Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland

Rechtsgutachten

erstattet der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien

von

Universitätsprofessor Dr. Matthias Cornils, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Direktor des Mainzer Medieninstituts

21. September 2023

Inhalt

A. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen 5
I. Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes 5
II. Zur Rechtfertigung einer Investitionsverpflichtung am Maßstab der Grundrechte 10
B. Einleitung und Gutachtenauftrag 28
I. Allgemeines 28
II. Kontext: Bestehende Filmabgabe-Pflicht in Deutschland 29
III. Medienrechtliche Quotenregelung 31
IV. Das Muster in der rechtspolitischen Diskussion: Die Regelung einer Investitionsverpflichtung in Frankreich 33
1. Die französische Verordnung v. 22. Juni 2021: Normadressaten 33
2. Nach Anbieter-Kategorien differenzierte Investitionsquoten 34
3. Subquoten „französische Werke“ 34
4. Subquote unabhängige Produktionen 35
5. Vorgaben zum Rechteerwerb 35
6. Genre-Vorgabe für audiovisuelle Werke 36
7. Öffnungsklausel für Selbstregulierung 36
V. Untersuchungsgegenstände 36
1. Umsatzbezogene Investitionsverpflichtung 36
2. Weitere Vorgaben, insb. Subquoten 37
3. Selbstregulierungsvorbehalt 39
4. Begrenzung auf SVOD- und AVOD-Dienstanbieter 39
5. Verhältnis zur Filmabgabe 40
VI. Rechts-Problemkomplexe 40
1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes 41
2. Freiheitsrechtliche Rechtfertigungslasten 42
3. Gleichheitsprobleme 43
C. Gesetzgebungskompetenz des Bundes 44
I. Vorgehen der Untersuchung 44
II. Grundsätze der Interpretation der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung für die Gesetzgebung 45
1. Erste Stufe: Auslegung der in Betracht kommenden Kompetenzmaterien 48
2. Zweite Stufe: Zuordnung 53
III. BVerfGE 135, 155: Kompetenzzuordnung der Bundesfilmförderung nach dem FFG 69
1. Polyvalente Regelungszwecke der Filmförderung 70
2. Schwerpunktkriterium 71
3. Nur mehr instrumenteller Kulturförderungszweck 72
4. Keine Kompetenzverschiebung durch Einführung des „kulturellen Tests“ 73

5. Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Abgabenverpflichtung der Fernsehveranstalter ... 74
6. Zwischenergebnis ... 75
IV. Folgerungen für ein Film-Investitionsverpflichtungsgesetz ... 76
1.Kernthese: Übertragbarkeit der Aussagen zur kompetenzrechtlichen Zulässigkeit des FFG auf eine Regelung einer Investitionsverpflichtung ... 76
2. Vergleichbarkeit ... 77
V. Ergänzende kompetenzrechtliche Erwägungen ... 86
1. Keine Zuordnung zur Landeskompetenzmaterie Medienrecht ... 86
2. Normadressaten ... 94
3. „Verzahnung“ und Sachzusammenhang ... 96
VI. Regelung von Nutzungsrechten ... 101
1. Ausgangspunkt: Urheberrechtlicher Charakter von Regelungen über den Rechteerwerb ... 101
2. Begrenzte Relevanz der Frage ... 101
3. Zuordnung zum Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) kraft Verzahnung oder Sachzusammenhangs? ... 102
4. Zuordnung auch der Regelung über die Investitionsverpflichtung zum Urheberrecht (Art. 73 Abs.1 Nr. 9 GG)? ... 104
5. Ergebnis ... 106
VII. Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG ... 106
VIII. Ergebnis ... 108
D. Vereinbarkeit der Investitionsverpflichtung mit den Grundrechten der Streaming-Dienste ... 110
I. Allgemeines und Gang der Untersuchung ... 110
II. Grundrechtliche Maßstäbe: Freiheitsrechte ... 113
1. (Vorrangige) Anwendbarkeit der Grundrechte des Grundgesetzes ... 113
2. Unternehmerische Dispositionsfreiheit der VoD-Anbieter: Schutzbereichsfragen ... 119
3. Angebotsgestaltungsfreiheit als Ausprägung der Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ... 124
4. Grundrechtsberechtigung ... 125
III. Eingriffe ... 129
1. Art. 12 Abs. 1 GG (bzw. Art. 2 Abs. 1 GG): Investitionsfreiheit ... 129
2. Art. 12 Abs. 1 GG (bzw. Art. 2 Abs. 1 GG): Vertragsfreiheit des Unternehmens ... 130
3. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG: Angebotsgestaltungsfreiheit ... 132
4. Eingriff bei Normabwendungsmöglichkeit durch Vereinbarung (Selbstregulierung) ... 134
IV. Eingriffsrechtfertigung: Schrankenvorbehalt ... 136
1. Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ... 136
2. Allgemeinheit des Schrankengesetzes gemäß Art. 5 Abs. 2 GG ... 137

V. Bestimmtheit des Gesetzes 138
1. Notwendige Regelungsinhalte 138
2. Bestimmtheitsprobleme bei substantiellem Selbstregulierungs-Vorbehalt 142
VI. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Unternehmensfreiheit: argumentum a fortiori aus der Verfassungsmäßigkeit des FFG 150
1. Kernthese: Verfassungsmäßigkeit einer Direkt-Investitionsverpflichtung a majore ad minus 150
2. Relativer Freiheitsvorteil der Investitionsverpflichtung 151
3. Grundrechtliche Relevanz der verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Sonderabgaben-Rechtsprechung 155
4. Insbesondere: Finanzierungsverantwortung der Abgabenschuldner als pflichtrechtfertigender Grund 157
5. Folgerungen 158
VII. Verhältnismäßigkeit: Ergänzende Überlegungen 162
1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Indienstnahme privater Marktteilnehmer für Zwecke der Wirtschaftsförderung 163
2. Eignung und Erforderlichkeit 170
3. Abwägungsgesichtspunkte 178
VIII. Verhältnismäßigkeit: Einzelprobleme 190
1. Additiver Grundrechtseingriff in der Zusammenschau mit der Filmabgabe 190
2. Grundrechtsnutzen und Problematik einer Koppelung der Investitionsverpflichtung mit einer Selbstverpflichtungsoption 197
3. Verhältnismäßigkeit qualifizierender Steuerungsvorgaben im Einzelnen 201
IX. Angebotsausgestaltungsfreiheit 205
1. Staatsferne 206
2. Anbieter- und Angebotsvielfalt als rechtfertigender Grund 208
X. Gleichheitsfragen 209
1. Maßstab 209
2. Differenzierungsspielräume aus dem Zusammenspiel mit der Filmabgabe 216
3. Begrenzung auf die Anbieter von Videoabrufdiensten/Nichterfassung von Fernsehveranstaltern 216
4. Verschiedene Untergruppen von VoD-Dienstanbietern 232
E. Literaturverzeichnis 235

A. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen

I. Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes

1. Gesamtergebnis: Der Bundesgesetzgeber kann sich für den Erlass einer – mehr oder weniger qualifizierten – Verpflichtung von VoD-Dienstanbietern, Investitionen in europäische und insbesondere deutschsprachige Werke oder in Werke, die in Deutschland hergestellt werden, vorzunehmen, auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, stützen. Diese Zuständigkeit erfasst – wie schon für das FFG gerichtlich anerkannt – auch die etwaige Einbeziehung von Fernsehveranstaltern (auch öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten) in die Bundesregelung. Wird die Regelung in gesetzestechnisch enger Verbindung mit einer Vorschrift verknüpft, die Verträge über Nutzungsrechte an Filmwerken, in die zur Erfüllung der Investitionspflichten investiert wird, einschränkenden Bedingungen unterwirft (etwa einer zeitlichen Begrenzung eines ausschließlichen Nutzungsrechts des Anbieters), spricht viel dafür, dass auch diese Regelungen kompetenzrechtlich wie die Gesamtregelung der Materie Recht der Wirtschaft zuzuordnen sind. Jedenfalls aber kann der Bund auch für diese Regelung die Gesetzgebungskompetenz beanspruchen. Bedenken hinsichtlich der Kompetenzausübungsvoraussetzungen gemäß Art. 72 Abs. 2 GG bestehen nicht.

2. Für das Regelungsthema der Bundesfilmförderung müssen die kompetenzrechtlichen Grundfragen nach den Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG zum FFG als entschieden betrachtet werden. Regelungen, die wirtschaftliche und kulturelle Förderzwecke verknüpfen und die Fördermaßnahmen entsprechend ausrichten, haben insgesamt wirtschaftsrechtlichen Charakter, jedenfalls, wenn nach der Gestaltung des Gesetzes die kulturbezogenen Voraussetzungen als Teil des wirtschaftlichen Förderkonzepts angelegt sind. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Filmwirtschaftsförderung, finanziert aus Mitteln einer Sonderabgabe, schließt auch die Heranziehung der – öffentlich-rechtlich verfassten und privatwirtschaftlichen – Fernsehveranstalter ein.

3. Hinsichtlich von Förder-Gesetzen, die dem Regelungskonzept des FFG in seinen für die Kompetenzfrage maßgeblichen Zügen strukturell vergleichbar sind, kann mit großer Plausibilität angenommen werden, dass auch sie auf den Kompetenztitel gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden können. Erst recht muss dies gelten, wenn das zu prüfende Gesetz nach Regelungsinhalt und Wirkungen sogar nur in ge-

ringerem Maß eine kulturpolitische Stoßrichtung aufweist. In diesem Sinn spricht alles dafür, dass auch eine direkte Investitionsverpflichtung von VoD-Diensten durch Bundesgesetz kompetenzrechtlich im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlichen Charakter hat und daher verfassungsrechtlich, was die Kompetenzmaterie angeht, zulässig ist.

4. Die Regelung des Fördermechanismus im FFG und diejenige einer direkten Investitionsverpflichtung mit den hier zu Grunde zu legenden Inhalten weisen selbstredend Unterschiede auf, sind aber unter dem Gesichtspunkt der kompetenzrechtlichen Zuordnung entweder zu der dem Bund offenstehenden Materie Recht der Wirtschaft oder zur Kulturhoheit der Länder vergleichbar. Die Unterschiede stützen zudem sogar eher eine Zuordnung zum Kompetenzbereich „Recht der Wirtschaft".

5. In der Funktion und im „übergeordneten Zweck" stimmen die Investitionsverpflichtung und die Regelungen über die abgabenfinanzierte Förderung überein: Die Investitionsverpflichtung ist ein zwar nicht vollständig, aber in wesentlichen Hinsichten (funktionaler Überschneidungsbereich) funktional austauschbares, nur einfacher strukturiertes, weil direkt wirkendes Förderinstrument. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sind sowohl die Belastungen der Dienstanbieter kraft der Verpflichtungen als auch die Begünstigungswirkungen für die Produktionswirtschaft strukturell gleichartig: In Höhe eines bestimmten Umsatz-Prozentanteils sind die Unternehmen nicht mehr völlig frei, ob und in welche Produktionen sie investieren wollen. Diese Belastungen einerseits aus der Abgabe, andererseits aus der Investitionsverpflichtung sind finanziell kommensurabel, wie die rechtspolitisch erwogene Anrechnungsoption deutlich macht.

6. Die FFG-Förderung (vor allem) aus den Erträgen der Filmabgabe hat mit ihrer ausdifferenzierten Ausgestaltung ein eigenes, von der Investitionsverpflichtung verschiedenes Profil. Sie stimmt mit dem Instrument der Investitionsverpflichtung darin überein, dass sie die Abgabenpflichtigen wirtschaftlich belastet, indem sie ihnen einen finanziellen Beitrag in Höhe eines definierten Umsatzanteils abverlangt, desgleichen auch in der generellen wirtschaftspolitischen Zielsetzung, „der deutschen Filmwirtschaft als Ganzer nachhaltigen Erfolg zu sichern". Unterschiede bestehen hingegen in den Details der Regelungen und in der spezifischen Ausrichtung der Förderinstrumente. Kompetenzrechtlich führen diese Unterschiede jedoch nicht dazu, die Bundesgesetzgebungszuständigkeit auch für die Regelung einer Investitionsverpflichtung in Zweifel ziehen zu können, im Gegenteil: Nach Regelungsgehalt und

Regelungszweck ist der Wirtschaftsförderungs-Charakter der direkten Investitionsverpflichtung sogar eindeutiger als bei der erst über den Verwendungszweck als wirtschaftsrechtlich zu qualifizierenden Abgabenverpflichtung:

7. Die Rechtsprechung zur Filmförderung hat klargestellt, dass die juristische Annahme eines wirtschaftspolitischen Förderschwerpunkts und damit einer Bundeskompetenz auch bei sehr gewichtigen kulturpolitischen Simultaneffekten möglich ist, wenn die Fassung des Gesetzes tragfähige Hinweise auf einen Regelungszweck der Wirtschaftsförderung gibt und das Ineinandergreifen der Effekte kulturellen Mehrwerts und wirtschaftlicher Erfolge aufgrund einer Förderung überzeugend begründet werden kann.

8. Unter dem Aspekt der Betrachtung nach dem Schwerpunkt der verfolgten Zwecke (Wirtschaftsförderungszweck versus Förderung des Films als Kulturgut) ist eine schlichte, nicht weiter durch gesetzliche Anforderungen qualifizierte Investitionsverpflichtung noch eindeutiger als wirtschaftsrechtliche Regelung zu qualifizieren als der Fördermechanismus nach dem FFG (argumentum a maiore ad minus).

9. Auch eine gesetzliche Vorgabe von Investitions-Subquoten und weiteren Anforderungen mit dem derzeit rechtspolitisch erörterten Inhalt könnte nicht zu einer anderen kompetenzrechtlichen Beurteilung führen. Dies gilt nach den kompetenzrechtlichen Annahmen des BVerfG zur Filmförderung nach dem FFG sogar dann, wenn diese Vorgaben der Investitionslenkung eine auch kulturpolitische Schutzrichtung geben sollten, zumal diese – mangels (für die deutsche Regelung offenbar nicht diskutierter) inhaltsbezogener Qualitätskriterien – noch deutlich weniger ausgeprägt sein dürfte als im Förderregime des FFG.

10. Sollte der Gesetzgeber die Investitionsverpflichtung auch mit Vorgaben hinsichtlich obligatorischer Genres von Filmen oder Serien verknüpfen, hätte diese Vorgabe allerdings einen deutlich stärker inhaltsbezogenen, unmittelbar eine generische Vielfalt der Produktionen, in die investiert wird, vorschreibenden Charakter. Auch eine solche Vorgabe müsste nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zum FFG (kompetenzrechtliche Unerheblichkeit des kulturpolitischen Nebenzwecks) wohl noch nicht dazu führen, die Gesamtregelung nicht mehr der Materie Recht der Wirtschaft zuordnen zu können, solange sie insgesamt durch den Primärzweck der Förderung der Filmwirtschaft geprägt wird. Aber der Gesetzgeber ginge doch jedenfalls ein geringeres verfassungsrechtliches Risiko hinsichtlich seines Gesetzgebungsvorhabens ein,

wenn er von solchen inhaltsbezogenen Vorgaben für eine Investitionsverpflichtung Abstand nähme.

11. Eine genauere Analyse der medienrechtlichen Quotenregelungen hinsichtlich europäischer Werke und ihres unionsrechtlichen Hintergrundes ergibt in der Zusammenschau mit der wirtschaftsrechtlichen Investitionsverpflichtung ein insgesamt kohärentes Bild der kompetenzrechtlichen Zuordnung: Die Programmquote (Hauptteilsregelung) des § 15 Abs. 2 MStV, beruhend auf Art. 16 Abs. 1 AVMD-RL, sowie die Katalogquote (30 %) des § 77 MStV, gestützt auf Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL, lassen sich in der Gestalt des Medienstaatsvertrags plausibel der Landes-Kompetenzmaterie Medienrecht zuordnen, desgleichen die Fernsehveranstalter-Produktionsquote des § 15 Abs. 3 MStV in ihrem ebenfalls auf einen Programmanteil (nicht eine Finanzmittelbindung) gerichteten Regelungsgehalt. Die in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL thematisierten Förderinstrumente, die auf die Inanspruchnahme finanzieller Ressourcen der Mediendiensteanbieter zielen – sowie möglicherweise, hier aber mangels Umsetzung im deutschen Recht nicht weiter zu diskutieren, auch eine Produktionsquote gem. Art. 17 Satz 1 2. Alternative AVMD-RL – haben hingegen einen im Schwerpunkt auf die wirtschaftliche Produktionsförderung gerichteten Gehalt und Zweck. In der Variante der Filmabgabe ist eines dieser Instrumente bereits seit langem bundesrechtlich normiert worden. Auch die Systematik der Vorgaben in der Richtlinie spricht mithin dafür, dass dies auch in der Variante einer bundesgesetzlich geregelten Pflicht zur „Direktinvestition“ (§ 13 Abs. 2 AVMD-RL) kompetenzrechtlich zulässig wäre.

12. Die in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gebräuchliche kompetenzrechtliche Figur der Zuordnung kraft „Verzahnung“ hat – auch im Verhältnis zur ungeschriebenen (oder „stillschweigend mitgeschriebenen“) Kompetenz kraft Sachzusammenhangs – eine eigene Kontur und Funktion. Sie stellt nicht aus der Perspektive einer auf eine gegebene Stammkompetenz gestützten Hauptregelung auf die Unabdingbarkeit der Mitregelung des eigentlich eindeutig kompetenzfremden Gegenstandes ab – darauf kommt es für die „Verzahnung“ nicht an –, vielmehr aus der Perspektive der zu beurteilenden Teilregelung auf deren regelungssystematische Unselbständigkeit und Nachrangigkeit, welche eine isolierte kompetenzrechtliche Zuordnung wenig sinnvoll erscheinen lässt. Die kraft kompetenzerweiternden Sachzusammenhangs in die Regelungskompetenz des an sich für sie unzuständigen Gesetz-

gebers einbezogene Regelung könnte sehr wohl auch von dem anderen, an sich zuständigen Gesetzgeber getroffen werden, diese Zuordnung unterliefe aber inhaltlich die Stammkompetenz des ersteren, der davon nicht sinnvoll Gebrauch machen könnte. Die kraft Verzahnung einheitlich mit den sonstigen Regelungen des Kontextes einer Kompetenzmaterie zugeordnete Teilregelung ist hingegen nicht notwendig erforderlich für die Gesamtregelung, könnte als solche aber nicht sinnvoll isoliert oder in anderem Kontext erlassen werden.

13. Eine Regelung über eine Investitionspflicht von VoD-Dienstanbietern steht nicht in einer sachlichen oder gesetzessystematischen Abhängigkeit von den bundesrechtlichen Regelungen über die Auferlegung der Filmabgabe im FFG einerseits, der landes-medienrechtlichen Katalogpflicht in § 77 MStV andererseits, die es rechtfertigen würde, eine Kompetenzzuordnung der Regelung entweder zur Bundeszuständigkeit oder zur Landeszuständigkeit nach den Grundsätzen der „Verzahnung“ oder des kompetenzerweiternden Sachzusammenhangs vorzunehmen. Es bleibt vielmehr dabei, dass die Investitionsverpflichtung – als solche sowie mit etwaigen spezifizierenden Vorgaben wie Subquoten – einen eigenständigen Regelungsinhalt hat, der dementsprechend kompetenzrechtlich auch eigenständig und spezifisch bezogen auf diese Regelung zu beurteilen ist. Aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs ergibt sich mithin keine abweichende Beurteilung der Gesetzgebungskompetenz oder andere Begründung der oben schon bejahten Bundeszuständigkeit aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

14. Auch für eine Investitionsverpflichtung – so wie für die Filmförderung nach dem FFG aus Mitteln der Filmabgabe –, die zur Herstellung von grundrechtlich gebotener Belastungsgleichheit im Grundsatz alle aus gleichartigen Gründen finanzierungsverantwortlichen Unternehmen heranziehen muss, ist der Bund an einer Einbeziehung auch der Fernsehveranstalter in den Kreis der Normadressaten nicht aus Kompetenzgründen gehindert.

15. Gesetzliche Vorgaben für die Gestaltung von Filmlizenzverträgen (namentlich zwischen einem auftraggebenden Sendeunternehmen oder VoD-Dienstanbieter und einem Filmhersteller) gehören grundsätzlich zur Kompetenzmaterie Urheberrecht und fallen in die ausschließliche Zuständigkeit des Bundes.

16. Für die Regelung der Investitionsverpflichtung bleibt die Zuordnung zur Bundeszuständigkeit für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs.1 Nr. 11 GG) auch dann be-

stehen, wenn diese Regelung mit einer Vorschrift verknüpft wird, die zwingende Vorgaben zum vertraglichen Rechteerwerb der Dienstanbieter errichtet. Die in den Regelungszusammenhang einer solchen Investitionsverpflichtung integrierte und darauf in ihrer Reichweite beschränkte Nutzungsrechte-Regelung selbst kann zudem unter dem Gesichtspunkt der „engen Verzahnung“ als unselbständige Teilregelung gut vertretbar kompetenzrechtlich ebenfalls dem Recht der Wirtschaft – und nicht dem Urheberrecht – zugeordnet werden. Nimmt die Nutzungsrechte-Regelung allerdings einen selbständigen Charakter an, erfasst sie insbesondere auch Verträge außerhalb der Investitionspflichttatbestände und weist sie daher einen eigenständigen, von der Investitionsverpflichtung nicht abhängigen Regelungsgehalt auf, schlägt ihre sachliche Zugehörigkeit zum Urheberrecht durch und begründet dies die reguläre Zuordnung zur Kompetenzmaterie Urheberrecht, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG.

II. Zur Rechtfertigung einer Investitionsverpflichtung am Maßstab der Grundrechte

17. Gesamtergebnis: Aus der Beurteilung der Filmabgabe durch das BVerfG ist a fortiori zu schließen: Kann sogar die Filmabgabe der VoD-Dienstanbieter vor den Grundrechten Bestand haben, muss dies erst recht für eine Direktinvestitionsverpflichtung gelten. Die verfassungsrechtliche Bestätigung der Filmabgabe im Urteil des BVerfG impliziert die Aussage, dass der mit der Abgabenbelastung einhergehende Eingriff in die Berufsfreiheit der pflichtigen Verwerter sowie deren Sonderbelastung im Verhältnis zur Allgemeinheit freiheits- und gleichheitsrechtlich gerechtfertigt ist. Diese Aussage ist auf eine Investitionsverpflichtung, die im Wesentlichen denselben Wirtschaftsförderungszweck verfolgt und dazu aus dem Kreis der Abgabenschuldner dieselbe Gruppe von Pflichtigen (Videoabrufdienste) in Anspruch nimmt, übertragbar. Danach ist auch eine Regelung über eine Investitionsverpflichtung der Anbieter von Videoabrufdiensten – bei entsprechender, hinreichend grundrechtsschonender Ausgestaltung – mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar. Dies gilt ohne weiteres für eine Ausgestaltung, die eine in etwa gleiche Dimension wirtschaftlicher Belastung bedeutet. Da die Investitionsverpflichtung eine strukturell geringere Eingriffsintensität aufweist als die Belastung mit der Sonderabgabe, ergibt sich aus deren anerkannter verfassungsrechtlicher Zulässigkeit indes zudem, dass auch eine im Umfang weiter gehende – nach einem höheren Umsatzanteil bemessene – Investitionsverpflichtung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann. Eine Investitionsverpflichtung darf auch zusätzlich neben einer aufrechterhaltenen Filmabga-

benpflicht auferlegt werden, sofern das Gesamtmaß der kumulativen Belastung die grundrechtliche Zumutbarkeitsgrenze nicht überschreitet. Eine die Investitionsfreiheit der Anbieter weiter verengende qualifizierte, d. h. mit steuernden Vorgaben (insb.: Subquoten) verknüpfte Investitionsverpflichtung unterliegt höherem grundrechtlichem Rechtfertigungsdruck als eine einfache (unqualifizierte) Investitionsverpflichtung. Für sie kann andererseits aber ein höherer Grad der Zweckeignung, mithin ein stärkerer Fördereffekt der Regelung in Bezug auf ein qualifiziertes Regelungsziel der Erhaltung einer vielfältigen und kulturell daher besonders leistungsfähigen Filmproduktionswirtschaft angenommen werden. Daher kann in der Verhältnismäßigkeitsabwägung auch eine solche qualifizierte Investitionsverpflichtung vor den Grundrechten der Diensteanbieter bestehen, wenn sie noch hinreichenden Spielraum für eine freie Investitionstätigkeit der Anbieter lässt, insbesondere im Maß der Vorgaben (etwa: Höhe der Subquoten) zumutbar bleibt.

18. Nach den in den Recht-auf-Vergessen-Entscheidungen des BVerfG dargelegten verfassungsrechtlichen Grundsätzen sind die Grundrechte des Grundgesetzes vorrangiger Prüfmaßstab auch für die Beurteilung von Regelungen, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, wenn sie im Rahmen von unionsrechtlich eröffneten Gestaltungsspielräumen erlassen werden. Da die Regelung einer Investitionsverpflichtung mit Geltung auch für nicht der Rechtshoheit Deutschlands unterliegende VoD-Dienstanbieter von einer durch Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL statuierten Gestaltungsoption der Mitgliedstaaten Gebrauch macht, liegt ein solcher Fall vor. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte bleibt es bei der Regel-Vermutung für eine vorrangige Anwendbarkeit des deutschen Verfassungsrechts, mithin der Grundrechte des Grundgesetzes.

19. Die durch eine Investitionsverpflichtung begründete Beschränkung wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit (Eingriff in die Investitionsfreiheit und daraus resultierende wirtschaftliche Belastungsfolgen) kann primär dem Maßstab der Gewährleistung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zugeordnet werden, während etwaige inhaltsbezogene Folgewirkungen für die Zusammenstellung des Dienstangebots (Katalog), den kommunikativen Gegenstand der Diensteanbieter, diese mithin in ihrer Rolle als Medium, betreffen, sodass insoweit vorrangig die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) heranzuziehen ist.

20. VoD-Dienstanbietern, die ein Angebot für den deutschen Markt bereitstellen, steht der Schutz der Grundrechte des Grundgesetzes zumindest in vielen von einer Investitionsverpflichtung tatbestandlich erfassten Fällen zu. Eine gesetzliche Investitionsverpflichtungsregelung ist daher an diesen Grundrechten zu messen. Nicht grundrechtsberechtigt wären nur juristische Personen als Unternehmensträger mit Sitz in Drittländern außerhalb der EU. Haben die VoD-Dienstanbieter hingegen eine Niederlassung im Bundesgebiet oder in einem EU-Mitgliedstaat, von der aus sie das Angebot für das deutsche Publikum maßgeblich betreiben, greift der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes ein, soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind. Letzteres ist – was die Freiheitsrechte anbelangt – sowohl hinsichtlich der Gewährleistung der Berufsfreiheit als auch hinsichtlich der Rundfunkgewährleistung der Fall. Zur Anwendung kommen nach vorzugswürdiger Ansicht auch die deutschen Staatsangehörigen vorbehaltenen Grundrechte, insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG, und zwar auch dann, wenn Sitzland des Unternehmens ein anderer EU-Mitgliedstaat ist. Wird insoweit abweichend angenommen, dass der Schutz der Berufsfreiheit nur über das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) vermittelt wird, ändert dies an dem materiellen Schutzstandard nichts; Art. 2 Abs. 1 GG ist wegen des unionsrechtlichen Gleichstellungsgebot (Art. 18 AEUV) so zu interpretieren, dass er substantiell gleichwertigen Schutz wie das Deutschen-Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet.

21. Eine gesetzliche Investitionsverpflichtung hat zum unmittelbaren Gegenstand die Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. In dieser Beschränkung der Investitionsfreiheit liegt ein grundrechtserheblicher Eingriff in die unternehmerische Betätigung (Berufsausübungsregelung), deren Freiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet ist.

22. Zumindest faktisch wirkt sich die Investitionsverpflichtung auch auf die Gestaltungsfreiheit der VoD-Dienstanbieter in der Zusammenstellung ihres Katalogangebots aus. Verfassungsrechtlich ist eine derartige faktisch-mittelbare Auswirkung der Investitionsverpflichtung auf die Angebotsgestaltungsfreiheit beachtlich; auch sie löst als mittelbarer Grundrechtseingriff die Rechtfertigungslasten der Gewährleistung (hier des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) aus.

23. Wird die gesetzliche Investitionsverpflichtung unter den Vorbehalt einer im Gesetz eingeräumten Option regulierter Selbstregulierung („Branchenlösung“) gestellt,

hebt dies die Eingriffswirkung der Regelung nicht auf. Die Androhung hoheitlicher Pflichtauferlegung im Fall des Nichtzustandekommens einer den gesetzlichen Vorgaben genügenden Vereinbarung schließt es aus, eine derartige Vereinbarung als eine im Rechtssinn freiwillige Selbstverpflichtung zu verstehen.

24. Die gesetzliche Regelung einer Investitionsverpflichtung – in einer Basisversion einer Quote für europäische Werke und bei Verknüpfung mit weiteren Subquoten oder anderen Vorgaben – muss nach Voraussetzungen, Adressaten und Inhalten der Pflichten hinreichend bestimmt und normenklar gefasst sein, so dass die Verpflichteten aus dem Gesetz erkennen können, ob sie, unter welchen Bedingungen sie und wozu sie verpflichtet sind. Dies gilt, wenn die Aktualisierung der Pflicht, etwa in dem Fall, dass sie unter den Vorbehalt der Selbstregulierung gestellt ist, einem Verordnungsgeber vorbehalten ist, auch für die gesetzliche Verordnungsermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Anhaltspunkte für geringe Bestimmtheitsanforderungen, die etwa eine generalklauselartige Umschreibung des Umfangs der Investitionsverpflichtung („z.B.: „in angemessener Höhe“) zulassen würden, bestehen nicht.

25. Keine entsprechend definiten Vorgaben hinsichtlich der Pflichtinhalte müsste und sollte demgegenüber eine gesetzliche Selbstregulierungs-Option errichten. Zielt die Idee der Selbstregulierung gerade auf die Erschließung von Potentialen für eine sachangemessenere, ggf. auch grundrechtsschonendere Lösung zur Erreichung des Normzwecks, müssen mit einer solchen Option substantielle Aushandlungsspielräume verbunden sein. Engmaschige detailscharfe Vorgaben im Gesetz wären damit unvereinbar und sind auch nicht unter den Gesichtspunkten der Bestimmtheit und Normenklarheit geboten. Allerdings muss das Gesetz doch Maßstäbe oder institutionell-prozedurale Vorkehrungen bereitstellen, anhand derer die Anerkennungsfähigkeit von vertraglichen Selbstverpflichtungen hinreichend rechtssicher beurteilt werden kann.

26. Der mit einer Investitionsverpflichtung begründete Eingriff in die Investitionsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) weist strukturell eine geringere Intensität auf und ist daher grundrechtlich weniger prekär als die Auferlegung einer Sonderabgabenpflicht. Bei der Investitionsverpflichtung liegt die Entscheidung über den Kapitaleinsatz des verpflichteten Unternehmens bei diesem selbst; sie kann daher grundsätzlich an den eigenen Interessen des Unternehmens ausgerichtet werden. Bei der Abgabenpflicht sind die Verwendungsentscheidungen über die erhobenen Mittel hingegen dem

Schuldner weitgehend entzogen. Dem Grunde nach erweist sich die Investitionsverpflichtung als freiheitsfreundlicher als die Belastung mit einer Sonderabgabe.

27. Sind im Urteil des BVerfG zum FFG die – sogar wegen des Wirtschaftsförderungszwecks besonders strengen – Anforderungen an die Gruppennützigkeit der Filmabgabe („evidenter Gruppenutzen“) und damit an das Vorliegen eines die Sonderbelastung der Abgabenpflichtigen rechtfertigenden spezifischen Sachgrundes bejaht worden, so ist damit zugleich zum Ausdruck gebracht, dass der mit der Abgabenbelastung einhergehende Eingriff in die Berufsfreiheit verhältnismäßig und also grundrechtlich gerechtfertigt ist. Nichts anderes kann auch für eine Investitionsverpflichtung derselben Normadressaten mit grundsätzlich demselben (nur noch stärker wirtschaftsrechtlich akzentuierten) Förderzweck bei sogar strukturell geringerer Eingriffsintensität gelten.

28. Der relative Freiheitsvorteil der Investitionsverpflichtung gegenüber der Sonderabgabe verringert sich in dem Maß, in dem der Spielraum zu individueller Investitionsentscheidung durch weitere gesetzliche Vorgaben eingeschränkt wird.

29. Hinsichtlich der wirtschaftlichen und damit auch grundrechtlichen Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn) einer Investitionsverpflichtung der Höhe nach lassen sich aus der Rechtsprechung zur Filmabgabe nur begrenzt Hinweise gewinnen: Eindeutig ist danach zunächst, dass eine Investitionsverpflichtung mit einem wirtschaftlichen Belastungsvolumen in etwa gleichem Maß wie bei der Filmabgabe unbedenklich als verhältnismäßig zu bewerten wäre. Darüber hinaus kann auch konstatiert werden, dass wegen der grundrechtsschonenderen, die Investitionsfreiheit der Unternehmen in geringerem Maß einschränkenden Wirkungen die Investitionsverpflichtung grundsätzlich einen größeren Umsatzanteil in Anspruch nehmen darf als die Abgabenpflicht. Eine Investitionsverpflichtung darf auch kumulativ neben eine Filmabgabenpflicht treten, sofern das Gesamtmaß der Belastung die grundrechtliche Zumutbarkeitsgrenze nicht überschreitet. Auch eine qualifizierte, mit näheren investitionslenkenden Vorgaben verknüpfte Investitionsverpflichtung entspricht unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Belastung noch dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, wenn sie hinreichenden Spielraum für eine freie Investitionstätigkeit der Anbieter lässt, insbesondere im Maß der Vorgaben (etwa: Höhe der Subquoten) zumutbar bleibt.

30. Bei der gesetzlichen Investitionsverpflichtung von VoD-Dienstanbietern handelt es sich um eine Indienstnahme Privater für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Förderung von Gemeinwohlinteressen auf eigene Kosten. Grundsätzlich können derartige Indienstnahmen, wie für andere Sachbereiche erörtert und anerkannt, grundrechtlich gerechtfertigt sein. Allerdings sind sie besonders begründungsbedürftig, insbesondere nur und nur insoweit zulässig, als die in Pflicht genommenen Bürger oder Unternehmen eine besondere Aufgaben- und Finanzierungsverantwortung für die Aufgabe, zu der sie herangezogen werden, trifft. In dieser Voraussetzung treffen sich die Rechtfertigungslasten für die hoheitliche Abforderung von Dienstleistungen oder Investitionen mit denjenigen für die Auferlegung einer Sonderabgabe. Die anerkannten Bereichsdogmatiken für die Indienstnahme Privater und für die Auferlegung von Sonderabgaben ergeben mithin auch aus einer übergeordneten Perspektive ein kohärentes Bild.

31. Ist danach für die Abgabenpflicht der Filmverwerter (auch der VoD-Dienstanbieter) nach dem FFG anerkannt, dass diese Verwerter eine besondere Finanzierungsverantwortung trifft, die sich insbesondere aus der Gruppennützigkeit der Mittelverwendung für die Filmförderung begründet, so muss dieses Argument eines eigenen Interesses der Verwerter an einer leistungsfähigen Filmwirtschaft umso mehr auch als tragfähiger verantwortungsbegründender Sachgrund für eine Inpflichtnahme ihrer Investitionstätigkeit hinreichen.

32. Die geforderte besondere Sachnähe der privatwirtschaftlichen Investoren zu einer Förderung der Filmwirtschaft mit dem Mittel der Direktinvestition lässt sich zudem damit begründen, dass wegen des Grundsatzes der Staatsferne der Medien Träger hoheitlicher Gewalt die Rolle eines Investors in Filmwerke – im Wege öffentlicher Auftragsvergabe und eines eigenen Angebots von Abrufdiensten – nicht selbst übernehmen könnten, für diese marktnahe und grundsätzlich grundrechtsschonendere Art der Filmförderung (im Verhältnis zu staatlichen, steuerfinanzierten oder sonderabgabenfinanzierten Subventionen) also auf die Mitwirkung der privaten Anbieter angewiesen sind.

33. Aus den Modellrechnungen und der Schilderung der verschiedenen Optionen im Goldemedia-Gutachten lässt sich der Schluss ziehen, dass auch eine nur durch den Bezug auf nationale (deutsche) Produktionen einfach qualifizierte Investitionsverpflichtung in hinreichender Höhe von nicht unter 15 % des Umsatzes eine erhebliche,

spürbare Nachfrage- und Auftragssteigerung auf der Produktionsseite bewirkt. Außerdem ist sie geeignet, das (auch im Verhältnis zu anderen Investorengruppen bestehende) Missverhältnis von Umsätzen und Investitionsvolumina internationaler VoD-Anbieter im deutschen Markt zu korrigieren. Damit können zahlengestützt Fördereffekte prognostiziert werden, die aus rechtlicher Sicht ausreichen, die Eignung und Erforderlichkeit einer solchen Regelung im Sinn des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu bejahen, wenn sich das gesetzgeberische Ziel im Rahmen eines rechtspolitischen Konzepts möglichst marktnah-eingriffsschwacher Regulierung auf eine im übrigen „neutrale“ Stärkung des Investitionsvolumens – ohne spezifizierten kulturpolitischen oder marktstrukturellen Gestaltungswillen – beschränkt.

34. Soll das Gesetz hingegen weiter gehende Regulierungsziele erreichen, insbesondere Investitionen effektiv so lenken, dass eine nach Anbietern und Angeboten pluralistische und diverse, kulturell fruchtbare Produktionswirtschaft erhalten wird, reicht dafür eine nur durch den Bezug auf nationale Werke bedingte Investitionsverpflichtung möglicherweise nicht aus. Signifikanten Zusatznutzen für diese spezifischeren Regulierungsziele kann danach nur eine um Steuerungsvorgaben, insbesondere eine Erstinvestitionsverpflichtung und/oder eine Subquote für unabhängige Produzenten, ggf. auch eine „Kinofilm-Quote“, ergänzte Investitionsverpflichtung hinreichend zuverlässig erbringen. Ein Schluss auf die Überlegenheit einer möglichst dichten, Entscheidungsspielräume der Dienstanbieter weitgehend verengenden Investitionslenkung kann daraus nicht pauschal gezogen werden; vielmehr müssen auch mögliche negative Effekte einer „Überregulierung“ bis hin zu einem kontraproduktiven „Umschlagen“ der Wirkungen bedacht werden.

35. Bei einem unterstellt auch auf pluralistische und diverse Marktstrukturen im Produktionsmarkt zielenden Regulierungsziel ist bei einer durch weitere „steuernde“ Vorgaben qualifizierte Investitionsverpflichtung eine signifikant höhere Chance der Zielerreichung anzunehmen als bei einer schlichten, nur auf den nationalen Markt gelenkten Investitionsverpflichtung. Der höhere Nutzen einer solchen zielgenauer steuernden Verpflichtung schlägt in der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsabwägung zugunsten der Rechtfertigung der Maßnahme zu Buche. Auf der anderen Seite steigt aber mit solchen Steuerungsvorgaben das Gewicht des Grundrechtseingriffs in die Investitionsfreiheit und Angebotsgestaltungsfreiheit der VoD-Anbieter. Hat eine einfach-unqualifizierte Investitionsverpflichtung nur einen relativ geringen Maß-

nahmenutzen, der ihr eine relativ geringe Legitimation stiftet, so ist sie andererseits auch nur in geringem Maß rechtfertigungsbedürftig. Können hingegen für eine „anspruchsvoll"-qualifizierte Investitionsverpflichtung stärkere Legitimationsgründe angeführt werden – weil erst sie zur Erfüllung jener weitergehenden Regulierungsziele effektiv beitragen kann –, ist sie andererseits auf solche starken Gründe auch angewiesen, da sie tief und erheblich belastend in die Grundrechte der verpflichteten Anbieter eingreift. Eine sorgfältige verfassungsrechtliche Betrachtung hat beide Seiten dieser Relation im Auge zu behalten.

36. Die verfassungsrechtliche Zumutbarkeitsgrenze einer Investitionsverpflichtung lässt sich schwerlich in der Festlegung eines bestimmten Umsatzanteils quantitativ bestimmen. Immerhin können für die Verhältnismäßigkeits-Abwägung einige Gewichtungsfaktoren beschrieben und in ihrer Bedeutung abgeschätzt werden.

37. Die Regelung einer Investitionsverpflichtung könnte, indem sie der Förderung der Filmwirtschaft zu dienen bestimmt ist, auf verfassungsrechtliche Legitimationsgründe verweisen, die den Förderzweck stützen. Aus der kulturellen Dimension des Films lassen sich Bezüge zur (auch) grundrechtlich abgesicherten Kulturstaatlichkeit (insb. Art. 5 Abs. 3 GG), zum kommunikationsverfassungsrechtlichen Normziel publizistischer Anbieter- und Angebotsvielfalt (Art. 5 Abs. 1 GG), möglicherweise auch zu einer objektiv-rechtlichen Gewährleistungsdimension der Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) – in Parallele zu den entsprechenden Garantien des Rundfunks und der Presse –, begründen. Ist die Filmförderung über eine Investitionsverpflichtung nach Regelungsgehalt und unmittelbarem Regelungszweck *Wirtschafts*förderung, erschöpft sich ihre Bedeutung doch nicht darin, einen bestimmten Wirtschaftssektor als solchen zu unterstützen. Vielmehr geht es der Film-Wirtschaftsförderung seit jeher um die Erhaltung dieses Sektors wegen seiner besonderen Bedeutung für die kulturelle Identität des Landes und Europas, die Erhaltung künstlerischer und kommunikativer Kreativität.

38. Lässt sich die Filmförderung in kulturstaatlichen und kommunikationsverfassungsrechtlichen Legitimationsgründen abstützen, gilt dies insbesondere für ein Regulierungskonzept, das nicht nur unspezifisch auf die Stärkung der Nachfrage nach Produktionsleistungen im nationalen Markt gerichtet ist – also eine einfache, nicht weiter qualifizierte Investitionsverpflichtung, vielmehr das Ziel der Erhaltung vielfältiger, kulturell produktiver Marktstrukturen verfolgt – also eine mit entsprechend

steuernden Vorgaben verknüpfte Investitionsverpflichtung. In der Relevanz des rechtfertigenden Normziels kann eine qualifizierte, steuernde Investitionsverpflichtung also verfassungsrechtlich ein höheres Gewicht beanspruchen als eine einfache Investitionsverpflichtung, die nur auf die Erhöhung des Investitionsvolumens und insofern allgemein auf die Unterstützung der Produktionswirtschaft zielt, nicht aber spezifischer auf die Erhaltung kultureller Diversität und Leistungskraft.

39. Gleichwohl hat die Annahme eine gewisse Plausibilität, dass Investitionsverpflichtungen zur Förderung eines Wirtschaftssektors im Kulturbereich nicht so weit gehen können wie Auflagen zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit materiell lebenswichtigen Gütern oder Infrastrukturen. Die Gewährleistung der Filmfreiheit ist primär Abwehrrecht, die staatliche Kunst- und Kulturförderung nur mehr objektive Aufgabe mit Staatszielcharakter mit entsprechend weiten Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers. Jedenfalls eingriffslegitimierende Kraft zu Lasten dritter Grundrechtsträger fließt aus den genannten verfassungsrechtlichen Gewährleistungen nicht in vergleichbarem Maß wie bei den Pflichten zu existentieller Daseinsvorsorge. Weitreichende Inpflichtnahmen ggf. bis knapp unterhalb einer Grenze der „Erdrosselung“ der Wirtschaftstätigkeit kämen für den Zweck der Filmwirtschaftsförderung nicht in Betracht, liegen bei den diskutierten Inhalten einer Investitionsverpflichtung aber auch fern.

40. Für eine qualifizierte Investitionsverpflichtung mit kulturpolitisch imprägnierten Steuerungsvorgaben kann grundsätzlich ein deutlich höherer Maßnahmenutzen in der Verhältnismäßigkeitsabwägung veranschlagt werden kann als für eine einfache Investitionsverpflichtung. Allerdings geht dieser Vorteil mit einem erheblich höheren Gewicht des Eingriffs in die Investitionsfreiheit einher: Je fokussierter die Verpflichtung ausgestaltet ist, umso wirksamer lenkt sie einerseits Investitionen der verpflichteten Anbieter in die gesetzgeberisch erwünschten Bereiche um, greift damit aber andererseits umso weitgehender in die grundrechtlich geschützte Freiheit der Normadressaten ein.

41. Die für die Verhältnismäßigkeits-Abwägung erhebliche grundrechtliche Eingriffsintensität steigt mit der Zahl und der Spielraum einschränkenden Wirkung weiterer Vorgaben (insbesondere: Subquoten) in einer Investitionsverpflichtungs-Regelung. Diese Einschränkung wiegt umso schwerer, je weitergehend die Unternehmen gezwungen werden, Investitionsentscheidungen vorzunehmen, die sie ohne

Verpflichtung nicht vorgenommen hätten, also als weniger vorteilhaft (oder sogar nachteilig) ansehen als sonst vorgenommene Investitionen. Je spezifischer derartige Vorgaben sind und je umfangreicher quantitativ die dahingehende Verpflichtung ist, umso weitergehend wird die Investitionsfreiheit eingeschränkt.

42. Fordert die Investitionsverpflichtung hingegen nur oder immerhin in wesentlichem Umfang rechtsverbindlich ein, was die verpflichteten Unternehmen ohnehin zu leisten bereit sind, steht die gesetzliche Verpflichtung daher nicht quer zu den unternehmerischen Interessen oder gar dem Geschäftszweck, sondern mehr oder weniger weitgehend im Einklang mit diesen, so ist die Verpflichtung weit eher zumutbar.

43. Während eine einfache Basis-Verpflichtung allein zu Investitionen in europäische Werke, ohne weitere qualifizierende Anforderungen, selbst bei einem beachtlichen Umsatzanteil nur geringe Belastungswirkungen erzeugt, verengt eine hohe Subquote für deutschsprachige Werke und noch mehr eine Quote hinsichtlich von Werken, für die ein hinreichender Bezug zum Produktionsstandort Deutschland nachgewiesen werden muss, den Entscheidungsspielraum der Anbieter erheblich; derartige Eingriffe wiegen daher in der Abwägung schwerer.

44. Ist die grundsätzliche – aus einer generalisierenden Perspektive anzunehmende – Vorteilhaftigkeit der Filmförderung für die mit Finanzierungsbeiträgen (Filmabgabe oder Investitionsverpflichtung) belastete Gruppe (Gruppennützigkeit) zentraler Legitimationsgrund für die Belastung, sollte auch eine Regelung der Investitionsverpflichtung Sorge tragen, dass die auferlegte Pflicht nach Inhalt und Maß dem generalisierten Interesse der Pflichtigen entspricht, jedenfalls sich nicht weit davon entfernt. Auch für die Höhe der Investitionsquote und etwaiger Subquoten ergibt sich daraus eine Zumutbarkeitsgrenze, die sich nicht erst nach dem Maßstab wirtschaftlicher Verkraftbarkeit der Belastung, sondern danach bestimmt, ob und inwieweit die Heranziehung zur Förderung durch Verpflichtung zu Direktinvestitionen dem generalisierten Eigeninteresse der Normadressaten entspricht.

45. Hinsichtlich Vorgaben oder Subquoten, die die Dienstanbieter in erheblichem Umfang zu einem ungewollten und abgelehnten Investitionsverhalten zwingen, sollte der Gesetzgeber, will er das Risiko verfassungsrechtlicher Unzumutbarkeit geringhalten, Zurückhaltung üben – entweder schon derart, dass er auf solche Vorgaben ganz verzichtet, oder bei der Festlegung des Maßes solcher Verpflichtungen (etwa einer Subquote). Dies könnte namentlich bei spezifischen Vorgaben hinsichtlich der

anrechnungsfähigen Unternehmen, der Genres und Formate anrechnungsfähiger Inhalte, aber auch bei einer detaillierten Rechterückfall- oder -teilungs-Vorgabe, die den Unternehmen keine Vertragsspielräume belässt, zu erwägen sein.

46. Kann der Gesetzgeber zwar für die Verknüpfung der Investitionsverpflichtung mit weiteren investitionslenkenden Vorgaben geltend machen, dass gerade erst diese Vorgaben die Wirksamkeit der Regelung im Hinblick auf die Erreichung des (anspruchsvollen) Regulierungsziels gewährleisten, ist doch dieser Eignungsvorteil mit dem erheblich höheren Eingriffsgewicht der stark steuernden Investitionsverpflichtung in Ausgleich zu bringen. Eine balancierte Gestaltung könnte so aussehen, dass nur Steuerungsvorgaben normiert werden, die einerseits als für den Nutzen der Regelung unverzichtbar angesehen werden, die andererseits die Investitions- und Gestaltungsfreiheit der Dienstanbieter aber nicht sehr tief, insbesondere nicht in diametraler Gegenläufigkeit zu ihrem Geschäftsinteresse, beschränken. Soweit dies nicht möglich ist, vielmehr gerade Steuerungen für unabdingbar gehalten werden, welche die Dienstanbieter stark belasten, könnte immerhin dafür Sorge getragen werden, dass die Verpflichteten im Übrigen hinreichende Investitionsspielräume behalten, etwa durch Beschränkung der Vorgaben auf nur wenige Subquoten (etwa: unabhängige Produzenten, Erstinvestitionen, aber Verzicht auf eine „Genre“-Quote, Verzicht auf Regulierung des Rechteerwerbs) oder durch Begrenzung der Subquoten in der Höhe

47. Ein rechtlich bedeutsamer Umstand für die Einschätzung des Eingriffsgewichts ist die unionsrechtlich induzierte Regelung der Katalogquote in § 77 MStV. Im Umfang der durch die Katalogquote begründeten, unionsrechtlich verankerten und mit Anwendungsvorrang auch gegenüber deutschen Grundrechten bewehrten Verpflichtung tritt eine rechtliche Vorbelastung der VoD-Dienstanbieter ein, die auf die originär durch die bundesgesetzliche Investitionsverpflichtung errichtete Belastung anzurechnen ist. Unter dem für die Angemessenheit der Regelung wichtigen Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit wird ein erheblicher Anteil der belastenden Auswirkungen bereits durch die Katalogquote und nicht erst durch die allgemeine Verpflichtung zur Investition in europäische Werke verursacht. In der Verhältnismäßigkeitsbeurteilung der letzteren wirkt dieser Umstand stark entlastend. Der Entlastungseffekt aus der medienrechtlichen Vorbelastung wird indes in dem Maß geringer, in dem über die Verpflichtung zur Investition in europäische Werke, also die einfache

Basis-Investitionsquote hinaus nationale Subquoten und weitere spezifische Vorgaben für den deutschen Markt in die Regelung aufgenommen werden.

48. Die Filmabgabe einerseits, eine Investitionsverpflichtung andererseits bewirken grundrechtlich jeweils eigenständige Eingriffe, die aber in ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Belastungswirkung nicht isoliert je nur für sich, vielmehr auch in einer Gesamtschau betrachtet werden müssen. Wird auf die Belastung eines Normadressaten mit einer Filmabgabe verzichtet, ist für die Auferlegung einer Investitionspflicht auch der Höhe nach mehr Raum, und vice versa. Ist die Investitionsverpflichtung im Vergleich mit der Filmabgabe der strukturell grundrechtsschonendere Eingriff, weil sie relativ weitergehende Dispositionsspielräume des verpflichteten Anbieters belässt, kann eine – jedenfalls eine einfache, nicht stark qualifizierte – Investitionsverpflichtung quantitativ weiterreichen als eine Abgabenpflicht, also größere Umsatzanteile in Anspruch nehmen. Auch in der Gesamtbetrachtung der additiven Grundrechtseingriffswirkungen beider Maßnahmen, die zB zu einer Anrechnungslösung führen kann, sollte diese Asymmetrie berücksichtigt werden.

49. Der Unterschied zwischen der komplexer gestalteten indirekten Filmförderung aus den Mitteln der Sonderabgabe mit deutlich stärker ausgeprägter kulturpolitischer Tendenz und einer einfacher strukturierten direkten Investitionsverpflichtung markiert das Proprium der FFG-Förderung. Diese behielte also auch neben einer neu eingeführten Investitionsverpflichtung ihre spezifische Funktion und Bedeutung. Mit Blick auf diese eigengearteten, besonderen Charakteristika der FFG-Förderung kann die Beibehaltung einer Filmabgabenpflicht neben einer Investitionsverpflichtung also für sinnvoll gehalten werden.

50. Beide Förderinstrumente, die aber in ihrer Belastungswirkung zusammen zu betrachten und aufeinander abzustimmen sind, stehen aus dieser Sicht in einem Komplementaritätsverhältnis. Die Ergänzung, nicht Ersetzung der Filmabgabe durch eine Investitionsverpflichtung ermöglicht es auch, die letztere nach ihrem gesetzlichen Förderzweck und den darauf abgestimmten Vorgaben anders zu gestalten als das Förderregime nach dem FFG. So muss die Investitionsverpflichtung nicht (und kann dies auch nicht) umfassend dasselbe leisten wie die Förderung nach dem FFG.

51. Nach den besonderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen zur Zulässigkeit von (Sonder-) Abgaben mit Ausgleichsfunktion ist auch eine gesetzliche Pflicht zur Leistung eines Ersatzgeldes als Ausgleichsabgabe für nicht geleistete Investitionen, zu

denen ein VoD-Anbieter kraft einer Investitionsverpflichtung verpflichtet gewesen wäre, grundsätzlich zulässig. Grund und Höhe der Belastung ergeben sich insoweit schon aus dem „ersparten“ Aufwand für die Erfüllung der – unterstellt rechtmäßigen – Investitionsverpflichtung, müssen also nicht unter den Aspekten einer besonderen Finanzierungsverantwortung und Gruppennützigkeit der Mittelverwendung – wie bei der Filmabgabe – dargetan werden können. Die Abgabe muss wirtschaftlich der Belastung durch die Investitionsverpflichtung entsprechen, darf grundsätzlich nicht darüber hinausgehen, insbesondere keinen Strafcharakter annehmen. Auch die Anreizfunktion der Ausgleichsabgabe rechtfertigt keine Überkompensation der ersparten Investitionen.

52. Eine gesetzliche eröffnete Branchenlösung, mit der die Produktionswirtschaft einerseits, die Videoabrufdienstanbieter andererseits Investitionspflichten und weitere damit verknüpfte Verbindlichkeiten aushandeln (Selbstregulierungs-Option), wirkt nur dann aus Sicht der Anbieter grundrechtlich entlastend, wenn damit realistische Chancen einer interessengerechteren Ausgestaltung einer Investitionsverpflichtung eröffnet sind.

53. Eine tatsächlich grundrechtsschonende und im Hinblick auf gute Lösungen interessante Option echter regulierter Selbstregulierung, mit der die privaten Akteure zur Maßstabkonkretisierung ermächtigt sind, setzt voraus, dass der Staat insoweit auf eine eigene abschließende Maßstabbildung (mehr oder weniger weitgehend) verzichtet, die selbstregulativ gefundenen Ergebnisse vielmehr rezipiert und grundsätzlich anerkennt, wenn auch typischerweise flankiert durch institutionelle Sicherungen (etwa: zertifizierte Normsetzungs- oder Kontrolleinrichtungen) oder Prüfverfahren zur Beurteilung der Kompatibilität mit den gesetzlichen Normzielen.

54. Denkbar und sowohl funktional als auch aus dem Gesichtspunkt der Freiheitsschonung interessant könnte eine Gestaltung sein, die eine einfach strukturierte, im Detaillierungsgrad zurückhaltende, aber für die Branche Vermeidungsanreize setzende einseitig-gesetzliche Reserveoption mit einer Selbstregulierungsoption verbindet, die relativ weitreichende Offenheit und daher Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Inhalte einräumt.

55. Hinsichtlich ihrer Detail-Ausgestaltung, insbesondere der Verbindung mit weiteren steuernden Vorgaben, kann sich die Regelung einer Investitionsverpflichtung an schon etablierten, anerkannten Steuerungskriterien der Filmförderung orientieren.

Dies gilt namentlich für die nationalen Anknüpfungen beim Herstellerbegriff (deutscher Standort bzw. Deutschsprachigkeit des Films), für die Fokussierung der Förderung auch auf Kinofilme (bzw. programmfüllenden Films) sowie auf die Film*herstellung*, die mit einer Erstinvestitions-Vorgabe erreicht werden kann. Allerdings ist auch bei solchen Vorgaben, wenn sie mit einer kumulativ zur Filmabgaben-Last hinzutretenden Investitionsverpflichtung verknüpft werden, die kumulative Belastungswirkung in Rechnung zu stellen, insbesondere bei der Bemessung einer solchen Subquote.

56. Was eine etwaige Kinofilm-Subquote anbetrifft, erscheint es bedenkenswert, den auch § 153 FFG zugrunde liegenden Gedanken aufzugreifen, wonach schon durch die Begrenzung der Bemessungsgrundlage der Abgabe der Zusammenhang zwischen der Förderbeitrags-Verpflichtung und dem Eigeninteresse der Normadressaten hergestellt wird. Dieser Gedanke könnte auch auf eine Investitionsverpflichtung mit Kinofilm-Subquote derart übertragen werden, dass diese Subquote entweder überhaupt nur auf Umsätze mit Kinofilmen bezogen wird oder dass jedenfalls in ihrer Höhe sichergestellt ist, dass die Dienstanbieter nicht Kinofilme aus Umsatzerträgen aus anderen Angebotsinhalten entgegen ihrem Gestaltungskonzept „fremdfinanzieren“ müssen.

57. Eine erhebliche Verschärfung der Belastungswirkung einer Investitionsverpflichtung dürfte auch mit Vorgaben zur Einschränkung des Rechteerwerbs (zwingende Rechterückfallregelung, Rechteteilung) verbunden sein. Wird die Möglichkeit eines ausschließlichen, auch dauerhaften Rechteerwerbs durch den Investor eingeschränkt, bedeutet dies eine Teilentwertung der Investition – deren wirtschaftliche Bedeutung allerdings wiederum von den tatsächlichen Gegebenheiten der Rechteverwertung abhängt und aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nicht abschließend beurteilt werden kann.

58. Auch bei der Investitionsverpflichtung – wie im Regime der FFG-Filmförderung (§ 67 Abs. 7 FFG) könnten differenzierende Regelungen vorgesehen werden, die den Investitionsanteil des Verpflichteten an den Herstellungskosten berücksichtigen. Eine undifferenziert-strenge Verbindung einer Investitionsverpflichtung mit einer den Wert gerade dieser pflichtigen Investitionen einheitlich und gleichermaßen einschränkenden Rechterückfall- oder Vorbehaltsvorgabe erschiene hingegen verfassungsrechtlich fragwürdig.

59. Der verfassungsrechtliche Staatsferne-Grundsatz, der eine Ausprägung des medienverfassungsrechtlichen Vielfaltsgewährleistungsgebots (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), nicht des Abwehrrechts der Medien und Medienschaffenden ist, kann durch eine Investitionsverpflichtungs-Regelung der hier erörterten Art kaum denkbar berührt werden. Selbst spezifischere Subquoten (Werke aus deutscher Produktion, Werke unabhängiger Produzenten und/oder von Herstellern mit kleinem Budget, Erstinvestition) hätten keinen hinreichend spezifischen Inhaltebezug, um irgendeinen Lenkungseffekt, der Relevanz für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung entfalten könnte, zu erzielen. Soweit investitionslenkende Vorgaben nach ihren Wirkungen und ihrem Zweck auch auf eine Erhaltung oder Verbesserung von Angebotsvielfalt gerichtet sind, kommt sogar eine rechtfertigungsunterstützende Wirkung des objektivrechtlichen Gewährleistungsgehalts des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in Betracht. Aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Angebotsgestaltungsfreiheit ergeben sich im Übrigen keine zusätzlichen zum Grundrechtsschutz der Investitions- und Vertragsfreiheit hinzutretenden Anforderungen.

60. Für die Rechtfertigung einer selektiv nur bestimmte Klassen von Filmverwertern, etwa nur SVoD-Dienstanbieter, nicht aber auch Rundfunkveranstalter oder TVoD-Dienstanbieter treffenden Investitionsverpflichtung reicht am Maßstab des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht im Sinn des Willkürverbots irgendein sachlicher Grund aus, muss der Grund oder müssen die Gründe vielmehr hinreichend tragfähig sein, um diese personale Begrenzung begründen zu können.

61. Wenn und soweit bei der Auferlegung der Filmabgabe als Sonderabgabe der Grundsatz der Abgabengerechtigkeit – und dessen hauptsächliche Aussage der Belastungsgleichheit – eine im Ausgangspunkt umfassende und gleiche Belastung aller Personen, die eine besondere Finanzierungsverantwortung für die zu erfüllende öffentliche Aufgabe tragen, gebieten (Gruppenhomogenität), ist auch für die Investitionsverpflichtung mit einer der Abgabe vergleichbaren wirtschaftlichen Belastungswirkung anzunehmen, dass sich die Fassung des Kreises der Normadressaten danach ausrichten muss, bei welchen Personen oder Gruppen, die nach ihrem Unternehmenszweck in Filmwerke investieren, dieselben Sachgründe für die Annahme einer Sonder-Finanzierungsverantwortung vorliegen – oder eben nicht vorliegen. Nur soweit Unterschiede bestehen, aus denen sich begründen lässt, dass bestimmten Gruppen von Dienstanbietern keine oder nur eine im Maß geringere Verantwortung für die

Förderung der Filmwirtschaft zugewiesen werden kann, kann daraus die Rechtfertigung für eine (völlige oder teilweise) Freistellung von einer Investitionsverpflichtung, die andere Anbietergruppen trifft, hergeleitet werden.

62. Impliziert in der bereichsspezifischen Dogmatik zur Zulässigkeit von Sonderabgaben das Merkmal der Gruppenhomogenität grundsätzlich die Forderung nach vollständiger Erfassung aller Personen oder Personenmehrheiten, die das die besondere Finanzierungsverantwortung begründende Merkmal aufweisen, in der zur Abgabe herangezogenen Gruppe, so gilt auch für die Regelung einer Investitionsverpflichtung, dass diese grundsätzlich alle unter dem Gesichtspunkt ihrer Sachnähe zur Aufgabe der Filmförderung gleichartigen Verwerter in den Kreis der Pflichtigen einbeziehen muss. Bei der Investitionsverpflichtung ist dieser Kreis potentieller Normadressaten naturgemäß insofern enger als bei der Filmabgabe, als nur diejenigen Verwerter in Betracht kommen, die nach der Art ihrer Verwertung direkt in Filmproduktionen investieren, also mit Filmherstellern Verwertungs- oder Lizenzverträge schließen. Potentielle Pflichtige sind damit aber ersichtlich nicht nur die Anbieter von Videoabrufdiensten, sondern auch die Fernsehveranstalter.

63. Auch für die gleichheitsrechtliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen Gruppen von an sich finanzierungsverantwortlichen Dienstanbietern kann die Belastung oder Nichtbelastung mit der Filmabgabe Bedeutung erlangen. So könnte etwa eine relativ höhere Belastung mit der Filmabgabe ein sachlich rechtfertigender Grund dafür sein, eine Gruppe von der andere Investoren treffenden Investitionsverpflichtung freizustellen.

64. Schon aus der gleichheitsrechtlichen Beanstandung der früheren Sonderstellung der Fernsehveranstalter im FFG im parallelen Regelungszusammenhang der Filmabgabe durch die Rechtsprechung des BVerwG (bestätigt auch durch das BVerfG) ergibt sich ein starkes Argument für die Annahme, dass auch bei der Investitionsverpflichtung eine Ausklammerung der Fernsehveranstalter mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) unvereinbar ist.

65. Unterschiede von Gewicht und einer Bedeutung, die die Ausklammerung der Fernsehveranstalter aus einer Investitionsverpflichtung als Filmförderungsinstrument rechtfertigen, wenn diese Verpflichtung die Anbieter von Videoabrufdiensten trifft, sind nicht ersichtlich. Weder immunisiert Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich den Rundfunk gegenüber einer Gleichheit in der Belastung herstellenden bun-

desrechtlichen Heranziehung auch der Fernsehveranstalter zur Filmförderung (auch durch Investitionsverpflichtung) noch stehen der Funktionsauftrag des Rundfunks oder die Angebotsautonomie der Anstalten und Veranstalter einer solchen Inpflichtnahme entgegen. Vielmehr besteht zwischen der Pflicht zur Investition in europäische und deutsche Werke, auch wenn diese mit weiteren qualifizierenden Vorgaben verbunden wird (unabhängige Produktionen, Erstinvestitionen, Kinofilm), und dem Funktionsauftrag des Rundfunks eine sogar deutlich größere Sachnähe als zu den Geschäftsmodellen der Anbieter von internationalen Videoabrufdiensten. Mögliche einengende Wirkungen auf die Angebotsgestaltungsfreiheit (früher: „Programmautonomie“) der Rundfunkveranstalter wiegen daher tendenziell weniger schwer als diejenigen, die internationale VoD-Dienstanbieter mit mutmaßlich strukturell geringerem Interesse an Filmen, in die bei einer qualifizierten Investitionsverpflichtung investiert werden muss, treffen. Sie berühren als inhaltsneutrale Vorgaben nicht den verfassungsrechtlich definitiv geschützten Kern der publizistischen Autonomie der Fernsehveranstalter und sind aus den die Verpflichtung tragenden Gründen der Erhaltung einer leistungsfähigen Struktur des Film-Produktionsmarktes in Deutschland sowie der Gleichbehandlung aller dafür finanzierungsverantwortlichen Verwerter als Schranke (Art. 5 Abs. 2 GG), möglicherweise sogar (auch) als funktionssichernde Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) gerechtfertigt. Zielt die Investitionsverpflichtung sogar unmittelbar auf die Beschaffung von Filmrechten für die Angebote der Fernsehveranstalter, ist der Bezug zum Angebotsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten enger als bei der Filmabgabe. Er rechtfertigt damit auch jedenfalls die Verwendung von Mitteln aus dem Rundfunkbeitrag für die Erfüllung der Investitionsverpflichtung.

66. Werden bestimmte Untergruppen von VoD-Anbietern aus der Investitionsverpflichtung ausgenommen, etwa Anbieter von Einzeltransaktionsdiensten oder auch werbefinanzierte Videoabrufdienste, müsste auch dafür ein tragfähiger Sachgrund plausibel geltend gemacht werden können, aus dem sich ergibt, dass diese Dienste nicht oder nur in geringem Maß für die Förderung der Filmwirtschaft durch Direktinvestitionen in Anspruch genommen werden können. Ob sich derartige Zusammenhänge zwischen dem unterschiedlichen Geschäftsmodell und also der Art der Angebote und der Finanzierungsverantwortung herstellen lassen, erscheint indes fragwürdig. Jedenfalls wären solche Zusammenhänge zu ermitteln und darzulegen.

B. Einleitung und Gutachtenauftrag

I. Allgemeines

Die nachfolgende rechtswissenschaftliche Untersuchung befasst sich mit den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und also der Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung von Videoabruf-Diensten hinsichtlich europäischer und nationaler Filme oder Serien in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes des nationalen Gesamtumsatzes des verpflichteten Unternehmens (Reinvestition). Das Rechtsgutachten wirkt damit an der Erfüllung des Prüfauftrags mit, den die die derzeitige Bundesregierung tragenden politischen Parteien in ihrem Koalitionsvertrag erteilt haben. Dort heißt es:

> „Mit der Filmförderungsnovelle wollen wir die Filmförderinstrumente des Bundes und die Rahmenbedingungen des Filmmarktes neu ordnen, vereinfachen und transparenter machen, in enger Abstimmung mit der Filmbranche und den Ländern. Wir prüfen die Einführung von Investitionsverpflichtungen und steuerlichen Anreizmodellen und schaffen gesetzliche Rahmenbedingungen, um die steuerliche Behandlung von Filmkoproduktionen rechtssicher zu gestalten“.[1]

Eine direkte gesetzliche Investitionsverpflichtung von Unternehmen, die in der Verwertungskette von Kinofilmen, Fernsehfilmen oder Serien tätig sind, kennt das deutsche Recht bislang nicht, auch nicht hinsichtlich von Anbietern, die in Deutschland ihren Sitz oder eine Niederlassung haben und daher der deutschen Rechtshoheit unterfallen. Andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union[2] haben derartige Verpflichtungen schon eingeführt, teilweise in kumulativer Kombination mit einer Abgabeverpflichtung,[3] in anderen Fällen in der Gestalt eines Wahlrechts des Verpflichteten zwischen der einen oder der anderen Verpflichtung[4] oder auch als alleiniges Instrument der Inpflichtnahme[5] zum Zweck der Förderung der Filmwirtschaft und Film-

[1] Koalitionsvertrag 2021-2025 von SPD, Bündnis90/Die Grünen, FDP: „Mehr Fortschritt wagen“ S. 98.

[2] Daten dazu: IRIS Plus 2022-2, Investitionen in europäische Werke: die Verpflichtungen der VOD-Anbieter (https://rm.coe.int/iris-plus-2022de2-investitionen-in-europaische-werke-die-verpflichtung/1680a8ff42); Goldmedia, Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattform-Ökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer möglichen Investitionsverpflichtung (2.3.2022), S. 134 ff.

[3] So namentlich Frankreich (5,15 % Abgabe und differenzierend 15-25 % Investitionsverpflichtung), Tschechien (0,5% Abgabe und 1 % Investitionsverpflichtung) und Portugal (1 % Abgabe und 4 % Investitionsverpflichtung).

[4] So Belgien (2,2% - Wallonie, bzw. 2,0 % - flämischer Teil), Griechenland (1,5 %).

[5] Italien (20 %), Spanien (5 %), Slowenien (1 %)

kultur. Nur (noch) in Deutschland, Dänemark, Polen und Irland wird bislang nur eine Abgabe erhoben.

Angestoßen worden ist die aktuelle rechtspolitische Diskussion um die Einführung einer Investitionsverpflichtung auch in Deutschland durch die mit der Änderung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste vom 14. November 2018[6] in die Richtlinie eingefügte Bestimmung des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL. Diese Vorschrift ermächtigt die Mitgliedstaaten dazu, Verpflichtungen von Mediendiensteanbietern – zur Vornahme von Direktinvestitionen oder zur Leistung einer Abgabe – auch auf Unternehmen zu erstrecken, die an sich nach dem Herkunftslandprinzip der Richtlinie (vgl. Art. 2 Abs. 2 ff. AVMD-RL) nicht der Rechtshoheit des Mitgliedstaats unterliegen, die aber auf Zuschauer in seinem Gebiet abzielen.

Art. 13 Abs. 2 AVMD-Richtlinie lautet:

> Verpflichten die Mitgliedstaaten die ihrer Rechtshoheit unterworfenen Mediendiensteanbieter dazu, finanziell zur Produktion europäischer Werke beizutragen, auch durch Direktinvestitionen in Inhalte und durch Beiträge zu nationalen Fotos, können sie auch Mediendiensteanbieter, die auf Zuschauer in ihrem Gebiet abzielen, aber in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, zur Leistung solcher Beiträge verpflichten, die verhältnismäßig und diskriminierungsfrei sein müssen."

Infolge dieser Änderung haben andere Mitgliedstaaten schon bestehende Investitionsverpflichtungen auch auf ausländische Anbieter im Sinn der Vorschrift ausgeweitet (so insbesondere Frankreich) oder eine Investitionsverpflichtung neu eingeführt. So haben etwa die Niederlande, die zuvor überhaupt keine Inpflichtnahme zu Förderzwecken vorsahen, inzwischen eine Investitionsverpflichtung in Höhe von 4,5% statuiert. In der Schweiz ist im Mai 2022 die Einführung einer Investitionspflicht in Höhe von 4% des inländischen Umsatzes auf ausländische VOD-Anbieter (ablösbar durch eine Ersatzabgabe) durch Referendum beschlossen worden.

II. Kontext: Bestehende Filmabgabe-Pflicht in Deutschland

Die etwaige Einführung einer Reinvestitionsverpflichtung als zu prüfende legislatorische Option auch in Deutschland fügt sich ein in den Gesamtrahmen einer Neuordnung des deutschen bundesrechtlichen Filmförderungsrechts, deren Herzstück die

[6] Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste idF der Richtlinie (EU) 2018/1.8.2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der AVMD-RL,

geplante große Novelle des Filmförderungsgesetzes (FFG) zum 1. Januar 2025 sein wird. Nach derzeitiger Rechtslage unterliegen neben den Kinos, Videoprogrammanbietern, öffentlich-rechtlichen und privaten Fernsehveranstaltern sowie Programmvermarktern auch die Anbieter von Videoabrufdiensten der Pflicht zur Entrichtung der Filmabgabe in einer nach Umsatz gestaffelten Höhe von 1,8 bzw. 2,5 % des Jahresumsatzes (§ 153 FFG). Dies gilt sowohl für diejenigen Anbieter, die in Deutschland Sitz oder Niederlassung haben als auch für andere Inhaber von Lizenzrechten hinsichtlich ihrer in Bezug auf in Deutschland erzielten Umsätze mit deutschsprachigen Angeboten.

§ 153 des Filmförderungsgesetzes lautet:

> (1) Inhaber von Lizenzrechten mit Sitz oder Niederlassung im Inland, die zu gewerblichen Zwecken hergestellte Kinofilme mittels entgeltlicher oder werbefinanzierter Videoabrufdienste verwerten, haben vom in Deutschland erzielten Nettoumsatz mit der Verwertung von Kinofilmen eine Filmabgabe zu entrichten, wenn dieser 500 000 Euro im Jahr übersteigt.
> (2) Für Inhaber von Lizenzrechten ohne Sitz oder Niederlassung im Inland gilt Absatz 1 entsprechend für Angebote von deutschsprachigen Videoabrufdiensten in Bezug auf in Deutschland erzielte Umsätze. Die Abgabepflicht nach Satz 1 besteht nicht, wenn die entsprechenden Umsätze am Ort des Unternehmenssitzes zu einem vergleichbaren finanziellen Beitrag zur Förderung von Kinofilmen durch eine Filmfördereinrichtung herangezogen werden.
> (3) Die Filmabgabe beträgt
> 1. bei einem Jahresumsatz von bis zu 20 Millionen Euro 1,8 Prozent und
> 2. bei einem Jahresumsatz von über 20 Millionen Euro 2,5 Prozent.
> (4) Für die Bestimmung der Umsatzgrenzen ist der Umsatz des Vorjahres zugrunde zu legen. Ist der Umsatz nur während eines Teils des Vorjahres erzielt worden, wird der Jahresumsatz errechnet, indem der durchschnittliche monatliche Umsatz des Vorjahres mit der Zahl zwölf multipliziert wird. Liegen keine Vorjahresumsätze vor, können die Umsatzgrenzen anhand der Monatsumsätze im Abgabejahr errechnet werden.
> (5) Bei Videoabrufdiensten gegen ein pauschales Entgelt entspricht der abgabepflichtige Nettoumsatz dem Kinofilmanteil am Nettogesamtumsatz aus Abonnementverträgen mit Endverbraucherinnen und Endverbrauchern in Deutschland. Der Kinofilmanteil entspricht hierbei dem Anteil der tatsächlichen Sehdauer von Kinofilmen an der tatsächlichen Sehdauer des Gesamtangebots in Deutschland.

III. Medienrechtliche Quotenregelung

Neben der Pflicht zur Entrichtung der Filmabgabe unterliegen die Anbieter von Videoabrufdiensten seit Inkrafttreten des Medienstaatsvertrages am 7.11.2020 auch einer medienrechtlichen Quotenregelung (§ 77 MStV) nach dem Vorbild der schon früher eingeführten Programmquote für Fernsehprogramme. Auch diese Erstreckung des älteren, schon in der EWG-Fernsehrichtlinie (RL 89/552/EWG) errichteten Konzepts der Programmquote (s. nun § 15 MStV) auf Videodienste auf Abruf (in der deutschen Umsetzung: „Anbieter fernsehähnlicher Telemedien“) geht auf die Novelle der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste vom 14. November 2018 zurück.[7] Namentlich setzt § 77 MStV den neugefassten Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL um. Danach haben die Anbieter fernsehähnlicher Telemedien in ihren Katalogen einen Anteil von mindestens 30 % an „europäischen Werken“ vorzusehen. Der Medienstaatsvertrag verzichtet auf eine eigene Legaldefinition des Begriffs der europäischen Werke, verweist vielmehr dafür – wenn auch nur im Kontext der Programm-Quotenregelung für den Fernsehfunk – auf die unionsrechtliche Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. n) AVMD-RL.

Europäische Werke sind danach:

1. Werke aus den Mitgliedstaaten,

2. darüber hinaus unter in Art. 1 Abs. 3 des Näheren dargelegten Bedingungen Werke aus europäischen Drittländern, die Vertragsparteien des Europäischen Übereinkommens über grenzüberschreitendes Fernsehen des Europarates sind, sowie

3. Werke, die im Rahmen der zwischen der Union und Drittländern im audiovisuellen Bereich geschlossenen Abkommen in Koproduktion hergestellt werden.

§ 77 MStV lautet:

> Zur Darstellung der Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum und zur Förderung von europäischen Film- und Fernsehproduktionen stellen Anbieter fernsehähnlicher Telemedien sicher, dass der Anteil europäischer Werke in ihren Katalogen mindestens 30 vom Hundert entspricht. Satz 1 gilt nicht für Anbieter fernsehähnlicher Telemedien mit geringen Umsätzen oder geringen Zuschauerzahlen oder wenn dies wegen der Art oder des Themas des fernsehähnlichen Telemediums undurchführbar oder ungerechtfertigt ist. Werke nach Satz 1 sind in den Katalogen herauszustellen. Die Landesmedi-

[7] Vgl. Lütje/Conrad, ZUM 2014, 749 (756): „funktional […] eine Fortentwicklung der für Fernsehsendungen bereits unter der Fernsehrichtlinie geltenden Quotenvorgaben“.

> enanstalten regeln die Einzelheiten zur Durchführung der Sätze 1-3 durch eine gemeinsame Satzung.

Konkretisierende, zwar rechtlich nicht verbindliche, aber doch praktisch maßgebliche Orientierung vermittelnde Vorgaben zur Berechnung der Katalog-Quote sowie zu den Definitionen einer geringen Zuschauerzahl und eines geringen Umsatzes finden sich in den aufgrund von Art. 13 Abs. 7 AVMD-RL erlassenen Leitlinien der Kommission.[8] Insbesondere ist danach als Bezugsgröße für die Bestimmung des 30 %-Anteils jeweils auf den nationalen Katalog in einem Mitgliedstaat abzustellen; diese Präzisierung erlangt namentlich in denjenigen Fällen Bedeutung, in denen Anbieter von Video-Abrufdiensten in den Zielländern jeweils ausdifferenziert-verschiedene Kataloge anbieten.

Fernsehveranstalter unterliegen schon seit langem einer „doppelten" Quotenverpflichtung, die sich einerseits auf den Anteil europäischer Werke an der Sendezeit („Programmquote", § 15 Abs. 2 MStV), andererseits auf den Anteil eigenproduzierter oder auftragsproduzierter Werke in den Fernsehvollprogrammen, nach Möglichkeit auch in den Spartenprogrammen („Produktionsquote", § 15 Abs. 3 MStV) bezieht. § 15 Abs. 2 und 3 MStV setzen Art. 16 und Art. 17 AVMD-RL um, dies allerdings, in Ausschöpfung der durch die unionsrechtlichen Bestimmungen eröffneten Ausgestaltungsspielräume, in deutlich von der Vorgabe abweichender Gestalt. Diese Modifikationen betreffen insbesondere die in kompetenzrechtlichen und verfassungsrechtlichen Zweifeln gründende Fassung der Verpflichtung als bloße Sollvorschriften, den Verzicht auf die explizite Übernahme des bezifferten 10 %-Anteils aus Art. 17 AVMD-RL in die Produktionsquote sowie die inhaltlich offenere Fassung dieser Produktionsquote, die sich nicht nur auf Auftragsproduktionen unabhängiger Hersteller (echte Auftragsproduktionen) bezieht, sondern auch eigen- und unechte Auftragsproduktionen einbezieht.[9]

§ 15 Abs. 1-3 MStV lautet:

> (1) Die Fernsehveranstalter tragen zur Sicherung von deutschen und europäischen Film- und Fernsehproduktionen als Kulturgut sowie als Teil des audiovisuellen Erbes bei.

[8] Mitteilung der Kommission über die Leitlinien gemäß Art. 13 Absatz 7 der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste für die Berechnung des Anteils europäischer Werke an Abrufkatalogen und für die Definition einer geringen Zuschauerzahl und eines geringen Umsatzes, in: ABl. EU C Nr. 223 v. 7.7.2020, S. 10.

[9] Näher Cornils, in: Gersdorf/Paal BeckOK InfoMedienR § 15 MStV Rn. 10 ff.; zur Unterscheidung nur Pense, ZUM 1999, 121 (123 f.).

(2) Zur Darstellung der Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum und zur Förderung von europäischen Film- und Fernsehproduktionen sollen die Fernsehveranstalter den Hauptteil ihrer insgesamt für Spielfilme, Fernsehspiele, Serien, Dokumentarsendungen und vergleichbare Produktionen vorgesehenen Sendezeit europäischen Werken entsprechend dem europäischen Rechtvorbehalten.

(3) Fernsehvollprogramme sollen einen wesentlichen Anteil an Eigenproduktionen sowie Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen aus dem deutschsprachigen und europäischen Raum enthalten. Das gleiche gilt für Fernsehspartenprogramme, soweit dies nach ihren inhaltlichen Schwerpunkten möglich ist.

IV. Das Muster in der rechtspolitischen Diskussion: Die Regelung einer Investitionsverpflichtung in Frankreich

Ein Referentenentwurf oder eine vergleichbar fixierte Fassung eines regierungsseitigen Entwurfs eines Gesetzes über eine Investitionsverpflichtung existiert bislang nicht. Daher kann der Begutachtung auch kein derartiger, „fertiger" Entwurfstext mit festgelegten Bestimmungen zugrunde gelegt werden. Vielmehr sind verschiedene Möglichkeiten und Versionen einer Regelung in den Blick zu nehmen. Allerdings orientieren sich die in die rechtspolitische Diskussion eingebrachten Vorstellungen, so namentlich auch die Forderungen und Regelungsvorschläge der „Produzentenallianz", stark am Muster der französischen Verordnung vom 22. Juni 2021. Frankreich hat im Vergleich mit allen anderen europäischen Staaten, die inzwischen Investitionsverpflichtungen eingeführt haben, die am weitesten gehende, aber auch hinsichtlich der getroffenen Differenzierungen und Subverpflichtungen elaborierteste Regelung geschaffen. Die französische Verordnungsregelung bildet daher – jedenfalls in ihren Kernelementen und in ihrer Belastungshöhe – eine naheliegende Vergleichsgrundlage für die Betrachtung eines ähnlichen Vorhabens in Deutschland und seine Beurteilung nach dem Maßstab des Verfassungsrechts.

1. Die französische Verordnung v. 22. Juni 2021: Normadressaten

Die französische Verordnung (Décret n° 2021-793 du 22. juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande)[10] unterwirft sowohl Abonnements-Abrufdienste (SVoD[11]) als auch Einzel-Abrufdienste (TVoD[12]) sowie unentgeltliche,

[10] JORF n°0144 du 23 juin 2021, Texte n° 13.
[11] Subscription-Video-on-Demand.
[12] Transactional-Video-on-Demand.

werbefinanzierte Abrufdienste (AVoD[13]) jeweils unterschiedlich ausgestalteten Investitionspflichten.

Normadressaten sind alle Anbieter audiovisueller Mediendienste auf Abruf, einschließlich derjenigen, die nicht in Frankreich niedergelassen sind und nicht der französischen Rechtshoheit unterliegen, aber auf das französische Territorium ausgerichtet sind (Art. 10). Die Pflichtigkeit der Unternehmen hängt von dem Überschreiten eines Schwellenwertes im Jahresnettoumsatz (5 Mio EUR) sowie eines Mindestanteils von 0,5 % an der Gesamtzahl aller Zuschauer von vergleichbaren Video-Abrufdiensten in Frankreich ab (Art. Nr. 2). Dienste, die weniger als 10 Langspielfilme in ihrem Angebot haben, sind von der Pflicht im Hinblick auf Kinofilme ausgenommen (Art. 11 f.). Liegt der Jahresnettoumsatz zwar über dem Schwellenwert, aber unter 10 Millionen €, werden die Quoten um ein Viertel gekürzt (Art. 23).

2. Nach Anbieter-Kategorien differenzierte Investitionsquoten

Die Investitionsquote beträgt für SVoD-Dienste 25 % vom Jahresnettoumsatz, wenn der Dienst jährlich mindestens einen Kinofilm früher als 12 Monate nach seiner Kinoveröffentlichung in Frankreich anbietet (Art. 14 I. Nr. 1); ist dies nicht der Fall, beträgt die Quote 20 % (Art. 14 I Nr. 2).

Die Investitionsquote für TVoD- und AVoD-Dienste ist aufgespalten auf einerseits die Umsätze aus der Verwertung von Kinofilmen, andererseits die Umsätze aus der Verwertung sonstiger audiovisueller Werke (etwa: Serien). Sie beträgt jeweils 15 % (Art. 20 I.).

3. Subquoten „französische Werke“

Die Verordnung normiert darüber hinaus Subquoten, die wiederum nach den Dienstekategorien unterschiedlich gestaltet sind:

Danach haben Anbieter von SVoD-Diensten 85 % der kraft der Investitionsverpflichtung (von 25% bzw. 20 %) zu investierenden Ausgaben für original französischsprachige Werke aufzuwenden (Art. 16). 20 % des pflichtigen Investitionsvolumens (soweit die 25 %-Quote greift: 25 %) sind auf Kinofilme zu verwenden. Diese „nationale Investitionsquote“ führt eine schon alte französische Regelungstradition hinsicht-

[13] Advertising-Video-on-Demand.

lich der Programmquoten für den Fernsehrundfunk[14] nun auch in den neuen Vorschriften über die Investitionsverpflichtung fort.

Bei TVoD-/AVoD-Diensten folgen die weiteren Quotenvorgaben der getrennten Berechnung der Investitionsquote nach Kinofilmen bzw. sonstigen audiovisuellen Werken. Danach müssen zwölf der aus dem Kinofilm-Umsatz gewidmeten 15 % ihrerseits in original französischsprachige Kinofilme reinvestiert werden (Art. 20 I. Nr. 1).[15] Paralleles gilt für die 15%-Quote aus dem Umsatz aus sonstigen audiovisuellen Werken: Auch insoweit sind 12 % (also ein 4/5-Anteil des 15 %-Volumens) festgelegt, hier nun für Förderung der Produktion von original französischsprachigen audiovisuellen Werken (Art. 20 I. Nr. 2)

4. Subquote unabhängige Produktionen

Eine weitere Subquote nächster Stufe dient der Reservierung eines Investitionsanteils für unabhängige Produktionen, und zwar einheitlich für alle Dienstekategorien. Danach sind drei Viertel der Ausgaben für Kinofilme für die Entwicklung unabhängiger Produktionen europäischer Werke aufzubringen (Art. 21 I.). Hinsichtlich der Ausgaben für sonstige audiovisuelle Werke gilt eine Festlegung auf unabhängige europäische Werke in Höhe von Zweidrittel (Art. 22 I.). Der Tatbestand der unabhängigen Produktion ist in den Bestimmungen anhand mehrerer Bedingungen definiert. Danach darf der Dienstanbieter weder gesellschaftsrechtlich noch finanziell an der Produktion beteiligt sein oder sich Rechte inhaltlicher Einflussnahme auf die Produktion vorbehalten (Art. 21 II. Nr. 2, III. bzw. Art. 22 I. Nr. 2, III.).

5. Vorgaben zum Rechteerwerb

Die Subquote zur Förderung unabhängiger Produktionen ist zudem mit begrenzenden Vorgaben zum Rechteerwerb des Diensteanbieters verknüpft. Danach gelten Produktionen nur als unabhängig im Sinn der Unabhängigkeits-Subquote, wenn sie bestimmte Bedingungen hinsichtlich der Nutzungsrechte erfüllen. So muss für den Erwerb ausschließlicher Verwertungsrechte an Kinofilmen eine zeitliche Begrenzung von maximal 12 Monaten vorgesehen sein (Art. 21 II. Nr. 1), bei anderen audiovisuellen Werken eine Zeitgrenze von 36 Monaten (Art. 22 II. Nr. 1). Bei Kinofilmen darf der Anbieter zudem nur auf einer der Verwertungsstufen ein weiteres Verwer-

[14] S. dazu Gundel, ZUM 1998, 1002 ff.

[15] Dabei geht es also streng genommen nicht um eine Subquote (um einen Prozentsatz von 12 % aus dem Volumen, welches aus 15 % der Kinofilm-Einnahmen generiert wird), sondern um die Festlegung eines 4/5-Anteils der 15 %-Quote auf die Investition gerade für französischsprachige Kinofilme.

tungsrecht innehaben (Art. 21 II. Nr. 3), bei sonstigen audiovisuellen Werken ist eine Zweitverwertungs-Berechtigung ganz ausgeschlossen (Art. 22 II. Nr. 3).

6. Genre-Vorgabe für audiovisuelle Werke

SVoD-Anbieter unterliegen zudem einer inhaltsbezogenen Vorgabe hinsichtlich ihrer Ausgaben für audiovisuelle Werke (außerhalb von Kinofilmen): Diese Ausgaben müssen danach Werke der Genres Fiktion, Animation, kreative Dokumentarfilme, Musikvideos sowie die Aufzeichnung oder Neuschaffung von Live-Darbietungen betreffen (Art. 16 Satz 2).

7. Öffnungsklausel für Selbstregulierung

Die Verordnung sieht schließlich die Möglichkeit verschiedener Abweichungen von ihren Vorgaben in dem Fall vor, dass die Diensteanbieter mit Berufsverbänden der Filmindustrie oder audiovisuellen Industrie Vereinbarungen über die Investitionsverpflichtung treffen. So kann die an sich gem. Art. 16 (für SVoD-Anbieter) bzw. Art. 20 I (für TVoD-/AVoD-Anbieter) I greifende Subquote für original französischsprachige Werke (Kinofilme bzw. andere audiovisuelle Werke) auf ein höheres oder niedrigeres Maß festgelegt werden, solange nicht die Untergrenze von 60 % unterschritten wird (Art. 26 Nr. 2). Vergleichbares gilt für die inhaltliche Subquote für SVD-Anbieter aus Art. 16 Satz 2 betreffend audiovisuelle Werke. Auch diese kann auf einen niedrigeren Anteil, jedoch nicht unter 70 %; abgesenkt werden (Art. 26 Nr. 3).

V. Untersuchungsgegenstände

In Orientierung an dem vorstehend skizzierten französischen Muster sowie den daran anknüpfenden Diskussionsvorschlägen für eine deutsche Regelung sind der Begutachtung mögliche Regelungsinhalte (und Varianten) zugrunde zu legen. Dabei geht es nicht um präzise gefasste Bestimmungen in genau dieser Gestalt, welche für die verfassungsrechtliche Beurteilung ohnehin von nachrangiger Bedeutung ist. Vielmehr sind charakterprägende Bestandteile eines möglichen Investitionsverpflichtungs-Gesetzes, wie sie auch – hier indes schon in einer definiten Ausformung – das französische Beispiel kennzeichnen, je für sich und in ihrem Zusammenhang in den Blick zu nehmen.

1. Umsatzbezogene Investitionsverpflichtung

Dies bedeutet für die Untersuchungsfrage, dass zunächst eine generelle Investitionsverpflichtung als solche, noch ohne weitere spezifizierende Vorgaben, zu erörtern ist.

Schon die Investitionspflicht schlechthin wirft verfassungsrechtlich grundlegende Fragen auf, die erörtert und beantwortet werden müssen. Was die quantitative Dimension einer solchen Investitionsverpflichtung angeht, ist schon prima vista naheliegend, dass sie auch Bedeutung für die verfassungsrechtlichen Rechtfertigungslasten haben kann, weil sie sich ersichtlich auf das Maß wirtschaftlicher Belastung der betroffenen Unternehmen auswirkt. Da indes ausweislich des im Auftrag der Filmförderungsanstalt erstellten Gutachtens zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattformökonomie auf audiovisuelle Produktionen v. 2.3.2022[16] signifikante, rechtspolitisch interessante Förderungseffekte hinsichtlich des Investitionsvolumens erst bei einer Investitionsquote zu erwarten sind, die in etwa in der Größenordnung der französischen Regelung liegt, ist auch der verfassungsrechtlichen Beurteilung sinnvollerweise eine derartige Größenordnung zu Grunde zu legen. Auszugehen ist mithin von einer generellen Verpflichtung (erster Stufe) der SVoD-Anbieter, einen Anteil des in Deutschland im Vorjahr erzielten Jahresnettoumsatzes des Anbieters im Umfang von ca. 20 % in europäische Werke iSd der Legaldefinition der AVMD-RL zu investieren.

2. Weitere Vorgaben, insb. Subquoten

Die Untersuchung hat sodann und darüber hinaus auch weitere Vorgaben nach dem französischen Modell in Betracht zu ziehen und insbesondere daraufhin zu prüfen, ob sie geeignet sind, zu einer abweichenden verfassungsrechtlichen Beurteilung zu führen. Dies betrifft namentlich die verschiedenen Subquoten, zuvörderst die auf einen Anteil nationaler Werke (nach Sprache und/oder Produktionsort) bezogene Quote, sodann aber auch Rahmensetzungen zur Begrenzung des Rechteerwerbs durch die Dienstanbieter. Auch insoweit lassen sich aus dem französischen Muster Orientierungen herleiten, wie derartige Subquoten und Rechteteilungs-Regeln gestaltet sein können. So kann etwa als Subquote für „nationale Werke“ ein recht hoch angesetzter, auf deutschsprachige Werke zu verwendender Anteil in der Größenordnung von ca. 80 % des pflichtigen Investitionsvolumens zugrunde gelegt werden. Eine solche zusätzliche Investitionsbindung entspricht nach den mitgeteilten Informationen auch den rechtspolitischen Vorstellungen der Produzenten. Nach den Folgerungen des Goldmedia-Gutachtens macht zudem eine Investitionsverpflichtung unter dem Ge-

[16] Goldmedia GmbH Strategy Consulting, Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattformökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer möglichen Investitionsverpflichtungen (im Folgenden: Goldmedia-Gutachten),

sichtspunkt effektiver Forderung nur Sinn, wenn sie mit wirksamen zusätzlichen Steuerungsdeterminanten, insbesondere also Subquoten der erörterten Art verbunden wird.

Gewiss, das bedarf keiner näheren Begründung, lassen sich aus verfassungsrechtlichen Maßstäben kaum Normaussagen herleiten, die zahlenmäßig bestimmte Grenzen für den Umfang einer solchen Investitionssteuerung errichten. Aber ebenso einleuchtend ist schon im Ausgangspunkt, dass insbesondere die grundrechtlichen Anforderungen an eine Rechtfertigung von Investitionsverpflichtungen mit der Dichte und dem Maß steuernder Vorgaben, die den Entscheidungsspielraum der Unternehmen einschränken, steigen. Eine unqualifizierte Investitionsverpflichtung ohne weitere Spielraum einschränkende Vorgaben dürfte danach strukturell verfassungsrechtlich weniger problematisch sein als eine Verpflichtung, die mit gegebenenfalls mehreren, die Investitionsfreiheit eng begrenzenden Festlegungen verbunden ist.

Vor diesem Hintergrund wird insbesondere nicht nur zu fragen sein, ob weitere, zu einer generellen Investitionsverpflichtung hinzutretende Vorgaben (insbesondere Subquoten) überhaupt verfassungsrechtlich rechtfertigungsfähig sind, sondern auch, ob sich, wenn dies grundsätzlich der Fall ist, aus dem Verfassungsrecht Schranken einer solchen „Anreicherung“ einer Investitionsverpflichtung ergeben, insbesondere in Gestalt quantitativ weitreichender spezifischer Investitions-Festlegungen wie bei einer hoch angesetzten nationalen Sprach-Quote oder auch bei Kumulation einer solchen nationalen Quote mit weiteren Anforderungen, etwa einer Quote für unabhängige Produktionen oder einer Fokussierung der Investitionspflicht auf bestimmte Förderungsarten (zB: Investitionen nur in Produktionen vor Erstausstrahlung, spezifische Subquote für Filme mit kleinen Budgets, umgekehrt Ausschluss der Anrechenbarkeit von Investitionen in Produktionen von Herstellern mit sehr großem Umsatz).

Über das vor allem für die grundrechtliche Eingriffsintensität wesentliche Maß wirtschaftlicher Belastung hinaus können solche zusätzliche Investitionsbindungen teilweise nach ihrer Art auch weitere verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen: So können bestimmte Festlegungen (Subquoten) mit den ihnen zugrunde liegenden Steuerungszwecken der Regelung einen stärker kulturpolitischen Charakter verleihen (etwa: genrebezogene Subquoten, Investitionsbindungen nach Art der begünstigten

Unternehmen zur Vielfaltssicherung) und infolgedessen etwaige Zweifel verschärfen, ob eine solche Regelung noch in die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes fällt.

Was Vorgaben zur Begrenzung des Rechteerwerbs,[17] insbesondere Verbote zeitlich unbegrenzter „total-buy-out"-Klauseln[18] angeht, wird für die verfassungsrechtliche Beurteilung insbesondere auch auszuloten sein, in welchem Verhältnis solche Vorgaben zur eigentlichen Investitionsverpflichtung stehen, namentlich ob hier ein zwingender oder enger Sachzusammenhang besteht, und inwiefern sie das Eingriffsgewicht einer Investitionsverpflichtung – mit entsprechend steigenden Rechtfertigungslasten – erhöhen.

3. Selbstregulierungsvorbehalt

Zu den in den Blick zu nehmenden Vorgaben gehört des Weiteren auch eine „Selbstregulierungs-Klausel" ähnlich derjenigen in Art. 26 der französischen Verordnung. Zu untersuchen ist danach also eine rechtliche Gestaltung, die Vereinbarungen zwischen den Stakeholdern (bzw. ihren Vertretungen), also den Diensteanbietern einerseits, den durch eine Investitionsverpflichtung Begünstigten (insbesondere Produzenten) andererseits, den Vorrang gegenüber der gesetzlichen Investitionsverpflichtungen einräumt. Anzunehmen ist für eine solche Gestaltung, dass sie einerseits das Zustandekommen freiwilliger Vereinbarungen durch Nachlässe (Abweichungsoptionen „nach unten") bei den Pflichtinhalten, insbesondere Quoten) prämiert, andererseits aber solchen Abweichungen – wie im französischen Beispiel – zwingende Grenzen zieht. Aus rechtlicher Sicht wirft dies insbesondere die Fragen auf, ob die mit einer solchen Prämierung einhergehende Divergenz zwischen selbstregulativ eingegangenen (weniger weit gehenden) Verpflichtungen und den im Fall nicht zu Stande kommender Vereinbarungen greifenden gesetzlichen Pflichten unbedenklich ist und ob (und inwieweit) ein solcher Koregulierungsansatz geeignet ist, die grundrechtliche Betroffenheit und Eingriffsintensität abzumildern und also grundrechtliche Bedenken gegen die Investitionsverpflichtung zu entkräften oder abzuschwächen.

4. Begrenzung auf SVOD- und AVOD-Dienstanbieter

Während in der französischen Verordnung Anbieter der verschiedenen Videoabrufdienst-Kategorien, wenn auch in teilweise unterschiedlich gefassten Tatbeständen,

[17] S. dazu für die Förderung nach dem FFG insb. § 67 Abs. 7-10 FFG 2016 (zuvor: § 25 Abs. 3 Nr. 5-8 FFG 2009); zur Diskussion im Kontext der 5. FFG-Novelle z.B. Kasten, ZUM 2008, 751 (754); Gärtner/Gottschalk, ZUM 2008, 742 (745 f.).

[18] S. zur Praxis umfassender Rechteeinräumung (auf Fernsehveranstalter) z.B. Kreile, ZUM 2000, 364 (367).

der Investitionsverpflichtung unterworfen worden sind, darüber hinaus ohnehin schon auch Fernsehsender der Investitionspflicht unterliegen, ist Gegenstand der deutschen rechtspolitischen Diskussion insbesondere auch der Vorschlag, nur die Anbieter von Abonnementsdiensten (SVoD) sowie von AVoD-Diensten einer Investitionspflicht zu unterwerfen, nicht hingegen auch TVoD-Anbieter. Auch sollen nach diesem Vorschlag Rundfunkveranstalter (öffentlich-rechtlich und privatrechtlich) nicht in die Reichweite der Verpflichtung einbezogen werden. Aus rechtlicher Sicht wirft eine solche Gestaltung die Frage auf, ob damit möglicherweise sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlungen verbunden sind. Auch dieser Frage wird im Gutachten nachzugehen sein.

5. Verhältnis zur Filmabgabe

Dies gilt schließlich auch für das Verhältnis einer neu eingeführten Investitionsverpflichtungen zur schon bestehenden Filmförderungsabgabe, die schließlich auch Videoabrufdienst-Anbieter trifft. Während im französischen Modell beide Instrumente einer Inpflichtnahme kumulativ miteinander verbunden werden, sodass insgesamt eine am Gesamtumsatz gemessen quantitativ beträchtliche Bindung des wirtschaftlichen Erfolgs der Dienste entsteht, sehen andere europäische Staaten die Abgabepflicht und die Direkt-Investitionspflicht alternativ – teilweise in die Wahl des Verpflichteten gestellt – vor. Unzweifelhaft erhöhen kumulative Belastungen das Eingriffsgewicht der Regelung in der Gesamtschau. Anrechnungsmöglichkeiten können diesen Effekt ersichtlich aufheben oder mindern; auch sie sind daher in der Begutachtung zu berücksichtigen.

VI. Rechts-Problemkomplexe

Das zur Prüfung gestellte Vorhaben einer (möglichen) Einführung einer Investitionsverpflichtung durch Bundesgesetz auch in Deutschland wirft eine Reihe Fragen auf, die sich aus mehreren verfassungsrechtlichen Maßstäben – des Grundgesetzes – ergeben. Wie schon angemerkt, können sich diese verfassungsrechtlichen Anforderungen unterschiedlich auswirken, je nachdem, welche konkrete Gestalt die Regelung der Investitionsverpflichtung hat. Als Grundsatz kann davon ausgegangen werden, dass der verfassungsrechtliche Problemdruck mit der Regulierungsdichte einer Verpflichtungsregelung steigt. Dies gilt, ohne weiteres einsichtig, für die grundrechtlichen Rechtfertigungslasten, insofern mit einem dichteren Vorgabennetz strukturell

auch weitergehende Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit der betroffenen Unternehmen einhergehen.

Aber auch für die Frage der Gesetzgebungskompetenz des Bundes können Vorgaben, die das Investitionsgeschehen des Näheren steuern, Bedeutung erlangen, etwa wenn und soweit mit dieser Steuerung kulturpolitische Ziele verfolgt werden.

Die nachfolgend umrissenen verfassungsrechtlichen Maßstäbe sind daher jeweils sowohl in der Prüfung des Grundtatbestandes einer nicht weiter qualifizierten Investitionsverpflichtung als auch im Hinblick auf hinzutretende Vorgaben (insbesondere: Subquoten) heranzuziehen.

Die Vereinbarkeit einer gesetzlichen Regelung mit unionsrechtlichen Rahmenbedingungen (namentlich des Beihilfenrechts) bleibt auftragsgemäß ausgeklammert. Indes muss der Umstand, dass schon das Unionsrecht in der AVMD-Richtlinie mit der Quotenregelung zur Förderung europäischer Werke eine im Sachkontext immerhin verwandte Regelung trifft, selbstverständlich Berücksichtigung finden, soweit dieser Umstand für die verfassungsrechtliche Beurteilung Bedeutung hat.

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Eine schon im Sachzusammenhang der seit Jahrzehnten in Deutschland erhobenen Filmabgabe viel diskutierte Verfassungsrechtsfrage betrifft die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Gegenstand der Filmförderung, hier nun in Gestalt einer neu eingeführten Investitionsverpflichtung. Insoweit wird insbesondere zu prüfen sein, ob eine solche Regelung auf den Kompetenztitel für eine konkurrierende Gesetzgebung des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) gestützt werden kann und ob darüber hinaus die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG für eine bundeseinheitliche Regelung der Materie gegeben sind. Die Untersuchung, der es um die rechtspraktische Belastbarkeit der Ergebnisse gehen muss, hat namentlich die zur Auslegung der verfassungsrechtlichen Kompetenzregeln entwickelten Grundsätze in der Rechtsprechung des BVerfG darzulegen und für die Beurteilung eines die Investitionsverpflichtung normierenden Bundesgesetzes zugrunde zu legen. Insbesondere bedarf es einer sorgfältigen Auswertung der Entscheidung des BVerfG zur Filmförderungsabgabe, in der die Kompetenzfrage eingehend erörtert worden ist. Dabei sind selbstredend die Unterschiede zwischen den Regelungsinhalten Abgabenverpflichtung und Investitionsverpflichtung in Rechnung zu stellen, ebenso aber die

unter dem kompetenzrechtlichen Gesichtspunkt bestehenden Gemeinsamkeiten beider Instrumente einer Filmförderung.

2. Freiheitsrechtliche Rechtfertigungslasten

Sowohl der Grundtatbestand einer Investitionsverpflichtung als auch hinzutretende weitere Vorgaben greifen in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der betroffenen Unternehmen, namentlich ihre unternehmerische Vertragsfreiheit im Hinblick auf Investitionsentscheidungen, ein. Insoweit ist in grundsätzlicher Hinsicht zu fragen, ob sich eine Erträge bindende Inpflichtnahme von Marktteilnehmern (hier: Anbieter von VOD-Dienste) für den Zweck der Förderung audiovisueller – europäischer und (bei Errichtung einer entsprechenden Subquote) deutschsprachiger – Werke (Kinofilme und andere audiovisuelle Werke, insbesondere Serien) überhaupt rechtfertigen lässt. Wenn diese Frage zu bejahen ist, bedarf des Weiteren der Klärung, ob sich aus den einschlägigen Grundrechten Belastungsgrenzen herleiten lassen, etwa im Hinblick auf das wirtschaftliche Volumen der Inpflichtnahme (namentlich: Höhe der Quoten, dies auch in Verbindung mit der schon erhobenen Abgabe), aber auch hinsichtlich inhaltlicher Einschränkungen des unternehmerischen Dispositionsspielraums durch weitere Vorgaben. Dies betrifft insbesondere auch Verknüpfungen der Investitionsverpflichtung mit Vorgaben zur Rechteteilung und begrenzende Vorgaben zur Art der Investitionen.

Auch für die grundrechtliche Rechtfertigungsfähigkeit der Investitionsverpflichtung ist der vergleichende Blick auf die Beurteilung der Filmabgabe durch das BVerfG in seiner Entscheidung von 2014 unabdingbar: Zwar betraf diese Entscheidung eine Gestaltung indirekter Filmförderung und hat das BVerfG seine Prüfung in dem für die Erhebung nichtsteuerlicher Sonderabgaben entwickelten Raster spezifischer verfassungsrechtlicher Anforderungen strukturiert. Aber dieses bereichsspezifische Prüfschema der Sonderabgabenrechtsprechung hat seinen verfassungsrechtlichen Grund eben nicht nur in finanzverfassungsrechtlichen, sondern auch in grundrechtlichen Anforderungen der Belastungsgleichheit und der Rechtfertigungspflicht von Abgabeneingriffen. Die Darlegungen des BVerfG zur Finanzierungsverantwortung der Abgabenschuldner nach dem FFG können daher durchaus auch Bedeutung für die grundrechtliche Beurteilung einer direkten Investitionsverpflichtung beanspruchen.

3. Gleichheitsprobleme

Die Begrenzung des Schuldnerkreises auf SVoD- (sowie AVoD-) Anbieter – unter Ausklammerung von TVoD-Diensten, aber auch der Rundfunkveranstalter – bedarf der Prüfung am Maßstab des Gleichheitssatzes. Insofern ist zu erörtern, ob sich aus Art. 3 Abs. 1 GG. ggf. in Verbindung mit freiheitsrechtlichen Verbürgungen der Wirtschaftsgrundrechte überhaupt Rechte auf gleiche Belastung mit Investitionsverpflichtungen im Verhältnis zu anderen (und wenn ja, welchen) Wirtschaftsteilnehmern herleiten lassen, sodann, ob für die rechtspolitisch erwogene Beschränkung auf bestimmte VoD-Dienste rechtfertigenden Gründe gefunden werden können.

C. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

I. Vorgehen der Untersuchung

Die Frage der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für Regelungen der Filmförderung ist alt; sie ist so lange diskutiert, wie es eine Filmförderung des Bundes überhaupt gibt, insbesondere für die Regelungen des Filmförderungsgesetzes. Die Zuständigkeit des Bundes für den Erlass des FFG wird heute, soweit ersichtlich, im einschlägigen Schrifttum weit überwiegend bejaht;[19] ablehnende Stimmen[20] scheinen, gewiss auch unter dem Eindruck der jüngeren Entscheidungen des BVerwG sowie des BVerfG, inzwischen, sofern überhaupt noch erhoben, die Ausnahme zu bilden. Zweifel werden kaum noch gegenüber der grundsätzlichen Möglichkeit einer bundesgesetzlichen Filmförderung, gestützt auf den Kompetenztitel des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), artikuliert, sind aber auch in jüngerer Zeit immerhin noch im Hinblick auf bestimmte Teilaspekte der Regelung des Filmförderungsgesetzes formuliert worden, namentlich insoweit diese kulturelle Qualitätskriterien zum Maßstab einer Filmförderung erheben („kultureller Test“).

Insofern die Regelungen des FFG inzwischen Gegenstand höchstgerichtlicher Klärungen – des BVerwG, vor allem aber des BVerfG – gewesen sind, bilden diese Entscheidungen den natürlichen Ausgangspunkt für die hier anzustellende Prüfung einer bundesgesetzlichen Regelung über eine Investitionsverpflichtung zur Förderung audiovisueller Werke. Diese Prüfung muss nicht gleichsam „bei Null“ anfangen; sie betritt nicht ein unbestelltes Feld, kann vielmehr voraussetzen, dass Regelungen der Filmförderung als Recht der Wirtschaft grundsätzlich der Regelungszuständigkeit des Bundes offenstehen, sie also nicht etwa kategorial und absolut der Gesetzgebung der Länder vorbehalten sind. Ist dies für eine indirekte Filmförderung durch Erhebung einer Filmabgabe sowie Verwendung der daraus fließenden Mittel für Investitionen in den Film in der Gestaltung, die das FFG gefunden hat, geklärt, erscheint auch eine direkte Investitionsverpflichtung durch Bundesgesetz oder aufgrund Bundesgesetzes kompetenzrechtlich grundsätzlich denkbar. Es ist daher mehr als naheliegend, für die verfassungsrechtliche Prüfung eines solchen Vorhabens Orientierung

[19] Szczekalla in Bonner Kommentar zum GG, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rn. 80; Schwarz, Hdb Filmrecht, Kap 121 Rn. 32 ff; Kreile, ZUM 2014, 324 ff., Fischer, Das Verhältnis zwischen Rundfunkveranstaltern und freien Produzenten, S. 72 ff.; von Have/Harris, ZUM 2009, 470 (477 f.); Becker, ZUM 2010, 752 (755); Köstlin, Kulturhoheit des Bundes, S. 110 f.; Kong, Filmförderungskompetenz, S. 186 ff.; Pres, DÖV 2009, 155; Schauf, Filmförderung, S. 223 ff.

[20] S. insb. Pabel, Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kultur, 2003, S. 101 ff.

in den Grundsätzen und Beurteilungen zu suchen, die namentlich das BVerfG in seinem Urteil zum Filmförderungsgesetz aufgestellt bzw. getroffen hat.

Daraus ergibt sich sinnvollerweise folgende Struktur der Untersuchung: In einem ersten Schritt sind, um den kompetenzverfassungsrechtlichen Rahmen abzustecken, die grundsätzlichen Normaussagen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung der einschlägigen Maßstäbe des Grundgesetzes zu skizzieren (II.). In einem nächsten Schritt sollen die zentralen Argumentationen der Entscheidung zum FFG umrissen werden, weil sie, wie dargelegt, die sachnächste und maßgebliche Erörterung für das hier gestellte Problem bilden (III.). Zentral für den Erkenntnisgewinn ist im Folgenden der Vergleich der Regelungen im FFG mit denjenigen eines möglichen Investitionsverpflichtungsgesetzes des Bundes, und zwar unter den für die kompetenzrechtliche Zuordnung maßgeblichen Gesichtspunkten (IV.). Abzusichern ist das so gewonnene Ergebnis sodann mit einem ergänzenden Rückgriff auf Erwägungen, die sich aus den allgemeinen, in der Rechtsprechung des BVerfG zu den Gesetzgebungskompetenzregeln der Verfassung immer wieder bestätigten Grund- und Obersätzen ergeben (V.). Kompetenzrechtlich besondere Fragen wirft eine ggf. beabsichtigte Regelung des Rechteerwerbs (und insbesondere seiner gesetzlich zwingenden Begrenzung) durch die Investoren auf (VI.). Lässt sich die Regelung einer Verpflichtung zur Investition in Filme auf die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Recht der Wirtschaft stützen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), so ist eine Ausübung dieser Kompetenz an die weitere Voraussetzung gebunden, dass eine bundesgesetzliche Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich ist, Art. 72 Abs. 2 GG (VII.).

II. Grundsätze der Interpretation der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung für die Gesetzgebung

Die Kompetenz zur Gesetzgebung steht gem. Art. 30, 70 GG den Ländern zu, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft, bedarf also – anders als für den Bund – keiner positiven Begründung aus einer spezifischen Titelzuweisung des Grundgesetzes. Die Länder können mithin an einer Gesetzgebung nur gehindert sein, wenn dem Bund ausschließlich oder konkurrierend eine Kompetenz zugewiesen ist, im letzteren Fall auch darüber hinaus regelmäßig (abgesehen von den Fällen des Art. 72

Abs. 3 GG) nur, soweit der Bund von seiner konkurrierenden Zuständigkeit (erschöpfend) Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Vice versa bestimmt sich die Reichweite der den Ländern zukommenden Gesetzgebungsbefugnisse nach den verfassungsrechtlich dem Bund zugewiesenen und (bei der konkurrierenden Zuständigkeit) von diesem in Anspruch genommenen Kompetenzen.[21]

Aus der formalen Zuweisungsregel der Art. 30, 70 Abs. 1 GG ergibt sich, wie auch der Zweite Senat des BVerfG in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich notiert hat, kein materielles Regel-Ausnahmeverhältnis, daher keine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder, die bei der Auslegung der einzelnen Kompetenztitel oder bei verbleibenden Auslegungszweifeln zu berücksichtigen wäre.[22] Eine solche Vermutung widerspräche, so das BVerfG, der Systematik der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung[23] und missachtete deren umfassende Justitiabilität.

Die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung im Bundesstaat nach dem Grundgesetz zielt auf eine eindeutige vertikale Verantwortungszurechnung und lässt daher keine Doppelzuständigkeiten von Bund und Ländern zu.[24] Die Kompetenzmaterien sind mithin in ihrem Inhalt und ihren Grenzen zunächst rechtlich klar zu bestimmen und gegeneinander abzugrenzen und es muss sodann eine eindeutige und ausschließliche Zuordnung einer jeden bundesgesetzlichen Regelung zu (nur) einer Kompetenzmaterie aus den Katalogen der Art. 73 f. GG erfolgen.

Kann sich ein Bundesgesetz mit seinen Regelungen auf mehrere dem Bund zugewiesene Kompetenzmaterien stützen, hat es das BVerfG allerdings zugelassen, auf eine präzise Abgrenzung und Zuordnung jeweils ausschließlich nur zu einem Titel zu

[21] „Bei der Auslegung von Kompetenztiteln ist zudem zu beachten, dass nach der Systematik der grundgesetzlichen Kompetenzordnung die Reichweite der Bundeskompetenzen den Kompetenzbereich der Länder bestimmt und nicht umgekehrt“, BVerfGE 159, 223, Rn. 120; ferner BVerfGE 135, 155 (196 Rn. 103); BVerfGE 157, 223, Rn. 82

[22] BVerfGE 157, 223 Rn. 82, unter Distanzierung von BVerfGE 26, 281 (297); 42, 20 (28); so auch die ganz herrschende verfassungsrechtliche Lehre, Isensee, in ders./Kirchhof, HStR VI, § 133 Rn. 47; Heintzen in Bonner Kommentar zum GG, Art. 70 Rn. 57 ff.; Wittreck in Dreier, GG, Art. 70 Rn. 10.

[23] BVerfGE 157, 223, Rn. 82 mit Bezugnahme auf Pützer, Landesorganisationshoheit als Schranke der Bundeskompetenzen, 1988, S. 86 ff.; Heintzen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Bd. 14, Art. 70 Rn. 109 f.; Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 14.

[24] BVerfGE 36, 193, Rn. 28 (juris); BVerfGE 161, 63, Rn. 55; „möglichst eindeutige vertikale Gewaltenteilung“; in BVerfG Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, Rn. 22, angesprochene Ausnahme: Art. 109 Abs. 4 GG (Haushaltsgrundsätzegesetz).

verzichten.[25] Diese Großzügigkeit bei der Anerkennung von Doppel-Bundeszuständigkeiten (nie: im Verhältnis zwischen Bund und Ländern) stößt indes an Grenzen, wenn auch die Bundeskompetenzen verfassungsrechtlich mit verschiedenen Voraussetzungen bzw. Wirkungen verbunden sind.[26]

Ausnahmsweise können Kompetenzen der an sich (kraft der expliziten Zuweisungen) unzuständigen Ebene im föderalen Staat auch als ungeschriebene (oder: „stillschweigend mitgeschriebene") Zuständigkeiten kraft Natur der Sache, Sachzusammenhangs oder Annexes begründet werden.[27] Auch die Begründung einer Sachzusammenhangs- oder Annexkompetenz setzt indes die Anknüpfung an eine geschriebene „Stamm"-Kompetenz voraus.

Die eindeutige und ausschließliche Zuordnung (im Verhältnis zwischen Bund und Ländern) bleibt verfassungsrechtlich unhintergehbar, auch wenn die Kompetenztitel nicht selten konturenschwach beschrieben sind (vgl. nur Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG: „Das Recht der Wirtschaft") und damit Lebenssachverhalte oder rechtliche Regelungsbereiche erfassen, die thematisch zugleich auch Bezüge zu anderen Kompetenztiteln aufweisen. Es besteht auch in diesen Fällen die Notwendigkeit, eine Regelung dem einen oder anderen Kompetenzbereich zuzuordnen.[28] „Für Zweckmäßigkeitserwägungen ist dabei ebenso wenig Raum wie für am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder dem Subsidiaritätsprinzip orientierte Abwägungen."[29] Das macht die juristische Schwierigkeit und – bis zu einer definitiven gerichtlichen Klärung – nicht selten auch Unsicherheit von Gesetzgebungs-Kompetenzabgrenzungen und der Zuordnung von Regelungen zu den Kompetenztiteln aus, eröffnet aber auch Argumentationsspielräume hinsichtlich zumindest vertretbarer Kompetenzbegründungen in unklaren Fällen thematischer Überschneidung.

Die Zuordnung eines Regelungsgegenstands zu einer Kompetenzmaterie ist eine Rechtsfrage, deren Beantwortung weder von Darlegungs- und Begründungslasten des Gesetzgebers noch davon abhängt, ob diese mehr oder weniger erfolgreich erfüllt

[25] BVerfGE 103, 197 Rn. 67 (juris); 136, 194, Rn. 111; 138, 261, Rn. 33; s. Heintzen in Bonner Kommentar zum GG, Art. 70 Rn. 204: „Die dem Bund zustehenden einzelnen Gesetzgebungskompetenzen müssen mit dieser Maßgabe nicht überschneidungsfrei voneinander abgegrenzt werden."
[26] S. nur Heintzen in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 70 Rn. 204; Rozek in von Mangoldt/Klein/Starck Art. 70 Abs. 1Rn. 57.
[27] Broemel, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 70 Rn. 27 ff.; zur Terminologie Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, S. 424 ff.
[28] BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, Rn. 22; BVerfGE 157, 223 Rn. 81.
[29] BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, Rn. 24.

werden.[30] Maßgeblich ist mithin die objektive Begründbarkeit einer Kompetenzzuordnung, nicht ihre (überzeugende oder nicht überzeugende) Begründung durch am Gesetzgebungsverfahren beteiligte Akteure.

1. Erste Stufe: Auslegung der in Betracht kommenden Kompetenzmaterien

Für das Verständnis und die inhaltliche Bestimmung der in Art. 73 und 74 GG aufgelisteten Kompetenzbereiche des Bundes sind nach der Rechtsprechung des BVerfG die allgemeinen Regeln der Verfassungsinterpretation, also vor allem die Kriterien Wortlaut, Systematik, Normzweck und Entstehungsgeschichte, heranzuziehen. Besonderes Gewicht kommt dabei dem (historischen) Argument der Regelungstradition bei den Kompetenztiteln zu, durch die die Kompetenz normativ-rezeptiv gefasst wird, während bei denjenigen Materien, die durch Benennung der zu regelnden Lebenssachverhalte umschrieben sind (faktisch-deskriptive Kompetenztitel), nicht auf vorfindliche, einfachrechtliche Regelungskomplexe und deren traditionelle Grenzen Bezug genommen werden kann.[31]

So wie hinsichtlich der Regelungen des FFG, für die das BVerfG in seiner Entscheidung vom 28. Januar 2014 allein die konkurrierende Bundesgesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Betracht gezogen und im Ergebnis der Prüfung bejaht hat, ist auch im Hinblick auf eine gesetzliche Regelung einer direkten Investitionsverpflichtung – diese isoliert betrachtet – nur dieser und kein anderer Kompetenztitel des Grundgesetzes als Grundlage einer solchen Regelung nahe liegend. Gleiches gilt für die hier zu untersuchenden Subquotenregelungen (insbesondere „nationale Quote“: deutschsprachige Werke und/oder Werkproduktion mit Standort im Bundesgebiet).

Erwägungen, die Bundes-Filmförderung auf eine Kompetenz kraft Natur der Sache zu stützen,[32] haben sich nicht durchgesetzt. Auch die Annahme eines Auslandsbezuges, um dessentwillen eine Verankerung in der Zuständigkeit des Bundesgesetzgeber für die Regelung auswärtiger Angelegenheiten (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG) in Betracht kommen könnte, erscheint für eine Investitionsverpflichtung – sei sie nur unspezi-

[30] BVerfGE 157, 223, Rn. 82 unter Verweis auf vgl. Rinck, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 289 (290 f.); Erbguth, DVBl 1988, S. 317 (319); Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 70 Rn. 33.

[31] S. zu dieser Differenzierung BVerfGE 109, 190 (218); 134, 33 (55 Rn. 55); 145, 20 (62 Rn. 105); 157, 223 (264 f. Rn. 110); BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, Rn. 31, juris.

[32] S. dazu etwa Szczekalla, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rn. 117, der aber selbst auch die Zuordnung zum Recht der Wirtschaft im Urteil des BVerfG zum FFG für zutreffend hält.

fisch oder auch in Bezug auf näher spezifizierte Werke oder Produzenten – nicht tragfähig. Es geht bei der Bundes-Filmförderung, auch in Gestalt einer direkten Investitionsverpflichtung, zwar unzweifelhaft um die Sicherung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen (und deutschen) Filmwirtschaft in einer strukturell schwierigen internationalen Konkurrenz, damit aber noch nicht um ein Thema der Beziehungen Deutschlands zum Ausland iSd Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG. Insgesamt kann die Einschlägigkeit (allein) des Kompetenztitels für das Recht der Wirtschaft – und nicht noch weiterer Zuweisungen an den Bund – für das Regelungsthema Filmförderung als höchstrichterlich geklärt gelten;[33] die Frage der Abgrenzung zu anderen Bundeskompetenzen bedarf hier daher keiner weiteren Erörterung.

Anders liegt es möglicherweise mit Regelungen zur Rechteentbündelung (Rechtevorbehalte oder Rückfallregelungen) zu Gunsten der Produzenten, wie sie hier ebenfalls in den Blick zu nehmen sind. Sieht das Gesetz insoweit Einschränkungen der Vertragsfreiheit der Parteien (bei echten Auftragsproduktionen[34] namentlich: VoD-Anbieter als Lizenznehmer einerseits, Filmhersteller andererseits) vor, handelt es sich um gesetzliche Regelungen über die Einräumung der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke oder Leistungen.[35] Zumindest in Betracht kommt als verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage für derartige Regelungen mithin Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG.

Ob es sich bei solchen Regelungen tatsächlich im kompetenzrechtlichen Sinn um Regelungen des Urheberrechts (auf der Grundlage des genannten Titels) handelt, ist noch näher zu erörternde Frage der Zuordnung der beurteilenden Regelung. Die Beantwortung dieser Zuordnungsfrage hängt zum einen von der konkreten Gestaltung der in Rede stehenden Regelung ab, zum anderen davon, ob sie ggf. trotz an sich urheberrechtlichen Charakters untrennbar in einen Kontext von Regelungen eingebunden ist, die einer anderen Kompetenzmaterie (etwa: Recht der Wirtschaft) zuzuordnen sind und deren Zuordnung sie daher teilt („Verzahnung“). In der umgekehrten Richtung ist sogar nicht von vornherein ausgeschlossen, dass – bei entsprechender gesetzlicher Gestaltung – auch die Regelungen zur Investitionsverpflichtung (gegebenenfalls mit Subquoten) über den Rechtsgedanken des Sachzusammenhangs

[33] S. auch schon BVerwGE 45, 1-Rn. 16 ff. (juris).
[34] Dazu Schwarz, Hdb Filmrecht, Kap. 95.
[35] S. dazu hier nur Wiebe in Gersdorf/Paal BeckOK InfoMedienR Vor § 31 ff. UrhG Rn. 8; zur Rechtsnatur der Produktions- und Verwertungsverträge Schwarz, Hdb Filmrecht, Kap. 93 ff.,168.

oder der Verzahnung kompetenzrechtlich das Schicksal einer urheberrechtlichen Rechteteilungs-Klausel teilen könnten, so dass die Gesamtregelung der Kompetenzmaterie Urheberrecht zuzuordnen wäre. Auf diese Möglichkeiten wird zurückzukommen sein (s. u., sub VI.).

Grundsätzlich ist daher eine solche kompetenzrechtliche Zuordnung von Regelungen über die Nutzungsrechteeinräumung zu der ausschließlich dem Bund zustehenden Kompetenzmaterie des Urheberrechts denkbar. Auch Inhalt und Reichweite dieses Kompetenztitels sind mithin hier zu umreißen.

a) Recht der Wirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Der Kompetenztitel des Rechts der Wirtschaft ist weit zu verstehen. Es gehören dazu die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen, insbesondere diejenigen, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen.[36] Er umfasst danach nicht nur die Organisation der Wirtschaft sowie der Wirtschaftszweige und wirtschaftenden Personen, sondern die Steuerung und Lenkung des Wirtschaftslebens insgesamt. Die Wirtschaftsförderung, ggf. auch unter Erhebung von Mitteln aus wirtschaftsbezogenen Sonderabgaben,[37] ist unzweifelhaft anerkanntes Regelungsthema im Kompetenzbereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

Auch ein Kulturbezug der geregelten Wirtschaftstätigkeit schließt die Zuordnung solcher Regelungen zum Recht der Wirtschaft und damit zum (potentiellen) Kompetenzbereich des Bundes nicht etwa kategorisch aus; der Kompetenztitel steht nicht unter einem absolut wirkenden Begrenzungsvorbehalt der Kulturhoheit der Länder. Dementsprechend hat der Bund etwa Regelungen erlassen, die sich auch auf Medien auswirken, soweit es um die Medien als Wirtschaftsgut geht.[38] Zu nennen sind exemplarisch die pressekartellrechtliche Regelung zur Buchpreisbindung und die Regelung der Filmförderung im FFG.[39]

Allerdings entzieht sich das Recht der Wirtschaft als eine strukturell querschnittartige Materie mit ganz unterschiedlichen Teilgebieten weithin einer traditionsorientier-

[36] vgl. BVerfGE 8, 143 (148 f.); 116, 202 (215 f.); 135, 155 (196 Rn. 101); dazu auch Rengeling, § 135 Gesetzgebungszuständigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VI, Rn. 221.
[37] Vgl. BVerfGE 82, 159 (182); 124, 348 (364); 135, 155 (196 ff.).
[38] Degenhart, § 16 Medienwirtschaftsrecht, in: Schulte/Kloos (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, S. 19.
[39] Castendyk/Hahne, § 32 Kulturförderung, in: Raue/Hegemann (Hrsg), MAH, 2. Aufl. 2017, Rn. 13; Schaefer, ZUM 2010, 763, 765.

ten Bestimmung und Abgrenzung nach Maßgabe einfachrechtlich konturierter Teilrechtsordnungen. Schon gar nicht das Recht der Wirtschaft im Allgemeinen, aber auch nicht die in Klammern aufgeführten sowie die von der Bundeskompetenz wieder ausgenommenen (an die Länder zurückverwiesenen) Teilgebiete sind vom BVerfG als normativ-rezeptive Materien aufgefasst und entsprechend behandelt worden.[40] Vielmehr bezieht sich der Kompetenztitel entsprechend der oben wiedergegebenen allgemeinen Charakterisierung auf den strukturell offenen, eher funktional geprägten Lebenssachverhalt des „Wirtschaftslebens". Die Zuordnung konkreter Regelungen zu diesem Kompetenztitel bedarf daher jeweils einer sorgfältigen Analyse, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Schwerpunkts der Regelung.

Der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich recht eindeutig entnehmen, dass die in Klammern aufgeführten Teilgebiete (Bergbau, Industrie usw.) nicht abschließend den Inhalt des Kompetenztitels Recht der Wirtschaft umreißen, dieser vielmehr auch weitere „unbenannte" Wirtschaftstätigkeiten umfasst;[41] auch die im Urteil zum FFG dem Recht der Wirtschaft zugeordnete Regelung der Bundes-Filmförderung ließ sich schwerlich einem der benannten Teilbereiche zuordnen. Dieses Verständnis einer generalklauselartig-subsidiären Auffangregelung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG entspricht heute wohl auch überwiegender Auffassung im verfassungsrechtlichen Schrifttum.[42]

Im Ergebnis ist mithin unzweifelhaft, dass auch eine Regelung direkter Investitionsverpflichtungen von Wirtschaftsunternehmen, etwa Anbietern von VoD-Diensten, grundsätzlich wirtschaftsrechtlichen Charakter im kompetenzrechtlichen Sinn haben kann.

b) Urheberrecht, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG

Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG weist dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit für die in der Bestimmung genannten drei Teilbereiche des Privatrechts zu, deren thematische Gemeinsamkeit der Schutz des geistigen Eigentums ist. Aus der Verbindung der drei Teilbereiche wird geschlossen, dass der verfassungsrechtlich normierte Regelungsanspruch des Bundes hinsichtlich des geistigen Eigentums um-

[40] S. BVerfGE 145, 20 Rn. 101 – Spielhallen, anders insoweit Uhle, Kompetenzzuweisung, S. 59 ff.
[41] Deutlich etwa BVerfG, Beschluss vom 23. März 2022 – 1 BvR 1187/17 –, BVerfGE 161, 63-136, Rn. 61: „Zum "Recht der Wirtschaft" im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zählt das [in dem Klammerzusatz nicht aufgeführte] Gesellschaftsrecht."
[42] Szczekalla in Bonner Kommentar zum GG, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rn. 46; Umbach/Clemens in MAK, Bd. II, Art. 74 Rn. 46.

fassend ist. Die Anknüpfung an den „gewerblichen Rechtsschutz“, „das Urheberrecht“ und „das Verlagsrecht“ deutet zudem auf eine normativ-rezeptive Bedeutung dieses Kompetenztitels hin, auch wenn in der dazu nur ergangenen sporadischen Rechtsprechung des BVerfG bisher keine ausdrückliche entsprechende Charakterisierung vorgenommen worden ist. Die genannten Teilbereiche, insbesondere auch das Urheberrecht, sind daher in ihrer kompetenzrechtlichen Reichweite zunächst von den tradierten Regelungsinhalten des Rechtsgebiets her zu erschließen. Fortentwicklungen und damit auch Arrondierungen des Kompetenzinhalts sind damit nicht ausgeschlossen, insbesondere hinsichtlich technisch, wirtschaftlich oder kulturell bedingter Wandlungen des Sachbereichs, auf die das Urheberrecht reagieren können muss.[43]

Das Urheberrecht umfasst jene Bestimmungen, die den Urheber literarischer, künstlerischer und wissenschaftlicher Werke in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zu den von ihm geschaffenen Werken und deren Nutzung schützen. Es handelt sich im kompetenzrechtlichen Sinn um eine umfassend zu verstehende Materie, die alle Aspekte abdeckt, die sich aus der Nutzung geistiger Leistungen auf kulturellem Gebiet ergeben.[44] Der normativ-rezeptiven Anlage des Kompetenztitels entsprechend sind damit jedenfalls die klassischen Regelungsgegenstände des UrhG, aber auch des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes erfasst. Dazu gehören mithin nicht nur die Rechte (und Rechtsbeziehungen) des Urhebers im engen Sinn, sondern auch der Leistungsschutz, namentlich auch derjenige des Filmherstellers, so wie er in § 94 UrhG geregelt ist.[45] Anerkannter Regelungsgegenstand des Urheberrechts und unzweifelhaft von der Bundeskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG erfasst sind mithin auch das Urhebervertragsrecht (§§ 31 ff. UrhG)[46] und seine Sonderregelungen in §§ 88 ff. UrhG für die Rechtsbeziehungen zwischen dem Filmhersteller und weiteren Beteiligten an der Filmherstellung.

Gesetzliche Vorgaben für die Gestaltung von Filmlizenzverträgen (namentlich zwischen einem auftraggebenden Sendeunternehmen oder VoD-Dienstanbieter und einem Filmhersteller) gehören damit grundsätzlich zur Kompetenzmaterie Urheberrecht und fallen damit in die ausschließliche Zuständigkeit des Bundes.

[43] S. zu allem Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Rn. 191.
[44] Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Rn. 200.
[45] Dazu Pense, ZUM 1999, 121.
[46] Spranger, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Rn. 31.

2. Zweite Stufe: Zuordnung

Auch die verfassungsrechtlichen Regeln für die – wie dargelegt notwendig ausschließliche – Zuordnung einer Regelung zu einer Kompetenzmaterie des Bundes sind in der Rechtsprechung des BVerfG längst formelhaft kanonisiert und vielfach wiederholt worden.

a) Kriterien

Danach ist diese Zuordnung einer bestimmten Regelung zu einer Kompetenznorm „insbesondere anhand des unmittelbaren Regelungsgegenstands und der Wirkung, aber auch nach dem Normzweck der zuzuordnenden Norm“ vorzunehmen.[47] Häufig finden zudem der „Adressat der zuzuordnenden Norm“ sowie die „Verfassungstradition“ als weitere Kriterien Erwähnung.[48]

Das Kriterium des (unmittelbaren) Regelungsgegenstandes soll nach der Rechtsprechung des BVerfG vorrangige Bedeutung gegenüber den Kriterien der Wirkungen sowie des Zwecks der Regelung haben: „Die Zuordnung ist in erster Linie anhand des objektiven Gegenstands des zu prüfenden Gesetzes vorzunehmen.“[49] Allerdings kann diese Aussage nicht im Sinne einer strikten Vorrangregel verstanden werden. Vielmehr finden sich zahlreiche Beispiele, in denen erst Argumente der Zweck- oder Zielausrichtung einer Regelung den Ausschlag geben, eine Beschränkung allein auf den Inhalt oder die Rechtsfolgen einer Regelung hingegen für eine Zuordnung nicht ausreichen.

Beispielhaft mögen hier Regelungen des landesrechtlichen Rundfunkwerberechts (§§ 8 ff. MStV) oder der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle genannt sein, welche in ihrem Regelungsgehalt (Verbote, Gebote) zunächst wirtschaftsrechtlichen Charakter haben, indem sie medienunternehmerische Wirtschaftstätigkeit begrenzen.[50] Wenn sie gleichwohl der ausschließlichen Landesgesetzgebungskompetenz für das Medienrecht zugeordnet werden, dann lässt sich das nicht aus dem Regelungsgehalt als solchem schließen, sondern bedarf es dazu weiterer Begründungen aus dem Zweck der Regelung.

[47] BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, Rn. 25, 48.
[48] BVerfGE 121, 30 (47); BVerfGE 161, 63, Rn. 55.
[49] BVerfGE 121, 317 (348); 142, 268 (283 Rn. 55); 161, 63, Rn. 55.
[50] S. daher auch teilweise inhaltskongruente Anforderungen im bundesrechtlichen Telemedienrecht (§ 6 TMG) oder im Lauterkeitsrecht (zB § 5a Abs. 4 UWG).

Aus dem Verbot von Präsenz-Schulunterricht als Gebotsinhalt einer Regelung (§ 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG) an sich lässt sich nicht schließen, ob diese Anordnung schulrechtlichen oder infektionsschutzrechtlichen Charakter hat.[51] Erst aus dem systematischen Kontext dieser Anordnung, namentlich ihrer Abhängigkeit von Bedingungen, die ihrerseits eine Gefahr der Ausbreitung der übertragbaren Krankheit COVID-19 voraussetzen, ergibt sich, dass sie nicht „aus schulgestalterischen Erwägungen heraus", sondern als Maßnahme zur Eindämmung von Infektionsgefahren zu verstehen und daher kompetenzrechtlich dem Titel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zuzuordnen ist.[52]

Ein gesetzlicher Sonderabgabentatbestand und die daraus sich ergebende Abgabenpflicht als solche entziehen sich einer Zuordnung zu bestimmten Sachkompetenzen. Der Bezug zu diesen kann regelmäßig erst aus dem Sachzusammenhang der Vorschriften über die Erhebung einer Abgabe mit den Regelungen über die Mittelverwendung erschlossen werden; ausschlaggebend sind dafür also teleologische Aspekte der Abgabenpflicht (insbesondere: Zwecke der Mittelverwendung); pars pro toto steht dafür namentlich auch die Entscheidung des BVerfG zum FFG.

Ohnehin fließen die Kriterien Gegenstand, Wirkung und Zweck in der praktischen Handhabung nicht selten ineinander. Auch dafür bietet das Urteil zur Filmförderung ein anschauliches, hier naheliegendes, Beispiel: So wird der „objektive Regelungsgehalt" des Gesetzes ohne weiteres mit dem Ziel der Förderung der deutschen Filmwirtschaft und des deutschen Films kurzgeschlossen. Indem der Regelungsgehalt des FFG aus der Aufgabenbestimmung in § 1 Abs. 1 Satz 1 FFG hergeleitet wird, verbinden sich die Erwägungen zum „wirtschaftsrechtlichen *Regelungsgehalt*" und zum „*übergeordneten Ziel*" der Filmwirtschafts-Förderung untrennbar miteinander.[53]

b) Regelungsgegenstand/-gehalt

Für die Bestimmung des Regelungsgegenstandes maßgeblich ist der „sachliche – auch aufgrund des Gesamtzusammenhangs der Regelung im jeweiligen Gesetz zu ermittelnde – Gehalt einer Regelung und nicht die vom Gesetzgeber gewählte Be-

[51] S. daher auch BVerfGE 159, 355 – Bundesnotbremse II, Rn. 86: „In diesen Bereich [der Ausgestaltung schulischen Unterrichts] greift die Vorschrift des § 28b Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG über, wenn sie bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen den nach dem Schulrecht der Länder als Regelunterrichtsform vorgesehenen Präsenzunterricht ganz oder teilweise untersagt."

[52] auch BVerfGE 159, 355 – Bundesnotbremse II, Rn. 87.

[53] BVerfGE 135, 155 Rn. 108 (juris).

zeichnung“.[54] Was präzise mit dem Gegenstand oder Gehalt gemeint ist, wird in den Maßstabsätzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung indes nicht näher erläutert. Teilweise wird (darauf deutet auch die Ausdrucksweise Regelungs*gehalt* hin) der Norminhalt, also etwa Gebote oder Verbote von Regelungen, in Bezug genommen.[55] In der Entscheidung zu den Windkraftanlagen im Wald heißt es hingegen zunächst lapidar: „Unmittelbarer Gegenstand des § 10 Abs. 1 Satz 2 ThürWaldG sind Grund und Boden.“[56] Dies könnte so zu verstehen sein, dass Gegenstand im Sinne des Kompetenzrechts auch oder eher der sachverhaltliche Bezugspunkt (das „Substrat“) einer Regelung ist. Im folgenden Satz wird aber doch auch in dieser Entscheidung auf den Regelungsinhalt abgestellt.[57]

Ferner kommt es darauf an, ob der in einem Kompetenztitel genannte Sachbereich „unmittelbar oder lediglich mittelbar Gegenstand dieser Regelung ist“[58]. „Eine gesetzliche Regelung ist – ihrem Hauptzweck entsprechend [auch hier wird wieder die Verbindung von Gegenstand und Zweck deutlich] – dem Kompetenztitel zuzuordnen, den sie speziell und nicht (lediglich) allgemein behandelt“.[59] „Die Regelung ist dafür in ihrem – kompetenzbegründenden – (Gesamt-) Sachzusammenhang zu erfassen (…). Dass der Gegenstand eines Kompetenztitels lediglich reflexartig berührt oder als Annex behandelt wird, genügt insoweit nicht.“[60]

Diese Präzisierung dürfte für die Auslegungspraxis herausragende Bedeutung haben, weil viele Regelungen Bezüge zu verschiedenen Kompetenzmaterien haben. Danach hat also die *spezifische Ausrichtung* einer Regelung auf einen bestimmten in einer Kompetenzmaterie erfassten Bereich zuordnungsbegründende Kraft.[61] Dass die Regelung sich zugleich auch als Unterfall (sektorale Ausschnitt-Normierung) einer allgemeineren (anderen) Materie begreifen lässt, tritt demgegenüber kompetenzrechtlich zurück. Mit diesem Argument der Spezifität der Regelung ließ sich beispielswei-

[54] vgl. BVerfGE 8, 260 (269 f.); 58, 137 (145 f.); 68, 319 (328); 70, 251 (264); 77, 308 (329); 116, 202 (216); 134, 33 (59 Rn. 65); 135, 155 (199 f. Rn. 108); 149, 222 (250 Rn. 56).
[55] So etwa in den Entscheidungen zum IfSG (BVerfGE 159, 223, Rn. 127.
[56] BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, Rn. 49.
[57] BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, Rn. 49: „Bodenrechtstypisch klärt die Norm als flächenbezogene Regelung - hier negativ - die Nutzungsfunktion von Grund und Boden, indem sie die Nutzung von Waldflächen für die Errichtung von Windenergieanlagen ausschließt.“
[58] vgl. BVerfGE 8, 104 (116 f.); 9, 185 (190); 13, 181 (196); 28, 119 (149); 34, 139 (144); 36, 193 (205).
[59] BVerfGE 157, 223, Rn. 105.
[60] BVerfGE 157, 223, Rn. 105.
[61] Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, S. 420, konstatiert hinsichtlich dieses Kriteriums „erstaunliche Einhelligkeit“; kritisch zu dieser „kompetenzrechtlichen Sonderrechtstheorie“ Herbst, Gesetzgebungskompetenzen, S. 162 ff.

se die nur die Presse (und vergleichbar den Rundfunk) erfassende und begünstigende Regelung der kurzen Verjährung von Pressedelikten (vgl. § 37 LMG Rheinland-Pfalz) der Landeskompetenz für das Medienrecht (und nicht der Bundeszuständigkeit für das Strafrecht) zuordnen,[62] während es beim Zeugnisverweigerungsrecht (§ 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO) bei der konkurrierenden (und in Anspruch genommenen) Bundeskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG blieb,[63] da das Verweigerungsrecht für Medienangehörige nur eine von mehreren, enumerativ aufgelisteten Berufsgeheimnisträgergruppen betrifft, daher nicht medienspezifisch ist.[64]

c) Wirkungen

Hinsichtlich des Wirkungskriteriums bleibt die Rechtsprechung einsilbig: „Die Wirkungen eines Gesetzes sind anhand seiner Rechtsfolgen zu bestimmen."[65] Über diese Formel hinaus finden sich dazu keine Obersatz-Konkretisierungen. Im Beschluss zur kompetentiellen Zuordnung einer Landesregelung über das kategorische Verbot der Errichtung von Windkraftanlagen im Wald ist immerhin auch im Kontext des Wirkungskriteriums – wie schon beim Regelungsgegenstand – einschränkend von der „*unmittelbaren* Rechtsfolge" die Rede.[66]

d) Normzweck

Zum Normzweck beschränken sich die Aussagen der Rechtsprechung darauf, die Notwendigkeit einer objektiven Auslegung zu betonen und subjektiv-historische (genetische) Argumente in ihrer Bedeutung zu relativieren: Danach ist der „Normzweck mit Hilfe der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu ermitteln, das heißt anhand des Wortlauts der Norm, ihrer systematischen Stellung, nach dem Sinnzusammenhang sowie anhand der Gesetzesmaterialien und ihrer Entstehungsgeschichte (…). Hierbei kommt es auf den in der Norm zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers an. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder. Der Entstehungsgeschichte kommt für die Auslegung regelmäßig nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den allgemeinen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die ansonsten nicht ausgeräumt werden können. Die in den Gesetzesmaterialien dokumentierten Vorstellungen der

[62] BVerfGE 7, 29 Rn. 33 (juris): „spezifische Einrichtung […], die der Eigenart der Presse Rechnung tragen soll."
[63] BVerfGE 36, 193.
[64] Eingehend zu allem Cornils, in: Löffler, Presserecht, 7. Aufl. 2023, Einl. Rn. 38 ff.
[65] BVerfGE 161, 63, Rn. 57 m.w.N.
[66] Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, Rn. 53.

gesetzgebenden Instanzen können nicht mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichgesetzt werden. Für die Erfassung des objektivierten Willens des Gesetzgebers sind vielmehr alle anerkannten Auslegungsmethoden heranzuziehen, die sich gegenseitig ergänzen und nicht in einem Rangverhältnis zueinander stehen (…).[67]

Keine abschließende Klärung in den kompetenzverfassungsrechtlichen Maßstäben hat die Rechtsprechung bisher zu der wichtigen Frage der relativen Bedeutung mehrerer Zwecke oder Ziele eines Gesetzes geleistet. Allerdings sieht und verarbeitet gerade das Urteil zum FFG das Phänomen kumulierter Gesetzeszwecke und das sich daraus ergebende Zuordnungsproblem: „Die weitreichende Gesetzgebungskompetenz des Bundes entfällt nicht schon dann, wenn der Gesetzgeber mit wirtschaftsbezogenen Regelungen zugleich kulturelle Zwecke verfolgt."[68] Auch lässt sich der Rechtsprechung des BVerfG als Grundregel für die kompetenzrechtliche Beurteilung solcher Fälle eine Zuordnung nach dem Schwerpunkt der Regelung entnehmen. Dementsprechend heißt es in dem FFG-Urteil: „Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes scheidet nicht bereits deshalb aus, weil der Film zugleich ein Kulturgut darstellt und mit dem Filmförderungsgesetz stets auch kulturelle Zwecke verfolgt worden sind."[69] Dies sei unschädlich, „solange der maßgebliche objektive Regelungsgegenstand und -gehalt in seinem Gesamtzusammenhang ein im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlicher ist."[70]

Wie sich indes dieser Schwerpunkt bestimmen lässt, insbesondere ob sich und, wenn ja, anhand welcher Kriterien, Haupt- von Nebenzwecken belastbar unterscheiden lassen, kann nicht als abschließend geklärt gelten. Im FFG-Urteil hat das BVerfG für die Beurteilung des Rangverhältnisses der Zwecke (oder – hier untrennbar damit verbunden (s.o.) –: der objektiven Regelungsgehalte) maßgeblich auf die Abgrenzung zwischen einem instrumentellen und einem „übergeordneten" Gesetzeszweck abgestellt. Gestützt auf die Aufgabenbeschreibung in § 1 Absatz 1 Satz 1 FFG[71] wird den kulturbezogenen Aspekten der Filmförderung eine nur mehr instrumentelle Bedeutung zugemessen, während der „eigentliche" Gesetzeszweck in der Wirtschaftsförderung bestehe. Dass in der Bestimmung auch die kreativ-künstlerische Qualität

[67] BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, Rn. 25.
[68] BVerfG, Urteil v. 28.01.2014 – 2 BvR 1561/12, Rn. 102 = BVerfGE 135, 155.
[69] BVerfGE 135, 155 Rn. 107 (juris).
[70] BVerfGE 135, 155 Rn. 102 (juris).
[71] „Die Filmförderungsanstalt fördert als bundesweit tätige Filmförderungseinrichtung die Struktur der deutschen Filmwirtschaft und die kreativ-künstlerische Qualität des deutschen Films als Voraussetzung für seinen Erfolg im Inland und im Ausland."

des deutschen Films zum Förderziel bestimmt ist, ändere nichts am wirtschaftsrechtlichen Regelungsgehalt der Aufgabenbestimmung. Es handele sich hier nur „um eine instrumentelle Zielsetzung, die bereits ihrem Wortlaut nach dem Ziel der Förderung des Erfolgs des deutschen Films im In- und Ausland zu dienen bestimmt ist“. Auf das „übergeordnete Ziel hin“ sei das Gesetz demgemäß auszulegen und anzuwenden.[72] Ebenfalls seien die Förderkriterien, die in Teilen (un-)mittelbar auf die Qualität des Films abstellen, unschädlich, da sie Bestandteil der Ausrichtung auf die Förderung wirtschaftlichen Erfolgs seien.[73] Auch wird im Urteil darauf hingewiesen, dass eine bundesweite Förderung für den „Fortbestand und die Weiterentwicklung der deutschen Filmwirtschaft“ sinnvoll und geboten sei, um die regionale Förderung durch die Länder zu unterstützen.[74]

Hier zeigt sich zunächst, dass die Fassung des Gesetzes – bis in textliche Details hinein – von erheblicher Bedeutung auch für die kompetenzrechtliche Schwerpunktbeurteilung und also für die Kompetenzfrage sein kann. Der Gesetzgeber bestimmt durch die Gestaltung der erlassenen Vorschriften, etwa wie im FFG einer vorgeschalteten allgemeinen Zweckbestimmung und sodann etwa durch die tatbestandlichen Voraussetzungen der Förderinstrumente, wesentlich, ob das Gesetz nach seinem objektiven Gepräge einen eher wirtschaftsrechtlichen oder kulturpolitischen Schwerpunkt aufweist. Ob hingegen auch in der Sache eher die wirtschaftlichen oder eher die kulturellen Wirkungen einer Förderung als vorrangig bedeutsam betrachtet werden, kann hingegen durchaus eine Frage des Blickwinkels und der unterschiedlichen Präferenzen des Betrachters sein – auch sogar bei der Filmförderung: Ob es dabei „eigentlich“ (im Schwerpunkt) um die Förderung des Films eher als Kultur- oder als Wirtschaftsgut geht, lässt sich kaum eindeutig nach der einen oder anderen Richtung hin behaupten.[75] Die Rechtsprechung zur Filmförderung zeigt, dass die juristische Annahme eines wirtschaftspolitischen Förderschwerpunkts und damit einer Bundeskompetenz auch bei sehr gewichtigen kulturpolitischen Simultaneffekten möglich ist, wenn die Fassung des Gesetzes tragfähige Hinweise auf einen Regelungszweck der Wirtschaftsförderung gibt und das Ineinandergreifen der Effekte kulturellen Mehrwerts und wirtschaftlicher Erfolge aufgrund einer Förderung überzeugend begründet werden kann.

[72] BVerfGE 135, 155, Rn. 108 (juris).
[73] BVerfGE 135, 155, Rn. 108.
[74] BVerfGE 135, 155, Rn. 117.
[75] Eindrücklich von Have/Harris, ZUM 2009, 470 (476).

Ob sich hingegen aus dem Urteil zum FFG verallgemeinerungsfähig eine Auslegungsregel des Inhalts herleiten lässt, dass für die Schwerpunktbestimmung und also die Kompetenzzuordnung einer Regelung grundsätzlich deren Endzweck (oder Fernziel), nicht aber vorgelagerte („instrumentelle“) Zwecke ausschlaggebend sind, ist nicht frei von Zweifeln. In anderen Zusammenhängen hat das BVerfG eher auf die *direkten* Rechtsfolgenwirkungen und den darauf gerichteten Gesetzeszweck abgestellt, gerade nicht auf dahinter liegende „eigentliche“ Ziele der Regelung. So ist etwa der bundesgesetzliche § 38 Abs. 3 GWB unzweifelhaft eine Regelung, die auch (und wohl sogar im eigentlichen Endziel der Regelung) der Verhinderung publizistischer Meinungsmacht durch wirksame Verhinderung von Presseunternehmenszusammenschlüssen zu dienen bestimmt ist.[76] Konsequenterweise sind daher reine Anzeigenblätter von der Presseklausel ausgenommen.[77] Gleichwohl hat die Rechtsprechung keine Bedenken getragen, die auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG gestützte Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu bestätigen. „Unmittelbarer Regelungsgegenstand der Gesetzesnovelle [sei] nicht die publizistische Vielfalt auf den Pressemärkten, sondern die Wettbewerbszwecken dienende Ausgestaltung der Fusionskontrolle unter den besonderen Bedingungen der Pressemärkte zur Schaffung einer effektiven Fusionskontrolle auch in diesem Bereich“.[78]

Dies kann dahingehend verstanden werden, dass es für die Kompetenzfrage doch nicht immer oder vielleicht sogar überhaupt weniger auf die mit einer Regelung „letztlich“ verfolgten Ziele ankommt als auf die dafür eingesetzten rechtlichen Mittel und die entsprechende Gestaltung des Gesetzes (hier: kartellrechtstypische Anknüpfung an die Umsatz-Aufgreifschwellen für die Fusionskontrolle). Auch zeigt sich hier, dass das Kriterium nur mehr „instrumenteller“ Ziele, auf das das BVerfG im FFG-Urteil abgestellt hat, jedenfalls nicht immer und in allen Zusammenhängen entscheidend ist: Während dort in Ausdeutung des § 1 Abs. 1 FFG die (unmittelbare) Förderung der künstlerisch-kreativen Qualität des deutschen Films nur als instrumen-

[76] Vgl. die Begründung zur 3. GWB-Novelle, BT-Drs. 7/2954, S. 5: „Im Pressewesen, in dem es in besonderem Maße auf die Vielfalt des Angebots auch im regionalen und lokalen Bereich ankommt und das überwiegend von mittleren und kleinen Unternehmen getragen wird, reicht eine auf Großzusammenschlüsse begrenzte Fusionskontrolle nicht aus.“; Rinne, in: Gersdorf/Paal BeckOK InfoMedienR, § 38 Rn. 5: „Zielsetzung der Klausel ist der Schutz der Meinungsvielfalt und der regionalen Presse- und Rundfunkmärkte“; Neuhaus, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 38 GWB Rn. 18: „Diese Sonderregelung soll den im regionalen und lokalen Presse- bzw. Rundfunkbereich bestehenden Tendenzen zur Marktkonzentration entgegenwirken und eine gewisse Meinungs- bzw. Programmvielfalt im lokalen und regionalen Bereich erhalten.“

[77] BT-Drucks. 17/9852, S. 29.

[78] BVerfG (Vorprüfungsausschuss), NJW 1986, 1743.

tell und daher kompetenzrechtlich nachrangig für die eigentlich verfolgte Wirtschaftsförderung angesehen worden ist, ist es bei der (insbesondere regionalen) Pressevielfaltsförderung mit kartellrechtlichen Mitteln gerade umgekehrt (Erhaltung regionaler Zeitungsvielfalt durch Verhinderung von Verlagsfusionen) – ohne dass dies einen Unterschied für die Anerkennung der Bundeskompetenz in beiden Fällen gemacht hätte.

Auch in der kompetenzrechtlichen Beurteilung der Bestimmung des § 28b IfSG hat das BVerfG in den Entscheidungen zur „Bundesnotbremse“ hinsichtlich Regelungsgegenstand und -Zweck durchweg auf die infektionsschutzrechtliche ratio, übertragbare Krankheiten zu bekämpfen oder einzudämmen, abgestellt, nicht aber (wie dann in der Verhältnismäßigkeitsprüfung) auf die weiteren, mittelbaren Ziele des Lebens- und Gesundheitsschutzes bzw. der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens (als dem Gesundheitsschutz wiederum vorgelagertes Zwischenziel).[79]

Und unter den Gesichtspunkten des Regelungsgegenstandes und der Wirkungen soll es der Rechtsprechung zufolge, wie dargelegt, schließlich gerade auf das qualifizierende Merkmal der „Unmittelbarkeit“ ankommen. Mittelbare Folgewirkungen (und wiederum darauf gerichtete Ziele) sind aus dieser Sicht eher weniger zuordnungsbestimmend.

In grundsätzlicher Hinsicht kann zudem kritisch angefragt werden, ob die Unterscheidung instrumenteller und übergeordneter Ziele als allgemeine Leitlinie für die Schwerpunktbestimmung tragfähig ist. Nicht selten wird sich ein derartiges Stufenverhältnis verschiedener Regelungszwecke kaum überzeugend begründen lassen. Auch bei der Förderung von Wirtschaftsunternehmen, die in der Kulturproduktion tätig sind, lässt sich mit einer gewissen Berechtigung vertreten, dass es zwar gewiss um Wirtschaftsförderung geht, aber eben um die Förderung eines bestimmten Sektors gerade auch um dessen kultureller Bedeutung willen (während andere Sektoren eine solche Förderung nicht erhalten).[80]

[79] BVerfGE 159, 223, Rn. 127 ff.

[80] S. in dieser Richtung schon BVerwGE 45, 1 Rn. 19 (juris), mit der Unterscheidung von objektivem Gesetzeszweck (Wirtschaftsförderung) und „dahinter“ liegenden, für die Kompetenzbestimmung aber unmaßgeblichen kulturellen Motiven; das Argument ist im Verfahren BVerwGE 139, 42 klägerinseits zur Begründung der vornehmlich kulturpolitischen Zielsetzung der FFG-Förderung, also der fehlenden Bundeskompetenz, angeführt, vom BVerwG indes, allerdings ohne sachliche Begründung, zurückgewiesen worden (Rn. 24 des Urteils, juris).

Insgesamt erhellen diese wenigen Bemerkungen die Rationalitätsgrenzen[81] der in der Rechtsprechungspraxis gepflegten kompetenzrechtlichen Argumentation. Für die Untersuchungsfrage des Gutachtens legt diese Einsicht umso eher ein Vorgehen nahe, das sich für die Beurteilung eines Investitionsverpflichtungsgesetzes in einer vergleichenden Perspektive fokussiert auf die in der Entscheidung des BVerfG zur Filmförderung niedergelegte Argumentation ausrichtet, weil es sich dabei gewiss um die sachnächste Judikatur im Hinblick auf die aufgeworfene Rechtsfrage handelt.

e) „Verzahnung“

Wesentliche Bedeutung – auch für die hier zu erörternde Regelung – kommt schließlich der Frage zu, wie jeweils einzelne Regelungen eines Normkomplexes kompetentiell zuzuordnen sind, wenn sie sich bei isolierter Betrachtung als je verschiedenen Materien zugehörig erweisen. Grundsätzlich kommt es für die Kompetenzzuordnung auf den Regelungsgehalt, die Wirkung und den Zweck einer jeden Regelung für sich an. Gesetze können und müssen daher ggf. auf verschiedene Kompetenzgrundlagen gestützt werden.[82] Denkbar ist daher, dass eine Gesamtregelung des Bundes auf verschiedenen Kompetenzgrundlagen beruht[83] – wobei allerdings zu beachten ist, dass den verschiedenen Grundlagen auch unterschiedliche kompetenzrechtliche Anforderungen und Rechtsfolgen entsprechen können (namentlich: Unterschiede zwischen der ausschließlichen und der konkurrierenden Zuständigkeit, Art. 71 bzw. Art. 72 GG, Unterschiede zwischen den Titelgruppen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 72 Abs. 2 und 3 GG).[84] Denkbar ist daher auch, dass ein Gesetz als gesetzgebungstechnische Einheit nur teilweise kompetenzgerecht erlassen, hinsichtlich einiger Vorschriften aber verfassungswidrig ist, weil insoweit eine tragfähige Kompetenz des jeweiligen (Bundes- oder Landes-) Gesetzgebers fehlt.[85]

Jedoch hat die Rechtsprechung diesen Grundsatz eigenständiger Beurteilung einer jeden Regelung eingeschränkt: Danach „[…] dürfen Teilregelungen eines umfassenden Regelungskomplexes nicht ohne Weiteres aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und isoliert betrachtet werden. Sind Teilregelungen derart eng mit dem Schwerpunkt der Gesamtregelung "verzahnt", dass sie als Teil derselben erscheinen,

[81] S. schon Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, S. 420: „Begrenztheit aller Zuordnungsbemühungen“.
[82] vgl. BVerfGE 103, 197 (215 f.); 136, 194 (241 Rn. 111); 138, 261 (275 f. Rn. 33); Rozek in von Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Art. 70 Abs. 1 Rn. 57; Heintzen in Bonner Kommentar, GG, Art. 70 Rn. 138 („Mosaikkompetenz“); dazu Herbst, Gesetzgebungskompetenzen, S. 170 ff.
[83] BVerfGE 103, 197 Rn. 65 – Pflegeversicherung I.
[84] S. zu letzterem BVerfG NVwZ 2022, 1890 – Windenergie im Wald, Rn. 48.
[85] BVerfG NVwZ 2022, 1890 – Windenergie im Wald, Rn. 48 ff.

gehören sie zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung. Eine enge Verzahnung und ein geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung sprechen regelmäßig für eine Zuordnung zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung. Umgekehrt ist eine Teilregelung, die einen erheblichen eigenen Regelungsgehalt hat und mit der Gesamtregelung nicht eng verzahnt ist, auch kompetenziell eigenständig zu beurteilen[86].

aa) Kontur der dogmatischen Figur

Diese „Verzahnungs"-Doktrin ist eine in der Rechtsprechung herausgearbeitete Facette des Konzepts der Schwerpunkt-Betrachtung, hat in diesem Konzept aber eine durchaus eigene dogmatische Bedeutung.[87] Diese besteht darin zu bestimmen, in welchen Fällen einer Einzelregelung der kompetenzerhebliche „Schwerpunkt der Gesamtregelung" auch die Einzelregelung erfasst, selbst wenn diese bei isolierter Betrachtung auch, möglicherweise sogar stärkere, Bezüge zu anderen Materien aufweist, in welchen Fällen es hingegen bei einer eigenständigen, daher auch von den übrigen Vorschriften des Gesetzes abweichenden Zuordnung der Einzelregelung bleibt.

Das Kriterium für die Annahme einer „engen Verzahnung" ist die Unteilbarkeit des Regelungszusammenhangs. Lässt sich die Normaussage einer (oder auch mehrerer) Einzelbestimmung(en) nicht sinnvoll von den Regelungen des Kontextes, in den sie eingebettet ist, abtrennen und ist sie also als alleinstehend-selbständige oder in einen anderen Kontext lozierte Regelung nicht vorstellbar, teilt sie die kompetenzrechtliche Zuordnung der Gesamtregelung. Allenfalls indizielle Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage nach der Eigenständigkeit oder Abhängigkeit der Teilregelung kommt dem Umfang und relativen Anteil dieser Teilregelung im Verhältnis zum Gesamtzusammenhang der Regelung zu. Auch die in einem einzigen, in eine Gesetzesbestimmung mit weiteren Sätzen und Absätzen eingefügten Satz ausgedrückte Regelung kann kompetenzrechtlich eigenständig zu beurteilen sein, wenn sie sich nach ihrem Regelungsinhalt nicht in die Systematik und Teleologie der Umfeld-Regelung einfügt, vielmehr „Fremdkörper"-Charakter hat.[88]

---

[86] BVerfG NVwZ 2022, 1890 – Windenergie im Wald, Rn. 56; s. aus der Rspr. weiter: BVerfGE 97, 228 Rn. 82 ff. – Kurzberichterstattung; BVerfGE 121, 30, Rn. 80 f. – HPRG; BVerfGE 137, 108 – Optionskommune, Rn. 123; BVerfGE 138, 261, Rn. 30 ff. – ThürLadÖffG; BVerfG, NVwZ 2022, 861—Windenergie-Beteiligungsgesellschaften, Rn. 58; BVerfG NVwZ 2022, 1890 – Windenergie im Wald, Rn. 56.

[87] Kritisch dazu Schröder, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs, S. 105 ff.

[88] Instruktiv dazu BVerfG NVwZ 2022, 1890 – Windenergie im Wald, Rn. 56 ff.

Ist eine Einzelregelung mit den sie umgebenden Regelungen nach Maßgabe dieses Kriteriums eng verzahnt, folgt ihre kompetentielle Zuordnung derjenigen der sie umgebenden Regelungen, und zwar auch dann, wenn die Einzelregelung, isoliert betrachtet, an sich eine andere Zuordnung gebieten würde.[89] Dieser Akzessorietätsgedanke, der damit den Kern der Verzahnungsdoktrin ausmacht, setzt allerdings voraus, dass die eine Vorschrift „umgebenden Regelungen" ihrerseits einen für die kompetenzrechtliche Beurteilung des Gesetzes insgesamt prägenden Charakter haben. Die in Rede stehende Regelung muss also eine nachgeordnete, abhängige Bedeutung im Bezug auf die Gesamtregelung haben. Andernfalls wäre es schließlich ebenso denkbar, dass die „Umfeld"-Regelungen der Kompetenzzuordnung dieser Regelung folgen und nicht umgekehrt.

Sind daher verschiedene Bestimmungen eines Gesetzeswerks wegen ihrer wechselbezüglichen Abhängigkeit nur als Gesamtheit einheitlich kompetenzrechtlich sinnvoll zuzuordnen, kommt es für die Zuordnung dieser Gesamtheit darauf an, zu welcher Kompetenzmaterie sie die größte Nähe, welchen Schwerpunkt (in kompetenzrechtlicher Hinsicht) sie also aufweist. Lässt sich eine solche Abhängigkeitsrelation zu der (Gesamt-) Regelung im Übrigen nicht begründen, stehen vielmehr verschiedene Vorschriften des Gesetzes mit je eigenen (untereinander verschiedenem) Kompetenzzuweisungsgehalt auf gleicher Stufe nebeneinander, ist für die Annahme einer „Verzahnung" kein Raum und kommt es stattdessen darauf an, ob sich die Regelungen je für sich (vollständig) auf Kompetenzgrundlagen stützen lassen, die dem legiferierenden Gesetzgeber zustehen.[90]

bb) Verhältnis zur ungeschriebenen Kompetenz kraft Sachzusammenhangs

Die „Verzahnungs"-Doktrin weist unverkennbar eine Nähe zur kompetenzrechtlichen Figur einer stillschweigend mitgeschriebenen Kompetenz kraft kompetenzerweiternden Sachzusammenhangs[91] auf, fällt aber mit ihr der Rechtsprechung des BVerfG zufolge nicht zusammen.[92] Auch die Zuordnung kraft Verzahnung gründet, wie gezeigt, in dem Gedanken der Unselbständigkeit und Abhängigkeit einer Teilregelung von anderen Regelungen, deren kompetentielle Zuordnung daher auch für die Teilre-

[89] Negativ (keine Verzahnung): BVerfG NVwZ 2022, 1890 – Windenergie im Wald, Rn. 56
[90] BVerfG, NVwZ 2022, 861—Windenergie-Beteiligungsgesellschaften, Rn. 58.
[91] S. zur (auf Pestalozza, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Aart. 70 Rn. 109 ff. zurückgeführten) Unterscheidung des kompetenzbegründenden, die interpretatorische Zuordnung einer Regelung zu einem Kompetenztitel unterstützenden und des kompetenzergänzenden oder -erweiternden Sachzusammenhangs Herbst, Gesetzgebungskompetenzen, S. 254 ff.; Schröder, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz, S. 108, 135 ff.
[92] Deutlich voneinander abgegrenzt in BVerfGE 138, 261, Rn. 30, 38 ff. – ThürLadÖffG.

gelung bestimmend ist. Die Gesetzgebungszuständigkeit kraft Sachzusammenhangs wiederum „stützt und ergänzt eine zugewiesene Zuständigkeit, wenn die entsprechende Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also das Übergreifen unerlässliche Voraussetzung für die Regelung der zugewiesenen Materie ist“.[93]

Die Rechtsprechung des BVerfG liefert Anhaltspunkte, aber keine eindeutigen Maßstäbe für eine Abgrenzung beider kompetenzrechtlichen Argumentationsfiguren, insbesondere nicht in Gestalt eines klar definierten Voraussetzungssatzes für die Annahme einer Unteilbarkeit eines Regelungszusammenhangs und also einer „Verzahnung“; auch die Handhabung der Verzahnungsdoktrin in den Fällen, in denen sie zur Sprache gebracht worden ist, erlaubt wohl eine näher liegende Deutung, aber keine eindeutig gesicherten Schlüsse (s. dazu u., sub cc)).

Dogmatisch lässt sich die Verzahnungs-Rechtsprechung eher dem Gedanken einer – logisch vorgelagerten – Kompetenz*begründung* kraft Sachzusammenhangs zuordnen, während die ungeschriebene Kompetenz kraft Sachzusammenhangs nachgelagert die Fälle erfasst, in denen Regelungen, bei denen an sich die Unzuständigkeit des Gesetzgebers nach Maßgabe der expliziten Materienverteilung in Art. 70, 73, 74 GG eindeutig wäre, gleichwohl kompetenz*erweiternd* in seine Zuständigkeit einbezogen wird, weil er nur so seine Stammkompetenz überhaupt sinnvoll ausüben kann. Der Rückgriff auf die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs setzt immer voraus, dass die Zuordnung zu der geschriebenen Sachkompetenz des Gesetzgebers an sich nicht möglich ist, weil die Regelung eindeutig kompetenzfremd ist.

Für die „Verzahnung“ kommt es darauf hingegen nicht an: Die so begründete Zuordnung überwindet nicht notwendig eine an sich andere Zuordnung aus dem Grund einer inhaltlich „unerlässlichen“ Zusammenregelung, lässt vielmehr – unabhängig davon, wie die Teilregelung kompetenzrechtlich zuzuordnen wäre – schon ihre Nachrangigkeit und Unselbständigkeit im Verhältnis zur Gesamtregelung ausreichen, um sie deren Kompetenzzuordnung zu unterstellen. Die Teilregelung kann nach den verfassungsrechtlichen Zuordnungskriterien als solche kompetenzrechtlich an sich anders zu beurteilen sein als die anderen Regelungen des Gesamtzusammenhangs, sie

[93] BVerfGE 138, 261, Rn. 30 – ThürLadÖffG; s ferner BVerfGE 3, 407 (421); 98, 265 (299).; Uhle, Kompetenzzuweisung, S. 83 mwN.

muss es aber nicht. Die Teilbarkeitsbetrachtung muss danach, also nach der „eigentlichen“ kompetenzrechtlichen Zugehörigkeit der Teilregelung, gar nicht fragen, weil sich ihre Zuordnung – wenn Unteilbarkeit vorliegt – ohnehin und ohne weitere Voraussetzungen nur nach der Zuordnung der Gesamtregelung bestimmt.

Dieses Verständnis spricht dafür, die Voraussetzungen beider Kompetenzbegründungen unterschiedlich zu fassen:

Danach kommt es nur für die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs auf die zwingende Notwendigkeit der Mit-Regelung des Gegenstandes, für den der Gesetzgeber eigentlich unzuständig wäre, an, und zwar in dem strengen und substantiellen Sinn, in dem die Rechtsprechung diese Aufeinander-Angewiesenheit beider Regelungen – der kompetentiell ohne weiteres gedeckten Hauptregelung und der über den Sachzusammenhang in die Kompetenz einbezogenen weiteren Regelung – versteht.

Für das Unteilbarkeits-Urteil der „Verzahnungs“-Doktrin reichen demgegenüber schon andere, eher auf den gesetzgeberisch gestalteten Regelungszusammenhang (nicht den inneren zwingenden Sachzusammenhang) bezogene systematische Argumente hin, insbesondere das Argument, dass die Regelung, so wie sie formuliert ist, nicht allein für sich stehen und erlassen werden könnte.[94] Die *Unselbständigkeit einer Teilregelung* mit der Folge der kompetenzrechtlichen Gesamtzuordnung (kraft „Verzahnung“) wäre demnach etwas anderes als die für den kompetenzerweiternden Sachzusammenhang geforderte *sachliche Unabdingbarkeit* der Mitregelung des eigentlich kompetenzfremden Gegenstandes. Beide Kriterien liegen auf einer verschiedenen Ebene: einerseits der inhaltliche, zwingende Sachzusammenhang zweier Regelungen (Mitregelung als conditio sine qua non), andererseits das Sich-Einfügen einer als solchen nachrangigen oder selbständig nicht sinnvollen Teilregelung in den größeren Regelungszusammenhang eines Gesamtgesetzes. Trifft diese Analyse beider Figuren zu, lässt sich eine Verzahnung und damit eine akzessorische Kompetenzzuordnung auch schon bei nicht notwendigerweise mit zu erlassenden, aber so, wie sie erlassen sind, *nur* oder sogar bloß *eher* im Kontext der Gesamtregelung sinnvollen Vorschriften bejahen. Die für die implizite Kompetenz kraft Sachzusammenhangs kennzeichnende Erforderlichkeitsbedingung griffe bei der Verzahnung nicht.

[94] Eingehend dazu die Entscheidung zum Verbot von Windkraftanlagen im Wald, BVerfG NVwZ 2022, 1890 Rn. 56 ff.

Der dargelegte Unterschied zwischen beiden Figuren lässt sich auch noch anders beschreiben, nämlich als eine Verschiedenheit der Perspektive: Die Unteilbarkeits-Betrachtung der Verzahnungsdoktrin richtet den Blick auf die in Rede stehende Teilregelung, die Prüfung der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs hingegen auf die Haupt- oder Stammregelung, von der aus ggf. ein kompetenzerweiternder Sachzusammenhang zu der Regelung, deren Zuordnung zu prüfen ist, besteht. Für die Verzahnung kommt es darauf an, ob die *Teilregelung* selbstständig bestehen kann; ob die übrigen Bestimmungen des Regelungsgefüges ohne die Teilregelung ein sinnvolles Ganzes ergeben, spielt dafür allenfalls sekundär eine Rolle und ist jedenfalls dafür nicht stets maßgeblich.

Dies ergibt sich gerade daraus, dass über die Figur der Verzahnung hinaus eine Kompetenzerweiterung kraft Sachzusammenhangs kompetenzrechtlich notwendig und daher anerkannt ist. Die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs stellt auf die dem legiferierenden Gesetzgeber zustehende Stammkompetenz gestützte *„Haupt"-Regelung* ab. Sie rechtfertigt sich daraus, dass diese Regelung ohne die andere kompetenzfremde Regelung nicht sinnvoll bestehen kann. Dass diese als solche hingegen in der Zuständigkeit des anderen Gesetzgebers (aus Bundessicht also der Länder) teilbar-selbstständig erlassen werden könnte, steht der ihren Regelungsgegenstand erfassenden Kompetenzerweiterung gerade nicht entgegen. Erst in dieser Konstellation einer an sich denkbaren selbständigen Teilregelung durch den anderen Gesetzgeber im föderalen Zwei-Ebenensystem, die aber inhaltlich den Sinn der Hauptregelung unterlaufen würde, gewinnt die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ihre eigene, spezifische Bedeutung. Ging es auch hier stets um Fälle, in denen die Teilregelung als solche gar nicht selbstständig erlassen werden könnte, bedürfte es dieser Begründung einer stillschweigend mitgeschriebenen Kompetenz nicht, ließen sich sämtliche Fälle vielmehr schon mit dem Gedanken der Verzahnung bewältigen. Auch diese Überlegung bestätigt das Ergebnis, dass es sich bei beiden kompetenzrechtlichen Figuren um verschiedene Institute handelt.

cc) Rechtsprechung des BVerfG

Dass auch die Rechtsprechung des BVerfG jedenfalls in einigen Entscheidungen und in der Tendenz ein ähnliches Verständnis wie vorstehend skizziert zu Grunde legt, liegt als Ergebnis einer Analyse dieser Entscheidungen nahe. Allerdings finden sich auch Formulierungen, die kaum einen substantiellen Unterschied in den Voraussetzungen der Annahme einer Verzahnung und eines kompetenzerweiternden Sachzu-

sammenhangs erkennen lassen. Insgesamt bleibt daher das Bild der Rechtsprechung ein Stück weit unklar:

Für einen kategorialen dogmatischen Unterschied im dargelegten Sinn spricht schon die begriffliche Unschärfe der Metapher „Verzahnung“, die vom BVerfG indes ersichtlich als rechtserhebliches Merkmal, nicht nur als veranschaulichende Umschreibung eingesetzt wird. Zudem enthält die inzwischen in ständiger Rechtsprechung wiederholte Obersatzformel zur „Verzahnung“ eben nicht die aus der Rechtsprechung zur ungeschriebenen Kompetenz kraft Sachzusammenhangs überkommene und hier prägende Bedingung der Erforderlichkeit oder Unerlässlichkeit der Zusammenregelung. Stattdessen wird als weiteres Merkmal für die Qualifizierung der „geringe“ bzw. „erhebliche eigenständige“ (bzw. „eigene“) Regelungsgehalt der Teilregelung angeführt. Schließlich deuten sowohl die Formulierung der Obersatzformel („sprechen regelmäßig für […]“) als auch die dogmatische Einbettung der Verzahnung-Doktrin in den Kontext der Kompetenzzuordnung nach dem Schwerpunkt der (Gesamt-)Regelung darauf hin, dass für die Zuordnung nach diesem Kriterium eine wertende Gesamtbetrachtung anhand einer gleitenden Skala (mehr oder weniger enge Verzahnung, eher noch als gering zu bewertender oder doch schon erheblicher Regelungsgehalt) geboten ist.

Die zentrale und wesensbestimmende Voraussetzung für die Annahme einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ist hingegen von größerer Rigidität: Ob die Mitregelung eines an sich kompetentiell nicht erfassten Gegenstandes zwingend notwendig („unerlässlich“) ist, weil ohne sie die auf die Stammkompetenz gestützte Hauptregelung „verständigerweise“ nicht erlassen werden könnte, dürfte sich häufig eindeutig bejahen oder verneinen lassen. Zumindest handelt es sich dabei um eine deutlich strengere, nur einen geringeren Beurteilungsspielraum lassende Anforderung.

Für ein diesem Sinn großzügigeres Verständnis der Verzahnungs-Doktrin als zuordnungsbegründender Maßstab lassen sich auf der Ebene der Maßstabanwendung (Subsumtion) auch etwa das Kurzberichterstattungs-Urteil des BVerfG[95] oder die Entscheidung zur rundfunkrechtlichen Begrenzung der Beteiligung politischer Parteien an Medienunternehmen anführen. So handele es sich bei der im Rahmen der rundfunkrechtlichen Regelungen zur Kurzberichterstattung normierten Pflicht des

[95] BVerfGE 97, 228, dazu Schröder, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs, S. 105 ff.

Sendeunternehmens, den zum Zweck der Kurzberichterstattung aufgezeichneten Sendungsinhalt an andere Sendeunternehmen weiterzugeben bzw. zu vernichten, nicht um eine Regelung des Urheberrechts, obwohl diese Pflicht das dem Sendeunternehmen zustehende Leistungsschutzrecht (§ 87 UrhG) beschränkt. Die Vorschrift sei „lediglich dazu bestimmt, die durch die Kurzberichterstattung berührten unterschiedlichen Interessen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. […] Ein darüber hinausgehender, von dem zum Rundfunkrecht gehörenden Kurzberichterstattungsrecht unabhängiger Regelungsgehalt kommt diesen Pflichten nicht zu.“[96] So plausibel diese Beurteilung sein mag, so wenig erörtert sie die Frage, ob die Kurzberichterstattungs-Regelung überhaupt nur durch Verbindung mit der genannten Pflicht des Sendeunternehmens getroffen werden konnte und ob eine solche Pflicht notwendigerweise im Rahmen des Rundfunk-Rechts durch den Landesgesetzgeber (und nicht durch den Bundes-Urheberrechts Gesetzgeber) mitgeregelt werden musste. Bejahende Antworten auf diese Fragen wären aber erforderlich gewesen, um einen punktuellen Übergriff des Landesgesetzgebers in die Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs zu rechtfertigen.

Im Urteil zum Hessischen Privatrundfunkgesetz (betreffend die Rundfunkunternehmens-Beteiligung politischer Parteien) wird das Argument enger Verzahnung (mit den rundfunkrechtlichen Vorschriften über die Rundfunkzulassung) überhaupt nur als ergänzende Zusatzbegründung im Rahmen einer klassischen Schwerpunkt-Kompetenzzuordnungsargumentation anhand der Kriterien Regelungsgegenstand, Zweck, Adressatenkreis und Staatspraxis angeführt.[97] Davon, dass eine Regelung des in Rede stehenden Inhalts notwendigerweise und ausschließlich vom Landes-Rundfunkgesetzgeber (und nicht auch in Parteienrecht des Bundes) getroffen werden konnte, ist nicht die Rede.

In anderen Entscheidungen, namentlich solchen, die einen Verzahnungs-Zusammenhang verneint haben, findet sich allerdings eine strengere Handhabung. So wird etwa die Verzahnung der streitbefangenen arbeitsschutzrechtlichen Regelung im thüringischen Ladenöffnungsgesetz mit den auf die Landeszuständigkeit für das Ladenschlussrecht (Art. 74 Abs.1 Nr. 11 GG) gestützten Regelungen des Gesetzes mit der Erwägung verneint, es handele sich „lediglich um Materien, die aufeinander wir-

[96] BVerfGE 97, 228 Rn. 87 (juris).
[97] BVerfGE 121, 30 Rn. 82 (juris).

ken, aber nicht zwingend zusammen geregelt werden müssen."[98] Zu der im nächsten Absatz der Entscheidung behandelten (und ebenso verneinten) Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ergibt sich danach hier kein erkennbarer Unterschied in den Voraussetzungen.

dd) Zwischenergebnis

Die in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gebräuchliche kompetenzrechtliche Figur der Zuordnung kraft „Verzahnung" hat – auch im Verhältnis zur ungeschriebenen (oder „stillschweigend mitgeschriebenen") Kompetenz kraft Sachzusammenhangs eine eigene Kontur und Funktion. Sie stellt nicht aus der Perspektive einer auf eine gegebene Stammkompetenz gestützten Hauptregelung auf die Unabdingbarkeit der Mitregelung des eigentlich eindeutig kompetenzfremden Gegenstandes ab – darauf kommt es für die „Verzahnung" nicht an –, vielmehr aus der Perspektive der zu beurteilenden Teilregelung auf deren regelungssystematische Unselbständigkeit und Nachrangigkeit, welche eine isolierte kompetenzrechtliche Zuordnung wenig sinnvoll erscheinen lässt. Die kraft kompetenzerweiternden Sachzusammenhangs in die Regelungskompetenz des an sich für sie unzuständigen Gesetzgebers einbezogene Regelung könnte sehr wohl auch von dem anderen, an sich zuständigen Gesetzgeber getroffen werden, diese Zuordnung unterliefe aber inhaltlich die Stammkompetenz des ersteren, der davon nicht sinnvoll Gebrauch machen könnte. Die kraft Verzahnung einheitlich mit den sonstigen Regelungen des Kontextes einer Kompetenzmaterie zugeordnete Teilregelung ist hingegen nicht notwendig erforderlich für die Gesamtregelung, könnte als solche aber nicht sinnvoll isoliert oder in anderem Kontext erlassen werden.

III. BVerfGE 135, 155: Kompetenzzuordnung der Bundesfilmförderung nach dem FFG

In seinem Urteil vom 28. Januar 2014 hat der Zweite Senat des BVerfG – wie zuvor auch schon das BVerwG[99] – die auf den Kompetenztitel Recht der Wirtschaft gestützte Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Regelungen des FFG ohne Einschränkung bejaht. Auf die diesbezügliche Argumentation in den Entscheidungsgründen ist bereits vorstehend mehrfach Bezug genommen worden. Sie soll hier indes noch einmal in ihren wesentlichen Aussagen skizziert werden, weil sich daraus

[98] BVerfGE 138, 261 Rn. 39.
[99] BVerwGE 45, 1 Rn. 18 ff. (juris); BVerwGE 133, 165 = ZUM 2009, 492, Rn. 16 ff. (juris); BVerwG NVwZ 2011, 998, Rn. 15 ff.

Schlüsse für die kompetenzrechtliche Beurteilung auch einer bundesgesetzlichen Regelung über eine Investitionsverpflichtung von VoD-Dienstanbietern ziehen lassen (dazu u. 4.).

1. Polyvalente Regelungszwecke der Filmförderung

Wie schon dargelegt, hat es das BVerfG für kompetenzrechtlich nicht ausschlaggebend erachtet, dass das FFG „mit den wirtschaftsbezogenen Regelungen zugleich kulturelle Zwecke verfolgt". Dies sei „unschädlich, solange der maßgebliche objektive Regelungsgegenstand und -gehalt in seinem Gesamtzusammenhang ein im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlicher ist."[100]

Zwar gälten die Länder als Träger der Kulturhoheit und schließe es der Verteilungsmechanismus der Art. 30, 70 ff. GG, demzufolge sich die (verbleibenden) Gesetzgebungskompetenzen der Länder nach den dem Bund ausschließlich oder konkurrierend zugewiesenen Zuständigkeiten bestimmen, nicht aus, auch positiv die Kulturpolitik als eine Sachmaterie zu beschreiben, die grundsätzlich den Ländern zukommt.[101] Jedoch folge daraus nicht, dass die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes Einwirkungen auf den Kulturbereich und eine Berücksichtigung kultureller Belange von vornherein nicht ermöglichten.[102] Abgestützt wird dies mit einer sich anschließenden Auflistung verschiedener Bundeskompetenzen mit Auswirkungen auf den Kulturbereich.[103]

Ersichtlich dient diese Argumentation dazu, den kompetenzrechtlichen Zuweisungsgehalt des Begriffs „Kultur" zur Zuständigkeit der Länder zu relativieren. Jedenfalls können die „Kulturhoheit"[104] oder ein kompetentieller Sachbereich der „Kultur" nicht in einem kategorischen Sinn als ein ausschließlich den Ländern zugewiesenes Reservat mit absoluter Sperrwirkung gegenüber jedweder Bundesregelung mit kultureller Bedeutung begriffen werden: „Die Kulturhoheit der Länder kann daher nicht als eine Grenze der Bundeskompetenzen in dem Sinne verstanden werden, dass der Bund bei der Wahrnehmung der ihnen zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen

[100] BVerfGE 135, 155 Rn. 102 (juris).
[101] BVerfGE 135, 155 Rn. 103 (juris).
[102] BVerfGE 135, 155 Rn. 104 (juris).
[103] S. dazu eingehend auch Köstlin, Kulturhoheit des Bundes, S. 34 ff.
[104] Länder als „Träger der Kulturhoheit", vgl. BVerfGE 106, 62, Rn. 279; 108, 1, Rn. 45; 119, 59, Rn. 78; 122, 89 Rn. 55 (juris).

kulturelle Aspekte unberücksichtigt zu lassen hätte und durch sie nicht motiviert sein dürfte."[105]

2. Schwerpunktkriterium

Sind vielmehr auch in der Koppelung wirtschaftsrechtlicher und kulturpolitischer Regelungsgehalte und -zwecke polyvalente Bundesregelungen verfassungsrechtlich möglich, bestimmt sich ihre kompetentielle Zulässigkeit, wie auch sonst bei der Zuordnung von Regelungen mit kumulierten Gegenständen oder Zwecken, nach dem Schwerpunkt der Vorschriften „in ihrem Gesamtzusammenhang".[106]

Die Ausführungen des Senats zum FFG konzentrieren sich im Weiteren darauf, den wirtschaftsrechtlichen Schwerpunkt der gesetzlichen Regelungen zur Bundesfilmförderung darzulegen. In methodischer Hinsicht fällt dabei zunächst ein auch im Vergleich mit anderen Entscheidungen des Gerichts eher überschlägig-allgemeiner Argumentationsduktus auf. Dies betrifft zum einen die Analyse der Bestimmungen des Gesetzes, von denen nur die allgemeine Beschreibung der Aufgaben der FFA in § 1 Abs. 1 Satz 1 FFG sowie die §§ 22 und 32 FFG 2004 (welche die Voraussetzungen der Referenzfilmförderung sowie der Projektfilmförderung umrissen) spezifisch genannt werden.[107] Auf Regelungsgehalte einzelner Vorschriften des Gesetzes, etwa diejenigen über die Erhebung der Abgabe[108] oder weiterer einzelner Bestimmungen zu den Fördervoraussetzungen, geht die Entscheidung nicht ein. Vielmehr wird der im Schwerpunkt wirtschaftsrechtliche Charakter des Gesetzes, ausgehend von der Aufgabennorm in § 1, recht global für das Gesetzeswerk in seinem Gesamtzusammenhang bestimmt. Auch verzichten die Entscheidungsgründe auf Ausführungen zur Begründung dieses kompetenzerheblichen Gesamtzusammenhangs, etwa unter Rückgriff auf die Argumentationsfiguren der „Verzahnung" oder des kompetenzbegründenden Sachzusammenhangs.

Zum anderen wird die vor allem in der jüngeren Rechtsprechung in anderen Entscheidungen teilweise sehr ausdifferenzierte Zuordnungs-Begründung anhand der verschiedenen Kriterien (Regelungsgegenstand, -wirkungen und -zweck) im FFG-Urteil nur ansatzweise entfaltet. Indem sich die Entscheidungsgründe für die Bestimmung des objektiven Regelungsgehalts vor allem auf die Aufgabennorm des § 1

[105] BVerfGE 135, 155 Rn. 104 (juris).
[106] BVerfGE 135, 155 Rn. 102 (juris).
[107] BVerfGE 135, 155 Rn. 109 (juris).
[108] S. zur kompetenzbegründenden Bedeutung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch für diese Regelungen über die Abgabenerhebung aber BVerwG NVwZ 2011, 998 Rn. 18.

FFG stützen, gehen die Aspekte des Regelungsgehalts und des Regelungszwecks (oder -ziels), wie schon dargelegt, ineinander über. Weder das Argument des Adressatenkreises noch dasjenige der spezifischen (und insoweit zuordnungserheblichen) Ausrichtung auf ein bestimmtes Regelungsthema finden Erwähnung.

3. Nur mehr instrumenteller Kulturförderungszweck

Dominierend und tragend für die insgesamt mithin eher knappe Begründung ist vielmehr der schon genannte – schon in der Rechtsprechung des BVerwG erarbeitete[109] – Befund einer *instrumentellen Funktion* der kulturellen Dimension der Förderung für das übergeordnete Ziel der Wirtschaftsförderung.[110] Dieses Stufenverhältnis der Zwecke wird nicht nur für die Aufgabennorm in § 1 FFG, in der es schon textlich zum Ausdruck gebracht ist, sondern auch für die Fördervoraussetzungen bei den Förderarten der Produktionsförderung begründet.[111] Danach rivalisieren die wirtschaftsförderungsbezogenen und die kulturellen Aspekte der Regelungen nicht,[112] sondern ist die Anknüpfung der Förderung auch an qualitative Kriterien gerade „Bestandteil dieser Ausrichtung [auf wirtschaftlichen Erfolg]" der Filmförderung. „Den qualitätsbezogenen Fördervoraussetzungen liegt die Annahme zugrunde, dass der angestrebte wirtschaftliche Erfolg des deutschen Films als Ganzen gerade von einer auch qualitätsorientierten Förderung abhängt."[113]

Weder die unionsrechtliche Qualifizierung der Filmförderung als Kulturbeihilfe (Art. 107 Absatz 3 Buchst. d) AEUV)[114] noch die frühere Zuweisung einer Rahmengesetzgebungskompetenz für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse und des Films (Art. 75 Nr. 2 GG)[115] zum Bund stünden der verfassungsrechtlichen Zuordnung zur Kompetenzmaterie Recht der Wirtschaft entgegen.

---

[109] BVerwG NVwZ 2011, 998 Rn. 20.
[110] BVerfGE 135, 155 Rn. 108 (juris): „Es handelt sich hier um eine instrumentelle Zielsetzung".
[111] BVerfGE 135, 155 Rn. 109 (juris): namentlich: Werbewirkung der (im Rahmen der Referenzfilmförderung beachtlichen) Preise und Erfolge bei Festivals für den Zuschauererfolg.
[112] Deutlicher noch dazu BVerwG NVwZ 2011, 998 Rn. 19 im Anschluss an von Have/Harris, ZUM 2009, 470 [476]: „Symbiose von Wirtschaft und Kultur und damit die Verquickung wirtschafts- und kulturrechtlicher Rahmenbedingungen"
[113] BVerfGE 135, 155 Rn. 110 (juris).
[114] BVerfGE 135, 155 Rn. 111 f. (juris): Argument: Die wirtschaftliche Relevanz eines Fördergesetzes ist überhaupt Voraussetzung seiner beihilferechtlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit; zu den Beihilfevoraussetzungen Klafki, EWS 2022, 121 ff.; Dörr, ZUM 2010, 746 (747 ff.); Geier, ZUM 2007, 178 (180 ff.).
[115] BVerfGE 135, 155 Rn. 113 (juris); dieses Argument für gegen die Bundes-Filmförderung durchgreifend haltend hingegen Geißler, Staatliche Kunstförderung, S. 93 ff.

4. Keine Kompetenzverschiebung durch Einführung des „kulturellen Tests“

Das BVerfG hat in seinem Urteil von 2014 die Rechtslage nach der Fassung des FFG von 2004 beurteilt, mithin nicht auf die späteren Änderungen des Gesetzes (namentlich durch die FFG-Novelle 2009) Bezug genommen, in denen, um die beihilfenrechtliche Genehmigungsfähigkeit abzusichern, kulturelle Kriterien als allgemeine Fördervoraussetzungen eingeführt worden sind. Insbesondere die grundsätzliche Bedingung, dass jeder Film, um förderfähig zu sein, kulturelle, historische oder gesellschaftliche Fragen zum Thema haben muss (heute: § 41 Abs. 1 Nr. 5 FFG) sowie der sogenannte „kulturelle Test“ (heute: § 41 Abs. 1 Nr. 7 FFG) sind in der Literatur vielfach Gegenstand auch verfassungsrechtlicher Betrachtung gewesen. Sie haben teilweise Bedenken ausgelöst dahingehend, dass damit „die Waage bedenklich in Richtung Kulturförderung“ geschwankt[116] und der wirtschaftsförderungsrechtliche Charakter des Gesetzes zwar immer noch, aber doch nicht mehr so eindeutig zu bejahen sei wie noch in der früheren Fassung.

Dieses Bedenken ist indes im Rahmen der vom BVerwG und BVerfG anerkannten Logik der instrumentellen Bedeutung der kulturellen Qualitätskriterien für die Filmförderung als Wirtschaftsförderung nicht stichhaltig.[117] Ist die schon in der (auch im FFG 2004 schon enthaltenen) Aufgabenzuweisung in § 1 Abs. 1 FFG kreativ-künstlerische Qualität des deutschen Films maßgebliches Kriterium für den wirtschaftlichen Erfolg und sind also kulturelle Qualitätskriterien nicht Gegenspieler, sondern gerade Ausdruck der wirtschaftspolitischen Intention des Gesetzes, so kann es diese ratio nicht verändern, wenn die Kriterien deutlicher und expliziter im Gesetz verankert werden (als im Wesentlichen nur in der Aufgabenzuweisung). „Kulturelle Qualität als Voraussetzung für wirtschaftlichen Erfolg ist somit ausdrücklich gewollt. Die Einführung der kulturellen Kriterien verschärft zwar die Bedingungen, aber verändert nicht die ökonomische Zwecksetzung des Gesetzes.“[118]

[116] Beispielhaft: M. Fischer, Das Verhältnis zwischen Rundfunkveranstaltern und freien Produzenten im Lichte der Filmförderung, 2017, S. 73.
[117] Wie hier Von Have/Harris, Der neue kulturelle Test des Filmförderungsgesetzes, ZUM 2009, 470 (477 f.); so auch BVerwGE 139, 42, Rn. 23.
[118] Von Have/Harris, Der neue kulturelle Test des Filmförderungsgesetzes, ZUM 2009, 470 (477); s. zur Verschränkung der Förderzwecke auch Castendyk, Filmförderung, S. 132 ff.

5. Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Abgabenverpflichtung der Fernsehveranstalter

Die Rechtsprechung des BVerwG und des BVerfG ist in den Entscheidungen zu Verfassungskonformität des FFG in den Fassungen von 2004 und 2010 offenkundig von der auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützten Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes auch insoweit ausgegangen, als das Gesetz die Fernsehveranstalter, auch die öffentlich-rechtlichen Anstalten, zur Filmabgabe verpflichtete (und verpflichtet, vgl. heute: § 154 f. FFG). Zwar hat sich das BVerfG in seinem Urteil zum FFG zur Kompetenzfrage insoweit nicht explizit verhalten und ist auch das BVerwG darauf nur – aber immerhin – in eher versteckter Weise eingegangen (s. dazu sogleich). Jedoch setzt die vom BVerwG in Beanstandung des § 67 Abs. 1 FFG 2004 geforderte,[119] vom Gesetzgeber durch das 6. FFG-ÄndG 2010 umgesetzte und auch vom BVerfG – auch unter dem Gesichtspunkt der Rückwirkung – anerkannte Formalisierung der Abgabenpflicht der Rundfunkveranstalter[120] voraus, dass der Bundesgesetzgeber dafür die Kompetenz hatte und hat.

Der Gesetzgeber des FFG hat diese Kompetenz darüber hinaus auch nicht erst mit der genannten Änderung im Jahr 2010 in Anspruch genommen. Vielmehr ist die Rechtsprechung, gebilligt im FFG-Urteil des BVerfG,[121] davon ausgegangen, dass auch schon die alte Regelung in § 67 FFG dahingehend verfassungskonform auszulegen war, dass die Fernsehveranstalter materiell zur Leistung der Abgabe verpflichtet waren (Kontrahierungszwang).[122] Das BVerwG hat daraus kompetenzrechtlich (!) geschlossen, dass in der „ausdrücklichen Unterwerfung der Fernsehveranstalter […] unter die gesetzliche Abgabenpflicht […] keine grundlegende Neukonzeption der Filmförderung zu erblicken“ sei und daher die Ausübung der angenommenen konkurrierenden Bundeszuständigkeit jedenfalls auf die Änderungskompetenz des Art. 125a Abs. 2 Satz 1 GG gestützt werden könne.[123] Es steht mithin außerhalb jeden Zweifels, dass der Bundesgesetzgeber, gestützt auf seine Wirtschaftskompetenz, berechtigt – und nach Auffassung der Gerichte sogar verpflichtet – ist, die privatwirtschaftlichen und öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter in die bundesrechtliche Regelung der Filmabgabe einzubeziehen.

[119] BVerwGE 133, 165, Rn. 39 ff. (juris).
[120] BVerfGE 135, 155, Rn. 144 ff.; BVerwGE 139, 42, Rn. 72 ff.
[121] BVerfGE 135, 155 Rn. 147 (juris).
[122] BVerwGE 133, 165 Rn. 46 (juris).
[123] BVerwGE 139, 42 Rn. 37.

Daraus ist zu schließen, dass kompetenzverfassungsrechtlich nicht etwa eine exklusive Zuständigkeit der Länder für die Regelung aller Angelegenheiten des Rundfunks oder zumindest der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten besteht. Ein solcher Schluss von der Zuständigkeit der Länder für das Rundfunkrecht auf eine Allzuständigkeit für die Regelung sämtlicher rechtlicher Vorgaben für Rundfunkveranstalter wäre kompetenzrechtlich fehlerhaft. Selbst die öffentlich-rechtlichen Anstalten, die (abgesehen von der Anstalt Deutsche Welle) erst kraft landesgesetzlicher Errichtung existieren und tätig sind, sind damit nicht gleichsam „immun" gegenüber jedweder gesetzlichen Regelung durch den Bund.

Diese Einsicht ist indes nicht spektakulär und kommt auch keineswegs erst und nur in der Heranziehung der Fernsehveranstalter zur bundesgesetzlich normierten Filmabgabe zum Tragen. Vielmehr unterliegen selbstverständlich auch die Fernsehveranstalter – auch die Landesrundfunkanstalten – bundesrechtlichen Bindungen, etwa schon der allgemeinen Gesetze des Zivilrechts und Strafrechts, aber auch des Steuerrechts.[124] Das Bundes-Telekommunikationsrecht enthält selbstredend Vorgaben (etwa im Kontext der Frequenzregulierung), die auch für den Rundfunk von wesentlicher Bedeutung sind. Die grundrechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, ist als solche kompetenzneutral; ihr lässt sich kein kompetenzrechtlicher Zuweisungsgehalt zu Gunsten der Länder entnehmen (s. dazu u. V. 3.).

6. Zwischenergebnis

Der Befund des BVerfG hinsichtlich der kompetenzrechtlichen Zuordnung der bundesgesetzlichen Regelung der Filmförderung nach dem FFG ist eindeutig: Die Regelung ist umfassend in ihrer Gesamtheit, daher auch einschließlich der Vorschriften über die Erhebung der Filmabgabe u.a. bei den Unternehmen der Videowirtschaft, dem Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft" zuzuordnen und steht daher dem Bundesgesetzgeber grundsätzlich (vorbehaltlich der in dem Urteil des BVerfG indes gleichfalls bejahten Voraussetzungen des Art. 72 Abs.- 2 GG) offen. Die Förderung durch Zuwendung von Mitteln aus dem Ertrag der Filmabgabe hat im kompetenzerheblichen Primärzweck wirtschaftsregelnden Charakter. Dass das Gesetz auch kulturorientierte Qualitätskriterien für die Anerkennung förderfähiger Werke vorgibt, ändert an dieser Einordnung nichts, weil diese Kriterien dem Wirtschaftsförderungs-

[124] Vgl. BVerfGE 31, 314 – Zweite Rundfunkentscheidung: zwar Verfassungswidrigkeit der Umsatzsteuerpflicht für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als „Gewerbebetriebe", aber nicht etwa grundsätzlicher Ausschluss der Steuer-Kompetenz des Bundes für die Landes-Anstalten.

zweck nicht zuwiderlaufen oder ihn relativieren, vielmehr sogar Teil des Konzepts der Erhaltung und Stärkung einer leistungsfähigen Filmwirtschaft sind. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Filmwirtschaftsförderung, finanziert aus Mitteln einer Sonderabgabe, schließt auch die Heranziehung der – öffentlich-rechtlich verfassten und privatwirtschaftlichen – Fernsehveranstalter ein.

IV. Folgerungen für ein Film-Investitionsverpflichtungsgesetz

1.Kernthese: Übertragbarkeit der Aussagen zur kompetenzrechtlichen Zulässigkeit des FFG auf eine Regelung einer Investitionsverpflichtung

Das FFG-Urteil des BVerfG und ergänzend die kompetenzrechtlichen Auffassungen des BVerwG zur Bundesfilmförderung, die das BVerfG weitgehend übernommen hat, geben die verfassungsrechtlichen Orientierungen, die auch für die Beurteilung eines Investitionsverpflichtungs-Gesetzes zur Förderung der europäischen und deutschen Filmwirtschaft maßgeblich sind. Wie dargelegt, stoßen die verfassungsrechtlichen Kompetenzlehren trotz im Laufe der Rechtsprechung verdichteter Maßstäbe durchaus auf Rationalitätsgrenzen und sind mit der gebotenen Schwerpunktbetrachtung in Fällen, in denen thematisch verschiedene Kompetenzbereiche berührt sind, immer wieder Unsicherheiten verbunden, die sich mit den in der Praxis eingeführten Kriterien und der Methodik der Kompetenz-Zuordnung nicht durchweg ausräumen lassen.

Aber für die Thematik der Bundesfilmförderung kann das Feld als höchstrichterlich bestellt angesehen werden: Die Grundfrage der kompetenzrechtlichen Verarbeitung des Nebeneinanders und Ineinander wirtschaftlicher und kultureller Förderzwecke sowie einer darauf gerichteten Ausgestaltung der Fördermaßnahmen ist geklärt; im Schrifttum früher noch deutlicher und verbreiteter als heute geäußerte Bedenken gegenüber der Bundeskompetenz sind zurückgewiesen und haben praktisch, das kann als gesichert gelten, keine Aussichten auf verfassungsgerichtliche Anerkennung. Das verfassungsrechtliche Konzept, die Ambiguität der Förderung des Films als Wirtschafts- und Kulturgut durchaus anzuerkennen, sie aber für die Gestaltung des FFG mit der Leitidee einer nur mehr instrumentellen kulturellen Zwecksetzung kompetenzrechtlich zu Gunsten der Bundeszuständigkeit für das Recht der Wirtschaft zu entscheiden, ist seit Jahrzehnten entwickelt, vom BVerfG unzweifelhaft übernommen und der verfassungsrechtlichen Beurteilung derartiger Fördergesetze zugrunde gelegt worden.

Daher kann hinsichtlich von Förder-Gesetzen, die dem Regelungskonzept des FFG in seinen für die Kompetenzfrage maßgeblichen Zügen strukturell vergleichbar sind, mit großer Plausibilität gesagt werden, dass auch sie auf den Kompetenztitel gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden können. Erst recht muss dies gelten, wenn das zu prüfende Gesetz nach Regelungsinhalt und Wirkungen sogar nur in geringerem Maß eine kulturpolitische Stoßrichtung aufweist.

In diesem Sinn spricht alles dafür, dass auch eine direkte Investitionsverpflichtung von VoD-Diensten durch Bundesgesetz kompetenzrechtlich im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlichen Charakter hat und daher verfassungsrechtlich, was die Kompetenzmaterie angeht, zulässig ist. Sowohl im Förderzweck als auch in den wirtschaftlichen Auswirkungen auf die verpflichteten Unternehmen ist die Filmförderung über die Verwendung der Mittel aus einer zu diesem Zweck erhobenen Abgabe mit der Produktions-Filmförderung durch eine direkte Investitionsverpflichtung vergleichbar (1.). In der Gestaltung einer schlichten, nur durch das Kriterium der europäischen Werke qualifizierten, im Übrigen aber nicht weiter an bestimmte Bedingungen und Vorgaben (Subquoten) gebundenen Verpflichtung bleiben die kulturellen Implikationen der Regelung sogar weit hinter der Regelung des FFG zurück und ist der wirtschaftsrechtliche Charakter daher noch signifikant eindeutiger als beim FFG. Das gestattet einen tragfähigen Erst-Recht-Schluss: Wenn schon das FFG mit seinem immerhin in der Aufgabennorm des § 1 sowie in den Bestimmungen über den kulturellen Test angelegten Zweck der Förderung der künstlerisch-kreativen Qualität des deutschen Films als wirtschaftsrechtliche Regelung anerkannt ist, muss dies umso mehr für eine investitionslenkende Inpflichtnahme von Unternehmen gelten, die auf kulturelle Kriterien ganz verzichtet (2.). Aber auch die Einfügung einer nationalen Subquote (deutschsprachige Werke) und sogar weiterer spezifizierender Vorgaben (etwa hinsichtlich der mehr oder weniger exklusiven Ausrichtung der Investitionsverpflichtung auf kleine und mittlere Unternehmen) ändern im Konzept der dienenden/instrumentellen kulturellen Bedeutung, wie es für das FFG zugrunde gelegt worden ist, an der kompetenzrechtlichen Beurteilung nichts, zumal sie in ihrer kulturpolitischen Relevanz keineswegs die Qualitätskriterien des FFG erreichen (3.).

2. Vergleichbarkeit

Die Regelung des Fördermechanismus im FFG und diejenige einer direkten Investitionsverpflichtung mit den hier zu Grunde zu legenden Inhalten weisen selbstredend

Unterschiede auf, sind aber unter dem Gesichtspunkt der kompetenzrechtlichen Zuordnung entweder zu der dem Bund offenstehenden Materie Recht der Wirtschaft oder zur Kulturhoheit der Länder vergleichbar. Im Genaueren:

Vergleichbarkeit der Förderinstrumente bedeutet selbstredend nicht vollständige Gleichheit. Die heute nach der gesetzlichen Regelung im FFG hochgradig ausdifferenzierte Filmförderung – überwiegend aus den Erträgen aus der Filmabgabe – umfasst eine große Bandbreite verschiedener Fördergegenstände (bis hin zur Kinoförderung und Drehbuchförderung) und richtet sich nach Voraussetzungen und Kriterien, die auch eine stark steuernde, mit einer Reihe von investitionslenkenden Vorgaben des rechtspolitisch derzeit diskutierten Inhalts verknüpfte Investitionsverpflichtung nicht vorsehen könnte. Sie implementiert kulturelle Förderkriterien und ermöglicht trotz ihrer am wirtschaftlichen Erfolg von Filmen ausgerichteten ratio der Wirtschaftsförderung in den konkreten Förderentscheidungen auch die Förderung kulturell wertvoller, aber am Markt nur begrenzt erfolgreicher Filme. Schon der Umstand, dass Förderentscheidungen nicht (unmittelbar und allein) von denjenigen getroffen werden, die die Mittel bereitstellen, sondern von den jeweils aufgabenzuständigen Organen und Gremien der FFA (insb.: Förderkommissionen), gewährleistet eine strukturell andere Perspektive und Interessenlage als bei einer Verpflichtung der marktbeteiligten Verwertungsunternehmen zu Direktinvestitionen. Die FFG-Förderung (vor allem) aus den Erträgen der Filmabgabe hat also mit ihrer ausdifferenzierten Ausgestaltung und in der spezifischen Ausrichtung der Förderinstrumente ein eigenes, von der Investitionsverpflichtung verschiedenes Profil.

Jedoch stimmt sie mit dem Instrument der Investitionsverpflichtung darin überein, dass sie die Abgabenpflichtigen wirtschaftlich belastet, indem sie ihnen einen finanziellen Beitrag in Höhe eines definierten Umsatzanteils abverlangt, desgleichen auch in der generellen wirtschaftspolitischen Zielsetzung, „der deutschen Filmwirtschaft als Ganzer nachhaltigen Erfolg zu sichern“. Die Investitionsverpflichtung ist daher ein zwar nicht vollständig, aber doch in wesentlichen Hinsichten (funktionaler Überschneidungsbereich) funktional austauschbares, nur einfacher strukturiertes, weil direkt wirkendes Förderinstrument. Dies lässt auch schon die derzeitige internationale Staatspraxis im Umgang mit den beiden Instrumenten erkennen, besonders deutlich das in einigen europäischen Staaten vorgesehene Wahlrecht zwischen beiden Optionen bzw. die Anrechenbarkeit der wirtschaftlichen Belastungen aus beiden

Verpflichtungen. Die Investitionsverpflichtung verfolgt das Anliegen, zusätzliche und weitere Finanzmittel aus dem Investitionsvolumen der Anbieter für einen definierten und dadurch besonders begünstigten Kreis von Marktteilnehmern in der europäischen bzw. nationalen Filmproduktion zu erschließen. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sind sowohl die Belastungen der Dienstanbieter kraft der Verpflichtungen als auch die Begünstigungswirkungen für die Produktionswirtschaft im Kern gleichartig: In Höhe eines bestimmten Umsatz-Prozentanteils sind die Unternehmen nicht mehr völlig frei, ob und in welche Produktionen sie investieren wollen, und erhält der Produktionsmarkt – je nach Dichte der lenkenden Vorgaben einer Investitionsverpflichtung mehr oder weniger ausdifferenziert und gezielt – garantierte und in Teilen auch zusätzliche Mittel. Die Belastungen einerseits aus der Abgabe, andererseits aus der Investitionsverpflichtungen sind finanziell grundsätzlich kommensurabel, wie die rechtspolitisch erwogene Anrechnungsoption deutlich macht.

Auch die skizzierten Unterschiede zwischen der Filmförderung aus Mitteln der Filmabgabe und einer Direkt-Investitionsverpflichtung tragen kompetenzrechtlich nicht den Schluss, die Bundesgesetzgebungszuständigkeit für die Regelung einer Investitionsverpflichtung in Zweifel ziehen zu können. Sie stützen im Gegenteil eher eine Zuordnung zum Recht der Wirtschaft als dass sie dagegen sprächen. Dies ergibt sich eindeutig, wenn die für die Kompetenzzuordnung verfassungsrechtlich maßgeblichen Kriterien (Regelungsgegenstand/-gehalt, Wirkungen, Regelungszweck) herangezogen werden. Im Regelungsgehalt und auch im Regelungszweck ist der Wirtschaftsförderungs-Charakter der direkten Investitionsverpflichtung sogar eindeutiger als bei der erst über den Verwendungszweck als wirtschaftsrechtlich zu qualifizierenden Abgabenverpflichtung:

a) Regelungsgegenstand und -gehalt

Was den Gegenstand angeht, unterscheiden sich die Regelungen offenkundig in mehrfacher Hinsicht: Eine bundesgesetzliche Investitionsverpflichtung enthielte im Regelungsgehalt eine unmittelbare Direktverpflichtung der VoD-Anbieter zur Reinvestition eines Umsatzanteils in Filme (oder Serien) mehr oder weniger (je nach der Dichte zusätzlicher Vorgaben und Subquoten) spezifizierter Art. Die Pflicht zur Entrichtung einer Abgabe (Filmabgabe) hat demgegenüber als Geldleistungspflicht einen anderen Inhalt. Auch das ausdifferenzierte, detailliert geregelte Förderregime im FFG mit seinen verschiedenen Förderkategorien und dafür vorgesehenen Vorausset-

zungen sowie Verfahren hat in dem deutlich einfacher strukturierten Investitionsverpflichtungsgesetz keine Entsprechung.

Beide Unterschiede ändern aber an der Kompetenz-Zuordnung zum Recht der Wirtschaft nichts; im Gegenteil lässt sich die Investitionsverpflichtung mit ihrer deutlich geringeren Voraussetzungsdichte sogar signifikant eindeutiger als wirtschaftsrechtlich qualifizieren. Das ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

Was den Regelungsgegenstand *Abgabenpflicht* im FFG angeht, folgt die kompetenzrechtliche Zuordnung dieser Pflicht-Regelung, die an sich sachkompetentiell neutral ist (Geldleistungspflicht), erst aus dem Sachzusammenhang mit den Regeln über die Verwendung des Aufkommens aus der Abgabe.[125] Danach ergibt sich die Zugehörigkeit auch dieser Regelungen (heute: §§ 146 ff. FFG) zum Recht der Wirtschaft erst aus dem wirtschaftsrechtlichen Charakter der Regelungen über die Verausgabung der erhobenen Mittel. Dieser wiederum ist in der Rechtsprechung, wie dargelegt, namentlich aus den Wirkungen und dem Zweck der Förderregelungen (übergeordneter Wirtschaftsförderungszweck) hergeleitet worden.

Bei der Investitionsverpflichtung hat die Verpflichtung der Unternehmen hingegen schon als solche wirtschaftslenkende Wirkung, weil sie unmittelbar zur finanziellen Unterstützung der Marktteilnehmer führt, die von den Investitionen der Unternehmen profitieren. Die Investition in entsprechend dem Geschäftsmodell der Verwerter (hier: VoD-Dienstanbieter) erforderliche Produkte – Abschluss von Verträgen über Auftragsproduktionen, Verwertungs- und Lizenzverträge usw. – ist unzweifelhaft ein wirtschaftlicher Vorgang, eine gesetzliche Investitionspflicht von unternehmerischen Nachfragern von Filmproduktionen daher eine Vorgabe wirtschaftsrechtlichen Charakters.

b) Schwerpunkt Wirtschaftsförderungszweck

Auch unter dem Aspekt der Betrachtung nach dem Schwerpunkt der verfolgten Zwecke (Wirtschaftsförderungszweck versus Förderung des Films als Kulturgut) ist eine Investitionsverpflichtung noch eindeutiger als wirtschaftsrechtliche Regelung zu qualifizieren als der Fördermechanismus nach dem FFG (argumentum a maiore ad minus). Besonders deutlich ist diese Differenz und damit der Vorteil kompetenzrechtlicher Eindeutigkeit bei einer schlichten, nicht weiter durch gesetzliche Anforderungen

[125] BVerwGE 133, 165 Rn. 21: „Die Gesetzgebungskompetenz zur Einführung einer derartigen Abgabe folgt als Annexkompetenz aus der jeweiligen Sachzuständigkeit, hier derjenigen aus Art. 74 Abs. 1 Satz 1 [gemeint ist: 11] GG“.

qualifizierten Gestalt der Verpflichtung: Enthält die Verpflichtung nur die Vorgabe einer Investition in europäische Werke, ist sie also im Übrigen hinsichtlich der Genres und Inhalte, der Filmhersteller usw. unspezifisch-neutral, so fehlt einer solchen Regelung, anders als der Produktionsförderung nach dem FFG, jede kulturelle Qualifikationsanforderung. Investitionsfähig sind dann sämtliche Produktionen, solange sie nur die Zurechnung zu einem europäischen Produktionsstandort (im Sinn der Definition in der AVMD-Richtlinie) ermöglichen, Dabei ginge es also nicht einmal notwendig um Filmewerke oder Serien, die überhaupt irgendeine kulturelle Qualität (nach welchem Maßstab auch immer) für sich in Anspruch nehmen können. Eine derart inhaltsneutrale Verpflichtung ist ohne weiteres wirtschaftsrechtlich, das einzige heteronom vorgegebene Selektionskriterium ist der europäische Produktions-Markt.

Für dieses Ergebnis spricht zudem im Kriterienraster der bundesverfassungsgerichtlichen Kompetenzlehre das Argument der Allgemeinheit – Nicht-Spezifität – einer solchen Regelung: Je unspezifischer die Wirtschaftsförderung ausgestaltet ist, umso eher trägt sie auch nur allgemein wirtschaftsregulierende Züge: Es geht dann nur um die Förderung eines sachlichen Marktes (der Filmproduktion) in räumlich-regionaler Hinsicht (Europa) durch Unterstützung der hier tätigen Marktteilnehmer über eine Investitionslenkung. Eine spezifischere kulturelle Ausrichtung auf nur bestimmte Investitionsvorhaben, die der Förderung auch kompetentiell ein anderes Gepräge geben könnten, fehlt. Der allgemeinere Titel „Recht der Wirtschaft“ ist einschlägig, weil für besondere kompetenzrechtliche Anknüpfungen wie diejenige zum Medienrecht oder zu einer anderen dem Kulturhoheitsbereich der Länder zuzurechnenden Materie kein Anhaltspunkt in Regelungsgegenstand, Wirkungen und Zweck der Regelung gefunden werden kann.

c) Qualifizierte Investitionsverpflichtung, insbesondere: Subquoten

aa) Subquote deutschsprachige und/oder in Deutschland produzierte Werke

Auch die Verbindung der Investitionsverpflichtung mit einer nationalen Subquote (deutschsprachige Filme) ändert daran nichts. Zunächst geht damit nur eine regionale Spezifizierung der Investitionslenkung: Förderung insbesondere der nationalen Filmwirtschaft (bzw. derjenigen des deutschsprachigen Raums). Solange damit keine kulturellen Standards oder inhaltsbezogene Vorgaben verknüpft werden, bestehen nur lose, nachgeordnete Bezüge zu Zielen der Kulturförderung oder Vielfaltspflege. Nur auf einer allgemeinen Ebene mag die Erwartung berechtigt sein, dass deutsch-

sprachige Produktionen schon generisch, wegen des Sprach- und damit typischerweise auch Landesbezuges, eine Eigenart etwa gegenüber englischsprachigen, amerikanischen oder auch britischen, global vermarktungsfähigen Produktionen aufweisen und in diesem Sinn einen kulturellen Eigenwert beitragen können.[126] Das bleibt aber im Grad kultureller Selektivität immer noch weit hinter den Qualitätskriterien für die Förderung nach dem FFG zurück.

bb) Weitere Spezifizierungen der Investitionsverpflichtung

Je mehr weitere Spezifizierungen hinzutreten, umso eher kommt in der Tat an sich auch eine andere kompetenzrechtliche Anknüpfung – an kulturpolitische Landeskompetenz-Bereiche – in Betracht. Aber gerade die Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG zum FFG bringt, wie gezeigt, ein hohes Maß an kompetenzrechtlicher Toleranz für mitverfolgte andere Zwecke auf. Auch die kultur-qualitative Fokussierung der Förderungsregimes, wie sie in den Novellen des FFG seit 2004 implementiert wurde, hat die kompetentielle Zuordnung nicht durchgreifend beeinflussen können.

Der tragende Grund für diese Toleranz, die sich, wie dargelegt, über im Schrifttum immer wieder geäußerte Zweifel robust hinweggesetzt hat, ist der die ganze verfassungsrechtliche Argumentation zur Bundesfilmförderung beherrschende Leitgedanke des nur mehr „instrumentellen" Charakters der kulturellen Kriterien des Förderregimes. Tatsächlich geht es dabei sogar, wie schon angedeutet, weniger um ein Stufenverhältnis instrumenteller und hauptsächlicher („eigentlicher") Zwecke, vielmehr um die Gleichgerichtetheit und untrennbare Verbindung von Wirtschaftsförderung und Kulturförderung: Es lassen sich nicht ein wirtschaftspolitisch geprägter Anteil sowie ein kulturpolitischer Anteil des Gesetzes als strukturell antagonistische Positionen bestimmen und in ihrem relativen Gewicht zu bestimmen, um sodann (entsprechend dem größeren Gewicht der einen Position) den Schwerpunkt zu ermitteln. Vielmehr kann auch ein anspruchsvoller kultureller Test die Zuordnung zum Wirtschaftsrecht nicht in Frage stellen, solange gerade dieser Test funktional den Zweck der Wirtschaftsförderung stützt und zu seiner Realisierung beiträgt. Gerade diese Funktion und Wirkung schreibt aber die Rechtsprechung zum FFG den kulturellen Förderkriterien des FFG zu – oder akzeptiert doch jedenfalls die dahingehenden Annahmen des Gesetzgebers. Aus dieser Sicht sind die kulturellen Qualitätskriterien

[126] Von Have/Harris, ZUM 2009, 470 (476): „[…] Filme Ausdruck nationaler Identitäten damit Teil der Kultur eines Landes".

sogar eher Bestätigung als Schwächung oder Infragestellung der wirtschaftspolitischen Ausrichtung des Gesetzes.

Anders, also im Sinn einer abweichenden, eine andere Kompetenzzuordnung begründenden Schwerpunktbeurteilung, könnte nur zu entscheiden sein, wenn die kulturellen Kriterien für die Filmförderung sich aus dem funktionalen Zusammenhang der Förderung der europäischen (oder nationalen) Filmwirtschaft lösen würden, die Filmförderung also gerade so ausgerichtet würde, dass sie sich ihrer objektiv erkennbaren Zielsetzung nach vor allem auf wirtschaftlich erfolglose Filme, also an sich nicht „marktfähige" Filme als meritorische Güter und ihre Produzenten konzentrierte. Eine solche Bedeutung hat die Rechtsprechung den kulturellen Kriterien des FFG und also dessen Förderungssteuerung indes gerade nicht attestiert, vielmehr den Zusammenhang von kultureller Qualität und wirtschaftlichem Erfolg betont. Dieser Zusammenhang bleibt, so das BVerfG, im Übrigen auch dann noch belastbar, wenn die Förderung nicht strikt an Ergebnissen empirischer Erfolgsfaktorenforschung ausgerichtet, vielmehr auf die allgemeine Annahme gestützt wird, dass die Förderung qualitativ hochwertiger (oder zumindest Mindestanforderungen erfüllender) Filmwerke jedenfalls auf längere Sicht eine geeignete Strategie ist, auch die Filmwirtschaft als Ganze effektiv zu fördern (künstlerisch-kreativer Erfolgsfaktor).[127]

Vor diesem Hintergrund dürften die für eine gesetzliche Investitionsverpflichtung diskutierten und hier in Betracht zu nehmenden Subquoten und weiteren Anforderungen kaum vorstellbar zu einer anderen kompetenzrechtlichen Beurteilung führen können. Dies gilt ohne weiteres für nationale Quoten mit ihren ohnehin allenfalls indirekten kulturpolitischen Implikationen.

cc) Insbesondere: Subquote anrechnungsfähiger Investitionen auf kleine und mittlere Unternehmen

Es gilt aber auch für Vorgaben zu institutionellen Charakteristika der Produktions-Unternehmen, bei denen Investitionen für die Erfüllung der Quote anrechnungsfähig sind, also namentlich eine Beschränkung der anrechnungsfähigen Investitionen auf kleine und mittlere Unternehmen oder auf unabhängige Produzenten. Eine Spezifizierung der Investitionsverpflichtung auf KMU wäre als solche nicht einmal kulturbezogen, sondern zunächst ein klassisches Wirtschaftsregulierungsprogramm: Nach Regelungsgehalt und Wirkungen ginge es dabei primär um eine Unterstützung struk-

[127] BVerfGE 135, 155 Rn. 110.

turell schwächerer Marktteilnehmer im Wettbewerb zur Förderung eines lebendigen Wettbewerbs. Sonderregelungen im Hinblick auf KMU sind dem unionalen und deutschen Wirtschaftsrechts seit langem geläufig.[128]

dd) Insbesondere: Subquote für unabhängige Produzenten

Eine Unabhängigkeits-Subquote nach französischem Vorbild hätte zwar stärker kulturpolitische Implikationen, weil mit der Fokussierung auf unabhängige Produzenten auch erwartete und erwünschte Wirkungen hinsichtlich der Themen, Inhalte und filmkünstlerischen Gestaltung der produzierten Filme (und Serien) einhergehen können. Die mit Unabhängigkeits-Anforderungen intendierte Begrenzung von Möglichkeiten zu inhaltlicher Einflussnahme des Investors auf die produzierten Filme oder Serien kann eigenständige und dadurch auch vielfältigere Produktionen ermöglichen im Vergleich etwa zu unechten Auftragsproduktionen. Darin liegt (jedenfalls potentiell) ein kulturell erheblicher Vielfaltgewinn, der als auch kulturpolitische Erwartung an eine solche Regelung anerkannt werden muss.

Aber im unmittelbaren Regelungsgehalt bleibt auch eine unabhängige Produzenten begünstigende Subquote (ähnlich wie eine auf KMU zugeschnittene Vorgabe, vgl. § 20 Abs. 3 GWB) zunächst darauf gerichtet, eine Mehrzahl oder Vielzahl von eigenständigen Anbietern im Produzentenmarkt zu erhalten und Abhängigkeiten von nachfragestarken Diensteanbietern zu verringern. Darin liegt eine wettbewerbsstabilisierende oder sogar -verbessernde Maßnahme, die die Stellung der Anbieter auf der Produzentenseite gegenüber den Nachfragern strukturell stärkt.

Wenn, wie im französischen Vorbild, die Unabhängigkeit nur durch Anforderungen an die gesellschaftsrechtliche Eigenständigkeit (gegenüber den Investoren) sowie durch Ausschluss vertraglicher Beeinflussungsrechte definiert ist, verbinden sich damit auch nicht im Regelungsgehalt einer solchen Subquote weitergehende kulturelle Eingrenzungen. Auch die Unabhängigkeit hat bei einer solchen Gestaltung inhaltsneutralen Charakter. Sie macht keine Vorgaben zu den Genres, konkreten Inhalten oder zur künstlerischen Gestaltungshöhe der investitionsfähigen Produktionen. Daher lässt sich im Sinn der gerade am Beispiel der Filmförderung entwickelten Unterscheidung der Rechtsprechung zwischen eigentlichen, objektiv im Gesetz manifestierten Regelungszwecken (die kompetenzzuordnungserheblich sind) und weiteren

[128] Vgl. nur Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG), ABl. L Nr. 124 v. 20.5.2003, 36; aus dem sektoralen Wirtschaftsrecht zB: § 163 Abs. 8 TKG

Hintergrund-Motiven für eine Regelung (die für die Kompetenzzuordnung irrelevant sind)[129] auch die Erwartung, mit der Unabhängigkeits-Förderung gehe auch ein kultureller Diversitäts- und/oder Qualitätsgewinn (Behauptungsfähigkeit des unabhängigen Films am Produzentenanbieter-Markt) einher, möglicherweise als ein solches, weiteres Gesetzgebungs-Motiv ansehen, das nicht auf die kompetenzrechtliche Zuordnung durchschlägt. Jedenfalls aber, auch abgesehen davon, steht die Erwartung einer mittelbaren Förderung kultureller Diversität und/oder Qualität durch Vorgabe einer Unabhängigkeits-Subquote nicht im Vordergrund gegenüber dem unmittelbaren wirtschaftsrechtlichen Zweck der Erhaltung und Förderung eines lebendigen Wettbewerbs auf der Produzentenseite.

ee) Inhaltsbezogene Vorgaben und Kinofilm-Quote

Sollte der Gesetzgeber, wiederum nach französischem Vorbild, schließlich auch eine Vorgabe hinsichtlich der Genres von Filmen oder Serien in Erwägung ziehen (in Frankreich: die Ausgaben müssen umfassen Fiktion, Animation, kreative Dokumentarfilme, Musikvideos sowie die Aufzeichnung oder Neuschaffung von Live-Darbietungen), hätte diese Vorgabe allerdings einen deutlich stärker inhaltsbezogenen, unmittelbar eine generische Vielfalt der Produktionen, in die investiert wird, vorschreibenden Charakter. Es ist nicht zu bestreiten, dass eine derartige Regelung als solche wesentlich durch einen kulturpolitischen, eben vielfaltssichernden Regelungszweck mitbestimmt würde. Sie wiese damit eine gewisse Verwandtschaft mit den Kriterien des kulturellen Tests (§ 41 Abs. 1 Nr. 5, § 41 Abs. 1 Nr. 7 FFG) auf, ohne damit identisch zu sein.

Wird aus den vorstehend dargelegten Gründen zugrunde gelegt, dass das FFG auch mit den Änderungen seit 2010, also insbesondere mit Einführung der Vorgaben zum kulturellen Test, gleichwohl in seinem Gesamtzusammenhang als wirtschaftsrechtliche Regelung im kompetenzrechtlichen Sinn zu qualifizieren bleibt, ließe sich indes auch eine derartige, auf Genre-Kategorien spezifizierte Investitionsverpflichtung wohl noch der Kompetenzmaterie Recht der Wirtschaft zuordnen. Umso mehr gilt dies für eine rechtspolitisch erörterte Kinofilm-Subquote. Diese bezöge sich nicht auf Inhaltekategorien, sondern auf eine bestimmte Werk-Klasse, die allein durch das funktionale Kriterium der Bestimmung zur Aufführung in Filmtheatern definiert

[129] BVerwG NVwZ 2011, 998, Rn. 21: „Doch tritt die kulturelle Motivation des Gesetzgebers hinter dem im Wege der objektiven Auslegung zu erschließenden Hauptzweck des Gesetzes, der es als ein Wirtschaftsförderungsgesetz kennzeichnet, zurück und ist daher für seine kompetenzielle Einordnung nicht bestimmend,“; BVerwGE 133, 165 = BeckRS 2009, 32955 Rn. 19.

ist.[130] Mögen mit dieser Definition auch typischerweise bestimmte Qualitäten von Filmen (etwa eine grundsätzlich lange Laufzeit) und daher bestimmte kulturelle Implikationen verbunden sein, so geht es doch auch, wenn dies in die Betrachtung einbezogen wird, bei der Kinofilmförderung zuvörderst um die Unterstützung der gerade mit dieser Filmgattung befassten Kreativen, Produzenten und Kinobetreiber als Marktteilnehmer. Gerade die Filmförderung nach dem FFG ist primär Kinofilmförderung und als solche Wirtschaftsförderung.

V. Ergänzende kompetenzrechtliche Erwägungen

1. Keine Zuordnung zur Landeskompetenzmaterie Medienrecht

Das Recht der audiovisuellen Medien – in Deutschland, soweit inhalts- und organisationsbezogene Regelungen in Rede stehen, in der Zuständigkeit der Länder für das Medienrecht – sieht seit langem Vorschriften über die „Soll"-Verpflichtung von Rundfunkfunkveranstaltern vor, in ihre Programme überwiegend europäische Werke aufzunehmen („Programmquote": „Hauptanteilsregelung", Art. 16 AVMD-RL, § 15 Abs. 2 MStV), sowie einen 10 %-Anteil (entweder ihrer Sendezeit oder ihrer Haushaltsmittel) für unabhängige Produktionen europäischer Werke aufzuwenden (Art. 17 AVMD-RL) bzw. einen „wesentlichen Anteil" für Eigen- oder Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen vorzusehen (§ 15 Abs. 3 MStV) („Produktionsquote").[131] Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL in der Fassung der Novelle von 2018 und diese Vorgabe umsetzend § 77 MStV haben das rundfunkrechtliche Muster der Programmquote, wie dargelegt, auch auf audiovisuelle Mediendienste auf Abruf erstreckt. Danach sind VoD-Dienstanbieter verpflichtet, in einem Anteil von mindestens 30 % ihrer (nationalen) Kataloge europäische Werke aufzunehmen („Katalogquote"). Eine der für Fernsehprogramme vorgesehenen Produktionsquote entsprechende Vorgabe enthält die AVMD-RL auch in ihrer novellierten Fassung für VoD-Anbieter hingegen nicht.

Diese medienrechtlichen Quotenregelungen stehen offenkundig in einer sachlichen Verwandtschaft zu der hier erörterten Investitionsverpflichtung. Insofern sie von den Landesgesetzgebern in Anspruch genommen worden sind, drängt sich daher die Frage auf, ob das hier gefundene Ergebnis – konkurrierende Bundeszuständigkeit für

[130] Vgl. Art. 3 des Europäischen Übereinkommens v. 2.10.1992 über die Gemeinschaftsproduktion von Kinofilmen, BVerwGE 139, 42, Rn. 86 (juris).

[131] Die 10%-Quote für unabhängige Produktionen ist im deutschen Rundfunkrecht mithin nicht kongruent übernommen, weder hinsichtlich der quantitativen Schwelle noch hinsichtlich der Qualität „Unabhängigkeit", s. dazu schon o., B. III.

den Erlass einer Filminvestitionsverpflichtungs-Gesetzes aus dem Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft“ – mit dieser traditionellen und offenbar anerkannten Zugehörigkeit der rundfunkrechtlichen Quotenregelungen zu Landesgesetzgebungskompetenz kompetenzrechtlich harmoniert und wie sich demnach diese unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen lässt.

Dafür sind auch die beiden medienrechtlichen Quoten in ihrer jeweiligen Besonderheit in den Blick zu nehmen. Während die Programmquote („Airtime“-Quote) des § 15 Abs. 2 MStV sowie die ihr nachgebildete Katalogquote für VoD-Anbieter in § 77 MStV schon prima vista erkennbar Regelungsgegenstände haben, die von einer Investitionsverpflichtung-Regelung verschieden sind (dazu u. sub (2), scheint die Produktionsquote – für Fernsehveranstalter! – eine größere Sachnähe zur Investitionsverpflichtung aufzuweisen, sodass sich die aufgeworfene Frage insoweit mit größerer Schärfe zu stellen scheint (u. sub (3).

a) Grundsätzliche Möglichkeit einer kompetenzdivergenten Konkurrenz mehrerer Regelungen

Auf einer grundsätzlichen Ebene ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass ein Nebeneinander ähnlicher, einerseits bundesrechtlicher, andererseits landesrechtlicher Regelungen in Bezug auf einen Sachbereich oder Gegenstand verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen und gerade im Kommunikations- und Medienrecht auch keineswegs ungewöhnlich ist. Das Verfassungspostulat der Eindeutigkeit der Kompetenzzuordnung sowie das korrespondierende Verbot von Doppelzuständigkeiten bedeuten nicht, dass Regelungen, die im Regelungsgehalt oder in den Wirkungen vergleichbar sind, nicht von verschiedenen Kompetenzträgern erlassen werden können, wenn sie etwa auf verschiedene Hauptzwecke gerichtet sind und in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen Unterschiede aufweisen, aus denen sich die verschiedene Zwecksetzung objektiv stützen lässt.

Ein bekanntes klassisches Beispiel ist die Medienkonzentrationskontrolle (§§ 60 ff. MStV), die in ihrem Ansatz der Unterbindung von Monopol- oder Oligopolbildungen durch Unternehmenszusammenschlüsse deutliche Übereinstimmungen mit der kartellrechtlichen Fusionskontrolle aufweist und auch im Ergebnis ähnliche Wirkungen (faktisches Fusionsverbot) erzeugen kann, mit dem spezifisch-abweichenden Beurteilungsmaßstab der vorherrschenden Meinungsmacht sowie dem Zweck der Sicherung von Anbietervielfalt aber ein hinreichend eigenständiges Profil aufweist,

welches ihre Zuordnung zur Landeskompetenz für das Medienrecht rechtfertigt.[132] Dass die Länder zum Erlass derartiger Regelungen – in Ergänzung der kartellrechtlichen Vorschriften und Verfahren – berechtigt sind, wird heute dementsprechend wohl nicht mehr bestritten.

Weitere Beispiele für derartige Komplementaritäten zwischen bundes- und landesgesetzlichen Vorschriften lassen sich in den Verhältnissen etwa des Telemediengesetzes zu den landesrundfunkrechtlichen Bestimmungen (heute insbesondere im Medienstaatsvertrag), des allgemeinen Kartellrechts sowie des Telekommunikationsrechts gegenüber den Vorschriften der Plattform- und Medienintermediärregulierung im MStV oder auch im Jugendschutz finden.

Auch für den Regelungsbereich der Filmförderung sind derartige Konkurrenzen mehrerer Regelungen sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene daher keineswegs schon als solche prekär: Landesgesetzliche Regelungen oder Landesförderprogramme, die nach ihren Fördervoraussetzungen und ihrem Regelungszweck primär auf die Erhaltung kulturellen Reichtums oder die Gewährleistung von Angebotsdiversität gerichtet sind, können neben bundes-wirtschaftsrechtlichen Regelungen grundsätzlich Bestand haben.

b) Katalogquote (§ 77 Satz 1 MStV)

Die Katalogquote in § 77 Satz 1 MStV verpflichtet die „Anbieter fernsehähnlicher Telemedien“ dazu, europäische Werke mindestens in Höhe eines 30 %-Anteils in ihren Katalogen zu führen. Der unmittelbare Regelungsgehalt besteht mithin in einer *Angebotspflicht*, nicht in der Auferlegung einer Produktionsförderung durch Abgabenerhebung oder eine direkte Investitionsverpflichtung. Die Pflicht betrifft mithin unmittelbar die Angebotsgestaltung,[133] während eine Investitionsverpflichtungs-Regelung der hier untersuchten Art unmittelbar gerade keine Pflicht zum Angebot der Werke, in die Investitionen geflossen sind, vorsieht.[134] Die Investitionsverpflichtung wird daher nur (in der Regel) mittelbar Auswirkungen auch auf das Katalogangebot haben. Diese sind hier weitere – faktische – Folge der auferlegten Pflicht, während bei § 77 Satz 1 MStV umgekehrt die wirtschaftliche Produktionsförderung mittelbarer Effekt der unmittelbaren Angebotsgestaltungs-Vorgabe ist.

---

[132] Vgl. nur Müller-Terpitz, in: BeckOK InfoMedienR, § 60 MStV Rn. 7 ff.

[133] S. zur älteren Programmquote als Eingriff in die Programmfreiheit Gundel, ZUM 1998, 1002 (1007 ff.).

[134] S. auch Lütje/Conrad, ZUM 2014, 749 (755), für das Verhältnis der europäischen Quoten zur Filmabgabe.

Die Angebots-Gestaltungsvorgabe in § 77 MStV besteht auch nicht in Beschränkungen mit dem Schutzzweck des allgemeinen Rechtsgüterschutzes (Art. 5 Abs. 2 GG, etwa: Jugendschutz oder Persönlichkeitsschutz), sondern zur Gewährleistung einer für angemessen gehaltenen Repräsentanz einer bestimmten Klasse von Filmwerken (eben: europäische Werke) im zugänglich gemachten Angebot. Damit handelt es sich aber um einen genuin medienrechtlichen Regelungsgegenstand: Die normative Vorgabe betrifft den inhaltlichen Zuschnitt der Angebote der VoD-Dienstanbieter mit dem Zweck und der Wirkung, den Rezipienten dieser Medien jedenfalls in einem signifikanten Anteil Werke aus dem europäischen Produktionsraum mit erwartet europäischen Inhaltebezügen verfügbar zu machen, und zwar ggf. auch im Korrektur einer Angebotspolitik der Unternehmen, sofern diese ansonsten ausschließlich oder zu einem über 70% hinausgehenden Teil nur außereuropäische (etwa US-amerikanische) Produktionen in ihren Katalogen führen würden. Die Regelung zielt also auf die Gewährleistung einer Mindest-Diversität der Angebote unter dem Gesichtspunkt des Produktionsstandortes.

Dieser Normzweck der Vielfaltsicherung wird dementsprechend auch in § 77 Satz 1 MStV (wie auch in § 15 Abs. 2) an erster Stelle genannt („zur Darstellung der Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum“). Die Regelung verfolgt mithin unzweifelhaft das Ziel, die Zugänglichmachung europäischer Werke vorzuschreiben, weil damit Werke anzubieten sind, mit denen die Erwartung verbunden ist, dass sie in signifikantem Umfang thematisch europäische Lebenswelten verarbeiten oder in ihrer spezifischen Machart europäische Besonderheiten aufweisen, dies jeweils in der Diversität der verschiedenen europäischer Kulturen. Zwar bezeichnet § 77 Satz 1 als zweites Ziel auch die Förderung von europäischen Film- und Fernsehproduktionen und betont Erwägungsgrund Nr. 35 zur AVMD-ÄndRL 2018 deutlicher diesen Produktions-Förderzweck.[135] Aber schon in der nachrangigen Anordnung dieses Regelungszwecks wird jedenfalls sichtbar, dass hier, anders als in § 1 Abs. 1 Satz1 FFG, von einer nur mehr instrumentellen Bedeutung kultureller Aspekte für einen Hauptzweck der Wirtschaftsförderung nicht die Rede sein kann. Vielmehr stehen die Zwe-

[135] AVMD-ÄndRL 2018/1808 v. 14.11.2018, EG Nr. 35: „Anbieter audiovisueller Mediendienste auf Abruf sollten die Produktion und Verbreitung europäischer Werke fördern, indem sie dafür sorgen, dass ihre Kataloge einen Mindestanteil europäischer Werke enthalten und dass diese Werke darin hinreichend herausgestellt werden. […] Anbieter audiovisueller Mediendienste auf Abruf sollten die Produktion und Verbreitung europäischer Werke fördern, indem sie dafür sorgen, dass ihre Kataloge einen Mindestanteil europäischer Werke enthalten und dass diese Werke darin hinreichend herausgestellt werden.“

cke zumindest gleichrangig nebeneinander, wenn nicht sogar die Förderung der europäischen Produktionen hier eher als dienende Voraussetzung für die angestrebte kulturelle Vielfalt in den Angeboten verstanden werden muss.

Dafür, dass es der Regelung vor allem um die Repräsentanz der europäischen Werke (mit ihrem spezifischen Charakter) im zugänglich gemachten Angebot geht, also um eine Vielfaltsgewährleistung, spricht systematisch schließlich auch die Vorgabe in Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL/§ 77 Satz 3 MStV, derzufolge die europäischen Werke in den Katalogen *herauszustellen* sind. Diese Anforderung ist in ihrem Regelungsgehalt eine Maßnahme der Auffindbarkeitsregulierung, wie sie im Medienrecht beispielsweise auch in § 84 MStV eingeführt ist. Mag auch von ihr mittelbar ein Fördereffekt auf die Produktion europäischer Werke ausgehen,[136] so sind doch ihre unmittelbare Wirkung und ihr Primärzweck die kraft der vorzusehenden Maßnahmen verbesserte Zugänglichkeit der europäischen Werke in den Katalogen, um so möglichst gute Bedingungen dafür zu schaffen, dass die Nutzer von dem Angebot gerade dieser Werke Gebrauch machen. Dies unterstreicht den Charakter der Regelung des § 77 MStV als Vorschrift der medienrechtlichen Vielfaltsgewährleistung.

Dass die unionsrechtliche Richtlinienvorgabe im Vergleich mit der deutschen Umsetzungsvorschrift eine stärker wirtschaftsrechtliche Akzentuierung hat, ist aus der für die Richtlinie in Anspruch genommenen Binnenmarkts-Unionskompetenz (hier konkret: Art. 53 Abs. 1 und Art. 62 AEUV) verständlich, für die deutsche Kompetenzbeurteilung nach den verfassungsrechtlichen Maßstäben des Grundgesetzes aber unschädlich: In der Umsetzung durch die Landesgesetzgeber ist die in den medienrechtlichen Gesamtzusammenhang eingefügte Vorschrift des § 77 MStV (wie auch diejenige des § 15 für die Fernsehveranstalter) eindeutig auf den Zweck der Vielfaltsgewährleistung ausgerichtet worden.

c) Produktionsquote

Eine VoD-Dienstanbietern auferlegte Produktionsquote sehen weder die AVMD-Richtlinie noch der Medienstaatsvertrag als Umsetzungsgesetz vor. Erwägungen hinsichtlich eines möglicherweise medienrechtlichen Charakters im kompetenzrechtlichen Sinn einer solchen Regelung könnten sich daher überhaupt nur aus der in Art. 17 AVMD-RL vorgesehenen Gewährleistung im Hinblick auf Fernsehveranstalter

[136] In diese Richtung die in vorstehender Fußnote wiedergegebene Erwägung in der AVMD-ÄndRL; für einen primär kulturpolitischen Charakter nationaler (Sprach-)Programmquoten Gundel, ZUM 1998, 1002 (1006 f.).

herleiten. In der Tat hat diese auf europäische Werke unabhängiger Produzenten gerichtete 10 %-Quote eine gewisse Ähnlichkeit mit der hier u.a. erörterten Subquote für unabhängige Produktionen und allgemeiner auch mit einer Investitionsverpflichtung zur Förderung der Filmproduktion schlechthin.

Jedoch lässt sich aus dieser Ähnlichkeit kein Schluss dahingehend ziehen, dass (spezifizierte) Investitionsverpflichtungen von Medienunternehmen anerkanntermaßen und traditionellerweise der den Ländern nach Art. 30, 70 GG zustehenden Materie des Medienrechts im engeren Sinn zugehörig seien. Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

Eine der Investitionsverpflichtung im Regelungsgehalt vergleichbare Regelung sieht überhaupt nur Art.17 Satz 1 AVMD-RL in seiner zweiten Variante vor. Danach können die Mitgliedstaaten ihrer – nur als Bemühungspflicht ausgestalteten – Gewährleistungspflicht dadurch nachkommen, dass sie den Fernsehveranstaltern auferlegen, mindestens 10% ihrer Haushaltsmittel für die Programmgestaltung Werken unabhängiger Produzenten vorzubehalten. Die erste Alternative der Bestimmung hingegen bezieht auch diese Unabhängigkeitsquote – wie Art. 16 AVMD-RL die Hauptteilsquote – auf den Sendezeitanteil, also auf das Programmangebot. Für diese Alternative gilt nach den kompetenzzuordnungserheblichen Kriterien nichts anderes als für die Programmquote selbst: Sie ist nach Regelungsgehalt, -wirkungen und -zweck nur mittelbar auf die Förderung der Produktion gerichtet, betrifft unmittelbar hingegen die Programmgestaltung.[137] Die zweite Alternative indes hat in der Tat den Gehalt einer Investitionsverpflichtung, indem ein bestimmter Haushaltsmittelanteil der Reinvestition in eine bestimmte Werkklasse vorbehalten wird.

Diese unionsrechtliche optionale Regelung ist jedoch für die Kompetenzzuordnung nach dem Maßstab deutschen Verfassungsrechts unerheblich. Auch in dieser Hinsicht gilt, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzzuordnung nicht vom Unionsrecht „regiert“ wird, wie es das BVerfG mit Blick auf die beihilfenrechtliche Rechtfertigung der Filmabgabe als Kulturbeihilfe formuliert hat.[138] Die Kompetenzzuordnung der nationalen Vorschriften zur Durchführung der Richtlinie hat nach den genuin verfassungsrechtlichen Verteilungsregeln und Maßstäben, die sich aus Art. 30, 70 f. GG ergeben, zu erfolgen; sie wird durch die Verortung der durchzuführenden Vor-

[137] Lütje/Conrad, ZUM 2014, 749 (756).
[138] BVerfGE 135, 155 Rn. 111 (juris).

schriften in einem Unionsrechtsakt, für den sich die Rechtsetzungszuständigkeit der Union nicht nach den deutschen Verteilungsregeln bestimmt, nicht präjudiziert. Das Unionsrecht braucht sich für die interne Zuständigkeitsverteilung in föderal organisierten Mitgliedstaaten nicht zu interessieren, es ist „landesblind“. Auch die AVMD-RL ist daher nicht ein Unionsrechtsakt, für den die Umsetzungszuständigkeit umfassend und geschlossen bei den deutschen Ländern liegt, nur weil sich die Richtlinie ihrem Regelungsgegenstand nach mit Mediendiensten befasst. Dementsprechend werden Teile der Vorgaben der Richtlinie in Deutschland durch Bundesrecht durchgeführt; ein Beispiel sind die Regelungen über Anforderungen an Video-Sharing-Plattformen, die zum größeren Teil dem Bundesgesetzgeber im TMG belassen worden sind (Art. 28b AVMD-RL, §§ 10a-10c TMG).

Auch was die Vorgaben zu den Fernsehveranstalter-Quoten und nun auch zur VoD-Dienstanbieterquote in Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL angeht, kann schon bezweifelt werden, ob eine kompetentielle Qualifizierung dieser Gegenstände als Medienrecht im Sinn der deutschen Materienabgrenzung zwingend ist; unionsrechtlich sind die Quotenregelungen immer eher mit einer medienwirtschaftsrechtlichen Zielsetzung im Binnenmarkt verbunden worden. Manifest werden solche Zweifel indes in besonderem Maß hinsichtlich der Produktionsquote des Art. 17 Satz 1 2. Alternative AVMD-RL, insofern diese Alternative nicht mehr unmittelbar auf die Programmgestaltung zielt, sondern Finanzressourcen für die Reinvestition in bestimmte Filme bindet. Eine solche, unmittelbar auf die Produktionsförderung zielende Verpflichtung hat aber, wie gezeigt, sogar noch deutlicher wirtschaftsrechtlichen Charakter als die Belastung mit einer Filmabgabe, die traditionell und bundesverfassungsgerichtlich bestätigt seit jeher kompetenzrechtlich der Materie des Wirtschaftsrechts zugeordnet wird.

Indem Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL neben der Investitionsverpflichtung auch die Belegung mit einer Abgabenpflicht als mitgliedstaatliche Möglichkeit einer Filmförderung aufführt, weist die Richtlinie auch an dieser Stelle (so wie bei den schon erwähnten Dienstanbieterpflichten der Video-Sharing-Anbieter) über den Regelungsbereich hinaus, der im Koordinatensystem der deutschen Kompetenzmaterien-Abgrenzung das Landes-Medienrecht ausmacht. Ist die in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL genannte Abgabenbelastung kein nach deutschen Kompetenzlehren der Landeskompetenz unterfallender medienrechtlicher Regelungsgegenstand, so gibt es keinen sich

aus der Richtlinie ergebenden systematischen Grund dafür, dass dies für die Option einer Investitionsverpflichtung anders sein sollte; die Nennung der beiden Förderinstrumente in einem systematischen Zusammenhang spricht sogar für das Gegenteil: Ist die deutsche Staatspraxis der Inanspruchnahme der Kompetenz zur Auferlegung der Filmabgabe durch den Bund inzwischen bundesverfassungsgerichtlich anerkannt, spricht die Systematik des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL dafür, dass die auch aus unionsrechtlicher Sicht dem gleichen Förderzweck dienende Investitionsverpflichtungs-Regelungsoption kompetenzrechtlich gleich zu behandeln, also Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen ist. Die unionsrechtliche Systematik des Art. 13 Abs. AVMD-RL bestätigt also das hier gefundene, oben aus einem Vergleich der Abgabenpflicht und einer Investitionsverpflichtung begründete Ergebnis. Regelungen zur Durchführung des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL hätten danach als primär und unmittelbar der Produktionsförderung dienenden Regelungen aus Sicht der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung des Grundgesetzes wirtschaftsrechtlichen Charakter. Hinsichtlich der Programm- und Katalogquoten (Art. 16 Abs. 1 bzw. Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL) lässt sich hingegen der landesrechtliche, auf die Zuständigkeit für das Medien-Funktionssicherungsrecht gestützte Zugriff zumindest rechtfertigen, weil hier der Vielfaltsgewährleistungszweck im Vordergrund steht und es gegenständlich um eine Regelung der Angebotsgestaltung geht.

Ob vor diesem Hintergrund auch die Produktionsquote in Art. 17 AVMD-RL – jedenfalls in der zweiten Alternative der haushaltsmittelbezogenen 10%-Quote – aus Sicht der deutschen verfassungsrechtlichen Kompetenzzuordnung als wirtschaftsrechtlicher und daher dem Bund zugänglicher Regelungsgegenstand (Art. 74 Abs.1 Nr. 11 GG) einzuordnen wäre, bedarf indes hier keiner weiteren Erörterung: Eine derartige Quotenregelung haben die Länder als Staatsvertragsparteien nicht getroffen; sie haben von der unionsrechtlich eröffneten Option, die jene Frage mit Schärfe aufgeworfen hätte, nicht Gebrauch gemacht. Vielmehr ist auch die in § 15 Abs. 3 MStV normierte Sollvorschrift wieder nur (wie schon die Hauptteilsregelung in § 15 Abs. 2 MStV) als Programm-Anteilsvorgabe gefasst. Bleibt die Bestimmung ohnehin hinter Art. 17 AVMD-RL substantiell deutlich zurück (insb.: keine Anforderung der Aufnahme unabhängiger Werke), wählt sie zudem nur die in der unionsrechtlichen Vorgabe bereitgestellte erste Alternative einer Anteilsvorgabe für die Sendezeit. In dieser Fassung ist aber auch die zweite („Produktions“-)Quote unmittelbar auf die Programmgestaltung bezogen; das rechtfertigt – wie bei § 15 Abs. 2 MStV und § 77

MStV die kompetenzrechtliche Zuordnung zur Landeskompetenz für das Medienrecht.

d) Zwischenergebnis

Die genauere Analyse ergibt also keine Ungereimtheiten oder gar Widersprüche, sondern ein insgesamt kohärentes Bild der kompetenzrechtlichen Zuordnung: Die Programmquote (Hauptteilsregelung) des § 15 Abs. 2 MStV, beruhend auf Art. 16 Abs. 1 AVMD-RL, sowie die Katalogquote (30 %) des § 77 MStV, gestützt auf Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL, lassen sich in der Gestalt des Medienstaatsvertrags plausibel der Landes-Kompetenzmaterie Medienrecht zuordnen, desgleichen die Fernsehveranstalter-Produktionsquote des § 15 Abs. 3 MStV in ihrem ebenfalls auf einen Programmanteil (nicht eine Finanzmittelbindung) gerichteten Regelungsgehalt. Die in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL thematisierten Förderinstrumente, die auf die Inanspruchnahme finanzieller Ressourcen der Mediendiensteanbieter zielen – sowie möglicherweise, hier aber nicht weiter zu diskutieren, auch eine Produktionsquote gem. Art. 17 Satz 1 2. Alternative AVMD-RL – haben hingegen einen im Schwerpunkt auf die wirtschaftliche Produktionsförderung gerichteten Gehalt und Zweck. In der Variante der Filmabgabe ist eines dieser Instrumente bereits bisher bundesrechtlich normiert worden; alles – und eben auch die Systematik der Vorgaben in der Richtlinie – spricht dafür, dass dies auch in der Variante der „Direktinvestition“ (§ 13 Abs. 2 AVMD-RL) kompetenzrechtlich zulässig wäre.

2. Normadressaten

Auch das im Kontext der Kompetenzzuordnung immer wieder herangezogene Kriterium des Kreises der Normadressaten führt hier nicht zu einer abweichenden, eine Zuständigkeit der Länder gebietenden Beurteilung. Das Adressatenkriterium ist eine Ausprägung (ratione personae) des zuordnungserheblichen Kriteriums der Spezifität einer Regelung: Erfasst eine Vorschrift in ihrem Tatbestand ausschließlich Medienangehörige oder Medienunternehmen, ist sie also medienspezifisch, so kann dies ein gewichtiges Argument für eine Zuordnung zum Medienrecht sein.[139] So ressortiert etwa der besondere Auskunftsanspruch der Medien (Presse, Rundfunk und heute auch Telemedien) grundsätzlich[140] zur Kompetenzmaterie des Medienrechts wesent-

[139] Cornils in Löffler Presserecht, 6. Aufl. 2015, Einl Rn. 43;

[140] So auch das BVerwG AfP 2015, 362 Rn. 18; soweit der Anspruch gegen Behörden gerichtet wird, die Bundesgesetze ausführen, soll allerdings eine ungeschriebene Annexkompetenz zur jeweiligen Sachkompetenz des Bundes diese Zugehörigkeit zum Medienrecht überspielen, st. Rspr. seit BVerw-

lich deswegen, weil er ausschließlich Medienangehörigen zusteht, also ein Sonderrecht („Privileg“) der Medien konstituiert.[141]

Jedoch bedeutet dies selbstverständlich nicht, dass Journalisten oder Medienunternehmen unter keinem Aspekt einer bundesrechtlichen Regulierung zugänglich wären. Wie das schon erwähnte Beispiel des Zeugnisverweigerungsrechts der Journalisten zeigt, kann es an der Medien-Spezifität, dem medien-sonderrechtlichen Charakter einer Regelung schon dann fehlen, wenn die auf die Medienangehörigen zielende Regelung damit nur eine von mehreren Berufsgruppen erfasst, die einer gleichen oder vergleichbaren Regelung unterworfen werden.[142] Die kompetenzrechtlich nicht zu beanstandende, im Gegenteil sogar gleichheitsrechtlich gebotene[143] Verpflichtung auch (neben anderen Schuldnern) der Rundfunkveranstalter und Rundfunkanstalten zur Entrichtung der Filmabgabe im FFG (vgl. § 154 für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk) belegt, wie oben dargelegt, auch für den Sachbereich der Filmförderung, dass Medienunternehmen, selbst die Anstalten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, keineswegs ausschließlich unter die Regelungshoheit der Länder fallen, vielmehr bei einem wirtschaftsrechtlichen Regelungsschwerpunkt in Bundesgesetzen erfasst werden können. Die Heranziehung der Fernsehveranstalter zur Filmabgabe ist nicht rundfunkspezifisch, sondern betrifft die Rundfunkunternehmen nur neben anderen Verwertergruppen als eine Teilgruppe der sämtlich finanzierungsverantwortlichen und daher eine homogene Gruppe bildenden Marktteilnehmer auf den Ebenen der Filmverwertung. Auch für eine Investitionsverpflichtung, die zur Herstellung von grundrechtlich gebotener Belastungsgleichheit im Grundsatz alle aus gleichartigen Gründen finanzierungsverantwortlichen Unternehmen heranziehen muss, bedeutet dies, dass der Bund an einer Einbeziehung auch der Fernsehveranstalter in den Kreis der Normadressaten jedenfalls nicht aus Kompetenzgründen gehindert wäre.

Auch begründet die Grundrechtsberechtigung von Medienunternehmen und publizistisch tätigen Personen aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG keine Alleinzuständigkeit der Länder. Die grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte verpflichten ebenenübergreifend alle Staatsgewalt (selbstredend auch den Bund) und sind nicht kompetenzbe-

---

GE 146, 56; kritisch dazu u.a. Cornils, DÖV 2013, 657; ders. AfP 1016, 205; ders. ZG 2019, 323 (326 ff.).

[141] Cornils, Der medienrechtliche Auskunftsanspruch in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, DÖV 2013, 657 (659).

[142] BVerfGE 36, 193 Rn. 32: „allgemeine verfahrensrechtliche Frage“.

[143] BVerwG Beschl. v. 25.2.2009 – 6 C 49/07, BeckRS 2009, 33329 Rn. 39 ff.; vgl. auch BVerfGE 135, 155 Rn. 144 ff.

stimmend.[144] Auch und erst recht die bundesgesetzliche Inanspruchnahme von VoD-Dienstanbietern als nicht klassischen Medienunternehmen zu Zwecken der Wirtschaftsförderung ist daher kompetenzrechtlich begründbar.

Erstreckt sich mithin die auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützte Bundeskompetenz für die Regelung einer kulturwirtschaftlichen Filmförderung, finanziert aus den Beiträgen der hauptsächlichen Filmverwerter als finanzierungsverantwortlicher Gruppe, auch auf die Fernsehveranstalter, so wäre dies auch bei einer Filmförderung durch Direktinvestitionen der Fall.

3. „Verzahnung“ und Sachzusammenhang

Zu erörtern bleibt, ob mögliche Sachzusammenhänge zwischen einer Regelung einer Investitionsverpflichtung und einerseits der medienrechtlichen Vorschrift über die Katalogquote (§ 77 MStV), andererseits der bundesrechtlichen Auferlegung der Filmabgabe im FFG die verfassungsrechtliche Kompetenzzuordnung beeinflussen. Die Frage einer über den Sachzusammenhang möglicherweise begründeten Zuordnung einer Regelung über die Rechteentbündelung bedarf besonderer Betrachtung; sie bleibt hier vorerst ausgespart und es wird auf sie zurückzukommen sein (s. u., sub VI.).

Der Sachzusammenhang kann, wie dargelegt, zum einen unter dem Gesichtspunkt einer kompetenzbegründenden „Verzahnung“ der in Rede stehenden Regelung mit den sie umgebenden Regelungen, also der untrennbaren systematischen Verbindung mit dem Regelungskontext, in den sie gestellt ist, beachtlich sein. Zum anderen kommt er als Argument für eine erweiternde Einbeziehung an sich kompetenzfremder Regelungsgegenstände in die kraft einer Stammkompetenz gegebene Regelungsbefugnis in Betracht (stillschweigend mitgeschriebene Kompetenz kraft Sachzusammenhangs). Ist für die Verzahnung das Kriterium der Unteilbarkeit eines Regelungszusammenhangs ausschlaggebend (Testfrage: Kann die in Rede stehende Regelung für sich allein oder in einem anderen gesetzessystematischen Kontext stehen?), so kommt es für den kompetenzerweiternden Sachzusammenhang, wie dargelegt, auf die Unerlässlichkeit der Mitregelung des an sich kompetenzfremden Gegenstandes an (Testfrage: Kann die auf die Stammkompetenz gestützte Regelung sinnvoller-

[144] Vgl. BVerfGE 36, 193 Rn. 31 (juris); Cornils in Löffler Presserecht, 6. Aufl. 2015, Einl Rn. 45; Herbst, Gesetzgebungskompetenzen, S. 64 ff.

weise auch ohne die in Rede stehende kompetenzfremde Regelung erlassen werden?, s. zu beidem o., sub II. 2. e).

a) Kein kompetenzerweiternder Sachzusammenhang

Was zunächst die Kompetenzerweiterung kraft Sachzusammenhangs angeht (stillschweigend mitgeschriebene Gesetzgebungskompetenz), ist eindeutig, dass die dafür geltenden Anforderungen nicht erfüllt sind, und zwar in Ansehung beider hier erörterter Verhältnisse (zu § 77 MStV und zu § 153 FFG). Sowohl die Katalogquotenregelung des Medienstaatsvertrags als auch die Vorschrift über die Abgabenpflicht der Anbieter von Videoabrufdiensten im FFG konnten offenkundig auch ohne die Regelung einer Investitionspflicht von VoD-Diensten erlassen werden. Und in umgekehrter Richtung ist eine Investitionsverpflichtungsregelung unzweifelhaft vorstellbar auch ohne Mitregelung einer Filmabgabenpflicht oder einer Pflicht, in einem gewissen Anteil des Katalog-Angebots europäische Werke vorzuhalten.

aa) Investitionsverpflichtung und Abgabenpflicht

Die Investitionspflicht und die Abgabenpflicht können, wie dies in den europäischen Staaten in verschiedenen Konfigurationen geschehen ist, kumulativ oder alternativ oder allein in der einen oder anderen Belastungsart auferlegt werden. Sachlich zwingend ist eine Zusammenregelung keineswegs. Insbesondere lässt sich nicht begründen, dass die Regelung einer (zusätzlichen) Investitionsverpflichtung den Wirkungen und dem objektiven Regelungszweck der Katalogpflicht oder der Filmabgabenpflicht zuwiderläuft oder die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der genannten Pflichten unterläuft. Wäre dem so, könnte immerhin argumentiert werden, dass auch in der *Nichtregelung* einer Investitionsverpflichtung ein Gebrauchmachen von der dem Gesetzgeber der Katalogpflicht (Länder) bzw. demjenigen der Filmabgabe (Bund) zukommenden Kompetenz zur Mitregelung auch der Investitionsverpflichtungen läge („absichtsvoller Regelungsverzicht“[145]). Auch diese Argumentation ist aber nur eine Variante der für den kompetenzerweiternden Sachzusammenhang tragenden Voraussetzung notwendiger Mitregelung: Der durch die in Anspruch genommene Stammkompetenz regelungsbefugte Gesetzgeber müsste unabdingbar die Befugnis auch zur Regelung des an sich kompetenzfremden Gegenstandes haben, auch wenn er von einer positiven Regelung selbst absieht, weil eine Regelung stattdessen durch den anderen Gesetzgeber seine auf die Stammkompetenz gestützte Regelung konterkarieren würde. Das aber lässt sich für die hier diskutierten Verhältnisse nicht beja-

[145] S. dazu BVerfGE 98, 265 (300); kritisch Barczak, Zeitschrift für Gesetzgebung 31 (2016), 154 ff.

hen. Die Auferlegung einer Investitionsverpflichtung zusätzlich zur bestehenden Filmabgabenpflicht durch einen anderen Gesetzgeber (hier also die Länder) stellt, wie die entsprechenden Regelungen in anderen europäischen Staaten zeigen, die Filmabgabenpflicht nicht in Frage.

Selbstverständlich muss eine hinzutretende Investitionsverpflichtung die schon bestehende Belastung derselben Adressaten berücksichtigen und etwa in die Verhältnismäßigkeitsbeurteilung der weiteren Pflicht einstellen. Dies kann bedeuten, dass die weitere Pflicht in ihrer Reichweite oder ihrem Volumen begrenzt werden muss oder eine Anrechnungsmöglichkeit vorzusehen ist. Damit sind aber Fragen der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Norm berührt. Kompetenzerweiternd zugunsten des Bundes als des Gesetzgebers der Filmabgabenpflicht wirkt diese Vorfindlichkeit der Filmabgabenpflicht hingegen nicht (keine kompetenzzuordnungsbestimmende Tatbestandwirkung der früheren Regelung).

Insbesondere würde der für die Kompetenzerweiterung erforderliche zwingende Sachzusammenhang nicht durch eine – ggf. sogar aus Grundrechtsgründen erforderliche – gesetzlich vorgesehene Anrechnungsmöglichkeit der einen auf die andere Verpflichtung begründet. Soll die Leistung der Filmabgabe (hier insbesondere aus § 153 FFG) auf die Investitionspflicht angerechnet, also nach einem näher zu bestimmenden Schlüssel von der auferlegten Investitionsquote abgezogen werden können, so folgt daraus nicht, dass der die Filmabgabe regelnde Gesetzgeber notwendigerweise auch die Investitionsverpflichtung regeln muss (oder vice versa), sodass sich aus dem Gesichtspunkt des kompetenzerweiternden Sachzusammenhangs die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers auch für die letztere Regelung ergäbe. Vorstellbar erscheint vielmehr ohne weiteres eine Anrechnungsklausel, die auf die Leistungen in Erfüllung einer durch ein anderes Gesetz eines anderen Gesetzgebers auferlegten Pflicht Bezug nimmt. So könnte etwa eine landesgesetzliche Investitionsverpflichtung (die Sachkompetenz dafür hier einmal unterstellt), die Anrechenbarkeit einer anderweitig (zum Beispiel im Bundes-FFG) geregelten Filmabgabenpflicht vorsehen. Für die Anrechenbarkeit ist nicht denknotwendig, dass die verrechnungsfähigen Pflichten im selben Gesetz oder auch nur in Gesetzen desselben Gesetzgebers normiert sind.

bb) Investitionsverpflichtung und Katalogpflicht

Schon gar nicht besteht ein derartiger Sachzusammenhang, der eine notwendige Mitregelung gebietet, im Verhältnis zur medienrechtlichen Katalogpflicht. Diese hat, wie dargelegt, schon einen anderen Regelungsgehalt, kann einerseits – wie schon derzeit – ohne weiteres ohne eine parallel auferlegte Investitionsverpflichtung bestehen und wird andererseits durch eine etwaig eingeführte bundesgesetzliche Investitionsverpflichtung nicht in ihrer gesetzlich bezweckten Wirkung beeinträchtigt. Vielmehr treffen sich die tatsächlichen Auswirkungen beider Regelungen sogar in einer nicht unerheblichen Schnittmenge und kann die unionsrechtlich vorgegebene und daher schon unionsrechtlich legitimierte Katalogpflicht die Investitionsverpflichtung daher im Umfang dieser Schnittmenge verfassungsrechtlich entlasten; darauf wird unter dem Gesichtspunkt grundrechtlicher Rechtfertigungslasten einer Investitionsverpflichtungsregelung noch zurückzukommen sein (s. u., sub D. VII 3. c)). Bestehen auch hier (wie schon im Verhältnis zur Filmabgabe) mithin für die materiell verfassungsrechtliche Beurteilung einer Investitionsverpflichtung Wechselbezüglichkeiten zwischen den Regelungen, so bedeutet diese Relevanz der einen Regelung (des § 77 MStV) für die Rechtfertigung der anderen Regelung (einer Investitionsverpflichtung) doch keineswegs, dass die Gesetzgebungszuständigkeit für beide Regelungen notwendig in einer Hand liegen müsste.

b) Kompetenzbegründung kraft Verzahnung

Ist die Regelung einer Investitionsverpflichtung mithin als selbstständige denkbar und kann sie durchaus auch in einem eigenständigen Gesetz (als gesetzestechnische Einheit) gefasst werden, liegt auch die Vorstellung einer sachlich gebotenen engen *Verzahnung* mit der Regelung der Filmabgabe oder der landesmedienrechtlichen Regelung der Katalogquote fern. Dies gilt auch dann, wenn für die Kompetenzbegründung kraft „Verzahnung“ kein zwingender Sachzusammenhang im Sinn der insoweit strikten Rechtsprechung des BVerfG gefordert wird (s. dazu o., II. 2. e)) und wenn darüber hinaus angenommen wird, dass der Gesetzgeber in Grenzen die Möglichkeit hat, durch die Gestaltung seiner Gesamtregelung den Effekt einer kompetenzrechtlich beachtlichen „Verzahnung“ selbst herbeizuführen, indem er die in Rede stehende Regelung so in den Kontext einer anderen Regelung einbettet, dass sie nur einen randständigen, unselbstständig-abhängigen Regelungsgehalt aufweist.

Zwar ist vorstellbar, dass der Bundesgesetzgeber eine beabsichtigte Regelung über die Auferlegung einer Investitionspflicht in den Kontext des bestehenden Filmförde-

rungsgesetzes einfügt, sodass die Frage aufgeworfen wäre, ob die kompetentielle Zuordnung der Gesamtregelung des Gesetzes (zum Recht der Wirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) ohne weiteres auch die neue Regelung über die Investitionsverpflichtung erfasst. Auf eine selbständige Kompetenzzuordnung dieser Regelung im Sinne der vorstehend angestellten Überlegungen käme es dann gar nicht an. Aber die gesetzestechnisch-systematische Zusammenführung der Regelungen könnte doch in der Sache nicht darüber hinweghelfen, dass es sich bei der Investitionsverpflichtung um einen substantiell anderen, weiteren und eben auch als selbstständig gefasste Verpflichtung vorstellbaren Regelungsinhalt handelt.

Hängt dieser ohnehin nicht denknotwendig von der schon bestehenden Regelung über die Filmabgabe ab (s.o., 4. a) aa)), wäre er auch in seinen Voraussetzungen nicht derart mit den Vorschriften über die Abgabenpflicht verschränkt, dass eine hinreichend enge Verzahnung angenommen und damit der Verzicht auf eine eigenständige kompetenzrechtliche Beurteilung der Regelung gerechtfertigt werden könnte. Auch eine aus materiellrechtlichen Gründen möglicherweise sinnvolle oder sogar gebotene Anrechnungsklausel, über die eine rechtliche Verbindung zwischen den beiden Verpflichtungskategorien hergestellt würde, führt wie dargestellt nicht zur Unteilbarkeit beider Regelungen und zur Notwendigkeit einer kompetenzrechtlichen Zusammenbetrachtung. Die entscheidende Testfrage, ob die Investitionsverpflichtung auch in einem neuen, eigenständigen Gesetzeswerk geregelt werden könnte, ist vielmehr eindeutig zu bejahen. Damit dürfte indes auch der Gedanke einer Kompetenzbegründung kraft Verzahnung kaum tragfähig sein.

c) Ergebnis

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass eine Regelung über eine Investitionspflicht von VoD-Anbietern nicht in einer sachlichen oder gesetzessystematischen Abhängigkeit von den bundesrechtlichen Regelungen über die Auferlegung der Filmabgabe im FFG einerseits, der landes-medienrechtlichen Katalogpflicht in § 77 MStV andererseits steht, die es rechtfertigen würde, eine Kompetenzzuordnung der Regelung entweder zur Bundeszuständigkeit oder zur Landeszuständigkeit nach den Grundsätzen der Verzahnung oder des kompetenzerweiternden Sachzusammenhangs vorzunehmen. Es bleibt vielmehr dabei, dass die Investitionsverpflichtung – als solche sowie mit etwaigen spezifizierenden Vorgaben wie Subquoten – einen eigenständigen Regelungsinhalt hat, der dementsprechend kompetenzrechtlich auch eigenständig und spezifisch bezogen auf diese Regelung zu beurteilen ist. Aus dem Gesichtspunkt des

Sachzusammenhangs ergibt sich mithin keine abweichende Beurteilung der Gesetzgebungskompetenz oder andere Begründung der oben schon bejahten Bundeszuständigkeit aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

VI. Regelung von Nutzungsrechten

Wird das Regelungsgefüge gesetzlicher Bestimmungen über eine Investitionsverpflichtung mit einer Vorschrift verbunden, die die vertragliche Gestaltungsfreiheit über die Nutzungsrechte an Filmen einschränkt, etwa über ein gesetzliches Verbot von total-buy-out-Vereinbarungen oder die unabdingbare Vorgabe eines Rückfalls von Rechten an den Filmhersteller nach Ablauf einer bestimmten Zeit (z. B. nach dem Muster des § 67 Abs. 7-10 FFG), wirft dies die Frage auf, ob eine solche Koppelung Einfluss auf die kompetenzrechtliche Zuordnung hat.

1. Ausgangspunkt: Urheberrechtlicher Charakter von Regelungen über den Rechteerwerb

Dass eine solche Vorschrift über Nutzungsrechte an Filmwerken nach ihrem Regelungsgehalt an sich urheberrechtlichen Charakter hat und daher bei isolierter Betrachtung der ausschließlich dem Bund zustehenden Gesetzgebungskompetenz für das Urheberrecht gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG zuzuordnen wäre, ist schon festgestellt worden.

Die noch zu erörternde Frage geht nun dahin, ob erstens diese Zuordnung einer Rechteentbündelungsklausel zum Urheberrecht durch den Regelungszusammenhang mit einer Investitionsverpflichtung überholt wird, also auch die Bestimmung über die vertragliche Gestaltung der urheberrechtlichen Rechte der Kompetenzzuordnung der Gesamtregelung zum Recht der Wirtschaft folgt, oder ob zweitens eine Gestaltung denkbar ist, in der umgekehrt der urheberrechtliche Charakter der Rechteteilungs-Klausel die kompetenzrechtliche Zuordnung der Investitionsverpflichtung prägt und insgesamt daher die Kompetenzmaterie für Urheberrecht einschlägig ist.

2. Begrenzte Relevanz der Frage

Die aufgeworfene Frage ist verfassungsrechtlich anspruchsvoll, weil sie abermals nur anhand von Maßstäben des Regelungs- oder Sachzusammenhangs entschieden werden kann, die ein nicht unerhebliches Maß an Unschärfe und jedenfalls Wertungsabhängigkeit aufweisen. Für das hier verfolgte rechtspraktische Untersuchungsanliegen erscheint indes eine erschöpfende Erörterung entbehrlich, weil es nur um die Ab-

grenzung zweier Kompetenzbereiche geht, für die jeweils dem Bund die Regelungsbefugnis eröffnet ist.[146] Zwar sind die verfassungsrechtlichen Unterschiede in den Voraussetzungen für die Ausübung einerseits der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz für das Urheberrecht, andererseits der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft nicht zu übersehen. Wird aber angenommen (und nachfolgend begründet, s. dazu u., sub VII.) dass die Kompetenzausübungsvoraussetzung einer erforderlichen bundesgesetzlichen Regelung des Gegenstandes (Art. 72 Abs. 2 GG) bei einer auf den Kompetenztitel Recht der Wirtschaft gestützten Regelung der Investitionsverpflichtung gegeben sind, kommt es auf den relativen kompetenzrechtlichen Vorteil für den Bund, den die ausschließliche Zuständigkeit aus Art. 73 GG verschafft (s. Art. 71 GG), im Ergebnis nicht an. Dies rechtfertigt eine kursorische Stellungnahme zu dieser Frage.

3. Zuordnung zum Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) kraft Verzahnung oder Sachzusammenhangs?

Was zunächst eine kompetenzrechtliche Zusammen-Betrachtung einer Nutzungsrechte-Regelung mit einer gesetzlichen Investitionsverpflichtung nach den Grundsätzen der Verzahnungs-Lehre anbetrifft, so lässt sich die dafür erforderliche Abhängigkeit und Unselbstständigkeit einer solchen Rechte-Vorbehaltsklausel von der Gesamtregelung sicherlich nicht grundsätzlich und generell annehmen. Eine solche Regelung ist ihrem Inhalt nach keineswegs notwendig untrennbar mit Vorschriften über die Vorgabe einer Investitionsverpflichtung verbunden. Sie betrifft an sich ein anderes Regelungsthema, mithin die vertragliche Ausgestaltung urheberrechtlicher Rechte und wäre grundsätzlich auch als Vorschrift im Rahmen der Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes über die Einräumung vertraglicher Nutzungsrechte oder im Kontext der Regelung des Leistungsschutzrechts der Filmhersteller denkbar.

Allerdings erscheint eine Gestaltung des Gesetzes, aus der sich ein Verhältnis der Abhängigkeit einer Nutzungsrechte-Teilregelung von der Investitionsverpflichtungs-Gesamtregelung ergäbe, immerhin vorstellbar. Der Bundesgesetzgeber, der eine Investitionsverpflichtungs-Regelung erlässt, könnte Bedingungen einer vertraglichen Vereinbarung über Nutzungsrechte gesetzestechnisch so mit der Investitionsverpflichtung verknüpfen, dass ein enger Regelungszusammenhang entsteht, in dem die

[146] S. zu dieser auch vom BVerfG geübten Praxis, bei der Abgrenzung verschiedener in Betracht kommender Bundeskompetenzen auf eine exakte Zuordnung zu verzichten, BVerfGE 103, 197 (215 f.); 138, 261 Rn. 33, BVerfGE 136, 194 Rn. 111 und schon o., C. II.

gesetzlichen Vorgaben für die Nutzungsverträge nur und spezifisch auf die von der Investitionsverpflichtung erfassten Verträge zugeschnitten sind. In dieser Weise verbindet etwa die eingangs dargestellte französische Verordnung Einschränkungen des Rechteerwerbs in zeitlicher Hinsicht mit der Qualifikation von Produktionen als unabhängig im Sinne der Unabhängigkeits-Subquote. Auch das FFG enthält Regelungen zur Rechteentbündelung im Kontext der Förderbewilligung (§ 67 Abs. 7-10 FFG). Hinsichtlich der diese Vorschriften einführenden bzw. ändernden Gesetzgebung ist die Frage der Gesetzgebungskompetenz, soweit ersichtlich, nicht spezifisch aufgeworfen worden. Die Ausführungen zur Gesetzgebungskompetenz in den Begründungen der Entwürfe nehmen für das ganze Gesetz, einschließlich der Vorschriften über die Rechteentbündelung nur auf die Kompetenzmaterie Recht der Wirtschaft Bezug, gehen also offenkundig von einer durch den Regelungszusammenhang begründeten einheitlichen Zuordnung zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG aus.[147]

In der Tat: Bei einer solchen, beide Regelungsgegenstände verknüpfenden Regelung ginge es mithin nicht um eine *allgemeine urheberrechtliche* Vorgabe für die Ausgestaltung von Verträgen zwischen Filmherstellern und nutzungsberechtigten Dritten (namentlich Auftraggebern oder Finanzierern von Filmproduktionen). Vielmehr beschränkte sich der gesetzgeberische Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien im Hinblick auf urheberrechtliche Nutzungsrechte in seiner Reichweite von vornherein auf solche Verträge, die von der Investitionsverpflichtung erfasst sind. Die Nutzungsrechte-Regelung stünde mithin in ihrer ausschließlichen Bezogenheit auf die Produktionen, hinsichtlich derer die Unabhängigkeits-Subquote greift, tatsächlich in einer logischen Abhängigkeit von dieser Investitionsverpflichtungs-Regelung.

Eine solche Gestaltung erschiene unter dem kompetenzrechtlichen Aspekt vergleichbar derjenigen in der Vorschrift über das Kurzberichterstattungsrecht von Rundfunkveranstaltern, von der das BVerfG entschieden hat, dass der urheberrechtlichen Teilregelung hier keine hinreichend selbstständige Bedeutung zukommt, diese sich vielmehr in ihrer funktionalen Ergänzungs-Funktion für die rundfunkrechtliche Regelung der Kurzberichterstattung erschöpft.

Vor diesem Hintergrund erscheint es gut vertretbar, jedenfalls bei einer ausschließlich auf die kraft der Investitionsverpflichtung obligatorischen Verträge bezogenen Nutzungsrechte-Regelung, die zudem gesetzessystematisch in den Regelungszu-

[147] BR-Drs. 551/08 (zum 5. FFGÄndG), S. 49 f.; BT-Drs. 18/8592 (FFG 2016), S. 78 f.

sammenhang der Investitionsverpflichtung eingebunden würde, von einer hinreichend engen Verzahnung auszugehen mit der Folge, dass auch die Nutzungsrechte-Regelung dem Kompetenztitel Recht der Wirtschaft (und nicht: Urheberrecht) zuzuordnen wäre.

Nicht tragfähig hinsichtlich einer Zuordnung auch einer Regelung über urheberrechtliche Nutzungsrechte zur Kompetenzmaterie Recht der Wirtschaft erscheint hingegen der Gedanke des kompetenzerweiternden Sachzusammenhangs: Unzweifelhaft kann eine Investitionsverpflichtung – in schlichter oder über Subquoten qualifizierter Gestalt – sinnvoll auch ohne Mitregelung der Nutzungsrechte an dem Filmwerk geregelt werden. Der für die stillschweigend mitgeschriebene Kompetenz erforderliche zwingende Sachzusammenhang lässt sich hier nicht begründen.

4. Zuordnung auch der Regelung über die Investitionsverpflichtung zum Urheberrecht (Art. 73 Abs.1 Nr. 9 GG)?

Dies gilt auch für eine einheitliche Kompetenzzuordnung zum Urheberrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG) kraft Verzahnung in umgekehrter Richtung, also ausgehend von der Regelung der Nutzungsrechte, die daher als die den Schwerpunkt der Gesamtregelung bildende und kompetenzprägende Vorschrift betrachtet werden müsste. Letzteres erscheint für die hier zu erörternden Gestaltungen eines Investitionsverpflichtungsgesetzes schwerlich vorstellbar. Danach steht die Investitionsverpflichtung hinsichtlich europäischer Werke, ggf. auch weiter qualifizierter Produktionen (Subquoten), im Vordergrund und bildet den Hauptzweck des gesetzgeberischen Vorhabens. Eine allgemeine, über die Reichweite einer Investitionsverpflichtung zur Filmförderung hinausreichende Neuregelung des Urhebervertragsrechts oder auch nur, thematisch eingeschränkter, des Schutzrechts der Filmhersteller (einschließlich seiner vertragsrechtlichen Bezüge) ist nicht Gegenstand der Diskussion und der hier vorgenommenen Untersuchung. Vielmehr sollen die gesetzlichen Bedingungen hinsichtlich der vertraglichen Ausgestaltung der Nutzungsrechte ausschließlich auf diejenigen Verträge bezogen bleiben, die zur Erfüllung der gesetzlichen Investitionspflicht eingegangen werden.

Wird die Nutzungsrechte-Regelung, wie im französischen Beispiel, direkt und allein mit den obligatorischen Investitionen in unabhängige Produktionen verknüpft, ist die Abhängigkeitsrelation besonders deutlich: Die Nutzungsrechte-Regelung ergänzt bereichsspezifisch die Investitionsverpflichtung durch Errichtung einer besonderen

zusätzlichen Bedingung, nicht ist umgekehrt die Investitionsverpflichtung ein nachrangiger, unselbstständiger Aspekt der Neuregelung des urheberrechtlichen Rahmens für vertraglich vereinbarte Nutzungsrechte. Wenn hier also überhaupt, bei entsprechender gesetzlicher Gestaltung, eine enge Verzahnung angenommen werden kann (s. o., VI. 3.), die eine einheitliche kompetenzrechtliche Zuordnung rechtfertigt, dann nur in der Richtung, dass die Nutzungs-Regelung einen nur geringen eigenständige Regelungsgehalt aufweist und eng in die insgesamt wirtschaftsrechtliche Gesamtregelung der Investitionsverpflichtung eingebunden ist.

Dieses Ergebnis lässt sich auch kaum überzeugend durch einen Rückgriff auf die Figur des kompetenzerweiternden Sachzusammenhangs umkehren. Zwar ließe sich argumentieren, dass eine Regelung, die die Vertragsfreiheit der VoD-Dienstanbieter bei der Gestaltung der Nutzungsrechte in Vereinbarungen mit den Filmherstellern einschränkt, ihre volle Wirksamkeit nur entfalten kann, wenn sie mit der Investitionsverpflichtung verbunden wird. Der Bundes-Urheberrechtsgesetzgeber könnte in der Konsequenz dieser Überlegung diese Einschränkung der privatautonomen Rechtegestaltung sinnvoll nur regeln, wenn er zugleich die Dienstanbieter, die Filmwerke öffentlich zugänglich machen, zum Abschluss solcher Verträge, also zu Investitionen, verpflichtet, weil andernfalls die Anbieter wegen der für sie ungünstigeren gesetzlichen Vorgaben zu den urheberrechtlichen Rechten ggf. von derartigen Investitionen absehen oder sie begrenzen. Aber selbst wenn von einer isolierten urheberrechtlichen Regelung der Filmhersteller-Nutzungsrechte ein derartiger investitionsdämpfender Effekt ausgehen könnte – was hier nicht abschließend beurteilt werden kann –, ließe dies nicht den Schluss zu, die urheberrechtliche Regelung als solche wäre sinnvoll ohne eine Mitregelung der Investitionsverpflichtung nicht möglich. Nachteilige Auswirkungen auf Ziele der Filmförderung könnten den Normzweck von Filmförderungsregelungen beeinträchtigen, aber nicht denjenigen des Urheberrechts. Ein zwingender Sachzusammenhang, der auch die Investitionsverpflichtung als dem Kompetenzbereich Urheberrecht zugehörig erscheinen ließe, besteht nicht.

Wenn überhaupt, bestätigt die hier erörterte mögliche Interdependenz einer Nutzungsrechte-Regelung mit der Investitionsverpflichtung das oben gefundene Ergebnis einer (bei entsprechender gesetzlicher Gestaltung) engen Einbindung (Verzahnung) der ersteren in die Regelung der letzteren mit der Folge, dass die Gesamtregelung insgesamt als Wirtschaftsförderungsregelung dem Kompetenzbereich Recht der

Wirtschaft zuzuordnen wäre: Die Investitionsverpflichtung muss, soll zugleich eine Nutzungsrechte-Regelung erlassen werden und gleichwohl die volle Wirksamkeit der Investitionsverpflichtung gewahrt bleiben, mit der Nutzungsrechte-Regelung verbunden werden – derart, dass die Nutzungsrechte-Regelung jedenfalls gerade für die auf die Investitionsverpflichtung anrechenbaren Investitionen (z.B.in unabhängige Produktionen) gilt –, weil andernfalls ggf. eine „Flucht" der Dienstanbieter in einen nicht mit der Nutzungsrechte-Regelung belasteten Rechteerwerb möglich wäre.

5. Ergebnis

Zusammenfassend folgt aus alledem, dass für die Regelung der Investitionsverpflichtung jedenfalls die Zuordnung zur Bundeszuständigkeit für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs.1 Nr. 11 GG) maßgeblich bleibt. Eine in den Regelungszusammenhang einer solchen Investitionsverpflichtung integrierte und darauf in ihrer Reichweite beschränkte Nutzungsrechte-Regelung kann unter dem Gesichtspunkt der „engen Verzahnung" als unselbständige Teilregelung gut vertretbar kompetenzrechtlich ebenfalls dem Recht der Wirtschaft – und nicht dem Urheberrecht – zugeordnet werden. Nimmt die Nutzungsrechte-Regelung indes einen selbständigen Charakter an, erfasst sie insbesondere auch Verträge außerhalb der Investitionspflichttatbestände (Generalquote und gegebenenfalls Subquoten) und weist sie daher einen eigenständigen, von der Investitionsverpflichtung nicht abhängigen Regelungsgehalt auf, schlägt ihre sachliche Zugehörigkeit zum Urheberrecht durch und begründet dies die reguläre Zuordnung zur Kompetenzmaterie Urheberrecht, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG.

VII. Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG

Die Inanspruchnahme der Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist durch das Grundgesetz zusätzlich an die Ausübungsvoraussetzung des Art. 72 Abs. 2 GG geknüpft. Danach muss die bundesgesetzliche Regelung erforderlich sein entweder für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse. Während die Ziele der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse oder der Wahrung der Rechtseinheit mit Blick auf die vom BVerfG dafür formulierten strengen Kriterien[148] kaum zugunsten einer Filmproduktionsförderung durch eine direkte Investitionsverpflichtung herangezogen werden können, erscheint die Wahrung der Wirtschaftsein-

[148] BVerfGE 106, 62 (135 ff.) – Altenpflege; BVerfGE 111, 226 (257); 140, 65 Rn. 31 ff.; aus der Literatur nur Broemel in v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 72 Rn. 35 ff.

heit als ein die Bundesgesetzgebung tragendes Argument auch für eine wirtschaftspolitisch ausgerichtete Filmförderung mit dem Instrument der direkten Investitionsverpflichtung belastbar.

Allerdings ist auch dieses Argument mit erheblichen Anforderungen verbunden, die für die Erschließung einer Bundeskompetenz bewältigt werden müssen. Danach ist die Erforderlichkeit bundesgesetzlicher Regelung nur gegeben, „wenn Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen".[149] Die Regelung muss geboten sein, um „die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums" der Bundesrepublik zu erhalten.[150] Das kann der Fall sein, wenn

> „unterschiedliche landesrechtliche Regelungen […] Schranken oder Hindernisse für den wirtschaftlichen Verkehr im Bundesgebiet errichten und insbesondere die Verteilung des wirtschaftlichen (personellen und sachlichen) Potentials verzerren; auch tatsächliche Verschiedenheiten zwischen den Ländern können der Gesamtwirtschaft in erheblichem Umfang abträglich sein."[151]

Für das auf die konkurrierende Bundeskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützte Filmförderungsregime nach dem FFG ist seit jeher das Bedürfnis (und später, nach Änderung der Verfassungsbestimmung, die Erforderlichkeit) einer bundesgesetzlichen Regelung vom Gesetzgeber mit den Besonderheiten der überregionalen Filmförderung – gerade neben und in Ergänzung der standortbezogenen Filmförderung der Länder – begründet worden.[152] Das BVerwG und das BVerfG haben diese Gründe für ein gesamtstaatliches Interesse und die darauf bezogene Erforderlichkeit der Regelung durch Bundesgesetz anerkannt.[153]

Der Kerngedanke dieser Begründung ist auf die direkte Investitionsverpflichtung übertragbar: Wäre eine landesgesetzliche Begründung der Abgabenbelastung an den Einsatz der Mittel für regionale Förderungen standortansässiger Filmproduktionen gebunden und darauf beschränkt, so könnten auch Investitionsverpflichtungsregelungen der Länder jeweils nur Investitionen vorschreiben, die einen Bezug zu in dem

---

[149] Z.B. BVerfGE 140, 65, Rn. 49.
[150] BVerfGE 106, 612 – Altenpflegegesetz, Rn. 330 (juris).
[151] BVerfGE 106, 62, Rn. 331 (juris).
[152] S. zu Art. 72 Abs. 2 GG in der heute geltenden Fassung (Erforderlichkeitsbedingung): Begründung zum Entwurf der Bundesregierung eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Filmförderungsgesetzes vom 12.2.2010, BR-Drs. 75/10, S. 6 f.; Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum FFG 2016, BT-Drs. 18/8592, S. 79; S. dazu näher Schauf, Filmförderung, S. 236 f.
[153] VGl. BVerfGE 135, 155 Rn. 115 ff.

jeweiligen Land produzierten Filmwerken hätten. Mithin differenzierte sich auch diese Form der Filmförderung in regionale Märkte aus. Abgesehen von der Unpraktikabilität einer solchen föderal ausdifferenzierten Vielfalt von Verpflichtungsregelungen könnte damit auch das Anliegen einer standortunabhängigen Produktionsförderung nur nach den Kriterien des europäischen oder (bei einer entsprechenden Subquote) deutschsprachigen Werkes nicht in gleicher Weise verwirklicht werden.

Zwar sind nicht alle zur Rechtfertigung der bundesgesetzlichen Regelung der Filmabgabe und der übrigen Regelungen des FFG angeführten Argumente auch für die Regelung der Investitionsverpflichtung beachtlich, so etwa das vom BVerfG herangezogene Argument einer „effizienten Beratung der Bundesregierung bei der Wahrnehmung filmpolitischer Außenkompetenzen“.[154] Aber das Hauptargument der wesensmäßigen Überregionalität des Regelungsgegenstandes und des anzuerkennenden Zwecks einer Förderung der Funktionsfähigkeit des gesamtstaatlichen, einheitlichen Wirtschaftsraums für die Filmwirtschaft schlägt mit eher noch größerem Gewicht auch für die Investitionsverpflichtung durch: Insbesondere spricht die Eigenart der in Rede stehenden Regelung, VoD-Dienste in die Pflicht zu nehmen, welche in aller Regel nationale Kataloge und keine regional (auf einzelne Bundesländer) begrenzten Angebote vorhalten, umso mehr gerade bei der Investitionsverpflichtung für eine bundeseinheitliche Regelung. Gründe, aus denen hinsichtlich einer bundesgesetzlichen Regelung einer Investitionsverpflichtung von VoD-Diensten zur Förderung der europäischen (und deutschsprachigen) Filmproduktion eine strengere Lesart und Anwendung der Erforderlichkeitsregel des Art. 72 Abs. 2 GG geboten sein sollte, sind hingegen nicht ersichtlich.

VIII. Ergebnis

Als Ergebnis der Untersuchungen ist festzuhalten, dass sich der Bundesgesetzgeber für den Erlass einer Verpflichtung von VoD-Anbietern, Investitionen in europäische und deutschsprachige Werke oder in Werke aus einer Herstellung an Produktionsorten in Deutschland vorzunehmen, auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, stützen kann. Auch eine gesetzliche Vorgabe von Investitions-Subquoten und weiteren Anforderungen mit dem derzeit rechtspolitisch diskutierten Inhalt könnte an dieser anderen kompetenzrechtli-

[154] BVerfGE 135, 155 Rn. 116 (juris).

chen Beurteilung nichts ändern. Dies gilt nach den Annahmen des BVerfG zur Filmförderung nach dem FFG sogar dann, wenn diese Vorgaben der Investitionslenkung eine auch kulturpolitische Schutzrichtung geben sollten, zumal diese – mangels (für die deutsche Regelung offenbar nicht diskutierter) inhaltsbezogener Qualitätskriterien – noch deutlich weniger ausgeprägt sein dürfte als im Förderregime des FFG.

Wird die Regelung in gesetzestechnisch enger Verbindung mit einer Vorschrift verknüpft, die Verträge über Nutzungsrechte an Filmwerken, in die zur Erfüllung der Investitionspflichten investiert wird, einschränkenden Bedingungen unterwirft (etwa einer zeitlichen Begrenzung eines ausschließlichen Nutzungsrechts des Anbieters), spricht viel dafür, dass auch diese Regelungen kompetenzrechtlich wie die Gesamtregelung der Materie Recht der Wirtschaft zuzuordnen sind. Jedenfalls aber kann der Bund auch für diese Regelung die Gesetzgebungskompetenz beanspruchen. Bedenken hinsichtlich der Kompetenzausübungsvoraussetzungen gemäß Art. 72 Abs. 2 GG bestehen nicht.

D. Vereinbarkeit der Investitionsverpflichtung mit den Grundrechten der Streaming-Dienste

I. Allgemeines und Gang der Untersuchung

Zweiter Gegenstand der Untersuchung ist die fragliche Vereinbarkeit einer gesetzlichen Investitionsverpflichtung der skizzierten Art (in ihren Varianten) mit den Grundrechten der verpflichteten VoD-Dienstanbieter. Diese Anbieter werden durch die Verpflichtung in ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit beschränkt und ggf. auch im Verhältnis zu anderen Gruppen ungleich behandelt.

Reinvestitionsverpflichtungen nehmen – in der Höhe des Umsatzanteils, auf den die Investitionspflicht festgesetzt ist – Kapital der Unternehmen in Anspruch. Die Normadressaten sind in dieser Höhe des Umsatzanteils nicht mehr frei, ihre Erträge entweder überhaupt nicht oder in andere als die vorgegebenen Filmproduktionen zu investieren. Indem die Investitionsverpflichtung darauf hinausläuft, Verträge mit Produktionsunternehmen aus der Gruppe derjenigen Produzenten, hinsichtlich derer eine Investitionsquote festgelegt ist (etwa auch: Subquote unabhängiger Produzenten), abschließen zu müssen, wird zugleich auch die unternehmerische Vertragsfreiheit eingeschränkt. Schließlich kommen auch freiheitbeschränkende Effekte hinsichtlich der Zusammenstellung der Dienstangebote (Kataloge), insbesondere für den deutschen Markt, in Betracht. Insofern ist der Frage nachzugehen, ob und inwieweit die Freiheit der Angebotsgestaltung besonderen grundrechtlichen Schutz erfährt, aus dem sich spezifische Rechtfertigungslasten für den Eingriff ergeben.

Für die Beantwortung dieser Frage sind zunächst die maßgeblichen grundrechtlichen Maßstäbe zu klären. Dies betrifft mit Blick auf den unionsrechtlichen Hintergrund einer solchen Gesetzesregelung zunächst die Frage der Einschlägigkeit der deutschen Grundrechte des Grundgesetzes (II. 1.). Sodann ist zu erörtern, welche freiheitsrechtlichen Gewährleistungen hinsichtlich der in Betracht zu ziehenden Belastungseffekte maßgeblich sind; insbesondere betrifft dies auch die Frage, ob neben den Wirtschaftsgrundrechten (insb. Art. 12 Abs. 1 GG) auch ein mediengrundrechtlicher Schutz der Angebotsgestaltungsfreiheit der Dienstanbieter eingreift (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) (II. 2.).

Auf die als einschlägig erkannten freiheitsrechtlichen Schutzbereiche sind sodann die in Betracht kommenden Belastungswirkungen zu beziehen und daraufhin zu prüfen,

ob ihnen die Qualität eines Rechtfertigungslasten auslösenden Grundrechtseingriffs zukommt (III.). Insofern die gesetzliche Regelung in die grundrechtlichen Gewährleistungen der Investitions-, Vertrags- und ggf. auch Angebotsgestaltungsfreiheit der Dienstanbieter eingreift, muss sie den Anforderungen der einschlägigen Schrankenermächtigungen (insb.: Art. 12 Abs. 1Satz 2 GG und Art. 5 Abs. 2 GG) genügen (IV.). Die in der rechtspolitischen Debatte zirkulierenden Vorschläge für eine Regelung der Investitionsverpflichtung wecken teilweise Zweifel unter den Gesichtspunkten rechtsstaatlich gebotener Bestimmtheit und Normenklarheit; das gibt Anlass, insoweit die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen auszuloten und daraus Folgerungen für eine verfassungsrechtlich tragfähige Fassung des Gesetzes abzuleiten (V.).

Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen sodann die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auch für diese Zentralfrage erweist sich die vergleichende Betrachtung der für das Regime des FFG in der Rechtsprechung angenommenen Grundsätze und Schlussfolgerungen als fruchtbar: Insofern wird der Zusammenhang, der zwischen den in der sektoralen Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtfertigung von Sonderabgaben entwickelten Prüfkriterien und den Freiheitsrechten (nicht nur dem Grundsatz der Belastungsgleichheit) besteht, zu erhellen sein. Ergeben sich die bereichsspezifischen Anforderungen an die Rechtfertigung von Sonderabgaben nicht nur aus der Finanzverfassung und dem Gleichheitssatz, sondern auch aus den Freiheitsrechten (Abgabeneingriff), kann eine Filmabgabe auch der VoD-Dienstanbieter nach Maßgabe dieser Anforderungen aber gerechtfertigt werden, lässt sich daraus auch auf die grundrechtliche Rechtfertigungsfähigkeit einer Investitionsverpflichtung – die letztlich nur eine andere Modalität der Verpflichtung bei vergleichbaren wirtschaftlichen Belastungseffekten und Förderzwecken ist – schließen. Da die Belastung der Videowirtschaft (einschließlich der Videoabrufdienste) wie auch der anderen Filmrechteverwerter mit einer Sonderabgabe als nach den Maßstäben der Finanzverfassung, aber auch der Grundrechte gerechtfertigt angesehen worden ist, kann für eine direkte Investitionsverpflichtung grundsätzlich nichts anderes gelten, ist diese im Gegenteil sogar eher zumutbar, weil und in dem Maß, in dem sie den verpflichteten Anbietern weitergehende Dispositionsspielräume belässt als die Heranziehung zur Filmabgabe. Verspricht diese vergleichende Betrachtung, wie schon bei der Prüfung der Gesetzgebungskompetenz, auch hinsichtlich der grundrechtlichen Maßstäbe Ertrag, so ist indes nicht nur die funktionelle Austauschbarkeit

und Ähnlichkeit der Instrumente, sondern sind selbstredend auch die Unterschiede zwischen diesen Instrumenten in den Blick zu nehmen (VI).

Das aus der Übertragung der verfassungsrechtlichen Erkenntnisse zur Filmabgabe begründete Ergebnis soll des Weiteren durch ergänzende Erwägungen, die sich aus Grundsätzen und Kriterien, wie sie in der Dogmatik zur Beurteilung investitionslenkender Regulierungsmaßnahmen entwickelt worden sind, auf die Probe gestellt und ggf. untermauert werden (VII.). Dabei geht es insbesondere um Gesichtspunkte, die für die Bestimmung des Gewichts der abwägungserheblichen Positionen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn Bedeutung haben. So hängt etwa die Zumutbarkeit der grundrechtserheblichen Beschränkungen wesentlich von deren Gewicht ab (Eingriffsintensität). Muss dieses daher abgeschätzt werden, sind dafür sowohl die wirtschaftliche Belastung als auch die verbleibenden Handlungsspielräume der Unternehmen in den Blick zu nehmen. Offenkundig bestehen hier Relationen zwischen der Dichte und Strenge der gesetzlichen Anforderungen und dem Gewicht der Beschränkung in grundrechtlich geschützten Freiheitspositionen, die hier für die verschiedenen Regelungsoptionen (insbesondere: Verbindung mit Subquoten sowie die zu beurteilende Rechteteilungs-Klausel) auszumessen sind. Wie schon bemerkt, wird die grundrechtliche Verhältnismäßigkeit-Beurteilung kaum zur Feststellung definiter Zumutbarkeitsgrenzen gelangen können, sich vielmehr auf die Beschreibung allgemeiner Maßstäbe und Kriterien für die Zumutbarkeit beschränken müssen. Dafür sind andererseits – vergleichbar der materiell-verfassungsrechtlichen Prüfung der Filmabgabe – auch etwaige Nutzeffekte, die von einer Förderung des Produktionsmarktes durch eine Investitionsverpflichtung für die verpflichteten Anbieter ausgehen können, in die Abwägung einzustellen.

Von erheblicher Bedeutung für die Bemessung der Eingriffsintensität können auch schon bestehende rechtliche „Vorbelastungen“ sein, insbesondere durch die schon unionsrechtlich auferlegte Katalogquote (Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL, § 77 MStV): Soweit Belastungswirkungen, die mit einer Investitionsverpflichtung verbunden sind, ohnehin schon bereits aus der medienrechtlichen Verpflichtung erwachsen, also tatsächlich durch die bundesrechtliche Investitionsverpflichtung nicht neu begründet oder allenfalls modifiziert werden, wären sie auch hinsichtlich ihrer grundrechtlichen Rechtfertigung jener schon bestehenden Verpflichtung zuzurechnen. Für die neue

gesetzliche Regelung einer Investitionspflicht kann dies einen grundrechtlichen Entlastungseffekt bedeuten, der in die Beurteilung einzustellen ist.

Zu erörtern sind schließlich besondere Fragen und Probleme, die sich aus einer gesetzlichen Investitionsverpflichtung – je nach Gestaltung – ergeben können (VIII.). Dies betrifft etwa das Verhältnis zur Filmabgabe: Die Investitionsverpflichtung muss selbstredend für die Beurteilung ihrer Verhältnismäßigkeit auch im Zusammenhang mit der Abgabenpflicht nach dem FFG gesehen werden. Additive Belastungseffekte, die sich aus der Kumulation verschiedener Verpflichtungen – wenn diese nicht anrechnungsfähig sind – ergeben, sind ebenso in den Blick zu nehmen wie mögliche Vorteile, die sich beispielsweise bei einer Anrechnungs- oder Wahlmöglichkeit zwischen den Pflichten ergeben könnten

In den Blick genommen werden müssen ferner rechtliche Anforderungen an eine mit der Verpflichtung verknüpfte Begrenzung der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Nutzungsrechte sowie die Gestaltung einer Selbstregulierungs-Option. Insoweit wird zu untersuchen sein, ob schlechthin und, wenn ja, in welchem Umfang und bei welcher Gestaltung eine derartige Regelung eine das Gewicht des Eingriffs mindernde Bedeutung haben kann, sodass ihre Implementierung insgesamt die verfassungsrechtlichen Bewährungschancen des Gesetzes erhöht.

Behandelt werden muss sodann die Rechtfertigung etwaiger Eingriffswirkungen im mediengrundrechtlichen Schutzbereich der Angebotsgestaltungsfreiheit (IX.).

Schließlich bedarf der Klärung, ob und inwiefern selektive Ausgestaltungen der Investitionsverpflichtung – namentlich eine Beschränkung der Verpflichtung nur auf Videoabrufdienste unter Verschonung der Fernsehveranstalter – gleichheitsrechtlich gerechtfertigt werden kann – oder nicht (X.).

II. Grundrechtliche Maßstäbe: Freiheitsrechte

1. (Vorrangige) Anwendbarkeit der Grundrechte des Grundgesetzes

Schon die AVMD-Richtlinie 2010/13/EU in der Fassung vor ihrer Novellierung im Jahr 2018 thematisierte in Art. 13 Abs. 1 – anders als noch die Fernseh-Richtlinie 89/552/EWG[155] – Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Förderung der Produktion

[155] Explizit festgestellt in EuGH, Urteil vom 5. März 2009 – C-222/07 – UTECA, ZUM 2009, 395 Rn. 17.

europäischer Werke (und des Zugangs dazu) durch Verpflichtung von Anbietern von audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf, darunter auch einen „finanziellen Beitrag […] zum Erwerb von Rechten in europäischen Werken“.

In Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL idF der ÄndRL v. 14.11.2018 wird die Option von Direktinvestitionen in Inhalte explizit angesprochen und die unionsrechtliche Zulässigkeit einer solchen mitgliedstaatlichen Maßnahme auch auf Anbieter erstreckt, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, also nicht der Rechtshoheit des die Verpflichtung auferlegenden Mitgliedstaates unterliegen. Ist der Regelungsgegenstand einer im Investitionsverpflichtung zur Förderung europäischer Werke mithin in der Richtlinie erfasst, so liegen mitgliedstaatliche Regelungen, die eine solche Verpflichtung vorsehen, in der Reichweite des Unionsrechts. Sie dienen der Durchführung des Rechts der Union iSd Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GrCh mit der Folge, dass grundsätzlich auch die Grundrechte der Grundrechtecharta anwendbar sind und Beachtung beanspruchen. Der unionale Grundrechtsschutz ist fachrechtsakzessorisch,[156] wird mithin durch den Erlass von Sekundärrechtsakten in der Reichweite von deren Anwendungsbereich eröffnet.

a) Unions- und verfassungsrechtliche Grundsätze zur Parallelgeltung und praktischen Abgrenzung der Grundrechtsordnungen

Allerdings schließt dies nach der Rechtsprechung des EuGH die Anwendbarkeit mitgliedstaatlicher Grundrechte nicht aus, indes unter der Bedingung, dass die Anwendung nationaler Schutzstandards für die Grundrechte weder „das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt“.[157]

Das BVerfG hat diese Rechtsprechung zur Parallelgeltung der Grundrechtsordnungen aufgegriffen und mit den Grundsätzen seiner älteren Solange-Rechtsprechung zusammengeführt.[158] Danach übt das BVerfG seine Prüfungskompetenz primär am Maßstab des Grundgesetzes aus, wenn die in Rede stehenden Vorschriften zwar Unionsrecht durchführen, das Unionsrecht insoweit aber Umsetzungsspielräume eröffnet und damit Raum nicht nur für unterschiedliche Umsetzungen im mitgliedstaatlichen Recht, sondern auch korrespondierend für verschiedene grundrechtliche Schutzni-

[156] EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 – Akerberg Fransson, Rn. 21; BVerfGE 152, 152 Recht auf Vergessen I - Rn. 54.
[157] EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 – Akerberg Fransson, Rn. 29; Urt. vom 26. 2. 2013 – C-399/11 - Melloni, Rn 60.
[158] BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I, Rn. 41 ff.

veaus zwischen den Mitgliedstaaten lässt (unionsrechtlich zugelassene „Grundrechtsvielfalt“).[159] Daraus ergibt sich die widerlegliche Vermutung, dass in solchen Fällen das auf Vielfalt gerichtete grundrechtliche Schutzniveau des Unionsrechts durch die Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes mitgewährleistet, eine selbstständige Prüfung nach Maßgabe der Unionsgrundrechte mithin entbehrlich ist.[160]

Allerdings sind auch die Grundrechte der Charta, wie schon diejenigen der Europäischen Menschenrechtskonvention, bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes mit zu berücksichtigen.[161]

Die Vermutung einer Mitgewährleistung des unionalen Grundrechtsschutzes durch die grundgesetzlichen Grundrechte greift nicht, wenn ausnahmsweise Anhaltspunkte dafür bestehen, dass trotz unionsrechtlich eingeräumter Umsetzungsspielräume ein strengerer, auf einen einheitlichen Schutzstandard angelegter Geltungsanspruch der unionalen Grundrechte besteht.[162] Solche Anhaltspunkte können sich aus der Formulierung der unions-fachrechtlichen Bestimmungen, die von den Mitgliedstaaten durchzuführen sind, ergeben oder aus einer Rechtsprechung der Unionsgerichte, die entsprechende grundrechtliche Vorgaben errichtet hat, welche den Raum für eine mitgliedstaatliche Diversifizierung grundrechtlicher Schutzniveaus begrenzen.

b) (Vorrangige) Maßgeblichkeit der Grundrechte des GG für eine bundesgesetzliche Investitionsverpflichtungs-Regelung

Mitgliedstaatliche Regelungen einer Investitionsverpflichtung zur Förderung europäischer Werke im Sinn des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL sind danach unzweifelhaft Vorschriften, die in einen durch die Richtlinie eingeräumten Umsetzungsspielraum fallen. Die Mitgliedstaaten sind nicht unionsrechtlich verpflichtet, jenseits der verbindlichen Katalogquote (Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL) Förderinstrumente wie eine Filmabgabe oder eine Verpflichtung zu Direktinvestitionen einzurichten; ihnen stehen jedoch unionsrechtlich diese Optionen offen, und zwar auch, soweit Anbieter mit Sitz außerhalb des Zielstaates, der die Verpflichtung auferlegt, erfasst werden.

Die Optionalität solcher Fördermaßnahmen, die in die freie Entscheidung der Mitgliedstaaten gestellt sind, kennzeichnet den Umsetzungsspielraum als grundsätzlich

[159] BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I, Rn. 45 ff.
[160] BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I, Rn. 55 ff.
[161] BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I, Rn. 60 ff.
[162] BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I, Rn. 63 ff.

besonders weit. Die Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten nicht nur ein Durchführungsermessen hinsichtlich der Auswahl verschiedener Regelungsvarianten, vielmehr darüber hinaus ein „Entschließungsermessen“ ein, ob überhaupt von der Option einer verpflichtenden Fördermaßnahme Gebrauch gemacht wird. Im Ausgangspunkt greift damit unzweifelhaft die Vermutung auch für die unionsrechtliche Zulässigkeit mitgliedstaatlich divergierender Grundrechtsstandards und also die Mitgewährleistung des unionsrechtlichen Schutzniveaus durch die Grundrechte des Grundgesetzes.

Ein Anhaltspunkt für einen diese Vermutung widerlegenden einheitlichen Schutzanspruch der unionalen Grundrechte (der Grundrechtecharta) könnte darin gesehen werden, dass Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL für den Fall der Erstreckung einer Verpflichtung auf Anbieter mit Niederlassung in anderen Mitgliedstaaten vorschreibt, dass auferlegte Leistungen „verhältnismäßig und diskriminierungsfrei“ sein müssen. Art. 13 Abs. 3 Satz 3 AVMD-RL statuiert darüber hinaus, dass jeder finanzielle Beitrag mit dem Unionsrecht (und insbesondere mit den Vorschriften für staatliche Beihilfen) vereinbar sein muss; dazu gehören unzweifelhaft auch die Grundrechte der Europäischen Union. Damit sind in der Richtlinienbestimmung immerhin Maßstäbe genannt, die das Ermessen der Mitgliedstaaten, solche Verpflichtungen einzuführen, begrenzen. Ihrem Inhalt nach haben die Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL genannten Maßstäbe auch grundrechtliche Qualität; sie bezeichnen die zentralen Schutzwirkungen einerseits der Freiheitsrechte (Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GrCh), andererseits gleichheitsrechtlicher Verbürgungen (s. insb. Art. 21 GrCh). Auch ließe sich argumentieren, dass die von diesen Ermessensschranken erfassten mitgliedstaatlichen Regelungen über die territorialen Grenzen der Rechtshoheit des jeweiligen Mitgliedstaates gerade hinausgehen.

Jedoch lässt sich aus diesen in der Richtlinienbestimmung aufgeführten Bedingungen noch nicht schließen, dass es sich dabei um normative Anhaltspunkte handele, die fachrechtsakzessorisch zu einem einheitlichen, keine mitgliedstaatliche Vielfalt zulassenden unionalen Grundrechtsstandard führen müssten. Der Umstand, dass Bestimmungen des Unionsrechts, auch wenn sie Umsetzungsspielräume einräumen, häufig mit der Bekräftigung uneingeschränkter Achtung der Grundrechtecharta oder einzelner Schutzwirkungen dieser Charta verbunden werden, reicht noch nicht aus, darin einen Anhaltspunkt im Sinn der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu sehen, der die Kraft hätte, die Vermutung für die Zulässigkeit vielfältigen Grund-

rechtsschutzes in den Mitgliedstaaten der Union zu widerlegen.[163] Die in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL erwähnten Grenzen der Verhältnismäßigkeit und der Diskriminierungsfreiheit haben in diesem Sinn nur allgemeinen, die zentralen Grundrechtsschutzwirkungen sowohl im Unionsrecht als auch der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie aller Grundrechtsordnungen freiheitlicher Rechtsstaaten beschreibenden Inhalt. Sie umreißen keine „spezifischen grundrechtlichen Maßgaben für die mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume“,[164] verweisen vielmehr nur auf allgemeine grundrechtliche Schutzstandards, die mithin sehr wohl offen sind für Standardabstufungen nach Maßgabe des jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts und der in diesem Recht kondensierten nationalen Grundrechtskultur.

Für dieses Ergebnis spricht auch, dass das Problem überterritorialer Inanspruchnahme von Diensteanbietern gegebenenfalls durch mehrere Mitgliedstaaten, welches nach einer einheitlichen Verhältnismäßigkeitsbeurteilung nach nur einem Grundrechtsstandard verlangen könnte, in der Richtlinie (erläutert zudem durch die Erwägungsgründe[165]) explizit adressiert und mit spezifisch darauf bezogenen Vorgaben verarbeitet wird. So sieht Art. 13 Abs. 3 Satz 1 AVMD-RL vor, dass der finanzielle Beitrag, also der Umfang der Verpflichtung, nur auf den Einnahmen beruhen darf, die in dem Zielmitgliedstaat, der die Verpflichtung auferlegt, erzielt werden. Zudem hat der Mitgliedstaat der Niederlassung etwaige von Zielmitgliedstaaten auferlegte finanzielle Verpflichtungen bei einer eigenen Verpflichtung zu berücksichtigen. Auch die Herausnahme von Mediendiensteanbietern geringer Größe aus einer Verpflichtung ist unionsrechtlich vorgeschrieben (Art. 13 Abs. 6 Satz 1 AVMD-RL).[166]

Sind damit die Vermeidung unverhältnismäßiger „Doppelbesteuerung“[167] sowie einer wettbewerbsschädlichen Behinderung der Marktchancen von KMU durch konkrete und spezifische Vorgaben in der Richtlinie adressiert, fallen weitere Regelungsinhalte, die das quantitative Volumen der Inpflichtnahme und die nähere Ausgestaltung des Förderinstruments (etwa durch Vorgaben an die förderfähigen Produktionen, insbesondere Subquoten) betreffen, in den Spielraum der Mitgliedstaaten, selbst zu ent-

[163] Eindeutig: BVerfGE 152, 152 Rn. 68: „Einschränkungen begründen sich insoweit aber nicht schon daraus, dass im unionsrechtlichen fachgerecht auf die uneingeschränkte Achtung der Grundrechtecharta oder einzelner ihrer Bestimmungen verwiesen wird, wie dies nach derzeitiger Praxis regelmäßig etwa in den Erwägungsgründen der Richtlinien geschieht […].“
[164] BVerfGE 152, 152, Rn. 68.
[165] RL 2018/1808/EU, Erwägungsgründe Nr. 36-39.
[166] S. auch RL 2018/1808/EU, Erwägungsgrund Nr. 40.
[167] RL 2018/1808/EU, Erwägungsgrund Nr. 39.

scheiden, wie sie von der eingeräumten Option Gebrauch machen. Hinweise darauf, dass auch insoweit spezifische unionsrechtlich ausgeformte grundrechtliche Vorgaben gelten sollten, enthält die Regelung nicht.

Auch die Rechtsprechung der Unionsgerichte hat bisher keine derartigen Vorgaben entwickelt. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache UTECA zu einer spanischen Investitionsquoten-Regelung vom 5. März 2009[168] erging noch zur Fernseh-Richtlinie, die keine Regelung (also auch keine ausdrückliche Optionseröffnung zu Gunsten der Mitgliedstaaten) der Erhebung von Abgaben oder der Auferlegung von Direktinvestitionen enthielt. Ergab sich hier die Befugnis der Mitgliedstaaten zum Erlass solcher Regelungen aus dem Charakter der Richtlinie als Gewährleistung nur mehr eines Mindeststandards, der die Mitgliedstaaten nicht daran hinderte, strengere Vorgaben zu erlassen (Art. 3 Abs.1 RL 89/552/EWG, heute: Art. 4 Abs. 1 AVMD-RL), waren die Mitgliedstaaten (im Fall UTECA: Spanien) dabei gleichwohl an die Vorgaben des allgemeinen (primärrechtlichen) Gemeinschaftsrechts gebunden. Der EuGH hat im Fall UTECA insoweit indes nur auf die Grundfreiheiten Bezug genommen, die Unions-Grundrechte hingegen nicht einmal erwähnt. Unionsgrundrechtliche Maßstäbe für die Beurteilung mitgliedstaatlicher Regelungen über die Auferlegung einer Investitionsverpflichtung sind mithin in dieser Rechtsprechung nicht einmal ansatzweise herausgebildet worden. Auch die eher kursorische grundfreiheitsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung, die der Gerichtshof angestellt hat, lässt nicht auf einen spezifischen, notwendig unions-einheitlichen Grundrechts-Standard schließen.

c) Ergebnis

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte bleibt es daher bei der Regel-Vermutung für eine vorrangige Anwendbarkeit des deutschen Verfassungsrechts, mithin der Grundrechte des Grundgesetzes. Diese bilden mithin den im Folgenden zugrunde zu legenden Prüfungsmaßstab.

[168] EuGH, Urteil vom 5. März 2009 – C-222/07 – UTECA, ZUM 2009, 395. Die „Netflix"-Entscheidung des EuG v. 6. 5. 2018 (T-818/16 – Netflix/Europäische Kommission) betraf nur die Auslegung und Anwendung des für die Zulässigkeit einer Individual-Nichtigkeitsklage maßgeblichen Art. 263 Abs. 4 AEUV; Ausführungen zu etwa betroffenen Grundrechten und erst recht zu insoweit geltenden unionseinheitlichen Maßstäben enthält sie nicht.

2. Unternehmerische Dispositionsfreiheit der VoD-Anbieter: Schutzbereichsfragen

Eine gesetzlich auferlegte Investitionsverpflichtung beschränkt die unternehmerische Dispositionsfreiheit der VoD-Dienstanbieter. Dies gilt schon für die schlichte, unqualifizierte Basisvariante einer Verpflichtung zur Reinvestition eines bestimmten Umsatzanteils in europäische Werke, in stärkerem Maß sodann für Varianten, die weitere spielraumverengende Vorgaben vorsehen, also etwa eine Subquote für deutschsprachige Werke und/oder eine solche im Hinblick auf unabhängige Produktionen. Investitionsverpflichtungen können regelmäßig nur unter Abschluss von Verträgen mit denjenigen Wirtschaftsteilnehmern, in deren Leistungen investiert wird, erfüllt werden. Sie greifen daher in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auch unter dem Aspekt der mit dieser gewährleisteten Vertragsfreiheit ein.

a) Art. 12 Abs. 1 GG: Berufsausübungsfreiheit

Die Betätigungsfreiheit des wirtschaftlichen Unternehmens (Unternehmensfreiheit) ist als Ausprägung der Freiheit der Berufsausübung durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Dies gilt insbesondere auch für die Freiheit der Entscheidung über Investitionen, sowohl im Hinblick auf das Ob einer Investition als auch hinsichtlich der Gegenstände von Investitionen. Die freie Entscheidung über Investitionen („Investitionsfreiheit“) ist ein anerkannter, klassischer Schutzgegenstand der Berufsfreiheit.[169] Investitionsregulierende Rechtsakte berühren daher in sachlicher Hinsicht den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.[170]

In persönlicher Hinsicht berechtigt Art. 12 Abs. 1 GG allerdings nur deutsche Staatsangehörige; grundsätzlicher noch bleibt zu beachten, dass der Schutz der Grundrechte des Grundgesetzes ausländischen juristischen Personen überhaupt (nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 Abs. 1 GG) verwehrt bleibt (argumentum e contrario aus Art. 19 Abs. 3 GG). Auf die Bedeutung dieser Einschränkungen für die Grundrechtsberechtigung international agierender Unternehmen mit Sitz im Ausland, die VoD-Dienste anbieten, wird zurückzukommen sein (s. dazu u., sub II. 4.).

aa) Verhältnis zur allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Im Verhältnis zur Gewährleistung allgemeiner Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) greift auch hinsichtlich der Investitionsfreiheit, sofern diese beruflich ausgeübt wird,

[169] Burgi in Bonner Kommentar, GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 123; Winkler in Berliner Kommentar, GG, Art. 12 Rn. 30; Breuer, in. Isensee/Kirchhof, HStR VIII, § 170 Rn. 89: „Die Investitionsfreiheit bezeichnet die eigenverantwortliche Entscheidung des Unternehmers über den Kapitaleinsatz.“

[170] Riemer, Investitionspflichten der Betreiber von Elektrizitätsübertragungsnetzen, 2017, S. 281; Breuer, in. Isensee/Kirchhof, HStR VIII, § 170 Rn. 89;.

der Vorrang der spezielleren Verbürgung in Art. 12 Abs. 1 GG. Die Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit auch hinsichtlich des Schutzgegenstandes wirtschaftliche Betätigungsfreiheit ist zwar – zumal in der älteren Diskussion – noch keineswegs allgemein anerkannt gewesen,[171] dürfte sich aber inzwischen weitgehend durchgesetzt haben.[172] Gleiches gilt für die grundrechtliche Verbürgung der Vertragsfreiheit, wenn die Verträge Instrument wirtschaftlicher Betätigung sind (unternehmerische Vertragsfreiheit). Auch hier ist zwar in der älteren Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums die (ausschließliche) Zuordnung dieses Gegenstandes zu einem unbenannten Freiheitsrecht unter dem Dach der Gewährleistung allgemeiner Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG angenommen worden.[173] Weit überwiegend und auch in der Rechtsprechung des BVerfG hat sich auch hinsichtlich der unternehmerischen Vertragsfreiheit die Zuordnung zum spezielleren Grundrecht der Berufsfreiheit etabliert.[174]

bb) Verhältnis zur Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs.1 GG)

Die unternehmerische Betätigungsfreiheit und also auch ihre klassische Ausprägung der Investitionsfreiheit kann grundsätzlich auch durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sein, wenn und soweit sie zugleich Nutzung von Eigentumsrechten ist.[175] Nach überzeugender Auffassung stehen die Gewährleistungen der Berufsfreiheit und des Eigentums im Verhältnis der Idealkonkurrenz; sie erfassen je verschiedene Aspekte der wirtschaftlichen Betätigung, wenn diese auch Eigentumsnutzung ist, und ergänzen einander insofern.

Ob eine Investitionsverpflichtung der hier erörterten Art allerdings in hinreichend spezifischer Weise die Nutzung bestehender Eigentumsrechte berührt oder nicht doch nur wirtschaftliche Betätigungsfreiheit ohne engen Bezug zu Eigentumspositionen des Unternehmens beschränkt, ist eine schwierige Frage. Wird auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als Eigentumsposition im verfassungsrechtlichen Sinn (Art. 14 Abs. 1 GG) anerkannt, lässt sich eine Verpflichtung zur Reinvestition

[171] S. zB BVerfGE 4, 7 (16); weitere Nachweise aus der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 123 mit Fn. 4.
[172] S. dazu etwa Cornils, in: Isensee/Kirchhof HStR VII, § 168 Rn. 55 mwN; Scholz in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 123.
[173] S. nur BVerfGE 8, 274 (328); Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 130 ff., weitere Nachweise bei Breuer in: Isensee/Kirchhof HStR VIII, § 170 Rn. 89 Fn. 347.
[174] BVerfGE 116, 202 (221); Cornils NJW 2001, 3758; ders in Isensee/Kirchhof HStR VII § 168 Rn. 52; Burgi, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 123; Scholz in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 139; Breuer, in: Isensee/Kirchhof HStR VIII, § 170 Rn. 89.
[175] Scholz in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 132.

von Erträgen des Unternehmens in Höhe eines bestimmten Anteils des Umsatzes möglicherweise durchaus als Betriebseingriff qualifizieren. Die „Abschöpfung“ erzielter Umsatzerträge für die obligatorische Reinvestition beschränkt die freie Entscheidung über die Nutzbarkeit des Unternehmens in vermögensrechtlicher Hinsicht. Allerdings ist bis heute nicht verfassungsgerichtlich geklärt, ob der Gewerbebetrieb als solcher Schutzgut der Eigentumsgarantie ist. Wird diese Frage verneint, dürfte die Darlegung einer konkreten Betroffenheit von Eigentumsbestandspositionen (und nicht nur des Vermögens) durch eine Investitionspflicht schwerer zu begründen sein. Für die Zwecke dieser gutachtlichen Untersuchung soll die Frage, ob neben Art. 12 Abs. 1 GG auch der Schutz der Eigentumsgarantie erheblich werden kann, indes nicht weiterverfolgt werden, weil nicht ersichtlich ist, dass sich daraus zusätzliche, eigentumsspezifische Rechtfertigungsanforderungen ergeben könnten.

cc) Verhältnis zur Medienfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Intrikate und bis heute nicht in der Rechtsprechung des BVerfG eindeutig geklärte Konkurrenzfragen wirft das Verhältnis der Gewährleistungen der Berufsfreiheit und der Medienfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) auf.[176] Dieses Konkurrenzproblem ist für die hier erörterte Fragestellung durchaus von Bedeutung, weil die in Pflicht genommenen VoD-Diensteanbieter mit ihrem Unternehmensgegenstand der öffentlichen Zugänglichmachung von Filmen und Serien dem Schutzbereich der Rundfunkgewährleistung unterfallen (s. dazu u., sub 3.).

Fraglich ist aber, wie weit dieser rundfunkverfassungsrechtliche Schutz reicht und insbesondere, ob er auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Unternehmen konsumiert, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG daher auch insoweit als umfassende und im Verhältnis zu Art. 12 Abs. 1 GG speziellere, das Grundrecht der Berufsfreiheit verdrängende Gewährleistung angesehen werden muss.[177]

Von dieser Konkurrenzfrage unberührt bleibt, dass die Rundfunkgewährleistung jedenfalls einschlägig ist, soweit die in Rede stehenden staatlichen Maßnahme (hier die Investitionsverpflichtung) spezifische Auswirkungen auf die Freiheit der Inhaltegestaltung des Rundfunkunternehmers hat. Dies betrifft hier insbesondere etwaige einschränkende Effekte der Investitionsverpflichtung auf die Angebotsgestaltungsfreiheit; darauf wird zurückzukommen sein (u. 3.).

---

[176] S. für die Rundfunkfreiheit dazu Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 155 ff.

[177] So offenbar Grabenwarter in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 735; s. auch Bethge, DÖV 2002, 673 (675 ff.).

Zu erörtern bleibt indes, ob auch ein Vorrang der Gewährleistung der Rundfunkfreiheit hinsichtlich der *wirtschaftlichen* Aspekte der Tätigkeit des Unternehmens besteht oder ob insoweit doch vorrangig oder idealkonkurrierend Art. 12 Abs. 1 GG zur Anwendung kommt.

Das verfassungsrechtliche Schrifttum nimmt, soweit ersichtlich, heute weit überwiegend die kumulative Anwendbarkeit der Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 12 Abs. 1 GG an.[178] Die tiefere Problematik einer solchen Idealkonkurrenz, die sich insbesondere daraus ergibt, dass die spezifisch zur Gewährleistung der „dienenden" Rundfunkfreiheit entwickelte verfassungsrechtliche Sonderdogmatik an sich, soll sie keine Relativierungen erfahren, gegen idealkonkurrierende klassische Freiheitsverbürgungen abgeschirmt werden muss (was für einen verdrängenden Vorrang der Rundfunkfreiheit sprechen würde[179]),[180] wird in der Kommentarliteratur allerdings kaum thematisiert.

Auch die Vertreter dieser herrschenden Auffassung schränken deren Aussage indes nicht selten ein (nur mehr „*prinzipielle"* Idealkonkurrenz).[181] Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass durchaus ein Vorrang, also die ausschließliche Anwendbarkeit, der einen oder der anderen Gewährleistung in Betracht komme, wenn und soweit spezifisch besonders oder allein der spezifische Schutzgehalt dieser Gewährleistung berührt sei.[182] Weist eine Maßnahme eine „kommunikationsregelnde Tendenz" auf, ist danach Art. 5 Abs. 1 GG (ausschließlich) als die speziellere Gewährleistung einschlägig; geht es um allgemeine, kommunikations*un*spezifische Anforderungen (Beispiel: Regelungen über die allgemeinen Rechtsverhältnisse der redaktionellen Mitarbeiter in ihrer Rolle als Arbeitnehmer), greift allein die Berufsfreiheit ein.[183] In dieser Lesart deutet sich ein Verständnis *komplementärer* Gewährleistungsinhalte mit grundsätzlich verschiedener Schutzrichtung an. Dafür finden sich auch in der (hinsichtlich ihrer sachlichen Überzeugungskraft insoweit allerdings umstrittenen)

[178] Breuer in HStR VIIII § 170 Rn. 129; Burgi in Bonner Kommentar, GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 377; Dietlein in Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1 § 111 S. 1929; Jarass, in Harass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 33; Kämmerer, in von Münch/Kunig Art. 12 Rn. 164; eingehender Scholz in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12 Rn. 170 ff.; Ruffert in Epping/Hillgruber, GG, Art. 12 Rn. 163; Sodan in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. IV, § 125 Rn. 130.
[179] So etwa Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 234.
[180] Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 155 ff.
[181] So Sodan in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. IV, § 125 Rn. 130
[182] S. deutlich Manssen in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 Abs. 1 Rn. 280; auch – mit allerdings kritischer Tendenz – Burgi in Bonner Kommentar, GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 377.
[183] Manssen in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 Abs. 1 Rn. 280.

Rechtsprechung des BVerfG Hinweise.[184] Die Betonung verschiedener Schutzrichtungen und insofern je unterschiedlicher Funktionen der Grundrechte entspricht auch im Übrigen der Konkurrenzlehre der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in anderen Sachbereichen (etwa im Verhältnis von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 – Meinungsfreiheit zu den Medienfreiheiten des Satzes 2[185] oder im Verhältnis zwischen Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 8 GG).[186] Allerdings bleibt auch in der Rechtsprechung namentlich zum Problemkreis der Wirtschaftswerbung unklar, ob das Argument eines stärkeren kommunikationsspezifischen oder nur wirtschaftsspezifischen Bezuges („Sachnähe“) immer zur Annahme eines lex-specialis-Vorrangs führt oder nicht doch beide Gewährleistungen kumulierte Maßstabwirkung entfalten.[187]

Mit Blick darauf, dass die hier erörterte Investitionsverpflichtung *jedenfalls* Eingriffs- und Schrankenwirkung hat, sich also nicht schon aus dem Gesichtspunkt notwendiger Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) rechtfertigt, die grundrechtlichen Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung sich aber weitgehend (abgesehen von dem bei Art. 5 Abs.1 GG zusätzlichen und spezifischen Erfordernis der Allgemeinheit des Gesetzes, Art. 5 Abs. 2 GG) entsprechen, muss diese dogmatische Konkurrenzfrage hier nicht weiter vertiefend erörtert werden. Vorzugswürdig erscheint ein Vorgehen, welches die Beschränkung wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit (Einschränkung der Investitionsfreiheit als solcher und wirtschaftliche Belastungsfolgen) primär dem Maßstab der Gewährleistung der Berufsfreiheit zuordnet, während etwaige inhaltsbezogene Folgewirkungen für die Zusammenstellung des Dienstangebots (Katalog), wie schon angemerkt, den kommunikativen Gegenstand der Diensteanbieter, diese mithin in ihrer Rolle als Medium, betreffen, sodass

[184] S. etwa BVerfGE 59, 231 Rn. 60 (juris): „Dagegen umfaßt der verfassungsrechtliche Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht Personalentscheidungen der Rundfunkanstalten, bei denen der dargelegte Zusammenhang fehlt. Dies ist namentlich der Fall, wenn sich die Entscheidungen auf Mitarbeiter beziehen, welche nicht unmittelbar den Inhalt der Sendungen mitgestalten. Hierzu zählen nicht nur das betriebstechnische und Verwaltungspersonal, sondern ebenso solche Mitarbeiter, deren Tätigkeit sich, wenn auch im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Programms stehend, in dessen technischer Realisation erschöpft und ohne inhaltlichen Einfluß auf dieses bleibt.“; zu weiteren Konkurrenz-Vorrangannahmen in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Maßstab der größeren Sachnähe Manssen in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 Abs. 1 Rn. 280; Burgi in Bonner Kommentar, Grundgesetz, Art. 12 Abs. 1 Rn. 377 f.

[185] Vgl. BVerfGE 85, 1 (12 f.)

[186] Vgl. BVerfGE 82, 236 (258); 111, 147 (154 f.); näher dazu Cornils in Löffler, Presserecht, LPG § 1 Rn. 176 ff.

[187] So etwa BVerfGE 71, 162 (172 ff.); 85, 248 (256 ff.) – beide Entscheidungen betreffend das Verhältnis zur Meinungsfreiheit, s. dazu Burgi in Bonner Kommentar, Grundgesetz, Art. 12 Abs. 1 Rn. 378.

insoweit vorrangig die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit heranzuziehen ist (s. dazu sogleich unter 3.).

3. Angebotsgestaltungsfreiheit als Ausprägung der Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Auch die Bereitstellung von Inhalten zum Abruf mittels Telekommunikation ist Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinn,[188] jedenfalls soweit die Inhalte nicht typologisch presseähnlich sind (dann: Schutzbereich der Pressefreiheit, elektronische Presse[189]). Da das Telemedien-Angebot der hier in Rede stehenden VoD-Dienste indes „fernsehähnlich" (s. auch § 77 MStV für die Katalog-Quote), mithin nur im Merkmal der nichtlinearen Verbreitung vom klassischen Programmrundfunk (§ 2 Abs. 1 MStV) unterschieden ist und da die VoD-Anbieter in redaktioneller Verantwortung über den Inhalt des Angebots bestimmen,[190] so ist an der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Gewährleistung der Rundfunkfreiheit kein Zweifel.[191]

Mögliche beschränkende Wirkungen einer Investitionsverpflichtung auf die Angebotsgestaltungsfreiheit der VoD-Dienstanbieter müssen sich daher primär am Maßstab der Gewährleistung der Rundfunkfreiheit rechtfertigen lassen. Für den linearen Rundfunk ist seit jeher unbestritten und in der Rechtsprechung des BVerfG vielfach bekräftigt worden, dass die Programmfreiheit, also die Freiheit zu autonomer Gestaltung der Rundfunkprogramme, ein Kern-Schutzinhalt der Rundfunkgewährleistung ist.[192]

Für die Angebotsfreiheit von Anbietern nichtlinearer audiovisueller Mediendienste gilt nichts anderes. Die Auswahl der Inhalte und ihre Zusammenstellung in den (bei internationalen Anbietern nationenspezifisch ausdifferenzierten) Katalogen hat bei

---

[188] S. dazu nur Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 47 f.; näher zum verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff Cornils, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2022, § 120 – Rundfunkfreiheit, Rn. 23 ff.;

[189] S. dazu Degenhart, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 195 ff.; Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, 96. EL November 2021, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 250 ff., 640 ff.; Kühling, in: BeckOK InfoMedienR, Art. 5 GG, Rn. 88; Fiedler, in: BeckOK InfoMedienR, § 109 MStV, Rn. 42; Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 103 ff.; ders., Verbot presseähnlicher Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, AfP 2010, 421 (423 ff.); Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Abs. 1 Rn. 176 f.

[190] S. zu diesem unionsrechtlichen Begriffsmerkmal des audiovisuellen Mediendienstes Art. 1 Abs. 1 a) i) AVMD-RL.

[191] Selbst von einem engen, am traditionellen linearen Grundmuster orientierten, indes technologieneutralen Rundfunkbegriff aus, vgl. Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 252.

[192] BVerfGE 90, 60 (87); 95, 220 (234); 114, 371 (389); Degenhart in: BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 324.

kommerziellen Unternehmen gewiss auch eine wirtschaftliche Dimension, weil sie über den geschäftlichen Erfolg des Dienstes mitentscheidet. Aber sie ist zunächst Kern der publizistischen Tätigkeit des Medienanbieters und insofern freiheitsrechtlich durch das Mediengrundrecht geschützt. Sie prägt darüber hinaus auch den Funktionsbeitrag des Dienstes für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung – wenn und soweit das Angebot inhaltlich publizistische Relevanz hat – und wird daher auch von der objektiv-rechtlichen Gewährleistungsdimension des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Rundfunkfreiheit als Funktionsgrundrecht) erfasst. Gerade in der letztgenannten Hinsicht lassen sich der Rundfunkgewährleistung ggf. auch spezifische Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Beurteilung rechtlicher Vorgaben, die Auswirkungen auf die Angebotsinhalte haben, entnehmen: Zielen solche Maßnahmen etwa auf die Sicherung von Angebotsvielfalt im Interesse der Gewährleistung möglichst guter informationeller Bedingungen für die öffentliche Meinungsbildung, so kann die Funktionsgewährleistung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ggf. sogar rechtfertigend wirken (s. dazu u., sub IX. 2.).

4. Grundrechtsberechtigung

Probleme der Grundrechtsberechtigung im Hinblick auf den Schutz gegenüber einer gesetzlichen Investitionsverpflichtung können sich bei Gesellschaften als Unternehmensträgern ergeben, die nicht in Deutschland ihren Sitz haben. Da die hier zu erörternde Investitionsverpflichtung – entsprechend der Ermächtigung in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL – gerade auch auf international agierende Diensteanbieter, ungeachtet des Ortes ihrer Niederlassung, zielt, kann dieser Fall für den verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz Bedeutung erlangen.

Keiner vertiefenden Erörterung bedarf die Frage, ob die hier in Betracht zu ziehenden grundrechtlichen Gewährleistungen ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind (Art. 19 Abs. 3 GG). Diese Frage ist sowohl für das Grundrecht der Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG, ggf. Art. 2 Abs. 1 GG, soweit dieser für anwendbar gehalten wird) als auch für die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2GG) unzweifelhaft zu bejahen. Die Berufsfreiheit steht in ihrer Ausprägung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit gerade auch unternehmenstragenden Personenvereinigungen und Kapitalgesellschaften zu.[193] Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst in seinem persönlichen Schutzbereich in erster Linie die typischerweise als juristische

[193] S. nur Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 13 mit Nachweisen aus der Rspr. des BVerfG; Kämmerer in v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn. 23.

Personen (zudem teilweise sogar öffentlich-rechtlichen Charakters: Rundfunkanstalten) verfassten Rundfunkveranstalter.[194]

a) Ausländische juristische Personen

Aus Art. 19 Abs. 3 GG ergibt sich im Umkehrschluss, dass ausländische juristische Personen grundsätzlich nicht in den persönlichen Schutzbereich der Grundrechte des Grundgesetzes fallen.[195] Der Begriff der juristischen Person in Art. 19 Abs. 3 GG ist untechnisch zu verstehen; er umfasst auch nur teilrechtsfähige Personenvereinigungen. Ausländisch ist eine Vereinigung, wenn sie ihren Sitz, mithin den tatsächlichen Mittelpunkt ihrer Tätigkeit, nicht im Bundesgebiet hat. Nicht kommt es dafür hingegen auf die Staatsangehörigkeit der Anteilseigner an,[196] ebenso wenig auf das (deutsche oder ausländische) Recht, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist.[197]

b) EU-ausländische juristische Personen

In der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt worden ist indes inzwischen die Grundrechtsberechtigung von Vereinigungen, die ihren Sitz zwar nicht in Deutschland, wohl aber in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union haben. Die primärrechtlichen Diskriminierungsverbote des Unionsrechts (insbesondere Art. 18 AEUV) gebieten danach eine Anwendungserweiterung des Art. 19 Abs. 3 GG mit der Folge der Gleichstellung EU-ausländischer juristischer Personen hinsichtlich des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz. Erforderlich, aber auch genügend für die Berufungsmöglichkeit auf die Grundrechte ist danach ein hinreichender Inlandsbezug der ausländischen juristischen Person, der die Geltung der Grundrechte in gleicher Weise wie für inländische juristische Personen geboten erscheinen lässt. Dies ist nach dem BVerfG regelmäßig dann der Fall, wenn die ausländische juristische Person in Deutschland tätig wird und hier vor den Fachgerichten klagen und verklagt werden kann[198]

c) „Deutschen"-Grundrechte, insb. Art. 12 Abs. 1 GG

Nicht eindeutig geklärt ist allerdings die Frage, ob sich die unionsrechtlich gebotene Anwendbarkeit der materiellen Grundrechte des Grundgesetzes auf Vereinigungen mit Sitz im EU-Ausland auch auf die Deutschen-Grundrechte erstreckt, mit Blick auf

---

[194] S. BVerfGE 119, 181 (211), zuletzt BVerfGE 158, 389 Rn. 64.

[195] BVerfGE 21, 207 (208 f.); 23, 229 (236); 100, 313 (364); allerdings hat das BVerfG die Frage in anderen Entscheidungen ausdrücklich offengelassen, vgl. BVerfGE 12, 6, (8); 64, 1 (11).

[196] Enders in Epping/Hillgruber BeckOK GG, Art. 19 Rn 37; Sachs in Sachs, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 56; Ernst in v. Münch/Kunig, GG, Art. 19 Rn. 90.

[197] Remmert in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Rn. 39; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 22.

[198] BVerfGE 129, 78 = NJW 2011, 3428 Rn. 79.

den hier erörterten Untersuchungsgegenstand also auch auf Art. 12 Abs. 1 GG. Ist diese Frage schon hinsichtlich der Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen umstritten, so hat das BVerfG in einer Kammerentscheidung entsprechende Zweifel auch hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG auf eine juristische Person mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat geäußert, die Frage allerdings im Ergebnis offen gelassen.[199] Die Zweifel der Kammer resultieren aus einer angeblichen Wortlautgrenze der Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG, welche einer Ausdehnung des Schutzes dieser Gewährleistung auf Nicht-Deutsche entgegenstehen könne. Daraus leitet die Kammer die seit jeher hinsichtlich natürlicher Personen verbreitet vertretene Ausweichlösung ab, den Grundrechtsschutz der Berufsfreiheit bei gleichem inhaltlichem Schutzniveau stattdessen aus Art. 2 Abs. 1 GG herzuleiten.

Überzeugen kann diese Argumentation indes nicht. Schon in der Anwendungserweiterung des Art. 19 Abs. 3 GG auf EU-ausländische juristische Personen kraft des anwendungsvorrangigen unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots liegt, wie die Senatsrechtsprechung des BVerfG selbst festgestellt hat,[200] eine „Wortlaut"-Durchbrechung, die demnach auch bei Art. 12 Abs. 1 GG nicht schlechthin ausgeschlossen sein kann. Selbst wenn bei natürlichen Personen der Ausweislösung über Art. 2 Abs. 1 GG der Vorzug gegeben wird, ist doch die Übertragung dieser Ausweichlösung auch auf juristische Personen wegen des hier nicht passenden Staatsangehörigkeits-Kriteriums fragwürdig: Das auf natürliche Personen zugeschnittene schutzbereichsbegrenzende Kriterium der Staatsangehörigkeit macht bei juristischen Personen, namentlich Kapitalgesellschaften, angesichts häufig sich verändernder Anteilseignerstruktur und der relativen Bedeutungslosigkeit des Status des einzelnen Anteilseigners, keinen Sinn.[201]

Nach zutreffender, allerdings nicht unumstrittener Auffassung gilt die Sitzlandanknüpfung – und nur diese – daher auch für diejenigen Grundrechte, die, wie Art. 12 Abs. 1 GG, nur deutschen Staatsangehörigen vorbehalten sind („Deutschen-Grundrechte").[202] Auch auf Art. 12 Abs. 1 GG könnten sich danach kollektiv organisierte Unternehmensträger, die VoD-Dienste anbieten, berufen, wenn sie einen Sitz in

[199] BVerfG (K), BeckRS 2016, 41179 Rn. 8 ff.
[200] Vgl. BVerfGE 129, 78 Rn. 72.
[201] Enders in Epping/Hillgruber BeckOK GG, Art. 19 Rn. 38; Kahl/Hilbert in Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 Rn. 338; Riemer, Investitionspflichten, S. 380.
[202] Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 22 mwN; ders., ebd., Art. 12 Rn. 13a; Scholz in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 12 Rn. 107.

Deutschland haben, von dem aus die Angebotstätigkeit für den deutschen Markt maßgeblich betrieben wird. Ist dem so, muss aber die unionsrechtlich gebotene Gleichstellung der EU-ausländischen Gesellschaften auch die „Deutschen"-Grundrechte erreichen: Kommt es für die Maßgeblichkeit des Grundrechts auch bei einem Sitz in Deutschland nicht auf die deutsche Staatsangehörigkeit (von Anteilseignern) an, kann dies bei einem Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat nicht anders sein.

Die erörterte Streitfrage hat im Übrigen jedenfalls nur nachrangige Bedeutung: Wird auf der Linie der Argumentation der Kammer des BVerfG der Grundrechtsschutz der Berufsfreiheit von juristischen Personen mit Sitz im EU-Ausland nicht in Art. 12 Abs. 1 GG, sondern in Art. 2 Abs. 1 GG verankert, ändert dies doch substantiell an dem durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechtsschutz nichts. Wie auch bei dem über Art. 2 Abs. 1 GG vermittelten Berufsfreiheits-Schutz natürlicher Personen ist das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit auch hinsichtlich juristischer Personen in den Fällen der Betroffenheit von Gesellschaften oder Vereinigungen mit Sitz im EU-Ausland so auszulegen, dass der Schutzstandard, wie ihn Art. 12 Abs. 1 GG für deutsche Grundrechtsberechtigte errichtet, uneingeschränkt gleichermaßen erreicht wird. Nur so kann dem unionsrechtlichen Gleichstellungsgebot entsprochen werden.

d) Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass den VoD-Dienstanbietern der Schutz der Grundrechte des Grundgesetzes zumindest in vielen von einer Investitionsverpflichtung tatbestandlich erfassten Fällen zustehen wird, die gesetzliche Regelung daher diese Grundrechte beachten muss. Nicht grundrechtsberechtigt wären nur juristische Personen als Unternehmensträger mit Sitz in Drittländern außerhalb der EU. Haben die VoD-Dienstanbieter hingegen eine Niederlassung im Bundesgebiet oder in einem EU-Mitgliedstaat, von der aus sie das Angebot für das deutsche Publikum maßgeblich betreiben, greift der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes ein, soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind. Letzteres ist – was die Freiheitsrechte anbelangt – sowohl hinsichtlich der Gewährleistung der Berufsfreiheit als auch hinsichtlich der Rundfunkgewährleistung der Fall. Zur Anwendung kommen nach vorzugswürdiger Ansicht auch die deutschen Staatsangehörigen vorbehaltenen Grundrechte, insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG, und zwar auch dann, wenn Sitzland des Unternehmens ein anderer EU-Mitgliedstaat ist. Wird inso-

weit abweichend angenommen, dass der Schutz der Berufsfreiheit nur über das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) vermittelt wird, ändert dies an dem materiellen Schutzstandard nichts; Art. 2 Abs. 1 GG ist wegen des unionsrechtlichen Gleichstellungsgebot (Art. 18 AEUV) so zu interpretieren, dass er substantiell gleichwertigen Schutz wie das Deutschen-Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet.

III. Eingriffe

1. Art. 12 Abs. 1 GG (bzw. Art. 2 Abs. 1 GG): Investitionsfreiheit

Investitionsverpflichtungen, auch eine Verpflichtung mit dem hier erörterten Inhalt, beschränken in Höhe der umsatz-anteiligen Reinvestitionspflicht zunächst das Entschließungsermessen der verpflichteten Unternehmen, ob sie überhaupt in diesem Umfang in dem maßgeblichen Zeitraum Investitionen in neue Produktionen tätigen wollen oder nicht. Darüber hinaus lenken sie die Investitionen auf eine bestimmte begünstigte Klasse von Produktionen und nehmen dem Normadressaten daher die Entscheidungsfreiheit, sein Kapital in diese oder andere Produktionen zu investieren. In dieser Beschränkung der Investitionsfreiheit liegt ein grundrechtserheblicher Eingriff in die unternehmerische Betätigung, deren Freiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet ist. Eine gesetzliche Investitionsverpflichtung zielt gerade auf diese Investitionslenkung und hat zum unmittelbaren Gegenstand die Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Ihr eignet daher nicht nur eine „berufsregelnde Tendenz“, sie ist vielmehr finale Regelung der Unternehmenstätigkeit der VoD-Dienstanbieter und daher unzweifelhaft rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Abwehrrecht der Berufsfreiheit.

Im bereichsdogmatischen Raster, das die Rechtsprechung zur grundsätzlichen Einordnung verschiedener Eingriffskategorien bei Art. 12 Abs. 1 GG entwickelt hat („Stufenlehre“), handelt es sich bei investitionssteuernden Vorgaben typischerweise um Regelungen der Berufsausübung, nicht der Berufswahl.[203] Auch hinsichtlich der hier erörterten Investitionsverpflichtung sind keine Anhaltspunkte für eine abweichende Einordnung erkennbar. Die Verpflichtung steuert die Richtung einer grundsätzlich ohnehin stattfindenden Investitionstätigkeit der Diensteanbieter, verbietet

[203] Vgl. Breuer in Isensee/Kirchhof, HStR VIII § 171 Rn. 36; Riemer, Investitionspflichten, S. 475.

aber weder einen bestimmten Geschäftsgegenstand noch gibt sie die Aufnahme eines anderen Geschäftsgegenstandes auf, so dass keine Berufszugangsregelung vorliegt.

Diese Qualität als Eingriff ist unabhängig davon, ob die betroffenen Dienstanbieter ohnehin auch freiwillig ganz oder teilweise Investitionen in der gesetzlich geregelten Weise vorgenommen hätten. Das Grundrecht schützt auch mit der Investitionsfreiheit – wie mit anderen Aspekten der Berufsausübungsfreiheit – als besondere Gewährleistung von Handlungsfreiheit die Freiheit zu eigener Entscheidung. Der Grundrechtsschutz wird mithin ausgelöst durch die Beschränkung autonomer Entscheidungsfreiheit, ohne dass es darauf ankommt, wie das Unternehmen seine Freiheit tatsächlich ausgeübt hätte: Eine hoheitlich auferlegte Investitionsentscheidung ist immer ein Grundrechtseingriff, selbst wenn die Entscheidung als autonom getroffene möglicherweise oder bei statistischer Betrachtung in vielen Fällen gleich ausgefallen wäre.

Beachtlich kann die hypothetisch gleiche freiwillige Entscheidung allerdings für die Beurteilung des Gewichts des Eingriffs, insbesondere also im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sein. Entsprechendes gilt für die mit der Verpflichtung einhergehenden etwaigen wirtschaftliche Belastungen, etwa Mehraufwendungen wegen der Art der auferlegten Investitionen oder Umsatzeinbußen. Diese begründen keine rechtlich eigenständige weitere Regelung des Berufs. Ihr Umfang und ihre relative Bedeutung für die Rentabilität der beruflichen Tätigkeit sind aber wichtige Gesichtspunkte für die Angemessenheitsbeurteilung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (wirtschaftliche Zumutbarkeit).

2. Art. 12 Abs. 1 GG (bzw. Art. 2 Abs. 1 GG): Vertragsfreiheit des Unternehmens

Die Investitionsverpflichtung geht, wie schon bemerkt, notwendig mit der Verpflichtung einher, Verträge mit Anbietern auf der Produzentenseite (Filmhersteller) zu schließen. Auch wenn die gesetzliche Regelung nicht ausdrücklich und direkt einen Kontrahierungszwang im Hinblick auf bestimmte Vertragsabschlüsse mit bestimmten Vertragspartnern auferlegt, ist die unternehmerische Vertragsfreiheit wiederum schon auf der Stufe des Vertragsabschlusses („Ob“ von Verträgen) eingeschränkt. Der Dienstanbieter bleibt gewiss berechtigt, Vereinbarungen mit einzelnen Produzenten europäischer Werke abzulehnen. In Höhe der zu erfüllenden Investitionsquote müssen aber Verträge mit geeigneten Filmherstellern abgeschlossen werden.

Der Eingriff in die Privatautonomie verschärft sich in dem Maß, wie die Investitionsverpflichtungs-Regelung weitere Vorgaben an den Inhalt der anrechnungsfähigen Investitionen stellt. Derartige Vorgaben begrenzen nicht nur den Kreis der überhaupt möglichen anrechnungsfähigen Investitionen und schränken insofern die Investitionsfreiheit weiter ein. Sie wirken auch unmittelbar auf die Vertragsinhaltsfreiheit (das „Was“ und „Wie“ der Verträge) ein, indem sie den Abschluss gerade solcher Verträge erzwingen, die geeignet sind, die gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen, etwa hinsichtlich gebotener Investitionen in Filmwerke unabhängiger Produzenten, kleiner und mittlerer Unternehmen oder in Werke vor deren Erstausstrahlung.

In besonderer Weise würde die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit durch mit einer Investitionsverpflichtung verknüpfte Vorgaben zum Rechteerwerb beschränkt. Derartige Beschränkungen, etwa ein zeitliches Limit des Vollerwerbs der Verwertungsrechte durch den Dienstanbieter nach französischem Vorbild, treten als eine zusätzliche (wenn auch kompetenzrechtlich in den Regelungszusammenhang einbezogene, s.o., C. V. 3., VI. 3.) autonomiebegrenzende Regelung neben die Investitionsverpflichtung und stellen mithin einen weiteren, eigenständig zu beurteilenden Eingriff dar.

Zudem verstärken aber beide Eingriffe wegen ihrer Verknüpfung einander in ihrer Belastungswirkung: Wird die Regelung über die Begrenzung der Freiheit zur Aushandlung der Rechte mit der Investitionsverpflichtung verbunden und infolgedessen auf diejenigen Investitionen bezogen, die der Anbieter zur Erfüllung seiner Investitionspflicht tätigen muss, erhöht dies einerseits das Eingriffsgewicht der Investitionsverpflichtung: Die gesetzlich auferlegten Investitionen in europäische (oder noch weiter qualifizierte) Werke sind zugleich gekoppelt an gesetzliche Einschränkungen ihrer Verwertbarkeit. Zwar muss darin noch nicht notwendig eine wirtschaftliche, in Umsatz- oder Gewinneinbußen messbare Schlechterstellung liegen, weil dem von Gesetzes wegen geringeren Rechteumfang ggf. auch durch entsprechend niedrigere Preise für den Rechteerwerb Rechnung in den Verträgen getragen werden kann – wenngleich die Stärkung der Marktseite der Produktionswirtschaft durch beide gesetzlichen Regelungen möglicherweise solche Verhandlungsspielräume doch faktisch wieder begrenzt. Jedenfalls aber werden die Entscheidungsmöglichkeiten der VoD-Diensteanbieter hinsichtlich der Verwertung der Werke, in die sie investieren müssen, eingeschränkt. Andererseits begrenzt die gesetzliche Investitionsquote auch die Mög-

lichkeit, der gesetzlichen Rechteerwerbsbegrenzung durch Ausweichen auf andere, davon nicht erfasste Produktionen zu entgehen.

3. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG: Angebotsgestaltungsfreiheit

Wie schon im Zusammenhang der Erörterung der Gesetzgebungskompetenz bemerkt, zielen der Regelungsgehalt und Regelungszweck der Investitionsverpflichtung als Wirtschaftsförderungsinstrument, anders als die Katalogquote in § 77 MStV, nicht unmittelbar auf die Gestaltung der Angebote, d. h. die Zusammensetzung der nationalen Kataloge (hier für das Zielland Deutschland) von VoD-Anbietern.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass von einer solchen Verpflichtung keine einschränkenden Auswirkungen auf die Freiheit der Anbieter ausgehen können, ihre Angebote nach eigener Auswahlentscheidung zusammenzustellen. Bei einer gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist es naheliegend, dass die Dienstanbieter diejenigen Produktionen, in die sie kraft der Investitionsverpflichtung investiert haben, nach Möglichkeit auch verwerten werden. Bestehen diese Verwertungsmöglichkeiten bei einem Unternehmen mit dem Hauptgeschäftsfeld der Bereitstellung von Videofilmen zum Abruf im Wesentlichen in dieser Art der Zugänglichmachung der Filme, an denen Rechte erworben worden sind, in dem jeweiligen nationalen Angebot, so wirkt sich also zumindest faktisch die Investitionsverpflichtung auf die Zusammenstellung dieses Angebots aus. Die auch tatsächliche Verwertung der Filme, an denen Rechte erworben worden sind, durch Aufnahme in das Katalogangebot, kann ggf. zudem nach dem Inhalt der geschlossenen Vereinbarung sogar rechtliche Vertragspflicht des Dienstanbieters sein.[204]

Jedenfalls stehen die Begrenztheit verfügbarer Mittel für den Rechteerwerb an Filmen und vermutlich auch die Aufmerksamkeitsgrenzen potentieller Nutzer, aus denen sich die Notwendigkeit einer insgesamt überschaubaren, hinreichend selektiven Kataloggestaltung ergibt, einer Additionslogik entgegen, derzufolge die in Erfüllung der Investitionspflicht erworbenen Produktionen dem nach eigener Entscheidung komponierten Angebot einfach nur hinzugefügt würden. Dies bedeutet auch, dass auf das Angebot anderer (nicht europäischer) Produktionen, die ohne Investitionsverpflichtung in den nationalen Katalog aufgenommen worden wären, ggf. verzichtet werden muss.

[204] S. zu vertraglich vereinbarten Auswertungspflichten in Lizenzverträgen Schwarz, Hdb Filmrecht, Kap. 177.

Verfassungsrechtlich ist eine derartige faktisch-mittelbare Auswirkung der Investitionsverpflichtung auf die Angebotsgestaltungsfreiheit beachtlich; auch sie löst als mittelbarer Grundrechtseingriff die Rechtfertigungslasten der Gewährleistung (hier des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) aus. So wirkt der Schutz der Programmfreiheit für den linearen Rundfunk anerkanntermaßen auch gegenüber mittelbaren Programmbeeinflussungen, etwa eine Inhaltesteuerung über die Finanzierung (durch konditionierte Festsetzung des Rundfunkbeitrags beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk oder auch einer an inhaltliche Bedingungen geknüpften Medienförderung); insoweit wird der abwehrrechtliche Autonomieschutz durch das Freiheitsrecht noch durch die objektivrechtliche Gewährleistung der Staatsferne des Rundfunks (und allgemeiner: der Medien) ergänzt und verstärkt.[205]

Jedenfalls bei privaten Rundfunkveranstaltern[206] und erst recht bei Telemedien-Anbietern wie VoD-Dienstanbietern, deren Angebot zwar unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff fällt, die aber nicht Rundfunk im Sinn des klassischen Funktionsauftrags des (linearen) Programmrundfunks anbieten, sind derartige mittelbare Beschränkungswirkungen auf die Angebotsgestaltungsfreiheit auch als Grundrechtseingriff in die Rundfunkfreiheit (Schranke) und nicht etwa nur als am Maßstab des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu rechtfertigende Ausgestaltungen zu begreifen:

Ob der aus der objektiv-rechtlichen Funktionsgewährleistung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fließende Ausgestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, eine positive Rundfunkordnung zu schaffen, sich auch auf die Regulierung audiovisueller online-Angebote (Telemedien) erstreckt, ist bisher bundesverfassungsgerichtlich nicht entschieden. Allgemein anerkannt ist jedenfalls, dass die sich daraus ergebenden Regulierungspflichten des Gesetzgebers nicht schon einheitlich und gleichermaßen für alle Mediendienste nur deshalb gelten, weil diese dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff und damit der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unterfallen.[207] Gut vertretbar ist daher, dass die aus den Zeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunkmonopols sowie der dualen Rundfunkordnung überkommene rundfunkverfassungsrechtli-

[205] S. dazu zusammenfassend mit weiteren Nachweisen zuletzt Cornils, „Fokussierung und Flexibilisierung“: Anspruch und Wirklichkeit der Auftragsreform für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in FS Dörr, 2022, 817 (826 ff.); ders in Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, § 120 Rn. 76 ff., 88 ff.

[206] Für eine Differenzierung der Ausgestaltungs-/Schranken-Dogmatik zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG hinsichtlich einerseits der öffentlich-rechtlichen Anstalten, andererseits privater Veranstalter Degenhart in Bonner Kommentar, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 324, 330 f.

[207] Bullinger, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII § 163, Rn. 113 ff.; Cornils, in: Sodan/Möstl, Staatsrecht, § 120 Rn. 21 mwN.

che Sonderdogmatik mit ihrem Charakteristikum eines neben dem Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG stehenden Ausgestaltungsvorbehalts in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ohnehin nicht für – jedenfalls private – Telemedienangebote greift,[208] und schon gar nicht hinsichtlich von Angeboten, die ihrem Inhalt nach nicht den Anspruch erheben, zur Erfüllung des klassischen Funktionsauftrags des Rundfunks beizutragen, wie dies bei den Normadressaten einer Investitionsverpflichtung überwiegend der Fall sein dürfte.

Unabhängig davon verdient, wie andernorts eingehend begründet,[209] ohnehin die Auffassung den Vorzug, die auch gesetzliche Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit, soweit sie mit Verkürzungen der grundrechtlichen Betätigungsfreiheit von Rundfunkveranstaltern einhergehen, zugleich als gemäß Art. 5 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftige Schranken des Freiheitsrechts begreift.

Schließlich wäre selbst von einem Standpunkt aus, der eine Film-Investitionsverpflichtung von VoD-Dienstanbietern ungeachtet ihres primär wirtschaftsrechtlichen Regelungszwecks als vielfaltssichernde Ausgestaltungsregelung einordnete, zu konstatieren, dass sich die Rechtfertigungsanforderungen auch an derartige Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG zunehmend an diejenigen für Schrankengesetze angeglichen haben.[210] Auch wenn also eine solche Regelung, wenig überzeugend, allein als Ausgestaltung qualifiziert würde, müsste sie geeignet sein, das kommunikationsverfassungsrechtliche Normziel der Errichtung möglichst guter Rahmenbedingungen für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu fördern, und sie müsste ferner die jeweils betroffenen grundrechtlich geschützten Interessen (hier: der Angebotsgestaltungsfreiheit einerseits, des Nutzens für die Angebotsvielfalt andererseits) angemessen wahren.

4. Eingriff bei Normabwendungsmöglichkeit durch Vereinbarung (Selbstregulierung)
Seit langem im Schrifttum diskutiert ist die Frage, ob und unter welchen Bedingungen hoheitlich induzierte freiwillige Selbstverpflichtungen Eingriffscharakter haben und daher grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig sind.[211] Diese Frage kann für die

[208] Auch in der Rechtsprechung des BVerfG erfasst die verfassungsrechtliche Sonderdogmatik für den Rundfunk bisher nicht die Telemedien, vgl. dazu – mit Blick auf den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Wagner, ZUM 2022, 165 (169); dies., AfP 2022, 377 (381).
[209] Cornils, Ausgestaltungsvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, 2011, 86 ff.; s. auch Hain in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Allgemeines C Rn. 126 f.
[210] BVerfGE 121, 30, Rn. 113 (juris), Cornils, in: Sodan/Möstl, Staatsrecht, § 120 Rn. 43.
[211] S. hier nur Di Fabio, Selbstverpflichtung der Wirtschaft – Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, JZ 1997, 969 (971).

hier erörterte Investitionsverpflichtung Bedeutung erlangen, wenn die gesetzliche Pflicht nach französischem Muster unter den Vorbehalt gestellt ist, dass die VoD-Dienstanbieter (oder eine verbandliche Vertretung der Dienstanbieter) mit einer repräsentativen Vertretungsorganisation der Produktionswirtschaft eine Vereinbarung über zu tätigende Investitionen treffen, diese Vereinbarung inhaltlich den dafür aufgestellten gesetzlichen Rahmenvorgaben genügt und schließlich auch eingehalten wird.

Freiwillige Selbstverpflichtungen könnten nach dem Grundsatz volenti non fit iniuria als Ausdruck eines Grundrechtsverzichts gewertet werden. Wird die Einschränkung grundrechtlicher Entscheidungsfreiheit durch vertragliche Selbstbindung autonom vorgenommen, scheint darin kein dem Staat zurechenbarer Eingriff in Grundrechte zu liegen.

Jedoch dürfte in der Debatte um Selbstverpflichtungsabkommen weitgehend Übereinstimmung dahingehend bestehen, dass dieser Grundsatz allenfalls bei wirklicher Freiwilligkeit uneingeschränkt Geltung beanspruchen kann. Hat die hoheitliche „Induktion" der Selbstverpflichtung hingegen greifbare Zwangswirkung, insbesondere bei Androhung rechtlicher Nachteile durch hoheitliche Reaktion für den Fall, dass der Abschluss solcher Vereinbarungen verweigert wird oder scheitert, kann von einer freiwilligen Selbstbeschränkung und einem Grundrechtsverzicht nicht die Rede sein:[212] „Zumindest Absprachen, welche unter Einsatz staatlicher Autorität in Lenkungsabsicht und mit dem Hinweis auf den möglichen Gebrauch der Anordnungsgewalt zustande kommen sowie den einzelnen in seinen grundrechtlich geschützten Handlungsmöglichkeiten beschränken, weisen aber diese Eingriffsqualität auf und unterfallen dementsprechend dem Gesetzesvorbehalt; und dies selbst bei rechtlicher Unverbindlichkeit."[213]

Wird die Option einer regulierten Selbstregulierung („Branchenlösung") in einem Bundesgesetz über die Investitionsverpflichtung so konfiguriert, dass der Vereinbarung erstens konkrete Inhalte, über die eine Verständigung zu erzielen ist (namentlich: die allgemeine Investitionsquote sowie weitere Subquoten und gegebenenfalls eine Rechteteilungs-Klausel), vorgegeben werden sowie zweitens im Gesetz für die

[212] Michael, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2002, S. 328 f.; insgesamt kritisch aus grundrechtlichem Aspekt Di Fabio, VVDStRL 56 (1997), 235 (252 ff.).
[213] Fluck/Schmidt, Selbstverpflichtungen und Umweltvereinbarungen-rechtlich gangbarer Königsweg deutscher und europäischer Umweltpolitik?, VerwArch 89 (1998), 220 (236).

Fälle des Nicht-Zustande-Kommens der Vereinbarung oder ihrer Nichterfüllung dann eingreifende konkrete Pflichtinhalte statuiert werden, ist die Androhung hoheitlicher Pflichtauferlegung manifest. Die unmittelbaren staatlichen Freiheitseingriffe, deren Abwendung die Vereinbarung ermöglicht, stehen nicht nur als noch mehr oder weniger vage, künftig erst zu statuierende rechtspolitische Möglichkeit im Raum; sie sind vielmehr in der gesetzlichen Regelung schon vorgezeichnet. Ist die Selbstverpflichtungs-Vereinbarung, wenn diese gegenüber dem unmittelbaren staatlichen Eingriff durch Einräumung von Vergünstigungen privilegiert ist, nur die gesetzlich eingeräumte Option einer „Minus-Maßnahme", mit der die ansonsten ex lege eingreifende noch strengere hoheitliche Verpflichtung abgewendet werden kann, ist sie selbst erst durch diese Reserve-Verpflichtung herausgefordert („Damokles-Schwert") und damit der staatlichen Gewalt, die sie auferlegt, zurechenbar.

IV. Eingriffsrechtfertigung: Schrankenvorbehalt

1. Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG

Beschränkungen der Berufsfreiheit sind aufgrund des Regelungsvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes grundsätzlich zulässig; der als schlichter Gesetzesvorbehalt zu lesende Regelungsvorbehalt erfasst sämtliche Aspekte der Berufsfreiheit, ohnehin – schon nach dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung – die hier in Rede stehende Freiheit der Berufsausübung.

Nach der, allerdings nicht uneingeschränkt konsistenten Rechtsprechung des BVerfG[214] erfassen das Allgemeinheitsgebot sowie das Verbot von Einzelfallgesetzen des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG nur – gleichlaufend mit dem Zitiergebot des Satzes 2 – im engeren Sinne grundrechtsbeschränkende Gesetze; gesetzliche Vorschriften, die von den Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG Gebrauch machen, sollen dazu nicht gehören;[215] ebenso wenig findet diese rechtsstaatliche Zusatzanforderung an die Beschränkung von Grundrechten Anwendung auf den qualifizierten Schrankenvorbehalt des allgemeinen Gesetzes in Art. 5 Abs. 2 GG.

Auch wenn diese Engführung des Einzelfallgesetz-Verbotes auf Schrankengesetze im entstehungsgeschichtlich begründet engen Sinn abgelehnt und stattdessen ein weiterer, alle Eingriffe in grundrechtliche Abwehrrechte erfassender Anwendungsbereich

[214] S. dazu Enders in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Rn. 5.
[215] BVerfGE 13, 97 (122); 64, 72 (80 f.).

angenommen würde, könnte, dies bedarf keiner eingehenderen Prüfung, eine im Adressatenkreis generell definierte Investitionsverpflichtung von VoD-Dienstanbietern nicht als verbotenes Einzelfallgesetz begriffen werden, begegnete mithin unter diesem Gesichtspunkt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Daran änderte auch eine Gestaltung nichts, die den tatsächlichen Adressatenkreis etwa über eine Mindest-Umsatzschwelle auf eine überschaubare Gruppe von Verpflichteten begrenzte. Es handelte sich auch bei solcher Gestaltung nicht um eine „verkappt" gezielt nur auf individuell bestimmte Unternehmen gerichtete, vielmehr in der personellen Reichweite grundsätzlich offene, mithin generelle Regelung. Materiell-normativen Charakter hätte die Regelung auch unter dem Gesichtspunkt der erfassten Sachverhalte („Abstraktheit"). Sie wäre auf dauerhafte Geltung (insbesondere: sich wiederholende, auf den vorjährigen Jahresumsatz bezogene Investitionsquoten) angelegt und daher kein sich mit einmaligem Vollzug erledigendes Maßnahmegesetz.

2. Allgemeinheit des Schrankengesetzes gemäß Art. 5 Abs. 2 GG

Soweit der vorstehend identifizierte mittelbar-faktische Eingriff in die Rundfunkfreiheit in Rede steht, gebietet Art. 5 Abs. 2 GG darüber hinaus, dass das Schrankengesetz allgemein sein muss. Allgemein im Sinn der inzwischen in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannten Sonderrechtstheorie ist ein Gesetz dann, wenn es weder gegen eine bestimmte Meinung noch gegen den Prozess der freien Meinungsbildung oder gegen freie Informationen als solche gerichtet ist, sondern auf die Wahrung eines allgemeinen Rechtsguts zielt, dessen Schutz unabhängig davon ist, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise gefährdet oder verletzt wird.[216]

Ohne Zweifel erfüllt eine (ggf. qualifizierte) gesetzliche Investitionsverpflichtung diese Voraussetzungen. Sie kann zwar zu einer Verlagerung von Investitionen auf die begünstigten Produktionen (europäischer Werke, ggf. über Subquoten auch weiter qualifizierte Filmwerke) sowie mittelbar, wie dargelegt, auch dazu führen, dass diese Produktionen in den Katalog-Angeboten eine stärkere Repräsentanz haben. Aber sie richtet sich selbst bei weiteren qualifizierenden Subquoten (deutschsprachige Werke, unabhängige Produktionen, Investitionen vor Drehbeginn, kleine und mittlere Unternehmen) jedenfalls nicht auf bestimmte Inhalte und damit zugleich gegen andere bestimmte Inhalte. Selbst eine auf bestimmte Genres bezogene Subquote wäre all-

[216] BVerfGE 113, 63 (78 f.); 124, 300 (322); Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 67.

gemein im Sinn des Art. 5 Abs. 2 GG; Inhaltsanknüpfungen als solche schließen die Allgemeinheit des Schrankengesetzes nicht aus, vielmehr erst eine gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien des Grundrechtsträgers gerichtete und als solche nicht mehr meinungsneutrale Beschränkungswirkung.[217]

V. Bestimmtheit des Gesetzes

Das Bundesgesetz über eine Investitionsverpflichtung als Schrankengesetz gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 5 Abs. 2 GG muss den rechtsstaatlichen Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit und Normenklarheit der Regelung genügen. Soll in die formell gesetzliche Regelung eine Rechtsverordnungsermächtigung eingebunden werden, in der etwa detailliertere Regelungen zum Zusammenspiel der gesetzlichen Vorgaben mit einer eingeräumten Selbstregulierungs-Option dem Verordnungsgeber (Bundesregierung oder Bundesministerium) überlassen würden, ergeben sich die Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.

1. Notwendige Regelungsinhalte

Aus dem rechtsstaatlich und demokratisch begründeten Vorbehalt des Gesetzes für die mit der Regelung bewirkten Grundrechtseingriffe sowie dem mit dem Gesetzesvorbehalt eng verbundenen Bestimmtheitsgebot ergibt sich die Notwendigkeit, die wesentlichen Inhalte der Regelung normenklar im Gesetz festzulegen. Zwar ist das verfassungsrechtliche Maß gebotener Bestimmtheit relativ; geboten ist die hinreichende, nicht die maximale Bestimmtheit der Regelung und es hängt das Bestimmtheitsmaß danach insbesondere auch davon ab, welche Inhalte sinnvoll auf der Ebene des Parlamentsgesetzes überhaupt regelbar sind und welche stattdessen nach der Sachgesetzlichkeit des zu regelnden Gegenstandes eher einer Konkretisierung durch untergesetzliche Rechtsnormen oder durch die Rechtsanwendung überlassen werden können.[218]

Das Maß je gebotener Bestimmtheit korreliert zudem auch mit der Intensität grundrechtlicher Betroffenheit. Je gewichtiger die mit einer Regelung bewirkten Grund-

[217] S. dazu BVerfGE 124, 300 (323 f.).

[218] Vgl. BVerfGE 110, 370, Rn. 124 (juris): „Das aus dem Rechtsstaatsgebot folgende Bestimmtheitsgebot verlangt vom Gesetzgeber, Rechtsvorschriften so genau zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.“; BVerfGE 150, 1 Rn. 104; BVerwG, Urt. v. 22.11.2022 – 3 CN 1/21, Rn. 37: „Der Grad der im konkreten Fall erforderlichen Bestimmtheit hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes ab, insbesondere davon, in welchem Umfang dieser einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist. Bei vielgestaltigen, komplexen Lebenssachverhalten oder absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen als bei einfach gelagerten und klar vorhersehbaren Lebenssachverhalten.“

rechtseingriffe (nach der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und der Reichweite der Freiheitsverkürzung) sind, umso mehr steht der Gesetzgeber in der Pflicht, diese Eingriffe nach Inhalt und tatbestandlichen Voraussetzungen in der gesetzlichen Regelung präzise zu fassen und so für den Normadressaten vorhersehbar und überdies kontrollierbar zu gestalten.[219]

Im Ausgangspunkt dürften der Regelungsgegenstand einer Investitionsverpflichtung sowie die damit einhergehende Grundrechtsbetroffenheit der Normadressaten eher für strengere Bestimmtheitsanforderungen sprechen. Allerdings gilt dies uneingeschränkt nur für die unmittelbare hoheitliche Investitionsverpflichtung, nicht auch für eine gesetzliche – vorrangige – Selbstregulierungs-Option, der es im Gegenteil wesenseigen wäre, die Ergebnisse einer Selbstverpflichtung (Branchenvereinbarung) gerade nicht detailscharf vorzugeben (s. dazu noch u., sub VIII. 2.).

a) Funktionsgerechtigkeit parlamentsgesetzlicher Normierung

Was die auch unter dem Gesichtspunkt funktional sinnvoller Gewaltenzuordnung zu betrachtende Frage parlamentsgesetzlicher Regelbarkeit der Verpflichtung angeht, bestehen für den Grundtatbestand einer – einfachen – Verpflichtung zur Investition in europäische Werke keine besonderen Anhaltspunkte, die in Richtung eines weitgehenden und sachlich gerechtfertigten Verzichts auf Regelungen, die den Pflichtinhalt präzise umreißen, durch den Gesetzgeber weisen könnten. Die im Umfang auf einen bestimmten Umsatzanteil gerichtete Investitionsverpflichtung ist nach ihrem Regelungsinhalt einfach strukturiert. Sie hat nicht eine Vielzahl verschiedener, gesetzgeberisch nicht umfassend vorhersehbarer und daher sinnvollerweise nur in einem generalklauselartigen Modus zu verarbeitender Lebenssachverhalte zu erfassen. Sie basiert auch nicht von der Sache her auf komplexen, sich gegebenenfalls aufgrund tatsächlicher Veränderungen rasch wandelnden Einschätzungen, bei denen sich die Notwendigkeit fallgruppenbezogener oder einzelfallbezogener Beurteilungsspielräume aufdrängt. Die Frage, ob und in welchem Umfang Marktteilnehmer mit einem Förderungsbeitrag für die Filmwirtschaft belastet werden sollen – ob in Gestalt einer Sonderabgabe oder in Gestalt einer Investitionsverpflichtung – erscheint daher grundsätzlich, wie auch das FFG zeigt, parlamentsgesetzlich regelbar; der unmittelbar demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber ist imstande, für diese Entscheidung selbst Rechtsetzungsverantwortung zu übernehmen.

[219] BVerfGE 113, 167 (269), BVerfG v. 27.4.2022 – 1 BvR 2649/21, Rn. 126; st. Rspr.

Dies bedeutet, um Missverständnissen vorzubeugen, nicht, dass eine gesetzliche Investitionsverpflichtung aus Bestimmtheitsgründen möglichst ausdifferenzierte, detaillierte und spezifische Pflichtinhalte vorgeben müsste, etwa in Gestalt mehrfacher Subquoten und zusätzlicher Anforderungen wie etwa en détail festgelegter zwingender Vorgaben zum Rechteerwerb. Aus dem Verfassungsgebot der hinreichenden Bestimmtheit ergibt sich keineswegs ein Gebot möglichst hoher Regulierungsintensität und Regelungsdichte. Gefordert ist nicht, dass Pflichten auferlegt werden, sondern nur und allerdings, dass die auferlegten Pflichten nach Voraussetzungen und Inhalt jeweils hinreichend konturenscharf umrissen sind.

Für die Regelung einer Investitionsverpflichtung in Filme lässt sich vielmehr sogar annehmen, dass die skizzierte Funktionseignung parlamentsgesetzlicher Normierung im Maß zunehmender Detailschärfe und Ausdifferenzierung von Pflichtinhalten abnimmt und schließlich fragwürdig wird. Je mehr Subquoten und ergänzende Pflichten die Regelung vorsieht, umso weiter engt das so errichtete engmaschige Steuerungsregime Investitionsentscheidungsspielräume der Anbieter ein und nimmt das Gesetz in Anspruch, auf die Strukturen der Filmwirtschaft in einer die Marktkräfte korrigierenden Weise Einfluss zu nehmen. Derart verdichtete Programme für die Investitionstätigkeit der Filmverwerter setzen aber, sollen sie sachangemessen und funktionsgeeignet im Hinblick auf die verfolgten Zwecke (Erhaltung einer leistungsfähigen und vielfältigen Filmwirtschaft) sein, ein umfassenderes und komplexeres „Interventionswissen“[220] voraus als etwa einfache Investitionsquoten für europäische und deutschsprachige Werke. Insoweit erscheint es nicht fernliegend, dass gegenüber einer definitiv festlegenden gesetzlichen Detailsteuerung eine Gestaltung funktionale Vorteile aufweisen könnte, die etwa den fachlichen Sachverstand beteiligter Kreise einbände oder die Herausbildung konkreterer Maßstäbe auf nichtstaatliche Selbstregulierungs-Instanzen verlagerte, etwa um so eine sachangemessenere, die Interessen der Marktteilnehmer auf beiden Seiten besser berücksichtigende, gegebenenfalls auch für den Grundrechtsschutz überlegenere Lösung zu erreichen.

Können solche Überlegungen dafür sprechen, komplexere Arrangements von Pflichtinhalten selbstregulativen Vereinbarungen – etwa einer Branchenvereinbarung – zu überlassen, sie hingegen nicht im Bundesgesetz selbst zu statuieren, auch nicht als subsidiäre Verpflichtung ex lege für den Fall eines Nichtzustandekommens einer

[220] Eifert, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, Die Verwaltung, Beiheft 4 2001, 137 (140).

Branchenvereinbarung (s. dazu noch u., VIII. 2.), so muss aber doch jedenfalls die dann einfacher strukturierte hoheitlich-gesetzliche Reserve-Verpflichtung als solche präzise formuliert sein.

b) Grundrechtswesentlichkeit

Dafür spricht auch das Argument grundrechtlicher Eingriffsintensität. Der Eingriff in die Investitionsfreiheit und ggf. auch die urheberrechtliche Vertragsfreiheit (bei Normierung einer Rechteteilung-Klausel) liegt zwar im Koordinatensystem der Drei-Stufen-Lehre zu Art. 12 Abs. 1 GG nur auf der Ebene der Berufsausübungsregelung. Er hat aber wegen seiner sachlichen Eigenart gleichwohl beachtliches Gewicht: Die Verpflichtung knüpft nicht, wie etwa bei Ausübungsbeschränkungen mit ordnungsrechtlicher Zwecksetzung, an eine ohne weiteres sachlich naheliegende Sonder-Verantwortlichkeit des Verpflichteten (etwa für die potenziell beeinträchtigenden oder gefährlichen Auswirkungen der beruflichen Tätigkeit auf Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit) an. Sie nimmt vielmehr die Dienstanbieter jedenfalls auch im Interesse der Allgemeinheit in die Pflicht, indem sie deren Geschäftstätigkeit für normativ gesetzte Zwecke (Erhaltung einer funktionsfähigen europäischen und nationalen Filmwirtschaft) instrumentalisiert und in eine Richtung steuert, die diesem Zweck dient. Es geht daher um eine Indienstnahme privater Wirtschaftsteilnehmer für öffentliche Zwecke, diese Kategorien einem weiten Sinn verstanden, für die anerkannt ist, dass insoweit gesteigerte Rechtfertigungsanforderungen greifen;[221] darauf wird zurückzukommen sein (s.u. sub. VII. 1.).

c) Folgerungen

Der Pflicht-Tatbestand ist danach sowohl hinsichtlich der Normadressaten als auch der sachlichen Rechtspflichten eindeutig zu bestimmen.

Hinsichtlich des Normadressatenkreises (persönlicher Anwendungsbereich) muss daher bestimmt werden, welche Klassen von VoD-Diensten einbezogen sind und welche nicht (etwa: nur SVoD- und AVoD-Dienste, nicht aber einzeltransaktionsbezogene TVoD-/EST-Dienste). Gleiches gilt für eine quantitative Größenschwelle, etwa einen Mindestumsatz, ab dessen Erreichen die Investitionspflicht eingreift. Sollen auch, rechtspolitisch naheliegend, Dienstanbieter mit Sitz außerhalb des Bundesgebietes erfasst werden, ist diese Gruppe hinreichend trennscharf zu definieren, und zwar mit Merkmalen, die der unionsrechtlichen Vorgabe des Art. 13 Abs. 2 AVMD-

[221] S. hier nur Breuer in HStR VIII § 171 Rn. 41.

RL entsprechen. Muster kann hier die Fassung der Regelung in § 153 Abs. 2 FFG sein. Wird die Regelung der Investitionsverpflichtung gesetzessystematisch in das FFG einbezogen ist selbstredend auch eine Verweisung auf diese Definition des Abgabenschuldners denkbar.

Die Investitionspflicht muss nach Inhalt und Voraussetzungen so eindeutig umrissen werden, dass die Verpflichteten aus der Regelung ersehen können, wie sie die Verpflichtung rechtssicher erfüllen können. Mit Blick auf die inzwischen im FFG (hinsichtlich der Filmabgabe) sowie in den ausländischen Beispielen entstandene Regelungstradition liegt auch für den Umfang der Investitionspflicht eine quantitativ-definitive Festlegung in der Höhe eines Prozentsatzes vom Umsatz (als zwingende Untergrenze) nahe, und zwar sowohl für die übergeordnete allgemeine Investitionsquote (europäische Werke) als auch für etwaig statuierte Subquoten. Dafür spricht auch das rechtsstaatliche Erfordernis der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit der auferlegten Belastung. Die Investitionspflicht ist als Förderinstrument funktional austauschbar mit der Abgabenpflicht; sie schöpft wie diese finanzielle Ressourcen der verpflichteten Unternehmen ab und sie knüpft für die Bestimmung des Maßes wie diese an die erzielten Umsätze im Zielland (hier Deutschland) an. Die gesetzliche Investitionsverpflichtung ließe sich daher nicht in einer mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeitenden Festlegung fassen (etwa: „in Höhe eines angemessenen Umsatzanteils“), muss vielmehr den Inhalt und das Maß der Investitionspflicht auch quantitativ präzise festsetzen.

2. Bestimmtheitsprobleme bei substantiellem Selbstregulierungs-Vorbehalt

Schwierigkeiten auch unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit wirft die Verknüpfung der hoheitlich auferlegten Investitionspflicht mit einer Selbstregulierungsoption auf. Konzepte regulierter Selbstregulierung gründen in der Vorstellung sinnvoller oder vielleicht sogar besserer, jedenfalls vorteilhafter Einbindung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben.[222] Ihre Grundidee besteht in der Überformung und Steuerung privater Interessenwahrnehmung durch einen rechtlichen Rahmen und/oder dafür eingerichtete Strukturen.[223]

Die Einbeziehung der Privaten kann sich auf die Maßstabbildung beziehen, insbesondere durch Delegation der Rechtsetzungskompetenz auf die privaten Akteure oder

[222] S. hier nur Eifert in Voßkuhle/Eifert/Möllers GVwR Bd. I, § 19 Rn. 59.
[223] Stürmer, Regulierte Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht, 2022, S. 45.

deren Verbände oder spezifisch dafür eingerichtete Institutionen (private Normsetzung). Sie kann auch auf die Kontrolle und Durchsetzung staatlich gesetzter Maßstäbe (etwa ordnungsrechtlicher Verbote zum Rechtsgüterschutz wie im Wesentlichen im Jugendmedienschutz) oder definierter Zielvorgaben beschränkt sein; selbstverständlich kommen auch Kombinationen selbstregulativer Normsetzung und Kontrolle vor.[224] Jedenfalls aber ist gedankliche Grundlage und konstitutives Kernelement einer jeden Selbstregulierung (in ihren sehr verschiedenen, vielfältigen Erscheinungsformen), dass die mit dem Mandat der Selbstregulierung ausgestatteten Akteure bei ihrer Tätigkeit Spielräume – der Normkonkretisierung oder der Normanwendung und Vollzugsüberwachung – haben. Von einer Selbstregulierung kann nicht die Rede sein, wenn die davon erwarteten Ergebnisse in jeder Hinsicht rechtlich definitiv vorgegeben sind.

Dem entspricht, dass Instrumente regulierter Selbstregulierung (unionsrechtlich: Koregulierung) typischerweise dort zum Einsatz kommen, wo einerseits eine Regulierungsbeschränkung des Staates (Gesetzgeber oder staatlicher Verwaltung), andererseits und korrespondierend die Übertragung der Verantwortung und primären Zuständigkeit für die Bewältigung der aufgeworfenen Aufgabe an private Akteure oder Einrichtungen aus Sachgründen sinnvoll oder sogar geboten ist.[225] Unter dem Gesichtspunkt der Regelungs-Bestimmtheit sind dies aber Konstellationen, in denen für die staatlich-gesetzliche Basis- und Rahmenregelung eher geringere Bestimmtheitsanforderungen greifen, gerade weil wegen der Besonderheiten des Regelungsbereichs die Maßstabkonkretisierung oder -anwendung sinnvollerweise auf die nichtstaatliche Ebene verlagert werden kann, etwa in der begründeten Annahme, dass die insoweit ermächtigten Akteure größere Sachkenntnis haben oder in institutionalisierten Aushandlungsprozessen verschiedener beteiligter Kreise zu sachangemesseneren und besser legitimierten Lösungen kommen können.[226]

Bestehen solche aus der Eigenart des Regelungsgegenstandes und der Aufgabe sich ergebenden Besonderheiten jedoch nicht und greift stattdessen das rechtsstaatliche

[224] S. zu dieser idealtypischen Abschichtung der beiden Ebenen der Einbindung Privater etwa Thoma, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, S. 63 ff.; Stürmer, Regulierte Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht, 2022, S. 43 f.

[225] S. zu Bedingungen für die Sachangemessenheit von Institutionen der Selbstregulierung Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung, D. 2.

[226] S. zu den vielbeschriebenen Vorteilen, aber auch Schwächen von Selbstverpflichtungsabsprachen zB Michael, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2002, S. 203 ff.

Postulat bestimmter und normenklarer Selbstentscheidung grundrechtswesentlicher Fragen durch den parlamentarischen Gesetzgeber uneingeschränkt, scheint dementsprechend auch weniger oder kaum Raum für die Einräumung substantieller Selbstregulierungs-Spielräume zu bestehen.

Wird dies aus den dargelegten Gründen auch für die Regelung einer Investitionsverpflichtung angenommen, stellt sich grundsätzlich die Frage, ob eine im Gesetz vorgesehene Option der Selbstverpflichtung über Branchenvereinbarungen, mit der die unmittelbar hoheitliche Verpflichtung abgewendet werden kann, für diesen Regelungsbereich überhaupt sinnvoll oder zu rechtfertigen ist.

a) „Unechte" Selbstregulierung

Wenn sich mit der „Branchenlösung" keine im Gesetz zugelassenen substantiellen Aushandlungsspielräume hinsichtlich der Pflichtinhalte verbinden, handelt es sich nur um eine Schein-Selbstregulierung, die in ihrer Koppelung mit der alternativen gesetzlichen Verpflichtung zusätzliche Probleme aufwirft. Darauf wird noch zurückzukommen sein (s. u., sub VIII. 2. a)).

Immerhin bestünden gegenüber einer solchen Regelung, die die Vertragsparteien einer anerkennungsfähigen Branchenvereinbarung gesetzlich darauf festlegt, im Wesentlichen die gleichen, nur in der Höhe etwas abgesenkten Verpflichtungsinhalte wie die einseitig-gesetzliche Verpflichtung zu vereinbaren, keine verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsbedenken. Im Kern würde der Inhalt auch der „vereinbarten" Investitionspflicht dann durch das Gesetz bestimmt. Dieses formulierte nicht nur allgemein formulierte Zielvorgaben oder flexible Kriterien für die Anerkennungsfähigkeit einer Branchen-Vereinbarung, anhand derer deren Geeignetheit, den Normzweck des Gesetzes zu erfüllen, geprüft werden könnte. Sie legte vielmehr in den wesentlichen Pflichtinhalten den Inhalt der Vereinbarung fest – und muss bei solchem Verbindlichkeitsanspruch entsprechend normenklar formuliert sein. Dass die Parteien die Möglichkeit hätten, höhere Investitionsquoten zu vereinbaren als die gesetzlich zwingende Mindestquote, änderte daran nichts. Diese Abweichungsmöglichkeit nach oben besteht schließlich auch bei der gesetzlichen Investitionsverpflichtung, die den jedenfalls zu reinvestierenden Umsatzanteil nur als Untergrenze bestimmt. Wird für die vertragliche Festlegung gleichfalls eine, wenn auch niedrigere indisponible Mindestquote gesetzlich bestimmt, gäbe das Gesetz also nur statt einer Mindest-Investitionsquote eben zwei Mindestquoten vor. Wäre die Regelung durch Vorgabe

von Subquoten qualifiziert, gälte entsprechendes für derartige, gegebenenfalls in der Höhe abgestuft gestaltete Subquoten (also etwa eine Quote eines Mindestanteils des zu investierenden Kapitals in deutschsprachige Werke).

b) Wirkliche Selbstregulierung: abgesenkte Bestimmtheitsanforderungen

Soll die Branchenvereinbarungs-Option hingegen als *wirkliche Selbstregulierungs-Alternative* (und eben nicht nur als vertraglicher Vollzug eines im Wesentlichen gesetzlich vorgegebenen Pflichtprogramms) ausgestaltet werden, bedeutet dies, dass die gesetzliche Programmierung in der Dichte ihrer Vorgaben zurückgenommen werden muss. Eine solche, eigentlich nur interessante Fassung dieser Option geht damit aber notwendig mit einem geringeren Maß an Bestimmtheit der gesetzlichen Vorgaben einher, sodass sich dann die vorstehend schon aufgeworfene Frage stellt, ob auch damit die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen gewahrt werden können.

Wenn oben festgestellt worden ist, dass für die unmittelbar hoheitlich auferlegte Investitionsverpflichtung grundsätzlich keine Anhaltspunkte für abgesenkte Bestimmtheitsanforderungen erkennbar sind, muss dies indes noch nicht bedeuten, dass auch eine Aushandlung und vertragliche Festsetzung der Pflichtinhalte durch Branchenvereinbarung in gleicher Weise von Verfassung wegen im Gesetz determiniert sein muss – mit der dargelegten Konsequenz, dass dann von einer wirklichen Selbstregulierung nicht gesprochen werden könnte und auch der Sinn einer solchen „Alternative“ überhaupt fragwürdig wäre. Vielmehr, auch das ist oben schon angedeutet worden, muss auch für die Beurteilung der Bestimmtheit in Rechnung gestellt werden, dass eine Selbstverpflichtung durch Vereinbarung, die zwar durch die Androhung der bei Nichteinigung eingreifenden unmittelbar gesetzliche Verpflichtung induziert wird, jedoch in ihren Inhalten in signifikant höherem Ausmaß der autonomen Aushandlung und Festlegung durch die Vertragsparteien überlassen bleibt, eine geringere grundrechtliche Eingriffsintensität aufweist als die definite einseitig-hoheitliche Verpflichtung. In der realistischen Möglichkeit, die Pflichten in der Vereinbarung so zu gestalten, dass sie den Interessen der Vertragsparteien, insbesondere der verpflichteten Dienstanbieter, um deren Grundrechtsperspektive es zunächst geht, eher entsprechen als die staatlich-gesetzliche Verpflichtung, liegt ein Freiheitsvorteil, der in entsprechend geringeren Bestimmtheitsanforderungen berücksichtigt werden muss.

Auch kann insbesondere für komplexere und ausdifferenzierte Selbstverpflichtungs-Arrangements (die über einfache Investitionsquoten hinausgehen) vermutet werden, dass die beteiligten Akteure im vertraglichen Ausgleich ihrer Interessen zu funktionsgerechteren Lösungen gelangen können als ein statisches, aber detailscharfes gesetzliches Pflichtenprogramm. Auch dieser Gesichtspunkt kann, wie dargelegt, geringere Bestimmtheitsanforderungen rechtfertigen.

Vor allem sind mit dem auf Grundrechtsschonung angelegten Normzweck einer Vorschrift, die eine Option regulierter Selbstregulierung installiert, definite gesetzliche Festlegungen schlechthin unvereinbar. Der Eigenart einer solchen, grundsätzlich legitimen Regelung entsprechend müssen daher auch die Bestimmtheitsanforderungen an das determinierende Gesetz geringer sein. Der geringere Grad gesetzlicher Determinierung ist die Kehrseite und Bedingung des weiteren Autonomiespielraums der Marktteilnehmer und damit auch der von der Investitionsverpflichtung betroffenen Dienstanbieter.[227]

c) Notwendige Vorgaben für die Selbstregulierung

Ist die Branchenvereinbarung über Investitionspflichten allerdings, wie im französischen Vorbild, ein Mittel, die ansonsten greifende, nach Inhalt und Umfang im Gesetz exakt definierte Investitionspflicht abzuwenden, müssen auch für diese Selbstverpflichtung immerhin hinreichend klare Regelungen getroffen sein, nach denen sich vorhersehen und auch objektiv prüfen lässt, ob sie den gesetzlichen Anforderungen genügt oder nicht. Der eingeräumte Autonomiespielraum muss mit gesetzlich bestimmten Kriterien flankiert sein, anhand derer beurteilt werden kann, ob eine getroffene Vereinbarung anerkennungsfähig und daher geeignet ist, an die Stelle der gesetzlichen Verpflichtung zu treten. Diese Kriterien können aber nicht einfach nur in der Vorgabe einer Mindestquote für die Investitionen – wie die gesetzliche Verpflichtung selbst – bestehen, sondern müssen Anreize dafür setzen, dass die Parteien der Vereinbarung beidseitig diese als vorteilhaft bewerteten können.[228]

Denkbar ist etwa, im Gesetz eine Reihe verschiedener Kriterien für die Angemessenheit einer Vereinbarung zu benennen, sodass den Parteien tatsächlich die Möglichkeit

[227] In diese Richtung auch Michael, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2002, S. 477.

[228] S. zu Anreizfaktoren für eine Selbstregulierung Stürmer, Regulierte Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht, 2022, S. 154: „Entscheidend für die Bereitschaft zur Beteiligung an freiwilligen Selbstregulierungsinstrumenten dürfte daher stets sein, dass sich aus der Beteiligung voraussichtlich ein Ertrag ergibt, der den erzeugten Aufwand überwiegt."

einer vertraglichen Lösung eingeräumt wird, die gegenüber der staatlichen Verpflichtung substantiell ein aliud darstellt und in dieser Eigengeartetheit den Interessen beider Seiten nach deren Einschätzung besser gerecht werden kann. So könnte das Gesetz beispielsweise zulassen (und als Möglichkeit vorzeichnen), dass eine im Vergleich mit der hoheitlichen Investitionsverpflichtung niedrigere Investitionsquote (in europäische oder deutschsprachige Werke) zum Vorteil der VoD-Dienstanbieter mit einer die Übertragung der Nutzungsrechte an diese Anbieter begrenzenden Regelung zum Vorteil der Filmhersteller verkoppelt wird. Derartige Verkoppelungen mit Gegenleistungen der Investoren schaffen Verhandlungsoptionen, die eine Vereinbarung mit einer niedrigeren als der gesetzlichen Investitionsquote für die Filmwirtschaft vermutlich überhaupt erst attraktiv macht. Dass solche Möglichkeiten bestehen und welcher Möglichkeitsraum für Vertragsgestaltungen insoweit besteht, muss indes im Gesetz hinreichend deutlich umrissen werden.

Dies schließt nicht aus, dass diese Möglichkeiten komplexerer Verhandlungslösungen und die entsprechenden Kriterien für eine Beurteilung der Anerkennungsfähigkeit einer Vereinbarung in allgemeiner Weise, ggf. sogar nur regelbeispielhaft und nicht abschließend, insbesondere auch ohne Vorgabe zwingender Vertragsinhalte (etwa einer (oder bei Subquoten mehrerer) Investitions-Mindestquote(n)), im Gesetz umschrieben werden könnten. Die Beurteilung tatsächlich getroffener Vereinbarungen anhand dieser Kriterien müsste dann allerdings einer entsprechend legitimierten Kontrollinstanz in einem dafür eingerichteten geeigneten Verfahren (etwa unter Beteiligung der relevanten Kreise) überantwortet werden. Eine solche Struktur könnte an institutionelle Muster anknüpfen, wie sie im Rahmen der Filmförderung durch die Filmförderungsanstalt eingeführt sind (etwa eine sachverständige und/oder pluralistisch zusammengesetzte Kommission). Ist die Selbstverpflichtungsoption in einer gesetzlichen Regelung der Investitionsverpflichtung ernst gemeint in dem Sinn, dass damit die (möglicherweise überlegenen) Problembewältigungspotenziale der Selbstregulierung ausgeschöpft werden sollen, und räumt die Regelung dementsprechend den Parteien einer Vereinbarung substantielle Gestaltungsspielräume ein, so bedarf es umso mehr institutioneller und prozeduraler Vorkehrungen, mit denen eine berechenbare und sachlich überzeugende Beurteilung der hinreichenden Eignung solcher Vereinbarungen zur Erreichung des Normzwecks einer effektiven wirtschaftlichen Filmförderung ermöglicht werden kann.

Je geringer die materielle Bindung der Branchenvereinbarung im Gesetz ausfällt, umso mehr müssen institutionell-prozedurale Vorkehrungen hinzutreten, um rationale und für die Betroffenen, aber auch für die staatliche Seite akzeptable Entscheidungen zu ermöglichen.[229] Sind diese Einrichtungen und Verfahren als solche im Gesetz hinreichend genau umrissen, ist die materielle Maßstabschwäche (etwa: die allgemeine Formulierung und der nicht abgeschlossene Kreis relevanter Kriterien für die Angemessenheitsbeurteilung) rechtsstaatlich tolerabel, weil sie insgesamt ein größeres Maß an Freiheitsschutz durch autonome Vereinbarung gewährleistet als ein strikt definiertes, hoheitliches Verpflichtungsregime.

Selbstredend und jedenfalls muss die gesetzliche Regelung aber eindeutige Aussagen über das Verhältnis beider Optionen – der gesetzlichen Investitionsverpflichtung und der Branchenlösung – treffen. Dazu gehören Vorgaben zu den Bedingungen einer vorrangigen, die gesetzliche Investitionsverpflichtung abwendenden Branchenvereinbarung, dies nicht nur, wie vorstehend beschrieben, in inhaltlicher Hinsicht (Anerkennungskriterien), sondern auch hinsichtlich der berechtigten Parteien und (bei Verbänden) ihrer Legitimation, der Frage, ob eine Verhandlungspflicht (nicht: ein Kontrahierungszwang) besteht, der Fristen, innerhalb derer eine Vereinbarung zustande kommen kann, schließlich der Erfüllung einer getroffenen und anerkannten Vereinbarung als Voraussetzung dafür, von der gesetzlichen Verpflichtung verschont zu bleiben.

d) Investitionsverpflichtung durch Rechtsverordnung?

Greifen aus den dargelegten Gründen bei einer einseitig-hoheitlichen Investitionsverpflichtung tendenziell strengere Bestimmtheitsanforderungen, die grundsätzlich auch eine hinsichtlich der umfangmäßigen Belastung eindeutige Festlegung im Gesetz (Umsatzanteile) erfordern, so muss dies auch für eine Gestaltung gelten, die eine Konkretisierung von Maßstäben durch Rechtsverordnung vorsieht. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, der eine bereichsspezifisch spezielle Regelung des Parlamentsvorbehalts und der rechtsstaatlichen Bestimmtheit enthält,[230] verlangt, dass der parlamentarische Gesetzgeber in der Verordnungsermächtigung die (grundrechts-) wesentlichen Fragen der Regelung selbst entscheidet und damit das gesetzliche Programm für die exekutivische Normsetzung durch den Verordnungsgeber umreißt, sodass die Norm-

[229] S. zu dieser Einsicht allgemein Eifert in: Eifert/Voßkuhle/Möllers, GVwR, § 19 Rn. 67 f. („Prozedurale Richtigkeitsgewähr“).
[230] S. dazu BVerfGE 150, 1 Rn. 198 ff.; BVerwG Urt. v. 22.11.2022 – 3 CN 1/21, Rn. 46.

betroffenen schon aus der Verordnungsermächtigung vorhersehen können, welche Belastungen, insbesondere Grundrechtseingriffe ihnen durch den Verordnungsgeber auferlegt werden können.[231]

Hat die Investitionsverpflichtung nicht nur in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen (Inanspruchnahme eines bestimmten Kapitalanteils des Unternehmens für einen definierten Zweck), sondern auch in der funktionellen Austauschbarkeit mit der Filmabgabe eine abgabenähnliche Qualität, spricht viel dafür,[232] dass der Pflichtinhalt – wie auch bei der Filmabgabe als Sonderabgabe – in seinen wesentlichen Zügen schon durch den Gesetzgeber geregelt werden muss und nicht dem Verordnungsermessen der Regierung, des Ministers oder eines Subdelegatars überlassen werden kann. Namentlich wäre eine gesetzliche Regelung, die als solche keine nach Reichweite und Maß definierte Investitionsverpflichtung enthält, vielmehr den Verordnungsgeber zum Erlass einer solchen Verpflichtung ermächtigt für den Fall, dass keine anerkennungsfähige Branchenvereinbarung zustande kommt, schwerlich hinreichend bestimmt im verfassungsrechtlichen Sinn.

Erst recht – und nach der Rechtsprechung des BVerfG eindeutig – müsste dies gelten, wenn die Verordnungsermächtigung dem Delegatar auch die Entscheidung über das „Ob" einer Investitionsverpflichtung im Fall eines Nicht-Zustande-Kommens einer Branchenvereinbarung überließe: „die Inanspruchnahme des Art. 80 Abs. 1 GG setzt also voraus, dass überhaupt eine – wenn auch vielleicht im einzelnen unvollständige – Regelungsentscheidung des Gesetzgebers vorliegt, die es näher auszufüllen oder auszuführen gilt. Es gehört im Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts zum rechtsstaatlich-demokratischen Gehalt dieser Vorschrift, dass in einer Verordnung, die auf ihrer Grundlage ergeht und ihrem Grundgedanken entspricht, niemals originärer politischer Gestaltungswille der Exekutive zum Ausdruck kommen darf."[233]

e) Ergebnis

Die gesetzliche Regelung einer Investitionsverpflichtung – in einer Basisversion einer Quote für europäische Werke und bei Verknüpfung mit weiteren Subquoten oder anderen Vorgaben – muss nach Voraussetzungen, Adressaten und Inhalten der Pflichten hinreichend bestimmt und normenklar gefasst sein, so dass die Verpflichteten aus

[231] BVerfGE 58, 257 (277); 78, 249 Rn. 58; 150, 1 Rn. 201 ff.
[232] S. zu den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts an die Abgabenerhebung einer berufsständischen Kammer mit Zwangsmitgliedschaft BVerfGE 111, 191, Rn. 141 ff. (juris) – Notarkasse.
[233] BVerfGE 78, 249 Rn. 59 – Fehlbelegungsabgabe.

dem Gesetz erkennen können, ob sie, unter welchen Bedingungen und wozu sie verpflichtet sind. Dies gilt, wenn die Aktualisierung der Pflicht, etwa in dem Fall, dass sie unter den Vorbehalt der Selbstregulierung gestellt ist, einem Verordnungsgeber vorbehalten ist, auch für die gesetzliche Verordnungsermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Anhaltspunkte für geringere Bestimmtheitsanforderungen, die etwa eine generalklauselartige Umschreibung des Umfangs der Investitionsverpflichtung („z.B.: „in angemessener Höhe“) zulassen würden, bestehen nicht. Keine entsprechend definiten Vorgaben hinsichtlich der Pflichtinhalte müsste und sollte demgegenüber eine gesetzliche Selbstregulierungs-Option errichten. Zielt die Idee der Selbstregulierung gerade auf die Erschließung von Potentialen für eine sachangemessenere, ggf. auch grundrechtsschonendere Lösung zur Erreichung des Normzwecks, müssen mit einer solchen Option substantielle Aushandlungsspielräume verbunden sein. Engmaschige detailscharfe Vorgaben im Gesetz wären damit unvereinbar und sind auch nicht unter den Gesichtspunkten der Bestimmtheit und Normenklarheit geboten. Allerdings muss das Gesetz doch Maßstäbe oder institutionell-prozedurale Vorkehrungen bereitstellen, anhand derer die Anerkennungsfähigkeit von vertraglichen Selbstverpflichtungen hinreichend rechtssicher beurteilt werden kann.

VI. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Unternehmensfreiheit: argumentum a fortiori aus der Verfassungsmäßigkeit des FFG

1. Kernthese: Verfassungsmäßigkeit einer Direkt-Investitionsverpflichtung a majore ad minus

Grundrechtseingriffe – und auch Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit in Wahrnehmung des Ausgestaltungsvorbehalts des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – müssen, sollen sie gerechtfertigt sein, dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen. Sie müssen auf einen legitimen, hinreichend tragfähigen Zweck gerichtet sowie zur Erfüllung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Auch hinsichtlich dieser zentralen materiellen Schutzwirkung der Freiheitsrechte – wie schon oben bei der Erörterung der Gesetzgebungskompetenz – erweist sich die Vergleichung der hier zu erörternden Investitionsverpflichtungs-Regelung mit der Regelung der Filmförderung im FFG als aufschlussreich und weiterführend. Sie führt schon ohne ins Einzelne gehende Auseinandersetzung mit den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und den insoweit zu beachtenden Besonderheiten der Regelung zu dem Ergebnis, dass auch eine gesetzliche Investitionsverpflichtung

dem Grunde nach grundrechtlich gerechtfertigt sein muss, wenn dies, wie vom BVerfG indes festgestellt, die Auferlegung einer Filmabgabe zu dem im wesentlichen gleichen Zweck der Förderung der europäischen und deutschen Filmwirtschaft ist. Diese Einsicht soll daher im Folgenden zunächst erläutert und begründet werden.

Kernthese dieser Ausführungen ist, dass der mit einer Investitionsverpflichtung begründete Eingriff in die Investitionsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) bei vorausgesetzt gleicher wirtschaftlicher Belastung (die selbstredend vom Umfang der Pflicht abhängt) strukturell sogar eine geringere Intensität aufweist und daher grundrechtlich weniger prekär ist als die Auferlegung einer Sonderabgabenpflicht. Auch hier greift daher ein schon für die Kompetenzbeurteilung als zutreffend erkannter Schluss a fortiori oder a maiore ad minus: Kann sogar die Filmabgabe der VoD-Dienstanbieter vor der Verfassung Bestand haben, muss dies erst recht für eine Direktinvestitionsverpflichtung gelten, selbstredend bei einer Ausgestaltung, die eine in etwa gleiche Dimension wirtschaftlicher Belastung bedeutet. Greift die Investitionsverpflichtung in erheblich weitergehendem Umfang auf das Kapital der Verpflichteten zu, erhöht sich ihr Eingriffsgewicht, sodass dadurch ggf. der Vorteil größerer Schonung der unternehmerischen Freiheit, den die Investitionsverpflichtung ihrer Art nach für sich in Anspruch nehmen kann, überspielt werden kann; auch hier, bei der Investitionsverpflichtung, kann also eine sehr weitgehende Bindung der Investitionsentscheidungen der Unternehmen durch eine hohe obligatorische Investitionsquote ggf. sogar zur grundrechtlichen Unzumutbarkeit führen. Dem Grunde nach aber erweist sich die Investitionsverpflichtung als freiheitsfreundlicher als die Belastung mit einer Sonderabgabe.

2. Relativer Freiheitsvorteil der Investitionsverpflichtung

Entscheidend für diese Differenz im Eingriffsgewicht, die eine Verpflichtung zur Direktinvestition dem Grunde nach grundrechtlich weniger problematisch erscheinen lässt als eine Abgabenpflicht, ist, dass bei der Investitionsverpflichtung die Entscheidung über den Kapitaleinsatz des verpflichteten Unternehmens bei diesem selbst liegt und daher grundsätzlich an den eigenen Interessen des Unternehmens ausgerichtet werden kann. Bei der Abgabenpflicht sind die Verwendungsentscheidungen über die erhobenen Mittel hingegen dem Schuldner weitgehend – abgesehen ggf. von begrenzten Mitwirkungsrechten von Vertretern der Abgabenpflichtigen in den entscheidungsbefugten Gremien und Kommissionen – entzogen.

a) Unspezifische Basisverpflichtung (europäische Werke)

Besonders deutlich tritt diese Divergenz bei einer schlichten Investitionsverpflichtung, welche nur einen bestimmten Umsatzanteil des Diensteanbieters für die Reinvestition in europäische Werke reserviert, sich hingegen weiterer Vorgaben (insbesondere: Subquoten) enthält, zutage. Behalten die Dienstanbieter, abgesehen von der vorgegebenen Ausrichtung auf europäische Werke, in jeder weiteren Hinsicht die Freiheit zur Auswahl der Filme und Serien, in deren Herstellung sie investieren wollen, ist die Investitionsfreiheit in nur geringem Maß beschränkt.

Da die Reinvestitionsquote sich auf die Nettoumsätze im Markt des Ziellandes (hier: Deutschland) bezieht und davon nur einen relativ kleineren Anteil bestimmt (etwa: 20 %), ist davon auszugehen, dass die Anbieter bei regulärer Geschäftstätigkeit ohnehin in einer weit darüber hinausgehenden Größenordnung aus den Umsätzen refinanzierte Investitionen vornehmen würden. Die Investitionsfreiheit ist zwar rechtlich, wie dargelegt, auch als Entschließungsfreiheit über das „Ob" von Investitionen betroffen. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise, die für die *wirtschaftliche Zumutbarkeit* und also für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn wesentlich ist, liegt insoweit aber kaum eine relevante Belastung vor. Es dürfte kaum anzunehmen sein, dass ein VoD-Dienstanbieter in einem Folgejahr nach Erzielung des als Bemessungsgrundlage herangezogenen Umsatzes ernsthaft in Betracht ziehen würde, überhaupt nicht oder nur in einem sehr geringen Umfang, der niedriger liegt als die auferlegte Investitionsquote, in weitere Filmproduktionen zu investieren.

Der spezifische Belastungseffekt einer solchen Investitionsverpflichtung– sowohl hinsichtlich der rechtlichen Auswahlfreiheit als auch möglicherweise in den wirtschaftlichen Folgen – liegt mithin darin, dass die Unternehmen aus ihrem ohnehin für Investitionen vorgesehenen Etat in größerem Umfang gerade in europäische Werke investieren müssen als sie dies möglicherweise ohne Investitionsverpflichtung getan hätten. Insoweit wird also die Auswahlentscheidung hinsichtlich der Investitionen in einem gewissen Anteil dieser Investitionen hoheitlich überformt und umgelenkt, die Investitionsfreiheit als Auswahlfreiheit eingeschränkt. Ob diese Belastungswirkung überhaupt ein bedeutsames Maß erreicht, hängt zunächst von tatsächlichen Gegebenheiten ab, die aus juristischer Sicht nur schwer einzuschätzen sind, insbesondere davon, ob der erzwungene Anteil von Investitionen in europäische Werke nennenswert über dem Anteil liegt, in dem die verpflichteten Dienstanbieter ohnehin, freiwillig für den deutschen Publikumsmarkt in europäische Werke investiert hätten. Hinzu kommt

das schwerwiegende rechtliche Argument, dass Investitionen europäische Werke mittelbar schon durch die medienrechtliche Vorgabe der Katalogquote in § 77 MStV zu einem wesentlichen Teil verpflichtend sind, diese Verpflichtung indes durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts (Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL) grundrechtlich abgesichert ist; auf beides wird zurückzukommen sein (s. u., sub VII. 3. b), c)).

Für den an dieser Stelle dargelegten Gedankengang ist nur festzuhalten, dass die Normadressaten bei einer schlicht-unqualifizierten Investitionsverpflichtung, abgesehen von der begrenzten Einschränkung der Auswahlfreiheit in der Frage, in welchem Umfang in europäische Werke investiert werden soll, volle Auswahlfreiheit hinsichtlich der Gegenstände, Vertragsparteien und Bedingungen des Rechteerwerbs behalten und damit nach wie vor in der Lage sind, ihre Investitionen in wesentlichen Hinsichten nach ihrer Unternehmensstrategie auszurichten und so den aus ihrer Sicht größtmöglichen – durch die Verpflichtung nur geringfügig eingeschränkten – individuellen Nutzen aus den Investitionen zu ziehen. Die Anbieter müssen ihre eigene Investition keiner Prüfung nach Maßgabe inhaltlich-kultureller Kriterien („kultureller Test“) unterwerfen; sie könnten ihre Investitionen uneingeschränkt in (europäische) Werke lenken, die nach dem FFG aus Mitteln der Filmabgabe nicht förderungsfähig wären. Die einfache Investitionsverpflichtung als Instrument der Filmförderung wirkt daher weniger weitreichend auf die spezifische Qualität der aus den Mitteln der Pflichtigen geförderten Filme und damit auf das verfügbare Angebot von europäischen Produktionen, die für eine Investition überhaupt in Betracht kommen, ein.

Bei der Filmabgabe hingegen ist der abgeschöpfte Kapitalanteil der Disposition der Abgabepflichtigen fast vollständig (abgesehen von den oben skizzierten möglichen begrenzten Mitwirkungschancen bei den Entscheidungen über eine Filmförderung) entzogen. Ein gewisser Vorteil, der den Pflichtigen aus dem Einsatz der Abgabenmittel erwächst, kann hier nur in der gruppennützigen Verwendung nach den Maßgaben des FFG gesehen werden. Die objektiv, gerade nicht hingegen aus der Sicht des individuell Betroffenen zu bestimmende Gruppennützigkeit[234] der Verwendung der Abgabenmittel, die nach der Rechtsprechung des BVerfG überhaupt erst die Erhebung der Sonderabgabe rechtfertigt, bleibt aber hinter der Möglichkeit individualnütziger Verwendung des Kapitals bei einer eigenen Direktinvestitionsentscheidung weit zu-

[234] BVerfGE 108, 186, Rn. 153 (juris): Gruppennützige Verwendung besagt nicht, dass das Aufkommen im spezifischen Interesse jedes einzelnen Abgabepflichtigen zu verwenden ist; es genügt, wenn es, wie hier, überwiegend im Interesse der Gesamtgruppe verwendet wird (…).

rück. Diese Differenz ist in der Sache kaum bestreitbar und markant. Es ist ein signifikanter Unterschied, ob über die Verwendung der in Anspruch genommenen Mittel das Unternehmen selbst entscheidet oder eine Förderkommission. Dieser Unterschied weist die Investitionsverpflichtung dem Grunde nach als grundrechtsschonenderen Eingriff aus.

b) Qualifizierte Investitionsverpflichtung

Selbstredend verringern sich die Differenz und damit der Vorteil in dem Maß, in dem der Spielraum zu individueller Investitionsentscheidung durch weitere gesetzliche Vorgaben eingeschränkt wird. Schon die Vorgabe einer recht hoch angesetzten Subquote für deutschsprachige Werke nach dem französischen Vorbild und den Empfehlungen des Goldmedia-Gutachtens entfaltet einen deutlich weitergehenden Lenkungseffekt. Rechtlich wird der Auswahlspielraum weiter verengt. In Hinsicht auf die tatsächlich-wirtschaftlichen Auswirkungen ist bei einer hohen nationalen Quote mit dementsprechend geringeren Auswahl- und Ausweichmöglichkeiten des Diensteanbieters eher anzunehmen, dass den Unternehmen eigentlich ungewollte Investitionen abverlangt werden, darunter auch solche, die aus Unternehmenssicht als nachteilig (insbesondere: weniger nachgefragt durch das Zielpublikum und daher relativ weniger attraktiv im Wettbewerb um Abonnenten) gegenüber sonst bei voller Entscheidungsfreiheit getätigten Investitionen bewertet werden.

Auch eine auf die Deutschsprachigkeit beschränkte Subquote bleibt aber im Maß der Selektivität der Vorgabe weit hinter den Qualitätskriterien der Filmförderung nach dem FFG zurück; auch dann bleiben den Anbietern noch immer erhebliche Auswahlspielräume, die sie bei der Abgabeverpflichtung mit auf heteronome Entscheider verlagerten Verwendungsentscheidungen einbüßen.

Dies gilt auch noch bei weiteren gesetzlichen Vorgaben, etwa hinsichtlich einer Erstinvestitions-Quote und/oder einer Begrenzung anrechnungsfähiger Investitionen auf kleine Filmhersteller-Unternehmen. Selbst beim Zusammenwirken mehrerer Quoten und Vorgaben bleibt immer noch beachtlich, dass das Unternehmen die Auswahlentscheidung selbst zu treffen berechtigt bleibt und also eine, wenn auch begrenzte, Dispositionsfreiheit über das eigene Kapital behält.

Allerdings ist die Dichte und Einschränkungsintensität dieser Vorgaben selbstredend ein wesentlicher Umstand für die Bemessung des relativen Vorteils, den die direkte Investitionsverpflichtung gegenüber der Sonderabgabe aufweist.

3. Grundrechtliche Relevanz der verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Sonderabgaben-Rechtsprechung

Aus der Sonderabgaben-Rechtsprechung des BVerfG, insbesondere aus den in dieser Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die ausnahmsweise Zulässigkeit von Sonderabgaben, und der Beurteilung der Filmabgabe anhand dieser Kriterien lassen sich Rückschlüsse auf die grundrechtliche Rechtfertigung auch einer Investitionsverpflichtung ziehen.

Die Entscheidung zum FFG spricht zwar abkürzend von den „finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung von Sonderabgaben“,[235] erwähnt hingegen in den Entscheidungsgründen zur materiellen Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des FFG nicht explizit die Freiheitsrechte. Jedoch wird auch in dieser Entscheidung sodann – über die Finanzverfassung im engeren Sinn hinausgreifend – auf den für die tiefere Begründung der Anforderungen seit jeher gleichermaßen wesentlichen Grundsatz der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen hingewiesen.[236] Geht es dabei vordergründig zunächst um eine grundrechtlich-gleichheitsrechtliche Bindung, ist doch auch der freiheitsrechtliche Rechtfertigungszwang jedenfalls für nichtsteuerliche Abgaben, die nicht voraussetzungslos im Interesse der Finanzierung der Staatsausgaben, sondern aus einem bestimmten Sachgrund erhoben werden, selbstverständlich vorausgesetzt:[237]

Abgaben greifen zumindest in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), bei berufsbezogenen Abgaben mit (zumindest) objektiv berufsregelnder Tendenz in die besondere Handlungsfreiheit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs.1 GG) ein und bedürfen daher der freiheitsrechtlichen Rechtfertigung nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit.[238] Das den Satz verfassungsrechtlicher Anforderungen an Sonderabgaben

[235] BVerfGE 135, 155 Rn. 120.

[236] BVerfGE 135, 155 Rn. 121; die Belastungsgleichheit steht in den in ständiger Rechtsprechung wiederholten Obersatzformeln zu den verfassungsrechtlichen Maßstäben für die Beurteilung der Zulässigkeit von Finanzierungs-Sonderabgaben auf gleicher Stufe neben dem bundesstaatlichen (Finanzverfassung) und dem haushaltsverfassungsrechtlichen Fundament dieser Maßstäbe; s. nur BVerfGE 123, 132 Rn. 56 mwN.

[237] S. zur Schutzwirkung der Freiheitsrechte (und nicht nur des Gleichheitssatzes) sogar gegenüber dem staatlichen Steuerzugriff, bei dem die Verhältnismäßigkeitsbeurteilung wegen des unspezifischen Zweck-Mittel-Verhältnisses strukturelle Probleme bereitet, Vogel/Waldhoff, in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Vorb. zu Art. 104a-115 Rn. 495 ff. Bei nichtsteuerlichen, auf einen Sachzweck gerichteten (und daher auf eine Sachkompetenz nach Art. 70 ff. GG gestützten) Abgaben bestehen die strukturellen Probleme der freiheitsrechtlichen Begrenzung der Steuer nicht; hier lässt sich der Abgabeneingriff in Art. 2 Abs.1 oder Art. 12 Abs. 1 GG in der Relation von Abgabenzweck und Abgabenbelastung in normaler Weise auf seine Verhältnismäßigkeit prüfen.

[238] Vgl. BVerfGE 98, 83 (97); 113, 128 Rn. 100; 122, 316 Rn. 97.

beherrschende Erfordernis einer spezifischen *Finanzierungsverantwortung* der in Anspruch genommenen Schuldner für die aus den Abgabenmitteln zu finanzierende Aufgabe folgt daher nicht nur aus den Begrenzungs- und Schutzfunktionen der Finanzverfassung und dem Gleichheitssatz, sondern auch aus der Rechtfertigungslast des betroffenen Freiheitsrechts. Es geht nicht nur darum, die finanzielle Sonderbelastung des von einer nichtsteuerlichen Abgabe betroffenen Pflichtigen gegenüber anderen, die von der Abgabe nicht betroffen sind, zu rechtfertigen, vielmehr auch darum, einen hinreichend tragfähigen, verantwortungsbegründenden Sachgrund anführen zu können, der den freiheitsrechtlich rechtfertigungsbedürftigen Zugriff auf das Vermögen des Verpflichteten rechtfertigen kann. Das Freiheitsrecht und der Gleichheitssatz greifen hier ineinander und begründen in ihrem Zusammenwirken die für die Rechtfertigung zentrale Anforderung der Belastungsgleichheit.

Zudem muss die Sonderabgabe nicht nur dem Grunde nach, sondern auch in der Höhe dem Maß der tragfähig zu begründenden Finanzierungsverantwortung des Verpflichteten entsprechen, also verhältnismäßig sein.[239] In den Kriterien der Bereichsdogmatik für die Sonderabgaben gehen also gleichermaßen gleichheits- wie freiheitsrechtliche Rechtfertigungsanforderungen an eine (neben der Steuer) Zusatzbelastung durch eine solche Abgabe auf; die Kriterien stellen eine bereichsspezifische Ausprägung nicht nur der finanzverfassungsrechtlichen, sondern auch der grundrechtlichen Rechtfertigungslasten dar, denen der Gesetzgeber zu genügen hat, wenn er eine solche Abgabe erhebt.[240] Durch Inanspruchnahme der (immer begrenzten) Mittel der pflichtigen Unternehmen, z. B. für Zwecke der Filmförderung durch die Filmabgabe wird das Freiheitsrecht der Berufsfreiheit über die unspezifische Vermögensbelastung hinaus auch noch dadurch spezifisch betroffen, dass Möglichkeiten eigener unternehmerischer Entscheidung über den Kapitaleinsatz verkürzt werden.[241]

[239] St. Rspr. BVerfGE 123, 132 Rn. 59: „Die Erfüllung dieser Merkmalsgruppe in ihrem Zusammenspiel bildet zugleich den entscheidenden Rechtfertigungsgrund für eine zu der Gemeinlast der Steuern hinzutretende Sonderlast und sichert so die Wahrung verhältnismäßiger Belastungsgleichheit.

[240] Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 105 Rn. 10.

[241] S. zu diesem Gedanken BVerfGE 122, 316 Rn. 105: „Diese finanzielle Inanspruchnahme für die staatliche Aufgabenwahrnehmung, die durch hoheitliche Entscheidung an die Stelle des individuellen unternehmerischen Handelns tritt, stellt sich aus der Sicht des Abgabepflichtigen nicht nur als eine rechtfertigungsbedürftige, zur Steuer hinzutretende Sonderbelastung, sondern auch als Verkürzung seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit dar (vgl. BVerfGE 111, 191 <213 f.>; 113, 128 <145>) und bedarf auch insoweit besonderer Rechtfertigung.“

4. Insbesondere: Finanzierungsverantwortung der Abgabenschuldner als pflichtrechtfertigender Grund

Die im Grundsatz der Belastungsgleichheit zusammengeführten grundrechtlichen Anforderungen kommen im bundesverfassungsgerichtlichen Voraussetzungssatz für die Zulässigkeit von Sonderabgaben namentlich in den Erfordernissen eines gerade die Finanzierungslast der in Anspruch genommenen Schuldner rechtfertigenden Sachgrundes („Sachnähe", Finanzierungsverantwortung) sowie, eng damit zusammenhängend,[242] der Gruppenhomogenität und Gruppennützigkeit der Mittelverwendung zur Geltung. Danach reicht also nicht irgendein für sich genommen legitimes Gemeinwohlinteresse für die Belastung mit der zur allgemeinen Steuerlast hinzutretenden Abgabe aus, bedarf es vielmehr eines gerade und nur die Gruppe der Abgabenpflichtigen auszeichnenden, ihre Finanzierungsverantwortung begründenden Umstandes. Dient die Verwendung der Abgabenmittel dem Zweck der Förderung des Wirtschaftszweiges, dessen Angehörige zur Abgabe herangezogen werden, kann der rechtfertigende Sachgrund „praktisch ausschließlich"[243] in der Gruppennützigkeit der Mittelverwendung bestehen. Für diese Fallgruppe sind daher an dieses Merkmal besonders strenge Anforderungen zu stellen; der Gruppennutzen muss danach evident sein.[244]

Für die Filmabgabe hat das BVerfG in seinem Urteil zum FFG diesen evidenten Gruppennutzen für die in Anspruch genommenen Abgabenschuldner-Gruppen bejaht, damit zugleich auch die besondere Sachnähe und Finanzierungsverantwortung dieser Gruppe für die Förderung der deutschen Filmwirtschaft.[245] Das zentrale Argument dafür lautet, dass die belasteten Gruppen selbst ein offenkundiges, in der Verwertung der geförderten deutschen Filme manifestiertes Interesse an der Förderung dieser Filme hätten.

Zwar gehörten zu den abgabenbelasteten Gruppen nach dem FFG in der vom BVerfG beurteilten Fassung von 2004 noch nicht die Anbieter von Videoabrufdiensten (heute:

[242] BVerfGE 135, 155 Rn. 126.
[243] BVerfGE 135, 155 Rn. 127: „Erforderliche Sachnähe und Finanzierungsverantwortung lassen sich hier praktisch ausschließlich mit Blick auf Zweck und Wirkung staatlicher Förderungsmaßnahmen zugunsten der belasteten Gruppe – d. h.: mit der Gruppennützigkeit der Mittelverwendung – begründen […]."
[244] BVerfGE 122, 316 (337 f.); 123, 132 (143); 135, 155 Rn. 127.
[245] BVerfGE 135, 155 Rn. 131 ff.

§ 153 FFG).[246] Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb die für die schon nach dem Gesetz 2004 belasteten Gruppen, insbesondere auch die Videowirtschaft in der Art der Videoprogrammanbieter (heute: § 152 FFG) sowie die Fernsehveranstalter (§ 154 FFG), dargelegten Gründe für die Gruppennützigkeit nicht auch für die Videoabrufdienste grundsätzlich in vergleichbarer Weise Geltung beanspruchen sollten. Wenn in der rechtspolitischen Debatte von Seiten der VoD-Dienstanbieter gegen die beabsichtigte Einführung einer Investitionsverpflichtung vorgebracht wird, eine solche sei entbehrlich, weil die Anbieter ohnehin schon freiwillig in erheblichem Ausmaß europäische und deutsche Produktionen in ihre Angebote aufnähmen, bestätigt dies auf der Linie der Argumentation des BVerfG nur die Gruppennützigkeit einer Förderung gerade dieser Produktionen auch für diese Gruppe von Anbietern. Soweit ersichtlich wird die materielle Verfassungsmäßigkeit des § 153 FFG auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Aussagen des BVerfG auch im Fachschrifttum nicht infrage gestellt.[247]

5. Folgerungen

Sind im Urteil des BVerfG zum FFG die – sogar wegen des Wirtschaftsförderungszwecks besonders strengen – Anforderungen an die Gruppennützigkeit der Filmabgabe („evidenter Gruppenutzen“) und damit an das Vorliegen eines die Sonderbelastung der Abgabenpflichtigen rechtfertigenden spezifischen Sachgrundes bejaht worden, so ist damit zugleich zum Ausdruck gebracht, dass der mit der Abgabenbelastung einhergehende Abgabeneingriff in die Berufsfreiheit verhältnismäßig und also grundrechtlich gerechtfertigt ist. Diese Aussage ist auf eine Investitionsverpflichtung, die im Wesentlichen denselben Wirtschaftsförderungszweck verfolgt und dazu aus dem Kreis der Abgabenschuldner die gleiche Gruppe von Pflichtigen (Videoabrufdienste) in Anspruch nimmt, übertragbar.

Dies gilt, ohne dass dies an sich noch einer detaillierten Aufschlüsselung bedürfte, für alle Teilpostulate des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes:

a) Legitimer Grund der Inpflichtnahme

Der erforderliche legitime Grund für die Berufsausübungsregelung besteht auch hier in dem als Grund der Abgabenbelastung identifizierten beschriebenen über die bloße

[246] Kritisch u.a. aus diesem Grund zur Novelle 2009 etwa Schwarz, ZUM 2008, 730; s. zur Novelle 2014, mit der die Abgabenpflicht eingeführt worden ist, Freys, ZUM 2013, 858 (861 f.).

[247] Vgl. etwa Lütje in Schwarz, Hdb Filmrecht, 121. Kap. Rn. 20 ff., unter expliziter Erwähnung der SVoD-Anbieter in Rn. 27.

Mittelbeschaffung hinausgehenden Sachzweck der Filmabgabe, mithin der „Förderung der Struktur der deutschen Filmwirtschaft“.

Indem eine nicht weiter inhaltlich qualifizierte, nur auf europäische und deutschsprachige Werke bezogene Investitionsverpflichtung einen im Verhältnis zur Filmförderung nach dem FFG noch eindeutiger auf die Förderung der Produktionswirtschaft gerichteten Charakter hat, mag der Normzweck weniger ambivalent sein als bei der Filmabgabe (keine direkte, wenn auch instrumentelle Verfolgung eines Kulturförderungszwecks). Diese stärker wirtschaftsrechtliche Ausrichtung ändert aber nichts an der Legitimität des Förderzwecks. Soweit angenommen werden kann, dass diese Legitimität gerade der Förderung der Filmwirtschaft letztlich ihrerseits durch kulturelle Fernziele gestützt wird – Erhaltung einer europäischen und nationalen, eigenständigen Filmkultur, Diversität und Anbieterpluralismus im Filmwesen – gehen mutmaßliche Fördereffekte für diese Fernziele auch ohne spezifische kulturelle Förderkriterien schon mit der Ausrichtung der Investitionen auf europäische und deutschsprachige Werke einher; in diesem Sinn ist eine europäisch oder national ausgerichtete Filmwirtschaftsförderung immer auch Kulturförderung. Aus grundrechtlicher Sicht wirkt sich, wie schon angedeutet, der Verzicht auf kulturelle Lenkungskriterien bei einer Investitionsverpflichtung zudem für die Betroffenen sogar schonend aus. Ist der Förderzweck der Investitionsverpflichtung insoweit unspezifischer gehalten, liegt darin für die Verpflichteten, welche größere Entscheidungsfreiheit hinsichtlich ihrer Investitionen behalten, eine geringere Belastung und also im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ein sogar noch eher zumutbarer Eingriff.

b) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Feststellung der grundrechtlichen Eignung und Erforderlichkeit der Verpflichtung zur Entrichtung der Filmabgabe zur Erfüllung des gesetzlichen legitimen Sachzwecks ist mit der Anerkennung ihrer Finanzierungsverantwortlichkeit und Gruppennützigkeit notwendig mit getroffen. Gegen die Wirksamkeit und Notwendigkeit der Förderung der Filmwirtschaft mit den Maßnahmen nach dem FFG vorgebrachte Einwände sind vom BVerfG erörtert, aber zurückgewiesen worden. Dies gilt namentlich für das Vorbringen, viele der geförderten Filme erwiesen sich als nicht erfolgreich, die Förderung nach den Maßstäben des FFG sei nicht hinreichend auf den wirtschaftlichen Erfolg der Filme ausgerichtet, liege daher auch nicht im Interesse der Abgabenpflichtigen. Die dagegen gerichtete Begründung des BVerfG muss hier nicht im Einzelnen wiederholt werden. Der Senat hat sowohl die Eignung der Förde-

rung, die auf „Struktursicherung und Strukturverbesserungen“ gerichtet sei, als auch die Gruppennützigkeit für die Kinobetreiber und sonstigen Abgabenpflichtigen bestätigt.

Mit Blick auf die Investitionsverpflichtung muss auch insoweit wieder festgestellt werden, dass die seinerzeit vorgebrachten, vom BVerfG indes schon für die Filmabgabe zurückgewiesenen Bedenken gegenüber einer solchen Investitionsverpflichtung erheblich geringeres Gewicht hätten: Indem die Verpflichteten weithin in der Entscheidung über die konkrete Investition in ein Filmprojekt frei bleiben, diese Entscheidung insbesondere auch selbst treffen können, können sie die Auswahl signifikant eher an ihren individuellen Präferenzvorstellungen ausrichten als bei der Förderung von Filmen aus den Mitteln der Filmabgabe. Sie haben es, jedenfalls bei einer nicht durch weitere inhaltliche Vorgaben definierten Investitionsverpflichtung, weitgehend in der Hand, Projekte auszuwählen, von denen sie einen wirtschaftlichen Erfolg auch selbst erwarten. Wiegt der Eingriff in die Investitionsfreiheit bei einer Verpflichtung zu Direktinvestitionen geringer als derjenige, der in der Abgabenverpflichtung liegt, ist sie grundrechtlich betrachtet ein schonenderes Instrument der Zweckverfolgung. Auch im Verhältnis zur Filmabgabe als Alternativinstrument ist daher an der Erforderlichkeit der Investitionsverpflichtung nicht zu zweifeln. Eher bedarf umgekehrt das Regime der Filmabgabe mit auf Dritte verlagerten Förderentscheidungen einer Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit; dafür lassen sich indes sachliche Gründe finden, die hier zunächst dahinstehen können (s. dazu noch u., sub VIII. 1.).

c) Zumutbarkeit

Was die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn) angeht, finden sich in der Entscheidung zur Filmabgabe keine spezifisch darauf zielenden Erwägungen. Offenkundig hat die Größenordnung der Belastung durch die Filmabgabe in dem Streit keine Rolle gespielt, die sich in den Entscheidungsgründen niedergeschlagen hätte. Dass die Angehörigen der belasteten Gruppen dem Grunde nach in die Finanzierungsverantwortung genommen werden durften, hat das BVerfG bestätigt.

Probleme einer in der Höhe unverhältnismäßigen, das Maß der Finanzierungsverantwortung und des Gruppenvorteils übersteigenden Belastung sind bei einer Sonderabgabenpflicht selbstredend grundsätzlich denkbar, hinsichtlich der Filmabgabe aber jedenfalls in den Entscheidungsgründen nicht erörtert worden. Daraus kann ge-

schlossen werden, dass jedenfalls eine wirtschaftliche Belastung in Höhe der im FFG bestimmten Abgabensätze als solche keine Zumutbarkeitsbedenken aufwirft.

Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Investitionsverpflichtung lassen sich daraus nur begrenzt Hinweise gewinnen: Eindeutig ist, dass eine Investitionsverpflichtung mit einem wirtschaftlichen Belastungsvolumen in etwa gleichem Maß wie bei der Filmabgabe unbedenklich als verhältnismäßig zu bewerten wäre, selbstredend zunächst alternativ, nicht kumulativ zur Filmabgabe.

Darüber hinaus kann auch konstatiert werden, dass wegen der grundrechtsschonenderen, die Investitionsfreiheit der Unternehmen in geringerem Maß einschränkenden Wirkungen die Investitionsverpflichtung grundsätzlich einen größeren Umsatzanteil in Anspruch nehmen darf als die Abgabenpflicht. Die Investitionen auch aufgrund der Verpflichtung können von den Normadressaten grundsätzlich individualnützig ausgestaltet werden; sie sind nicht nur, wie der Mitteleinsatz aus der Filmabgabe, „evident“ gruppennützig. Die Dienstanbieter können ihre Investitionsentscheidungen, jedenfalls wenn sie nicht durch weitere materielle Vorgaben im Gesetz eng eingeschränkt werden, in einem großen Spektrum (europäische bzw. deutschsprachige Werke) möglicher Produktionen so ausrichten, dass jede einzelne Investitionsentscheidung nach den Maßstäben der Geschäftspolitik jedenfalls auch als vorteilhaft angesehen werden kann – Fehlprognosen und Misserfolge hinsichtlich der Publikumsakzeptanz von Filmen sind selbstredend auch bei völlig freier Investitionsentscheidung nie ausgeschlossen.

Dass die Unternehmen aufgrund der Verpflichtung gezwungen sind, einen Teil ihrer verfügbaren Ressourcen auch auf Produktionen zu lenken, die aus Unternehmenssicht als weniger attraktiv im Katalogangebot bewertet werden als außereuropäische (oder nicht-deutschsprachige) Produktionen, in die ohne Investitionsverpflichtung investiert worden wäre, ist, wie schon bemerkt, anzunehmen; darin liegt im Wesentlichen die Eingriffswirkung in die Investitionsfreiheit. Sie bleibt aber hinter den individuellen Verlust-Risiken, die mit der mittelbaren Filmförderung aus den Erträgen der Filmabgabe verbunden sind (etwa: zu einem nicht unerheblichen Teil Förderung von für die Anbieter gänzlich unattraktiven, erfolglosen Filmen) weit zurück.

In welchem Maß indes eine Investitionsverpflichtung quantitativ über die Abgabensätze nach dem FFG (insb. § 153 Abs. 3 FFG) hinausgehen könnte und welche Gesamtbelastung in der Zusammenschau mit der Filmabgabe danach verfassungsrecht-

lich noch zumutbar sein kann, lässt sich aus den Ausführungen des BVerfG im FFG-Urteil nicht schließen. Allenfalls kann vermutet werden, dass mögliche gesetzgeberische Spielräume mit den Abgabensätzen im FFG 2004 keineswegs ausgeschöpft waren, da das BVerfG es offenkundig nicht für geboten gehalten hat, die Frage des Maßes auch nur anzuschneiden oder dafür Maßstäbe zu entwickeln. Auf erwägenswerte Gesichtspunkte, die insbesondere für die Beurteilung der Angemessenheit Bedeutung haben können, soll daher im Folgenden mit einigen ergänzenden Überlegungen noch einmal eingegangen werden.

VII. Verhältnismäßigkeit: Ergänzende Überlegungen

Auch abgesehen von dem vorstehend dargelegten, das Ergebnis primär tragenden Erst-Recht-Schluss aus den Darlegungen des BVerfG im Urteil zur Filmabgabe lässt sich die Verhältnismäßigkeit einer Investitionsverpflichtung von Videoabrufdiensten ergänzend begründen.

In der Rechtsprechung und im verfassungsrechtlichen Schrifttum anerkannt ist die grundsätzliche Zulässigkeit von Indienstnahme Privater, insbesondere von Marktteilnehmern, für die Leistung von Beiträgen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Die Möglichkeit einer gesetzlichen Investitionslenkung, die sowohl mit einer Einschränkung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit (Investitionsfreiheit) verbunden ist als auch zu einer wirtschaftlichen Belastung führt, kann also nicht schon grundsätzlich und schlechthin bestritten werden.

Allerdings greifen für eine solche Indienstnahme besondere verfassungsrechtliche Anforderungen (1.). Hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit einer gesetzlichen Investitionsverpflichtung ist der Einwand nicht durchgreifend, eine solche Verpflichtung sei nicht nötig, weil die Adressaten einer solchen Norm ohnehin bereit seien, in dem gesetzlich geforderten Umfang Investitionen vorzunehmen (2.). Im Rahmen der Beurteilung der Angemessenheit einer Investitionsverpflichtung auch der Höhe nach kommt es wesentlich auf die Eingriffsintensität der Verpflichtung an. Diese hängt wesentlich davon ab, wie weit die Dispositionsfreiheit der Anbieter eingeschränkt wird und in welchem Maß sich die Verpflichtung als wirtschaftliche Zusatzbelastung auswirkt. Unter beiden Aspekten ist zu berücksichtigen, in welchem Anteil die Investitionspflicht in der Sache bereits durch andere rechtliche Vorgaben vorgegeben ist, sodass sich die abwägungserhebliche Beschränkung gar nicht erst aus der Investitionsverpflichtung ergibt, vielmehr ohnehin schon besteht (rechtliche Vorbelastung).

Hierfür sind insbesondere die Rechtsfolgen der Katalogquote in Art. 13 Abs. 1 AVMD-Richtlinie/§ 77 MStV in Betracht zu nehmen (3.). Neben diesem Argument der rechtlichen Vorbelastung ist auch die tatsächliche Interessenlage für die Einschätzung des Eingriffsgewichts von Bedeutung: In dem Maß, in dem Dienstanbieter nach eigenem Bekunden und den verfügbaren Daten ohnehin aus freier geschäftlicher Entscheidung für den deutschen Markt in europäische und deutschsprachige Werke investieren, kommt der diese Investitionen rechtsverbindlich vorschreibenden Vorschrift nur eine geringe Belastungswirkung zu (4.).

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Indienstnahme privater Marktteilnehmer für Zwecke der Wirtschaftsförderung

Dass die Grundrechte einer Heranziehung der VoD-Dienstanbieter (wie auch anderer Akteure auf der Ebene der Verwertung von Filmen) zu finanzwirksamen Beiträgen zur Erfüllung der Aufgabe der Förderung der Filmwirtschaft nicht kategorisch oder durchgreifend entgegenstehen, hat das BVerfG, wie dargetan, schon durch die Anerkennung der Filmabgabe bestätigt.

a) Indienstnahme Privater für die Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben

Darüber hinaus entspricht dieses Ergebnis auch gesicherter Rechtsprechung mit Blick auf andere Bereiche der Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben. So hat das BVerfG namentlich in der grundlegenden Entscheidung zur Mineralölbevorratung vom 16. März 1971 erkannt, dass eine solche Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben „nicht schon als solche verfassungswidrig“ sei; sie komme auf gesetzlicher Grundlage „in mannigfachen Formen vor“. Ihre Zulässigkeit lasse sich nicht einheitlich und gleichermaßen für alle Verpflichtungen beurteilen, bestimme sich vielmehr nach den allgemeinen grundrechtlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit. In diesem Rahmen sei auch zu beurteilen, ob dem in Anspruch genommenen Bürger oder Unternehmen ein Anspruch auf Entschädigung oder Aufwendungsersatz zusteht. Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, dass die Heranziehung zur Mithilfe bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe schon an sich, ohne Rücksicht auf ihre Ausgestaltung im Einzelnen, einen solchen Anspruch auslöse, sei dem Grundgesetz nicht zu entnehmen.[248]

[248] BVerfGE 30, 292 Rn. 51 (juris).

In jüngerer Zeit hat das BVerfG diese Grundsätze etwa in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung zusammengefasst und bekräftigt.[249] Danach lässt sich der Verfassung eine kategorische Trennung von Staatsaufgaben und privaten Aufgaben mit der Folge der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Indienstnahme für Gemeinwohlzwecke von Privaten auf deren Kosten nicht entnehmen. Der Gesetzgeber habe vielmehr einen weiten Gestaltungsspielraum, welche Pflichten zur Sicherstellung von Gemeinwohlbelangen er Privaten im Rahmen ihrer Berufstätigkeit auferlegt. Grundsätzlich könne er Lasten und Maßnahmen zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen, die als Folge kommerzieller Aktivitäten regelungsbedürftig sind, den entsprechenden Marktakteuren auferlegen, um die damit verbundenen Kosten auf diese Weise in den Markt und den Marktpreis zu integrieren. Der Gesetzgeber sei dabei auch nicht darauf beschränkt, Private nur dann in Dienst zu nehmen, wenn ihre berufliche Tätigkeit unmittelbar Gefahren auslösen kann oder sie hinsichtlich dieser Gefahren unmittelbar ein Verschulden trifft. Vielmehr reiche insoweit eine hinreichende Sach- und Verantwortungsnähe zwischen der beruflichen Tätigkeit und der auferlegten Verpflichtung.

Lassen sich diese Indienstnahmen als Kategorie übergreifend mit dem Merkmal charakterisieren, dass die Verpflichtung sich auf als solche erwünschte Leistungen bezieht, die die Unternehmen im Rahmen ihrer regulären Geschäftstätigkeit erbringen müssen – im Gegensatz zu Ausübungsregelungen des Berufs, die die Tätigkeit etwa aus Gründen des Rechtsgüterschutzes (ordnungsrechtlich) beschränken –, so sind die Fallgestaltungen gegenständlich sehr verschieden, von der Pflicht des Arbeitgebers zur Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer und der Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers über die Pflicht von Telekommunikationsunternehmen zur Vorratsdatenspeicherung und sozialversicherungsrechtliche Kontrahierungszwänge aus sozialen Gründen bis hin zu Auflagen von Unternehmen in einem bestimmten Wirtschaftszweig im Interesse der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit notwendigen Gütern oder Dienstleistungen, wie schon im Fall der Ölbevorratung.[250]

[249] BVerfGE 125, 260 Rn. 301 (juris), unter Bezugnahme auf BVerfGE 95, 173 (187) und BVerfGE 109, 64 (85).
[250] S. dazu mit klassischen und neueren Beispielen Breuer in Isensee/Kirchhof, HStR VIII, § 171 Rn. 41.

Referenzbeispiele investitionslenkender Inpflichtnahmen im Wirtschaftsrecht aus jüngerer Zeit sind etwa die gesetzliche Bedarfsplanung und die Standortplanung im Energiewirtschaftsrecht auf der Grundlage von §§§ 12a ff., 17 a ff. EnWG bzw. §§ 1 ff. NABEG[251] oder die Versorgungsauflagen als Nebenbestimmung zu telekommunikationsrechtlichen Frequenzzuteilungsentscheidungen (Frequenznutzungsbestimmungen, vgl. § 99 Abs. 2, § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG).[252]

b) Voraussetzung: Besondere Aufgaben- und Finanzierungsverantwortung

Allerdings muss sich, wie vorstehend schon bemerkt, diese Instrumentalisierung privater Akteure, insbesondere von Wirtschaftsunternehmen, für öffentliche Zwecke an besonderen Voraussetzungen messen lassen, und zwar auch dann, wenn sie aus Sicht des Berufsgrundrechts nur, wie zumeist, Berufsausübungsregelung und daher im Koordinatensystem der Drei-Stufen-Lehre auf der Stufe einzuordnen ist, auf der die geringsten Rechtfertigungsanforderungen greifen. Diese besonderen Voraussetzungen bestehen im Kern darin, dass für die mit dem Gesetz aktualisierte besondere „Sozialbindung“ der Berufstätigkeit ein besonderer, die Verantwortlichkeit der in Anspruch genommenen Unternehmen begründender Sachgrund bestehen muss.[253]

Dieses Erfordernis einer darzulegenden spezifischen Verantwortlichkeit, die insbesondere auch wirtschaftlich belastende Auswirkungen oder Finanzierungslasten deckt (Finanzierungsverantwortung), kann mit der „besonderen Eingriffsschwere“ solcher Inpflichtnahme-Eingriffe begründet werden. Indes greift es nicht erst und nur bei intensiver wirtschaftlicher Betroffenheit, also etwa erheblichen Kostenbelastungen, ein. Der tiefere Grund für diese spezifische Rechtfertigungs-Anforderung dürfte daher eher darin zu sehen sein, dass die Gründe für die Verantwortlichkeit gerade bestimmter Privater (und nur dieser) für die Förderung des Gemeinwohls, die eine zusätzliche spezifische Inanspruchnahme dieser Personen oder Gruppen über die sie treffende allgemeine Steuerlast hinaus begründen, weniger offensichtlich und ohne weiteres tragfähig sind als etwa in den Fällen ordnungsrechtlicher Verantwortlichkeit aufgrund eigener Gefahrverursachung oder Sachherrschaft über gefährliche Gegenstände.

---

[251] S. dazu umfassend Riemer, Investitionspflichten, S. 43 ff., zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit: S. 277 ff.; Strobel, Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber, 2017, S. 37 ff., zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit: S. 141 ff.

[252] S. dazu BVerwGE 174, 1, zur grundrechtlichen Zulässigkeit von Dienstanbieterregelungen insb. Rn. 92 ff.; BVerwG Urt. v. 22.6.2011, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr 1.

[253] BVerfGE 125, 260 Rn. 301; BVerfGE 85, 173 Rn. 64; Breuer in Isensee/Kirchhof, HStR VIII, § 171 Rn. 41.

Hinzu kommt, dass der Staat hier private Leistungen in Anspruch nimmt, die in einer liberalen Wirtschaftsordnung häufig am Markt angeboten werden, grundsätzlich daher auch durch Beschaffung dieser Güter oder Leistungen für die Erfüllung des öffentlichen Zwecks akquiriert werden könnten (steuerfinanzierte Beschaffung und Bereitstellung durch den Staat). Im Schutzbereich der Eigentumsgewährleistung hätten daher Güterbeschaffungsvorgänge durch Entzug von Eigentumsrechten Enteignungscharakter und wären als solche entschädigungspflichtig.[254] Auch „enteignungsähnliche“ Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums, die Eigentumsnutzungen zum Vorteil Dritter akquirieren, sind grundsätzlich ausgleichspflichtig.[255]

Die eigene Finanzierungsverantwortung der Verpflichteten ist daher in dieser Teilklasse von Berufsausübungsregelungen besonders begründungsbedürftig. Diese besondere Anforderung an Indienstnahmen Privater durch Nutzung ihrer spezifischen professionellen Leistungsfähigkeit auf ihre Kosten stimmt überein mit der Kern-Voraussetzung der Zulässigkeit einer Sonderabgabe, mithin der Begründbarkeit einer besonderen Finanzierungsverantwortung der Abgabenpflichtigen. Auch hier bestätigt sich: Sind die Filmabgabe und eine Direkt-Investitionsverpflichtung in ihrer wirtschaftlichen Belastungswirkung – Inanspruchnahme privaten Kapitals für einen Gemeinwohlzweck – vergleichbar, bedarf die Investitionsverpflichtung, so wie schon die Abgabe, der Darlegung einer spezifischen Sachnähe und daher Aufgaben- und Finanzierungsverantwortung der in Anspruch genommenen Anbieter.

c) Sachnähe der Marktteilnehmer auf der Film-Verwertungsebene

Klar ist damit aber auch, dass eine solche Finanzierungsverantwortung für die auferlegte Investitionspflicht anerkannt werden muss, wenn und soweit sie für die Filmabgabe bejaht worden ist. Hat das BVerfG für die Filmabgabe die Finanzierungsverantwortung der Abgabenschuldner praktisch ausschließlich auf die Gruppennützigkeit der Mittelverwendung zurückgeführt (s.o.), so trägt dieser Rechtfertigungsgrund, wie dargelegt, erst recht und umso mehr die Verpflichtung zu Direktinvestitionen. Der Kosten-Nutzen-Zusammenhang ist hier sogar deutlich enger, weil die Normadressaten in wesentlichen Hinsichten frei selbst über die Investition entscheiden können.

Darüber hinaus kommt aber auch noch ein weiterer Grund in Betracht, auf den die Sonderverantwortung der Dienstanbieter gerade für die Inanspruchnahme eines Teils

[254] BVerfGE 143, 146 Rn. 248 ff.
[255] BVerfGE 100, 289 (305); BVerfGK 5, 50 Rn. 13.

ihrer Investitionstätigkeit für den Zweck der Förderung der Filmwirtschaft gestützt werden kann.

Kaum einschlägig sind dafür allerdings die Argumente, die für die Rechtfertigung von Versorgungspflichten bei Gütern oder Leistungen von existenzieller Bedeutung eine Rolle spielen. Die Förderung einer europäischen und, spezifischer, deutschen Filmwirtschaft mit ihrer kulturellen Bedeutung kann als wichtiges, über die wirtschaftlichen Interessen der Marktteilnehmer und Branchenangehörigen hinausgehendes Gemeinwohlinteresse anerkannt werden. Aber es geht dabei doch weniger um die Sicherstellung einer Versorgung mit lebenswichtigen Gütern oder Leistungen und einer dafür erforderlichen Infrastruktur, wie etwa in den Fällen der Mineralölbevorratung, der Energieplanung oder der Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung mit Telekommunikationsdiensten. Auch lässt sich nicht, anders als etwa bei den Versorgungsauflagen im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Frequenzvergabe, anführen, dass die in Pflicht genommenen Anbieter ein „öffentliches Gut von hohem gesellschaftlichen, kulturellen und wirtschaftlichen […] Wert“[256] in Anspruch nehmen, von dieser Sondernutzung profitieren und schon deswegen einer erhöhten Sozialbindung unterliegen, die auch weitreichende Versorgungsauflagen zugunsten der Allgemeinheit rechtfertigt (wie im Fall der Funkfrequenzen). Schließlich nutzen die Anbieter von Diensten (der Videowirtschaft, aber auch des Rundfunks) nicht Infrastrukturen, die ursprünglich mit öffentlichen Mitteln für die verwaltungsmäßige Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen errichtet worden sind; auch werden sie nicht in einem stark regulierten Markt aufgrund hoheitlicher Freigabe oder Ermächtigung tätig.

Greifen solche, in anderen Bereichen der Inpflichtnahme angeführte Argumente für die Begründung einer Sonderverantwortung kaum, ebenso wenig das klassische Argument ordnungsrechtlicher Gefahr- oder Risikoverantwortung, lässt sich doch neben der Gruppennützigkeit (oder sogar: Individualnützigkeit) ein Umstand beschreiben, der die Erforderlichkeit der Heranziehung gerade der Marktteilnehmer, die ihrem Geschäftsmodell entsprechend in Filme investieren, begründen kann. Dieser Umstand ist aus den Sachbereichen heute privatisierter, früher staatlicher Leistungserbringung bei fortbestehender hoheitlicher Gewährleistungsverantwortung geläufig,

[256] Art. 45 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK) mit Erwägungsgrund Nr. 107; § 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG; BVerwGE 174, 1 Rn. 35.

trifft aber auf die Filmwirtschaft noch in besonderer Weise zu: Indem der Staat private Investitionstätigkeit (in einem bestimmten Anteil) steuert, greift er zwar in Marktprozesse ein, übernimmt aber nicht selbst die Rolle eines Marktakteurs. Die Investitionsverpflichtung ist staatliche Intervention zur Förderung von Gemeinwohlzielen, bedient sich dazu indes privatwirtschaftlich-marktlicher Unternehmenstätigkeit, ohne diese selbst zu übernehmen. Darin liegt grundsätzlich eine freiheitsschonende, auf private Investitionstätigkeit setzende, diese indes nicht durch staatliche Förder- oder Vergabeentscheidungen ersetzende Option, die verfassungsrechtlich zulässig ist.

In dem hier in Rede stehenden Sachbereich kommt hinzu, dass der Staat eine aus öffentlichen Mitteln finanzierte Funktion als Investor in Filmproduktionen gar nicht selbst übernehmen könnte, für ein Förderkonzept der Investitionssteuerung also auf die Inpflichtnahme privater Investoren angewiesen ist. Der Verweis auf die Möglichkeit der entgeltlichen Beschaffung von als gemeinwohlnützig definierten Leistungen am Markt durch Auftragsvergabe an solche Leistungen anbietende Unternehmen fällt hier aus: Hoheitsträger könnten, anders als in den Referenzbereichen früherer Staatsmonopole in der öffentlichen Daseinsvorsorge[257], schon aus Gründen des medienverfassungsrechtlichen Gebots der Staatsferne nicht selbst als Anbieter audiovisueller Medien auftreten und so ein Förderkonzept öffentlicher Vergabe von Aufträgen an die Produktionswirtschaft – mit staatlichem Rechteerwerb – errichten. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Autonomie freier Kommunikation (insbesondere durch Medien) bedingt, dass der Staat nicht selbst als Nachfrager der Leistungen, deren Förderung im Gemeinwohlinteresse liegt, an die Stelle der privaten Dienstanbieter treten kann. Soll die Förderung der Marktgegenseite (Produktionswirtschaft) marktnah durch eine Lenkung der Nachfrage bewirkt werden – und nicht, marktferner, durch Subventionen aus öffentlichen oder durch Auferlegung einer Abgabe erhobenen Mitteln –, kommt nur eine Inanspruchnahme der privaten Investoren in Betracht. Daraus ergibt sich eine besondere Sachnähe und Sonderverantwortung derjenigen Wirtschaftsteilnehmer, die überhaupt nur imstande sind, derartige förderzweckgerichtete Investitionen zu erbringen.

[257] S. zu den trotz dem Privatisierungsgebot in Art. 87f Abs. 2 GG möglichen Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen durch öffentliche, wenngleich nach den Grundsätzen privatwirtschaftlicher Marktteilnahme zu führende Unternehmen Cornils, in: Geppert/Schütz, TKG, 5. Aufl. 2023 (im Druck), Einl. Rn. 18 ff.; ders., Cornils Der Landkreis 2019, 246 (250); s. auch BVerwG BeckRS 2018, 36164 Rn. 29 ff.

d) Ergebnis

Bei der gesetzlichen Investitionsverpflichtung von VoD-Dienstanbietern handelte es sich um eine Indienstnahme Privater für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Förderung von Gemeinwohlinteressen auf eigene Kosten. Grundsätzlich können derartige Indienstnahmen, wie für andere Sachbereiche erörtert und anerkannt, grundrechtlich gerechtfertigt sein. Allerdings sind sie besonders begründungsbedürftig, insbesondere nur und nur insoweit zulässig, als die in Pflicht genommenen Bürger oder Unternehmen eine besondere Aufgaben- und Finanzierungsverantwortung für die Aufgabe, zu der sie herangezogen werden, trifft. In dieser Voraussetzung treffen sich die Rechtfertigungslasten für die hoheitliche Abforderung von Dienstleistungen oder Investitionen mit denjenigen für die Auferlegung einer Sonderabgabe. Die anerkannten Bereichsdogmatiken für die Indienstnahme Privater und für die Auferlegung von Sonderabgaben ergeben mithin auch aus einer übergeordneten Perspektive ein kohärentes Bild.

Ist danach für die Abgabenpflicht der Filmverwerter (auch der VoD-Dienstanbieter) nach dem FFG anerkannt, dass diese Verwerter eine besondere, hinreichend tragfähige Finanzierungsverantwortung trifft, die sich insbesondere aus der Gruppennützigkeit der Mittelverwendung für die Filmförderung begründet, so muss dieses Argument eines eigenen Interesses der Verwerter an einer leistungsfähigen Filmwirtschaft umso mehr auch als tragfähiger verantwortungsbegründender Sachgrund für eine Inpflichtnahme ihrer Investitionstätigkeit hinreichen.

Die geforderte besondere Sachnähe der privatwirtschaftlichen Investoren zu einer Förderung der Filmwirtschaft mit dem Mittel der Direktinvestition lässt sich zudem damit begründen, dass wegen des Grundsatzes der Staatsferne der Medien Träger hoheitlicher Gewalt die Rolle eines Investors in Filmwerke – im Wege öffentlicher Auftragsvergabe und eines eigenen Angebots von Abrufdiensten – nicht selbst übernehmen könnten, für diese marktnahe und grundsätzlich grundrechtsschonendere Art der Filmförderung (im Verhältnis zu staatlichen, steuerfinanzierten oder sonderabgabenfinanzierten Subventionen) also auf die Mitwirkung der privaten Anbieter und also ihre Verpflichtung angewiesen sind.

2. Eignung und Erforderlichkeit

a) Maßstäbe

Die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeits-Dogmatik stellt nur niedrige Anforderungen an die Geeignetheit einer grundrechtseingreifenden gesetzlichen Regelung. Danach reicht es schon aus, wenn die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung besteht;[258] erforderlich ist keineswegs, dass die Maßnahme in jedem einzelnen Anwendungsfall Wirkung entfaltet.[259] Hinzu kommen schließlich insbesondere hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der vorgesehenen Mittel, deren Beurteilung regelmäßig Tatsachenfrage ist, in aller Regel Einschätzungsprärogativen des Gesetzgebers.[260] „Es ist vornehmlich […] Sache [des Gesetzgebers], unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will."[261] Infolge des „Beurteilungs- und Prognosespielraums"[262] hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Regelung „können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts […] für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten."[263]

Zwar ist für die Angemessenheits-Abwägung auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn) das Gewicht des Nutzens, der mit der Maßnahme zu Gunsten des gesetzlichen Zwecks erreicht werden kann, von Bedeutung. Leitet sich die relative Geringfügigkeit des Zusatznutzens einer Regelung (im Vergleich mit dem Unterlassen der Regelung) aber daraus her, dass die Verpflichteten die auferlegte Handlung ohnehin, auch ohne Rechtspflicht, schon freiwillig vornehmen, ist auch auf der anderen Seite das Eingriffsgewicht einer solchen Verpflichtung nur gering.[264]

---

[258] BVerfGE 100, 313 (373), Jarass in Jarass/Pieroth, GG., Art. 20 Rn. 122.
[259] BVerfGE 67, 157 (175);
[260] BVerfGE 104, 337 (347 f.); 126, 112 (145); Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, insb. S. 148 ff.
[261] BVerfGE 115, 276, Rn. 112 (juris) – Sportwetten.
[262] BVerfGE 102, 197 (218).
[263] BVerfGE 115, 276, Rn. 116 (juris).
[264] Zutreffend BVerwG, Beschl. v. 25.2.2209 – 6 C 49/07, BeckRS 2009, 33329, Rn. 50, hier für die „möglichen Auswirkungen der Pflicht auf die Programmgestaltung" (Eingriff in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG): „Die Annahme einer Verletzung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG liegt deshalb umso ferner, weil

b) Das Argument ausreichender „freiwilliger" Nachfrage

Wenn in der rechtspolitischen Debatte gegen eine gesetzliche Investitionsverpflichtung ins Feld geführt wird, eine solche sei nicht erforderlich, da die herangezogenen Anbieter ohnehin in erheblichem, möglicherweise auch ständig steigendem Umfang in europäische und insbesondere auch in deutschsprachige Werke investierten, erscheint dieser Einwand grundrechtlich wenig plausibel. Gewiss hängt die verfassungsrechtliche Legitimität eines Grundrechtseingriffs davon ab, dass mit der Maßnahme überhaupt eine Förderung des Zwecks, auf den die Maßnahme gerichtet ist, erreicht werden kann. In diesem Sinn muss in der Tat ein Regelungsbedürfnis bestehen. Aber die im Goldmedia-Gutachten ausgeführte Analyse zeigt, dass die bisher von den internationalen VoD-Anbietern geleisteten Investitionen in deutsche Produktionen um ein Vielfaches hinter ihren im deutschen Markt erzielten Umsätzen zurückbleiben und dass eine Investitionsverpflichtung in hinreichender Höhe zu erheblichen zusätzlichen Produktionsvolumina im deutschen Markt führen würde (s. dazu näher sogleich unter c). Die Investitionsverpflichtung bewirkt also offensichtlich einen erheblichen Nachfragesprung gegenüber der Lage ohne gesetzliche Verpflichtung. Der Gesetzgeber kann daher davon ausgehen, dass die mit einer Verpflichtung verbundene Lenkung von Investitionen, jedenfalls bei Errichtung einer Subquote für deutschsprachige oder in Deutschland produzierte Werke, sehr wohl einen erheblichen zusätzlichen Kapitalzufluss in den europäischen und deutschen Filmproduktionsmarkt zur Folge hätte, also jedenfalls einen Fördereffekt für die Produktionswirtschaft erzielen würde.

In dem Maß, in dem die eigenwirtschaftlich motivierte Investitionsneigung großer Dienstanbieter zugunsten des deutschen Produktionsmarktes zunehmen sollte, verlöre zwar eine gesetzliche Verpflichtung und die davon ausgehende Steuerungswirkung an relativer Bedeutung. Zum einen vermittelte aber die Rechtsverbindlichkeit der Investitionen diesen eine Stabilität und Berechenbarkeit für die Marktgegenseite, Eigenschaften, die schon einen grundrechtlich erheblichen Förderzweck begründen können. Zudem könnten gegen eine gesetzliche Verpflichtung, die ohnehin schon freiwillig erfüllt würde und also offenbar gleichgerichtet zu den Geschäftsinteressen der Unternehmen verliefe, kaum Einwände wirtschaftlicher Unzumutbarkeit geltend

---

sich die Fernsehveranstalter, wie erwähnt, schon in der Vergangenheit ohne einen fühlbaren rechtlichen Zwang und damit aus freien Stücken in beträchtlichem Umfang an den Kosten der Filmförderung des Bundes beteiligt haben."; s. dazu noch u. im Kontext der Verhältnismäßigkeits-Abwägung.

gemacht werden. Das Belastungsgewicht der Investitionsverpflichtung wäre dann nur gering (s. dazu noch u., sub 3. C).

c) Im Genaueren: Fördereffekt durch nachfrageinduzierte Steigerung der Produktionsvolumina

Der Gesetzgeber könnte sich dafür auch auf sachkundige Abschätzungen stützen. So hat das Goldmedia-Gutachten in seiner Modellrechnung bei Annahme einer Investitionsverpflichtung in deutsche Filmproduktionen mit höheren Umsatzanteilen (20% bzw. 25 %) zusätzliche Produktionsvolumina im deutschen Filmproduktionsmarkt in beachtlicher Höhe berechnet.[265] Zwar machen diese nur einen moderaten Anteil am Gesamtinvestitionsvolumen aller Investoren im deutschen Markt aus (zwischen 7-9 %), ein Umstand, der im Goldmedia-Gutachten indes wegen der darin zum Ausdruck kommenden nur begrenzten Einflusswirkung und verhältnismäßigen Zusatzbelastung auf die Märkte eher positiv bewertet wird.

Auch im Vergleich etwa mit den der FFA zur Verfügung stehenden Fördermitteln (vor allem aus der Filmabgabe), die deutlich geringeren Umfang haben,[266] ist der Volumenzuwachs im deutschen Markt bei einer für deutsche Filme reservierten Investitionsquote von 20% oder 25 % in Höhe von (bei einer § 25-Quote) über 250 Mio EUR p.a. gleichwohl beträchtlich. Das Goldmedia-Gutachten kommt daher zu den einleuchtenden Schlüssen, dass auch schon eine nicht durch weitere Lenkungsvorgaben gesteuerte, allein auf deutsche Werke (also: mit entsprechender nationaler Subquote) bezogene Investitionsverpflichtung die Nachfrage nach Produzentenleistungen erhöhen, daher „die Auftragslage für Produzenten verbessern“ und die Ausgaben internationaler VoD-Anbieter in lokale Produktionen „spürbar steigern“ würde, so dass ihre Investitionen „der umsatzbezogenen Bedeutung des deutschen Marktes besser gerecht“ würden.[267]

Insbesondere die letztgenannte Schlussfolgerung harmoniert mit dem Befund, dass das Investitionsvolumen der global tätigen internationalen Streamingdienstanbieter in Deutschland immer noch weit unter den in Deutschland erzielten Umsätzen liegt;

[265] S. Goldmedia-Gutachten, S. 119: Auch noch im 5. Jahr der Verpflichtung ein Zusatzvolumen von 262 Mio. € bei einer Investitionsquote von 25 % (Prozentanteil bezogen auf alle Produktionen in Deutschland: 7%), von 150 Mio. € bei einer Quote von 20 %.
[266] Vgl. Geschäftsbericht FFA 2022, S. 16: Für Bewilligungen verfügbares Volumen von 69,5 Mio EUR im Jahr 2022.
[267] Goldmedia-Gutachten, S. 129 bzw. S. 132.

offenkundig erwirtschaften die internationalen VoD-Anbieter den weitaus größten Anteil ihres nationalen Umsatzes im deutschen Markt mit dem Angebot nicht-deutscher Produktionen.[268] Das Investitionsvolumen der internationalen VoD-Anbieter bleibt dementsprechend trotz stark wachsender Umsätze und Bedeutung in der Konkurrenz mit anderen Verwertern (insb.: Fernsehveranstaltern) weit hinter den Investitionen der Fernsehveranstalter zurück.[269] Daraus schließen die Produzentenallianz,[270] aber auch das Goldmedia-Gutachten selbst auf einen „grundsätzlichen Bedarf […], Streaming-Plattformen zu einer Investitionstätigkeit zu bewegen, die der Bedeutung des deutschen Marktes besser entspricht und einen entsprechenden Rückfluss von Finanzmitteln in das nationale filmische Ökosystem ermöglicht."[271]

d) Erforderlichkeit nur bei qualifizierter „steuernder" Investitionsverpflichtung?

Vor dem Hintergrund dieser Befunde und Schlussfolgerungen ist die dazu in bemerkenswertem Kontrast stehende Aussage des Goldmedia-Gutachtens, eine „Regulierung mit dem ausschließlichen Ziel der Erhöhung von Produktionsvolumina in Deutschland [sei] nicht erforderlich",[272] überraschend und aus rechtlicher Sicht eher flüchtig begründet. Offenbar schließt sich das Gutachten den in der vorausgehen Analyse der kontroversen Stellungnahmen der Stakeholder dargelegten Annahmen der Produktions-, Kino- und Vertriebswirtschaft an und folgert daraus, dass eine durch weitere Steuerungsvorgaben qualifizierte Investitionsverpflichtung gegenüber der unqualifizierten, allein auf die Steigerung des Investitionsvolumens in deutsche Produktionen gerichteten Verpflichtung weitere Vorteile für die Erhaltung eines vielfältigen Produktionsmarktes aufweist, die in besonderer Weise einen Bedarf an einer solchen regulatorischen Maßnahme begründen.

Dazu, welche Steuerungsvorgaben dies im Genaueren – in Reaktion auf welchen spezifischen Bedarf – sein sollten, verhält sich das Gutachten indes nicht, es wird nur pauschal zwischen den Optionen einer Investitionsverpflichtung „ohne Steuerung" und „mit Steuerung" unterschieden.[273] Letztere wird im Ergebnis wegen der davon

[268] Goldmedia-Gutachten, S. 113 f.: 0,5 % der weltweit getätigten Investitionen für deutsche Produktionen bei einem Anteil von 3,9 % des Umsatzes im deutschen Abonnementsmarkt am Weltumsatz (Zahlen für 2021).
[269] Vgl. Goldmedia-Gutachten, S. 13, unter Berufung auf die Zahlen der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle.
[270] Goldmedia-Gutachten, S. 112.
[271] Goldmedia-Gutachten, S. 114.
[272] Goldmedia-Gutachten, S. 112, s. auch die Berufung auf die entsprechende Annahme indes nicht näher belegte oder ausdifferenzierte „Expert:innen" auf S. 107.
[273] S. den Optionen-Vergleich im Goldmedia-Gutachten, S. 125 ff.

erwarteten Vorteile für die Erhaltung einer diversen, unabhängigen Produzentenlandschaft präferiert; allerdings wird auch in allgemeiner Weise auf Risiken einer solchen Steuerung hingewiesen.[274] Aus dem Kontext der Darstellung, insbesondere dem Zusammenhang mit den geschilderten Problemen der Marktentwicklung aufgrund der steigenden Bedeutung der Plattformdienste als Nachfrager,[275] kann geschlossen werden, dass dabei an die die hier eingangs skizzierten Steuerungsvorgaben einer qualifizierten Investitionsverpflichtung gedacht wird, also etwa eine Regelung zur Rechteteilung oder zum Rechterückfall, Subquoten für unabhängige Produzenten und eine Quote für Kinofilme, um einer den Kinofilm gefährdenden Verlagerung der Investitionen auf für die VoD-Dienstangebote besonders kompatible Serien entgegenzuwirken. Aussagen zu konkreten Steuerungsvorgaben, ihren Auswirkungen und ihrer Erforderlichkeit trifft das Goldmedia-Gutachten indes nicht.

Offenkundig hängt die Erforderlichkeitsbeurteilung mithin davon ab, wie die Regulierungsziele der Förderung im Genaueren definiert werden, insbesondere ob es nur darum geht, die deutsche Produktionswirtschaft insgesamt durch Nachfragestärkung zu unterstützen, oder ob gehaltvollere und ausdifferenziertere Vorstellungen von der normativ gewollten Struktur dieser Wirtschaft und ihrer Leistungsfähigkeit verfolgt werden sollen, so namentlich eine unter den Parametern Unabhängigkeit, Pluralität und Diversität vielfältige und in der Spannbreite verschiedener Anbieter und Angebote weite Struktur der Produktionswirtschaft. Ist letzteres die eigentliche oder zumindest auch wesentliche Zielsetzung, ist möglicherweise in der Tat nur eine durch entsprechende Steuerungsvorgaben qualifizierte Verpflichtung geeignet, signifikante darauf gerichtete Fördereffekte zu erzielen. Beschränkt sich das Ziel hingegen auf eine Stabilisierung oder Steigerung des Auftragsvolumens für die Produktionswirtschaft unter Verzicht darauf, eine bestimmte vorgestellte Konfiguration der Marktverhältnisse (etwa: Erhaltung kleiner selbständiger Produzenten, Schutz spezifisch der Produktion von Kinofilmen usw.) regulatorisch erhalten zu wollen, ist dazu offenkundig auch eine nicht weiter qualifizierte Investitionsverpflichtung geeignet.

[274] Goldmedia-Gutachten, S. 125 f.: „Bei einer Steuerung der verpflichtenden Investitionen [Option 3) ist weiterhin zu bedenken, dass jede mögliche Kombination der Steuerungsmechanismen zahlreiche unmittelbare ebenso wie mittelbare Folgewirkungen nach sich zieht. Aufgrund des hohen Grades von Fragmentierung und Komplexität der audiovisuellen Produktion ist jede Ausgestaltung einer gründlichen und weitreichenden Prüfung zu unterziehen."
[275] Vgl. Goldmedia-Gutachten, Kapitel 2 – Bestandsaufnahme, S. 10 ff.

Dies bedeutet aus der Perspektive der Verhältnismäßigkeit im Rechtssinn, dass auch eine nicht steuernde Investitionsverpflichtung, die zu einer signifikanten Nachfragesteigerung und daher Steigerung des Auftragsvolumens führt, eine geeignete und erforderliche Fördermaßnahme für die Produktionsmärkte ist, sofern weitere Förderziele wie die Sicherung eines vielfältig strukturierten Produktionsanbietermarktes oder der Abbau von Machtasymmetrien zwischen großen VoD-Anbietern einerseits und (unabhängigen) deutschen Filmproduzenten damit entweder schon überhaupt nicht verfolgt oder jedenfalls nicht durch hoheitliche Regulierung mit ihren (auch nach dem Goldmedia-Gutachten) komplexen und nicht immer eindeutig berechenbaren Wirkungen verfolgt werden sollen.

e) Folgerungen

Daraus folgt, dass schon die auch nach dem Goldmedia-Gutachten unzweifelhafte Erhöhung des Auftragsvolumens infolge der kraft der Investitionsverpflichtung gesteigerten Nachfrage die rechtliche Einschätzung einer hinreichenden Förderwirkung auch einer nicht weiter spezifizierten (nur auf europäische und deutsche Werke bezogenen) Investitionsverpflichtung stabil tragen kann – jedenfalls, wenn das gesetzgeberische Regulierungskonzept nicht in der beschriebenen Weise „anspruchsvoller“, aber auch dirigistischer auf die Erhaltung oder Entwicklung einer bestimmt vorgestellten Marktstruktur zielt, vielmehr die weitere – mutmaßlich dynamische – Entwicklung dieser Struktur des deutschen Produktionsmarktes weitgehend den Marktkräften überlässt. Gleiches gilt für das auch schon mit einer einfachen Investitionsverpflichtung realisierbare Ziel einer „gerechteren“, den erzielten Umsätzen entsprechenden Heranziehung auch der großen internationalen VoD-Anbieter zu Investitionen in die nationale Filmwirtschaft im Verhältnis etwa zu den Fernsehveranstaltern.

Zielt der Gesetzgeber hingegen – etwa in weitergehender Übernahme der von der Produzentenseite geäußerten Zielvorstellungen und Schutzbegehren – auf die effektive Gewährleistung durch Förderung jener oben skizzierten spezifischen Tiefenstruktur eines in sich wirtschaftlich wie kulturell vielfältigen Produktionsmarktes, ist es jedenfalls nach den Aussagen des Goldmedia-Gutachtens plausibel anzunehmen, dass erst eine mit weiteren Steuerungsvorgaben verknüpfte Investitionsverpflichtung eine hinreichende Gewähr dafür bietet, ein so formuliertes Regulierungsziel zu erreichen.

Welche Vorgaben – einzeln oder in Kombination – dafür mit welchem spezifischen Nutzeffekt aus ökonomischer Sicht allerdings erforderlich sind, sagt das Goldmedia-Gutachten, wie schon bemerkt, nicht. Dies lässt sich umso weniger aus rechtswissenschaftlicher Perspektive definitiv beurteilen. Mit Blick auf die ausländischen Beispiele einer steuernden Investitionsverpflichtung (insb.: das französische Muster) und die – gegenständlich überschaubaren – derzeit rechtspolitisch diskutierten Optionen für solche steuernden Vorgaben, die, wenn auch in nicht weiter differenzierender Zusammenfassung, auch dem Goldmedia-Gutachten zugrunde liegen, darf der Gesetzgeber indes davon ausgehen, dass neben der unzweifelhaft für die Förderung der deutschen Produktionswirtschaft erforderlichen „nationalen Subquote“ (also: Investition in deutschsprachige oder in Deutschland produzierte Werke) insbesondere auch eine Subquote für unabhängige Produzenten nach französischem Vorbild, eine Verpflichtung zu Erstinvestitionen, sowie ggf. – zur Sicherung der Stellung des Kinofilms gegenüber den Serien bei auch im Fernsehen zurückgehender Investitionsneigung für den Kinofilm – eine Kinofilm-Subquote geeignete Instrumente sind, um derartige anspruchsvollere Regulierungsziele zu erreichen. Zu erinnern ist insofern auch daran, dass dem Gesetzgeber unbestritten für die Einschätzung der tatsachenabhängigen Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Regelung eine Prärogative zukommt (s.o., 2. a)). Diese Einschätzungsprärogative deckt die gesetzgeberische Erforderlichkeitsannahme insbesondere gerade dann, wenn gesicherte Erfahrungen oder Prognosen hinsichtlich der Wirkungskausalitäten bestimmter Maßnahmen (noch) nicht vorliegen.

f) Ergebnis

Schon aus dem Goldmedia-Gutachten, insbesondere den darin dargelegten Modellrechnungen und Schilderung der verschiedenen Optionen lässt sich mithin der Schluss ziehen, dass auch eine nur durch den Bezug auf nationale (deutsche) Produktionen einfach qualifizierte Investitionsverpflichtung in hinreichender Höhe von nicht unter 15 % des Umsatzes eine erhebliche, spürbare Nachfrage- und Auftragssteigerung auf der Produktionsseite bewirkt. Außerdem ist sie geeignet, das (auch im Verhältnis zu anderen Investorengruppen bestehende) Missverhältnis von Umsätzen und Investitionsvolumina internationaler VoD-Anbieter im deutschen Markt zu korrigieren. Damit können zahlengestützt Fördereffekte prognostiziert werden, die aus rechtlicher Sicht ausreichen, die Eignung und Erforderlichkeit einer solchen Regelung im Sinn des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu bejahen, wenn sich das gesetz-

geberische Ziel im Rahmen eines rechtspolitischen Konzepts möglichst marktnaheingriffsschwacher Regulierung auf eine im übrigen „neutrale“ Stärkung des Investitionsvolumens – ohne spezifizierten kulturpolitischen oder marktstrukturellen Gestaltungswillen – beschränkt.

Soll das Gesetz hingegen in dem vorstehend beschriebenen Sinn weiter gehende Regulierungsziele erreichen, insbesondere Investitionen effektiv so lenken, dass eine nach Anbietern und Angeboten pluralistische und diverse, kulturell fruchtbare Produktionswirtschaft erhalten wird, reicht dafür eine nur durch den Bezug auf nationale Werke bedingte Investitionsverpflichtung nach den – insoweit allerdings unscharfen – Darlegungen des Goldmedia-Gutachtens wohl nicht aus. Signifikanten Zusatznutzen für diese spezifischeren Regulierungsziele kann danach nur eine um Steuerungsvorgaben, insbesondere eine Erstinvestitionsverpflichtung und/oder eine Subquote für unabhängige Produzenten, ggf. auch eine „Kinofilm-Quote“, ergänzte Investitionsverpflichtung hinreichend zuverlässig erbringen.

Welche Steuerungsvorgaben damit je für sich oder in einer Kombination erforderlich sind, um die nach einem solchen gehaltvolleren Regulierungskonzept gesetzten Ziele zu erreichen, ist mit dieser auf einer allgemeinen Ebene bleibenden Aussage des Goldmedia-Gutachtens indes nicht gesagt. Ein Schluss auf die Überlegenheit einer möglichst dichten, Entscheidungsspielräume der Dienstanbieter weitgehend verengenden Investitionslenkung kann daraus nicht pauschal gezogen werden: Aus den Darlegungen des Goldmedia-Gutachtens geht hervor, dass Steuerungsvorgaben auch mit unerwünschten Wirkungen verbunden sein können (namentlich: ökonomisch und auch kulturell nicht notwendig nur positiv zu bewertende Einschränkungen der „marktlichen Spielräume“, Qualitätsverluste bei einem Zwang zu Investitionen in Produktionen, die den Standards des Dienstanbieters an sich nicht genügen, Verschiebung des Maßstabs für Investitionen von der Nutzernachfrage zu normativ vorgegebenen Kriterien)[276] und dass Kombinationen solcher Steuerungsmechanismen „zahlreiche unmittelbare ebenso wie mittelbare Folgewirkungen“ nach sich ziehen können, daher jede Ausgestaltung einer „gründlichen Prüfung“ bedürfe.[277] Diese Relativierungen und Vorbehalte müssen dahingehend verstanden werden, dass auch bei einem gehaltvoller-komplexeren Regulierungszielkonzept nicht einfach angenommen werden darf, dass der Förder-Nutzen einer gesetzlichen Investitionsverpflich-

[276] S. dazu etwa Goldmedia-Gutachten, S. 131.
[277] Goldmedia-Gutachten, S. 125 f.

tung mit der Dichte und Intensität von Steuerungsvorgaben immer weiter zunimmt; vielmehr müssen auch mögliche negative Effekte einer „Überregulierung“ bis hin zu einem kontraproduktiven „Umschlagen“ der Wirkungen bedacht werden.

Wird dies berücksichtigt, lässt sich immerhin folgende Relation zugrunde legen: Bei einem unterstellt auch auf pluralistische und diverse Marktstrukturen im Produktionsmarkt zielenden Regulierungsziel ist bei einer – angemessen, nicht überschießend – durch weitere „steuernde“ Vorgaben qualifizierte Investitionsverpflichtung eine signifikant höhere Chance der Zielerreichung anzunehmen als bei einer schlichten, nur auf den nationalen Markt gelenkten Investitionsverpflichtung. Der höhere Nutzen einer solchen zielgenauer steuernden Verpflichtung schlägt in der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsabwägung (s. dazu u., 3.) zugunsten der Rechtfertigung der Maßnahme zu Buche. Auf der anderen Seite steigt aber mit solchen Steuerungsvorgaben das Gewicht des Grundrechtseingriffs in die Investitionsfreiheit und Angebotsgestaltungsfreiheit der VoD-Anbieter. Hat eine einfach-unqualifizierte Investitionsverpflichtung nur einen relativ geringen Maßnahmenutzen, der ihr eine relativ geringe Legitimation stiftet, so ist sie andererseits auch nur in geringem Maß rechtfertigungsbedürftig. Können hingegen für eine „anspruchsvoll“-qualifizierte Investitionsverpflichtung stärkere Legitimationsgründe angeführt werden – weil erst sie zur Erfüllung jener weitergehenden Regulierungsziele effektiv beitragen kann –, ist sie andererseits auf solche starken Gründe auch angewiesen, da sie tief und erheblich belastend in die Grundrechte der verpflichteten Anbieter eingreift. Eine sorgfältige verfassungsrechtliche Betrachtung hat beide Seiten dieser Relation im Auge zu behalten.

3. Abwägungsgesichtspunkte

Lässt sich die Zumutbarkeitsgrenze einer Investitionsverpflichtung nach verfassungsrechtlichen Maßstäben kaum in der Festlegung eines bestimmten Umsatzanteils quantitativ bestimmen, so können für die Verhältnismäßigkeits-Abwägung immerhin einige Gewichtungsfaktoren beschrieben werden.

a) Regelungsziel und Nutzen der Regelung

Was zunächst das Gewicht des Maßnahmenzwecks und den relativen Zusatznutzen der Investitionsverpflichtung für diesen Zweck angeht, so lassen sich diese Größen auf einer Skala verfassungsrechtlicher Relevanz für die grundrechtliche Eingriffs-

rechtfertigung im Ergebnis als bedeutend, wenn auch wohl noch nicht als überragend wichtig einschätzen.

aa) Normziel-Relevanz

Was zunächst die Bedeutung des Schutzziels der Regelung als solche angeht, kann diese, indem sie der Förderung der Filmwirtschaft zu dienen bestimmt ist, auf verfassungsrechtliche Legitimationsgründe verweisen, die den Förderzweck stützen. Verfassungsrechtlich besonderes Gewicht haben solche rechtfertigende Schrankengründe, die selbst in der Verfassung eine Verankerung haben (verfassungsrangige Güter oder Ziele). Ein solcher Verfassungsrang von Schutzgütern oder Normzielen, die mit einem Grundrechtseingriff gefördert werden sollen, wirkt sich in der Verhältnismäßigkeits-Abwägung mit dem betroffenen Grundrecht gewichtsverstärkend aus.

Aus der kulturellen Dimension des Films lassen sich Bezüge zur (auch) grundrechtlich abgesicherten Kulturstaatlichkeit (insb. Art. 5 Abs. 3 GG),[278] zum kommunikationsverfassungsrechtlichen Normziel publizistischer Anbieter- und Angebotsvielfalt (Art. 5 Abs. 1 GG), möglicherweise auch zu einer objektiv-rechtlichen Gewährleistungsdimension der Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) – in Parallele zu den entsprechenden Garantien des Rundfunks und der Presse –,[279] begründen. Ist die Filmförderung über eine Investitionsverpflichtung nach Regelungsgehalt und unmittelbarem Regelungszweck *Wirtschafts*förderung (s.o., sub C.), erschöpft sich ihre Bedeutung doch nicht darin, einen bestimmten Wirtschaftssektor als solchen zu unterstützen. Vielmehr geht es der Film-Wirtschaftsförderung seit jeher – das haben die Debatten um die Filmförderung nach dem FFG gezeigt – auch und vor allem um die Erhaltung dieses Sektors wegen seiner besonderen Bedeutung für die kulturelle Identität des Landes und Europas, die Erhaltung künstlerischer und kommunikativer Kreativität.

Lässt sich die Filmförderung in diesen kulturstaatlichen und kommunikationsverfassungsrechtlichen Legitimationsgründen abstützen, gilt dies insbesondere für ein Regulierungskonzept, das nicht nur unspezifisch auf die Stärkung der Nachfrage nach Produktionsleistungen im nationalen Markt gerichtet ist – also eine einfache, nicht weiter qualifizierte Investitionsverpflichtung, vielmehr das Ziel der Erhaltung vielfäl-

[278] S. dazu nur BVerfGE 36, 321 (331); 81, 108 (116); Neumann, Recht der Filmförderung, S. 43 f.; grundsätzlich kritisch Haversath, Legitimation des Kulturstaats, S. 81 f, 91 f. und passim.

[279] So Germelmann in Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, § 122 Rn. 21 mwN: objektive Wertentscheidung des Grundrechts, „Unterfall der allgemeinen staatlichen Kulturförderpflicht"; wohl ablehnend Kühling, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 GG Rn. 100.

tiger, kulturell produktiver Marktstrukturen verfolgt – also eine mit entsprechend steuernden Vorgaben verknüpfte Investitionsverpflichtung. In der Relevanz des rechtfertigenden Normziels kann eine qualifizierte, steuernde Investitionsverpflichtung also verfassungsrechtlich ein höheres Gewicht beanspruchen als eine einfache Investitionsverpflichtung, die nur auf die Erhöhung des Investitionsvolumens und insofern allgemein auf die Unterstützung der Produktionswirtschaft zielt, nicht aber spezifischer auf die Erhaltung kultureller Diversität und Leistungskraft.

Hat das Schutzziel einer Investitionsverpflichtung als einer (auch) kulturpolitisch motivierten Film-Wirtschaftsförderungsmaßnahme mithin ein hohes Gewicht, so hat gleichwohl die Annahme eine gewisse Plausibilität, dass Investitionsverpflichtungen zur Förderung eines Wirtschaftssektors im Kulturbereich nicht so weit gehen können wie Auflagen zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit materiell lebenswichtigen Gütern oder Infrastrukturen. Der Förderzweck der Regelung dürfte in seiner Bedeutung kaum an die diejenige heranreichen, die in den Fällen existenziell wichtiger Versorgungsgüter angenommen worden ist. Zwar können Rangabstufungen zwischen verschiedenen jeweils verfassungsrangigen Gütern grundsätzlich kritisch gesehen werden – eine abstrakte Rangordnung der Grundrechte oder objektiver Verfassungsschutzgüter gibt es nicht. Auch zeigt die in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte außerordentliche Bedeutung der demokratiefunktionalen Gewährleistungen der Presse- und Rundfunkfreiheit, dass auch Kulturfaktoren – als Bedingungen möglicher individueller und öffentlicher Meinungsbildung in der Demokratie und freiheitlichen Gesellschaft – starker verfassungsrechtlicher Schutz zukommen kann. Dass die Erhaltung einer kulturell produktiven nationalen Filmwirtschaft als staatliche Aufgabe ein mit der Lebensmittel- oder Energieversorgung vergleichbar überragend wichtiges Gemeinwohlziel – mit entsprechender Legitimationskraft für Grundrechtseingriffe – sei, dürfte dennoch kaum anzunehmen sein. Die Gewährleistung der Filmfreiheit ist primär Abwehrrecht, die staatliche Kunst- und Kulturförderung nur mehr objektive Aufgabe mit Staatszielcharakter mit entsprechend weiten Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers. Jedenfalls eingriffslegitimierende Kraft zu Lasten dritter Grundrechtsträger fließt aus den genannten verfassungsrechtlichen Gewährleistungen nicht in vergleichbarem Maß wie bei den Pflichten zu existentieller Daseinsvorsorge.

In diesen Bereichen – etwa der Energieversorgung, der Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen usw. – allerdings sehen die einschlägigen Gesetze durchaus weitreichende Verpflichtungen mit gravierenden wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Investitionsfreiheit der Unternehmen vor.[280] So ist beispielsweise für die Versorgungsauflagen im Bereich der telekommunikationsrechtlichen Frequenzregulierung in der einschlägigen Regulierungspraxis und Rechtsprechung angenommen worden, dass solche Pflichten auch bei erheblichem damit auferlegten Investitionsaufwand schon dann zumutbar sind, wenn sie aus der Wirtschaftstätigkeit der Unternehmen überhaupt finanziert werden können. Die Investitionssteuerung im Regulierungsrecht kann danach die wirtschaftlichen Ressourcen der Unternehmen ggf. sehr weitgehend in Anspruch nehmen und stößt auf eine Regel-Grenze erst dort, wo ihr „prohibitive Wirkung“ zukäme, etwa eine Kostenbelastung durch telekommunikationsrechtliche Versorgungsauflagen so hoch wäre, dass dadurch der wirtschaftliche „Wert der Frequenzgüter auf null“ sinken würde.[281] Diese Obergrenze für die wirtschaftliche Zumutbarkeit entspricht mutatis mutandis auch der eigentumsverfassungsrechtlichen Richtlinie für die ordnungsrechtliche Finanzierungsverantwortung des Zustandsverantwortlichen, derzufolge die mit dem Eigentum verbundene Sozialpflichtigkeit regelmäßig (vorbehaltlich aus Sachgründen gerechtfertigter Abweichungen nach oben oder nach unten) den Wert des Eigentums nicht übersteigen darf.[282]

Es dürfte ohne weitergehende Erörterung einleuchten, dass derart weitreichende Inpflichtnahmen ggf. bis knapp unterhalb einer Grenze der „Erdrosselung“ der Wirtschaftstätigkeit für den Zweck der Filmwirtschaftsförderung nicht in Betracht kommen können. Indes bedarf auch keiner Vertiefung, dass die diskutierten und hier zur Prüfung gestellten Vorstellungen einer Investitionsverpflichtung nach Inhalt und Maß weit von derartigen, in anderen Wirtschaftsbereichen aus dort gegebenen spezifischen Sachgründen auferlegten Indienstnahmen privater Unternehmen entfernt sind; dies gilt selbst auch noch für Investitionsquoten in Höhe eines Umsatzanteils von 20 oder 25 % nach französischem Vorbild.

---

[280] S. für die energierechtliche Bedarfs- und Standortplanung, die den Übertragungsnetzbetreibern jede Einschätzungsprärogative bei der Investitionsplanung nimmt, Riemer, Investitionspflichten, S. 474 ff.

[281] BNetzA, Entsch. v. 26.11.2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz, BK1—17/001, Rn. 229; VG Köln, Urteil vom 17. Februar 2020 – 9 K 8499/18 –, Rn. 216, juris: „Nach dem in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstandenden Ansatz der Bundesnetzagentur ist dabei maßgeblich, dass die mit einer Umsetzung der in der Präsidentenkammerentscheidung enthaltenen Versorgungsauflagen verbundenen Kosten den Wert der zur Vergabe gestellten Frequenzen nicht überschreiten.“

[282] BVerfGE 102, 1 Rn. 54 ff. (juris) – Altlasten.

bb) Maß des Maßnahmenutzens

Für die grundrechtliche Verhältnismäßigkeit im engen Sinn kommt es in der gebotenen Abwägung nicht allein auf das abstrakte Gewicht der verfolgten Regelungszwecke an, sondern auch und vor allem auf den Nutzen, den Förderbeitrag, den die grundrechtseingreifende Maßnahme für das Schutzgut leistet.[283] Greift eine Maßnahme tief in Grundrechte Betroffener ein, bewirkt sie aber nur einen geringen Vorteil für das zu schützende Gut, mag sie noch als im Rechtssinn geeignete Schutzmaßnahme angesehen werden können, kaum aber als angemessen, und zwar auch, wenn das Schutzgut als solches hohen Rang hat.[284]

Auch an dieser Stelle – wie schon bei der Relevanz des verfolgten Regulierungsziels – lassen sich Unterschiede zwischen verschiedenen denkbaren Gestaltungen einer Investitionsverpflichtung beschreiben, die oben, im Zusammenhang der Eignung und Erforderlichkeit der Regelung bereits skizziert worden sind: Nach den Darlegungen des Goldmedia-Gutachtens ist anzunehmen, dass nur eine „steuernde", durch entsprechende weitere verbindliche Vorgaben qualifizierte Investitionsverpflichtung signifikante Fördereffekte für eine nach Anbieterstruktur und Angebotsinhalten vielfältige, kulturell leistungsstarke Produktionswirtschaft in Deutschland erwarten lässt, nicht aber schon eine schlichte, nur durch den Bezug auf nationale Filmwerke ausgezeichnete Investitionsverpflichtung. Zwar muss dies, wie oben dargelegt, aus rechtlicher Sicht nicht dahin verstanden werden, dass einer einfachen Basis-Investitionsverpflichtung jeder eingriffsrechtfertigende Nutzen abzusprechen wäre. Dieser kann auch schon in der unbestreitbaren, im Goldmedia-Gutachten in den Modellrechnungen bescheinigten Nachfragestärkung, also in dem gesetzlich induzierten Zufluss weiterer Auftragsmittel in den deutschen Produktionsmarkt gesehen werden, wenn das Regulierungsziel sich auf eine solche Nachfragestärkung beschränkt.

Geht es dem Gesetz aber um eine darüber hinausgehende Stabilisierung einer vielfältigen Marktstruktur, kann dieser Zweck durch eine nicht steuernde Investitionsverpflichtung kaum nennenswert erreicht werden, vielmehr erst durch Vorgaben, die die obligatorischen Investitionen gerade auf besonders schutzbedürftige Produzenten und Produktionen lenken, mithin solche, für die sich VoD-Dienstanbieter, wären sie in

[283] Vgl. BVerfGE 159, 223 Rn. 216 (st. Rspr.): „Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordern, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen".
[284] Spezifisch zu diesen nicht immer mit der nötigen Genauigkeit beachteten Grundsätzen der Verhältnismäßigkeits-Abwägung Murswiek, NVwZ 2021, 281 ff.

ihrer Investitionsauswahlentscheidung frei, nicht oder nur in geringem Umfang entscheiden würden.

Haben gerade diese Steuerungseffekte einer qualifizierten Investitionsverpflichtung – weniger hingegen eine bloß allgemeine, nicht fokussierte Stärkung des Produktionsstandorts – besondere kulturpolitische Bedeutung, weil sie zur Erhaltung kultureller Vielfalt – etwa durch unabhängige Produzenten und die Fähigkeit, weiterhin auch Kinofilme produzieren zu können – beitragen können, schlägt auch erst für sie die legitimierende Kraft der objektiv-verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zugunsten einer vitalen Filmkultur durch. Ob und inwieweit diese dem Goldmedia-Gutachten zugrunde liegenden prognostischen Annahmen zur Eignung steuernder Vorgaben einer Investitionsverpflichtungs-Regelung zur Förderung jener fokussierteren Zwecke belastbar sind, kann hier aus rechtlicher Sicht naturgemäß nicht eingeschätzt werden. Immerhin erscheint es nachvollziehbar und plausibel, dass Vorgaben wie eine Subquote für Investitionen in unabhängige Produzenten oder eine Kinofilmquote Investitionen gerade in diese Bereiche lenken könnten, während bei einem Verzicht auf solche Vorgaben Investitionsentscheidungen der Anbieter zumindest möglich, wenn nicht wahrscheinlich blieben, in deren Ergebnis unabhängige Produzenten oder Kinofilm-Produktionen kaum von den Investitionsmitteln profitieren würden.

Legt man diese Annahmen daher zugrunde, bedeutet dies, dass für eine qualifizierte Investitionsverpflichtung mit kulturpolitisch imprägnierten Steuerungsvorgaben grundsätzlich ein deutlich höherer Maßnahmenutzen in der Verhältnismäßigkeitsabwägung veranschlagt werden kann als für eine einfache Investitionsverpflichtung.

Allerdings geht dieser Vorteil offenkundig mit einem erheblich höheren Gewicht des Eingriffs in die Investitionsfreiheit einher (s. dazu sogleich sub. b): Je fokussierter die Verpflichtung ausgestaltet ist, umso wirksamer lenkt sie einerseits Investitionen der verpflichteten Anbieter in die gesetzgeberisch erwünschten Bereiche um, greift damit aber andererseits umso weitgehender in die grundrechtlich geschützte Freiheit der Normadressaten ein.

b) Eingriffsgewicht: Dichte und spielraumverengende Strenge der Vorgaben

Hinsichtlich der für das Eingriffsgewicht wesentlichen Faktoren ist der schon mehrfach genannte Aspekt in Erinnerung zu rufen, dass dieses Gewicht mit der Zahl und der Spielraum einschränkenden Wirkung weiterer Vorgaben (insbesondere: Subquo-

ten) in einer Investitionsverpflichtungs-Regelung steigt. Dabei geht es auch, aber nicht nur um die wirtschaftliche Zumutbarkeit, also die bezifferbare Belastung durch höhere Kosten oder Umsatz- und Gewinneinbußen, vielmehr auch schon um die unmittelbare Rechtsfolge einer Einschränkung der Investitionsfreiheit als Entscheidungsfreiheit. Diese Einschränkung wiegt umso schwerer, je weitergehend die Unternehmen gezwungen werden, Investitionsentscheidungen vorzunehmen, die sie ohne Verpflichtung nicht vorgenommen hätten, also als weniger vorteilhaft (oder sogar nachteilig) ansehen als sonst vorgenommene Investitionen. Je spezifischer derartige Vorgaben sind und je umfangreicher quantitativ die dahingehende Verpflichtung ist, umso weitergehend wird die Investitionsfreiheit eingeschränkt.

Naheliegend ist daher, dass eine schlichte Investitionsverpflichtung allein zu Investitionen in europäische Werke, ohne weitere qualifizierende Anforderungen, selbst bei einem beachtlichen Umsatzanteil nur geringe Belastungswirkungen erzeugt. Eine hohe Subquote für deutschsprachige Werke, erst recht aber eine Quote hinsichtlich von Werken, für die ein hinreichender Bezug zum Produktionsstandort Deutschland nachgewiesen werden muss, verengt hingegen den Entscheidungsspielraum der Anbieter. . International oder gar global tätige Anbieter werden dadurch gezwungen, in erheblichem Umfang national ausdifferenzierte Investitionen in jeweils nationale Filmproduktionen zu treffen, können hingegen ihrer deutschen Investitionspflicht nur noch eingeschränkt durch den Erwerb von Filmen aus dem gesamten europäischen Raum (einschließlich etwa aus dem Vereinigten Königreich) nachkommen.

Umso mehr gilt dies für weitere, ggf. in Subquoten ausgemünzte Vorgaben, etwa hinsichtlich der Art der Investition (zum Beispiel: Erstinvestitionen) oder des Kreises der anrechnungsfähigen Produktionen (zum Beispiel: unabhängige Anbieter, wirtschaftlich kleine Unternehmen), eine Kinofilm-Subquote, schließlich auch für die Verknüpfung der Investitionsverpflichtung mit einer Rechteteilungs- oder Rechterückfall-Klausel.

Sind indes nationale Subquoten für den Förderzweck der Aufrechterhaltung und Entwicklung einer nationalen Filmwirtschaft sowie einige oder alle der genannten weiteren Konditionen bei Zugrundelegung eines anspruchsvollen auf die Sicherung einer vielfältigen Marktstruktur gerichteten Regulierungsziels nach Einschätzung des Normgebers unverzichtbar und begründen erst diese zusätzlichen Vorgaben die Eignung der Regelung für die Erreichung jenes Normzwecks, können sie aus verfas-

sungsrechtlicher Sicht durchaus angemessen sein. Allerdings ist die beschriebene rechtliche und wirtschaftliche eingriffsverstärkende Wirkung im Rahmen der Angemessenheitsbeurteilung zu berücksichtigen. Wird, abgesichert durch entsprechende empiriegestützte Abschätzungen, festgestellt, dass solche Subquoten tatsächlich in erheblichem Umfang investitionsumlenkende Zwangswirkung entfalten (weil die Unternehmen derartige Investitionen freiwillig nicht vorgenommen hätten und sie aus ihrer Sicht wirtschaftlich unvernünftig sind) und mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden sind, kann dies dafür sprechen, derartige Vorgaben nur begrenzt (nicht in Kombination aller denkbaren Vorgaben) und nur in moderater Höhe vorzusehen, um die grundrechtliche Zumutbarkeit der Verpflichtung zu sichern.

Grundsätzlich gilt für die in Rede stehenden Vorgaben, dass die Investitionslenkung umso gewichtigeren Rechtfertigungslasten unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit unterliegt, je mehr sie sich gegen die plausibel begründbaren, etwa durch das eigene Investitionsverhalten dokumentierten wirtschaftlichen Eigeninteressen der Unternehmen richtet. [285] So könnte etwa eine Investitionsmittel der VoD-Dienstanbieter in erheblichem Umfang bindende Subquote für Investitionen in Kinofilme einem besonders hohen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sein, wenn sie solche Investitionen auch von Anbietern fordert, die nach ihrem Geschäftsmodell nur ein nachrangiges Interesse an dem Angebot von Kinofilmen in ihrem Katalog haben, vielmehr primär auf andere Angebotsformate setzen (etwa: Serien). Fordert die Investitionsverpflichtung hingegen nur oder immerhin in wesentlichem Umfang rechtsverbindlich ein, was die verpflichteten Unternehmen ohnehin zu leisten bereit sind, steht die gesetzliche Verpflichtung mithin nicht quer zu den unternehmerischen Interessen oder gar dem Geschäftszweck, sondern steht sie mehr oder weniger weitgehend im Einklang mit diesen, so ist die Verpflichtung weit eher zumutbar.[286]

Dieser Gedanke und die daraus sich ergebende Argumentation liegen auch den Erwägungen des BVerwG und des BVerfG zur Gruppennützigkeit der Filmabgabe zu-

[285] S. dazu für die TK-Frequenzregulierung etwa BNetzA Entsch. v. 26.11.2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz, BK 1-17/001, Rn. 229: „Eine Versorgungsauflage erweist sich umso eher als nicht mehr angemessen, je weiter sie die Zuteilungspetenten zu einer Frequenznutzung verpflichtet, die nicht mehr aus unternehmerischem Kalkül bereits erfolgt ist oder künftig erfolgen würde. Sie ist umso eher als nicht mehr angemessen anzusehen, je konkretere Vorgaben sie den Zuteilungspetenten für die künftige Netzplanung auferlegt."

[286] BVerwG, Beschl. v. 25.2.2209 – 6 C 49/07, BeckRS 2009, 33329, Rn. 50.

grunde.[287] Ist die Gruppennützigkeit, also der generelle Vorteil, den der Förderungszweck für die pflichtige Branche bedeutet, der zentrale Legitimationsgrund für die Heranziehung zur Förderbeitragsleistung in Gestalt der Filmabgabe, wäre jede Gestaltung, bei der sich die Belastung nicht mehr als im „objektivierten“ und generalisierten Interesse der Abgabenschuldner liegend beschreiben lässt, verfassungsrechtlich kaum noch zu rechtfertigen. Die Legitimation der Filmabgabe lebt von der angenommenen grundsätzlichen Gleichgerichtetheit der Interessen des gesetzlichen Förderzwecks einerseits, der Abgabenschuldner andererseits; die Abgabenpflicht hat in diesem Sinn nur schwach paternalistischen Charakter. Kehrt sich die Pflicht gegen das (generalisierte) Interesse, bricht diese im Gedankengebäude der Dogmatik zu den Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion tragende Legitimation weg. Ein solcher „Kipppunkt“, in dem die Beteiligung an der Förderung vom Vorteil zum Nachteil gerät, kann sich aus einer nicht gruppennützigen Verwendung der Mittel für interessenferne Einsatzzwecke ergeben, aber auch aus einer quantitativen Überdehnung der Finanzierungsverantwortung – wenn also Finanzmittel der Pflichtigen in einem Umfang in Anspruch genommen und so gebunden werden, der über ihr Interesse an der Förderung (hier des deutschen Filmproduktionsmarktes) weit hinaus geht. Daher bestimmt sich das verfassungsrechtlich vertretbare Maß der Belastung (auch der Höhe nach) nicht nur und erst danach, ob die Belastung relativ auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens noch verkraftbar ist oder nicht, sondern schon nach der Stärke und Reichweite des angenommenen Interesses der pflichtigen (Teil-) Gruppe an der Erfüllung der finanzierten Aufgabe. Ist dieses Interesse – hier: an der Erhaltung einer leistungsfähigen deutschen Filmproduktionswirtschaft – zwar plausibel für die in Rede stehende Schuldner-Gruppe begründbar, aber doch im Verhältnis zu anderen nach dem Geschäftsmodell der Pflichtigen bestehenden Investitionszielen nur begrenzt oder nachrangig, muss die Abgabenbelastung dem durch eine entsprechend niedrige Bemessung angepasst sein, weil sonst die Gruppennützigkeit in legitimatorisch prekäre Fremdnützigkeit umschlägt.

Diese Überlegungen müssen grundsätzlich auch für die Regelung einer Investitionsverpflichtung gelten: Verliert diese nach Inhalt und Maß die legitimatorische Verankerung im generalisierten Interesse der Verpflichteten, also ihren „gruppennützigen“

[287] Besonders ausführliche Begründung des mittelbaren Nutzens der Aufrechterhaltung der deutschen Filmproduktion für die Unternehmen der Kino- und der Videowirtschaft sowie die Fernsehveranstalter in BVerwG, Beschl. v. 25.2.2209 – 6 C 49/07, BeckRS 2009, 33329, Rn. 35 ff.

Charakter, bleibt zur Rechtfertigung der gleichwohl erfolgenden Indienstnahme nur noch der oben skizzierte Grund, dass allein diese Marktteilnehmer überhaupt dafür in Betracht kommen, weil nur sie imstande sind, eine strukturell marktnahe Förderung der Filmwirtschaft durch Direktinvestitionen umzusetzen (s. o. sub. 1 c)).

Für die Ausgestaltung einer Investitionsverpflichtung kann und sollte dieser Maßstab insofern Beachtung finden, als besonders kritische Vorgaben oder Subquoten, die die Dienstanbieter in besonderer Weise zu einem ungewollten und abgelehnten Investitionsverhalten zwingen, wenn überhaupt, im Maß begrenzt eingeführt werden. Dies könnte namentlich bei spezifischen Vorgaben hinsichtlich der Art der Investition, der anrechnungsfähigen Unternehmen, der Genres und Formate anrechnungsfähiger Inhalte, aber auch bei einer detaillierten Rechterückfall- oder teilungs-Vorgabe, die den Unternehmen keine Vertragsspielräume belässt, der Fall sein.

Kann der Gesetzgeber zwar für die Verknüpfung der Investitionsverpflichtung mit weiteren investitionslenkenden Vorgaben geltend machen, dass gerade erst diese Vorgaben die Wirksamkeit der Regelung im Hinblick auf die Erreichung des (anspruchsvollen) Regulierungsziels gewährleisten, ist doch dieser Eignungsvorteil mit dem erheblich höheren Eingriffsgewicht der stark steuernden Investitionsverpflichtung in Ausgleich zu bringen. Eine balancierte Gestaltung könnte so aussehen, dass nur Steuerungsvorgaben normiert werden, die einerseits als für den Nutzen der Regelung unverzichtbar angesehen werden, die andererseits die Investitions- und Gestaltungsfreiheit der Dienstanbieter aber nicht sehr tief, insbesondere nicht in diametraler Gegenläufigkeit zu ihrem Geschäftsinteresse, beschränken. Soweit dies nicht möglich ist, vielmehr gerade Steuerungen für unabdingbar gehalten werden, welche die Dienstanbieter stark belasten, könnte immerhin dafür Sorge getragen werden, dass die Verpflichteten im Übrigen hinreichende Investitionsspielräume behalten, etwa durch Beschränkung der Vorgaben auf nur wenige Subquoten (etwa: unabhängige Produzenten, Erstinvestitionen, aber Verzicht auf eine „Genre“-Quote, Verzicht auf Regulierung des Rechteerwerbs) oder durch Begrenzung der Subquoten in der Höhe.

Eine grundrechtsschonende und möglicherweise auch sachadäquatere Lösung könnte insoweit auch darin bestehen, Detailregelungen und spezifizierte Verpflichtungen der skizzierten Art selbstregulatorischen Vereinbarungen der Marktteilnehmer (Branchenlösung) zu überlassen, darauf im Gesetz hingegen zu verzichten. Das Gesetz

könnte allerdings durchaus Anreize dafür setzen, dass die Vertragsparteien entsprechende Regelungen aushandeln und vereinbaren (s. dazu u., sub VIII. 2. b)).

c) Eingriffsgewicht: Entlastung durch medienrechtliche Vorbelastung

Ein schon angesprochener, rechtlich bedeutsamer Umstand für die Einschätzung des Eingriffsgewichts ist die unionsrechtlich induzierte Regelung der Katalogquote in § 77 MStV. Sind VoD-Dienstanbieter (in der deutschen Umsetzungsfassung etwas einschränkend: Anbieter fernsehähnlicher Telemedien) danach schon medienrechtlich verpflichtet, mindestens 30 % ihres Katalogangebots für Deutschland europäischen Werken im Sinne der Definition der AVMD-Richtlinie vorzubehalten, wird die wirtschaftsrechtliche Verpflichtung zur Investition in europäische Werke zu einem erheblichen Teil in der tatsächlichen Wirkung bereits durch diese medienrechtliche Verpflichtung vorweggenommen.

Zwar setzen beide Verpflichtungen unterschiedlich an und haben einen dementsprechend unterschiedlichen Inhalt. Aber die Katalogquote kann doch faktisch nur erfüllt werden, wenn die Anbieter in entsprechendem Umfang Rechte für die Verwertung (öffentliche Zugänglichmachung) europäischer Werke erwerben, also in diese Produktionen investieren. So wie die Investitionsverpflichtung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zur Folge haben wird, dass die Werke, in die investiert wurde, in der Regel in das tatsächlich bereitgestellte Angebot (also in den Katalog) aufgenommen werden (s.o., sub III. 3.), so determiniert umgekehrt die Katalogquote mittelbar die Investitionstätigkeit der Unternehmen.

Die Rechtfertigung der Katalogquote leitet sich aber von der unionsrechtlichen Vorgabe in Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL her; diese ist auch deutlich verbindlicher formuliert („sorgen dafür, dass die […] Mediendiensteanbieter […] sicherstellen“) als die älteren Quoten (Programmquote und Produktionsquote) für den Rundfunk und daher ohne Relativierung in § 77 MStV übernommen. Daher ergibt sich nicht nur die Katalogquote als solche, sondern auch die mit ihr einher gehende mittelbare Investitionsverpflichtung aus dem Unionsrecht, unterliegt dessen Anwendungsvorrang und ist als solche nach den Grundsätzen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Abgrenzung der Grundrechtsordnungen nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu prüfen. Im Umfang der durch die Katalogquote begründeten Verpflichtung tritt mithin eine rechtliche Vorbelastung der VoD-Dienstanbieter ein, die

auf die originär durch die bundesgesetzliche Investitionsverpflichtung errichtete Belastung anzurechnen ist.

Dies bedeutet nicht, dass der Verpflichtung zur Investition in europäische Werke überhaupt kein eigenständiger Eingriffsgehalt mehr zukommt, selbst wenn die auferlegte Investitionsquote 30 % nicht überschreitet oder auch nur auf einen niedrigeren Umsatzanteil (etwa: 20 % oder 25 %) festgesetzt wird. Da die Bemessungsgrundlagen für die Prozentsätze verschieden sind (einerseits: Anzahl der im Katalog aufgeführten und als Angebot bereitgestellten Filme und Serien [bei letzteren: zusammengefasst in Staffeln], andererseits: Umsatzvolumen im deutschen Markt) ist es denkbar und auch nicht von vornherein unwahrscheinlich, dass die Investitionsverpflichtung im Ergebnis ein Stück weit über die sich schon aus der Katalogquote ergebende Investitionspflicht hinaus reicht, weil in die Berechnung des zu investierenden Kapitals auch ertragsstarke Filme aus außereuropäischer Produktion einfließen. Zudem bleibt zu berücksichtigen, dass die direkte Investitionsverpflichtung ein eigengearteter (daher auch kompetenzrechtlich anders zu beurteilender) Eingriff gegenüber der Angebotspflicht ist, auch wenn diese mittelbar-faktisch gleichfalls Investitionen in europäische Werke erzwingt. Rechtlich bleibt dieser Unterschied im Eingriffsinhalt (unmittelbare Beschränkung der Investitionsfreiheit) beachtlich und besonders rechtfertigungsbedürftig.

Auch wenn dies berücksichtigt wird, bleibt aber unbestreitbar, dass unter dem für die Angemessenheit der Regelung wichtigen Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit ein erheblicher Anteil der belastenden Auswirkungen bereits durch die Katalogquote und nicht erst durch die Investitionsverpflichtung verursacht wird. In der Verhältnismäßigkeitsbeurteilung der letzteren wirkt dieser Umstand stark entlastend. Eingriffsverschärfend (unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit) wirkt nur noch der durch die Investitionsverpflichtung zusätzlich auferlegte Anteil an Investitionen, der nicht ohnehin schon auf die medienrechtliche Katalogquote zurückgeführt werden kann.

Auch hier gilt, dass der beschriebene Entlastungseffekt aus der medienrechtlichen Vorbelastung in dem Maß geringer wird, in dem über die Verpflichtung zur Investition in europäische Werke, also die einfache Basis-Investitionsquote hinaus nationale Subquoten und weitere spezifische Vorgaben für den deutschen Markt in die Regelung aufgenommen werden. Werden etwa von einer Investitionsquote in Höhe von 25

% des Umsatzanteils 80 % durch eine nationale Subquote auf die Investition deutschsprachiger oder in Deutschland produzierter Werke gelenkt, so ist ein internationaler Anbieter nicht mehr in der Lage, der Investitionsverpflichtung für Deutschland ohne erhebliche Zusatzbelastung schon mit dem Erwerb der Rechte zur Erfüllung der Katalogquote des § 77 MStV (d.h. mit europäischen Werken einschließlich etwa derjenigen aus Produktionen in Frankreich, Spanien oder dem Vereinigten Königreich) nachzukommen. Vielmehr muss er in einem mutmaßlich nicht unerheblichen, abstrakt nicht näher bestimmbaren Anteil spezifisch und zusätzlich in deutsche Filmwerke investieren, ohne dass sich diese Pflicht schon aus der medienrechtlichen Quote ergäbe. Entsprechendes gilt für weitere qualifizierende Steuerungsvorgaben, etwa eine Erstinvestitionsverpflichtung, die die unionsrechtlich fundierte Katalogquote nicht kennt.

Auch dieser Umstand spricht nicht durchgreifend gegen die Errichtung nationaler und weiter spezifizierter Quoten, ist aber für die Angemessenheitsbeurteilung, insbesondere auch für die Festsetzung solcher Quoten in der Höhe, jedenfalls zu berücksichtigen. Dafür sind nach Möglichkeit auch die tatsächlichen, hier nur abstrakt skizzierten Auswirkungen und die daraus sich ergebenden wirtschaftlichen Belastungseffekte datenbasiert und mit methodisch geeigneten Instrumenten abzuschätzen.

VIII. Verhältnismäßigkeit: Einzelprobleme

1. Additiver Grundrechtseingriff in der Zusammenschau mit der Filmabgabe

Die Filmabgabe einerseits, eine Investitionsverpflichtung andererseits bewirken grundrechtlich jeweils eigenständige Eingriffe, die aber in ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Belastungswirkung nicht isoliert je nur für sich, vielmehr auch in einer Gesamtschau betrachtet werden müssen.[288] Wird auf die Belastung eines Normadressaten mit einer Filmabgabe verzichtet, ist für die Auferlegung einer Investitionspflicht auch der Höhe nach mehr Raum, und vice versa.

a) Asymmetrie der Belastungen aus Investitionsverpflichtung und Filmabgabe

Ist die Investitionsverpflichtung im Vergleich mit der Filmabgabe der strukturell grundrechtsschonendere Eingriff, weil sie relativ weitergehende Dispositionsspielräume des verpflichteten Anbieters belässt, kann eine Investitionsverpflichtung quantitativ weiterreichen als eine Abgabenpflicht, also größere Umsatzanteile in Anspruch

[288] S. zum additiven Grundrechtseingriff (hier in der Ausprägung einer „vertikalen Belastungskumulation“) Klement, AöR 134 (2019), 35 (42); Brade, DÖV 2019, 852 (853, 856).

nehmen. Diese strukturelle Asymmetrie unter dem Gesichtspunkt des Eingriffsgewichts wird auch durch die in der rechtspolitischen Debatte erörterten Quoten sowie zumindest einige Beispiele von Investitionsverpflichtungen in den europäischen Ländern, so auch in Frankreich, bestätigt. Danach greifen Investitionsquoten in zweistelliger Prozenthöhe bis zu einem Satz von etwa 25 % in signifikant größerem Umfang auf die aus dem Geschäft im Zielland erzielten Umsätze zu als die üblichen Abgabensätze.

Auch in der Gesamtbetrachtung der additiven Grundrechtseingriffswirkungen beider Maßnahmen sollte diese Asymmetrie berücksichtigt werden: Werden nach bestimmten Merkmalen qualifizierte Unternehmen (etwa: SVoD-Anbieter oberhalb einer bestimmten Mindestumsatzschwelle) schon durch eine erheblich eingriffsintensive Filmabgabe belastet, muss diese Belastung in eine prozentual (gemessen am Umsatzanteil) sogar höhere hypothetische Investitionsverpflichtung umgerechnet werden, sodass eine zumutbare zusätzliche reale Investitionsverpflichtung entsprechend niedriger ausfallen muss.

Verzichtet der Bund hingegen auf die Erhebung einer Filmabgabe von zum Beispiel 2,5 % (vgl. § 153 Abs. 2 FFG), entsteht grundsätzlich Spielraum für eine funktional substitutive Investitionsverpflichtung sogar in Höhe eines deutlich größeren Prozentanteils vom Umsatz.

b) Alternativität oder Kumulation von Investitionsverpflichtung und Filmabgabe

Ob eine Koppelung beider Instrumente und also beider Belastungen vorgesehen werden soll oder bei Einführung einer Investitionsverpflichtung auf die Erhebung einer Filmabgabe im selben Anwendungsbereich (d. h. mit denselben Normadressaten) verzichtet wird, ist Frage rechtspolitischer Einschätzung und Entscheidung, verfassungsrechtlich hingegen nicht abschließend vorgezeichnet. Trifft die hier vertretene Beurteilung zu, dass die Investitionsverpflichtung, jedenfalls in einer nur schwach qualifizierten Fassung (ohne viele weitere spielraumverengende Vorgaben), grundrechtlich strukturell unproblematischer ist als die Sonderabgabe, wäre eine Ersetzung der bisherigen Abgabenpflicht der Videoabrufdienstanbieter durch eine direkte Investitionsverpflichtung für die Verpflichteten sogar grundsätzlich vorteilhaft.

Rechtlich zwingend ist diese Möglichkeit einer Ablösung der abgabenfinanzierten Förderung durch eine Investitionsverpflichtung indes nicht, auch nicht unter dem Gesichtspunkt der gebotenen Erforderlichkeit des Eingriffs. Wäre die Investitions-

verpflichtung gegenüber der Filmabgabe zwar aus Sicht der belasteten Anbieter eine (bei niedrigerer oder höchstens gleicher wirtschaftlicher Belastung) schonendere Alternative, so können mit der Filmförderung aus Abgabenmitteln doch andere Schwerpunkte gesetzt und Wirkungen erzielt werden als mit der in die Hände der Anbieter selbst gelegten, wenn auch obligatorischen Investition. Die allgemeinen und besonderen Fördervoraussetzungen nach dem FFG (§§ 41 ff. FFG) und die Ausdifferenzierung in verschiedene Fördergegenstände (§§ 59 ff. FFG) sowie die Zuständigkeit der verschiedenen Förderkommissionen für ihre jeweilige Aufgabe (§§ 20 ff. FFG) geben der Filmförderung aus Mitteln der Abgabe ein spezifisches Gepräge, das sich von einer den Dienstanbietern auferlegten Investitionsverpflichtung wesentlich unterscheidet. Insbesondere werden aus der Filmabgabe – auch aus Mitteln der Abgabe der Anbieter von Videoabrufdiensten (§ 153 FFG), die keiner besonderen Verwendungsbeschränkung unterliegen – Bereiche gefördert (§ 159 FFG) die teilweise außerhalb des denkbaren Investitionsspektrums der VoD-Dienstanbieter liegen. Auch bei den Filmgenres ist anzunehmen, dass die Filmförderung nach dem FFG Produktionen (und ihre Vorstufen, wie etwa Drehbücher) erfasst, die nicht zum typischen Angebotsprofil der VoD-Dienstanbieter gehören.

Zur Erreichung solcher weiteren und spezifischeren Förderzwecke, die im FFG-Fördersystem ausgebildet und in komplexen Regelungen über förderfähige Gegenstände, Fördervoraussetzungen und -verfahren ihren Niederschlag gefunden haben, wäre eine Investitionsverpflichtung nicht gleichermaßen geeignet, und zwar selbst dann nicht, wenn sie im Sinn einer qualifizierten Verpflichtung mit den hier erörterten steuernden Vorgaben (Subquoten) verknüpft würde. In Richtung und Maß der Spezifizierung und Ausdifferenzierung der Förderung bleibt jede Regelung einer Investitionsverpflichtung, auch eine „starke Regulierung“ nach französischem Vorbild, weit hinter dem Regelwerk nach dem FFG zurück. Der oben schon notierte Unterschied zwischen der komplexer gestalteten indirekten Filmförderung aus den Mitteln der Sonderabgabe mit deutlich stärker ausgeprägter kulturpolitischer Tendenz und einer einfacher strukturierten direkten Investitionsverpflichtung markiert zugleich das Proprium der FFG-Förderung. Diese behielte also auch neben einer neu eingeführten Investitionsverpflichtung ihre spezifische Funktion und Bedeutung.

Mit Blick auf diese eigengearteten, besonderen Charakteristika der FFG-Förderung kann die Beibehaltung einer Filmabgabenpflicht neben einer Investitionspflicht also

für sinnvoll gehalten werden. Die Einsicht in die besondere Eigenart der FFG-Förderung steht im Übrigen keineswegs in einem Widerspruch zu dem oben im Rahmen der Erörterung der Gesetzgebungskompetenz notierten Befund einer Vergleichbarkeit beider Förderinstrumente: Unter den für die kompetenzrechtliche Zuordnung erheblichen Gesichtspunkten handelt es bei beiden Regelungen um wirtschaftsrechtliche Fördermaßnahmen mit sich überschneidendem Normzweck. In den Regelungswirkungen der induzierten Zuführung von Kapital in den deutschen Produktionsmarkt, je nach mit der Investitionsverpflichtung verknüpfter weiterer Vorgabe zudem ggf. auch der Förderung gerade von Erstinvestitionen, von unabhängigen Produzenten, von Kinofilmen sowie eines zwingenden Rechterückfalls sind die Förderung nach dem FFG und mit dem Instrument einer Investitionsverpflichtung daher funktionell austauschbar. Indes gehen die Funktionen und Wirkungen der FFG-Filmförderung eben, wie vorstehend skizziert, über diesen Überschneidungsbereich hinaus und gewinnen daraus ihre eigene, nicht substituierbare Bedeutung. Der wirtschaftsrechtliche Charakter mit der Folge der Zuordnung zum Bundes-Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist bei der Investitionsverpflichtung aber gerade darum noch eindeutiger ausgeprägt als bei der Regelung der FFG-Förderung (s. o., C. IV. 2.).

Beide Förderinstrumente, die dann aber in ihrer Belastungswirkung zusammen zu betrachten und aufeinander abzustimmen sind, stehen aus dieser Sicht in einem Komplementärverhältnis. Die Ergänzung, nicht Ersetzung der Filmabgabe durch eine Investitionsverpflichtung ermöglicht es auch, die letztere nach ihrem gesetzlichen Förderzweck und den darauf abgestimmten Vorgaben bewusst anders zu gestalten als das Förderregime nach dem FFG. So muss die Investitionsverpflichtung nicht – und kann es, wie gezeigt, auch nicht – umfassend dasselbe leisten wie die Förderung nach dem FFG: Ihre Regelung kann von engen, die Investitionsentscheidung der Anbieter stark begrenzenden und daher besonders marktfernen Vorgaben umso eher freigehalten werden, als die mit solchen Vorgaben bezweckten Ziele schon mit der Förderung nach dem FFG erreicht werden können. Auch in diesem Sinn ist eine Gesamtschau auf die Förderinstrumente sowie eine der Eigenart beider Förderinstrumente sachangemessene Ausgestaltung geboten: Auf das einzelne, zu fördernde Vorhaben bezogene Beurteilungen (nach Qualität, mutmaßlichem Erfolg, ökologischer Nachhaltigkeit usw.), wie sie die Förderkommissionen anhand der gesetzlichen Vorgaben treffen,

muss – und sollte – das Gesetz nicht auch der Investitionsentscheidung der Dienstanbieter vorschreiben.

Soll wegen der beschriebenen Komplementarität beider Förderinstrumente die FFG-Förderung (im Wesentlichen) aus Mitteln der Filmabgabe erhalten bleiben, und zwar auch weiterhin unter Heranziehung der Videoabrufdienste (§ 153 FFG), soll also die Investitionsverpflichtung als neue und zusätzliche Belastung zur Abgabenpflicht hinzutreten, ist dies verfassungsrechtlich möglich, solange damit insgesamt ein noch zumutbares Belastungsmaß gewahrt bleibt.

Die gebotene Gesamtschau muss dann auf der Ebene bundesgesetzlicher Regelungen in eine entsprechende Festsetzung der Investitionsquote(n) einerseits, des Abgabensatzes andererseits führen, die insgesamt die Zumutbarkeit der kombinierten Belastung sichert. Der Spielraum des Gesetzgebers für eine Zusatzbelastung durch Investitionsverpflichtung wächst wiederum proportional mit deren grundrechtlicher „Harmlosigkeit“: Eine nur in wenigen Hinsichten qualifizierte und daher noch erhebliche Entscheidungsfreiheit der Anbieter lassende Investitionsverpflichtung (etwa: nur nationale Quote und moderate Subquote für unabhängige Auftrags-Produktionen) ist auch in additiver Ergänzung zur schon bestehenden Filmabgabenpflicht mit höherem Umsatzanteils-Prozentsatz möglich als eine die Investitionsentscheidungen der Verpflichteten weitgehend determinierende, stark steuernde Verpflichtungsregelung, die etwa das Kapital der Anbieter zusätzlich auch noch für Erstinvestitionen und Kinofilme bindet sowie eine die Verwertungsrechte einschränkende Rechteentbündelungs- oder -rückfallregelung vorschreibt.

Auch eine solche stark steuernde Investitionsverpflichtung mit einem Ensemble spielraumverengender Vorgaben nach französischem Muster ist als zu einer aufrechterhaltenen Filmabgabenpflicht hinzutretende neue Belastung nicht schlechthin unverhältnismäßig, sollte dann aber in der Höhe der Quoten Maß halten, damit das verfassungsrechtliche Risiko einer Beurteilung als unverhältnismäßig gering bleibt.

Denkbar ist auch eine Anrechnungsklausel (etwa: Anrechnung tatsächlich geleisteter Abgaben auf die Investitionsverpflichtung); diese könnte mit einem Verrechnungsschlüssel, welcher der oben skizzierten Asymmetrie Rechnung trägt, arbeiten, so dass nicht einfach die nominellen Umsatzanteil-Prozentsätze aus der einen gegen die der anderen Verpflichtung aufzurechnen wären.

c) Ausgleichsabgabe wegen Nichterfüllung der Investitionsverpflichtung

Die Verrechnungsfähigkeit der Belastungen aus der Filmabgabe und der Investitionsverpflichtung, die sich auch etwa in der Einräumung eines Wahlrechts zwischen beiden Pflichten in den Regelungen anderer europäischer Staaten zeigt, kann grundsätzlich auch dahin genutzt werden, die Leistung einer – entsprechend erhöhten – Abgabe für den Fall der Nichterfüllung einer Investitionsverpflichtung vorzusehen. Soll dieses „Ersatzgeld" an die Stelle der pflichtigen Naturalleistung Investition treten, handelt es sich abgabenverfassungsrechtlich um eine Ausgleichsabgabe.

Ausgleichsabgaben sind entweder Ausgleichsabgaben eigener Art als eigener Typus parafiskalischer Abgaben oder sonstige Sonderabgaben mit Ausgleichsfunktion und keiner oder nur nachrangiger Finanzierungsfunktion – die Abgrenzung ist unsicher und bedarf hier keiner näheren Erörterung.[289] Nach den vom BVerfG etwa zur Schwerbehindertenabgabe entwickelten Grundsätzen sind Ausgleichsabgaben zulässig, wenn sie dazu dienen, die Nichterfüllung einer den Verpflichteten rechtmäßig auferlegten primären Verhaltenspflicht auszugleichen.[290] Auch sie bedürfen zwar als nichtsteuerliche Abgaben besonderer Rechtfertigung, müssen aber nicht in vollem Umfang den für Sonderabgaben mit primärer Finanzierungsfunktion entwickelten Anforderungen entsprechen; namentlich gelten nicht die strengen Anforderungen an die Begründung einer spezifischen Finanzierungsverantwortung sowie der Gruppennützigkeit,[291] weil sich die Rechtfertigung der Ausgleichsabgabe nach dem Maßstab der Abgabengerechtigkeit schon daraus ergibt, dass die Abgabe wirtschaftlich an die Stelle der ihrerseits rechtmäßig geschuldeten primären Leistung tritt und so Belastungsgleichheit mit denjenigen Angehörigen der homogenen Gruppe herstellt, die die primär geschuldete Leistung naturaliter erbringen.[292]

Nach diesen Grundsätzen ist auch eine gesetzliche Pflicht zur Leistung eines Ersatzgeldes als Ausgleichsabgabe für nicht geleistete Investitionen, zu denen ein VoD-Anbieter kraft einer Investitionsverpflichtung verpflichtet gewesen wäre, grundsätzlich zulässig. In dieser Bedeutung als Ausgleichsgabe unterliegt die Abgabe auch nicht vollständig den verfassungsrechtlichen Bedingungen an die Zulässigkeit einer

[289] Offengelassen etwa auch in der Entscheidung des BVerfG zur Feuerwehrabgabe, BVerfGE 92, 91 Rn. 84 (juris); s. auch Kube in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 105 Rn. 18, 23: Überschneidung beider Kategorien;
[290] BVerfGE 57, 139, Rn. 90 ff. (juris); BVerfGE 161, 63, Rn. 78.
[291] Eingehend dazu BVerwGE 122, 1 Rn. 31 ff. – Stellplatzabgabe.
[292] BVerfGE 57, 139, Rn. 103 (juris); 92, 91 Rn. 89 (juris); P. Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, §119 Rn. 90.

Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion wie die Filmabgabe nach dem FFG. Zwar besteht bei einer Abgabe zum Ausgleich einer nicht erfüllten Investitionsverpflichtung die Besonderheit, dass auch diese Primärpflicht wirtschaftlich darin besteht, Kapital aus den Einnahmen des Unternehmens für die Produktion von Filmen einzusetzen. Gleichwohl bestehen aber die Funktionen der Ersatzgeld-Ausgleichsabgabe nicht als solche in der Finanzierung der Film-Förderaufgabe, sondern in der Herstellung wirtschaftlicher Belastungsgleichheit mit den die Investitionspflicht erfüllenden Anbietern sowie in der Setzung eines Anreizes, die Investitionsverpflichtung zu erfüllen (Anreizfunktion).[293] Grund und Höhe der Belastung ergeben sich insoweit also schon aus dem „ersparten" Aufwand für die Erfüllung der – unterstellt rechtmäßigen – Investitionsverpflichtung, müssen also nicht unter den Aspekten einer besonderen Finanzierungsverantwortung und Gruppennützigkeit der Mittelverwendung – wie bei der Filmabgabe – dargetan werden können. Wie bei der Schwerbehindertenabgabe (§ 160 SGB IX) muss die Ausgleichsabgabe als Sonderabgabe mit Ausgleichs- und Anreizfunktion auch nicht verbunden werden mit einem Wegfall (einer „Ablösung") der primären Investitionspflicht. Diese bleibt grundsätzlich bestehen (sogar ggf. bewehrt durch eine Bebußung des Pflichtverstoßes durch Nichterfüllung der Investitionsverpflichtung), wenn nicht das Modell einer echten Optionenwahl zwischen beiden Verpflichtungsarten verwirklicht werden soll.

In ihrer Höhe wäre die Ausgleichsabgabe indes nach ihren Funktionen zu bestimmen, insbesondere der Funktion, durch den finanziellen Ausgleich Gleichheit in der Belastung herzustellen. Die Abgabe muss mithin wirtschaftlich der Belastung durch die Investitionsverpflichtung entsprechen, darf grundsätzlich nicht darüber hinausgehen, insbesondere keinen Strafcharakter annehmen. Auch die Anreizfunktion der Ausgleichsabgabe rechtfertigt keine Überkompensation der ersparten Investitionen.[294]

[293] S. dazu BVerwG, Urt. v. 28.9.2017 – 5 C 13/16, Rn. 21 (juris).

[294] Vgl. Anmerkung Düwell zu BVerwG, Urt. v. 28.9.2017, jurisPR-ArbR 6/2018 Anm. 7: „Die nach § 160 SGB IX zu entrichtende Ausgleichsabgabe stellt keine Sanktion für die schuldhafte Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht dar. Sie hat vielmehr die Funktion, den Wettbewerbsvorteil des Arbeitgebers pauschal auszugleichen, der entweder keine oder geringere Aufwendungen für behinderungsgerechte Beschäftigung hat als der Arbeitgeber, der in vollem Umfang seiner Beschäftigungspflicht nachkommt. Zudem geht von der Ausgleichsabgabe eine Anreizfunktion aus, weil der Arbeitgeber, der genügend Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt, keine Abgabe zu zahlen hat."

2. Grundrechtsnutzen und Problematik einer Koppelung der Investitionsverpflichtung mit einer Selbstverpflichtungsoption

Arrangements regulierter Selbstregulierung werden funktionale Vorteile gegenüber einer einseitig-staatlichen Regelung zugesprochen, wenn in dem zu regelnden Sachbereich (klassisch: Umweltrecht[295]) Gegebenheiten bestehen, die eine Einbindung derjenigen, die es angeht, sinnvoll erscheinen lassen (höhere Flexibilität, Anpassungsfähigkeit und Innovationskraft, höhere Problemlösungskapazität und gesteigerte Akzeptanz).[296]

Auch für die Investitionsverpflichtung Film wird rechtspolitisch erwogen, in der gesetzlichen Regelung Branchenvereinbarungen zuzulassen, die die gesetzliche Verpflichtung verdrängen können,[297] wenn sie im Gesetz errichtete Mindestanforderungen erfüllen und daher als funktional gleichwertige (oder überlegene) Selbstverpflichtung anerkannt werden können; davon ist oben unter dem Gesichtspunkt der hinreichenden Bestimmtheit des Gesetzes schon die Rede gewesen (s. o., sub V. 2.). Aus freiheitsrechtlicher Sicht kann ein Vorzug einer solchen Selbstregulierungs-Option darin bestehen, Gestaltungsmöglichkeiten zu eröffnen, die bei der Verpflichtung ex lege nicht bestehen. In der Differenz, die durch einen solchen Spielraum markiert wird, liegt ein Freiheitsvorteil, der die (gesetzlich induzierte) Selbstregulierung als schonenderes Instrument zur Erfüllung des Normzwecks erscheinen lässt.[298] Eine Öffnungsklausel, die solche Vereinbarungen ermöglicht, welcher gegenüber die gesetzliche Investitionsverpflichtung nur als subsidiäre Reserve – als Ausdruck staat-

[295] Beispiele bei Faber, Gesellschaftsrechtliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001, S. 134 ff.; Brandt, Regulierte Selbstregulierung im Umweltrecht, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 123.

[296] S. schon o., V. II., Eifert in Vosskuhle/Eifert/Möllers GVwR I § 19 Rn. 59; Schuppert, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 201 (229); Ladeur, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer „Logik der Netzwerke", Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 59 (60).

[297] S. zur Möglichkeit solcher verdrängender Selbstverpflichtungen („gesetzesabwendende Selbstverpflichtung", „normverdrängende Absprache") Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), 160 (214 f.): „Androhungsgesetz […], das bereits ein imperatives Reglement in Kraft setzt, aber den Privaten die Möglichkeit einräumt, erfüllungshalber selbst tätig zu werden und damit den staatlichen Zwang durch private Eigenvornahme abzuwenden."; Eifert in Vosskuhle/Eifert/Möllers GVwR I § 19 Rn. 74, Faber, Gesellschaftsrechtliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001, S. 219 f.; Michael, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2002, S. 42 f.. Bekanntes Beispiel für eine solche Gestaltung ist die im VerpackG ausdrücklich so genannte „Branchenlösung" gem. § 8 VerpackG, mit der die gesetzliche Systembeteiligungspflicht der Hersteller von Verpackungen (§ 7 VerpackG) in Wegfall gebracht werden kann; Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung, D-9.

[298] S. zum Argument der freiheitsschonenden Bedeutung von Selbstverpflichtungen Faber, Gesellschaftsrechtliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001, S. 228; Thoma, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, S. 74, 332; Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), 160 (170 f.); Dempfle, Normvertretende Absprachen, S. 42.

licher Auffangverantwortung[299] – fungieren würde, kann daher grundsätzlich dazu beitragen, die Angemessenheit der Regelung insgesamt zu unterstützen.

a) Grundrechtsschonung nur bei substantieller Selbstregulierung

Allerdings, auch darauf ist oben im Zusammenhang der Normbestimmtheit schon hingewiesen worden, werden sowohl die Funktionsvorteile gesellschaftlicher Selbstregulierung, etwa die Implementierung überlegenen Fachwissens der beteiligten Kreise, als auch der skizzierte verhältnismäßigkeitsrelevante Freiheitsvorteil nur erschlossen, wenn die Selbstregulierungs-Option tatsächlich hinreichende Spielräume eigener Regelung (Maßstabbildung), Normkonkretisierung oder des Vollzuges und der Kontrolle eröffnet. Ist die durch eine staatliche, in der Hinterhand vorgehaltene Reserveverpflichtung induzierte Selbstverpflichtung ohnehin nicht wirklich frei (und liegt daher in dem Zwangsmoment jedenfalls schon ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff), so hängt doch die damit einhergehende Entlastung von dem Bewegungsspielraum ab, in dem die adressierten Akteure ihre Interessen zur Geltung bringen und auch für sie selbst günstigere regulatorische Lösungen erreichen können.

Konkret wirkt eine gesetzliche eröffnete Branchenlösung, mit der die Produktionswirtschaft einerseits, die Videoabrufdienstanbieter andererseits Investitionspflichten und weitere damit verknüpfte Verbindlichkeiten aushandeln, nur dann aus Sicht der Anbieter grundrechtlich entlastend, wenn damit realistische Chancen einer interessengerechteren Ausgestaltung einer Investitionsverpflichtung eröffnet sind. Solche Chancen werden aber in Aushandlungsprozessen mit jedenfalls auch strukturell gegenläufigen Interessen der beteiligten Parteien nur dann bestehen, wenn auch die Gegenseite (hier etwa die Produktionswirtschaft) Möglichkeiten hat, über eine Vereinbarung eine für sie attraktive Lösung zu erzielen.

Verbinden sich diese beidseitigen Chancen sodann noch mit der Aussicht, dass eine derartige autonom getroffene Vereinbarung Regelungen findet, die inhaltlich im Vergleich mit der Alternative einer staatlichen „Command-and Control-Regulation“ ein höheres Maß an sachgerechter Passgenauigkeit und eine bessere Balance konfligierender Interessen (etwa in der Frage wirtschaftlicher Zumutbarkeit und entsprechend festgesetzter Investitionsquoten) aufweisen, ist die Selbstregulierungs-Option in der Tat ein sowohl aus grundrechtlicher Sicht als auch aus Sicht des Normziels des Gesetzes attraktives Konzept. Verhältnismäßigkeitsbedenken, etwa hinsichtlich der Hö-

[299] S. dazu Schuppert, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 201 (243); Brandt, Regulierte Selbstregulierung im Umweltrecht, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 123 (128 und passim).

he auferlegter Investitionsquoten oder der Dichte und spielraumverengender Strenge zusätzlicher Vorgaben, können damit entkräftet werden.

Dies kann aber nur gelingen, wenn der Gesetzgeber der Branchenvereinbarung gerade keine detaillierten und definiten Inhalte vorgibt und damit doch ein Interventionswissen[300] beansprucht, für dessen Erzeugung und Fruchtbarmachung doch gerade die beteiligten Kreise herangezogen werden sollen. Eine „Selbstregulierungs"-Option, die sich darin erschöpft, den Parteien eine Verabredung anzusinnen, deren Inhalte gesetzlich im Wesentlichen vorgezeichnet sind und die zudem gegenständlich denjenigen entsprechen, die auch die gesetzliche Verpflichtung enthält, ist weder sinnvoll noch attraktiv und auch freiheitsrechtlich nicht vorteilhaft.

Daran ändert sich, wie schon dargelegt, strukturell nicht dadurch etwas, dass dieselben ausformulierten Pflichtinhalte als zwingende Vorgabe für die Vereinbarung etwas weniger streng gefasst werden als in der subsidiären gesetzlichen Verpflichtungsregelung. Die bloße Absenkung eines Prozentsatzes jedenfalls obligatorischer Investitionen (in der Generalquote „europäische Werke" oder in Subquoten) ermöglicht noch keine wirkliche Selbstregulierung, ist vielmehr nur eine vorgelagerte staatliche Verpflichtung gleichsam für den „ersten Versuch" einer Verpflichtung durch Vertrag, der aber doch nur die gesetzliche Vorgabe vollziehen könnte.

Eine solche Gestaltung erzeugt auf der anderen Seite sogar zusätzliche Legitimationsprobleme: Es wäre dann darzulegen, aus welchen Gründen sich der Abschlag in der Eingriffsintensität, also die Privilegierung bei einer vereinbarten Investitionspflicht, im Verhältnis zur strengeren gesetzlichen Investitionsverpflichtung eigentlich rechtfertigt – und welche Gründe umgekehrt diese strengere Fassung der ex lege-Pflicht tragen, wenn es doch auf beiden Stufen gegenständlich um die gleichen Verpflichtungsinhalte geht.[301] Geht das Gesetz davon aus, dass bei vertraglicher Vereinbarung auch eine Investitionsquote von 15 % hinreichend ist, die gesetzlichen Förderziele zu erreichen, ist nicht mehr ohne weiteres einleuchtend, dass bei einem Nicht-Zustande-Kommen einer Vereinbarung und Eingreifen der ex lege-Verpflichtung ein zu reinvestierender Umsatzanteil von 20 % gerechtfertigt sein soll.

---

[300] Vgl. Eifert, Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 137 (140): „Steuerungswissen", nicht Interventions- oder Entscheidungswissen der Verwaltung als Kennzeichen regulierter Selbstregulierung.

[301] Prüffrage: Warum kann der Gesetzgeber bei vereinbarter Investitionspflicht ein niedrigeres Pflichtniveau zulassen und für mit dem Gesetzeszweck vereinbar halten, wenn er bei der ex lege-Verpflichtung das höhere Pflichtniveau für erforderlich und angemessen hält?

Soll hingegen eine tatsächlich grundrechtsschonende und im Hinblick auf gute Lösungen interessante Option echter regulierter Selbstregulierung eingerichtet werden, in denen die privaten Akteure zur Maßstabkonkretisierung ermächtigt sind, setzt dies voraus, dass der Staat insoweit auf eine eigene abschließende Maßstabbildung (mehr oder weniger weitgehend) verzichtet, die selbstregulativ gefundenen Ergebnisse vielmehr rezipiert und grundsätzlich anerkennt, wenn auch typischerweise flankiert durch institutionelle Sicherungen (etwa: zertifizierte Normsetzungs- oder Kontrolleinrichtungen) oder Prüfverfahren zur Beurteilung der Kompatibilität mit den gesetzlichen Normzielen. Wie schon dargelegt, schließt dies inhaltliche Vorgaben und auch obligatorische Mindeststandards im Gesetz nicht schlechthin aus;[302] entscheidend ist aber, dass den zur Selbstregulierung Ermächtigten substantielle Regelungsspielräume belassen werden.

b) Selbstregulierung und Anreiz zur Vermeidung der gesetzlichen Verpflichtung

Eine solche Gestaltung würde aber hinsichtlich der Öffnungsklausel, die auf eine Branchenvereinbarung verweist, bedeuten, dass die gesetzliche Regelung den potentiellen Vereinbarungsinhalt so weit wie möglich offenhält, also insbesondere von konkreten, bezifferten Festlegungen absieht. Sie könnte sich stattdessen auf die Vorgabe der Vereinbarung einer Investitionspflicht „in angemessener Höhe“ beschränken, für die Prüfung des Aushandlungsergebnisses in der Branchenvereinbarung allenfalls allgemeine Angemessenheitskriterien vorgeben und eine Evaluierungsstruktur errichten, in der über die Anerkennungsfähigkeit der vereinbarten Pflichtinhalte befunden werden könnte.

Zwingende, in Umsatzanteilen ausgemünzte Untergrenzen für die zu vereinbarenden Investitionsquoten sind zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, aber, wenn überhaupt, nur dann sinnvoll, wenn sie deutlichen Abstand zur gesetzlichen Quote wahren und wenn zudem Anreize dafür bestehen, dass sich beide Parteien auf eine solche niedrigere Investitionsquote einigen, indem auch die andere Seite (hier: die Produktionswirtschaft) für sie vorteilhafte Vertragsregelungen durchsetzen kann (etwa: eine Klausel über die Begrenzung der Verwertungsrechte der VoD-Dienstanbieter).

Denkbar und sowohl funktional als auch aus dem Gesichtspunkt der Freiheitsschonung interessant könnte eine Gestaltung sein, die eine einfach strukturierte, im Detaillierungsgrad zurückhaltende, aber für die Branche Vermeidungsanreize setzende

[302] Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung, D-8.

einseitig-gesetzliche Reserveoption mit einer Selbstregulierungsoption verbindet, die relativ weitreichende Offenheit und daher Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Inhalte einräumt. Der Gesetzgeber könnte sich hier bei der Regelung der subsidiären Verpflichtung auf die Festlegung weniger Pflichtinhalte, etwa einer Investitionsquote europäische Werke und einer Quote für deutschsprachige oder in Deutschland produzierte Werke beschränken, auf weiter spezifizierte Vorgaben und Ausdifferenzierungen, die mit zunehmender Dichte auch grundrechtlich, wie dargelegt, problematischer werden, hingegen verzichten, solche Festlegungen hingegen der Aushandlung durch die Parteien überlassen.

Allerdings müsste in einem solchen Regelungskonzept, damit ein Anreiz zu solcher Aushandlung und zur Vermeidung der gesetzlichen Verpflichtung für die Dienstanbieterseite besteht, die gesetzliche Vorgabe hinreichend streng sein (also: eine nicht zu niedrige Umsatzanteilsquote). Der anreizbegründende Vorteil für die Produzentenseite bestünde demgegenüber darin, jene ihr günstigen Regelungen (im Gegenzug zur Konzession einer niedrigeren Quote) vereinbaren zu können, die das Gesetz bei Eingreifen der ex lege-Verpflichtung gerade nicht vorsieht (etwa eine Rechteteilungsklausel, fokussierte Subquoten für bestimmte Klassen von Filmherstellern usw.). Das Gesetz – sowohl in den Vorgaben für die Branchenvereinbarung als auch in der Regelung der subsidiären Verpflichtung – enthielte sich solcher Detailregelungen, um den Attraktivitätsvorsprung der Verhandlungslösung sowie deren Potential zu sachkundigeren und sachangemesseneren Ausdifferenzierungen zu wahren und mithin auch, weil gerade die Detailregelungen eine tiefere Interventionswirkung in die Investitions- und Vertragsfreiheit, ggf. auch die Wettbewerbsgleichheit entfalten, die unter Umständen (bei sehr fokussiert-selektiven Verpflichtungsvorgaben hinsichtlich der anrechnungsfähigen Inhalte oder Vertragspartner eines Rechterwerbs) sogar Bedenken im Hinblick auf die gebotene Staatsferne wecken könnten.

3. Verhältnismäßigkeit qualifizierender Steuerungsvorgaben im Einzelnen

In den vorstehenden Erörterungen ist dargelegt worden, dass die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn einer Investitionsverpflichtung verlangt, dass den Normadressaten hinreichender Spielraum für eigene, gesetzlich nicht durch Vorgaben verschlossene Investitionsentscheidungen verbleibt. Deutlich geworden ist auch, dass die Reichweite dieses Spielraums wesentlich davon abhängt, ob und inwieweit die Investitions-

verpflichtung mit zusätzlichen steuernden Vorgaben (qualifizierte Investitionsverpflichtungen) verknüpft wird.

Derartige, die obligatorischen Investitionen zielgerichtet lenkenden Vorgaben, insbesondere Subquoten der beschriebenen Art sowie eine Rechterückfall- oder Rechteteilungsvorgabe, sind zwar bei einem anspruchsvollen, auf die Sicherung bestimmter Marktstrukturen gerichteten Regulierungsziel besonders geeignet, den Normzweck der Regelung zu erreichen; sie erhöhen damit die Geeignetheit der Regelung für die Zweckerreichung. Andererseits begrenzen sie die Auswahlentscheidungsfreiheit der Dienstanbieter hinsichtlich ihrer Investitionen. Geschieht dies infolge der qualifizierenden Vorgaben mit einer Wirkung, die den Interessen der Verpflichteten typischerweise zuwiderläuft, also Investitionsentscheidungen erzwingt, die so ohne Investitionsverpflichtung nicht getroffen würden, hat die Beschränkung der Investitionsverpflichtung grundsätzlich erhebliches Gewicht.

Dass dies nicht bedeutet, auf qualifizierende Vorgaben der erörterten Art oder auch auf eine Kombination solcher Vorgaben zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit verzichten zu müssen, ist bereits begründet worden. Definitive Aussagen dazu, welche Vorgaben im Einzelnen in welcher Gestaltung (insbesondere: Höhe etwaiger Subquoten) und in welchen Kombinationen mit anderen Vorgaben noch zumutbar sind oder die Zumutbarkeitsschwelle überschreiten, sind verfassungsrechtlich kaum möglich: Bei dem für diese Beurteilung wesentlichen Faktor des Eingriffsgewichts (Eingriffsintensität) handelt es sich um eine Größe, die von tatsächlichen Umständen abhängt, welche außerhalb juristischer Expertise liegen. Dies gilt insbesondere für das Ausmaß, in dem eine qualifizierte Investitionsverpflichtung tatsächlich Umlenkungen von Investitionen des verpflichteten Anbieters gegen dessen geschäftspolitisches Interesse erzwingt (etwa: Investitionen in Kinofilme aus deutscher Produktion, obwohl ein internationaler VoD-Dienstanbieter aus den dafür erforderlichen Mitteln ohne Verpflichtung in Serien aus nicht-deutscher Herstellung investiert hätte; etwa: Verpflichtung zu echten Auftragsproduktionen unabhängiger deutscher Hersteller, obwohl das Unternehmen bevorzugt Eigenproduktionen oder unechte Auftragsproduktionen vorgenommen hätte).

Insofern können hier nur noch wenige ergänzende Plausibilitätserwägungen angestellt werden. Orientierung dafür können wiederum die schon bestehenden und auch gerichtlich anerkannten Regelungen der Filmförderung liefern, darüber hinaus mit

allerdings begrenzter Aussagekraft auch schon eingeführte Gestaltungen einer Investitionsverpflichtung in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, insofern auch diese Regelungen im Kern vergleichbare Gewährleistungen der Investitionsfreiheit und Angebotsgestaltungsfreiheit der Dienstanbieter nach gemeineuropäischem Grundrechtsstandard zu achten haben.

Die Leitlinie einer Orientierung der Ausgestaltung auch der Investitionsverpflichtung an schon etablierten, anerkannten Steuerungskriterien der Filmförderung kann qualifizierende Vorgaben stützen, die in ähnlicher Weise auch dem Förderungsregime des FFG zugrunde liegen. Dies gilt namentlich für die nationalen Anknüpfungen beim Herstellerbegriff (deutscher Standort bzw. Deutschsprachigkeit des Films), für die Fokussierung der Förderung auch auf Kinofilme (bzw. programmfüllende Filme) sowie auf die Film*herstellung*, die mit einer Erstinvestitions-Vorgabe erreicht werden kann. Allerdings ist auch bei solchen Vorgaben, wenn sie mit einer kumulativ zur Filmabgaben-Last hinzutretenden Investitionsverpflichtung verknüpft werden, die kumulative Belastungswirkung in Rechnung zu stellen, insbesondere bei der Bemessung einer solchen Subquote.

Wie schon bemerkt, erscheint es prima vista nicht fernliegend, dass eine hoch angesetzte Kinofilm-Investitionssubquote, die zu der ohnehin schon auf Kinofilme fokussierten FFG-Förderung hinzuträte, einen Videoabrufdienste-Anbieter, dessen Angebotspolitik an sich insbesondere auf das Angebot von Serien oder von zur Erst-Zugänglichmachung im eigenen Angebot (nicht im Kino) bestimmten Filmen gerichtet ist, erheblich in seiner Investitionsfreiheit beschränkt. Würde eine solche hier nur als solche mögliche Vermutung durch entsprechende fachwissenschaftliche Analysen bestätigt, welche eine relativ ausgeprägte Distanz der typischen Geschäftsmodelle von (internationalen) VoD-Dienstanbietern zum Zweck gerade der Kinofilm-Förderung belegen würden, spräche dies dafür, eine Kinofilm-Subquote, wenn überhaupt, so jedenfalls nur in moderater Höhe vorzusehen.

§ 153 FFG (wie auch § 154 für die Fernsehveranstalter) bestimmt als Bemessungsgrundlage für die Filmabgabe der Anbieter von Videoabrufdiensten den Jahresumsatz mit der Verwertung (nur) von *Kinofilmen*. Durch diese Beschränkung wird von vornherein ein enger, legitimatorisch wichtiger (Gruppennützigkeit!) Zusammenhang zwischen der Abgabe und dem Zweck der Kinofilm-Förderung hergestellt. Dieser Gedanke könnte auch auf eine Investitionsverpflichtung mit Kinofilm-Subquote der-

art übertragen werden, dass diese Subquote entweder überhaupt nur auf Umsätze mit Kinofilmen bezogen wird oder dass jedenfalls in ihrer Höhe sichergestellt ist, dass die Dienstanbieter nicht Kinofilme aus Umsatzerträgen aus anderen Angebotsinhalten entgegen ihrem Gestaltungskonzept „fremdfinanzieren" müssen.

Eine Subquote der obligatorischen Investition in unabhängige Produktionen könnte sich, soweit ersichtlich, nicht auf eine entsprechend fokussierte Begrenzung schon der FFG-Förderung berufen. Der Herstellerbegriff des FFG, der für die Antragstellung hinsichtlich potenziell förderfähiger Werke maßgeblich ist, enthält eine solche Begrenzung nicht (§ 40 Abs. 6 FFG).[303] Immerhin sieht auch die französische Regelung Unabhängigkeits-Subquoten vor. In der Tat dürfte auch eine Unabhängigkeits-Subquote, die dem Dienstanbieter im Umfang einer solchen Quote Eigenproduktionen oder unechte Auftragsproduktionen verwehrt, eine erhebliche Einschränkung der Dispositions*möglichkeiten* des Anbieters bedingen; diese hätte auch nicht nur wirtschaftliche Bedeutung, sondern auch Bedeutung für die inhaltliche Gestaltung der Angebote (s. dazu sogleich sub IX.), weil dem Dienstanbieter Einflussnahmen auf die Produktion, die über die bei echten Auftragsproduktionen – auch gegenüber unabhängigen Auftragnehmern – möglichen vertraglichen Vorgaben hinausgehen, insoweit nicht möglich sind. Allerdings kommt es für die Beurteilung der Zumutbarkeit auch insoweit wesentlich darauf an, inwieweit mit einer entsprechenden Subquote (in der festgelegten Höhe) Bindungen entstehen, die der derzeitigen oder wahrscheinlichen künftigen Praxis der betroffenen Anbieter tatsächlich entgegenstehen.[304] Dies entzieht sich rechtswissenschaftlicher Beurteilung.

Eine erhebliche Verschärfung der Belastungswirkung einer Investitionsverpflichtung dürfte auch mit Vorgaben zur Einschränkung des Rechteerwerbs (zwingende Rechterückfallregelung, Rechteteilung) verbunden sein. Wird die Möglichkeit eines ausschließlichen, auch dauerhaften Rechteerwerbs durch den Investor eingeschränkt, bedeutet dies eine Teilentwertung der Investition (deren wirtschaftliche Bedeutung allerdings wiederum von den tatsächlichen Gegebenheiten der Rechteverwertung

[303] S. auch von Have/Schwarz in Schwarz, Hdb Filmrecht, Kap. 126 Rn. 3 ff.

[304] Nach von Have/Schwarz in Schwarz, Hdb Filmrecht, Kap. 126 Rn. 6 vergeben auch die Streaminganbieter ihre Produktionsaufträge in Deutschland in der Regel als Auftragsproduktionen. Die Problematik einer (hoch angesetzten) Unabhängigkeits-Subquote beträfe dann möglicherweise weniger die Begrenzung der Freiheit zu Eigenproduktionen oder unechten Auftragsproduktionen als den (stärker oder schwächer zu definierenden) Begriff der „Unabhängigkeit" selbst, also etwa – über den Ausschluss gesellschaftsrechtliche Beteiligung hinaus – auch das weitergehende Verbot jedweder inhaltlichen Einflussnahme auf die Filmproduktion.

abhängt und an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden kann). Sind in der Praxis, soweit ersichtlich, bei vom Auftraggeber finanzierten Auftragsproduktionen umfassende Rechteübertragungen auf den Auftraggeber seit jeher üblich, bedeuten gesetzlich zwingende Einschränkungen des Rechteerwerbs auch eine signifikante tatsächlich wirksame Änderung des Interessenausgleichs zugunsten der Hersteller und zulasten der verpflichteten Investoren.

Im FFG-Förderungsregime, das, wie dargelegt, für die Ausgestaltung einer qualifizierten Investitionsverpflichtung Orientierungsbedeutung haben kann, wird die Eigenbeteiligung der Fernsehveranstalter an den Herstellungskosten in der Regelung des Rechterückfalls privilegierend berücksichtigt. Danach ergibt sich aus einer solchen Beteiligung die Berechtigung, eine längere Frist für den Rückfall (bis zu 7 Jahre) zu vereinbaren (§ 67 Abs. 7 Satz 2 FFG). Wird berücksichtigt, dass eine solche Verlängerung des Zeitraums schon bei Beteiligungen des Fernsehveranstalters zwischen 25% und 40 % (gestaffelt nach Umfang der Herstellungskosten) eintritt[305] und dass es sich bei den erfassten Werken nur um solche handelt, die aus FFA-Mitteln und ggf. sonstigen öffentlichen Mitteln (bis 50 %, § 67 Abs. 2 FFG) gefördert werden, kann daraus gefolgert werden, dass bei kraft einer Investitionsverpflichtung vollständig aus Mitteln des Auftraggebers geförderten Filmen umso eher und weitergehend Zurückhaltung hinsichtlich der Anordnung eines zwingenden Rechterückfalls oder sonstiger Einschränkungen des Rechteerwerbs geübt werden sollte.

Auch bei der Investitionsverpflichtung könnten daher differenzierende Regelungen vorgesehen werden, die den Investitionsanteil des Verpflichteten an den Herstellungskosten berücksichtigen. Eine undifferenziert-strenge Verbindung einer Investitionsverpflichtung mit einer den Wert gerade dieser pflichtigen Investitionen einschränkenden Rechterückfall- oder Vorbehaltsvorgabe erschiene hingegen verfassungsrechtlich fragwürdig.

IX. Angebotsausgestaltungsfreiheit

Soweit durch eine gesetzliche Investitionsverpflichtung die Anbieter von Videoabrufdiensten mittelbar-faktisch auch in ihrer Angebotsgestaltungsfreiheit betroffen sind (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), kann für die Erwägungen zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung weithin auf die Ausführungen zur Investitionsfreiheit verwiesen werden. Signifikante Eingriffswirkungen, die am Maßstab des Grundgesetzes rechtferti-

[305] Vgl. FFA, Richtlinie für die Projektfilmförderung, Ziff. 14.

gungsbedürftig sind, dürften noch kaum von einer einfachen, nur auf europäische Werke bezogenen Investitionsverpflichtung in Höhe eines Umsatzanteils von deutlich unter 30 % ausgehen. Insoweit überlagert die sogar direkt auf die Angebotsgestaltung zielende unionsrechtlich fundierte Katalogquote des § 77 MStV die bundesgesetzliche Investitionsverpflichtung. Der Eingriff ist insoweit schon den Ländern und der hinter deren Regelung stehenden Europäischen Union zuzurechnen.

Sieht der Gesetzgeber hingegen weitergehende Subquoten, die auf Investitionen spezifisch in den nationalen Filmproduktionsmarkt zielen, vor, ergibt sich daraus eine Steuerung der Angebotsgestaltung, die über die medienrechtliche Vorgabe hinausgeht. Als solche bedarf sie der Rechtfertigung nach den sich aus Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 GG ergebenden Maßstäben. Besondere kommunikationsverfassungsrechtliche Normaussagen, die für die Rechtfertigung insoweit – über die Maßstäbe des Art. 12 Abs. 1 GG hinaus – Bedeutung haben könnten, sind der Grundsatz der Staatsferne der Medien sowie die Möglichkeit, dass sich aus der Mediengewährleistung als Funktionsgewährleistung selbst rechtfertigende Argumente für den gesetzlichen Steuerungsimpuls herleiten lassen.

1. Staatsferne

Dass der Staatsferne-Grundsatz, der eine Ausprägung des medienverfassungsrechtlichen Vielfaltsgewährleistungsgebots, nicht des Abwehrrechts der Medien und Medienschaffenden ist,[306] durch eine Investitionsverpflichtungs-Regelung der hier erörterten Art verletzt würde, ist im Ergebnis fernliegend. Wäre eine solche Regelung meinungsneutral und daher ein allgemeines Gesetz im Sinn des Art. 5 Abs. 2 GG (s. o. IV. 2.), hätte sie darüber hinaus auch nicht die Wirkung, mit einer die Vielfalt des Angebots und damit die freie Meinungsbildung gefährdenden Qualität auf den Angebotsinhalt einzuwirken und so den Grundsatz der Staatsferne herauszufordern.

Die Staatsferne des Rundfunks und anderer Medien gebietet, dass Hoheitsträger aller Gewalten zum einen nicht selbst außerhalb der Formen legitimer Öffentlichkeitsarbeit publizistisch tätig werden (Verbot von Staatsmedien), zum anderen, dass die Medien – auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk – von staatlichem beherrschenden Einfluss freigehalten werden müssen sowie, darüber hinaus, dass jede mittelbare und unmittelbare Beeinflussung publizistischer Inhalte durch den Staat (oder die Kom-

[306] BVerfGE 136, 9 Rn. 43; Cornils, K&R 2014, 386 (388 f.).

munen) und somit die Möglichkeit politischer Instrumentalisierung ausgeschlossen sein muss.[307] Das Gebot der Staatsferne gewährleistet mithin die weitgehende Autonomie gesellschaftlicher Kommunikation und sichert diese gegenüber staatlicher Kontrolle ab.

Dies bedeutet indes nicht, dass dem Gesetzgeber, den gesetzesanwendenden Gerichten, gegebenenfalls aber auch der Verwaltung jedwede an Inhalte einer Kommunikation anknüpfende Regelung oder eine Regelung, die sich auf solche Inhalte auswirken kann, verwehrt wäre. So greift das Gebot der Staatsferne richtigerweise nicht im Bereich des Rechtsgüterschutzes durch allgemeine Gesetze, der sich auch gegen rechtsgutbeeinträchtigende Kommunikationsinhalte richten kann (Äußerungsrecht, Jugendmedienschutzrecht usw.).[308]

Das Rundfunkrecht und inzwischen auch das Telemedienrecht kennen darüber hinaus eine Reihe von Regelungen, die die Gestaltungsfreiheit publizistischer Anbieter gerade um der verfassungsrechtlich gebotenen Vielfalt der Programme bzw. Angebote willen begrenzen, angefangen von der Beauftragung der öffentlich-rechtlichen Anstalten (§ 27 ff. MStV), über die Programmgrundsätze für den Rundfunk (§ 3, 51 MStV), Vorgaben zur Vielfältigkeit und Ausgewogenheit von Programmen im Privatrundfunkrecht (§§ 59 ff. MStV) bis hin zum Belegungsregime für Medienplattformen (§ 81 MStV) und Anforderungen an die besondere Auffindbarkeit privilegierter Medieninhalte in Benutzeroberflächen (§ 84 MStV). Sind diese Regelungen verfassungsrechtlich durch die Vielfaltsgewährleistung in Art. 5 Abs. 1 GG gestützt oder sogar gefordert, kann ihnen das Staatsfernegebot als Ausprägung desselben Verfassungsgebots naturgemäß nicht entgegenstehen.

Dessen Anwendungs- und Funktionsbereich begrenzt sich auf staatliche Maßnahmen, die geeignet sind, die Angebotsinhalte so zu beeinflussen, dass daraus ein Risiko für die freie Meinungsbildung entsteht, also insbesondere bei einer Instrumentalisierung der Programme und Angebote für Interessen der Inhaber hoheitlicher Gewalt (namentlich an der Festigung und dem Erhalt ihrer Stellung). Vorgaben, die sich zwar möglicherweise auf die Programm- oder Angebotsgestaltung von Mediendienstanbie-

[307] BVerfGE 73, 118 (182 f.); 83, 238 Rn. 437 (juris); 136, 9 Rn. 46 f.; Degenhart in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG Rn. 253 ff., 356; eingehender Cornils in Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. IV, § 119 Rn. 111 ff., § 120 Rn. 88 ff.
[308] Näher dazu Cornils, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, S. 217 ff.; ders., DÖV 2022, 1 (2 ff.).

tern auswirken, denen aber unter keinem Gesichtspunkt inhaltslenkende Wirkungen eignen,[309] fehlt strukturell eine solche Qualität.

Nach diesen Maßstäben ist das Gebot der Staatsferne durch eine Investitionsverpflichtungs-Regelung nicht berührt, und zwar auch dann nicht, wenn sie einen faktischen Druck auf die Anbieter dahingehend entfaltet, ihren Katalog für den deutschen Markt anders zu gestalten, als sie dies ohne Investitionsverpflichtung getan hätten. Selbst spezifischere Subquoten (Werke aus deutscher Produktion, Werke unabhängiger Produzenten und/oder von Herstellern mit kleinem Budget, Erstinvestition) hätten keinen hinreichend spezifischen Inhaltebezug, um irgendeinen Lenkungseffekt, der Relevanz für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung entfalten könnte, zu erzielen. Auch diese Regelungen wären intentional und nach dem objektiven Regelungsgehalt auf die Erhaltung und Stärkung der deutschen Filmwirtschaft, ggf. gerade in einer diversen Anbieterstruktur (zum Beispiel: nicht nur große Produktionsunternehmen, sondern auch „alternative" Nischenanbieter), gerichtet. Möglicherweise in überschaubarem Maß induzierte Umschichtungen im Katalogangebot gingen darüber hinaus nur mittelbar auf die staatliche Verpflichtung zurück.

Auch was die Produktionswirtschaft angeht, wahren derartige Investitionsverpflichtungen als mittelbare Förderinstrumente hinreichende Distanz zu den geförderten Inhalten. Das BVerfG hat bekanntlich für die Presseförderung entschieden, dass eine solche nicht vollkommen „inhaltsblind" ausgestaltet werden muss, vielmehr durchaus nach allgemeinen, nicht spezifisch inhaltsbezogenen Kriterien zwischen förderwürdigen und nicht förderwürdigen Erzeugnissen (weil sie etwa in abstrakter Beurteilung für die öffentliche Meinungsbildung von geringer publizistischer Relevanz sind) differenzieren darf.[310]

2. Anbieter- und Angebotsvielfalt als rechtfertigender Grund

Ohne dass dieser Gedanke hier vertieft werden muss, ist auch nicht ausgeschlossen, dass eine nach ihren objektiven Wirkungen auf die Erhaltung und Förderung der Vielfalt der Produktionswirtschaft und infolgedessen auch auf die Spiegelung dieser Vielfalt im Katalogangebot der Anbieter gerichtete Investitionsverpflichtung (mit

[309] Vgl. auch – zur Filmabgabe der Rundfunkveranstalter – BVerwG BeckRS 33329, Rn. 50: „mangels eines spezifischen Programmbezugs".
[310] BVerfGE 80, 124 – Postzeitungsdienst; näher Cornils, in: Löffler, Presserecht, LPG § 1 Rn. 168 ff.; ders./Gessinger, AfP 2021, 285 ff.

entsprechenden Subquoten) verfassungsrechtlich unterstützende Rechtfertigung aus der Vielfaltsgewährleistung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfahren kann.[311]

Zwar ist eine solche Maßnahme zur Förderung der Filmwirtschaft intentional gewiss keine Regelung zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit im klassischen Sinn und schlagen sich etwaige weitere Neben- oder Fernzwecke der Kulturförderung im Regelungsgehalt einer Investitionsverpflichtung weniger deutlich nieder als etwa bei der gesetzlichen Regelung der Filmförderung nach dem FFG. Wenn aber auch eine solche Regelung als objektive, wenn auch faktisch-mittelbare Auswirkung zu einem diverseren, etwa auch in verstärktem Maß Filme unabhängiger Hersteller enthaltenden Katalogangebot mit einer dann mutmaßlich größeren Bandbreite verschiedener Inhalte führt, entspricht eine solche Auswirkung durchaus dem objektiv-rechtlichen Normziel des Art. 5 Abs. 1 GG.

X. Gleichheitsfragen

Die Ausgestaltung einer gesetzlichen Investitionsverpflichtung kann verfassungsrechtlich auch am Maßstab gleichheitsrechtlicher Anforderungen rechtfertigungsbedürftig sein. Diese Problematik ist entsprechend dem Untersuchungsauftrag im Folgenden darauf zu konzentrieren, ob sich aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) Vorgaben für die Fassung des Kreises der Normadressaten ergeben, insbesondere also, ob eine Investitionsverpflichtung allein auf die Anbieter von Videoabrufdiensten – unter Ausschluss anderer audiovisueller Mediendienste, namentlich der Rundfunkveranstalter – beschränkt werden darf, des Weiteren, ob auch bei den VoD-Dienstanbietern eine weitere Binnendifferenzierung im personellen Anwendungsbereich zulässig ist, namentlich eine Beschränkung auf Abonnementdienste (SVoD) und Anbieter werbefinanzierter Abrufdienste (AVoD) unter Verschonung der Anbieter von Angeboten, die einzeln gebucht werden können (Einzeltransaktionsdienste, TVoD, pay per view). Wie eingangs dargelegt stellt sich diese Frage deswegen, weil in den Vorschlägen in der rechtspolitischen Debatte teilweise derartige Begrenzungen enthalten sind.

1. Maßstab

Die Rechtfertigungsanforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes sind bekanntlich entlang eines gleitenden Maßstabes verschieden. Je nach Regelungsgegenstand

[311] Paralleler Gedanke für die europäische Grundrechtsebene (Art. 10 EMRK) bei Gundel, ZUM 1998, 1002 (1010).

und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich „unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die stufenlos von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen können."[312] Strengere Rechtfertigungsanforderungen, die darauf abstellen, ob der eine Differenzierung rechtfertigende Grund hinreichendes Gewicht hat, greifen danach insbesondere bei einer gezielten Ungleichbehandlung von Personen oder Personengruppen, zudem dann, wenn zugleich Freiheitsrechte betroffen sind.

a) Verhältnismäßigkeitsanforderungen an den Differenzierungsgrund

Diese Merkmale sind bei einer Investitionsverpflichtungs-Regelung, die im Anwendungsbereich ausschließlich Anbieter von Videoabruf-Diensten erfasst, Fernsehveranstalter hingegen ausnimmt, obgleich auch diese Verwertungsrechte an Filmen und Serien erwerben, letztere öffentlich wiedergeben (nur eben linear) und daher auch zu den Abgabenschuldnern der Filmabgabe gehören, gegeben. Entsprechendes gilt für eine weitere Eingrenzung der Normadressaten auf SVoD-Dienstanbieter oder SVoD- und AVoD-Anbieter. Auch in der Sache können diese Ungleichbehandlungen Gewicht haben, namentlich in der Weise einer die Wettbewerbsbedingungen verändernden Auswirkung. Danach reicht für die Rechtfertigung der Differenzierung nicht im Sinn des Willkürverbots irgendein sachlicher Grund aus, muss der Grund oder müssen die Gründe vielmehr hinreichend tragfähig sein, um diese personale Begrenzung begründen zu können.

b) Übereinstimmung mit der Anforderung der Gruppenhomogenität bei Auferlegung der Filmabgabe

Diese Annahme entspricht den gehaltvollen Anforderungen an die Gruppenhomogenität, die bei der Belastung der Marktteilnehmer auf den verschiedenen Verwertungsstufen durch die Filmabgabe greifen und auch wiederholt Gegenstand der Rechtsprechung gewesen sind. Auch hier können aus der Einsicht einer gewissen funktionellen Austauschbarkeit der Förderinstrumente und einer Vergleichbarkeit der Rechtfertigungslasten für die Sonderbelastung mit einer parafiskalischen Abgabe einerseits, der Indienstnahme der Unternehmen für eine Gemeinwohlaufgabe im öffentlichen Interesse andererseits Schlüsse gezogen werden: Wenn und soweit der Grundsatz der Abgabengerechtigkeit – und dessen hauptsächliche Aussage der Belastungsgleichheit – eine im Ausgangspunkt umfassende und gleiche Belastung aller Personen, die eine besondere Finanzierungsverantwortung für die zu erfüllende öffentliche Aufgabe

[312] BVerfGE 129, 49 – Leitsatz: „Stufenlos-Formel", vgl. Kischel in Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 28.

tragen, gebieten,[313] ist auch für die Investitionsverpflichtung mit einer der Abgabe im Kern vergleichbaren wirtschaftlichen Belastungswirkung anzunehmen, dass sich die Fassung des Kreises der Normadressaten danach ausrichten muss, bei welchen Personen oder Gruppen, die nach ihrem Unternehmenszweck in Filmwerke investieren, dieselben Sachgründe für die Annahme einer Sonder-Finanzierungsverantwortung vorliegen – oder eben nicht vorliegen. Auch für die Rechtfertigung der Investitionsverpflichtung reicht eben, wie dargelegt, nicht schon der legitime Regelungszweck einer Förderung der Filmwirtschaft als solcher aus, ist vielmehr erforderlich, dass den in Anspruch genommenen Unternehmen als Nachfragern von Leistungen der Filmproduktion für diese Aufgabe eine spezifische Verantwortung zugerechnet werden kann.

Die Herausnahme von Gruppe von Anbietern aus der Investitionsverpflichtung, obgleich diese in gleicher Weise als Investoren in Filme für ein Angebot im deutschen Markt in Erscheinung treten,[314] oder, anders gewendet, die Beschränkung der Investitionsverpflichtung auf nur eine Gruppe von Anbietern, obgleich noch andere Gruppen existieren, die in gleicher Sachnähe zum Förderzweck des Gesetzes stehen und von der Förderung (hier im Wege der Investition) gleichermaßen profitieren, erscheint danach gleichheitsrechtlich im Ausgangspunkt problematisch.

Erforderlich für die verfassungsrechtliche Legitimation von Differenzierungen nach der Art des Geschäftsmodells der in Filme zum Zweck ihrer Verwertung investierenden Unternehmen ist danach, dass die geltend gemachten Unterschiede einen Bezug zur Finanzierungsverantwortung für die Aufgabe der Filmförderung haben. Bestehen Unterschiede, aus denen sich begründen lässt, dass bestimmten Gruppen von Dienstanbietern keine oder nur eine im Maß geringere Verantwortung für die Förderung der Filmwirtschaft zugewiesen werden kann, kann daraus die Rechtfertigung für eine

[313] Vgl. BVerwG BeckRS 2011, 504440, Rn. 68: „Für eine Sonderabgabe der hier in Rede stehenden Art bedeutet dies, dass grundsätzlich alle Angehörigen der als homogen und finanzierungsverantwortlich erkannten Gruppe zu der Abgabe heranzuziehen sind, welche der Finanzierung der staatlichen Aufgabe dient. Das hat unter den gegebenen Umständen nach dem Maßstab der Leistungsfähigkeit sowie des Nutzens zu geschehen, den der einzelne Gruppenangehörige - bei generalisierender und damit zwangsläufig weitgehend typisierender Betrachtung - aus der staatlichen Tätigkeit zieht. Besteht die Gruppe der Abgabepflichtigen - wie hier - aus mehreren Untergruppen, so ist es gerechtfertigt, bei der Bemessung der Abgabe den Besonderheiten der Untergruppen im Verhältnis zueinander Rechnung zu tragen (…). Dabei ist anzustreben, dass jede Untergruppe sich in dem Maß an der Finanzierung der staatlichen Aufgabe beteiligt, in welchem sie daraus Vorteile erlangt (…)“.

[314] BVerwG BeckRS 2009, 33329 Rn. 30: „gleichgerichtete Tätigkeit der Gruppenmitglieder als Filmverwerter“.

(völlige oder teilweise) Freistellung von der andere Dienstanbietergruppen treffenden Investitionsverpflichtung hergeleitet werden.

c) Spielraum des Gesetzgebers bei der Bestimmung des Kreises der Pflichtigen?

Allerdings hat das BVerfG für die Gruppenbildung bei Auferlegung der Filmabgabe anerkannt, dass dem Gesetzgeber dafür „Spielräume zur Verfügung" stünden, es „grundsätzlich ihm überlassen" sei, „diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn gleich ansehen will" und er insbesondere auch „begrenzte Ungleichbehandlungen typisierend in Kauf zu nehmen" berechtigt sei.[315] Auch sei der Gesetzgeber nicht gehalten, sämtliche Marktteilnehmer auf allen Verwertungsstufen zu belasten, auch wenn diese ein – durchaus gleichartiges – Interesse an der Produktion von Filmen haben.[316]

Indes dürfen diese Relativierungen nicht so verstanden werden, dass der Gesetzgeber weitgehend freie Hand bei einer normativen Gruppenbildung hätte. In der Sonderabgaben-Rechtsprechung des BVerfG – auch im Urteil zum FFG – ist stets betont worden, dass die „homogenitätsstiftende Gemeinsamkeit […] eine vorgegebene" sein muss, also nicht „erst durch die Abgabenregelung selbst begründet" werden darf.[317] Der Gesetzgeber kann für die Gruppenbildung Spielräume, insbesondere der Typisierung, in Anspruch nehmen; jedoch haben auch diese Spielräume Grenzen und bedarf es für ihre Ausschöpfung dahingehend, dass Gruppen, bei denen ein gleiches oder ähnliches Interesse an der durch die Abgabe finanzierten Sachaufgabe besteht, ungleich belastet werden, eines sachlichen Grundes, etwa Schwierigkeiten der Abgrenzung, der Erfassung oder hohe Vollzugskosten.[318]

Das BVerwG hat in seiner Entscheidung zum mit dem 6. Änderungsgesetz novellierten FFG allerdings gemeint, dass die Anforderung der Gruppenhomogenität zur Rechtfertigung von Sonderabgaben kein Gebot der vollständigen Erfassung sämtlicher „an sich" gruppenzugehöriger Personen oder Unternehmen impliziere. Die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers sei „nur in positiver Hinsicht an die beschreibbare gesellschaftliche oder wirtschaftliche Realität gebunden", bleibe aber in negativer Hinsicht frei, nämlich beim Verzicht auf die Einbeziehung von Einzelpersonen oder

[315] BVerfGE 135, 155 Rn. 125.
[316] BVerfGE 135, 155, Rn. 135 ff.; dazu Schauf, Filmförderung, S. 242 f.
[317] BVerfGE 135, 155 Rn. 123.
[318] S. dazu BVerfGE 135, 155 Rn. 125, 136 ff.

Personenmehrheiten in die Gruppe.[319] Danach kommt es für die Homogenität der Gruppe als Rechtfertigungsvoraussetzung einer diese Gruppe treffenden Sonderabgabe nur darauf an, dass die Gruppenzugehörigen durch objektive, vorfindliche gemeinsame Merkmale, die ihre Finanzierungsverantwortlichkeit begründen, miteinander verbunden sind. Nicht aber muss der Gesetzgeber auch jede andere Einzelperson oder Personenmehrheit, welche die gleichen Merkmale aufweisen, in die Gruppe aufnehmen.

Diese These des BVerwG vermag indes nicht zu überzeugen. Die Sonderabgaben-Rechtsprechung des BVerfG hat wiederholt und zu Recht betont, dass das Merkmal der Gruppenhomogenität als Rechtfertigungsanforderung für Sonderabgaben in einem untrennbar-inneren Zusammenhang mit den Anforderungen einer besonderen Finanzierungsverantwortung („Sachnähe“ zu der Aufgabe, die finanziert werden soll) sowie der Gruppennützigkeit der Mittelverwendung steht.[320] Die „Homogenität“ der belasteten Gruppe hat also im Zusammenwirken der verschiedenen Rechtfertigungsanforderungen die Funktion, gerade diejenigen Personen oder Personenmehrheiten zusammenzufassen, bei denen der objektive, vorfindliche Sachgrund vorliegt, der die Zurechnung einer spezifischen Finanzierungsverantwortung zu dieser Gruppe rechtfertigt. Dies gilt aber in „negativer“ wie „positiver“ Hinsicht: Belastungsgleichheit als entscheidende Ausprägung der Abgabengerechtigkeit kann nur erreicht werden, wenn grundsätzlich alle Personen mit der Eigenschaft, um derentwillen der Gesetzgeber die besonders belastete Gruppe zur Finanzierung herangezogen hat, in diese Gruppe einbezogen werden. Die sachlich nicht begründete Verschonung einzelner Personen oder Teilgruppen, bei denen indes der die Finanzierungsverantwortung begründende Grund in gleicher Weise vorliegt, ist mit dem Grundsatz der Belastungsgleichheit nicht vereinbar. Jedenfalls die besonderen Rechtfertigungsanforderungen für die Zulässigkeit von Sonderabgaben in ihrer Gesamtheit (wenn schon nicht das Merkmal der Gruppenhomogenität als solches) sind also sehr wohl auf Vollständigkeit der finanzierungsverantwortlichen Gruppe angelegt.

Der Versuch des BVerwG, seine These mit dem Verweis auf die Entscheidung des BVerfG zur Altenpflegeausbildungsumlage zu stützen,[321] trägt nicht, im Gegenteil: Das BVerfG hat in dieser Entscheidung ausgeführt, dass die in Rede stehende Rege-

[319] BVerwGE 139, 42, Rn. 50 (juris).
[320] So auch im FFG-Urteil, BVerfGE 135, 155 Rn. 126.
[321] BVerwGE 139, 42 Rn. 51 (juris).

lung, die zunächst in der Tat nur eine bestimmte Teilgruppe (Heime für alte Menschen) der Abgabenpflicht unterwarf, nur deswegen „unter den speziellen Bedingungen der ursprünglichen gesetzgeberischen Situation in Thüringen als noch mit der Verfassung vereinbar“ angesehen werden konnte, weil sie schon „erkennbar darauf angelegt war, neben den Heimen weitere Pflegeeinrichtungen in den Kreis der Abgabepflichtigen einzubeziehen“.[322] Die Regelung verletzte im Erlassjahr „*noch nicht die gleichheitsrechtlichen Anforderungen an die Homogenität der Gruppe der Abgabenpflichtigen*, weil sie *auf Vervollständigung angelegt* war“, eine Vervollständigung, die der Gesetzgeber durch Änderung des Gesetzes einige Jahre später auch vorgenommen hat.[323]

Daraus ergibt sich unmissverständlich, dass das Merkmal der Gruppenhomogenität nach der Rechtsprechung des BVerfG sehr wohl grundsätzlich die Anforderung der Vollständigkeit der Gruppe einschließt. Von der vollständigen Erfassung sämtlicher Personen oder Unternehmen, die das die Finanzierungsverantwortlichkeit begründenden Merkmal aufweisen, kann allenfalls ausnahmsweise und ggf. (wie im Fall der Altenpflegeausbildungsabgabe) auch nur vorläufig abgesehen werden, wenn dafür ein besonderer rechtfertigender Grund besteht, etwa (so im Fall der zunächst noch „unvollständigen“, aber schon auf Vervollständigung angelegten Altenpflegeausbildungsabgabe) eine Befugnis des Gesetzgebers, sich bei „komplexen Sachverhalten“, bei denen Zeit für die „Sammlung von Erfahrungen“ erforderlich ist, zunächst „mit gröberen Typisierungen und Generalisierungen zu begnügen“.[324]

Auch das BVerwG räumt schließlich ein, dass die Nicht-Einbeziehung an sich gleichermaßen finanzierungsverantwortlicher Personen oder Personenmehrheiten in die Gruppe nach Maßgabe des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) rechtfertigungsbedürftig ist, also eines rechtfertigenden Grundes bedarf.[325] Wird indes erkannt, dass die besonderen Anforderungen für die Rechtfertigung von Sonderabgaben neben ihrer finanzverfassungsrechtlichen Bedeutung zugleich gerade bereichsspezifische Ausprägungen des Gleichheitssatzes sind (Belastungsgleichheit) und dass eben auch der Gleichheitssatz, wie gezeigt, durchaus anspruchsvolle Rechtfertigungslasten (nicht nur als Willkürverbot) erzeugt, bedeutet dies letztlich doch die

[322] BVerfGE 108, 186, Rn. 145 (juris).
[323] BVerfGE 108, 186, Rn. 145 (juris), Hervorh. nur hier.
[324] BVerfGE 108, 186, Rn. 144 (juris).
[325] BVerwGE 139, 42, Rn. 50 a.E. (juris).

Anerkennung eines gleichheitsrechtlichen Vollständigkeitsgebotes, gerichtet auf die grundsätzliche Erfassung sämtlicher gleichermaßen finanzierungsverantwortlicher Personen auch durch das BVerwG.

Im Ergebnis folgt daraus auch für eine Regelung einer Investitionsverpflichtung, dass diese grundsätzlich alle unter dem Gesichtspunkt ihrer Sachnähe zur Aufgabe der Filmförderung gleichartigen Verwerter in den Kreis der Pflichtigen einbeziehen muss. Bei der Investitionsverpflichtung ist dieser Kreis potentieller Normadressaten naturgemäß insofern enger als bei der Filmabgabe, als nur diejenigen Verwerter in Betracht kommen, die nach der Art ihrer Verwertung direkt in Filmproduktionen investieren, also mit Filmherstellern Verwertungs- oder Lizenzverträge schließen. Potentielle Pflichtige sind damit aber ersichtlich nicht nur die Anbieter von Videoabrufdiensten, sondern auch die Fernsehveranstalter, die, nicht strukturell anders als die VoD-Dienstanbieter, „auf die kontinuierliche Versorgung mit Neuproduktionen angewiesen sind“, woraus notwendig ein „Interesse an der Filmproduktion im Allgemeinen“ erwächst, welches wiederum „ein Interesse ein[schließt], das gerade auf die Herstellung von deutschen Filmen gerichtet ist“.[326] Sollen die Fernsehveranstalter nicht in die Investitionsverpflichtung einbezogen werden, bedarf dies daher der Rechtfertigung aus hinreichend tragfähigen Gründen. Für die Filmabgabe hat die Rechtsprechung derartige Gründe nur sehr begrenzt – im Hinblick auf die auch nach der Änderung im 6. FFG-ÄndG noch vorgesehene vertragliche (wenn auch gesetzlich determinierte) Festsetzung der Abgabe – anerkannt,[327] im Übrigen aber die Pflicht zur Gleichbehandlung auch der Fernsehveranstalter als Mitglieder der finanzierungsverantwortlichen Gruppe betont und daher die Regelung des FFG 2004 beanstandet.

Die zentrale Frage lautet also, ob, wenn schon nicht für die Filmabgabe, so doch für die Investitionsverpflichtung, Gründe ersichtlich sind und geltend gemacht werden können, die eine Verschonung der Fernsehveranstalter und also eine ausschließliche Erfassung der VoD-Anbieter (in allen ihren Unterarten oder wiederum nur teilweise) rechtfertigen können (s. dazu u. 3.).

---

[326] BVerwGE 139, 42, Rn. 46.

[327] BVerwGE 139, 42, Rn. 73 (juris); auch diese Bestimmung über die vertragliche Festsetzung (§ 67 Abs. 5 Satz 1 FFG 2010) der Filmabgabe der Fernsehveranstalter ist inzwischen gestrichen worden; die Abkommen mit der FFA erfassen nur noch zusätzliche Leistungen über die obligatorische Filmabgabe hinaus (§ 158 FFG)

2. Differenzierungsspielräume aus dem Zusammenspiel mit der Filmabgabe

So wie es im Rahmen der freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung für die wirtschaftliche Zumutbarkeit einer Investitionsverpflichtung auch auf eine Zusammenschau mit der Filmabgabe ankommt, kann auch für die gleichheitsrechtliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen Gruppen von an sich finanzierungsverantwortlichen Dienstanbietern die Belastung oder Nichtbelastung mit der Filmabgabe Bedeutung erlangen. So könnte etwa eine relativ höhere Belastung mit der Filmabgabe ein sachlich rechtfertigender Grund dafür sein, eine Gruppe von der andere Investoren treffenden Investitionsverpflichtung freizustellen.

Ohnehin können Investitionsverpflichtungen ihrem Inhalt nach so beschaffen sein, dass sie nicht bei allen Filmverwertern, die grundsätzlich finanzierungsverantwortlich und daher filmabgabepflichtig sind, überhaupt in Betracht kommen, etwa eine Erstinvestitionspflicht bei Kinobetreibern. Es sind also durchaus sachliche Gründe, die hier indes nicht im Einzelnen aufgeführt werden können, vorstellbar, die bei einer Gruppe eher nur die Auferlegung einer Abgabe, bei anderen Gruppen hingegen allein oder auch die Investitionsverpflichtung sinnvoll erscheinen lassen. Aus diesem Zusammenspiel der beiden Möglichkeiten einer Inpflichtnahme ergeben sich also gesetzgeberische Gestaltungsspielräume. Allerdings müssen die jeweils auferlegten Verpflichtungen sachgerecht Besonderheiten der jeweiligen Gruppen entsprechen und im Gesamtmaß der Belastung so ausgebildet sein, dass sie dem Grundsatz der Belastungsgleichheit nach Maßgabe der Leistungsfähigkeit und des jeweiligen Gruppennutzens gerecht werden.

3. Begrenzung auf die Anbieter von Videoabrufdiensten/Nichterfassung von Fernsehveranstaltern

Für die Filmabgabe der Fernsehveranstalter hat das BVerwG angenommen, dass erst die gesetzliche Neuregelung in § 67 FFG 2010, die auch die Abgabenpflicht dem Grunde und der Höhe nach dieser Gruppe im Gesetz verankert hat, dem Grundsatz der Belastungsgleichheit entsprochen hat [328] nicht aber die Vorgängerregelung, die die Abgabenlast zumindest hinsichtlich des Umfangs vertraglicher Vereinbarung überließ.[329] Das BVerfG hat sich in seinem Urteil zum FFG diese Beurteilung (einer gleichheitswidrigen Besserstellung der Rundfunkveranstalter) zwar nicht ausdrücklich zu Eigen gemacht, die gesetzliche Einbeziehung der Fernsehveranstalter in die

[328] BVerwG BeckRS 2011, 504440 = NVwZ 2011, 998.
[329] BVerwG BeckRS 2009, 33329, Rn. 39 ff., insb. 48.

Abgabenpflicht durch die 6. FFG-Novelle einschließlich der angeordneten Rückwirkung aber gebilligt – ohne eine etwaige Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch nur anzusprechen.[330] Schon aus der gleichheitsrechtlichen Beanstandung der früheren Sonderstellung der Fernsehveranstalter im FFG im parallelen Regelungszusammenhang der Filmabgabe durch die Rechtsprechung des BVerwG (bestätigt auch durch das BVerfG) ergibt sich mithin ein starkes Argument für die Annahme, dass auch bei der Investitionsverpflichtung eine Ausklammerung der Fernsehveranstalter mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) unvereinbar ist.

a) Zweifelhaftigkeit rechtfertigender Gründe

Sind für die Belastung nur der Videoabrufdienstanbieter, nicht aber auch der Fernsehveranstalter rechtfertigende Gründe erforderlich, zudem solche, die geeignet sind, die für die gleiche Verpflichtung aller Verwerter, welche Filme aus deutscher Produktion in ihren Angeboten öffentlich wiedergeben, streitende Gleichartigkeit dieser Verwerter zu widerlegen, ist fraglich, ob solche Gründe identifiziert werden können. Sachliche Unterschiede von Gewicht, die sich aus der Eigenart der Tätigkeit der Fernsehveranstalter im Vergleich mit den Videoabrufdiensten ergeben, sind jedenfalls nicht offensichtlich:

Der Unterschied in der technischen Verbreitungsart (linear, nichtlinear), der ohnehin mit der zunehmenden Umstellung des Angebots auch der Fernsehveranstalter auf Abrufangebote schwindet, hat keinen erkennbaren Bezug zur Finanzierungsverantwortung und betrifft insbesondere auch nicht die für die Investitionsverpflichtung relevante Tätigkeit und Rolle als Investor auf der Nachfragerseite.

Der denkbare und wohl auch immer wieder vorgebrachte Einwand, die Fernsehveranstalter allgemein oder jedenfalls die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten investierten auch ohne Verpflichtung in die von der beabsichtigten Verpflichtung erfassten Filme, und zwar in einem diese Verpflichtung mindestens erfüllenden oder sogar übersteigenden Maß, ist schon oben im Zusammenhang der VoD-Dienstanbieter erörtert und als wenig überzeugend erkannt worden. Zwar ist, wie schon dargelegt, ein rechtspolitisches Motiv für die Heranziehung der – internationalen, global tätigen – Videoabruf-Dienstanbieter, dass gerade sie bisher weit unterproportional – gemessen an ihren Umsätzen, aber auch am absoluten Investitionsvolumen – in deutsche Filmproduktionen investieren. Aber dieses Motiv könnte eine se-

[330] BVerfGE 135, 155 Rn. 144 ff.

lektive Rechtspflicht nur dieser Gruppe nicht rechtfertigen; hinzukommt, dass es schon bei den nationalen VoD-Dienstanbietern, wenn diese in die Verpflichtung einbezogen würden, nicht mehr trüge. Die Rechtspflicht zu Investitionen hat sich gleichheitsgerecht an der gleichen Verantwortung der belasteten Personen oder Unternehmen auszurichten. Die Freistellung von einer Rechtspflicht kann nicht mit der Begründung eingefordert werden, man verhalte sich doch ohnehin schon wie gefordert. Eine solche Begründung mit dem Argument „vorauseilender Pflichterfüllung" könnte nicht die ungleiche Belastung Anderer mit der zudem regelmäßig sanktionsbewehrten Rechtspflicht tragen.[331] Das Argument „freiwilliger" vertraglicher Vereinbarung sogar überobligatorischer Leistungen der Fernsehveranstalter hat auch bei der gerichtlichen Prüfung des FFG 2004 nicht hingereicht, die damalige Sonderregelung für die Fernsehveranstalter (zwar grundsätzliche Abgabenpflicht, Kontrahierungszwang der Veranstalter, aber keine hinreichenden Vorgaben für die Abgabenhöhe im Gesetz) zu rechtfertigen. Soweit das Vorbringen freiwilliger (Über-) Erfüllung der Investitionsverpflichtung sachlich zutrifft, folgt aus dieser im Übrigen keine eigenständige oder zusätzliche Beschwer.

b) Insbesondere: Funktionsauftrag des Rundfunks und Programmautonomie der Veranstalter

Größeres Gewicht haben verfassungsrechtlich die Argumente des rundfunkrechtlichen Funktionsauftrages (insbesondere für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk) sowie der Programmautonomie der Rundfunkanstalten und privaten Veranstalter (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), insofern sich daraus möglicherweise eine Berechtigung, vielleicht sogar Verpflichtung des Gesetzgebers ergibt, die Fernsehveranstalter von der Investitionsverpflichtung auszunehmen. Auch diese Diskussion ist im Zusammenhang der Belastung mit der Filmabgabe allerdings schon intensiv und streitig geführt worden. Während im Schrifttum vertreten worden ist, dass die Veranstalter, jedenfalls der öffentlich-rechtliche Rundfunk, von Verfassung wegen nicht mit einer zwingenden gesetzlichen Abgabenpflicht zum Zweck der Filmförderung belegt werden dürften,[332] hat sich die Rechtsprechung des BVerwG und – zumindest in Billigung dieser Rechtsprechung – auch des BVerfG diese Auffassung nicht zu Eigen gemacht, vielmehr, wie dargelegt, umgekehrt sogar aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) die Verpflichtung des Gesetzgebers hergeleitet, die Fernsehveranstalter – auch die Landesrundfunkanstalten – mit in den Schuldnerkreis aufzunehmen.

---

[331] Vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.2.2009 – 6 C 49/07, BeckRS 2009, 33329, Rn. 49.

[332] Hain/Wierny, K&R 2013, 448 (452 f.: verfassungsrechtlich hochgradig problematisch"); Weber, ZUM 2008, 736 (738).

aa) Bundesverwaltungsgericht: Keine Sonderstellung des Rundfunks kraft Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Allerdings greift die Begründung des BVerwG für diese verfassungsrechtliche Annahme nicht sehr tief; das BVerfG hat sich in seiner Entscheidung zum FFG überhaupt nicht in der Sache zum hier aufgeworfenen Problem verhalten.

Die diesbezügliche Argumentation des BVerwG in seinem Vorlagebeschluss v. 25.2.2009, in dem es die angenommene Verfassungswidrigkeit der Privilegierung der Fernsehveranstalter bei der Heranziehung zur Filmabgabe begründet, beschränkt sich auf folgende Sätze: Danach

> „entfällt die Pflicht der Fernsehveranstalter zur Mitfinanzierung der Filmförderung des Bundes […] nicht etwa deswegen, weil sie gegen die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierte Rundfunkfreiheit in der Form der Programmfreiheit verstieße […]. Zwar führt diese Pflicht zu einer Erhöhung der Kosten für die Ausstrahlung von Filmen, sodass sich Rückwirkungen auf den Anteil des Spielfilmangebots an dem nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG vom Veranstalter frei zu gestaltenden Gesamtprogramm nicht ausschließen lassen. Andererseits ist die Finanzierungspflicht ihrerseits die Folge eines verfassungsrechtlichen Gebots, nämlich des aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gebots der Abgabengerechtigkeit. Da sich die Fernsehveranstalter unter dem Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG in keiner wesentlich anderen Lage als die anderen abgabepflichtigen Filmverwerter befinden, gehört ihre Finanzierungspflicht zu den finanziellen Rahmenbedingungen für die Verwertung von Filmen, denen in vergleichbarer Weise auch die anderen Filmverwerter ausgesetzt sind. Infolgedessen kann mangels eines spezifischen Programmbezugs (s. Art. 5 Abs. 2 GG) den möglichen Auswirkungen der Pflicht auf die Programmgestaltung kein verfassungsrechtlich ausschlaggebendes Gewicht beigemessen werden. Die Annahme einer Verletzung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG liegt deshalb umso ferner, weil sich die Fernsehveranstalter, wie erwähnt, schon in der Vergangenheit ohne einen fühlbaren rechtlichen Zwang und damit aus freien Stücken in beträchtlichem Umfang an den Kosten der Filmförderung des Bundes beteiligt haben. Auch aus diesem Grund kann von einem unzulässigen "Durchkreuzen" der Programmfreiheit durch eine finanzielle Regelung des Staates (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 6. Oktober 1992 - 1 BvR 1586/89 u.a. - BVerfGE 87, 181 <198>) nicht die Rede sein. Das gilt auch dann, wenn sich zukünftig aufgrund der erforderlichen gesetzlichen Neuregelung höhere Finanzierungsbeiträge der Fernsehveranstalter ergeben sollten. Bei alledem versteht es sich von selbst, dass der Gesetzgeber durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gehindert ist, den Fernsehveranstaltern die Ausstrahlung von Filmen un-

> zumutbar zu erschweren oder gar die Absicht zu verfolgen, das Spielfilmangebot im Fernsehen zu reduzieren.“[333]

Diese Begründung besagt im Kern, dass sich die bundesverfassungsrechtliche Gleichbehandlungspflicht (Belastungsgleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG) gegen eine – vom BVerwG offenbar angenommene – mittelbare Beschränkung der freiheitsrechtlichen Programmgestaltungsfreiheit der Fernsehveranstalter durchsetzt. Selbstverständlich und die einzig denkbare Sichtweise ist dies indes – wie auch die gegenläufige Meinung in der Literatur dokumentiert – nicht. Es könnte auch erwogen werden, dass eine rundfunkverfassungsrechtlich (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) geforderte, sich aus der Funktionsträgerrolle des Rundfunks für die Versorgung der Bevölkerung mit vielfältigen und verlässlichen Informationen ergebende Sonderstellung gerade einen gleichheitsrechtlich tragenden Rechtfertigungsgrund für die Freistellung von der Beitragspflicht für die Filmförderung liefert. Jedenfalls erscheint das Verhältnis von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 3 Abs. 1 GG mit der Behauptung eines Vorrangs des Grundsatzes der Belastungsgleichheit kaum zureichend erörtert. Immerhin ist die „Sonderdogmatik“, wie sie das BVerfG gerade zur Rundfunkgewährleistung als Funktionsgrundrecht entwickelt hat, insgesamt stark von der Grundannahme einer besonderen, verfassungsrechtlich bemerkenswert stark geschützten und im Verhältnis zu anderen Freiheitsrechten ganz im Vordergrund stehenden dienenden Funktion geprägt; daraus könnte sich sehr wohl schließen lassen, dass die schlichte gleichheitsrechtliche Annahme der Gleichartigkeit mit anderen Verwertern verfassungsrechtlich zu kurz greift.

Auch fehlen Darlegungen, wie sich eigentlich die (bundesrechtliche) Verpflichtung zur Mitfinanzierung der Filmförderung zum verfassungsrechtlich im Kern umrissenen und landesrechtlich näher konkretisierten Funktionsauftrag des Rundfunks, insbesondere des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als des primären Funktionsträgers (früher sogenannte „Grundversorgung“) verhält – ob die Filmförderung außerhalb dieses Funktionsauftrags liegt und daher ggf. verfassungsrechtlich problematisch ist oder ob sie diesem sogar zugeordnet werden kann, so dass ggf. sogar eine besondere Sachnähe und Verantwortung gerade der Fernsehveranstalter und namentlich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für diese Aufgabe begründet werden könnte.

[333] BVerwGE 133, 165, Rn. 50 (juris).

bb) Folgerungen

Ist der Standpunkt der Höchstgerichte in dieser Frage mithin eher flach – vom BVerfG im FFG-Urteil sogar überhaupt nicht – begründet, bleibt indes für eine auf praktische Handlungsorientierung für die Rechtspolitik ausgerichtete Begutachtung zunächst der gewichtige Befund zu konstatieren, dass die Gerichte für die Filmabgabe nun einmal so entschieden haben. Auch für die etwaige gesetzliche Investitionsverpflichtung liegt es daher nicht sehr nahe, dass bei einer gerichtlichen Prüfung einer solchen Verpflichtungsregelung nunmehr Gegenargumente des skizzierten Inhalts durchgreifen würden, die bei der Filmabgabe offenkundig nicht als erheblich angesehen worden sind.

Andererseits kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer neuen und zusätzlichen Verpflichtung zur Direktinvestition jene Argumente, die für eine verfassungsrechtlich mögliche oder sogar zwingende Verschonung der Fernsehveranstalter (oder gegebenenfalls auch nur des öffentlich-rechtlichen Rundfunks) sprechen, nun stärker in das Blickfeld geraten und die verfassungsrechtliche Beurteilung am Ende anders ausfallen würde als bei der Filmabgabe. Immerhin ist eine Investitionsverpflichtung zwar als Filmförderungsinstrument mit der Förderung aus der Filmabgabe in einem erheblichen Überschneidungsbereich funktional austauschbar, aber doch keineswegs identisch. So ließe sich also eine abweichende Behandlung der Gleichheitsfrage durchaus auf der Feststellung aufbauen, dass es sich bei der Investitionsverpflichtung um einen anderen Fall als bei der Filmabgabenbelastung handele – wenngleich dann immer noch zu begründen wäre, weshalb diese Unterschiede derart sein sollen, dass sie hier eine Ausklammerung der Fernsehveranstalter rechtfertigen könnten, dort (bei der Filmabgabe) aber nicht. Letztlich kann diese Frage, wie sich die Rechtsprechung im Fall einer gesetzlichen Investitionsverpflichtung zu einer obligatorischen Einbeziehung der Fernsehveranstalter in die Verpflichtung positionieren würde, nicht mit Gewissheit eingeschätzt werden. Im Folgenden sollen indes einige, schon angedeutete Aspekte dieses verfassungsrechtlichen Problems noch einmal etwas eingehender beleuchtet werden.

cc) Abschließender Vorrang des Rundfunkrechts (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) gegenüber dem Gleichheitssatz?

In grundsätzlicher Hinsicht könnte eine bundesrechtliche Verpflichtung der Fernsehveranstalter zur Mitwirkung an der Filmförderung verfassungsrechtlich durch eine Art „Immunität“ des Landes-Rundfunkrechts, die sich aus der Rundfunkgewährleis-

tung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ergäbe, gegenüber weiteren und darüber hinausgehenden Inpflichtnahmen durch Bundesgesetz ausgeschlossen sein. Eine solche Vorstellung lag indes, um dies noch einmal zu betonen, den Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG zur Filmförderung nach dem FFG offenkundig fern. Sollte sie nun bei einer gesetzlichen Investitionsverpflichtung in Betracht gezogen werden, würde dies eine grundlegende Neuorientierung der Rechtsprechung in verfassungsdogmatischer Hinsicht bedeuten.

In der Sache wäre eine solche Immunitätsvorstellung auch nicht überzeugend. Oben ist schon im Zusammenhang der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes erläutert worden, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG den Ländern keine Allein- und Allzuständigkeit zur Regelung der Angelegenheiten des Rundfunks vermittelt, nicht einmal für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.[334] Die Erinnerung an das Beispiel der Bundesanstalt Deutsche Welle soll hier hinreichen, um darzutun, dass die grundrechtlichen Bindungen des Rundfunkverfassungsrechts grundsätzlich kompetenzneutral sind und bei einer vorrangigen Bundeskompetenz ebenso den Bund treffen können wie (im Regelfall des Rundfunkrechts) die Länder.

Der Rundfunk und seine Regulierung sind selbstredend auch nicht anderen verfassungsrechtlichen Bindungen als denjenigen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG a priori entzogen. Auch der Rundfunk unterliegt dem Rechtsgüterschutz der allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG).[335] Seine Finanzierung muss den Anforderungen der Finanzverfassung und der Abgabengerechtigkeit genügen,[336] seine Tätigkeit den Vorgaben des Wettbewerbsrechts entsprechen[337]. Der Gesetzgeber ist auch in Ansehung des Rundfunks aus Art. 3 Abs. 1 GG zur Gleichbehandlung verpflichtet und nicht etwa von dieser Verpflichtung rundfunkverfassungsrechtlich freigestellt.

dd) Heranziehung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Filmförderung?

Ergibt sich die Legitimation und sogar Verpflichtung der Heranziehung der Fernsehveranstalter, auch der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, zur Filmabgabe aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz und hat der Bund dafür nach den Kompetenzverteilungsregeln des Grundgesetzes die Gesetzgebungszuständigkeit, bedarf diese Belastung mit der Abgabenpflicht an sich auch keiner landesrechtlichen Er-

[334] S. o., C. III. 5.
[335] Z.B. BGH NJW 2018, 2877 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerstall.
[336] BVerfGE 149, 222 – Rundfunkbeitrag.
[337] BGHZ 205, 195 – Tagesschau—App; BGH AfP 2017, 149 – ARD-Buffet.

mächtigung oder Erlaubnis. Entsprechendes gälte auch für eine bundesgesetzliche Investitionsverpflichtung.

§ 15 Abs. 5 MStV (in der Fassung des 2. MÄndStV), der den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausdrücklich berechtigt, „sich an Filmförderungen zu beteiligen, ohne dass unmittelbar eine Gegenleistung erfolgen muss“, hat daher den Charakter einer „Angstklausel“. Die Regelung ist mit dem 7. RÄndStV eingeführt worden, nachdem die Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) die Auffassung vertreten hatte, eine Beteiligung an der Filmförderung sei durch den Programmauftrag nicht mehr gedeckt.[338] Tatsächlich waren diese Bedenken nie überzeugend und bedurfte es mithin der Einführung der ausdrücklichen landesrechtlichen Erlaubnis nicht.[339] Verfassungsrechtlich wäre der regelungszuständige Gesetzgeber wohl nicht einmal gehindert, die Rundfunkanstalten mit zusätzlichen Aufgaben außerhalb des Programmauftrags zu betrauen; es gibt keinen Verfassungsrechtssatz des Inhalts, dass einer ursprünglich allein zum Zweck der Rundfunkveranstaltung errichteten Rundfunkanstalt als Einrichtung der mittelbaren Staatsverwaltung auch weiterhin ausschließlich diese Aufgabe zugewiesen werden dürfe (und nicht etwa weitere Aufgaben der Medientätigkeit oder Kulturförderung). Auch die ebenenübergreifende Zuweisung von Aufgaben an Landesbehörden (einschließlich von Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung[340]) durch Bundesgesetz ist dem Grundgesetz nicht fremd (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG).

Auch wenn man indes annimmt, dass eine – zumal eine *bundes*rechtliche – zusätzliche Verpflichtung sich im Rahmen des landesrechtlich konkretisierten Funktionsauftrags der Landes-Anstalten halten müsse, ließe sich dies für die Mitwirkung an der Filmförderung auch ohne die ausdrückliche Bestätigung in § 15 Abs. 5 MStV bejahen. Muss die Filmförderung der Programmbeschaffung (heute einschließlich der nicht für das lineare Programm, sondern das online-Angebot vorgesehenen Inhalte) dienen, so bedarf es doch keines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen dieser Beteiligung und der Programmbeschaffung in dem Sinn, dass Mittel der Rundfunkveranstalter nur für Produktionen vergeben werden dürfen, an denen die Rundfunkveranstalter jedenfalls Rechte erwerben können und die für eine Verwertung im

[338] Hartstein u.a., HK-MStV/Kreile, § 15 MStV Rn. 61.
[339] Näher dazu Cornils in Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, § 15 MStV Rn. 24 ff. (41. Edition 2023).
[340] Vgl. Broß/Mayer in v. Münch/Kunig, GG, Art. 84 Rn. 13.

Rundfunk konkret in Betracht kommen.[341] Schon die Begründung zum 7. RÄndStV machte dies deutlich; erforderlich ist danach nur, dass das Angebot „sendefähiger Programme allgemein gefördert“ wird.

Die mit dem 12. RÄndStV eingefügte Bestimmung (nun in § 15 Abs. 5 MStV), dass keine unmittelbare Gegenleistung für die Filmförderungsbeteiligung erfolgen muss, bestätigt dies noch einmal ausdrücklich (Aufhebung des Prinzips der Mittelbindung)[342]. Sie steht keineswegs im Widerspruch zur Forderung eines immerhin mittelbaren Zusammenhangs von Förderung und Programmbeschaffung. In der Begründung zum 12. RÄndStV wird ausgeführt, dass der gebotene mittelbare (Gruppen-) Nutzen schon dadurch gegeben sei, dass die Anstalten bei der „Erfüllung ihres Programmauftrages von kreativen und leistungsfähigen unabhängigen Produzenten profitieren“.[343] Diese Beschreibung des Vorteils entspricht der allgemeinen Begründung der Gruppennützigkeit der Abgaben-Mittelverwendung nach dem FFG.

Jedenfalls aber – auch wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung die bundesrechtliche Zusatz-Beauftragung mit der Aufgabe, an der Filmförderung mitzuwirken, tatsächlich von einer konstitutiven landesrechtlichen Freigabe abhängig machen wollte – enthält § 15 Abs. 5 MStV diese Erlaubnis, an welche die bundesrechtliche Verpflichtung anknüpfen kann. Sie erfasst jedwede Form der Beteiligung an Filmförderungen, mithin nicht nur die Filmabgabe, sondern auch eine Verpflichtung zu Direktinvestitionen, wenn diese nach ihren Wirkungen und ihrem Zweck auf die Förderung der Filmwirtschaft gerichtet ist. Das Landesrundfunkrecht bestätigt mithin selbst ausdrücklich, dass eine solche Verpflichtung zulässig sein kann.

Der – ohnehin nur als mittelbarer – geforderte Zusammenhang mit dem Programmauftrag erscheint bei einer Investitionsverpflichtung sogar deutlich enger als bei der Filmabgabe, weil die Erfüllung dieser Pflicht jedenfalls (anders als bei der Filmabgabe) mit dem Erwerb von Rechten an Filmen einhergeht, die für die Angebote der Anstalten genutzt werden können, und weil die Anstalten selbst bei einer qualifizierten Investitionsverpflichtung die Entscheidungsfreiheit darüber behalten, in welche Filme sie nach ihrer Programmpolitik konkret investieren wollen. Die Fernsehveranstalter hätten, wie die Videoabrufdienst-Anbieter, bei der Investitionsverpflichtung

[341] in dieser Richtung aber Hain/Wierny, K&R 2013, 453, dem folgend Beck RundfunkR/Kröber RStV § 6 Rn. 152/153.
[342] Hartstein u.a., HK-MStV/Kreile, § 15 MStV Rn. 2, 62.
[343] Kritisch Weber ZUM 2008, 736 (738); Beck RundfunkR/Kröber RStV § 6 Rn. 155).

daher sogar relativ größere Entscheidungsspielräume als bei der Filmabgabe und könnten ihren Beitrag zur Förderung der Filmwirtschaft passgenauer auf ihren Funktionsauftrag ausrichten.[344]

ee) Unterschiede zu VoD-Dienstanbietern im Grad der „Sachnähe"?

Werden VoD-Dienstanbieter durch eine gesetzliche Investitionsverpflichtung verpflichtet, Fernsehveranstalter hingegen nicht, könnte der dies rechtfertigende Differenzierungsgrund möglicherweise in der spezifischen Funktion des Rundfunks in ihrer Verschiedenheit von der Tätigkeit der Videoabrufdienste liegen. Übersetzt in das Vokabular der Rechtfertigungsdoktrin für Sonderabgaben wäre danach nach Unterschieden im Grad der „Sachnähe" der beiden in Rede stehenden Teilgruppen zu der zu finanzierenden Aufgabe zu suchen. Die Fernsehveranstalter müssten der Aufgabe ferner stehen als die Anbieter von Videoabrufdiensten, sodass es objektiv gerechtfertigt erschiene, sie nicht in die Finanzierungsverantwortung einzubinden. Aus der Perspektive der Rundfunkgewährleistung (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) könnte eine solche Differenz darin bestehen, dass der Funktionsauftrag des Rundfunks durch eine solche Inpflichtnahme für Zwecke der Filmförderung in erheblicher Weise beeinträchtigt würde, letztere daher durch den verfassungsrechtlichen Schutz der Funktion des Rundfunks[345] ausgeschlossen wäre. Die Rechtsprechung hat solchen Überlegungen, wie gezeigt, nicht ansatzweise Raum gegeben, dazu allerdings eben auch keine Erörterungen angestellt.

Betrachtet man das Verhältnis von rundfunkrechtlichem Funktionsauftrag und obligatorischem Förderbeitrag des Fernsehens für die deutsche Filmwirtschaft näher, lassen sich indes Anhaltspunkte für eine strukturelle Inkompatibilität, einer Belastung der Funktion des Rundfunks durch die Förderverpflichtung nicht erkennen. Gleiches gilt für die Nähe oder Distanz der Fernsehveranstalter zur Sachaufgabe der Filmförderung im Vergleich mit den Anbietern von Videoabrufdiensten. Wenn das BVerwG ausführt, die Zugehörigkeit der Fernsehveranstalter (beider Kategorien) zur homogenen Gruppe der Finanzierungsverantwortlichen resultiere daraus, dass auch sie auf die ständige Neuproduktion von Filmen, darunter gerade auch von deutschen Filmen, angewiesen seien und von einer leistungsfähigen deutschen Filmwirtschaft

[344] Die eine Legitimation der Filmabgabe für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk verneinende Argumentation (zB Wieland, ZUM 2016, 134 (137 f.) greift also bei der Investitionsverpflichtung, bei der die Anstalten selbst über die beitragsfinanzierte Investition entscheiden, gerade nicht.

[345] S. zu dem Gewährleistungsgehalt Funktionsgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG näher Cornils, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. IV, § 120 – Rundfunkfreiheit, Rn. 3, 20 f., 34 ff.

daher profitierten,[346] lässt sich dieses Argument mit Blick auf den verfassungsrechtlich verankerten Funktionsauftrag des Rundfunks sogar noch schärfer fassen: Das kulturwirtschaftliche Förderungsziel der Filmförderung nach Maßgabe der Anforderungen des FFG, aber auch nach Maßgabe einer mehr oder weniger qualifizierten Investitionsverpflichtung entspricht sogar in besonderem Maß gerade den Anforderungen des Funktionsauftrags, hier wieder vor allem des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als des hauptsächlichen Trägers der Rundfunkfunktion: Zielt die Filmförderung (etwa durch entsprechende Steuerungsvorgaben einer Investitionsverpflichtung) besonders darauf, deutsche Filmproduktionen, unabhängige Produktionen und Kinofilme zu unterstützen, insgesamt also eine vielfältige und kulturell leistungsfähige Struktur des Produktionsmarktes zu erhalten, so wird damit ein kultureller Produktionsfaktor gestärkt, der Voraussetzung für die Erfüllung des auf Vielfalt angelegten Funktionsauftrages des Rundfunks[347] ist. Deutlich wird damit auch, dass diese Ziele und die Aufgabe der Filmförderung sogar näher an der auftragsgebundenen Tätigkeit des Rundfunks, zumal der öffentlich-rechtlichen Anstalten, liegen als an den typischen Geschäftsmodellen der internationalen VoD-Dienstanbieter, von denen sich vermuten lässt, dass sie für ihre Angebotsgestaltung eher weniger auf die Produktivität und kulturelle Leistungskraft regional ausdifferenzierter Filmproduktionsmärkte angewiesen sind.

Erscheint die Filmförderung durch Investition in deutsche Filmproduktionen daher als Voraussetzung der Erfüllung ihres Funktionsauftrages und hat eine gesetzliche Verpflichtung zu solchen Investitionen mithin eher eine funktionsunterstützende, denn -beeinträchtigende Bedeutung – solche Investitionen sind dementsprechend von den Fernsehveranstaltern (namentlich dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk) auch bisher schon immer in erheblichem Umfang freiwillig geleistet worden –, ist nicht ersichtlich, wie gleichwohl sogar eine größere „Sachferne“ der Fernsehveranstalter zu der Aufgabe der Filmförderung im Vergleich mit den VoD-Dienstanbietern zu begründen sein sollte. Im Vergleich der Interessenlagen erscheint eine Verpflichtung der Fernsehveranstalter, die ohnehin – anders als die VoD-Telemedienanbieter – von Verfassungs und Rundfunkrechts wegen auf Angebotsvielfalt verpflichtet sind, sogar nahe liegender.

[346] BVerwGE 139, 42, Rn. 46 (juris).
[347] Zum „klassischen Rundfunkauftrag“ in seiner „vollen Breite“ BVerfGE 73, 118 (158); 83, 238 (298); 119, 181 (218); 139, 9 Rn. 37; Cornils, in Binder/Vesting, Beck`scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, Präambel Rn. 39 ff. (mit Blick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk).

Verfassungsrechtlich steht die Rundfunkgewährleistung einer gleichheitsrechtlich begründeten Heranziehung der Fernsehveranstalter mithin nicht mit ihrer Funktionsschutzwirkung entgegen; vielmehr kann der Funktionsschutz sogar die Verpflichtung zur Förderung von Filmproduktionen als Voraussetzung für die Erfüllung des Rundfunkauftrags legitimatorisch unterstützen. Im Ergebnis erscheint daher die Auffassung des BVerwG (und auch des BVerfG), die von der Vereinbarkeit dieser verfassungsrechtlichen Positionen ausgeht, überzeugend. Für die Investitionsverpflichtung, die einen individualnützigen Einsatz des Förderbeitrags unmittelbar für das Programm- und Telemedienangebot nach eigener Auswahlentscheidung ermöglicht, muss dies indes umso mehr gelten als für die Verpflichtung zur Entrichtung der Filmabgabe.

ff) Beeinträchtigung der Programmfreiheit?

Auch der – vom BVerwG immerhin erörterte, indes für nicht durchgreifend erachtete – Einwand einer unzulässigen Beeinträchtigung der grundrechtlich den Rundfunkveranstaltern garantierten Programmfreiheit erscheint in der Tat wenig überzeugend: Zwar steht die Programmautonomie „im Zentrum der Freiheitsgarantie. Sie richtet sich gegen jede Indienstnahme des Rundfunks für außerpublizistische Zwecke. In erster Linie bezieht sie sich daher auf Inhalt und Form der Rundfunksendungen. Es ist Sache der Rundfunkanstalten, aufgrund ihrer professionellen Maßstäbe zu bestimmen, was der Rundfunkauftrag in publizistischer Hinsicht verlangt.“[348]

Aber es wäre ein Missverständnis auch der Rechtsprechung des BVerfG, diese Sätze so zu verstehen, dass damit ein grenzenloses Selbstdefinitionsrecht der Anstalten hinsichtlich der Reichweite und Inhalte des Funktionsauftrags gemeint wäre. Schon die zitierte 7. Rundfunkentscheidung des BVerfG stellt die Programmautonomie in den Rahmen „der verfassungsrechtlichen Zielsetzung und der gesetzlichen Aufgabenzuweisung“.[349] Die Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Anstalten kann sich überhaupt nur im Rahmen der gesetzlichen Beauftragung entfalten. Das BVerfG hat keinen Zweifel daran gelassen, dass der Gesetzgeber berechtigt – und im Interesse der Beitragszahler sogar verpflichtet – ist, den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu umreißen und auch zu begrenzen, wenn auch nur in abstrakter, hinreichende Distanz zu den konkreten Angebotsinhalten wahrender Weise.[350] In der Ent-

[348] BVerfGE 87, 181 – Drittes Fernsehprogramm, Rn. 79 (juris).
[349] BVerfGE 87, 181 – Drittes Fernsehprogramm, Rn. 79 (juris).
[350] BVerfGE 90, 60, Rn. 152 (juris); 119, 181, Rn. 132 (juris).

wicklung der rundfunkrechtlichen Dogmatik ist immer deutlicher geworden, dass dieses Definitionsmandat des Auftragsgesetzgebers eine medienpolitische Begrenzungs- aber auch Ausrichtungsbefugnis hinsichtlich des Programms (und der Telemedienangebote) impliziert, auch weil dem Gesetzgeber auf der Finanzierungsseite Möglichkeiten medienpolitischer Einflussnahme auf die Angebotstätigkeit der Anstalten schlechthin versperrt sind.[351] Dementsprechend enthalten der Medienstaatsvertrag und die Anstaltsgesetze für die Landesrundfunkanstalten, aber auch für den privaten Rundfunk Bindungen (Programmgrundsätze, Vielfaltsgebote, quantitative Vorgaben hinsichtlich der Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Schwerpunktsetzung für die einzelnen Programme, absolute Angebotsschranken), die die Programmautonomie der Veranstalter keineswegs unzulässig begrenzen.

Dass eine Investitionsverpflichtung, die keinerlei Vorgaben zum Inhalt der Filme, in deren Herstellung investiert werden muss, macht, sich vielmehr auf inhaltsneutrale, auf die Produktionsbedingungen (etwa: Subquoten unabhängiger Hersteller) oder Formate (etwa: Kinofilme) bezogene Steuerungen beschränkt, die grundrechtlich geschützte Autonomie der Anstalten und Veranstalter verfassungswidrig verkürzt, ist vor diesem Hintergrund nicht anzunehmen.

Zwar kann, wie schon für die VoD-Anbieter dargelegt, die Angebotsgestaltungsfreiheit der Veranstalter durch den Lenkungseffekt der Investitionsverpflichtung berührt sein. Diese Begrenzung des Spielraums der Veranstalter, die faktisch nicht mehr uneingeschränkt frei sind, die Inhalte für ihre Angebote nach eigener programmpolitischer Entscheidung zu wählen, ist aber durch den verfassungsrechtlichen Zwang zur Gleichbehandlung mit anderen Verwertern in der Verantwortung, zur Erhaltung des Filmproduktionsmarktes beizutragen, gerechtfertigt, zumal diese Beitragspflicht, wie dargelegt, mit dem Funktionsauftrag des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG kompatibel ist.

Ob es sich bei dieser Beitragspflicht – in Gestalt der Filmabgabe oder einer Investitionsverpflichtung – eigentlich um eine *Beschränkung* (Art. 5 Abs. 2 GG) des grundrechtlichen Prinzips der Angebotsautonomie handelt oder nicht sogar im Sinn der rundfunkverfassungsrechtlichen Dogmatik eher um eine *Ausgestaltung* der Rund-

[351] Eingehend dazu Cornils, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. IV, § 120 Rn. 62 ff.; zum nur mehr prinzipiellen, einschränkungsfähigen Normgehalt der Programmautonomie bei Betonung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums auch Hain, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Allgemeines C Rn. 86 ff.

funkfreiheit[352] – insofern die Förderung der deutschen Filmwirtschaft, wie gezeigt, gerade Voraussetzung des Funktionsauftrags in dessen verfassungsrechtlicher Vorzeichnung (größtmögliche Vielfalt) ist –, kann hier offenbleiben; nach vorzugswürdiger Auffassung schließen beide Kategorien einander ohnehin nicht aus.[353] Jedenfalls stiftet Art. 3 Abs. 1 GG einer solchen Indienstnahme – die mittelbar eben auch publizistischen Zwecken im Sinn der 7. Rundfunkentscheidung des BVerfG dient – die erforderliche Legitimation und steht ihr das Normziel des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht entgegen, wenn es sie nicht sogar als eine letztlich vielfaltssichernde Regulierung im Interesse einer gelingenden Erfüllung der Rundfunkfunktion zusätzlich im beschriebenen Sinn unterstützt.

Im Verhältnis zu den VoD-Anbietern wäre die Annahme einer verfassungswidrigen Beeinträchtigung der Programmfreiheit zudem auch deswegen unplausibel, weil dieser freiheitsrechtliche Gewährleistungsgehalt des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG mit nicht geringerem Gewicht ebenso auch die Angebotsgestaltungsfreiheit der VoD-Anbieter mit ihrem Angebot rundfunkähnlicher Telemedien schützt. Das Abwehrrecht der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG steht nicht den Veranstaltern linearen Rundfunks in einer besonderen Ausprägung oder in besonderem Maß zu, berechtigt vielmehr alle Träger der Rundfunkfreiheit (und parallel auch der Pressefreiheit) gleichartig. Mögen sich aus der objektiv-rechtlichen Funktionsgewährleistung für die Medien jene bekannten sonderdogmatischen Besonderheiten für den klassischen Programmrundfunk und insbesondere die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten herleiten lassen, so gilt dies doch nicht für die vor staatlicher Einflussnahme geschützte Freiheit zu autonomen publizistischen Entscheidungen.

Sind die mittelbaren potentiell einengenden Auswirkungen einer – namentlich einer mit steuernden Vorgaben verknüpften, qualifizierten – Investitionsverpflichtung auf die Angebotsgestaltungsfreiheit aber bei den VoD-Dienstanbietern gerechtfertigt (s.o., C. IX.), kann nichts anderes auch für die Programmfreiheit der Fernsehveranstalter gelten. Ein Freiheitsprivileg und einen Autonomievorsprung kann gerade der stark funktional gebundene (dienende Freiheit!) Rundfunk im Verhältnis zu anderen Medien (Presse und Telemedien) gewiss nicht in Anspruch nehmen; wenn überhaupt

[352] S. zur Abgrenzung Ruck, AöR 117 (1992), 543 ff.; Cornils., Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 104 ff.
[353] Cornils, Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, 2011, S. 86 ff.; Hain, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Allgemeines C Rn. 126 f..; Kühling, in Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR GG Art. 5 Rn. 67.

wirkt sich die funktionale Bindung eher umgekehrt im Sinn leichter zu rechtfertigender Begrenzungen der individuellen grundrechtlichen Freiheit aus. Letztere ist beim Rundfunk bis heute nicht als originäre Veranstalterfreiheit eindeutig anerkannt und bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten ohnehin von gesetzlicher Errichtung des Trägers abhängig: keine Gründungsfreiheit wie bei der Presse oder privaten Veranstaltern elektronischer Medien.

Die Gestaltungsfreiheit ist bei den VoD-Dienstanbietern jedenfalls durch eine erheblich qualifizierte, steuernde Investitionsverpflichtung aus den schon dargelegten Gründen auch tatsächlich mutmaßlich sogar stärker betroffen als bei den ohnehin auf den Funktionsauftrag, also auf ein vielfältiges, auch regionale und kulturelle Inhalte umfassendes Angebot verpflichteten Fernsehveranstaltern. Es ließe sich also die für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung darzulegende Differenz auch nicht aus einer höheren Belastungsintensität der Fernsehveranstalter herleiten. Vielmehr wäre etwa kaum nachvollziehbar, weshalb gerade internationale VoD-Anbieter, wenn diese einen Gestaltungsschwerpunkt auf dem Angebot von Serien aus nicht-deutscher Produktion haben, gezwungen werden könnten, in einem nach diesem Geschäftsmodell nicht gewollten Umfang in deutsche Kinofilme unabhängiger Hersteller zu investieren, Fernsehveranstalter (insbesondere der öffentlich-rechtliche Rundfunk), zu deren im Kern verfassungsrechtlich sowie gesetzlich präformierten Programmauftrag gerade Filme aus solcher Produktion gehören, aber nicht.

gg) Legitimation der Beitragspflicht für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Besteht ein hinreichender Zusammenhang zwischen der Heranziehung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu einer Beteiligung an der Filmförderung und ihrem Angebotsauftrag, ist auch das alte, schon jener Kritik der KEF zu Grunde liegende Bedenken, der Einsatz von Beiträgen aus dem Rundfunkbeitrag für die Erfüllung der Investitionsverpflichtung liege außerhalb der verfassungsrechtlichen Legitimation des Rundfunkbeitrags, gegenstandslos. Dient schon die Filmabgabe der Rundfunkanstalten der Programmbeschaffung, auch wenn keineswegs jedes daraus finanzierte Filmprojekt (§ 160 FFG) die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erreicht, ist dies, wie dargelegt, erst recht bei einer Investitionsverpflichtung der Fall, bei der die Erfüllung der Pflicht bei jeder einzelnen Investition mit dem Erwerb von Verwertungsrechten für das lineare und nichtlineare Angebot einhergeht.

Das BVerfG hat zudem in seiner Entscheidung zum Rundfunkbeitrag ein bemerkenswertes Maß an Großzügigkeit hinsichtlich des für die Beitragslegitimation erforderlichen Vorteils der Beitragszahler erkennen lassen: So soll sogar der Einsatz des in § 10 RFinStV vorgesehenen Anteils an dem Aufkommen aus dem Rundfunkbeitrag für die Aufsichtsfunktionen der Landesmedienanstalten (§ 112 MStV) von potentiellem Nutzen für die Beitragspflichtigen sein, weil die „von ihnen ausgeübte Aufsicht über den privaten Rundfunk […] auch dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugutekommt".[354] Abgabenverfassungsrechtliche Zweifel an der Berechtigung und Verpflichtung Beitragsmittel für den Erwerb von Filmrechten einzusetzen, sind bei einem dieser Begründung offenkundig zugrunde liegenden Maßstab für die Anerkennung des individuellen Vorteils der Beitragszahler haltlos.

c) Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich Unterschiede von Gewicht und einer Bedeutung, die die Ausklammerung der Fernsehveranstalter aus einer Investitionsverpflichtung als Filmförderungsinstrument rechtfertigen, wenn diese Verpflichtung die Anbieter von Videoabrufdiensten trifft, tatsächlich auch bei einer sorgfältigeren Prüfung, als sie das BVerwG in seiner Rechtsprechung zur Filmabgabe angestellt hat, nicht finden lassen. Weder immunisiert Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich den Rundfunk gegenüber einer Gleichheit in der Belastung herstellenden bundesrechtlichen Heranziehung auch der Fernsehveranstalter zur Filmförderung (auch durch Investitionsverpflichtung) noch stehen der Funktionsauftrag des Rundfunks oder die Angebotsautonomie der Anstalten und Veranstalter einer solchen Inpflichtnahme entgegen. Vielmehr besteht zwischen der Pflicht zur Investition in europäische und deutsche Werke, auch wenn diese mit weiteren qualifizierenden Vorgaben verbunden wird (unabhängige Produktionen, erst Investitionen, Kinofilm), und dem Funktionsauftrag des Rundfunks eine sogar deutlich größere Sachnähe als zu den Geschäftsmodellen der Anbieter von internationalen Videoabrufdiensten. Mögliche einengende Wirkungen auf die Angebotsgestaltungsfreiheit (früher: „Programmautonomie") der Rundfunkveranstalter wiegen daher tendenziell weniger schwer als diejenigen, die internationale VoD-Dienstanbieter mit mutmaßlich strukturell geringerem Interesse an Filmen, in die bei einer qualifizierten Investitionsverpflichtung investiert werden muss, treffen. Sie berühren als inhaltsneutrale Vorgaben nicht den verfassungsrechtlich definitiv geschützten Kern der publizistischen Autonomie der

[354] BVerfGE 149, 222, Rn. 83; kritisch dazu Cornils, ZJS 2018, 627 (634).

Fernsehveranstalter und sind aus den die Verpflichtung tragenden Gründen der Erhaltung einer leistungsfähigen Struktur des Film Produktionsmarktes in Deutschland sowie der Gleichbehandlung aller dafür finanzierungsverantwortlichen Verwerter als Schranke (Art. 5 Abs. 2 GG), möglicherweise sogar (auch) als funktionssichernde Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) gerechtfertigt. Zielt die Investitionsverpflichtung sogar unmittelbar auf die Beschaffung von Filmrechten für die Angebote der Fernsehveranstalter, ist der Bezug zum Angebotsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten enger als bei der Filmabgabe. Er rechtfertigt damit auch jedenfalls die Verwendung von Mitteln aus dem Rundfunkbeitrag für die Erfüllung der Investitionsverpflichtung.

Diese Erwägungen sollten Anlass geben, eine Beschränkung der Investitionsverpflichtung nur auf eine Untergruppe audiovisueller Mediendiensteanbieter, namentlich VoD-Dienstanbieter, zu überdenken, um so das verfassungsrechtliche Risiko einer möglicherweise nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zu vermeiden. Auch im Verhältnis dieser beiden Gruppen von Dienstanbietern bleibt indes die skizzierte grundsätzliche Möglichkeit unbenommen, Differenzierungen bei der Investitionsverpflichtung im Zusammenwirken mit entsprechend ausgleichenden Belastungen bei der Filmabgabe zu rechtfertigen. Ob allerdings die – dann im Maß zudem ggf. anzupassende – Filmabgabe bei den Fernsehveranstaltern das sachgerechtere Instrument einer Filmförderung ist als die grundsätzlich freiheitsschonendere Investitionsverpflichtung, bleibt zweifelhaft.

4. Verschiedene Untergruppen von VoD-Dienstanbietern

Werden, anders als etwa im französischen Beispiel, bestimmte Untergruppen von VoD-Anbietern aus der Investitionsverpflichtung ausgenommen, etwa Anbieter von Einzeltransaktionsdiensten oder auch werbefinanzierte Videoabrufdienste, müsste auch dafür ein tragfähiger Sachgrund plausibel geltend gemacht werden können, aus dem sich ergibt, dass diese Dienste nicht oder nur in geringem Maß für die Förderung der Filmwirtschaft durch Direktinvestitionen in Anspruch genommen werden können. Ob sich derartige Zusammenhänge zwischen dem unterschiedlichen Geschäftsmodell und also der Art der Angebote und der Finanzierungsverantwortung herstellen lassen, erscheint indes fragwürdig. Jedenfalls wären solche Zusammenhänge zu ermitteln und darzulegen.

Nur wenig überzeugend als Argument für eine Nichterfassung der TVoD-Dienstanbieter erschiene der Grund, dass dieser Untergruppe nur eine randständige Bedeutung zukomme und sie typischerweise nur ein relativ geringes Umsatzvolumen erreichen würde. Jedenfalls dann, wenn die gesetzliche Regelung dadurch, dass eine Mindestumsatzschwelle für den Anwendungsbereich der Investitionsverpflichtung statuiert wird, ein allgemeines Instrument zur Verschonung relativ kleiner Unternehmen eingeführt hat, ist diesem Sachgrund durch eine solche Regelung bereits Rechnung getragen, und zwar in gleichheitsgerecht übergreifender, alle Dienstanbieter erfassender Weise. Liegen TVoD-Dienstanbieter unterhalb dieser Umsatzschwelle, sind sie ohnehin nicht von der Investitionsverpflichtung erfasst. Liegen sie indes in Einzelfällen mit ihren Umsätzen über dieser Untergrenze, trifft der Sachgrund der Verschonung umsatzschwacher Unternehmen in diesen Fällen nicht zu und träte ein Effekt problematischer Privilegierung gegenüber VoD-Dienstanbietern der anderen Kategorien ein, die mit gleichen Umsätzen der Investitionsverpflichtung unterfallen.

Diese Ungleichbehandlung lässt sich, wenn der Gesetzgeber eine den Anwendungsbereich der Investitionsverpflichtung schlechthin begrenzende Umsatzmindestschwelle vorsieht, mit dem Argument allein der typischerweise geringen Umsätze dieser Untergruppe schwerlich rechtfertigen.

Nicht ausgeschlossen, aber an dieser Stelle nicht ersichtlich wäre hingegen ein Ausschluss gerade dieser Untergruppe aus dem Anwendungsbereich aus anderen Sachgründen, etwa wegen typisierend gerade bei diesem Geschäftsmodell anzunehmender Besonderheiten, die gegen eine Verpflichtung zu Direktinvestitionen in Filme und Serien sprechen könnten. Profitieren allerdings auch diese Anbieter in vergleichbarer Weise wie die anderen VoD-Dienstanbieter von der Existenz und Entwicklung einer europäischen und nationalen Filmwirtschaft und können daher auch sie nicht schlechthin als von der Finanzierungsverantwortung der Filmverwerter, wenn diese grundsätzlich normativ durch die Einrichtung der Filmförderungsinstrumente auf Kosten der Verwerter begründet ist, ausgenommen betrachtet werden, müsste ein entsprechender die wirtschaftliche Gleichbehandlung sicherstellender Ausgleich bei der Belastung durch die Filmabgabe bewirkt werden.

Entsprechendes gilt auch für die AVoD-Dienstanbieter. Hielte es der Gesetzgeber beispielsweise für erwägenswert, für diese Untergruppe aus sachlich nachvollziehbarem Grund nur die Belastung mit der Filmabgabe vorzusehen (vgl. § 153 Abs. 1

FFG), die Investitionsverpflichtung indes nur auf Abonnementdienste zu begrenzen, so könnte eine solche Gestaltung durchaus gleichheitsgerecht sein, vorausgesetzt, dass die Abgabenbelastung auch in der Höhe ein Äquivalent für die wirtschaftliche Zusatzbelastung der anderen Untergruppe durch die Investitionsverpflichtung darstellt.

E. Literaturverzeichnis

Barczak, Tristan, Legislativbefugnisse im Lückenbereich – Eine methoden- und verfassungsrechtliche Kritik an der Verdrängung der Gesetzgebungskompetenz der Länder durch „absichtsvollen Regelungsverzicht“, in: Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG) 31 (2016), S. 154.

Becker, Jürgen, Verfassungsrechtliche Vorgaben einer Bundesfilmförderung, ZUM 2010, 752.

Bickenbach, Christian, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014.

Binder, Reinhart/Vesting, Thomas, Beck`scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018.

Brade, Alexander, Die horizontale Eingriffsaddition, DÖV 2019, 8552.

Brandt, Edmund, Regulierte Selbstregulierung im Umweltrecht, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 123

Castendyk, Oliver, Die deutsche Filmförderung, 2008.

Cornils, Matthias, „Fokussierung und Flexibilisierung“: Anspruch und Wirklichkeit der Auftragsreform für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in FS Dörr, 2022, 817.

Cornils, Matthias, Der medienrechtliche Auskunftsanspruch in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, DÖV 2013, 657.

Cornils, Matthias, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005.

Cornils, Matthias, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG, 5. Aufl. 2023 (i. Dr.), Einleitung.

Cornils, Matthias, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2022, Bd. IV, § 120: Rundfunkfreiheit (S. 684 ff.).

Cornils, Matthias, Revitalisierung des Binnenpluralismus, K&R 2014, 386.

Cornils, Matthias, Vertragsfreiheit und kartellrechtlicher Kontrahierungszwang, NJW 2001, 3758

Cornils, Matthias, Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, 2011.

Cornils, Matthias, Entscheidungsbesprechung zu BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a. – Rundfunkbeitrag, ZJS 2018, 672.

Cornils, Matthias, Sicherstellung der technischen Infrastruktur durch Markt und Staat, Der Landkreis 2019, 246.

Cornils, Matthias, Behördliche Kontrolle sozialer Netzwerke: Netzkommunikation und das Gebot der Staatsferne, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.)), Netzwerkrecht, 2018, S. 217 ff.

Cornils, Matthias, „Staatsferner“ Jugendmedienschutz als Verfassungsgebot: ein Missverständnis, DÖV 2022, 1.

Cornils, Matthias/Gessinger, Katrin, Möglichkeiten öffentlicher Förderung von Lokal- und Regionaljournalismus unter Wahrung der Staatsferne, AfP 2021, 285.

Degenhart, Christoph, § 16 Medienwirtschaftsrecht, in: Schulte/Kloos (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016.

Dempfle, Ulrich, Normvertretende Absprachen, 1994.

Di Fabio, Udo, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235.

Di Fabio, Udo, Selbstverpflichtung der Wirtschaft – Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, JZ 1997, 969.

Dörr, Dieter, Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Filmförderung in Deutschland, ZUM 2010, 746.

Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert, Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 100. Lieferung, 2023.

Eifert, Martin, § 19 Regulierungsstrategien, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, S. 1381 ff.

Eifert, Martin, Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 137.
Faber, Angela, Gesellschaftsrechtliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Selbstverpflichtungen 2001.

Fischer, Marion, Das Verhältnis zwischen Rundfunkveranstaltern und freien Produzenten im Lichte der Filmförderung, 2017.

Fluck, Jürgen/Schmitt, Thomas, Selbstverpflichtungen und Umweltvereinbarungen – rechtlich gangbarer Königsweg deutscher und europäischer Umweltpolitik?, VerwArch89 (1998), 220.

Freys, Alexander, Zur Novelle des FFG 2014, ZUM 2013, 858.

Gärtner, Stefan/Gottschalck, Sascha, Novelle zum Filmförderungsgesetz aus Sicht des privaten Rundfunks, ZUM 2008, 742.

Geier, Heike, Der neue Filmförderfonds und die geplante Verschärfung der europäischen Beihilfenkontrolle, ZUM 2007, 178.

Geißler, Birgit, Staatliche Kunstförderung nach Grundgesetz und Recht der EG, 1995.

Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris (Hrsg.), Informations- und Medienrecht, 2. Aufl. 2021 (zugleich: BeckOK InfoMedienR, laufend aktualisiert).

Gundel, Jörg, Nationale Programmquoten im Rundfunk: Vereinbar mit den Grundfreiheiten und der Rundfunkfreiheit des Gemeinschaftsrechts?, ZUM 1998, 1002.

Hain, Karl-E./Wierny, Thomas, Filmförderung vor dem Hintergrund von Programmautonomie und Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Anstalten, K&R 2013, 448.

Hartstein, Reinhard u.a., Medienstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Heidelberger Kommentar (Loseblatt, Stand: 96. AL, Mai 2023)Haversath, Peter, Zur Legitimation des Kulturstaats. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung staatlicher Kunstförderung, 2018.

Herbst, Tobias, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, 2014.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, Bd. VIII., 3. Aufl. 2010.

Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 218. Aktualisierung (12/2022).

Kasten, Jürgen, Das kulturwirtschaftliche Ziel bleibt unscharf. Zur Novelle des Filmförderungsgesetzes aus Sicht der Urheber, ZUM 2008, 751.

Klafki, Andreas, Die Film- und Medienförderung in Deutschland und Europa im Umbruch, EWS 2022, 121.

Klement, Jan Henrik, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AöR 134 (2009), 35.

Köstlin, Thomas, Die Kulturhoheit des Bundes, 1989.

Kong, Jin-Seong, Die Filmförderungskompetenz des Bundes, 2009.

Kreile, Johannes, Der Film siegt als Wirtschafts- und Kulturgut, ZUM 2014, 324.

Kreile, Johannes, Der Zweitverwertungsmarkt – Ein Weg zur Stärkung der Unabhängigkeit der Produzenten, ZUM 2000, 364.

Ladeur, Karl-Heinz, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer „Logik der Netzwerke“, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 59.

Löffler, Martin, Presserecht, 7. Aufl. 2023.

Lütje, Stefan/Conrad, Niklas, Die europarechtliche Zulässigkeit der Einbeziehung von Video-on-Demand-Anbietern mit Sitz im Ausland in die Verpflichtung zur Leistung einer Filmabgabe, ZUM 2014, 749.

Mannsen, Gerrit, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994.

Michael, Lothar, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2002.

Neumann, Thomas, Das Recht der Filmförderung in Deutschland, 2016.

Pabel, Katharina, Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kunst, 2003.

Pense, Andreas, Der urheberrechtliche Filmherstellerbegriff des § 94 UrhG, ZUM 1999, 121.

Pres, Sascha, Filmwirtschafts- oder Kulturförderung?, DÖV 2009, 155.

Raue/Hegemann (Hrsg.), Münchner Anwalts-Handbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017. 2017

Riemer, Konrad, Investitionspflichten der Betreiber von Elektrizitätsübertragungsnetzen, 2017.

Schauf, Hannah, Filmförderung in Deutschland und UK, 2021.

Schmidt-Preuß, Matthias, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 (170 f.).

Schröder, Ulrich, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, 2007.

Schuppert, Gunnar Folke, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, 201.

Schwarz, Mathias, Handbuch Filmrecht, 6. Aufl. 2021.

Schwarz, Mathias, Der Entwurf für ein Filmförderungsgesetz 2009, ZUM 2008, 730.

Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 10, 2002.

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019.

Stettner, Rupert Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983.

Strobel, Tobias, Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber, 2017.

Stürmer, Verena, Regulierte Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht, 2022.

Thoma, Anselm Christian, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008.

Uhle, Arnd, Normativ-rezeptive Kompetenzzuweisung und Grundgesetz, 2005.

Von Have, Harro/Harris, Sara Ann, Der neue kulturelle Test des Filmförderungsgesetzes, ZUM 2009, 470.

Von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, hrsg. v. Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, 7. Aufl. 2018.

Von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021.

Wagner, Eva Ellen, Unions- und verfassungsrechtliche Spielräume einer Flexibilisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ZUM 2022, 165.

Wagner, Eva Ellen, Die Gegengewichtsfunktionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, AfP 2022, 377.

Weber, Peter, Die Novelle zum Filmförderungsgesetz aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZUM 2008, 736.

Wieland, Joachim, Finanzverfassungsrechtliche Rechtsfragen der Förderung unabhängiger Produzenten aus dem Aufkommen des Rundfunkbeitrags, ZUM 2016, 134.