacht, dass eine funktionale Betrachtung zu erfolgen hat. Unterschiedliche, abgrenzbare Funktionen eines Angebotes können damit unterschiedliche Rechtsfolgen (etwa die Regulierung als Medienplattform oder als -intermediär) auslösen.“.

⁷⁶ Zum Nachfolgenden die Begr. in Bezug auf § 2 Abs. 1 MStV (Rundfunkbegriff), S. 6.

⁷⁷ Begr. S. 48.

Dienstleistungsportale (bspw. Preisvergleichsportale)“, die „keine oder nur mittelbare Relevanz für Aspekte der Meinungsvielfalt“ aufweisen.⁷⁸

bb) *ratione materiae*

Ist die quantitative Aufgreifschwelle überschritten und greifen die beiden skizzierten qualitativen Ausnahmen nicht, ist der Tatbestand, aus dem die Verpflichtungen insb. des § 93 (Transparenz) und § 94 (Diskriminierungsfreiheit) ergeben, mit dem Anbieten eines solchen Medienintermediärs ohne weiteres verwirklicht. Insbesondere enthalten auch die Regelungen über die Verpflichtungen keine sachliche Begrenzung ihres Anwendungsbereichs auf nur bestimmte Medienintermediäre oder nur bestimmte Tätigkeiten von Medienintermediären.

b) *P2B-VO*

Die P2B-Verordnung betrifft die Rechtsverhältnisse zwischen Online-Vermittlungsdiensten oder Online-Suchmaschinen („Plattformen“) einerseits, gewerblichen Nutzern solcher Vermittlungsdienste oder Suchmaschinen („Business“) andererseits. Sie zielt unmittelbar auf die Verbesserung der Rechtsposition der Online-Händler, die faktisch in erheblicher Abhängigkeit von den Vermittlungsdiensten stehen, mittelbar aber auch auf die Sicherung und Steigerung des Verbraucherwohls.⁷⁹

Verpflichtungsadressaten der Verordnung sind indes ausschließlich die erfassten Online-Plattformen. In sachlicher Hinsicht knüpfen die Pflichten, soweit hier von Interesse, wie im Medienstaatsvertrag, an das Anbieten der Dienste als solches an.

aa) *ratione personae*

Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten ist jede natürliche oder juristische Person, die gewerblichen Nutzern Online-Vermittlungsdienste bereitstellt oder zur Bereitstellung anbietet (Art. 2 Nr. 3 P2B-VO). Anbieter einer Suchmaschine ist – in paralleler Formulierung – jede natürliche oder juristische Person, die Verbrauchern Online-Suchmaschinen bereitstellt oder zur Bereitstellung anbietet (Art. 2 Nr. 5 P2B-VO).

Die Unterscheidung zwischen den beiden Normadressaten Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschinen durchzieht die gesamte Verordnung. Zwischen Online-Vermittlungsdiensten und den gewerblichen Nutzern dieser Dienste besteht (für die Anwendbarkeit der Verordnung notwendig, s. sogleich) eine Vertragsbeziehung, an die die Verordnung Pflichten der Vermittlungsdienste als Vertragspartei knüpft, insbesondere bei der Ausgestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zwischen Suchmaschinen als Informationsmittlern und den Online-Händlern müssen demgegenüber keine Verträge geschlossen sein.⁸⁰ Daher beschränkt sich die Verordnung insoweit auf an die Allgemeinheit gerichtete Informationspflichten.

(1) Online-Vermittlungsdienste

Online-Vermittlungsdienste sind der Begriffsbestimmung des Art. 2 Nr. 2 P2B-VO zufolge alle Dienste, die kumulativ die nachstehenden Anforderungen erfüllen:

„a) Es handelt sich um Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates.

⁷⁸ Begr., S. 49.

⁷⁹ Vgl. EG Nr. 2 und 3 P2B-VO.

⁸⁰ Alexander, Anwendungsbereich, Regelungstechnik und einzelne Transparenzvorgaben der P2B-Verordnung, WRP 2020, 945 Rn. 21.

b) Sie ermöglichen es gewerblichen Nutzern, Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anzubieten, indem sie die Einleitung direkter Transaktionen zwischen diesen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern vermitteln, unabhängig davon, wo diese Transaktionen letztlich abgeschlossen werden.

c) Sie werden gewerblichen Nutzern auf der Grundlage eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Anbieter dieser Dienste und den gewerblichen Nutzern, die den Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anbieten, bereitgestellt; [...]“

Die in Bezug genommene Definition in Art. 1 Abs. 1 Buchst. b) der Richtlinie (EU) 2015/1535 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft lautet:

b) „Dienst“ eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.

Im Sinne dieser Definition bezeichnet der Ausdruck

i) „im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung“ eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird;

ii) „elektronisch erbrachte Dienstleistung“ eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird;

iii) „auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“ eine Dienstleistung die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird.“

In Anhang I dieser Richtlinie sind jeweils Beispiele aufgeführt für Dienste, denen jeweils eine dieser Eigenschaften fehlt, also der Fernabsatz, die elektronische Erbringung der Dienstleistung oder der individuelle Abruf.

Erwägungsgrund Nr. 11 P2B-VO führt aus, dass es sich bei den mit dieser Definition erfassten Online-Vermittlungsdienste beispielsweise – d. h. nicht abschließend gemeint – um Online-Marktplätze für den elektronischen Geschäftsverkehr, ferner Online-Dienste für Softwareanwendungen, darunter Vertriebsplattformen für Software Anwendungen (App-Stores), sowie Online-Dienste sozialer Medien handelt. Für die Online-Vermittlungsdienste gilt der Grundsatz der Technologieneutralität; erfasst sind daher auch Sprachassistenten wie Google Home („headless commerce“).⁸¹ Das definitorische Merkmal, dass jedenfalls *auch* gewerbliche Nutzer die Plattform auf Grundlage vertraglicher Beziehungen nutzen können müssen, schließt „Peer-to Peer-Online-Vermittlungsdienste“ ohne Beteiligung gewerblicher Nutzer aus. Im Schrifttum ist dieser Beschränkung praktisch eine geringe Bedeutung attestiert worden, da viele

⁸¹ EG Nr. 11 Satz 2 P2B-VO, *Busch*, Mehr Fairness und Transparenz in der Plattform Ökonomie?, GRUR 2019, 788 (789).

Peer-to-Peer-Plattformen tatsächlich einen Nutzerkreis ansprechen, der sowohl private als auch gewerbliche Nutzer umfasst, so etwa die Plattform Airbnb.⁸²

Die begriffliche Anforderung, dass die gewerblichen Nutzer Waren oder Dienstleistungen *Verbrauchern* bereitstellen müssen, schließt reine B2B-Plattformen aus. Online-Zahlungsdienste (Paypal u.ä.), online-Werbeinstrumente oder online-Werbebörsen, die nicht bereitgestellt werden, um die Anbahnung direkter Transaktionen zu vermitteln, und bei denen kein Vertragsverhältnis mit Verbrauchern besteht, sind gemäß Art. 1 Abs. 3 P2B-VO ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.

Die vermittelten Geschäfte zwischen dem gewerblichen Nutzer (also dem Online-Händler) und den Verbrauchern können, müssen aber nicht direkt auf dem Online-Vermittlungsdienst abgeschlossen werden; erfasst sind daher etwa Plattformen, auf denen nur eine Terminreservierung für einen später abzuschließenden offline-Vertrag stattfindet⁸³. Die vermittelten B2C-Verträge müssen auch nicht notwendigerweise entgeltlich sein.⁸⁴

Festzuhalten ist also, dass der Anwendungsbereich der P2B-Verordnung über den Begriff des Online-Vermittlungsdienstes nicht nur ausschließlich dem Zweck der Vermittlung von Handelsgeschäften zwischen Online-Händlern und Verbrauchern dienende Marktplattformen (wie Amazon oder Ebay, Rakuten) und Buchungsportale z.B. für Hotels oder Reisen (HRS, Booking.com) erfasst, sondern auch App-Stores, insofern diese Verbrauchern Softwareanwendungen anbieten (z.B. Google Play, Apple App Store) sowie die großen sozialen Netzwerke (Facebook oder Instagram).⁸⁵

Allerdings deuten die Erwägungsgründe in (freilich nicht sehr klaren) Formulierungen an, dass die Vermittlung von Transaktionen zwischen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern zum Geschäftsmodell des Vermittlungsdienstes gehören muss, dass also die bloße Möglichkeit, einen Dienst auch für die Anbahnung einer Transaktion zu nutzen, noch nicht ausreicht.⁸⁶ Die Vermittlung der Transaktionen muss jedenfalls auch – aber nicht alleiniges – Ziel des Dienstes sein. Nur dieses Verständnis harmoniert damit, dass die Verordnung schon begrifflich für den Vermittlungsdienst das Erfordernis einer Vertragsbeziehung zwischen der Plattform und dem gewerblichen Nutzer voraussetzt (Art. 2 Nr. 2 Buchst. c) und den überwiegenden Teil der Transparenzpflichten an die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen für dieses Vertragsverhältnis knüpft. Dienste, etwa Netzwerke, die derartige besondere Vertragsbeziehungen zu Online-Händlern nicht vorsehen und nur die faktische Möglichkeit bieten, dass es „bei Gelegenheit“ ihrer Nutzung zu Kontakten und nachfolgenden Transaktionen zwischen Nutzern und Verbrauchern kommt, sind nicht einbezogen.

⁸² Busch, GRUR 2019, 788 (789).

⁸³ Busch, GRUR 2019, 788 (789).

⁸⁴ EG Nr. 11 P2B-VO.

⁸⁵ Schneider/Kremer, Ein zweiter, kritischer Blick auf die P2B-Verordnung: Nachhaltige Veränderung des Plattform Ökosystems?, WRP 2020, 1128, Rn. 15; s. auch die Begr. der Kommission zum Verordnungsentwurf, COM(2018) 238 final, S. 2: „umfassen grundsätzlich Online-Marktplätze für den elektronischen Geschäftsverkehr, Online-Vertriebsplattformen für Software-Anwendungen und soziale Online-Netzwerke“.

⁸⁶ EG Nr. 10 P2B-VO: „Die Dienste sollten insbesondere aus Diensten der Informationsgesellschaft bestehen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie darauf abzielen, die Anbahnung direkter Transaktionen zwischen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern zu vermitteln, [...]; Die bloße Einbeziehung eines Dienstes von nur untergeordneter Bedeutung sollte nicht damit gleichgesetzt werden, die Vermittlung von Transaktionen im Sinne von Online-Vermittlungsdiensten zum Ziel einer Website oder Dienstleistung zu erklären.“

(2) Online-Suchmaschinen

Auch die zweite Normadressatenkategorie der Online-Suchmaschinen ist, anders als im Medienstaatsvertrag, legaldefiniert, auch für sie gilt der Grundsatz der Technologieneutralität, der sprachassistentengestützte mündliche Sucheingaben einschließt.⁸⁷

Die Definition in Art. 2 Nr. 5 P2B-VO lautet:

„5. „Online-Suchmaschine“ einen digitalen Dienst, der es Nutzern ermöglicht, in Form eines Stichworts, einer Spracheingabe, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe Anfragen einzugeben, um prinzipiell auf allen Websites oder auf allen Websites in einer bestimmten Sprache eine Suche zu einem beliebigen Thema vorzunehmen und Ergebnisse in einem beliebigen Format angezeigt zu bekommen, über die sie Informationen im Zusammenhang mit dem angeforderten Inhalt finden können;“

Bloße Suchfunktionen auf einzelnen Webseiten fallen danach nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung.⁸⁸

Hinsichtlich der Anbieter sowohl von Online-Vermittlungsdiensten als auch von Online-Suchmaschinen kommt es nicht darauf an, dass sie eine Niederlassung auf dem Gebiet der Europäischen Union haben. Hinreichend, aber auch erforderlich ist, dass sie ihren Dienst gewerblichen Nutzern bzw. Nutzern mit Unternehmenswebsite bereitstellen bzw. zur Bereitstellung anbieten, die ihre Niederlassung oder ihren Wohnsitz in der Europäischen Union haben und die über diese Online-Vermittlungsdienste oder Online-Suchmaschinen Waren oder Dienstleistungen in der Europäischen Union befindlichen Verbrauchern anbieten (Art. 1 Abs. 2 P2B-VO).

bb) *ratione materiae*

Die Handlung, an die die Rechtspflichten der P2B-VO anknüpfen, besteht im Bereitstellen bzw. im Anbieten der Bereitstellung der Dienste für Online-Händler mit Sitz in der Europäischen Union.

(1) Art. 1 Abs. 4 und 5 P2B-VO

Allerdings trifft Art. 1 P2B-VO in seinen Absätzen neben den schon angeführten Bestimmungen noch weitere Aussagen, die auf eine denkbare Einschränkung des Anwendungsbereichs hin geprüft werden müssen; die Bestimmungen sind eingangs schon dargelegt worden.

In der Sache lassen indes sowohl die Unbeschadetheitsklauseln in Abs. 4 Satz 1 (betreffend mitgliedstaatliches Wettbewerbsrecht) und Abs. 5 (betreffend unionsrechtliche Vorschriften auf den Gebieten der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, des Wettbewerbs, des Datenschutzes, des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen, des Verbraucherschutzes, des elektronischen Geschäftsverkehrs und der Finanzdienstleistungen) als auch die Unberührtheitsklausel des Abs. 4 Satz 2 (betreffend mitgliedstaatliches Zivilrecht) erkennen, dass damit kein Rückzug der Anwendbarkeit der Verordnung im Verhältnis zu diesen Rechtsakten gemeint ist, also keine Subsidiaritätsanordnung. Vielmehr soll damit nur eine Normenkonkurrenz, ein Nebeneinander der (beiderseits anwendbaren) Vorschriften der Verordnung und der angesprochenen mitgliedstaatlichen und unionsrechtlichen Rechtsakte zum Ausdruck gebracht werden.

⁸⁷ EG Nr. 13 P2B-VO.

⁸⁸ *Tribess*, P2B-Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz von Online-Diensten, GWR 2020, 233 (234).

Für das Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Recht, soweit dies in Abs. 4 thematisiert ist, steht das nach der Formulierung der Klauseln außer jeden Zweifels: In beiden Fällen (also die unbeschadet bleibenden Vorschriften des mitgliedstaatlichen Lauterkeitsrechts und das unberührt bleibende nationale Zivilrecht) steht die Betonung der Anwendbarkeit staatlichen Rechts unter dem ausdrücklichen Vorbehalt: „soweit die relevanten Aspekte nicht durch diese Verordnung geregelt werden“. Danach ist klar, dass die Verordnung keineswegs hinter dem mitgliedstaatlichen Wettbewerbs- und Vertragsrecht, insbesondere dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen im BGB, zurücktritt, dessen uneingeschränkte Anwendbarkeit vielmehr umgekehrt nur für die Gegenstände zulässt, zu denen die Verordnung selbst keine Regelung trifft.⁸⁹ Dieses von der Verordnung intendierte und durch Art. 1 Abs. 4 zum Ausdruck gebrachte Komplementärverhältnis zu den – also nicht vollständig verdrängten – Vorschriften des mitgliedstaatlichen AGB-Rechts und Wettbewerbsrechts trägt sachlich dem „rudimentären Charakter“⁹⁰ der im Wesentlichen nur formelle Transparenzanforderungen errichtenden Unionsverordnung Rechnung. Allerdings wird in der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Fachliteratur konstatiert, dass hinsichtlich des Ineinandergreifens der Verordnungsvorgaben und des ergänzend anwendbaren staatlichen Rechts derzeit noch viele Fragen unklar und erst in der künftigen gerichtlichen Praxis zu klären sein werden. Das aber sind Fragen der konkreten Konkurrenzlagen und ggf. auftretender Kollisionsprobleme (mit punktuellen Einwirkungen oder auch Verdrängungswirkungen hinsichtlich einzelner mitgliedstaatlicher Regelungen). Die uneingeschränkte Anwendbarkeit der Regelungen der P2B-Verordnung, soweit diese getroffen sind, auch in der Konkurrenz mit den in Art. 1 Abs. 4 aufgeführten mitgliedstaatlichen Regelungen wird dadurch nicht berührt.

Bei Art. 1 Abs. 5 P2B-VO, der das Verhältnis zu anderen unionsrechtlichen Regelungen auf den in der Bestimmung angeführten Sektoren betrifft, fehlt zwar der ausdrückliche Vorbehalt einer (vorrangigen) Anwendung der Verordnung. Auch hier spricht aber nichts für eine normative Aussage dieser Klausel dahingehend, dass kartellrechtliche, datenschutzrechtliche usw. Regelungen des anderweitigen Unionsrechts (einschließlich von auf mitgliedstaatliche Umsetzung angelegten Richtlinien) schon die grundsätzliche Anwendbarkeit der P2B-Verordnung in deren Anwendungsbereichen ausschließen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass „beide Regelungsbereiche“ [i. E. diejenigen der P2B-VO und des unionsrechtlich geprägten Kartellrechts] nebeneinanderstehen, wobei Wechselwirkungen nicht ausgeschlossen sind“.⁹¹

Auch hier geht die Verordnung offenbar von einem – allerdings in vielerlei Hinsicht noch ungeklärten, durch die Verordnung selbst auch nicht erhellten⁹² – Ergänzungsverhältnis aus:⁹³ So kann sich aus dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV) ein materieller Dis-

⁸⁹ S. etwa *Voigt/Reuter*, Platform-to-Business-Verordnung, MMR 2019, 783 (787): „Nach Art. 1 Abs. 4 P2 B-VO verdrängen die Regelungen der Verordnung die nationalen Vorschriften nur, soweit die relevanten Aspekte durch die P2 B-VO geregelt werden. Bereiche, die nicht von der P2B-VO erfasst sind, kann der nationale Gesetzgeber regeln. Im Falle einer Überschneidung hat die P2B-VO Vorrang. Das bedeutet auch, dass die Wirksamkeit von AGB in Bezug auf die von der P2B-VO geregelten Aspekte in Zukunft nicht mehr am Maßstab der §§ 305 FF. BGB, sondern an den Regelungen der P2B-VO zu messen ist.“

⁹⁰ *Schneider/Kremer*, WRP 2020, 1128 Rn. 20.

⁹¹ *Alexander*, WRP 2020, 945, Rn. 33.

⁹² Kritisch *Schneider/Kremer*, WRP 2020, 1128, Rn. 18: „Formulierungen [in Art. 1 Abs. 4 und 5 P2B-VO] sind nicht hilfreich“.

⁹³ *Polley/Pesch/Tönnies*, Die P2B-Verordnung und ihre Bedeutung für das Kartellrecht, WuW 2019, 494 ff. („kommt der P2B-VO [...] gegenüber der kartellrechtlichen Bewertung allenfalls eine ergänzende Bedeutung zu“, „lediglich eine unterstützende Wirkung“).

kriminierungsschutz ergeben, den die bloßen Transparenzvorgaben der P2B-VO noch nicht gewährleisten; ein weitergehender kartellrechtlicher (wie auch lauterkeitsrechtlicher) Missbrauchsschutz ist durch das formale Transparenzregime der Verordnung nicht ausgeschlossen.⁹⁴ Kann ein Verstoß gegen die aus der P2B-VO geforderte Transparenz schon als solcher ggf. als kartellrechtlicher Missbrauch gewertet werden, so können die Transparenzstandards darüber hinaus auch Grundlage einer an ihre Verletzung anknüpfenden kartellrechtlichen Missbrauchsbeurteilung sein.⁹⁵

Zu konstatieren ist mithin, dass die P2B-VO in ihren Klauseln in Art. 1 Abs. 4 und 5 keine Bereichsausnahmen oder Subsidiaritätsanordnungen hinsichtlich des eigenen Anwendungsbereichs normiert.

Eine sachliche Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Reihe von Vorschriften der P2B-VO, soweit Online-Vermittlungsdienste betroffen sind, kann allerdings darin gesehen werden, dass diese Vorschriften die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen voraussetzen. Tatbestandlich setzen namentlich Art. 3, Art. 5 Abs. 1, Art. 6, Art. 7 Abs. 1, Art. 8, 9, 10 P2B-VO voraus, dass AGB durch den Vermittlungsdienst eingesetzt werden; an diese Verwendung knüpfen dann die AGB-bezogenen Pflichten der Online-Vermittlungsdienste aus den genannten Vorschriften an. Die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Vertragsverhältnis von Online-Vermittlungsdienst und gewerblichem Nutzer ist also bei genauer juristischer Betrachtung als solche nicht Rechtsfolge der genannten Regelungen der P2B-Verordnung, sondern ihre Voraussetzung. Sie ist daher für den Regelungsgehalt dieser Regelungen anwendungsbereichseröffnend (und auch -begrenzend). Erwägungsgrund Nummer 14 lässt dies deutlich erkennen:

„Die Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten neigen dazu, vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden, und um gewerbliche Nutzer erforderlichenfalls wirksam zu schützen, *sollte diese Verordnung dann Anwendung finden*, wenn die für ein Vertragsverhältnis geltenden allgemeinen Geschäftsbedingungen – unabhängig von ihrer Bezeichnung oder ihrer Form – von dem Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten einseitig festgelegt werden.“ (Hervorh. M.C.)

Die Anwendbarkeit der genannten Vorschriften, die die meisten Transparenzvorgaben für Online-Vermittlungsdienste, also insbesondere auch soziale Netzwerke, enthalten, diese aber auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und deren Gestaltung beziehen, hängt also davon ab, dass entsprechende Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden. Mit diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 10 P2B-VO zufolge – entsprechend dem Regelungsgegenstand der Verordnung (Plattform-to-Business) – nur solche Geschäftsbedingungen gemeint, die für das Vertragsverhältnis zwischen Online-Vermittlungsdiensten und gewerblichen Nutzern gelten,⁹⁶ also nicht etwa terms of services oder gar

⁹⁴ Alexander, WRP 2020, 945, Rn. 33.

⁹⁵ Polley/Pesch/Tönnies, WuW 2019, 494 ff.

⁹⁶ Art. 2 Nr. 10 P2B-VO lautet: „allgemeine Geschäftsbedingungen“ alle Bedingungen oder Bestimmungen, die unabhängig von ihrer Bezeichnung oder Form das Vertragsverhältnis zwischen dem Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und ihren gewerblichen Nutzern regeln und einseitig vom Anbieter der Online-Vermittlungsdienste festgelegt werden, wobei diese einseitige Festlegung auf der Grundlage einer Gesamtbewertung festgestellt wird, im Rahmen derer die relative Größe der betroffenen Parteien, die Tatsache, dass Verhandlungen stattgefunden haben, oder die Tatsache, dass einzelne Bestimmungen in diesen Bedingungen möglicherweise Gegenstand von

Gemeinschaftsstandards sozialer Netzwerke im Verhältnis zu den nicht gewerblichen registrierten Nutzern.

Diese Beschränkung ist für die im Medienstaatsvertrag hinsichtlich der sozialen Netzwerke vorgesehenen Transparenzvorgaben von Bedeutung, darauf wird sogleich zurückzukommen sein.

Für Suchmaschinen gilt keine entsprechende Begrenzung, weil die insoweit vorgesehenen Transparenzpflichten, insbesondere diejenige des Art. 5 Abs. 2 P2B-VO, nicht an ein Vertragsverhältnis zwischen den Suchmaschinenbetreiber und dem Onlinehändler und damit auch nicht an Allgemeine Geschäftsbedingungen für dieses Verhältnis anknüpfen.

c) Überschneidungstest: Vergleich der Anwendungsbereiche

Die Feststellung, dass sich die Anwendungsbereiche der P2B-Verordnung und des Medienstaatsvertrages hinsichtlich der Medienintermediärregulierung in persönlicher und sachlicher Hinsicht überschneiden, also ein konkurrierender Anwendungsanspruch beider Regelungen vorliegt, bedarf nach alledem keiner breiten Ausführungen:

aa) Suchmaschinen

Bei den Suchmaschinen als Normadressaten ist die Anwendungsbereichs-Überlappung sofort erkennbar: Erfasst sind nach den Definitionen beider Regelwerke jedenfalls Anbieter allgemeiner Suchmaschinen ohne sachliche Spezialisierung mit der Funktion einer (grundsätzlich) umfassenden Web-Recherche oberhalb der quantitativen Mindestschwelle des § 91 Abs. 2 Nr. 1 MStV (eine Million Nutzer). Die Überschneidung setzt voraus, dass die Suchmaschinen sowohl auch journalistisch-redaktionelle Inhalte als auch die Webseiten von Online-Händlern indexieren und als Suchergebnis anzeigen. Auch davon ist bei den derzeit gebräuchlichen allgemeinen Suchmaschinen auszugehen.

Der Anwendungsbereich sowohl der Regelwerke insgesamt als auch der hier besonders zu betrachtenden Einzelregelungen (insbesondere: Transparenzregulierung) beschränkt sich in beiden Fällen nicht auf den spezifischen Tätigkeitsbereich der Suchmaschinen, auf den sich der Schutzzweck der Regelungen jeweils richtet: Dass eine Suchmaschine *auch* Informationen von gewerblichen Nutzern bzw. journalistisch-redaktionellen Inhalten offensteht und diese Inhalte vermittelt, ist jeweils Anwendungsvoraussetzung der Regelungen. Auf Suchmaschinen sind diese Regelungen aber nicht nur anwendbar, *soweit* sie gerade diese Kategorien von Inhalten anzeigen.⁹⁷

Der Verzicht auf ein Erfordernis der Niederlassung auf dem Gebiet der Europäischen Union und stattdessen die Anknüpfung einerseits an in Europa ansässige Onlinehändler (und ihre Kunden in Europa), andererseits an die Nutzung des Medienintermediärs in Deutschland führt zur beiderseitigen Einbeziehung auch der wichtigen nicht europäischen Anbieter von Suchmaschinen. Sachlich stimmt das Bereitstellen (bzw. des Angebots zur Bereitstellung) des Suchmaschinendienstes iSd der P2B-VO mit dem Anbieten des Dienstes als Medienintermediär iSd MStV überein.

Verhandlungen waren und gemeinsam von dem jeweiligen Anbieter und dem jeweiligen gewerblichen Nutzer festgelegt wurden, für sich genommen nicht entscheidend ist;

⁹⁷ S. zur insoweit anderen - schon tatbestandlich begrenzteren - Regelungstechnik des MStV für die Medienplattformen o., C. I. 1. a) aa).

bb) Online-Vermittlungsdienste bzw. sonstige Medienintermediäre

Bei den Online-Vermittlungsdiensten im Sinne der P2B-VO ist der tatbestandliche Überschneidungsbereich eingeschränkter als bei den Suchmaschinen, aber durchaus gegeben. So kann sich der vorstehenden Analyse zufolge eine Überschneidung mit dem MStV vor allem bei sozialen Netzwerken und bei Apps-Stores ergeben. Dienste hingegen, bei denen nicht zumindest die vom Anbieter intendierte Möglichkeit besteht, dass darüber auch Fernabsatzgeschäfte vermittelt werden, sind, wie oben gezeigt, ausgeschlossen, weil sie nicht der P2B-VO unterfallen (reine Peer-to-Peer-Netzwerke). Allerdings ist oben schon darauf hingewiesen worden, dass diese Voraussetzung bei vielen Netzwerken wohl nicht gegeben sein wird, weil die Option der Vermittlung geschäftlicher Transaktionen dort jedenfalls nicht strikt ausgeschlossen ist.

Auf der anderen Seite – aus Sicht des MStV – liegen Plattformen, die auf den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen „spezialisiert“ sind, also die online-Marktplätze im engeren Sinn (z.B. ebay) und Preisvergleichsportale, außerhalb des Anwendungsbereichs der materiellen Pflichten aus dem MStV (§ 91 Abs. 2 Nr. 2 MStV). Wann ein hinreichender Spezialisierungsgrad für das Eingreifen der Ausnahme anzunehmen ist, kann freilich Beurteilungsschwierigkeiten aufwerfen. Systematisch nachgerade zwingend ist, dass diese Anwendungsbereichsausnahme auch dann eingreift, wenn im Kontext des Produkt- oder Dienstleistungsportals *auch* Inhalte vermittelt werden, die journalistisch-redaktionelle Qualität haben. Sähe man dies anders, verlöre die Bereichsausnahme sinnwidrig jede Bedeutung, weil dann schon kein Medienintermediär vorläge. Für dieses Verständnis mag auch sprechen, dass die amtliche Begründung den darin angesprochenen Produkt- und Dienstleistungsportalen nicht mehr wie noch in den internen Anmerkungen zum Referentenentwurf (Stand: Okt. 2019) das Attribut „reine“ vorangestellt hat.

Allerdings relativiert die Begründung die Ausnahme für spezialisierte Intermediäre durch den Zusatz, dass die Portale „keine oder nur mittelbare Relevanz für Aspekte der Meinungsvielfalt aufweisen“. Unklar ist also, wie etwa Handelsportale, die zu einem nicht nur marginalen Teil auch den Erwerb publizistisch relevanter Inhalte („publizistische Waren und Dienstleistungen“) vermitteln, einzuordnen sind. An dieser Stelle sind mithin durchaus Abgrenzungsprobleme – die auch für das Verhältnis zur P2B-VO Bedeutung haben – vorstellbar, wenn etwa Portale nicht ausschließlich produkt- oder dienstleistungsbezogene Informationen, sondern daneben auch andere und auch redaktionell bearbeitete Inhalte bereitstellen oder wenn das Produkt oder die Dienstleistung gerade in der Verfügbarmachung eines publizistischen Inhalts besteht.⁹⁸ Die Konturen einer plausiblen Abgrenzung bei derartigen Hybridphänomenen können hier nicht präziser gezeichnet werden; ihre rechtliche Einordnung (im oder außerhalb des Anwendungsbereichs des MStV) wird der konkretisierenden Rechtsanwendung vorbehalten bleiben müssen. Dass sie aber grundsätzlich vorstellbar sind, dürfte deutlich sein.

Mit Blick auf den oben erörterten Umstand der Bezogenheit der meisten Pflichten der Online-Vermittlungsdienste auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen könnte man auf den Gedanken kommen, dass schon keine Anwendbarkeitskonkurrenz vorliege, weil die Bestimmungen über die Medienintermediäre im Medienstaatsvertrag eine derartige tatbestandliche Voraussetzung (Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verhältnis Intermediär und ge-

⁹⁸ S. zu dieser Möglichkeit – mit Blick auf soziale Netzwerke (Facebook) als Plattform für die Vermittlung von Abonnementverträgen mit Medienanbietern – Peukert, Faktenchecks auf Facebook aus lauterkeitsrechtlicher Sicht, WRP 2020, 391 Rn. 21.

werblichem Nutzer) nicht kennen. Rechtslogisch wäre eine solche Sichtweise aber nicht zutreffend: Begreift man die in den meisten Regelungen über die Online-Vermittlungsdienste geforderte Voraussetzung der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in jenem Vertragsverhältnis als Begrenzung des Anwendungsbereichs dieser Regelungen (s.o.), während der Medienstaatsvertrag eine solche Begrenzung nicht kennt, bedeutet dies nur, dass der Tatbestand (und Anwendungsbereich) der entsprechenden Vorschriften in der P2B-VO voraussetzungsreicher und daher enger geschnitten ist als derjenige der Regelungen des MStV. § 93 MStV normiert Offenlegungspflichten ungeachtet der Möglichkeiten, dass die Normadressaten (etwa Anbieter von sozialen Netzwerken) Allgemeine Geschäftsbedingungen überhaupt oder spezifisch für Vertragsverhältnisse mit gewerblichen Nutzern verwenden. Der Bestimmung lässt sich daher nicht die Normaussage entnehmen, sie sei auf Normadressaten, die Allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden, nicht anwendbar. Vielmehr sind die durch das weitere Tatbestandsmerkmal der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen qualifizierten Regelungen der P2B-Verordnung spezifisch für Online-Vermittlungsdienste nur spezieller als der allgemeineren, umfassend soziale Netzwerke, App Stores usw., soweit sie nur auch publizistische Inhalte vermitteln, einschließende Tatbestand, der die Transparenzobligationen des § 93 MStV auslöst.

Eine andere Frage ist, ob hinsichtlich der sich also überschneidenden Tatbestände (die engeren unionsrechtlichen Tatbestände für Online-Vermittlungsdienste, soweit sie Allgemeine Geschäftsbedingungen voraussetzen, gehen in dem weiteren Tatbestand für Medienintermediäre auf), miteinander unverträgliche oder aber kompatible Rechtsfolgen festgestellt werden können. Darauf ist im folgenden Abschnitt einzugehen.

2. Rechtsfolgenvergleich

Das schon wegen des größeren tatbestandlichen Überschneidungsbereichs näher liegende mögliche Konkurrenzproblem besteht im Hinblick auf die Suchmaschinen. Daher soll im Folgenden zunächst dieses Problem erörtert werden (a), daran anschließend dann die Frage, wie sich die Vorschriften hinsichtlich der Online-Vermittlungsdienste der P2B-Verordnung zur Medienintermediär-Regulierung des Medienstaatsvertrags verhalten (b).

a) Verpflichtungen für Suchmaschinen

aa) P2B-VO

Die Pflichten derjenigen, die Suchmaschinen bereitstellen, ergeben sich aus Art. 5 Abs. 2-7 sowie Art. 7 Abs. 2 P2B-VO (s.o., Teil A). Die Abmessung der Verpflichtungsinhalte aus diesen Vorschriften kann in drei Schritten erfolgen: Zunächst ist auf einer allgemeineren Ebene der Frage nachzugehen, welchen Regelungsgehalt die Vorschriften haben, insbesondere ob sie eine sachliche Begrenzung der in Rede stehenden Transparenzpflichten auf Unternehmenswebsites beinhalten oder ob sie sich auf die Such- und Anzeigemethodik der Suchmaschine hinsichtlich aller Suchanfragen und -ergebnisse beziehen (Transparenz-Gegenstand). Sodann ist auf die konkreten inhaltlichen Anforderungen aufgrund der Verpflichtungen einzugehen (Transparenz-Inhalt), schließlich auf die geforderte Art und Weise der Darstellung (Transparenz-Modus).

(1) Transparenz-Gegenstand

Das mögliche Konkurrenzproblem hat geringere Brisanz und könnte insbesondere durch eine unionsrechtskonforme Interpretation der deutschen Regelungen des Medienstaatsvertrages eher zu entschärfen sein, wenn der Regelungsgehalt der unionsrechtlichen Vorschriften eine gegen-

ständig begrenzte Reichweite hätte, sich also nur auf Suchmaschinen-Anzeigen von Unternehmenswebseiten beschränken würde. Im Idealfall ließen sich dann die Transparenzpflichten der P2B-Verordnung auf diese Teilklasse aller Suchmaschinenanzeigen begrenzen, diejenigen des MStV hingegen auf die Behandlung der Suchergebnisse von publizistischer Bedeutung (journalistisch-redaktionelle Inhalte). Beide Regelungsgegenstände berührten sich, abgesehen von dem allerdings immer noch nicht ausgeschlossenen möglichen Fall, dass Medieninhalte unternehmerisch angeboten werden, nicht und könnten ohne weiteres nebeneinanderstehen.

Art. 5 Abs. 2 P2B-VO, der die Basisregelung für die Informationspflichten der Online-Suchmaschinen-Betreiber ist, enthält textlich keinen Hinweis auf eine derartige Begrenzung, ebenso wenig wie Abs. 1 der Bestimmung hinsichtlich der Online-Vermittlungsdienste. Bezieht man allerdings den in Art. 2 Nr. 8 P2B-VO legal definierten Begriff des „Ranking“ sowie die einschlägigen Erwägungsgründe (Nr. 24-26) mit in die Betrachtung ein, ergibt sich recht deutlich, dass die Verordnung beide Kategorien von Normadressaten unterschiedlich behandelt.

Das „Ranking“ ist der Schlüsselbegriff für alle Pflichten des Art. 5 P2B-VO. Der Begriffsbestimmung in der Verordnung zufolge meint

„Ranking die relative Hervorhebung von Waren und Dienstleistungen, die über Online-Vermittlungsdienste angeboten werden, oder die Relevanz, die Suchergebnissen von Online-Suchmaschinen zugemessen wird, wie von Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten bzw. von Anbietern von Online-Suchmaschinen organisiert, dargestellt und kommuniziert, unabhängig von den für diese Darstellung, Organisation oder Kommunikation verwendeten technischen Mitteln;“

Das den Transparenzpflichten unterworfenen „Ranking“ bezieht sich mithin bei Online-Vermittlungsdiensten explizit nur auf die *Anzeige von Produkten und Dienstleistungen*, während diese thematische Beschränkung bei den Online-Suchmaschinen fehlt; hier ist nur allgemein von der *Relevanz von Suchergebnissen* die Rede. Diese unterschiedliche Reichweite der jeweiligen Klasse von Inhalten, hinsichtlich derer Informationen zum Ranking geleistet werden müssen, je nachdem, ob es um Online-Vermittlungsdienste oder Suchmaschinen geht, wird durch die Erwägungsgründe bestätigt. So heißt es in Erwägungsgrund Nr. 24:

„Der Begriff „Ranking“ bezieht sich auf die relative Hervorhebung der Angebote gewerblicher Nutzer oder die Relevanz, die Suchergebnissen zugemessen wird, wenn sie von den Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten oder von den Anbietern von Online-Suchmaschinen — unter Verwendung von algorithmischer Sequenzierung, Beurteilungs- oder Bewertungsmechanismen oder von visueller Hervorhebung oder anderen Hervorhebungsinstrumenten oder einer Kombination davon — dargeboten, organisiert oder kommuniziert werden.“

Erwägungsgrund Nr. 26, der sich spezifisch auf die Ranking-Transparenzpflichten von Suchmaschinen bezieht, lässt hingegen deutlich erkennen, dass sich die Angaben zum Ranking zwar auch, aber nicht nur auf die Unternehmens-Websites beziehen sollen:

„In gleicher Weise hat *das Ranking von Websites* durch die Anbieter von Online-Suchmaschinen, vor allem von Websites, über die Unternehmen ihre Waren und Dienstleistungen Verbrauchern anbieten, erhebliche Auswirkungen auf die Wahlmöglichkeiten

der Verbraucher und auf den geschäftlichen Erfolg von Nutzern mit Unternehmenswebsite. Anbieter von Online-Suchmaschinen sollten daher eine Erläuterung der Hauptparameter zur Verfügung stellen, die *das Ranking aller indexierten Websites, auch jener von Nutzern mit Unternehmenswebsite sowie anderer Websites*, und die relative Bedeutung dieser Hauptparameter gegenüber anderen Parametern bestimmen. Zusätzlich zur Berücksichtigung der Merkmale von Waren und Dienstleistungen und deren Relevanz für Verbraucher sollte diese Erläuterung zu Online-Suchmaschinen es den Nutzern mit Unternehmenswebsite auch ermöglichen, ein angemessenes Verständnis darüber zu erlangen, ob und gegebenenfalls wie und in welchem Umfang bestimmte Gestaltungsmerkmale einer Website, wie deren Optimierung für die Anzeige auf Mobilgeräten, berücksichtigt werden.“ (Hervorh. M.C.)

Offenkundig steht hinter dieser Unterscheidung die Vorstellung, dass es sich bei den von Online-Vermittlungsdiensten (Online-Marktplätzen usw.) angezeigten relevanten Inhalten im Wesentlichen nur um die Angebote gewerblicher Nutzer handelt – auf deren Sortierung und Präsentation sich die Informationspflichten daher auch nur beziehen müssen, während bei allgemeinen Suchmaschinen die Unternehmens-Websites nur eine Unterklasse von Inhalten ganz unterschiedlicher Art, die in den Suchergebnissen angezeigt werden, bilden. Für das Ranking der Unternehmens-Websites und damit deren Sichtbarkeit für potentielle Kunden kommt es daher nicht nur auf diese Unternehmens-Websites allein an, sondern auch auf ihre relative Bedeutung im Verhältnis zu anderen Suchergebnissen.

Die hier erörterte Frage des Regelungsgegenstandes der Transparenz-Verpflichtung in Art. 5 Abs. 2, 5 P2B-VO lässt sich mithin recht eindeutig dahingehend beantworten, dass dieser Regelungsgegenstand auch das allgemeine Ranking der Suchmaschine hinsichtlich aller Suchergebnisse umfasst, nicht nur (was immerhin auch denkbar wäre) die Rangfolge und Präsentation der miteinander konkurrierenden Unternehmens-Websites.

(2) Transparenz-Inhalte

Die in Art. 5 Abs. 2, 3, 5 sowie Art. 7 Abs. 2 P2B-VO aufgeführten Inhalte der Informationspflicht eines Suchmaschinen-Anbieters sind folgende:

- Darstellung der Hauptparameter, die einzeln oder gemeinsam für die Festlegung des Rankings am wichtigsten sind,
- relative Gewichtung dieser Hauptparameter
- Erläuterung der Auswirkungen der Zahlungen eines Entgelts auf das Ranking, wenn eine solche Beeinflussungsmöglichkeit besteht
- Erläuterung, die geeignet ist, Nutzern mit Unternehmenswebsite ein angemessenes Verständnis zu ermöglichen, ob und gegebenenfalls wie und in welchem Umfang der Rankingmechanismus erstens Merkmale der angebotenen Waren und Dienstleistungen, zweitens deren Relevanz für die Verbraucher, drittens Gestaltungsmerkmale der von Nutzern mit Unternehmens Website verwendeten Webseite berücksichtigt
- Erläuterung jeglicher etwaiger differenzierter Behandlung von Waren und Dienstleistungen, die von der Suchmaschine oder von einem von dieser kontrollierten Nutzer mit Unternehmenswebsite angeboten werden im Verhältnis zu Angeboten von sonstigen Nutzern mit Unternehmenswebsite (insb.: Self-Preferencing)

- Aktualisierung aller Erläuterungen so, dass Änderungen leicht erkennbar sind

Im Einzelnen:

Hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an die zu leistende Information sieht die Verordnung wiederum eine gegenüber den Online-Vermittlungsdiensten abweichende Fassung für Suchmaschinen vor: Während die Online-Vermittlungsdienste gehalten sind, die das Ranking bestimmenden „Hauptparameter“ und „die Gründe für die relative Gewichtung dieser Hauptparameter gegenüber anderen Parametern“ darzustellen, ist für die Suchmaschinen in Abs. 2 nur von einer Pflicht der Darlegung der Hauptparameter die Rede, dazu auch nur von denjenigen, „die einzeln oder gemeinsam für die Festlegung des Rankings am wichtigsten sind,“ sowie von einer Darstellung der „relativen Gewichtung dieser Hauptparameter“, nicht aber (wie in Abs. 1 für die Online-Vermittlungsdienste) von deren Gründen.

Soweit sich das Schrifttum mit dieser Frage befasst, werden diese Differenzierung und ihr Sinn als unklar bewertet⁹⁹ oder die Frage gestellt, ob es sich dabei um ein Versehen oder Absicht handele.¹⁰⁰ Tatsächlich deuten die Erwägungsgründe darauf hin, dass jedenfalls hinsichtlich der Pflicht zur Darstellung der relativen Gewichtung der Hauptparameter gegenüber anderen Parametern entgegen dem ersten Wortlaut-Anschein kein signifikanter Unterschied zwischen beiden Normadressaten bestehen soll. In dem Suchmaschinen betreffenden Erwägungsgrund Nr. 26 ist vielmehr genauso wie in Art. 5 Abs. 1 (hier für Online-Vermittlungsdienste) davon die Rede, dass die Anbieter von Online-Suchmaschinen „die relative Bedeutung der Hauptparameter gegenüber anderen Parametern bestimmen“ sollen. Insofern handelt es sich daher in 5 Abs. 2 P2B-VO offenbar nur um eine abkürzende Formulierung, ohne sachlichen Unterschied zu Art. 5 Abs. 1 P2B-VO.

Richtigerweise dürfte auch die Pflicht zur Bereitstellung von „Erläuterungen“ in Art. 5 Abs. 2 P2B-VO sachlich mit der Pflicht, die relative Gewichtung der Hauptparameter zu begründen, in Art. 5 Abs. 1 P2B-VO übereinstimmen.¹⁰¹ Auch dass die in Abs. 5 Buchst. a) (Merkmale von Waren und Dienstleistungen) und b) (Relevanz dieser Merkmale für die Verbraucher) besonders aufgeführten Kriterien, ferner der in Abs. 3 behandelte Ranking-Einflussfaktor eines geleisteten Entgelts sowie die Angaben zum Self-Preferencing (Art. 7 Abs. 1 und 2 P2B-VO)¹⁰² in gleicher Weise für beide Anbieter-Kategorien gelten, spricht zunächst für eine im Wesentlichen übereinstimmende Lesart der inhaltlichen Anforderungen an die Transparenz.

Als zusätzliches, in der Erläuterung spezifisch von Online-Suchmaschinen-Anbietern zu berücksichtigender Parameter, der kein Gegenstück auch bei den Online-Vermittlungsdiensten hat, sind allerdings in Art. 5 Abs. 5 Buchst. c) P2B-VO die Gestaltungsmerkmale der Website, die von Nutzern mit Unternehmenswebsite verwendet werden, genannt.

Diese, überwiegend, von den erwähnten wohl nur sprachlichen, aber nicht substantiellen Inkongruenzen abgesehen, auf Parallelität der Pflichten von Online-Vermittlungsdiensten und Suchmaschinen angelegten, in Art. 5 Abs. 5 c) dann aber noch eine zusätzliche suchmaschinen-

⁹⁹ *Busch*, GRUR 2019, 788 (793).

¹⁰⁰ *Schneider/Kremer*, WRP 2020, 1128, Rn. 43.

¹⁰¹ So wohl auch *Voigt/Reuter*, MMR 2019, 783 (786).

¹⁰² Art. 7 Abs. 1 Satz 2 konkretisiert die insoweit geforderten Angaben – unmittelbar für Online-Vermittlungsdienste, aber angesichts der Identität der Pflichten für Suchmaschinen in Abs. 2 sicherlich auch auf diese übertragbar – so: „Diese Erläuterung bezieht sich auf die wichtigsten wirtschaftlichen, geschäftlichen oder rechtlichen Erwägungen, die einer solchen differenzierten Behandlung zu Grunde liegen.“

spezifische Berücksichtigungspflicht vorsehenden Regelungen ebenso wie die Erwägungsgründe erwecken insgesamt den Eindruck, dass der Ordnungsgeber hinsichtlich der Transparenzpflicht für Suchmaschinen den Spagat versucht, Suchmaschinen einerseits zwar in ihrer Eigenart als allgemeine, gerade nicht auf Produkt- und Dienstleistungsinformationen beschränkte Suchdienste zu erfassen – dafür spricht schon der oben behandelte weite (von Online-Vermittlungsdiensten abweichende) Transparenzgegenstand, der gerade nicht nur Unternehmenswebsites und deren Sortierung betrifft – , andererseits aber doch *auch Suchmaschinen gerade in ihrer Vermittlungsfunktion für Online-Händler* (und deren spezifischem Transparenzinteresse) transparent zu machen. Die Verordnung verwendet daher für beide Verpflichtungsadressaten dieselben Begriffe (Ranking, Hauptparameter im Verhältnis zu anderen [„Neben“-]Parametern, relative Gewichtung) und fordert von beiden die Erläuterung bestimmter gerade für den Onlinehandel besonders wichtiger produktbezogener Parameter, obwohl für das Ranking von Suchergebnissen einer allgemeinen Suchmaschine mit hoher Wahrscheinlichkeit signifikant andere Regeln und Kriterien eingesetzt werden als für die Listung und Sortierung nur von Händler-Informationen auf einem Online-Marktplatz.

Auf den faktisch doppelfunktionalen Charakter der von den Suchmaschinen-Anbietern eingeforderten Transparenzpflichten machen die Erwägungsgründe selbst schließlich auch noch einmal mit Bezug zu der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 P2B-VO auferlegten Pflicht zur Aktualisierung der Erläuterungen („[Die Anbieter von Online-Suchmaschinen] sorgen dafür, dass diese Beschreibungen stets aktuell sind.“) aufmerksam: Inhaltlich wird die Aktualisierungspflicht so umschrieben, dass „beispielsweise“ (offenbar nicht ausschließlich) „Änderungen der Hauptparameter leicht erkennbar“ sein müssen. Unmittelbarer Schutzzweck der Aktualisierungspflicht ist zwar – dem Schutzzweck der Verordnung insgesamt entsprechend – „die Vorhersehbarkeit für Nutzer mit Unternehmenswebsite“. Jedoch komme, „eine aktuelle Beschreibung der Hauptparameter [...] auch anderen Nutzern zugute“.¹⁰³

Wie dieser Spagat zwischen der Erläuterung einerseits von allgemeinen, die Suchergebnis-Anzeige insgesamt betreffenden, andererseits von spezifischen, gerade die Unternehmens-Websites betreffenden Parametern bei Suchmaschinen aufzulösen sein wird, lässt sich der Verordnung mit ihren Erwägungsgründen nicht des Näheren entnehmen. Es wird den in Art. 5 Abs. 7 vorgesehenen Transparenzleitlinien der Kommission vorbehalten bleiben, diese Unklarheiten und diese grundsätzliche Spannung bei Suchmaschinen (nicht bei Online-Vermittlungsdiensten!) zwischen allgemeinen Parametern und online-handels-spezifischen Parametern zu verarbeiten und in operationalisierbare Handlungsanweisungen für die Anbieter umzusetzen. Daher lässt sich bis auf weiteres auch nicht näher beschreiben, welche Parameter über die in Art. 5 Abs. 3 und 5 P2B-VO genannten hinaus *jedenfalls* als *Hauptparameter* zu erläutern sind. Die in Erwägungsgrund Nr. 24 – hier unmittelbar mit Bezug auf die Online-Vermittlungsdienste, aber wohl übertragbar auch auf Online-Suchmaschinen – formulierte Umschreibung der Hauptparameter bleibt so allgemein, dass sie kaum Unterscheidungskraft gegenüber den Nebenparametern entfalten kann.¹⁰⁴

Festgehalten werden kann daher, auf der Grundlage des Verordnungstextes und der Erwägungsgründe, nur folgendes: In der Erläuterung des Suchmaschinenanbieters zu behandeln sind je-

¹⁰³ Alle Zitate: EG Nr. 26, 2. Absatz P2B-VO.

¹⁰⁴ EG Nr. 24 Satz 7 P2B-VO: „Als Hauptparameter gelten alle allgemeinen Kriterien, Prozesse und spezifischen Signale, die in die Algorithmen eingebunden sind, oder sonstige Anpassungs- oder Rückstufungsmechanismen, die im Zusammenhang mit dem Ranking eingesetzt werden.“

denfalls (obligatorische Aspekte) die in der Verordnung explizit genannten online-handelsspezifischen bzw. Unternehmens-Website-spezifischen Merkmale, also die Merkmale von Waren und Dienstleistungen und deren Relevanz für die Verbraucher sowie die Gestaltungsmerkmale einer Unternehmens-Webseite, schließlich die Bedeutung einer Entgeltzahlung für den Rang unter den Suchergebnissen. Diese obligatorischen Aspekte sind in der Weise zu erläutern, dass den Nutzern mit Unternehmenswebsites ein „angemessenes Verständnis der Frage“ ermöglicht wird, „ob und gegebenenfalls wie und in welchem Umfang der Rankingmechanismus [jene Merkmale] berücksichtigt“ (Art. 5 Abs. 5 P2B-VO). Zweitens sind jedenfalls einige Kriterien (welche und wieviele, bleibt unklar) für das Ranking der allgemeinen Suchergebnisanzeige – immer auf dem aktuellen Stand – als Hauptparameter auszuweisen und ist in einer geeigneten Weise, so möglicherweise durch prozentuale Gewichtsangabe (zum Beispiel: 70 % Hauptparameter, 30 % sonstige Parameter),¹⁰⁵ ihr relatives Gewicht zu benennen. Wird ein Self-Preferencing suchmaschineneigener oder von der Suchmaschine kontrollierter Angebote praktiziert, sind dies sowie die wichtigsten dieser differenzierenden Behandlung zu Grunde liegenden Erwägungen offenzulegen,

Die Verordnung zieht der Transparenzpflicht schließlich durch die Vorgabe Grenzen, dass sowohl Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten als auch von Online-Suchmaschinen nicht verpflichtet sind, Algorithmen oder Informationen offenzulegen, die mit hinreichender Sicherheit dazu führen würden, dass eine Täuschung oder Schädigung von Verbrauchern durch die Manipulation von Suchergebnissen möglich wird (Art. 5 Abs. 6 P2B-VO). Diese Formulierung könnte den Eindruck erwecken, dass eine Offenlegung des Algorithmus nur in einem wahrscheinlichen Täuschungs- oder Schädigungsfall ausgeschlossen ist, sonst aber geboten sein kann. Dem tritt allerdings Erwägungsgrund Nr. 27 entgegen, demzufolge Anbieter beider Normadressaten-Kategorien *generell* nicht verpflichtet sein sollen, „die detaillierte Funktionsweise ihrer Rankingmethoden – einschließlich der Algorithmen – offenzulegen“. Vielmehr ist eine „allgemeine Erläuterung der für das Ranking verwendeten Hauptparameter“ für die Wahrung des Interesses des Nutzers mit Unternehmens Websites hinreichend.

Art. 5 Abs. 6 Satz 2 P2B-VO bestimmt zudem, dass die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie (EU) 2016/943 „unbeschadet“ bleiben soll. Damit ist offenbar gemeint (aber nicht präzise geregelt), dass auch der (grundrechtlich verankerte) Schutz von Geschäftsgeheimnissen einer zu weitgehenden Offenlegung von Informationen über den Algorithmus entgegensteht,¹⁰⁶ obwohl die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie thematisch gesetzliche Offenlegungspflichten hinsichtlich eigener Geschäftsgeheimnisse des Verpflichteten gar nicht betrifft und auch nicht hindert. Jedoch – inwieweit relativiert die P2B-VO die Bedeutung des Verweises auf die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie in den Erwägungsgründen selbst wieder – sollen die geschäftlichen Interessen der Anbieter „niemals dazu führen“ können, „dass die Offenlegung der für das Ranking entscheidenden Hauptparameter verweigert wird“. „Zumindest auf aktuelle Daten zur Relevanz der für das Ranking verwendeten Parameter“ solle sich die Erläuterung - insoweit nicht gehindert durch die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie – stützen können.¹⁰⁷

Nur der Vollständigkeit hingewiesen werden soll hier noch auf die spezifische Auskunftspflicht, die dem Anbieter einer Suchmaschine *im Einzelfall* gegenüber einem Nutzer mit Un-

¹⁰⁵ So *Busch*, GRUR 2019, 788 (793).

¹⁰⁶ *Busch*, GRUR 2019, 788 (793)

¹⁰⁷ EG Nr. 27 P2B-VO.

ternehmenswebsite obliegt, wenn dessen Website aufgrund der Beschwerde eines Dritten aus- gelistet oder geändert worden ist (Art. 5 Abs. 4 P2B-VO). Diese Einzelfall-Pflicht geht dahin, dem Nutzer Einblick in die Beschwerdemitteilung zu gewähren.

(3) Transparenz-Modus

Art. 5 Abs. 2 P2B-VO verlangt, dass die Erläuterungen klar und verständlich formuliert sein und öffentlich und leicht verfügbar sein müssen. Im einschlägigen Erwägungsgrund wird er- gänzend ausgeführt, dass diese Erläuterung „an einer offensichtlichen und leicht zugänglichen Stelle der jeweiligen Online-Suchmaschine öffentlich verfügbar“ gemacht werden muss. Nicht als leicht und öffentlich zugänglich gelten sollen hingegen „Bereiche von Websites, bei denen sich die Nutzer einloggen oder registrieren müssen.“

bb) MStV

Auch bei der Transparenzregulierung in § 93 MStV ist sinnvollerweise nach Gegenstand und Inhalt der Informationspflichten sowie der geforderten Art und Weise der Informationsleistung zu differenzieren.

(1) Transparenz-Gegenstand

Auch die Informationspflichten aus § 93 MStV (wie diejenigen der P2B-VO für Suchmaschi- nen) sind dem Text der Bestimmung zufolge nicht spezifisch nur auf eine Teilgruppe von In- halten bezogen und beschränkt, die von dem Medienintermediär vermittelt werden, insbeson- dere nicht nur auf journalistisch-redaktionelle Inhalte. Das wird so zu verstehen sein, dass – korrespondierend dem weiten Anwendungsbereich der Intermediär-Regulierung, welche Platt- formen in ihrer Gesamtheit als Medienintermediäre definiert, wenn sie nur *auch* journalistisch- redaktionelle Inhalte zugänglich machen (s. o.) – § 93 MStV Medienintermediäre mit allen ihren Inhalten der Transparenzpflicht unterwirft, auch hier (wie schon beim persönlichen An- wendungsbereich) anders als bei den Medienplattformen, bei denen die Transparenzpflicht ge- genständlich nur die Grundsätze für die Auswahl von Rundfunk und publizistisch relevanten Telemedien betrifft (§ 85 Satz 1 MStV). Für Suchmaschinen als Medienintermediäre bedeutet dieses Verständnis, dass ihre *gesamte Indexierung sowie Sortierung und Präsentation aller Su- chergebnisse* den Pflichten des § 93 unterliegt, nicht etwa nur die Behandlung von Inhalten, die Bedeutung für die Meinungsbildung haben.

Diese „überschießende“, das gesamte Ranking des Medienintermediärs umfassende Reichweite der Transparenzpflicht dürfte naheliegender Weise, wie bei der Suchmaschinen-Regulierung in der P2B-VO, dem Umstand geschuldet sein, dass bei der Funktion allgemeiner Suchmaschinen der Sortieralgorithmus sämtliche indexierten Inhalte aller Arten verarbeitet, es also nicht ver- schiedene nebeneinander liegende und arbeitende Rankingsysteme für unterschiedliche Inhal- teklassen gibt. Vergleichbares dürfte für die Sortierung in den Newsfeeds sozialer Netzwerke u.ä. gelten. Eine Informationspflicht, die auf die Offenlegung von Kriterien für das Ranking gerichtet ist, kann aus dieser Sicht bei diesen verschiedene Inhalte integrierenden Diensten eben nur auf das einheitliche Gesamt-Ranking, in dem auch, aber nicht nur Inhalte mit publizistischer Bedeutung mitverarbeitet werden, gerichtet sein.

So einleuchtend dies ist, so wenig ist es doch zwingend in dem Sinn, dass eine spezifischer auf publizistische Inhalte bezogene Informationsleistung zur Sortierung und Darstellung schlecht- hin unmöglich wäre. Denkbar wäre durchaus auch gewesen, die medienrechtliche Transparenz- pflicht nicht auf das Ranking der Suchmaschinen, sozialen Netzwerke usw. insgesamt zu er- strecken, sie vielmehr auf die Behandlung gerade von publizistisch relevanten Inhalten im Rah-

men dieses Rankings zu beschränken. Darzulegen wären dann nicht die allgemeine Funktionsweise des Algorithmus, die hauptsächlich für die Sortierung relevanten Kriterien usw., sondern etwa nur, ob und wenn ja wie publizistisch relevante Inhalte als solche vom Rankingmechanismus erfasst sowie relativ zu anderen Inhalten und im Verhältnis untereinander gewichtet werden. Systematisch hätte eine derartige Begrenzung des Gegenstandes der Transparenz auch möglicherweise besser zu der Diskriminierungsschutz-Regelung des § 94 MStV gepasst, die ihren Schutz explizit auf die journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote beschränkt (Abs. 1, 3), also gerade keine Regelung umfassender und allgemeiner kommunikativer Chancengleichheit in Suchmaschinen, sozialen Netzwerken usw. ist. Ein derartiges systematisches Argument aus § 94 könnte umso triftiger erscheinen, als die Diskriminierungsschutz-Regelung in ihrer endgültig beschlossenen Fassung an die Transparenz-Regelung anschließt und auf dieser aufbaut: Die in Erfüllung der Transparenzpflicht offenzulegenden Kriterien bilden zugleich den Maßstab für die Beurteilung eines Umgangs mit einem Inhalt als diskriminierend oder nicht.¹⁰⁸

Festzuhalten ist jedoch, dass die nun getroffene Regelung in § 93 MStV einen derartigen spezifischen Bezug auf journalistisch-redaktionell gestaltete Inhalte nicht enthält, damit auch keine gegenständliche Beschränkung des Regelungsgehalts in dem beschriebenen Sinn vorsieht. Die vorstehenden Überlegungen machen aber immerhin deutlich, dass eine solche Beschränkung grundsätzlich rechtspolitisch denkbar wäre. Sie wäre, und das macht sie für den hier erörterten Kontext interessant, darüber hinaus auch geeignet, die Konkurrenz zur unionsrechtlichen Ranking-Regulierung zumindest erheblich zu entschärfen, indem die deutsche medienrechtliche Regelung nicht mehr den Anspruch erhöhe, Informationspflichten zum Ranking-Mechanismus von allgemeinen Suchmaschinen als solchem zu regeln, sich vielmehr entsprechend ihrem medienrechtlichen Schutzzweck auf spezifischere Zusatzinformationen des Suchmaschinenanbieters neben den schon unionsrechtlich geregelten zentralen Ranking-Kriterien beschränkte. Eine solche Beschränkung und damit Entschärfung des Konflikts mit dem Unionsrecht könnte ggf. auch im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung und Anwendung des § 93 MStV bei unverändertem Staatsvertrags-Text in Betracht kommen. Allerdings käme es darauf nur an, wenn die Regelung des MStV ansonsten mit der P2B-VO unvereinbar wäre und keine Anwendung finden könnte (s. dazu die weiteren Betrachtungen).

(2) Transparenz-Inhalte

§ 93 Abs. 1 MStV unterscheidet bei den offenzulegenden Kriterien zwischen denjenigen, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden, und denjenigen für die „Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache.“ Nur hinsichtlich der zweiten Kategorie beschränkt die Bestimmung die Informationspflicht auf die zentralen Kriterien, während das Attribut „zentral“ bei den den Zugang (und Verbleib) betreffenden Kriterien fehlt. Der Sinn und die Bedeutung dieser Unterscheidung, die schon im ersten Entwurf der Rundfunkkommission von 2018 enthalten war, sind unklar, und zwar sowohl hinsichtlich der Unterscheidung zwischen zugangsbezogenen Kriterien und solchen, die die Aggregation, Selektion und Darstellung betreffen, als auch hinsichtlich der Differenzierung zentraler und nicht nur zentraler (damit also aller?) Kriterien. Wenn die „Aggregation“ entsprechend der amtlichen Begründung zur Definition des Medienintermediärs

¹⁰⁸ Vgl. Begr. zu § 94: „Die nach „§ 93 Abs. 1 bis 3 zu veröffentlichenden Kriterien“, die unter Umständen von den tatsächlich veröffentlichten Kriterien abweichen, stellen damit zugleich den Maßstab für das Diskriminierungsverbot dar.“

den „ersten Schritt der Informationsverarbeitung“, mithin denjenigen der „Informationsgewinnung bzw. -sammlung“, meint, scheint damit doch durchaus auch schon das Crawling und die Indexierung erfasst zu sein. „Aggregation“ und „Selektion“ zusammen sind damit Verarbeitungsschritte, die über den Zugang und den Verbleib von Inhalten im Speicher des Medienintermediärs entscheiden. Weder die Begründung zu § 93 MStV noch die internen Anmerkungen zum Entwurf der Rundfunkreferenten geben irgendwelche hilfreichen Hinweise, wie diese Differenzierungen zu verstehen sein sollen. Der auf § 93 Abs. 1 Nr. 1 bezogene Satz der Begründung, wonach „dem durchschnittlichen Nutzer eines Medienintermediärs die wesentlichen Grundzüge der technischen Vorgänge, die zu bestimmten Ergebnissen führen, zu erläutern“ seien, ist ganz allgemein und weist überhaupt keinen Bezug zu inhaltlichen Kriterien für den Zugang zu einer Plattform oder den Ausschluss des Zugangs auf. Die einzige inhaltliche Erläuterung zu den „Kriterien dieses Absatzes“ (Abs. 1 des § 93) liefert die Begründung mit den – eher trivialen – Beispielen des Standorts des Nutzers oder dessen Sprache.

Eine gewisse Plausibilität hinsichtlich der unterschiedlichen Behandlung der Kriterien in Nr. 1 und Nr. 2 hätte allenfalls die Vorstellung, dass die Kriterien für die Aufnahme oder den Ausschluss eines Inhalts in den Index zugleich sowohl einfacher (z.B. Verstoß eines Inhalts gegen staatliche Gesetze oder community standards) und überschaubarer (als die hochkomplexe Sortierungsentscheidung) als auch schlechthin entscheidend für die Zugänglichkeit eines Inhalts sind und insoweit daher eine relativ strengere Transparenzpflicht möglich und auch angemessen sei.

Etwas ausführlicher verhält sich die Begründung zu den Grenzen der Informationspflicht hinsichtlich der Kriterien. Zum einen soll der Anbieter des Medienintermediärs „im Rahmen der Vorgaben des § 93 grundsätzlich selbst die Mittel zur Erfüllung der Transparenzverpflichtung bestimmen“ können. Damit ist möglicherweise – auch das bleibt letztlich unklar – nicht nur die (äußere) Art und Weise der Verfügbarmachung der Informationen gemeint, sondern (auch) die inhaltliche Informationstiefe. Sollte die Regelungsabsicht der Verfasser so zu verstehen sein, würde dies bedeuten, dass die Anbieter nicht nur hinsichtlich der äußeren Darstellung, sondern auch in der Sache einen eigenen Gestaltungsspielraum beanspruchen könnten, der der Detailstärke einer Regelung der Vorgaben etwa im Satzungsrecht der Landesmedienanstalten Grenzen setzen würde.

Die Anbieter sollen ferner nicht dazu verpflichtet sein, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenzulegen. Ebenso wenig sollen Informationen geleistet werden müssen, „die mit hinreichender Sicherheit dazu führen würden, dass Dritten durch die transparent gemachten Informationen eine gezielte Täuschung oder Schädigung von Nutzern durch die Manipulation von Suchergebnissen ermöglicht wird.“ Die Begründung hält vor diesem Hintergrund fest, dass „eine Veröffentlichung des Algorithmus nicht erforderlich“ ist.

Wie Art. 5 P2B-VO enthält auch § 93 (Abs. 3) die Verpflichtung, Änderungen offenzulegen, und zwar in der Weise, dass sie „unverzüglich in derselben Weise wahrnehmbar zu machen“ sind.

Neben der Pflicht zur Information über die die Informationsauswahl und das Ranking steuernden Kriterien (Abs. 1) treten besondere Informationspflichten über eine etwaige thematische Spezialisierung (Abs. 2) und eine Gewährleistungspflicht der Intermediär-Anbieter für die Einhaltung der Kennzeichnungspflicht durch Anbieter von automatisierten Inhalten (social bots, Abs. 4).

Insgesamt lässt sich notieren, dass die Pflichten in inhaltlicher Hinsicht in erheblichem Maß unbestimmt und interpretationsbedürftig sind. Der Konkretisierungsaufgabe der Landesmedienanstalten gemäß § 96 MStV kommt daher auch für die nähere Festlegung der geforderten Transparenz-Inhalte (die, wie schon bemerkt, auch Voraussetzung für die Operationalisierung des Diskriminierungsschutzes gemäß § 94 MStV ist) unzweifelhaft erhebliche Bedeutung zu.

(3) Transparenz-Modus

Die Anbieter von Medienintermediären haben die geforderten Informationen „leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten“ (§ 93 Abs. 1 MStV). Die leichte Wahrnehmbarkeit bedeutet insbesondere, dass die Informationen „in einer leicht verständlichen Sprache vorzuhalten“ sind.¹⁰⁹ Die „Wahrnehmbarkeit“ schließt, im Fall der Sprachassistenten, auch die akustische Informationsvermittlung ein. Die Begründung verweist schließlich für die Modalität der Information auf die Grundsätze zur Impressumspflicht gemäß § 18 MStV und § 5 TMG, an die sich die Bestimmung des § 93 Abs. 1 MStV sprachlich anlehnt. Damit sind Präzisierungen einbezogen, die etwa in der Rechtsprechung und Kommentarliteratur zu § 5 TMG hinsichtlich der effektiven Wahrnehmbarkeit, der Unmittelbarkeit und der permanenten Verfügbarkeit von Informationen entwickelt worden sind.¹¹⁰

cc) Vergleichung

Die Kommission hat, wie eingangs bemerkt, in ihren Bemerkungen im Notifizierungsverfahren nicht nur eine tatbestandliche Überschneidung zwischen Art. 5 P2B-VO und der Intermediär-Regulierung in § 93 MStV konstatiert sowie auf die Sperrwirkung der Regelungen von EU-Verordnungen hingewiesen, sondern auch, „der Vollständigkeit halber“ die Einschätzung angemerkt, dass „§ 93 des notifizierten Entwurfs nicht nur hinsichtlich der verwendeten Sprache, sondern auch im Hinblick auf den Detaillierungsgrad der Informationen, welche die betreffenden Online-Plattformen offenlegen müssen, von der Bestimmung in Artikel 5 der Verordnung abzuweichen scheint.“

Ob diese Einschätzung wirklich zutrifft und in welcher Richtung die Abweichung verläuft, ist angesichts der erheblichen Unbestimmtheit der Transparenzpflichten in beiden Regelwerken nicht einfach zu beurteilen.

(1) Gegenständliche Überschneidung der Pflichten

Unzweifelhaft ist, dass sich Art. 5 Abs. 2 und die folgenden Absätze P2B-VO und § 93 MStV in ihren Regelungsgehalten (und nicht nur, wie oben dargelegt, im Anwendungsbereich) überschneiden: Beide Regelungen erfassen das allgemeine Ranking von Suchmaschinen, nicht nur je spezifische, sich thematisch nicht überlagernde Informationen. Sie verpflichten dieselben Anbieter von Suchmaschinen zu Informationsleistungen über den eingesetzten Rankingmechanismus. Schon mit der Feststellung dieser Anwendungsbereichs- und Regelungsgehalts-Überschneidung ist daher jedenfalls die (auch in den Kommissionsbemerkungen angesprochene) Frage aufgeworfen, ob überhaupt eine solche Konkurrenz mitgliedstaatlicher Regelung neben der Verordnungsregelung zulässig sein kann oder ob die Letztere den Anspruch abschließender Regelung erhebt. Darauf wird zurückzukommen sein (u. 3.).

¹⁰⁹ Begr. zu § 93 MStV.

¹¹⁰ S. z.B. *Micklitz/Schirmbacher*, in: *Spindler/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, TMG § 5 Rn. 26 ff.

Prekärer noch stellt sich die Lage dar, wenn die je getroffenen Regelungen miteinander unvereinbar sind, also eine Normenkollision vorliegt, weil dann, wenn der Normwiderspruch nicht durch unionsrechtskonforme Auslegung beseitigt werden kann, der verdrängende Anwendungsvorrang der EU-Verordnung greift (s.o.). Das setzt eine Analyse der von der Kommission behaupteten „Abweichungen“ voraus.

(2) Übereinstimmung von Regelungsinhalten

Zunächst lassen sich *Übereinstimmungen* zwischen den beiderseits errichteten Informationspflichten feststellen: Die Anbieter von Suchmaschinen müssen jedenfalls die besonders wichtigen („Haupt“-)Parameter (in deutscher Terminologie: Kriterien) für den Rankingmechanismus offenlegen. Die Offenlegung des Algorithmus als solchen ist nach beiden Regelungen nicht gefordert. Das Argument der Geschäftsgeheimnisse und des Schutzes vor Manipulationen durch Dritte begrenzt die Offenlegungspflichten gem. beiden Regelungen. Änderungen des Rankingmechanismus sind unverzüglich (das dürfte auch für die Aktualisierungspflicht nach der Verordnung gelten) in den Erläuterungen nachzuvollziehen und auch als solche kenntlich zu machen. Welche die zu beschreibenden Hauptparameter (bzw. zentralen Kriterien) sind, ist in beiden Fällen sachlich so unbestimmt, dass insoweit keine definitive, sich schon aus dem Normtext und den Begründungen ergebende Differenz diagnostiziert werden kann.

(3) Verpflichtungen ohne Überschneidung

Unterschiede zwischen den Regelungen bestehen darin, dass Art. 5 Abs. 2 ff. und Art. 7 Abs. 2 P2B-VO bestimmte spezifisch für den online-Handel wichtige Informationsinhalte, zu denen sich der Suchmaschinen-Anbieter jedenfalls verhalten muss, wenn sie für seinen Suchdienst Bedeutung haben, explizit hervorhebt (Waren-, Dienstleistungsleistungsmerkmale, Relevanz für den Verbraucher, Entgeltzahlungen, Self-Preferencing in ihrer Bedeutung für das Ranking). Derartige, auf die Funktion von Suchmaschinen *für den Online-Handel* spezifizierte Anforderungen, enthält § 93 MStV naturgemäß nicht. Dafür verlangt letztere Vorschrift die Kenntlichmachung einer Spezialisierung sowie Vorkehrungen zur Durchsetzung der social-bot-Kennzeichnungspflicht, beides Anforderungen, die sich in der P2B-VO nicht finden.

Das Verhältnis dieser je besonderen, keine Entsprechung in der anderen Ranking-Regelung findenden Vorgaben ist unzweifelhaft kein solches einer *offensichtlich* direkten Normenkollision: Die besonderen Informationsvorgaben zur Information von Nutzern mit Unternehmenswebsites aus Art. 5 P2B-VO können erfüllt werden, auch wenn § 93 MStV derartige Informationen nicht zwingend verlangt. Gleiches gilt umgekehrt für die besonderen Kennzeichnungspflichten in § 93 Abs. 2 und Abs. 4 MStV.

Eine *nicht offensichtliche* direkte Kollision ist damit, wie bei den oben behandelten inhaltlich kongruenten Verpflichtungen, aber noch nicht ausgeschlossen: Es ist möglich, dass die Verordnung auf vollständige und in dieser Vollständigkeit abschließende Regelung von Transparenzpflichten von Suchmaschinenanbietern angelegt ist. Ist dem so, müsste der P2B-VO die Regelungsaussage zugeschrieben werden, die Auferlegung weiterer Informationspflichten durch die Mitgliedstaaten zu untersagen. Auch hinsichtlich der besonderen Informationspflichten aus § 93 Abs. 2 und 4 MStV ist also diese Frage noch einmal aufzugreifen, wenn unten der abschließende oder nicht abschließende Charakter der Ordnungsregelung erörtert wird (sub 3.).

(4) Differenzen hinsichtlich der Ranking-Kriterien

Die Beschreibung der Pflichten hinsichtlich der *Darlegung der Rankingkriterien* weist im Vergleich beider Regelungen, wie gezeigt, Unterschiede auf. In der Tat vermittelt die in § 93 Abs. 1 MStV getroffene Unterscheidung zwischen Zugangskriterien und nur mehr „zentralen“ sonstigen Sortierkriterien den Eindruck größerer Differenziertheit als die Regelung in Art. 5 Abs. 2 P2B-VO, auch wenn die Abgrenzung zwischen den Kriterien für den Zugang und Verbleib einerseits, den zentralen Aggregations-/Selektions-Kriterien andererseits zweifelhaft und jedenfalls unklar bleibt. Schaut man über die äußerlichen textlichen Unterschiede hinweg auf die Substanz der Regelungen, lässt sich allerdings bezweifeln, ob die etwas ausführlichere Bestimmung im Medienstaatsvertrag insoweit – betreffend den Zugang und Verbleib von Inhalten – wirklich andere Erläuterungen einfordert als die knapper gehaltene Bestimmung in Art. 5 Abs. 2 P2B-VO.

Inhaltlich dürfte Art. 5 Abs. 2 P2B-VO nämlich auch zugangsrelevante Parameter (so wie § 93 Abs. 1 Nr. 1 MStV) erfassen (ohne diese ausdrücklich zu bezeichnen): Da die Selektion und die Präsentation von Inhalten deren Aggregation und jedenfalls auch den Zugang zur Plattform voraussetzt, sind diese Verfahrensstufen wohl in dem in Art. 5 P2B-VO gemeinten Rankingmechanismus notwendig mit erfasst, damit aber auch von der Pflicht, die hauptsächlichen Parameter zu beschreiben: Werden Inhalte aus welchen Gründen auch immer schon nicht indexiert oder wieder deindexiert, haben sie eben *keine Relevanz* oder, wenn man so will, eine *negative Relevanz* für die Suchergebnisanzeige iSd Art. 2 Nr. 8 P2B-VO. Auch die maßgeblichen Kriterien für diese grundsätzliche Entscheidung darüber, einen Inhalt überhaupt in das Ranking aufzunehmen oder davon auszuschließen, müssen daher sinnvollerweise der Transparenzpflicht auch der Verordnung unterfallen. Ansonsten hätte es der Suchmaschinenanbieter in der Hand, ganze Klassen von Inhalten schon von jeder Möglichkeit der Vermittlung durch entsprechende Programmierung des Algorithmus auszuschließen, ohne über die Gründe und Kriterien für diesen Ausschluss Rechenschaft ablegen zu müssen. Jedenfalls ist dies für die *Suchmaschinen-Transparenz* gemäß Art. 5 Abs. 2 P2B-VO plausibel, während für die Zugangsstufe bei Online-Vermittlungsdiensten (online-Marktplätzen usw.) immerhin systematisch argumentiert werden kann, dass diese Frage hinsichtlich der generellen Zugangsvoraussetzungen in Art. 3 P2B-VO geregelt ist, Art. 5 Abs. 1 P2B-VO hingegen in der Tat nur die Darstellungs-Reihenfolge betreffe. Für die Suchergebnis-Relevanz von Inhalten in Suchmaschinen sieht die P2B-VO hingegen eine derart ausdifferenzierte Regelung nicht vor, sodass davon auszugehen ist, dass die Zugangsfrage (und die dafür maßgeblichen Kriterien) von der Ranking-Regelung mit erfasst werden.

Allerdings bleibt der Befund, dass die Kriterien für den Zugang (und Verbleib) in § 93 Abs. 1 Nr. 1 ausdrücklich genannt und auch von den sonstigen zentralen Kriterien (Nr. 2) abgesetzt sind. Dies könnte immerhin so verstanden werden, dass die Informationen vom Anbieter auch entsprechend differenziert darzulegen sind, also etwa in unterschiedlichen Abschnitten der Information über die Kriterien. Denkbar ist, wie gezeigt, auch, dass die Anforderungen des § 93 Abs. 1 MStV an die Informationsleistung der Medienintermediäre bei den schon den Zugang (und nicht nur die Sortierung) betreffenden Kriterien strenger gemeint sind, dafür spricht immerhin, dass insoweit das Attribut „zentral“ fehlt.

Obwohl die Anforderungen aus Art. 5 Abs. 2 P2B-VO und diejenigen aus § 93 Abs. 1 MStV mithin durchaus ein harmonisierendes Verständnis zulassen, das zu nach Inhalt und Erläute-

rungstiefe gleichartigen Informationspflichten führt, kann die unterschiedliche textliche Fassung doch auch Grundlage einer *nicht identischen* Interpretation der Transparenzanforderungen sein; dies hängt wesentlich von der näheren Konkretisierung der Transparenzpflichten bei beiden Regelungen ab.

Dafür kommt es sogar nicht einmal entscheidend auf die unterschiedliche textliche Fassung beider Regelungen an: Auch eine identische Wortfassung könnte bei unterschiedlichen Konkretisierungszuständigkeiten nicht ausschließen, dass im Ergebnis jeweils unterschiedliche Standards für die jeweiligen Transparenzpflichten formuliert werden. Ob im Ergebnis der notwendigen Konkretisierung auf beiden Seiten die Pflichten hinsichtlich der Erläuterung der Hauptparameter und ihrer Gewichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 P2B-VO relativ strenger, gleich oder weniger streng als die Beschreibung der Kriterien im Sinn des §§ 93 Abs. 1 MStV ausfallen wird, lässt sich im Vorhinein kaum beurteilen und ergibt sich jedenfalls nicht mit Verlässlichkeit aus den Normtexten und den dazu gegebenen Begründungen.

Konstatieren lässt sich allerdings auch hier, dass eine *direkte Kollision*, die sich aus *konträren Rechtsfolgenanordnungen der inhaltlichen Regelungen* ergibt, auch bei unterschiedlichen, voneinander abweichenden Standards wiederum kaum anzunehmen sein dürfte: Auch hier könnten die Regelungen konkurrierend nebeneinander bestehen. Ein Suchmaschinenanbieter müsste in der Formulierung seiner Erläuterungen zum Ranking-Mechanismus eben kumuliert beiden Anforderungen Rechnung tragen, zum Beispiel noch spezifisch Kriterien hinsichtlich des Zugangs und Verbleibs auf der Plattform ausweisen, wenn und soweit eine solche Ausweisung aus Art. 5 Abs. 2 P2B-VO nicht, wohl aber aus § 93 Abs. 1 Nr. 1 MStV gefordert ist.

Dies dürfte schließlich auch für die *Modalitäten* der Erfüllung der Informationspflichten gelten: Decken sich die insoweit in beiden Regelungen aufgestellten Anforderungen der (leichten) Verständlichkeit und Zugänglichkeit ohnehin wohl weitgehend, könnten auch insoweit etwaige strengere Vorgaben der einen oder der anderen Regelung erfüllt werden, ohne damit in Widerspruch zu den weniger strengen Vorgaben der anderen Regelung zu geraten. Dies würde etwa hinsichtlich des Verhältnisses des Unmittelbarkeitserfordernisses in § 93 Abs. 1 MStV zur unionsrechtlichen Anforderung der öffentlichen Verfügbarkeit „an einer offensichtlichen und leicht zugänglichen Stelle“ der jeweiligen Online-Suchmaschine ohne Erfordernis einer zusätzlichen Registrierung oder eines Sich-Einloggens gelten.

Auch hinsichtlich dieser Regelungen zu den Rankingkriterien und zu den Modalitäten der Darstellung ist allerdings eine direkte Kollision doch dann gegeben, wenn die Verordnungs-Regelung insoweit einen Ausschließlichkeitsanspruch erhebt, also überhaupt oder jedenfalls hinsichtlich der hier erörterten Informationspflichten zu den Ranking-Kriterien und der Funktionsweise des Algorithmus ergänzende Regelungen der Mitgliedstaaten verbietet.

Dieser sich mithin für alle Regelungsgehalte stellenden, aber nicht notwendig einheitlich zu beantwortenden, Frage der möglicherweise abschließenden Bedeutung der Transparenzregulierung für Suchmaschinen in der P2B-VO ist u. sub 3. nachzugehen.

b) Transparenzregulierung von Online-Vermittlungsdiensten und Medienintermediären

Die Analyse der Anwendungsbereiche hat ergeben, dass sie sich auch bei den Regelungen der P2B-VO, die Online-Vermittlungsdienste (und nicht Suchmaschinen) betreffen, überschneiden, allerdings in einer engeren Schnittfläche, in die bestimmte Medienintermediäre (Beispiel: reine Peer-to-Peer-Netzwerke) ebenso wenig fallen wie bestimmte Online-Vermittlungsplattformen (Beispiele: reine Online-Marktplätze oder Vergleichsportale ohne journalistisch-redaktionelle

Inhalte). Im Überschneidungsbereich können aber insbesondere die Dienste sozialer Netzwerke und von App-Stores liegen, wenn und insofern sie sowohl gewerblichen Nutzern, mit denen ein Vertragsverhältnis begründet wird, offenstehen und insoweit darauf abzielen, Transaktionen mit Verbrauchern zu ermöglichen, als auch journalistisch-redaktionelle Inhalte vermitteln. Es ist, wie oben gezeigt, nicht ersichtlich, dass sich diese beiden Funktionen in der Weise ausschließen, dass sie nicht auch in einem Dienst zusammenfallen können.

Oben ist auch dargelegt worden, dass der Umstand, dass sich die Transparenz-Anforderungen für Online-Vermittlungsdienste durchweg auf die Gestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Vertragsverhältnis von Vermittlungsdienst-Anbieter und gewerblichen Nutzer (Online-Händler) beziehen, noch nicht zu einer Überschneidungsfreiheit der Tatbestände führt: § 93 MStV kann sich auch auf soziale Netzwerke oder App-Stores beziehen, die vertragliche Beziehungen zu gewerblichen Nutzern begründen und dafür Allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden.

Hinsichtlich der hier erörterten Rechtsfolgen-Konkurrenz kann allerdings nun (anders als beim Anwendungsbereich) angenommen werden, dass die Transparenzbestimmungen beider Regelwerke (soweit Online-Vermittlungsdienste betroffen sind) *keine Regelungen mit gleichem Gegenstand* treffen und insofern nicht in unmittelbare Konkurrenz zueinander geraten: Die Transparenzpflichten gem. § 93 MStV betreffen Informationen, die der Allgemeinheit („user faced“) zugänglich zu machen sind, nicht solche, die in gerade für die Vertragsbeziehungen zu gewerblichen Nutzern relevanten Geschäftsbedingungen darzulegen sind. Zwar können auch letztere im Sinne der modalen Anforderungen des § 93 Abs. 1 MStV öffentlich, leicht zugänglich und unmittelbar z. B. auf der Webseite eines sozialen Netzwerks für die Nutzungsbedingungen bereitgestellt sein. Aber sie sind doch ein anderer Gegenstand, den der Anbieter spezifisch nach den Vorgaben der P2B-VO auszugestalten hat, als die Allgemeinen *Nutzungsbedingungen* für die Nutzer, die der Medienstaatsvertrag adressiert. Angesichts dieser Verschiedenheit der Gegenstände, auf die sie sich beziehen, können beide Pflichten ohne weiteres nebeneinanderstehen und liegt jedenfalls keine direkte Kollision beider Regelungen vor.

Dieser Befund gilt im Übrigen nicht nur für die auf das Ranking bezogene Verpflichtung aus Art. 5 Abs. 1 und den weiteren Absätzen dieser Bestimmung, soweit sie auch Online-Vermittlungsdienste betreffen, sondern auch für die weiteren, deutlich detaillierter als für die Suchmaschinen ausgestalteten Transparenz-Pflichten der P2B-VO, so etwa für die Verpflichtung zur Angabe von Gründen für den Ausschluss von gewerblichen Nutzern aus der Leistung des Online-Vermittlungsdienstes (Art. 3 Absatz 1 Buchst. c) P2B-VO). Thematisch weist diese Verpflichtung durchaus zumindest Ähnlichkeit mit der auf die Zugangs- und Verbleibskriterien bezogenen Informationspflicht des § 93 Abs. 1 Nr. 1 MStV) auf. Aber auch sie bezieht sich eben auf die spezifischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerade für gewerbliche Nutzer, die nicht Gegenstand der Transparenzpflichten des MStV sind.

Was das Ranking als solches angeht (Art. 5 Abs. 1 P2B-VO), ist neben diesem Gesichtspunkt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch noch auf die hier (anders als bei den Suchmaschinen) nun Bedeutung gewinnende engere Begriffsdefinition in Art. 2 Nr. 8 P2B-VO zu verweisen, die das gefundene Ergebnis für das Verhältnis der Pflichten aus Art. 5 Abs. 1 P2B-VO und § 93 MStV unterstützt: Wie schon erwähnt, ist mit dem Ranking von Online-Vermittlungsdiensten im Sinne der Verordnung nur die „relative Hervorhebung der über den Dienst angebotenen Waren und Dienstleistungen“ gemeint, also keineswegs das Ranking sämtlicher Inhalte, die etwa in einem sozialen Netzwerk in den Newsfeed der Nutzer eingestellt werden. Damit ist

aber das Substrat der zu erläuternden Ranking-Parameter gem. Art. 5 Abs. 1 P2B-VO tatsächlich deutlich enger als bei der nur scheinbar parallelen Ranking-Regelung für Suchmaschinen (Art. 5 Abs. 2 P2B-VO), die sich, wie gezeigt, auf „das Ranking aller indexierten Websites“¹¹¹ bezieht. Der Versuch des EU-Gesetzgebers, die Ranking-Transparenzpflichten für beide Normadressaten-Kategorien in einer Bestimmung unterzubringen (Art. 5) und sie möglichst zu parallelisieren, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass damit doch signifikant unterschiedliche Bezugsgegenstände für das Ranking gemeint sind, einerseits die indexierten Waren- und Dienstleistungsangebote von Onlinehändlern (bei Online-Vermittlungsdiensten), andererseits die Gesamtheit aller indexierten Webseiten (bei Online-Suchmaschinen).

Nur auf letztere, nicht auf das spezifischere Rangverhältnis verschiedener Onlinehändler in den Suchergebnissen eines Vermittlungsdienstes z.B. im Rahmen eines sozialen Netzwerks, zielen aber die Informationspflichten aus § 93 Abs. 1 MStV. Auch aus dieser Sicht wird mithin deutlich, dass sie gleichsam einen anderen Teil der Nutzungsbedingungen betreffen, nämlich die Bedingungen für die Allgemeinheit aller Nutzer, nicht für gewerbliche Nutzer, und auch dementsprechend einen anderen Inhalt haben müssen, mithin die allgemeinen Ranking-Kriterien des sozialen Netzwerks, nicht primär die besonderen Ranking-Kriterien, die für die Sortierung der Angebote verschiedener Online-Händler auf der Plattform gelten.¹¹²

Insgesamt lässt sich mithin mit guten Gründen vertreten, dass zwischen den Online-Vermittlungsdienste betreffenden Transparenzpflichten der Verordnung und § 93 MStV keine Regelungs-Konkurrenz (hinsichtlich der Verpflichtungsinhalte) besteht, weil sie unterschiedliche Gegenstände betreffen; sie können ohne weiteres nebeneinander bestehen. In der konkretisierenden Satzung gemäß § 96 MStV könnte diese Verschiedenheit der Gegenstände noch bekräftigt werden, um insoweit jeden Zweifel auszuschließen. So könnte zum Beispiel klar formuliert werden, dass sich die Transparenzpflichten gem. § 93 MStV nicht auf die Geschäftsbedingungen für gewerbliche Nutzer beziehen und daher unionsrechtliche Anforderungen an die Geschäftsbedingungen von dieser Regelung unberührt bleiben.

Gleiches gilt auch für die spezifische Informationspflicht eines Anbieters eines Online-Vermittlungsdienstes gegenüber einem bestimmten gewerblichen Nutzer, wenn er die Bereitstellung seines Dienstes diesem gegenüber einschränken oder aussetzen will (Art. 4 P2B-VO); auch diese Pflicht hat keine Entsprechung im Medienstaatsvertrag.

3. Direkte Kollision kraft abschließenden Regelungsanspruchs der P2B-VO?

a) Ausgangspunkt: Möglichkeit abschließender Regelung hinsichtlich aller oder von Teilen der Transparenzregulierung in § 93 MStV

Die vorstehende Analyse der Anwendungsbereiche und Regelungsgehalte hat ergeben, dass hinsichtlich keines Inhalts der konkurrierenden Regelungen eine (offensichtliche) direkte Kollision besteht. Die Vorschriften der P2B-VO, die Online-Vermittlungsdienste verpflichten, regeln schon einen anderen Gegenstand als § 93 MSV, nämlich die Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen für das Vertragsverhältnis zu gewerblichen Nutzern und weitere spezifische Pflichten in diesem Verhältnis. Die Pflichten für Suchmaschinen beziehen sich demgegenüber zwar auf den gleichen Gegenstand, mithin die Gestaltung der für jedermann bestimmten Informationen an einem dazu geeigneten Ort des Online-Auftritts der Suchmaschine. Jedoch

¹¹¹ EG Nr. 26 P2B-VO.

¹¹² Die „Wichtigkeit“ der „spezifischen Ausgestaltung dieser Transparenzverpflichtung [...] für die gewerblichen Nutzer“ betont auch der auf Art. 5 Abs. 1 P2B-VO zugeschnittene Erwägungsgrund Nr. 24 P2B-VO.

lässt sich auch hier nur teilweise eine inhaltliche Überschneidung der Pflichten konstatieren, während andere Pflichtinhalte nur entweder von der einen oder der anderen Regelung vorge-schrieben werden. Der Überschneidungsbereich betrifft die Darstellung und Erläuterung der allgemeinen Ranking-Kriterien in Inhalt und Modus dieser Information. Auch in diesem Über-schneidungsbereich ordnen die konkurrierenden Regelungen keine einander widersprechenden Rechtsfolgen an.

Für alle diese Regelungen ist nun die Frage zu beantworten, ob die P2B-VO insoweit einen abschließenden Regelungsanspruch erhebt und damit ergänzende oder parallele Regelungen eines mitgliedstaatlichen Rechtsetzers untersagt. Lässt sich ein solcher abschließender Rege-lungsanspruch den Vorschriften der P2B-VO entnehmen, verstieße § 93 MStV direkt gegen den unionsrechtlichen Normbefehl, eigene mitgliedstaatliche Regelungen zu unterlassen. Die Frage des abschließenden Regelungsgehalts ist für alle dargelegten Konkurrenzen im Über-schneidungsfeld der Anwendungsbereiche zu prüfen, muss aber nicht für alle Konkurrenzen gleich zu beantworten sein.

b) Bestimmung des (nicht) abschließenden Charakters: Kriterien

Wie oben im Teil B dargelegt, hat die Rechtsaktsform der Verordnung allgemeine Geltung und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Sie erzeugt somit schon nach ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion im Rechtsquellen-system des Unionsrechts unmittelbare Wirkungen. In ständiger Rechtsprechung betont der EuGH, dass die unmittelbare Geltung voraussetzt, dass die Verord-nung in Kraft tritt und zugunsten oder zu Lasten der Rechtssubjekte Anwendung findet, ohne dass es irgendwelcher Maßnahmen zur Umwandlung in nationales Recht bedarf. „Die sorgfäl-tige Beachtung dieser Verpflichtung verbietet die Anwendung jeder — auch späteren — Rechtsvorschrift, die mit den Bestimmungen dieser Verordnungen unvereinbar ist“.¹¹³

Ergänzende mitgliedstaatliche Regelungen sind der Rechtsprechung des Gerichtshofs zufolge dann möglich oder sogar geboten, wenn die „betreffende Verordnung den Mitgliedstaaten die Aufgabe überlässt, selbst die erforderlichen Rechts-, Verwaltungs- und Finanzvorschriften zu erlassen, damit die Bestimmungen der Verordnung wirksam durchgeführt werden können“¹¹⁴ oder wenn Verordnungsbestimmungen zu ihrer Durchführung des Erlasses von Durchführungs-maßnahmen durch die Mitgliedstaaten sogar bedürfen, sodass die Mitgliedstaaten zum Erlass solcher Vorschriften verpflichtet sind.¹¹⁵

Um diese in der Rechtsprechung anerkannte Möglichkeit oder Notwendigkeit einer *Durchfüh-rung* auch von Vorschriften einer EU-Verordnung, ähnlich Richtlinienvorschriften, durch mit-gliedstaatliches Recht geht es indes bei den hier erörterten Vorschriften nicht: Sämtliche in der P2B-VO errichteten Informationspflichten können von den Normadressaten befolgt werden und beanspruchen auch diese Befolgung; sie dürften auch trotz ihrer teilweisen Konkretisie-rungsbedürftigkeit unmittelbar anwendbar sein. Sie bedürfen daher keiner Umsetzung und Prä-zisierung im mitgliedstaatlichen Recht. Dies wird auch durch Art. 5 Abs. 7 P2B-VO bestätigt: Insofern die Verordnung noch nicht schon mit ihren Formulierungen hinreichende Klarheit über

¹¹³ EuGH, Urt. v. 30. 11.1978, Rs. 31/78 – Bussone, Rn. 28/33

¹¹⁴ EuGH, Urt. v. 30. 11.1978, Rs. 31/78 – Bussone, Rn. 28/33; Urt. v. 14.6.2012, C-606/10 – ANAFE, Rn. 72, st. Rspr.

¹¹⁵ EuGH, Urt. v. 25.10.2012, C-592/11 – Ketelä, Rn. 35; Urt. v. 16.1.2014, C-24/13 – Dél Zempléni, Rn. 16.

den genauen Inhalt der geforderten Informationsleistung zum Ranking verschafft, soll die erforderliche Konkretisierung durch die Kommission in von dieser zu erlassenden Leitlinien erfolgen. Sie ist damit nicht den Mitgliedstaaten überlassen.

Dies bedeutet indes noch nicht, dass den Mitgliedstaaten jeglicher eigener Regelungsspielraum auf dem Gebiet der Transparenzregulierung für Internet-Dienste versperrt wäre. Vielmehr kommt es auch bei Verordnungs-Bestimmungen (wie bei Richtlinien) unbeschadet ihrer unmittelbaren Geltung darauf an, ob und inwieweit sie den Regelungsgehalt haben, die Mitgliedstaaten von eigener Regelung auszuschließen. Wie dargelegt, folgt eine solche Ausschlusswirkung hinsichtlich von mitgliedstaatlichen Regelungen, die nicht ihrem Inhalt nach direkt kollidieren, nicht schon ohne weiteres aus der Inkompatibilität der Regelungsgehalte – beide Normbefehle können ja auch (ohne Verdrängung) konkurrieren. Ob gleichwohl eine abschließende Wirkung anzunehmen ist, ist für jede Regelung durch Auslegung zu ermitteln. Dies ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vielfach entschieden worden, für Richtlinien,¹¹⁶ aber auch für Unions-Verordnungen.¹¹⁷ Welchen Harmonisierungsgrad eine Richtlinie anstrebt und welchen Vereinheitlichungsanspruch eine Verordnung erhebt, ist anhand der auch im Unionsrecht anerkannten juristischen Auslegungskriterien zu ermitteln. Zu diesen gehören nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Zusammenhang der Bestimmung, in dem sie sich befindet, und die Ziele der Regelung.¹¹⁸

Bedeutung für die Auslegung können insbesondere die Regelungstiefe und Regelungsreichweite der unionsrechtlichen Vorschriften gewinnen:¹¹⁹ Haben diese ersichtlich nur punktuellen oder fragmentarischen Charakter, ist kaum anzunehmen, dass die Mitgliedstaaten an Regelungen in dem von dem Unionsrechtsakt nicht geregelten Bereich oder unter vom Unionsrechtsakt nicht erfassten Gesichtspunkten gehindert sein sollen.¹²⁰

Des Weiteren spielen die Ziele der Regelungen auf beiden Seiten (Unionsrecht und mitgliedstaatliches Recht) für die Beurteilung des abschließenden Charakters eine wichtige Rolle: Verfolgt die unionsrechtliche Regelung nur eine begrenzte Zielsetzung, etwa einen beschränkten Schutzzweck, kann dies dafür sprechen, dass Regelungen zur Erreichung anderer Ziele durch die Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen sein sollen.¹²¹ So hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Holdijk* zu den Vorschriften über die gemeinsame Organisation der Agrarmärkte (also in Verordnungsform) entschieden, dass „die Schaffung einer solchen Organisation gemäß Artikel

¹¹⁶ S. z.B. Urt. v. 5.4.1979 – Rs 148/78 – *Ratti*, Rn. 26 ff.; Urt. v. 14.6.1988 Rs 29/87 – *Dansk Denkavit*, Rn. 12 ff.; Urt. v. 14.10.1987 – Rs. 278/85 – *gefährliche Stoffe*, Rn. 5 ff.; Urt. v. 12.7.1988 Rs. 60/86 – *Dim Dip*, Rn. 6 ff.; Urt. v. 22.6.1993, C-11/92 – *Gallaher*, Rn. 10 ff., betr. die *Tabak-Etikettierungsrichtlinie*; Urt. v. 23.5.1990, C-189/89 – *Van den Burg*, Rn. 8 ff.

¹¹⁷ EuGH, 22.4.2010, C-82/09 – *Kritis*, Rn. 19 ff.; eine Kombination von Richtlinie und Verordnung behandelt EuGH, Urt. v. 11.7.2000, C-473/98 – *Toolex Alpha*, Rn. 26 ff.

¹¹⁸ EuGH Urt. v. 19.3.1998 – C-1/96 – *Compassion in World Farming*, Rn. 49.

¹¹⁹ *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 5. Kapitel Rn. 65.

¹²⁰ Beispiel für eine solche Argumentation: EuGH, Urt. v. 11.7.2000, C-473/98 – *Toolex Alpha*, Rn. 29: „Die Einstufungsrichtlinie hat vielmehr einen durchaus begrenzten Regelungsbereich; sie betrifft die Bekanntgabe, die Einstufung, die Verpackung und die Kennzeichnung gefährlicher Stoffe. Hinsichtlich der Verwendung dieser Stoffe schreibt sie nur die Anbringung von Warnhinweisen auf den Verpackungen vor, die der Unterrichtung der Öffentlichkeit über Vorsichtsmaßnahmen beim Umgang mit diesen Stoffen dienen sollen. Dagegen harmonisiert sie nicht die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen und die Verwendung dieser gefährlichen Stoffe, um die es in einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen gerade geht.“

¹²¹ *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 5. Kapitel Rn. 65: „kann das Vorliegen einer abschließenden Regelung auch dann zu verneinen sein, wenn die nationale Vorschrift gänzlich andere Zielsetzungen als die möglicherweise einschlägige Unionsregelung verfolgt.“

40 des Vertrages nicht [bewirkt], daß die landwirtschaftlichen Erzeuger jeder nationalen Regelung entzogen sind, die andere Ziele als die gemeinsame Organisation verfolgt, die aber, weil sie sich auf die Produktionsbedingungen auswirkt, Umfang und Kosten der nationalen Produktion und damit das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes in diesem Sektor beeinflussen.“¹²² Mitgliedstaatliche Vorschriften über den Tierschutz in der agrarwirtschaftlichen Tierhaltung wurden daher nicht schon durch den Erlass einer diesen Sektor erfassenden Marktorganisation, die sich aber zum Tierschutzthema nicht verhielt, verdrängt. In gleicher Weise hat der Gerichtshof zur Verordnung über die gemeinsame Marktorganisation für Käse entschieden.¹²³ Spricht also das Argument der Zielverschiedenheit zunächst für einen nicht gesperrten mitgliedstaatlichen Regelungsspielraum, kann dieser aber doch wieder verengt sein in dem Maße, in dem die mitgliedstaatliche Regelung das Ziel des jeweiligen Unionsrechtsakts vereitelt oder dessen Wirksamkeit beeinträchtigt.¹²⁴

c) Anwendung der Grundsätze auf das Verhältnis P2B-VO – MStV

aa) Vorbemerkung

Die oben schon skizzierten und vorstehend noch einmal präzisierten Grundsätze für die Prüfung des möglicherweise abschließenden Charakters einer Unionsrechtsnorm sind nun auf das Verhältnis zwischen den die Transparenzpflichten betreffenden Regelungen der P2B-VO und den Medienstaatsvertrag anzuwenden. Vorweg ist zu notieren, dass völlige Sicherheit der Beurteilung dieses Verhältnisses derzeit naturgemäß nicht garantiert werden kann. Die Formeln und Argumente, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zur Sperrwirkung von Sekundärrecht entwickelt hat und anwendet, haben nicht einen Präzisionsgrad, der immer eindeutige Ergebnisse einer jeden Beurteilung im Einzelfall ermöglicht. Auch jene Rechtsprechung ist demgemäß im Schrifttum als uneinheitlich und nicht immer überzeugend kritisiert worden.¹²⁵ Auch das Verhältnis zwischen der P2B-VO und mitgliedstaatlichen medienrechtlichen Regelungen wie derjenigen im Medienstaatsvertrag wird im Streitfall der definitiven Klärung durch den EuGH vorbehalten bleiben. Hier kann nur versucht werden, argumentativ abgesicherte und daher gut vertretbare Positionen zu dieser Frage zu gewinnen.

bb) Generell abschließende Wirkung?

Die Annahme einer generellen Sperrwirkung der P2B-VO gegenüber mitgliedstaatlichen Regelungen zur Transparenz von Intermediären wäre wenig überzeugend. Dies betrifft also insbesondere das Verhältnis zur Transparenzregelung des § 93 MStV, soweit diese Medienintermediäre erfasst, die keine Suchmaschinen sind, wohl aber die Merkmale eines Online-Vermittlungsdienstes i.S.d. P2B-VO erfüllen. Zum anderen gilt dies auch für die besonderen Informationspflichten in § 93 Abs. 2 und 4 MStV, die in der P2B-VO keine Entsprechung haben, und zwar auch, soweit Suchmaschinen erfasst sind.

Für eine generelle Sperrwirkung, die jedes ergänzende Tätigwerden der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Transparenzregulierung von Intermediären auch dort ausschliesse, wo die Verordnung gegenständlich oder inhaltlich gar keine entsprechenden Regelungen trifft, sprechen weder textliche noch systematische noch teleologische Argumente. Vielmehr legt der im

¹²² EuGH, Urt. v. 1.4.1982, verb. Rs 141-143/81 – Holdijk, Rn. 12.

¹²³ EuGH, Urt. v. 7.2.1984 – Rs. 237/82 - Jongeneel Kaas, Rn. 13.

¹²⁴ Furrer, Sperrwirkung, S. 113 ff.

¹²⁵ Furrer, Sperrwirkung, S. 139: „keine überzeugende Systematik“, „nur schwer erkennbare Konzeption des Gerichtshofs“.

Schrifttum diagnostizierte fragmentarische Charakter der Verordnung insoweit ein gegenteiliges Verständnis nahe, also ein solches, das komplementäre mitgliedstaatliche Regelungen mit anderen Schutzzwecken zulässt.

Die P2B-Verordnung errichtet kein geschlossenes Regelungssystem der Plattformregulierung, normiert vielmehr nur „punktuelle Transparenzanforderungen“.¹²⁶ Die Bestimmungen zum Anwendungsbereich (Art. 1 Abs. 4 und 5 P2B-VO) machen explizit deutlich, dass die Verordnung nur Ergänzungen zu den wettbewerbsrechtlichen und vertragsrechtlichen Schutzvorschriften im mitgliedstaatlichen (teilweise aber selbst wiederum durch anderes Unionsrecht beeinflussten) Recht, das als solches nicht in Frage gestellt wird, beiträgt.¹²⁷ Zwar könnte man auf den Gedanken kommen, im Sinne eines Umkehrschlusses zu argumentieren, dass diejenigen Rechtsmaterien, die in Art. 1 Abs. 4 nicht ausdrücklich genannt sind (also etwa das nationale Medienrecht) auch nicht „unberührt“ bzw. „unbeschadet“ bleiben sollen. Aber eine solche Argumentation griffe zu kurz: Die in der Bestimmung genannten Rechtsgebiete (also das Lauterkeitsrecht und das Zivilrecht) weisen nur eine besondere Nähe zum Regelungsansatz der P2B-Verordnung auf, die selbst hauptsächlich das vertragliche Verhältnis zwischen Online-Vermittlungsdiensten und den Online-Händlern erfasst und daher, was ihre Rechtsgebets-Zugehörigkeit anbelangt, selbst als ein „Konglomerat aus Vertrags-, Kartell- und Lauterkeitsrecht“¹²⁸ erscheint. Die P2B-VO äußert sich mithin gerade deshalb explizit zu diesen Konkurrenzen, weil sie Regelungen in den angesprochenen Rechtsgebieten trifft.

Dass ergänzende mitgliedstaatliche Regelungen anderen, etwa öffentlich-rechtlichen Charakters dadurch ausgeschlossen sein sollen, lässt sich daher nicht vermuten, eher im Gegenteil: Wenn schon die sachlich verwandten, denselben Regelungszusammenhängen zugehörigen mitgliedstaatlichen Regelungen des Vertrags- und Wettbewerbsrechts, auch des Kartellrechts (vgl. Art. 1 Abs. 5 P2B-VO) nur insoweit verdrängt oder beeinflusst werden, als die P2B-Verordnung selbst Regelungen trifft (s. den zweifachen Vorbehalt in Art. 1 Abs. 4 P2B-VO), kann dies für nach Rechtsgebiet, Schutzzweck und Regelungsansatz entfernter liegende nationale Regelungen (öffentlich-rechtliche Pflichten unter Behördenaufsicht) umso mehr angenommen werden. Jedenfalls ist unbezweifelbar, durch die Anerkennung eines komplementären Verhältnisses zum mitgliedstaatlichen Recht in Art. 1 Abs. 4 P2B-VO belegt, dass die Verordnung nicht zum Typus derjenigen Unionsrechtsakte gehört, die eine Vollvereinheitlichung anstreben.

Dies spricht entscheidend dafür, den Regelungsanspruch der Verordnung als auf diejenigen Regelungsgehalte beschränkt anzusehen, die sich in den Bestimmungen der Verordnung tat-

¹²⁶ Alexander, WRP 2020, 945 Rn. 75, s. auch ebd.: „erster, vorsichtiger Regelungsversuch“; Schneider/Kremer, WRP 2020, 1128 Rn. 20: „rudimentärer Charakter“; Polley/Pesch/Tönnies, WUW 2019, 494: „nur ein erster Schritt“.

¹²⁷ S. zum nur mehr ergänzenden Charakter der Verordnung auch die Kommissionsbegründung, COM(2018), 238 final, S. 4: „Die Verpflichtung, eine Beschreibung der wichtigsten Ranking-Parameter vorzulegen, ergänzt die Anforderungen an Gewerbetreibende nach dem EU-Verbraucherschutzrecht. In diesem Zusammenhang hat die Kommission Änderungen im Rahmen der „neugestalteten Rahmenbedingungen für Verbraucher“ vorgeschlagen, die darauf abzielen, dass den Verbrauchern bei der Anzeige von Suchtreffern die dem Ranking möglicherweise zugrunde liegenden Zahlungen deutlich angezeigt werden, und die Verbraucher über die wichtigsten Parameter, die das Ranking auf Online-Marktplätzen bestimmen, informiert werden. Schließlich ist dieser Vorschlag mit der Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt vereinbar, die einen allgemeinen Rahmen für die Bereitstellung von Diensten der Informationsgesellschaft in der Union vorgibt. Die vorgeschlagene Verordnung lässt alle bereits erwähnten Rechtsakte des Unionsrechts unberührt.“

¹²⁸ Alexander, WRP 2020, 945 Rn. 5.

sächlich finden, also keine darüber hinausgehende Aussage einer Sperrwirkung „durch Unterlassen“ gegenüber zusätzlichen Regelungen, die kein Gegenstück in der Verordnung haben, anzunehmen.

Dieser Schluss gilt nicht nur für das Regelungsthema der Plattformregulierung insgesamt, das unzweifelhaft in der P2B-VO nicht vollständig und abschließend geregelt wird, so etwa nicht hinsichtlich des Schutzes vor Diskriminierungen oder vor missbräuchlichem Verhalten,¹²⁹ sondern auch für den engeren Bereich der Transparenzpflichten. Auch insoweit ist wenig plausibel, dass die Mitgliedstaaten an jedweder Ergänzung dort, wo die Verordnung selbst keine einschlägige Regelung trifft, gehindert sein sollen. So betreffen, wie gezeigt, die Transparenzpflichten der Verordnung, soweit soziale Netzwerke oder App-Stores in Rede stehen, gegenständlich überhaupt nur deren Vertragsverhältnis zu den gewerblichen Nutzern, nicht aber das Informationsverhalten des sozialen Netzwerks sämtlichen aktuellen oder potentiellen nicht gewerblichen Nutzern, Aufsichtsbehörden oder der Allgemeinheit gegenüber. Es gibt keinen textlichen oder systematischen Anhaltspunkt dafür, dass dieser in der Verordnung selbst gar nicht besetzte Regelungsgegenstand von den Mitgliedstaaten nicht mehr aufgegriffen und geregelt werden dürfte.

Insbesondere das besonders wichtige Argument des Regelungsziels (auf beiden Seiten) bestätigt diesen Befund: Die P2B-Verordnung verfolgt eine wirtschaftsrechtliche und mittelbar noch verbraucherschützende Zielsetzung.¹³⁰ Es geht um die Bekämpfung der Machtasymmetrie zwischen den für die Vermittlung der Transaktionen zum Verbraucher so wichtigen Online-Plattformen und den von ihnen abhängigen Online-Händlern im unmittelbaren Interesse dieser Händler selbst sowie im mittelbaren Interesse auch des Verbraucherwohls. Insoweit sollen für die Verbesserung der Funktion des Binnenmarktes einheitliche und transparente Rahmenbedingungen geschaffen werden, wenn auch nur mit dem beschränkten Mittel von Transparenzverpflichtungen.

Das für die Regulierung im Medienstaatsvertrag tragende Ziel der Sicherung kommunikativer Chancengleichheit und Informationsvielfalt in ihrer Bedeutung als Funktionsvoraussetzung der Demokratie¹³¹ findet in der P2B-Verordnung hingegen nicht einmal ansatzweise, weder im Regelungstext noch in den Erwägungsgründen oder in der Begründung des Kommissionsvorschlages, Erwähnung. Es handelt sich bei der P2B-Verordnung also auch nicht (wie etwa bei der AVMD-RL) um einen Fall einer Binnenmarktharmonisierung, bei der trotz der wirtschaftsrechtlichen Hauptzielrichtung und der daraus sich ergebenden Unionskompetenz immerhin auch auf die Gestaltung der Kommunikationsordnung bezogene Ziele mitberücksichtigt und in

¹²⁹ Alexander, WRP 2020, 945 Rn. 5 ff.; Polley/Pesch/Tönnies, WUW 2019, 494 ff.

¹³⁰ S. EG Nr. 2 f. P2B-VO sowie die Kommission in ihrer Entwurfsbegründung, S. 3: „Der vorliegende Vorschlag zielt darauf ab, ein gleichermaßen faires, berechenbares, tragfähiges und vertrauenswürdige rechtliches Umfeld für gewerbliche Nutzer, für Nutzer mit eigener Website, für Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und von Online-Suchmaschinen zu gewährleisten, das die bei bestimmten Online-Aktivitäten auftretenden schädlichen Handelspraktiken zwischen Plattformen und Unternehmen und deren Auswirkungen begrenzt und damit das Vertrauen in die Online-Plattformwirtschaft schützt und eine weitere rechtliche Fragmentierung des digitalen Binnenmarkts verhindert.“

Die Initiative trägt somit zu den Zielen der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt bei, indem ein klares, transparentes und stabiles rechtliches Umfeld für die Erbringung von B2C-Online-Diensten und deren gewerbliche Nutzer geschaffen, die Fragmentierung des Marktes bekämpft und es allen Akteuren ermöglicht wird, die neue Marktdynamik unter fairen und ausgewogenen Bedingungen und mit einem angemessenen Maß an Transparenz zu nutzen.“

¹³¹ S. schon den Text von § 93 Abs. 1 MStV: „zur Sicherung der Meinungsvielfalt“; s. ferner die Präambel zum MStV, drittletzter Absatz, sowie die Begr. zum MStV, S. 2 f.

der Regelung verarbeitet werden. Die P2B-VO hat keine derartige komplexere Zielsetzung, sie ist in ihrer thematisch sektoralen Beschränkung unzweifelhaft kein Rechtsakt einer umfassenden kommunikationsrechtlichen Plattformregulierung. Darauf zielen die konkreten Transparenzverpflichtungen weder ab noch sind sie dafür geeignet; dies wird bei den Regelungen für die Online-Vermittlungsdienste besonders deutlich, weil diese eben keine Transparenz in den allgemeinen Nutzungsbedingungen fordern, sondern nur die Geschäftsbedingungen zu Onlinehändlern und das Ranking in spezifischem Bezug auf die Waren und Dienstleistungen betreffen. Die P2B-Verordnung nimmt mithin keine im Sachzusammenhang mit der Binnenmarktcompetenz eröffneten Kompetenzen auf dem Gebiet der Kommunikations- oder Medienregulierung in Anspruch, überlässt diesen Kompetenzbereich damit aber insoweit ganz den Mitgliedstaaten. Auch die kompetenzrechtliche Perspektive spricht daher dafür (s.o., Teil B.), dass der normative Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten insoweit nicht durch das wettbewerbs- und zivilrechtliche Schutzkonzept der P2B-VO verengt worden ist.

Auf der anderen Seite ist nicht ersichtlich, dass von den hier erörterten Verpflichtungen aus § 93 MStV (betreffend Medienintermediäre außer den Suchmaschinen und betreffend die Pflichten gem. Abs. 2 und Abs. 4), konkretisiert durch die näheren Regeln in einer Satzung oder in Richtlinien gemäß § 96 MStV, irgendeine ernsthafte Beeinträchtigung der Ziele der Transparenzregulierung nach der P2B-VO ausgehen könnte. Wie dargelegt, geht es bei dem Ranking der sozialen Netzwerke und App-Stores und damit auch bei den dafür maßgeblichen Kriterien iSd § 93 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV um etwas inhaltlich anderes als bei dem auf die „relative Hervorhebung von Waren und Dienstleistungen“ der gewerblichen Nutzer fokussierten Ranking der Online-Vermittlungsdienste (Art. 2 Nr. 8 P2B-VO).

Dies bedeutet zwar nicht, dass beide Rankingmechanismen und die dafür relevanten Parameter bzw. Kriterien beziehungslos nebeneinander stünden, auch wenn die Beschreibung des einen Mechanismus (Art. 5 Abs. 1 P2B-VO) in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die gewerblichen Nutzer erfolgen muss, die des anderen (§ 93 Abs. 1 MStV) in einer an die Gesamtheit aller Nutzer und die Allgemeinheit adressierten Publikation. Die allgemeinen Selektions- und Personalisierungskriterien eines sozialen Netzwerks, deren Offenlegung der Medienstaatsvertrag einfordert, haben selbstredend auch Bedeutung für das spezifischer auf die Onlinehändler und ihre Angebote ausgerichtete Ranking gem. der P2B-VO; es ist davon auszugehen, dass sie nicht nur bei den Suchmaschinen (s. u.) gem. Art. 5 Abs. 2, sondern auch bei den Online-Vermittlungsdiensten zu den relevanten Ranking-Parametern gehören (s.o.). Das bedeutet aber nicht, dass insoweit eine mitgliedstaatliche Konturierung der (zentralen) Kriterien wie in § 93 Abs. 1 MStV in Spannung oder gar Konflikt mit der unionsrechtlichen Beschreibung der wichtigen, transparent zu machenden Parameter geriete: Da sie sich auf unterschiedliche Gegenstände beziehen (Geschäftsbedingungen einerseits, allgemeine Erläuterung des Ranking-Mechanismus andererseits) können die beiden Anforderungen, auch und gerade wenn sie aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielsetzung und ihres unterschiedlichen Interesse-Schwerpunktes verschieden ausfallen, nebeneinander bestehen und haben so auch ihren je eigenständigen Sinn: Die vor allem auf das Interesse an fairen Wettbewerbsbedingungen der Onlinehändler fokussierte Transparenzverpflichtung aus Art. 5 Abs. 1 P2B-VO wird durch die weitere medienrechtliche Pflicht, die allgemeinen Sortierkriterien und die Funktionsweise des Algorithmus zu erläutern, nicht präformiert oder auch nur berührt, unabhängig davon, ob die je (nach der P2B-VO und dem MStV) geforderten Inhalte der Erläuterung übereinstimmen oder unterschiedlich definiert werden.

Aus all diesen Gründen lässt sich für das hier erörterte Verhältnis der P2B-VO zu § 93 MStV, soweit diese Vorschrift Online-Vermittlungsdienste im Sinne der Verordnung erfasst (insbesondere: soziale Netzwerke) und soweit sie (auch für Suchmaschinen) die zusätzlichen Informationspflichten gemäß Abs. 2 (Angabe einer Spezialisierung) und Abs. 4 (Gewährleistung der Kennzeichnung von social bots) errichtet, doch recht eindeutig folgern, dass insoweit ein abschließender, diese Regelungen sperrender Regelungsanspruch der Unionsverordnung nicht besteht.

cc) Abschließende Wirkung im Überschneidungsfeld der Suchmaschinentransparenz?

Nicht ganz so eindeutig fällt die Beurteilung des möglicherweise abschließenden Regelungsanspruchs der Art. 5 Abs. 2 ff., Art. 7 Abs. 2 P2B-VO aus, also derjenigen Regelungen, die die Transparenzpflichten von Online-Suchmaschinen betreffen. Diese Regelungen überschneiden sich, wie gezeigt, in Gegenstand und Inhalt mit § 93 Abs. 1 und Abs. 3 MStV, soweit dieser Suchmaschinen als Medienintermediäre erfasst.

Allerdings verfolgen auch die Suchmaschinen-bezogenen Regelungen der P2B-VO keine anderen Schutzzwecke als diejenigen für Online-Vermittlungsdienste. Auch hier sind also die wettbewerber- und verbraucherschützenden Zwecke gegenüber dem kommunikationsrechtlichen Zweck der Sicherung von kommunikativer Chancengleichheit und Meinungsvielfalt des § 93 MStV vollkommen verschieden. Auch die Informationspflichten zum Suchmaschinen-Ranking haben eine andere Schutzrichtung, indem sie dazu dienen, die Bedingungen für die Darstellung der Websites von Unternehmen in der Suchergebnisliste transparent zu machen. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 5 P2B-VO enthalten deshalb, wie oben erläutert, spezifisch auf diesen Schutzzweck bezogene Vorgaben für die zu leistende Information, die mit denjenigen für Online-Vermittlungsdienste weitgehend identisch sind.

Jedoch bezieht sich die Verpflichtung aus Art. 5 Abs. 2 P2B-VO nicht auf besondere Vertragsverhältnisse zu gewerblichen Nutzern und auf dafür verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen, sondern verlangt – wie diejenige des Medienstaatsvertrags – eine an die Allgemeinheit adressierte Erläuterung des Suchmaschinen-Rankings. Und in inhaltlicher Hinsicht dürfte sich aus der Legaldefinition des Ranking und den Erwägungsgründen, wie gezeigt, ergeben, dass die geforderten Informationen jedenfalls *auch* die Parameter für den Ranking-Mechanismus der Suchmaschine als solchen, also hinsichtlich aller indexierten Webseiten, umfassen, nicht nur (wie jedenfalls im Schwerpunkt bei den Online-Vermittlungsdiensten) spezifischere Angaben zur Behandlung von Unternehmens-Websites im Ranking. Damit erfasst die unionsrechtliche Transparenzpflicht gegenständlich und inhaltlich in der Tat jedenfalls *auch* die Informationsleistung, die gemäß § 93 Abs. 1 Nummer 1 und 2 sowie Abs. 3 MStV zu erbringen ist, auch wenn beide Regelungen dies für die Verfolgung völlig verschiedener Ziele tun, insbesondere Art. 5 Abs. 2 P2B-VO die Erläuterung des allgemeinen Suchmaschinen-Rankings nur fordert, um ein Schutzinteresse zu befriedigen, das nur einen Teil der Informationsfunktion der Suchmaschine betrifft, nämlich die Vermittlung von Geschäftskontakten zwischen Online-Händlern und Verbrauchern.

Überschneiden sich diese Regelungsinhalte, so ist damit, wie gezeigt, zwar nicht schon kraft dieser Verpflichtungsinhalte (Sollensanordnungen) eine direkte Kollision verbunden. Wohl aber ist denkbar, dass es im Zuge der näheren Konkretisierung der Parameter bzw. Kriterien und ihres Veröffentlichungsmodus zu Divergenzen zwischen dem unionsrechtlichen Transparenz-Standard und demjenigen des MStV kommt. Zudem unterliegen beide Standards verschiedenen Zuständigkeiten hinsichtlich ihrer näheren Ausformung, einerseits gemäß Art. 5 Abs. 7

P2B-VO: Kommissionsleitlinien, andererseits gemäß § 96 MStV: Satzungen bzw. Richtlinien der Landesmedienanstalten. Damit besteht nicht nur eine Maßstäbe-, sondern auch eine Zuständigkeitskonkurrenz zwischen dem unionsrechtlichen und den mitgliedstaatlichen Transparenzregime. Dies könnte dafür sprechen, insoweit tatsächlich einen vorrangigen und abschließenden Regelungs- und Konkretisierungsanspruch der Verordnung anzunehmen.

Für eine solche Annahme könnte zudem auch der für Verordnungsregelungen des Unionsrechts geltende, oben skizzierte Grundsatz möglichst rechtssicherer und eindeutiger Geltung, aus dem sich auch das Umsetzungs- und Normwiederholungsverbot ergibt, gilt. Es könnte argumentiert werden, dass bei einer Doppelverpflichtung von Suchmaschinen-Anbietern zur Ranking-Transparenz einmal entsprechend den Leitlinien der Kommission, zum anderen entsprechend satzungsmäßiger Grundsätze der Landesmedienanstalten in Deutschland die volle Wirksamkeit der unionsrechtlichen Transparenz-Verpflichtung aus der Verordnung nicht mehr gesichert und eine solche „Parallelregelung“ durch den Mitgliedstaat daher nicht zulässig sei.

Tatsächlich überzeugen diese denkbaren Einwände jedoch nicht. Bei genauerer Betrachtung besteht hier, jedenfalls bei entsprechender Ausgestaltung der Transparenzpflichten im untergesetzlichen Satzungsrecht, keine unklare oder gar irreführende Rechtslage, die den Anwendungsanspruch der P2B-Verordnung beeinträchtigen könnte und die daher zur Annahme einer Sperrwirkung oder gar Aufhebungspflicht hinsichtlich § 93 MStV führen müsste. Auch die konkurrierende Konkretisierungskompetenz der Kommission und der Landesmedienanstalten erweist sich als ein Scheinproblem.

Durchgreifend ist dafür die Überlegung, dass die beiden Pflichten aus Art. 5 Abs.2 P2B-VO und § 93 Abs. 1, Abs. 3 MStV auch von Suchmaschinen-Anbietern, nicht nur, wie oben gezeigt, von Online-Vermittlungsdiensten, jeweils uneingeschränkt, ohne Prägung durch den Transparenzstandard der jeweils anderen Rechtsquelle erfüllt werden können und dass damit die Erfüllung der unterschiedlichen Ziele beider Regelwerke ohne Gefahr einer wechselseitigen Beeinträchtigung der Wirksamkeit der Regelungen möglich ist. Damit kann sich aber auch für die Suchmaschinen-Transparenz der oben, für die Online-Vermittlungsdienste, als entscheidend erkannte Gedanke durchsetzen, dass die verschiedenen, auf beiden Seiten begrenzten Schutzzwecke sehr deutlich *gegen einen abschließenden Regelungsanspruch* der Verordnung, wohl aber *für eine unionsrechtlich zugelassene Normenkonkurrenz* sprechen.

Möglich ist das Nebeneinander der Erfüllung beider Pflichten insofern, als die Regelungen zwar beide die allgemein zugängliche und leicht wahrnehmbare Offenlegung der Ranking-Kriterien entsprechend dem dafür je konkretisierten Standard fordern, dass diesen Pflichten aber nicht notwendig einheitlich, mit einer einzigen Informationsleistung, etwa in einem „integrierten“ Informationstext auf der Portalseite einer Suchmaschine, entsprochen werden muss. Es ist also, praktisch gedacht, durchaus vorstellbar, unterschiedlichen Transparenzvorgaben auch durch entsprechend unterschiedlich gestaltete und präsentierte Angaben des Suchmaschinenanbieters zu erfüllen, und zwar so, dass die Zurechnung der Information zu der jeweiligen Rechtspflicht erkennbar gemacht wird, etwa durch Bereitstellung verschiedener, jeweils entsprechend gekennzeichnete Verlinkungen oder in verschiedenen Abschnitten der Nutzungsbedingungen. Die Praxis der großen sozialen Netzwerke hinsichtlich der Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Netzwerkdurchsetzungs-Gesetz (Meldeformulare, Transparenzberichte) zeigt, dass derartige, spezifisch und klar auf eine bestimmte Rechtspflicht bezogene Dienstleistungen des Anbieters möglich sind. Im konkretisierenden Satzungsrecht könnte bei einer derartigen Gestal-

tung der Geltungsanspruch der Unions-Verordnung unmissverständlich durch eine entsprechende Unberührtheit-Klausel bekräftigt werden (etwa: „Die Verpflichtungen von Suchmaschinen-Anbietern gemäß der P2B-VO [oder allgemeiner: „unionsrechtliche Verpflichtungen“] bleiben durch diese Vorgaben unberührt.“).

Mit Blick darauf, dass Teile der geforderten Informationen, etwa die Darlegungen zum grundsätzlichen Funktionieren des Algorithmus oder zu den Hauptparametern, inhaltlich identisch sein dürften, kommt auch eine Gestaltung in Betracht, die diesen identischen Teil zur Vermeidung von Doppelungen zusammenfasst und nur (wenn erforderlich) jeweils unterschiedliche Anforderungen durch zusätzliche spezifische Informationen entsprechend der einen oder der anderen Verpflichtung – z. B. in je besonderen Absätzen der Erläuterung – erfüllt. Letzteres kann einerseits die durch die P2B-VO geforderten spezifischen Informationen zur Relevanz von Waren und Dienstleistungen und dem Verbraucherinteresse betreffen, andererseits etwa von den Landesmedienanstalten geforderte besondere Angaben zur Behandlung gerade von publizistisch relevanten Inhalten. Für den „gemeinsamen Basisteil“ der zu veröffentlichenden Informationen könnte das Satzungsrecht zur Sicherung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts eine Verweisung auf die unionsrechtlichen Transparenz-Vorgaben entsprechend der P2B-VO und den Leitlinien der Kommission enthalten, wenn sich diese Vorgaben insoweit als adäquat auch zur Herstellung der im Medienstaatsvertrag geforderten Transparenz erweisen sollten. Gleiches könnte für die Art und Weise der Veröffentlichung angeordnet werden (Transparenz-Modus), um insoweit Divergenzen zu vermeiden. Die eigenständigen, nicht akzessorischen (auf den Unions-Standard verweisenden) Transparenzvorgaben könnten sich bei einer solchen Gestaltung auf die angesprochenen Zusatzinformationen, die spezifisch dem medienrechtlichen Schutzinteresse dienen (Behandlung publizistisch relevanter Inhalte), beschränken.

Selbstredend ist grundsätzlich auch die Anordnung umfassender Verweisung auf die Verordnung oder einer Subsidiarität vorstellbar (etwa: „Für Anbieter von Suchmaschinen gelten die Anforderungen der § 93 Abs. 1, 3 MStV nach Maßgabe der Vorschriften der P2B-VO“; oder: „Verpflichtungen gemäß dem Unionsrecht gehen, soweit sie Suchmaschinen betreffen, den Anforderungen dieses Staatsvertrages vor“). Damit ginge allerdings einher, jeden Gestaltungsanspruch hinsichtlich der Transparenzvorgaben, auch mit Blick auf den besonderen medienrechtlichen Schutzzweck, aufzugeben.

Diese Überlegungen bestätigen zudem, dass ein Komplementärverhältnis der als verschieden begriffenen Anforderungen einerseits der Verordnung, andererseits des Medienstaatsvertrags, durchaus auch sachlich sinnvoll sein kann und daher wenig dafür spricht, dass die P2B-VO eine ein solches Verhältnis schaffende Normenkonkurrenz für Suchmaschinen untersagen will: Gerade wenn die verschiedenen Schutzzwecke zu unterschiedlich akzentuierten Transparenzanforderungen führen, etwa bei den Vorgaben für die Kriterien bzw. Parameter, ist umso weniger einzusehen, weshalb die auf faire Wettbewerbsverhältnisse und den Verbraucherschutz fokussierte Transparenz gemäß der Verordnung eine medienrechtliche Verpflichtung zu anders gelagerten Informationsleistungen ausschließen soll, denen es primär um die Zugänglichkeit und Wahrnehmbarkeit von für die Meinungsbildung relevanten Inhalten geht. Es ist auch nicht erkennbar, dass mit zusätzlichen, aber im Aufwand doch begrenzten Informationspflichten von Suchmaschinenanbietern, soweit sie dem Marktortprinzip entsprechend den auf deutsche Nutzer ausgerichteten Dienst betreffen, unzumutbare Belastungen für die grenzüberschreitende Erbringung solcher Dienste im Binnenmarkt entstehen würden.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Frage eines abschließenden Charakters der Transparenzverpflichtungen der P2B-Verordnung für Suchmaschinen zwar nicht mit einem gleich hohen Wahrscheinlichkeitsgrad wie bei den Online-Vermittlungsdiensten verneint werden kann, dass aber die besseren Gründe auch insoweit gegen einen solchen abschließenden Charakter sprechen. Die Integrität des Geltungsanspruchs des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts kann durch entsprechende Klauseln in den konkretisierenden untergesetzlichen Bestimmungen der Landesmedienanstalten zusätzlich abgesichert werden.

II. Das Verhältnis der geänderten Verbraucherschutz-Richtlinien zum Medienstaatsvertrag

Im Folgenden ist das Verhältnis der durch die Verbraucherschutz-Modernisierungsrichtlinie geänderten Vorschriften, die nun neue Informationspflichten hinsichtlich des Ranking von Inhalten vorsehen, zu erörtern. Konkret geht es also um die Änderung einerseits der UGP-Richtlinie 2005/29/EG durch Einfügung des neuen Art. 7 Abs. 4a UGP-RL, andererseits der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU durch Einfügung des neuen Art. 6a. Die Darstellung kann deutlich knapper ausfallen als zur P2B-VO, weil die dort gefundenen Ergebnisse zum Anwendungsbereich, zur Überschneidung der Regelungsgehalte und zum abschließenden Charakter des Unionsrechtsaktes zu einem erheblichen Teil auch auf das hier nun erörterte Verhältnis übertragbar sind. Dies ergibt sich auch daraus, dass es sich bei den verbraucherschutzrechtlichen Regelungen der Intention des Unions-Gesetzgebers gemäß um „Parallelbestimmungen“ zur Transparenzregelung der P2B-VO für das Verhältnis zum Verbraucher (B2C) handelt¹³² und insoweit „gleichartige Transparenzanforderungen“ geschaffen werden sollten.¹³³

1. Art. 7 Abs. 4a UGP-RL

a) Anwendungsbereich der Regelung

Art. 7 UGP RL regelt insgesamt lauterkeitsrechtliche Irreführungstatbestände derart, dass irreführende Geschäftspraxen durch Vorenthalten wesentlicher Informationen definiert werden. Zu den als wesentlich definierten Informationen, die der Unternehmer demzufolge für den Verbraucher unmittelbar und leicht zugänglich vorhalten muss, gehören infolge der Einfügung nun auch „allgemeine Informationen“ zum Rankingmechanismus von Suchfunktionen, die der Unternehmer anbietet.

Der sachliche Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn Verbrauchern „die Möglichkeit geboten wird, mithilfe eines Stichworts, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe nach Produkten zu suchen, die von verschiedenen Gewerbetreibenden oder von Verbrauchern angeboten werden, [...] unabhängig davon, wo Rechtsgeschäfte letztendlich abgeschlossen werden“. Von hoher Bedeutung ist, dass aus diesem durch diese Umschreibung eröffneten Anwendungsbereich Online-Suchmaschinen im Sinne der Begriffsbestimmung in der P2B-VO (dort Art. 2 Nr. 5) ausgeschlossen sind (Art. 7 Abs. 4a Satz 2 UGP-RL). Dies bedeutet, dass allgemeine Suchmaschinen, die prinzipiell auf allen Websites oder auf allen Websites in einer bestimmten Sprache eine Suche zu einem beliebigen Thema vornehmen und Ergebnisse anzeigen, nicht von der Transparenzverpflichtung der UGP-RL erfasst sind. Grund für diese Anwendungsbereichsbeschränkung ist, dass die Suchmaschinen-Transparenzregelung in der P2B-VO (Art. 5 Abs. 2 und

¹³² Alexander, WRP 2020, 945 Rn. 58.

¹³³ EG Nr. 21 ModernisierungsRL.

die folgenden Absätze), anders als diejenige für Online-Vermittlungsdienste, bereits eine Pflicht zur Bereitstellung von leicht zugänglichen und verständlichen Informationen an die *Allgemeinheit* normiert, sodass mit dieser Regelung der B2C-Schutzzweck des Lauterkeitsrechts gleichsam schon mit erfüllt ist. Eine Doppelregelung desselben Gegenstandes durch eine mitgliedstaatliche Richtlinienumsetzung soll damit vermieden werden.¹³⁴

Für das hier erörterte Konkurrenzverhältnis zum Medienstaatsvertrag bedeutet dies, dass die Transparenzregelung in § 93 MStV, soweit sie Suchmaschinen als Medienintermediäre erfasst, ausschließlich eine Anwendungsbereichsüberschneidung mit der P2B-VO, nicht aber mit der UGP-RL aufweist.

Anwendungsbereichs-Überschneidungen im Übrigen, d. h. im Hinblick auf andere Arten von Medienintermediären, bleiben allerdings möglich. Sie sind überall dort denkbar, wo Medienintermediäre im Sinne des MStV Suchfunktionen bereitstellen, ohne die Funktion einer allgemeinen Suchmaschine mit potentiell Zugriff auf sämtliche Webseiten zu übernehmen. Die Informationspflicht nach der UGP-RL beschränkt sich nicht (anders als diejenige der Verbraucherrechte-RL, s. u.) auf Online-Marktplätze, gilt vielmehr „für alle Unternehmer, die, zum Beispiel auf Internetseiten oder in Apps, Verbrauchern Suchfunktionen zur Verfügung stellen, [...] unabhängig davon, ob die Suche auf eigenen Seiten oder auf Seiten Dritter ausgeführt wird“.¹³⁵ Die Suchfunktion muss die Möglichkeit der Suche nach Produkten bieten, die in Art. 2 Abs. c) UGP-RL in der geänderten Fassung definiert sind als „jede Ware oder Dienstleistung, einschließlich Immobilien, digitaler Dienstleistungen und digitaler Inhalte, sowie Rechte und Verpflichtungen“. Dies kann sicherlich für eine Gruppe von Diensten angenommen werden, die zugleich die Begriffsmerkmale eines Medienintermediärs erfüllen, namentlich bei sozialen Netzwerken, zumal die Richtlinie (wie auch die P2B-VO, s. o.) nicht fordert, dass eine aufgrund des Suchergebnisses vermittelte B2C-Transaktion auf der Plattform des Anbieters der Suchfunktion oder gar durch diesen selbst (als Verkäufer) vorgenommen werden muss.

In sachlicher und persönlicher Hinsicht sind mithin Überschneidungen zwischen den Anwendungsbereichen des § 93 MStV und Art. 7 Abs. 4a UGP-RL denkbar und auch wahrscheinlich, wenn auch nur hinsichtlich einer Teilklasse der jeweils erfassten Dienste.

b) Vergleich der Regelungsgehalte

Die durch die UGP-RL auferlegte Informationspflicht des Unternehmers, der eine Suchfunktion bereitstellt, besteht darin, allgemeine Informationen zur Verfügung zu stellen, die die Hauptparameter für die Festlegung des Rankings der dem Verbraucher im Ergebnis der Suche vorgeschlagenen Produkte, sowie die relative Gewichtung dieser Parameter im Vergleich zu anderen Parametern, betreffen. Die Informationen müssen in einem bestimmten Bereich der Online-Benutzeroberfläche zur Verfügung gestellt werden, der von der Seite, auf der die Suchergebnisse angezeigt werden, unmittelbar und leicht zugänglich ist (Art. 7 Abs. 4a Satz 1 UGP-RL). Diese Formulierung enthält im Vergleich zur P2B-VO etwas präzisere, aus der Sache ohne weiteres erklärable Anforderungen an die Lokalisierung der Informationen (unmittelbarer Zugang von der Suchergebnis-Seite aus).

¹³⁴ EG Nr. 21 ModernisierungsRL.

¹³⁵ *Alexander*, Neue Transparenzanforderungen im Internet-Ergänzungen der UGP-RL durch den „New Deal for Consumers“, WRP 2019, 1235 Rn. 29.

Inhaltlich geht es auch hier, wie bei Art. 5 Abs. 1 und 2 P2B-VO, um die Offenlegung der Ranking-Hauptparameter und ihr relatives Gewicht im Verhältnis zu anderen Parametern. Insofern dürfte – entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung gleichartiger Transparenzanforderungen – keine Differenz zu den Vorgaben aus der P2B-VO bestehen. Allerdings erscheint die Formulierung insofern bemerkenswert klarer als diejenige des Art. 5 Abs. 1 und 2 P2B-VO, als sie die anzugebenden Ranking-Parameter ausdrücklich auf die *Anzeige der mit dem Suchbegriff gesuchten Produkte* bezieht. Das entspricht in der Sache dem eingeschränkten, „spezialisierten“ Ranking-Begriff des Art. 2 Nr. 8 P2B-VO hinsichtlich der Online-Vermittlungsdienste, hier im Richtlinienentwurf nun aber auch noch explizit in der Formulierung der Verpflichtung selbst zum Ausdruck gebracht. Damit ist also – vor allem im Vergleich mit der nicht klar umrissenen, sowohl allgemein das Suchmaschinen-Ranking als auch spezifischer die Präsentations-Bedingungen für Waren und Dienstleistungen adressierenden Transparenzpflicht für Online-Suchmaschinen, Art. 5 Abs. 2 P2B-VO (s.o.) – erheblich deutlicher formuliert, dass es um eine spezifische, gerade die relative Chance von *Produkten*, im Suchergebnis angezeigt zu werden, erfassende Erläuterungspflicht geht, um ein „Produktranking“ im Interesse des Verbrauchers der Produkte.

Damit ist aber auch klar, dass – ebenso wie schon bei der P2B-VO – der Inhalt der danach auferlegten Transparenzpflichten hinsichtlich der Parameter und ihrer Gewichtung eine andere Gestalt, jedenfalls einen anderen Schwerpunkt aufweist als die Informationspflicht gemäß § 93 MStV. Ob letztere überhaupt Erläuterungen hinsichtlich der Sortierung und Präsentation von Ergebnissen einer auf kommerzielle Transaktionen zielenden Produktsuche (hinsichtlich von Produkten mit oder auch ohne publizistischer Relevanz) in sozialen Netzwerken oder anderen Intermediären außerhalb der Suchmaschinen einschließt, lässt sich möglicherweise schon bezweifeln, kann hier aber dahinstehen. Jedenfalls greift der Regelungsanspruch des § 93 MStV weit über diesen auf Produktsuchen und die *dafür* relevanten Parameter begrenzten engen Inhalt der Informationspflicht nach der UGP-RL (und, wie gezeigt, auch der P2B-VO) hinaus. Der spezifische verbraucherschützende Schutzzweck auch dieser B2C-Regelung schlägt, wie bei Art. 7 Abs. 4a UGP-RL noch deutlicher als bei der P2B-VO wird, auch auf den Inhalt der pflichtigen Erläuterungen durch. Dies bedeutet, dass die Anforderungsprofile beider Regelungen allenfalls eine gemeinsame Schnittmenge haben, im Übrigen aber unterschiedlich sind und – mit Blick auf die verschiedenen Schutzzwecke – auch unterschiedlich sein müssen.

c) Folgerungen

aa) § 93 MStV: keine Umsetzung der UGP-RL

Für das rechtliche Verhältnis der Regelungen folgt daraus zunächst, dass § 93 MStV nicht als Umsetzung der Art. 7 Abs. 4a UGP-RL in der Fassung der ModernisierungsRL begriffen werden kann; diese von der Kommission in ihren Bemerkungen aufgeworfene Frage ist zu verneinen.

Abgesehen davon, dass der Medienstaatsvertrag die Umsetzung der neuen verbraucherschützenden „New Deal for Consumers“-Richtlinienbestimmungen nicht intendiert und diese Bestimmungen daher im Vorspruch zum Vertragstext auch nicht nennt (anders als die AVMD-Änderungsrichtlinie 2018), wären seine Regelungen, wie gezeigt, auch gar nicht geeignet, das spezifische Transparenzanliegen und die darauf zugeschnittenen Vorgaben der UGP-RL hinsichtlich der Erläuterungen zum Ranking zu erfüllen. Zwar ist nicht schlechthin ausgeschlossen, unionsrechtliche Richtlinienvorgaben auch in mehreren mitgliedstaatlichen Bestimmungen an

verschiedenen Regelungsorten umzusetzen; ein aktuelles Beispiel dafür wäre die geplante Umsetzung der AVMD-Änderungsrichtlinie sowohl im Medienstaatsvertrag als auch im Telemediengesetz des Bundes. Die Mitgliedstaaten genießen hinsichtlich der Wahl der Mittel der Richtlinienumsetzung einen Spielraum.¹³⁶

Allerdings ist dieser durch die Gebote der Rechtssicherheit und der Effektivität der Umsetzung begrenzt.¹³⁷ Eine hinreichend effektive, funktionale Umsetzung hat daher jedenfalls auch den rechtssystematischen Kontext der umzusetzenden Regelung zu berücksichtigen und diese sinnvoll in die dafür im mitgliedstaatlichen Recht herausgebildeten Strukturen einzupassen. Dies bedeutet für eine lauterkeitsrechtliche Regelung, dass sie sinnvollerweise auch in das Regelungssystem des bestehenden mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrechts einzugliedern ist. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb schreibt sich selbst unter anderem ausdrücklich die Funktion der Umsetzung der UGP-Richtlinie zu (s. Vorspruch zum UWG). § 5a UWG enthält in Umsetzung der UGP-Richtlinie bisheriger Fassung die Unlauterkeits-Tatbestände des Irreführens durch Unterlassen. Es unterliegt keinem Zweifel, dass dieser Regelungsort derjenige ist, an dem auch der neue lauterkeitsrechtliche Tatbestand der (unterlassenen) Informationen über das Ranking von Suchfunktionen untergebracht werden muss.¹³⁸ Der Medienstaatsvertrag wäre dafür nach Regelungskontext und -zweck ein völlig ungeeigneter, damit aber unionsrechtlich kaum hinnehmbarer Ort.

bb) § 93 MStV: Verstoß gegen die UGP-RL?

Ist also § 93 MStV keine Vorschrift der Umsetzung des Art. 7 Abs. 4a UGP-RL, so muss die Regelung doch mit der Richtlinie vereinbar sein. Ungeachtet ihrer (grundsätzlich fehlenden) unmittelbaren Anwendbarkeit beanspruchen auch EU-Richtlinien kraft ihrer unmittelbaren Geltung in den Mitgliedstaaten und ihres Anwendungsvorrang im weiten Sinn (s.o.), dass sämtliches mitgliedstaatliche Recht mit ihnen in Einklang steht. Auch hinsichtlich der neuen Transparenzvorgaben für Anbieter von Suchfunktionen in der UGP-RL wäre also denkbar, dass sie weiteren mitgliedstaatlichen Transparenzverpflichtungen, die neben dem eigentlichen Recht der Umsetzung der Richtlinie stehen (künftig also einer Ergänzung vermutlich in § 5a UWG), entgegenstünden.

Damit ist aber nur erneut die oben schon für Art. 5 Abs. 2 P2B-VO erörterte Frage einer möglichen abschließenden Bedeutung der unionsrechtlichen Regelung aufgeworfen, auf deren Beantwortung hier verwiesen werden kann. Wenn sich auch bei den Transparenzverpflichtungen hinsichtlich der Ranking-Parameter (bzw. -Kriterien) eine inhaltliche Schnittmenge ergeben kann, so verfolgen doch die beiden Regelungen vollkommen unterschiedliche Schutzzwecke, die sich auch in zumindest teilweise abweichenden Anforderungsprofilen hinsichtlich der zu leistenden Informationen auswirken (Produktbezug der Rankingkriterien einerseits, allgemeiner Sortier-Mechanismus, ggf. mit besonderem Bezug zu publizistisch relevanten Inhalten, andererseits). Beide Verpflichtungsgehalte widersprechen sich nicht, beeinträchtigen sich auch nicht mittelbar und können praktisch nebeneinander oder in teilweiser Verbindung zueinander erfüllt werden (s.o.).

¹³⁶ Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, AEUV Art., 288 Rn. 44.

¹³⁷ Vgl. nur Bievert, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV Art. 288 Rn. 28; Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 75 f.

¹³⁸ Vgl. Alexander, WRP 2019, 1235 Rn. 71 ff.

Vor diesem Hintergrund wäre nicht plausibel begründbar, weshalb die UGP-RL hinsichtlich einer zusätzlichen medienrechtlichen Transparenzverpflichtung im tatbestandlichen Überschneidungsbereich einen ausschließlichen Regelungsanspruch für das unionale und mitgliedstaatlich umzusetzende Lauterkeitsrecht beanspruchen sollte. Zur Absicherung der effektiven Geltung des Unionsrechts könnte auch hier eine Klausel im konkretisierenden Satzungsrecht sinnvoll sein, derzufolge etwaige lauterkeitsrechtliche Anforderungen an die Transparenz der Funktion von Medienintermediären unberührt bleiben.

2. Art. 6a VerbraucherrechteRL

a) Anwendungsbereich und Regelungsgehalt

Die Informationspflicht hinsichtlich von Ranking-Kriterien gemäß dem neuen Artikel 6a der VerbraucherrechteRL stimmt inhaltlich kraft ausdrücklichen Verweises auf die Definition des Begriffs „Ranking“ in der UGP-RL mit derjenigen dieser Richtlinie (s. o.) überein. Insoweit erübrigen sich hier wiederholende Ausführungen.

Art. 6a der VerbraucherrechteRL knüpft allerdings nicht allgemein an Suchfunktionen und deren Anbieter an, sondern an den engeren Begriff des *Online-Marktplatzes*. Damit ist hinsichtlich des Verhältnisses der Anwendungsbereiche des Unionsrechts und des Medienstaatsvertrages wiederum die schon zu den Online-Vermittlungsdiensten im Sinne der P2B-VO erörterte Frage aufgeworfen, ob und inwieweit bei Marktplätzen überhaupt eine Überschneidung in Betracht kommt (s.o., I. 1 c) bb). Schlechthin ausgeschlossen ist dies, wie gezeigt, trotz der Ausnahme im Medienstaatsvertrag für Produkt- und Dienstleistungsportale (§ 91 Abs. 2 Nr. 2 MStV) nicht, weil auch gemischte Portale oder solche, bei denen die Waren oder Dienstleistungen gerade in publizistisch relevanten Inhalten bestehen, denkbar sind. Ob und inwieweit die Regulierung der Medienintermediäre im MStV auch solche Dienste einschließt oder nicht, bedarf noch künftiger Klärung und Konkretisierung. Die Schnittmenge und damit das Konkurrenzverhältnis sowohl zur P2B-Verordnung als auch zur Verbraucherrichtlinie, insofern Online-Marktplätze und die dafür geltenden Transparenzpflichten in Rede stehen, ließen sich durch eine einschränkende Definition des Anwendungsbereichs der Intermediär-Regulierung im Medienstaatsvertrag (etwa im Satzungsrecht der Landesmedienanstalten) marginalisieren oder sogar ganz beseitigen.

Auch wenn dies nicht geschieht, die Überschneidung der Anwendungsbereiche (in einem hier allerdings kleinen Schnittfeld der Online-Marktplätze, die zugleich den Transparenzpflichten des § 93 MStV unterfallende Medienintermediäre wären) und Regelungsgegenstände also bestehen bliebe, kann für diese Konkurrenz aber nichts anderes gelten als für das Verhältnis zur P2B-Verordnung und zur UGP-Richtlinie:

b) Folgerungen

Auch insoweit sind also zusammenfassend, ohne dass dies hier noch einmal näherer Ausführungen bedarf, folgende Schlüsse zu ziehen:

Erstens stellt § 93 MStV auch keine Umsetzung des neuen Art. 6a VerbraucherrechteRL dar. § 93 MStV statuiert vielmehr eine eigenständige medienrechtliche Transparenzanforderung mit anderem Schutzzweck und (teilweise) anderem Inhalt, die neben der noch in den Rechtsrahmen des deutschen Verbraucherschutzrechts (z.B: §§ 312b ff. BGB) einzupassenden Umsetzungs-vorschrift steht.

Zweitens sprechen auch hier die besseren Gründe dafür, nicht von einem abschließenden Regelungsgehalt des unionalen, mitgliedstaatlich umzusetzenden Verbraucherschutzrechts im Verhältnis zu ergänzenden medienrechtlichen Transparenzvorgaben auszugehen. Auch soweit Anbieter von Online-Marktplätzen neben der neuen verbraucherschutzrechtlichen Informationsverpflichtung als Medienintermediär auch der medienrechtlichen Transparenzpflicht aus § 93 MStV unterliegen sollten, können beide Pflichten unbeschadet der jeweils anderen erfüllt werden und ist kein triftiges unionsrechtliches Argument ersichtlich, das einen durch den Medienstaatsvertrag begründeten Verstoß gegen die VerbraucherRL begründen könnte.

D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Die „*Bemerkungen*“ der Kommission im Notifizierungsverfahren gem. der Richtlinie (EU) 2015/1535 stellen keine unionsrechtlich definitiven oder verbindlichen Feststellungen zur (Un-)Vereinbarkeit der Regelungen des MStV mit dem Unionsrecht dar.
2. Die Sperrwirkung von unionalem Sekundärrecht kann sowohl *kompetenzrechtlich* begründet als auch aus dem *Anwendungsvorrang* des Unionsrechts als Kollisionsregel hergeleitet werden. Auf diese doppelte dogmatische Verankerung kommt es aber für die Beurteilung nicht an, weil auch für die kompetentielle Sperrwirkung anerkannt ist, dass sie nur die Anwendbarkeit mitgliedstaatlicher Vorschriften hindert, nicht ihre Geltung vernichtet.
3. Die Sperrwirkung sekundären Unionsrechts hängt entscheidend von dem *Regelungsgehalt* der in Rede stehenden unionsrechtlichen Vorschrift, insbesondere ihrem abschließenden Regelungsanspruch und dessen Reichweite im Verhältnis zu mitgliedstaatlichem Recht, ab. Dieser Regelungsgehalt bedarf daher sorgfältiger Analyse. Die Feststellung einer direkten oder indirekten Normenkollision ist Voraussetzung für die Feststellung etwaiger Wirkungen des Anwendungsvorrangs (Verdrängung, ggf. unionsrechtskonforme Auslegung zur Vermeidung der Verdrängung, ggf. mitgliedstaatliche Anpassungspflichten).
4. Der entweder abschließende oder nicht abschließende und daher mitgliedstaatliche Abweichungen oder Ergänzungen zulassende Charakter von Bestimmungen des Unions-Sekundärrechts korreliert nicht zwingend mit der *Art des Rechtsaktes*, also der Rechtsform entweder der *Verordnung* oder der *Richtlinie*. Auch EU-Verordnungen müssen nicht notwendigen abschließenden Regelungsanspruch erheben, können vielmehr eine Normenkonkurrenz mit mitgliedstaatlichen Vorschriften auch im selben Anwendungsbereich zulassen, solange die Rechtsfolgen der Regelungen miteinander kompatibel sind.
5. Hängt die Anwendbarkeit mitgliedstaatlichen Rechts (hier: von Vorschriften des Medienstaatsvertrags) und hängen auch weitere Reaktionspflichten des Mitgliedstaats und seiner zuständigen Stellen vom Vorliegen einer – *direkten oder indirekten* – *Kollisionslage* im Verhältnis zu unionsrechtlichen Regelungen (hier: der P2B-Verordnung sowie den durch die Verbraucherschutz-Modernisierungs-Richtlinie geänderten Vorschriften) ab, so kommt es entscheidend darauf an, ob eine derartige Kollisionslage identifiziert werden kann. Dies setzt eine sorgfältige Ermittlung des Regelungsgehalts der unionsrechtlichen Bestimmungen voraus.
6. Zu analysieren ist, ob die Bestimmungen des Unionsrechts überhaupt eine *Anwendungsbereichsüberschneidung* mit dem mitgliedstaatlichen Recht aufweisen, ob, wenn ja, insoweit ein konkurrierendes *Nebeneinander der Regelungen* auf beiden Ebenen möglich und zugelassen ist oder ob tatsächlich einander *widersprechende Rechtsfolgen* für dieselben Sachverhalte angeordnet sind, die den Anwendungsvorrang im weiten Sinn und ggf., wenn keine den Widerspruch auflösende unionsrechtskonforme Auslegung in Betracht kommt, auch im engen Sinn (also eine Sperrwirkung) auslösen.
7. Ob eine Kollisionslage – oder doch nur eine zugelassene Normenkonkurrenz – vorliegt, kann aber unklar sein und bedarf dann vor allem der Prüfung, ob der *Regelungsanspruch* der Unionsrechtsnorm abschließend ist und daher mitgliedstaatliche Rechtsfolgenanordnungen für denselben Sachverhalt untersagt. Die Kollisionslage kann auch insoweit möglicherweise durch eine *unionsrechtsforme Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechtsakts* vermieden werden.

8. Für den Fall nicht schon eindeutig inkompatibler Rechtsfolgen ist also anhand der juristischen Argumente (Wortlaut und Systematik, entstehungsgeschichtliche Hinweise, Zielsetzung der Regelung), zu prüfen, ob durch die unionsrechtliche Bestimmung ein *abschließender Regelungsanspruch* erhoben oder zusätzlichen mitgliedstaatlichen Regelungen Raum gegeben wird. Besonders dem teleologischen Kriterium, ob und inwieweit die mitgliedstaatliche Regelung die Erreichung der Ziele des Unionsrechtsakts beeinträchtigt – oder ihnen gegenüber neutral ist oder sie umgekehrt möglicherweise sogar fördert – kommt für die Beurteilung zentrale Bedeutung zu.

9. Die *Anwendungsbereiche der P2B-Verordnung* und des *Medienstaatsvertrages* überschneiden sich hinsichtlich der Medienintermediärregulierung in persönlicher und sachlicher Hinsicht; insoweit liegt also ein konkurrierender Anwendungsanspruch beider Regelungen vor. Dieser betrifft insbesondere die Transparenzpflichten für Suchmaschinen (Art. 5 Abs. 2 P2B-VO, § 93 MStV). Aber auch bei den Online-Vermittlungsdiensten im Sinne der P2B-VO ist der tatbestandliche Überschneidungsbereich, wenn auch eingeschränkter als bei den Suchmaschinen, gegeben, insbesondere hinsichtlich sozialer Netzwerke und App-Stores.

10. Der *Regelungsgegenstand* der Transparenz-Verpflichtung in Art. 5 Abs. 2, 5 P2B-VO umfasst auch die Erläuterung des allgemeinen Ranking von *Suchmaschinen* hinsichtlich aller Suchergebnisse für sämtliche Nutzer und die Allgemeinheit, nicht nur – wie bei den Online-Vermittlungsdiensten (Art. 5 Abs. 1 iVm Art. 2 Nr. 8 P2B-VO) – diejenige der Rangfolge und Präsentation der miteinander konkurrierenden Unternehmens-Websites in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die gewerblichen Nutzer. Daraus ergibt sich eine Überschneidung der Regelungsgegenstände mit § 93 MStV.

11. Hinsichtlich der *Online-Vermittlungsdienste* betreffenden Transparenzpflichten der Verordnung und § 93 MStV besteht hingegen *keine Regelungs-Konkurrenz* hinsichtlich der Verpflichtungsinhalte, weil sie unterschiedliche Gegenstände betreffen: Die Transparenzpflichten gem. § 93 MStV betreffen Informationen, die der Allgemeinheit („user faced“) zugänglich zu machen sind, diejenigen aus Art. 5 Abs. 1 P2B-VO solche, die in gerade für die Vertragsbeziehungen zu gewerblichen Nutzern relevanten Allgemeinen Geschäftsbedingungen darzulegen sind. In der konkretisierenden Satzung gemäß § 96 MStV könnte diese Verschiedenheit der Gegenstände noch bekräftigt werden, um insoweit jeden Zweifel auszuschließen.

12. Die Transparenzpflichten sowohl der P2B-VO als auch des MStV sind inhaltlich in erheblichem Maß *unbestimmt, interpretations- und konkretisierungsbedürftig*. Die Anforderungen aus Art. 5 Abs. 2 P2B-VO für Suchmaschinen und diejenigen aus § 93 Abs. 1 MStV lassen daher sowohl ein harmonisierendes Verständnis zu, das zu nach Inhalt und Erläuterungstiefe gleichartigen Informationspflichten führt, als auch eine nicht kongruente Interpretation der Transparenzpflichten; dies hängt wesentlich von der näheren Konkretisierung der Transparenzpflichten bei beiden Regelungen ab.

13. Hinsichtlich *keines* Inhalts der konkurrierenden Regelungen besteht eine *offensichtliche direkte Kollision*. Die Vorschriften der P2B-VO, die Online-Vermittlungsdienste verpflichten, regeln schon einen anderen Gegenstand als § 93 MSV, nämlich die Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen für das Vertragsverhältnis zu gewerblichen Nutzern und weitere spezifische Pflichten in diesem Verhältnis. Die Pflichten für Suchmaschinen beziehen sich demgegenüber zwar auf den gleichen Gegenstand, mithin die Gestaltung der für jedermann bestimmten Informationen an einem dazu geeigneten Ort des Online-Auftritts der Suchmaschine. Je-

doch lässt sich auch hier nur teilweise eine inhaltliche Überschneidung der Pflichten konstatieren, während andere Pflichtinhalte nur entweder von der einen oder der anderen Regelung vorgeschrieben werden. Der Überschneidungsbereich betrifft die Darstellung und Erläuterung der allgemeinen Ranking-Kriterien in Inhalt und Modus dieser Information. Auch in diesem Überschneidungsbereich ordnen die konkurrierenden Regelungen keine einander widersprechenden Rechtsfolgen an.

14. Folgt eine Sperrwirkung der P2B-VO Ausschlusswirkung hinsichtlich von mitgliedstaatlichen Regelungen, die nicht ihrem Inhalt nach direkt kollidieren, also nicht schon aus der Inkompatibilität der Regelungsgehalte – beide Normbefehle können ja auch (ohne Verdrängung) konkurrieren –, kann sie nur aus einem gleichwohl *abschließenden Regelungsanspruch der Verordnung* folgen. Ob eine solche abschließende Wirkung anzunehmen ist, ist für die in Rede stehende Regelung durch Auslegung zu ermitteln. Dies ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vielfach entschieden worden, für Richtlinien, aber auch für Unions-Verordnungen. Welchen Harmonisierungsgrad eine Richtlinie anstrebt und welchen Vereinheitlichungsanspruch eine Verordnung erhebt, ist anhand der auch im Unionsrecht anerkannten juristischen Auslegungskriterien zu bestimmen.

15. Bedeutung für die Auslegung können insbesondere die *Regelungstiefe und Regelungsreichweite* der unionsrechtlichen Vorschriften gewinnen: Haben diese ersichtlich nur punktuellen oder fragmentarischen Charakter, ist kaum anzunehmen, dass die Mitgliedstaaten an Regelungen in dem von dem Unionsrechtsakt nicht geregelten Bereich oder unter vom Unionsrechtsakt nicht erfassten Gesichtspunkten gehindert sein sollen.

16. Die *Ziele* sowohl der unionsrechtlichen als auch der mitgliedstaatlichen Regelung sind für die Beurteilung des abschließenden Charakters von hoher Bedeutung: Verfolgt die unionsrechtliche Regelung nur eine begrenzte Zielsetzung, etwa einen beschränkten Schutzzweck, kann dies dafür sprechen, dass Regelungen zur Erreichung anderer Ziele durch die Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen sein sollen. Kann die mitgliedstaatliche Regelung allerdings die Wirksamkeit der unionsrechtlichen Regelung und der damit bezweckten Zielverfolgung beeinträchtigen, stützt dies die Annahme eines abschließenden Gehalts der Unionsregelung.

17. Letzte *Sicherheit einer rechtlichen Beurteilung* des Konkurrenzverhältnisses der in Rede stehenden Transparenzregelungen des Unionsrechts gegenüber dem MStV ist derzeit, vor einer gerichtlichen Klärung der Frage, noch *nicht* möglich. Die Formeln und Argumente, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zur Sperrwirkung von Sekundärrecht anwendet, haben nicht einen Präzisionsgrad, der immer eindeutige Ergebnisse einer jeden Beurteilung im Einzelfall ermöglicht.

18. Der *fragmentarische Charakter der P2B-VO* legt ein Verständnis nahe, diese so zu verstehen, dass sie komplementäre mitgliedstaatliche Regelungen zulässt (Normenkonkurrenz, nicht -kollision). Die Verordnung errichtet *kein geschlossenes Regelungssystem der Plattformregulierung*, normiert vielmehr nur punktuelle Transparenzanforderungen; sie gehört nicht zum Typus derjenigen Unionsrechtsakte, die eine Vollvereinheitlichung anstreben.

19. Die P2B-Verordnung verfolgt eine *rein wirtschaftsrechtliche* und mittelbar noch Verbraucherschützende *Zielsetzung*, während das Ziel der Sicherung kommunikativer Chancengleichheit und Informationsvielfalt nicht einmal ansatzweise Berücksichtigung findet. Die Verordnung ist in ihrer thematisch sektoralen Beschränkung unzweifelhaft kein Rechtsakt einer umfassenden kommunikationsrechtlichen Plattformregulierung.

20. Die *Gefahr einer Beeinträchtigung der Ziele* der Transparenzregulierung nach der P2B-VO durch die Verpflichtungen aus § 93 MStV ist *nicht* erkennbar.

21. Für eine *generelle Sperrwirkung* der P2B-VO, die jedes ergänzende Tätigwerden der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Transparenzregulierung von Intermediären auch dort ausschliesse, wo die Verordnung gegenständlich oder inhaltlich gar keine entsprechenden Regelungen trifft, sprechen daher *weder textliche noch systematische noch teleologische Argumente*. Die Annahme eines abschließenden Regelungsgehalts mit Sperrwirkung gegenüber § 93 MStV ist also jedenfalls insoweit wenig überzeugend, als letztere Vorschrift Medienintermediäre erfasst, die Online-Vermittlungsdienste im Sinne der Verordnung sind (insbesondere: soziale Netzwerke) und soweit sie (auch für Suchmaschinen) die zusätzlichen Informationspflichten gemäß Abs. 2 (Angabe einer Spezialisierung) und Abs. 4 (Gewährleistung der Kennzeichnung von social bots) errichtet.

22. Weniger eindeutig fällt die Beurteilung eines möglicherweise abschließenden Regelungsanspruchs der Art. 5 Abs. 2 ff., Art. 7 Abs. 2 P2B-VO aus, also derjenigen Regelungen, die die Transparenzpflichten von *Online-Suchmaschinen* betreffen. Die besseren Gründe sprechen aber auch insoweit *gegen einen abschließenden Charakter der Verordnung*.

23. Insbesondere besteht auch hier, jedenfalls bei entsprechender Ausgestaltung der Transparenzpflichten im untergesetzlichen Satzungsrecht, *keine unklare oder gar irreführende Rechtslage*, die den Anwendungsanspruch der P2B-Verordnung beeinträchtigen könnte und die daher zur Annahme einer Sperrwirkung oder gar Aufhebungspflicht hinsichtlich § 93 MStV führen müsste. Entscheidend ist, dass die beiden Pflichten aus Art. 5 Abs.2 P2B-VO und § 93 Abs. 1, Abs. 3 MStV auch von Suchmaschinen-Anbietern jeweils uneingeschränkt, ohne Beeinflussung durch den Transparenzstandard der jeweils anderen Rechtsquelle, erfüllt werden können und dass damit die *Erfüllung der unterschiedlichen Ziele beider Regelwerke* ohne Gefahr einer wechselseitigen Beeinträchtigung der Wirksamkeit der Regelungen *möglich* ist. Die Integrität des Geltungsanspruchs des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts kann durch entsprechende Klauseln in den konkretisierenden untergesetzlichen Bestimmungen der Landesmedienanstalten gesichert werden.

24. Ist eine Normenkonkurrenz ohne Beeinträchtigung der Integrität des Unionsrechts möglich, kann sich auch für die Regelung der Suchmaschinen-Transparenz der Gedanke durchsetzen, dass die *verschiedenen, auf beiden Seiten begrenzten Schutzzwecke* (Wettbewerbs- und Verbraucherschutz einerseits, kommunikative Chancengleichheit und Meinungsvielfalt andererseits) gegen einen abschließenden Regelungsanspruch der Verordnung sprechen.

25. Soweit sie *Suchmaschinen* als Medienintermediäre erfasst, weist die Transparenzregelung in § 93 MStV ausschließlich eine Anwendungsbereichsüberschneidung mit der P2B-VO auf, nicht aber mit der *UGP-RL*, weil diese insoweit gegenüber der P2B-VO zurücktritt.

26. *Anwendungsbereichs-Überschneidungen* zwischen der *UGP-RL und dem MStV* im Übrigen, d. h. im Hinblick auf andere Arten von Medienintermediären, bleiben möglich. Sie sind überall dort denkbar, wo Medienintermediäre im Sinne des MStV Suchfunktionen bereitstellen, ohne die Funktion einer allgemeinen Suchmaschine mit potentielltem Zugriff auf sämtliche Webseiten zu übernehmen.

27. Wie bei der P2B-VO weisen die „gleichartigen Transparenzpflichten“ aus *Art. 7 Abs. 4a UGP-RL* hinsichtlich der geforderten Erläuterung der Parameter und ihrer Gewichtung eine

andere Gestalt, jedenfalls einen anderen Schwerpunkt auf als die Informationspflicht gemäß § 93 MStV.

28. Für das rechtliche Verhältnis der Regelungen folgt daraus, dass § 93 MStV nicht als Umsetzung der Art. 7 Abs. 4a UGP-RL in der Fassung der ModernisierungsRL begriffen werden kann, abgesehen davon, dass der MStV auch von den Staatsvertragsparteien nicht als Umsetzung der Verbraucherschutzvorschriften der EU verstanden und ausgewiesen worden ist.

29. Auch die *Verpflichtungsgehalte* der UGP-RL und des MStV widersprechen sich nicht, beinträchtigen sich auch nicht mittelbar und können praktisch nebeneinander oder in teilweiser Verbindung zueinander erfüllt werden. Daher wäre nicht plausibel begründbar, weshalb die UGP-RL hinsichtlich einer zusätzlichen medienrechtlichen Transparenzverpflichtung im tatbestandlichen Überschneidungsbereich einen ausschließlichen Regelungsanspruch für das unionale und mitgliedstaatlich umzusetzende Lauterkeitsrecht beanspruchen sollte.

30. Auch im Verhältnis des MStV zu Art. 6a VerbraucherrechteRL ist eine Anwendungsbereichsüberschneidung nicht gänzlich ausgeschlossen, obwohl diese unionsrechtliche Transparenzverpflichtung im B2C-Verhältnis nur Online-Marktplätze betrifft. Trotz der Ausnahme im Medienstaatsvertrag für Produkt- und Dienstleistungsportale (§ 91 Abs. 2 Nr. 2 MStV) sind doch Online-Marktplätze als Verpflichtungsadressaten des § 93 MStV nicht völlig undenkbar (gemischte Portale oder solche, bei denen die Waren oder Dienstleistungen gerade in publizistisch relevanten Inhalten bestehen); im Einzelnen bedarf diese Abgrenzung noch künftiger Klärung und Konkretisierung.

31. Auch bei angenommener Anwendungsbereichs-Überschneidung stellt § 93 MStV keine Umsetzung des Art. 6a VerbraucherrechteRL dar. § 93 MStV statuiert vielmehr eine eigenständige medienrechtliche Transparenzanforderung mit anderem Schutzzweck und (teilweise) anderem Inhalt, die neben der noch in den Rechtsrahmen des deutschen Verbraucherschutzrechts (z.B: §§ 312b ff. BGB) einzupassenden Umsetzungsvorschrift steht.

32. Wie bei der P2B-VO und der UGP-RL ist auch mit Blick auf Art. 6a VerbraucherrechteRL nicht von einem *abschließenden Regelungsgehalt* im Verhältnis zu ergänzenden medienrechtlichen Transparenzvorgaben auszugehen. Auch soweit Anbieter von Online-Marktplätzen neben der neuen verbraucherschutzrechtlichen Informationsverpflichtung als Medienintermediär auch der medienrechtlichen Transparenzpflicht aus § 93 MStV unterliegen sollten, können beide Pflichten unbeschadet der jeweils anderen erfüllt werden und ist kein triftiges unionsrechtliches Argument ersichtlich, das einen durch den Medienstaatsvertrag begründeten Verstoß gegen die VerbraucherRL begründen könnte.

33. Insgesamt ergibt die Analyse, dass ein *abschließender Regelungsgehalt* und daher eine Normenkollision, die den Anwendungsvorrang des Unionsrechts und also eine Sperrwirkung gegenüber mitgliedstaatlichem Recht auslösen würde, bei *keiner der untersuchten Unionsregelungen* im Verhältnis zur Transparenzregulierung im MStV diagnostiziert werden kann.

34. Mithin sind die *Vorschriften der §§ 91 ff. MStV* weder aus Gründen einer Normenkollision mit der P2B-VO, der UGP-RL oder der VerbraucherRL unanwendbar noch bestehen eine Pflicht zur Aufhebung oder Anpassung der Vorschriften. Die Integrität des Geltungsanspruchs des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts kann allerdings vorsorglich durch *anwendungssichernde Klauseln* in den konkretisierenden untergesetzlichen Bestimmungen der Landesmedienanstalten bekräftigt werden.

E. Literaturverzeichnis

- Alexander, Christian, Anwendungsbereich, Regelungstechnik und einzelne Transparenzvorgaben der P2B-Verordnung, WRP 2020, 945.
- Alexander, Christian, Neue Transparenzanforderungen im Internet-Ergänzungen der UGP-RL durch den „New Deal for Consumers“, WRP 2019, 1235.
- Barczak, Tristan, Normenkonkurrenz und Normenkollision, JuS 2015, 969.
- Bauerschmidt, Jonathan, Die Sperrwirkung im Europarecht, EuR 2014, 277.
- Busch, Christoph, Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie? Die neue P2B-Verordnung im Überblick, GRUR 2019, 788.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016.
- Cornils, Matthias, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 1995.
- Cornils, Matthias, Der grundrechtliche Rahmen für ein (trans-) nationales Datenschutzrecht im digitalen Zeitalter, in: Datenschutz im digitalen Zeitalter – global, europäisch, national, hrsg. v. Institut für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, 2015, S. 11 ff.
- Cornils, Matthias, Designing platform governance: A normative perspective on needs, strategies, and tools to regulate intermediaries, 16.5.2020.
- Cornils, Matthias, Inhaltekontrolle im Internet. Intermediärregulierung in der EU, www.medienpolitik.net v. 20.02.2019.
- Cornils, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 31. Januar 2017 – Az 6 C 2.16, N&R 2017, 178.
- Epiney, Astrid, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2013.
- Funke, Andreas, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, DÖV 2007, 733.
- Furrer, Andreas, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen. Die Grenzen des nationalen Gestaltungsspielraums durch sekundärrechtliche Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung des "nationalen Alleingangs“, 1994.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. I-III, Stand: 2019.
- Holznagel, Bernd/Kalbhenn, Jan Christopher/Hartmann, Sarah, Stellungnahme zur schriftlichen Anhörung des Ausschusses für Kultur und Medien des Landtags Nordrhein-Westfalen zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland vom 12. Juni 2020.
- Jarass, Hans D./Beljin, Sasa, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018.
- Klein, Eckart, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht, 1988.
- Kruis, Tobias, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013.
- Kühling, Jürgen/Martini, Mario, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, 448.

Liesem, Kerstin, Neulandvermessung – Die Regulierung von Medienintermediären im neuen Medienstaatsvertrag, ZUM 2002, 377.

Niedobitek, Matthias, Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht, VerwArch 92 (2001), 58.

Öhlinger, Theo/Potacs, Michael, EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich, 6. Aufl. 2017.

Peukert, Alexander, Faktenchecks auf Facebook aus lauterkeitsrechtlicher Sicht, WRP 2020, 391.

Polley, Romina/Pesch, Tobias/Tönnies, Hans, Die P2B-Verordnung und ihre Bedeutung für das Kartellrecht, WuW 2019, 494.

Rengeling, Hans-Werner/Middeke, Andreas/Gellermann, Martin, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014.

Schneider, Nadine/Kremer, Sascha, Ein zweiter, kritischer Blick auf die P2B-Verordnung: Nachhaltige Veränderung des Plattform Ökosystems?, WRP 2020, 1128.

Schulze, Rainer/Janssen, André/Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020.

Schwarze, Jürgen, EU-Kommentar, hrsg. v. Ulrich Becker/Armin Hatje/Johann Schoo/Jürgen Schwarze, 4. Aufl. 2019.

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 4. Aufl. 2019.

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018.

Tribess, Alexander, P2B-Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz von Online-Diensten, GWR 2020, 233.

Voigt, Paul/Reuter, Wiebke, Platform-to-Business-Verordnung. Neue Anforderungen für Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen ab Juli 2020 MMR 2019, 783.

v. Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen/Arndt, Felix, Handlungsformen im Unionsrecht, ZaöRV 62 (2002), 77.

Von Danwitz, Thomas, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, 697.

Von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Bd. 1: 2015.

Wiesbaden, 6. Oktober 2020

