

E) Vereinbarkeit mit europäischem Recht

I. Maßstäbe

Nimmt man das Investitionsverpflichtungsgesetz abschließend auch aus europarechtlicher Perspektive in den Blick, so sind hier vor allem die AVMD-Richtlinie sowie – außerhalb des sekundärrechtlich harmonisierten Bereichs – die Grundfreiheiten nach dem AEUV als Prüfungsmaßstäbe in Anschlag zu bringen.³³⁰

Das europäische Beihilfenrecht kommt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bei einer Direktinvestitionsverpflichtung, wie sie mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz eingeführt werden soll, demgegenüber nicht zur Anwendung. Unter einer Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV versteht der EuGH grundsätzlich nur solche Vorteile, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden.³³¹ Das ist etwa bei der Filmabgabe und den aus der Sonderabgabe geförderten Werken der Fall, nicht hingegen bei den Investitionspflichten nach dem geplanten Investitionsverpflichtungsgesetz. Denn der damit einhergehende Vorteil für die deutsche Filmindustrie wird nicht unmittelbar vom Staat oder über eine von ihm benannte oder geschaffene Einrichtung gewährt. Dass Direktinvestitionsverpflichtungen keine Beihilfen sind, hat der Gerichtshof mit Blick auf eine ältere spanische Regelung zu Investitionsverpflichtungen in der Rechtssache UTECA, auf die später noch näher einzugehen ist,³³² bereits ausdrücklich entschieden.³³³

330 Näher sogleich unter E II 2.

331 Zu den Einzelheiten *Heike Schweitzer/Ernst-Joachim Mestmäcker*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV Abs. 1, Rdnr. 271 ff.

332 E II 3 c.

333 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, UTECA, ECLI:EU:C:2009:124, Rdnr. 41 ff.

II. Investitionsverpflichtung

1. Mögliche Ausnahme vom Herkunftslandprinzip

Mit der Einführung einer Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf bewegt sich der deutsche Gesetzgeber im Anwendungsbereich der Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste von 2018,³³⁴ die die frühere Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ (Fernsehrichtlinie)³³⁵ abgelöst hat. Die Richtlinie, die die innerstaatliche Gesetzgebung für audiovisuelle Medien koordiniert, hat neben weiteren Inhalten nicht zuletzt auch die Förderung europäischer Werke zum Inhalt.³³⁶ Neben den (rechtlich ausgesprochen fragwürdigen) Quotenbestimmungen für das lineare Fernsehen in Art. 16 und 17 AVMD-RL sowie für die VoD-Anbieter in Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL,³³⁷ thematisiert Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie die Auferlegung fi-

334 Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.11.2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABl. 2018 L 303, 69.

335 Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. 1989 L 2998, 23, in der Fassung der Berichtigung durch ABl. 1989 L 331, 51.

336 Zu den Inhalten der Richtlinie näher etwa *Dieter Dörr*, Volker- und europarechtliche Dimension des Medienrechts, in: *Dieter Dörr/Johannes Kreile/Mark D. Dole* (Hrsg.), *Handbuch Medienrecht*, Abschnitt B, Rdnr. 62 ff.; *Jenny Weinand*, UFITA 2018, 260 ff.; *Jörg Gundel*, ZUM 2019, 131 ff.; *Jan Oster/Eva Ellen Wagner*, Kommunikation und Medien, in: *Manfred A. Dausen/Markus Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, E.V., Rdnr. 43 ff.

337 Fraglich ist nicht allein ihr medienpolitischer Nutzen. Zweifelhaft ist insbesondere auch die Vereinbarkeit der entsprechenden Normen mit dem Primärrecht und dem Internationalen Wirtschaftsrecht. So kann man mit Fug und Recht bereits hinterfragen, auf welche Kompetenzgrundlage sich die Union dabei eigentlich stützt und ob nicht Art. 167 AEUV einer Koordinierung entgegensteht (vgl. dazu etwa *Jan Oster/Eva Ellen Wagner*, Kommunikation und Medien, in: *Manfred A. Dausen/Markus Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, E.V., Rdnr. 70). Im Lichte der Grundrechte der Veranstalter aus Art. 11 GRCh und Art. 10 EMRK sowie der Dienstleistungsfreiheit fehlt es aber vor allem auch an der Geeignetheit und der Erforderlichkeit solcher Quotenregelungen (vgl. dazu etwa *Armin v. Bogdandy*, EuZW 1992, 9 (15); *Jan Oster/Eva Ellen Wagner*, Kommunikation und Medien, in: *Manfred A. Dausen/Markus Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, E.V., Rdnr. 71. Und nicht zuletzt ist angesichts des protektionistischen Ansatzes, der sich vor allem gegen die US-amerikanische Filmwirtschaft richtet, die Vereinbarkeit der Bestimmungen mit dem GATS zweifelhaft (siehe nur *Armin v. Bogdandy*, EuZW

nanzieller Beiträge für Mediendiensteanbieter, um die es im Kontext des Investitionsverpflichtungsgesetzes geht. In dieser Norm heißt es:

„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 Fonds, 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.“

Die Richtlinie schreibt den Mitgliedstaaten die Einführung einer Direktinvestitionspflicht mit dieser Regelung keineswegs vor.³³⁸ Das macht bereits der Wortlaut der Norm deutlich („Verpflichten die Mitgliedstaaten...“). Insoweit ist es auch rechtlich unzutreffend, wenn in der Gesetzesbegründung zum Investitionsverpflichtungsgesetz die Rede davon ist, das Gesetz diene „der Umsetzung von Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL“.³³⁹

Der normative Regelungsgehalt des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL besteht vielmehr vor allem³⁴⁰ darin, dass diese Norm eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip ermöglicht, das ansonsten einen normativen Eckpfeiler der gesamten AVMD-Richtlinie bildet.³⁴¹ Entscheiden sich die Mitgliedsstaaten für die Einführung einer finanziellen Verpflichtung im Sinne des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL, dann können sie diese auch den Medienanbietern aus anderen Mitgliedsstaaten auferlegen, wenn das Angebot der grenzüberschreitenden Dienste auf Zuschauer in ihrem Gebiet abzielt. Gäbe es diese Option einer Abweichung vom Herkunftslandprinzip in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL nicht, könnte Deutschland eine Investitionsverpflichtung richtigerweise ausschließlich Mediendiensteanbietern auferlegen, die der eige-

1992, 9 (15 ff.); Carola Drechsler, Europäische Förderung audiovisueller Medien zwischen Welthandel und Anspruch auf kulturelle Vielfalt, S. 210 ff.).

338 Francisco Javier Cabrera Blázquez/Maja Cappello/Julio Talavera Milla/Sophie Valais, Investitionen in europäische Werke: die Verpflichtungen der VoD-Anbieter, S. 16.

339 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung europäischer Werke durch Direktinvestitionen (Investitionsverpflichtungsgesetz, InvestVG), S. 2.

340 Zu einschränkenden Regelungsgehalten sogleich E II 2.

341 Mark D. Cole/Christina Etteldorf, Implementation of the revised Audiovisual Media Services Directive, S. 12 ff.; Francisco Javier Cabrera Blázquez/Maja Cappello/Julio Talavera Milla/Sophie Valais, Investitionen in europäische Werke: die Verpflichtungen der VoD-Anbieter, S. 16.; vgl. zur Vorläuferfassung der Richtlinie auch Stefan Lütje/Niklas Conrad, ZUM 2014, 749 (752).

nen Rechtshoheit unterstehen, nicht aber grenzüberschreitenden Diensten aus anderen Mitgliedstaaten.³⁴²

2. Grenzen

Entscheidet sich ein Mitgliedstaat dazu, Mediendiensteanbietern finanzielle Beiträge zur Produktion europäischer Werke aufzuerlegen, ist er dabei allerdings nicht vollständig frei, sondern muss vielmehr eine Reihe von Vorgaben beachten, die die Spielräume der rechtlichen Ausgestaltung beschränken. Diese Grenzen betreffen Berechnungsgrößen und Umsatzschwellen für entsprechende Investitionspflichten (a), die Verpflichtung auf Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit (b) sowie die Verpflichtung auf die Widerspruchsfreiheit zur AVMD-RL und zum übrigen europäischen Recht (c).

a) Berechnungsgrößen und Umsatzschwellen

Art. 13 der AVMD-Richtlinie enthält in verschiedenen Absätzen Regelungen zur Bemessung der finanziellen Beiträge und zur Umsatzschwelle, ab der die Mediendiensteanbieter für die Förderung europäischer Werke herangezogen werden dürfen. So stellt Absatz 3 S. 1 der Norm klar, dass finanzielle Beiträge, die Medienanbietern aus einem anderen Mitgliedstaat auferlegt werden, ausschließlich auf denjenigen Einnahmen beruhen dürfen, die in den betreffenden Zielstaaten erwirtschaftet werden. Auch muss der nationale Gesetzgeber etwaige von Zielmitgliedstaaten auferlegte finanzielle Verpflichtungen berücksichtigen, Art. 13 Abs. 3 S. 2 AVMD-RL. Die Richtlinie schränkt darüber hinaus auch den Kreis der möglichen Verpflichtungsadressaten ein. Nach Maßgabe des Art. 13 Abs. 6 AVMD-RL müssen Mediendiensteanbieter mit geringen Umsätzen oder geringen Zuschauerzahlen von einer finanziellen Verpflichtung ausgenommen werden, um auf diese

342 Soweit der Norm zum Teil unter Hinweis auf die beihilferechtliche Prüfung des deutschen Filmförderungsgesetzes durch die Kommission im Jahr 2016 ein lediglich deklaratorischer Charakter beigemessen wird (so *Jörg Gundel*, ZUM 2019, 131, 136), so kann dem insbesondere mit Blick auf die Direktinvestitionen, die dem Beihilferecht nicht unterfallen (siehe dazu bereits unter E I), nicht gefolgt werden.

Weise weder die Marktentwicklung zu untergraben noch neuen Marktteilnehmern den Marktzutritt zu erschweren.³⁴³

b) Verhältnismäßigkeit und Diskriminierungsfreiheit

Entscheidender für die Ausgestaltung finanzieller Pflichten für Medienanbieter sind freilich die weiteren rechtlichen Vorgaben der AVMD-Richtlinie, die die inhaltlichen Spielräume der Mitgliedstaaten bei einer Einführung finanzieller Beiträge zur Förderung europäischer Werke substantiell beschränken. Das gilt namentlich für die in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL gezogenen Grenzen, wonach alle finanziellen Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten Mediendiensteanbietern aus anderen Mitgliedstaaten auferlegen wollen, sowohl verhältnismäßig als auch diskriminierungsfrei sein müssen.

Die AVMD-Richtlinie greift mit diesen beiden bedeutsamen Schranken zwar ersichtlich allgemeine Grundsätze des Unionsrechts auf, wie sie nicht zuletzt auch im Rahmen der Grundfreiheiten nach dem AEUV Geltung beanspruchen. Durch die explizite Verankerung innerhalb der Richtlinie bildet die sekundärrechtliche Regelung in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL aber zum einen selbst den unmittelbaren normativen Maßstab, an dem die entsprechenden rechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten zu finanziellen Verpflichtungen für audiovisuelle Mediendienste zu messen sind.³⁴⁴ Und zum anderen führt die sekundärrechtliche Verankerung in der AVMD-Richtlinie auch dazu, dass die Vorgaben der Verhältnismäßigkeit und der Diskriminierungsfreiheit unabhängig von einer Beeinträchtigung der Grundfreiheiten im Binnenmarkt für die Mitgliedstaaten verbindliche Grenzen der rechtlichen Ausgestaltung errichten.

c) Kein sonstiger Widerspruch zur AVMD-RL und zum Primärrecht

Darüber hinaus dürfen die Regelungen der Mitgliedstaaten auch nicht den weiteren Inhalten und der Zielsetzung der AVMD-Richtlinie widersprechen.³⁴⁵ Und schließlich stellt Art. 13 Abs. 3 S. 3 AVMD-RL deklaratorisch

343 Was genau geringe Zuschauerzahlen und geringe Umsätze sind, legt die Kommission nach Konsultation des Kontaktausschusses fest, Art. 13 Abs. 7 AVMD-RL.

344 Wobei die Begriffe im Licht des Primärrechts auszulegen sind.

345 GA Kokott, Schlussantrag v. 4.9.2009 – C-222/07, Rdnr. 34 – UTECA; Tobias Brings-Wiesen, in: Gerald Spindler/Fabian Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Abschnitt B, Rdnr. 109.

fest, dass die mitgliedstaatlichen Beitragspflichten auch mit dem übrigen Unionsrecht in Einklang stehen müssen.

3. Folgerungen für die geplante Investitionsverpflichtung

Misst man die geplante Investitionsverpflichtung an diesen Maßstäben, erweisen sich namentlich die vom Investitionsverpflichtungsgesetz ausgehende Ungleichbehandlung zwischen den Anbietern linearen Fernsehens und den VoD-Anbietern (a), die Hauptinvestitionsquote in Höhe von 20 % des Vorjahresumsatzes (b) sowie die geplante Subquote für audiovisuelle Werke in deutscher Originalsprache in Höhe von mindestens 70 % (c) als nicht mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar.

a) Kreis der Verpflichtungsadressaten

So sehr sich der Entwurf des Investitionsverpflichtungsgesetzes ansonsten in vielen Aspekten am Beispiel Frankreichs orientiert:³⁴⁶ Beim Kreis der Verpflichtungsadressaten weicht der bisherige Diskussionsentwurf von der französischen Blaupause in einem entscheidenden Punkt ab. Denn während in Frankreich, ebenso wie etwa in Italien, die dort bereits bestehenden Investitionsverpflichtungen für das lineare Fernsehen in der jüngeren Vergangenheit lediglich zusätzlich auch auf die VoD-Anbieter erstreckt worden sind, sollen in Deutschland die Anbieter linearer Dienste von der geplanten Investitionsverpflichtung vollständig ausgenommen werden. Davon war oben bereits die Rede.³⁴⁷ Diese Ungleichbehandlung verstößt aufgrund der fehlenden sachlichen Rechtfertigung nicht allein gegen Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes. Sie verletzt auch die Vorgaben des europäischen Rechts.

Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ist aus denselben Gründen wie im Rahmen des Verfassungsrechts³⁴⁸ erstens nicht mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar, das die AVMD-Richtlinie in Art. 13 Abs. 2 aufstellt. Es spricht viel dafür, dass dieses Erfordernis nicht nur spezielle Ungleichbehandlungen etwa aufgrund der Unternehmensniederlassung oder der Staatsangehörigkeit verhindern soll,³⁴⁹ sondern vielmehr

346 Siehe unter D II 6 b bb.

347 D II 9.

348 D II 9.

349 Dazu sogleich E II 3 c cc.

auch das allgemeinere Verbot umfasst, Gleiches ungleich zu behandeln. Auch der Europäische Gerichtshof verwendet in seinen Entscheidungen die Begriffe der Nichtdiskriminierung und der Gleichheit bekanntlich vielfach synonym.³⁵⁰ Wäre der Terminus hingegen enger zu verstehen, bliebe die Ungleichbehandlung auch dann unzulässig, weil in diesem Fall der allgemeine Gleichheitssatz als unionsrechtlicher Grundsatz anwendbar wäre, der nicht minder strenge Anforderungen an die Gleichbehandlung stellt.

Der deutsche Gesetzgeber würde mit der geplanten Beschränkung der Investitionsverpflichtung auf die VoD-Anbieter zweitens aber auch eine zentrale Zielsetzung der Richtlinie konterkarieren. Die AVMD-Richtlinie von 2018 hat ungeachtet eines Systems der abgestuften Regulierung³⁵¹ gerade auch mit Blick auf die Förderung europäischer Werke bewusst ein weitgehendes *level playing field* für den gesamten audiovisuellen Sektor geschaffen.³⁵² Das macht mit Blick auf die Förderung europäischer Werke bereits der Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL deutlich, der im Unterschied zum ersten Absatz der Norm gerade nicht ausschließlich für VoD-Anbieter gilt, sondern im Gegenteil alle Anbieter audiovisueller Mediendienste gleichermaßen umfasst.³⁵³ Wenn aber ein grundlegendes Ziel der AVMD-Richtlinien darin besteht, im Sinne eines „*same service – same rules*“ grundsätzlich faire rechtliche Rahmenbedingungen für alle audiovisuellen Mediendienste im Wettbewerb zu etablieren,³⁵⁴ dann kann der deutsche Gesetzgeber mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz nicht ausschließlich die VoD-Anbieter in die Pflicht nehmen und die Anbieter linearen Rundfunks von der Investitionsverpflichtung ausnehmen, obwohl gerade Letztere durch die Pflicht

350 Siehe etwa EuGH, Urteil v. 13.4.2000 – Rs. C-292/97 (Karlsson), Slg. 2000, I-2737, Rdnr. 38. Vgl. zum Verhältnis der Begriffe und möglichen Differenzierungen Stefan Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 26; Florian Huerkamp, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 15 f.

351 Jan Oster/Eva Ellen Wagner, Kommunikation und Medien, in: Manfred A. Dausen/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.V., Rdnr. 46 ff.

352 Tobias Brings-Wiesen, AfP 2016, 323 (326); Mark D. Cole, UFITA 2019, 520 (534); Jan Oster/Eva Ellen Wagner, Kommunikation und Medien, in: Manfred A. Dausen/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.V., Rdnr. 68. Kritisch hinsichtlich der mangelnden Konsequenz des Ansatzes Claus Grewenig, MMR 2017, 649 (649 f.).

353 So zu Recht auch Francisco Javier Cabrera Blázquez/Maja Cappello/Julio Talavera Milla/Sophie Valais, Investitionen in europäische Werke: die Verpflichtungen der VoD-Anbieter, S. 18; vgl. auch Mark D. Cole, UFITA 2019, 520 (534).

354 Tobias Brings-Wiesen, AfP 2016, 323 (326).

deutlich weniger beschwert werden als die an ein internationales Publikum gerichteten Videoabrufdienste.³⁵⁵

b) Hauptinvestitionsquote

Den Maßstäben der ADMR-Richtlinie wird auch die im InvestVG-E vorgesehene Hauptinvestitionsquote in Höhe von 20 % des Vorjahresumsatzes nicht gerecht. Sie genügt nicht dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit aus Art. 13 Abs. 2 AEUV. Die Quote ist nicht erforderlich, weil sie über das hinausgeht, was zur Förderung europäischer Werke vonnöten ist. Die Gründe dafür sind oben bereits im Rahmen der Grundrechtsprüfung im Einzelnen dargelegt worden³⁵⁶ und können auf die Prüfung am Maßstab der AVMD-Richtlinie im Wesentlichen übertragen werden.

Dass eine derart hohe Investitionsquote nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig ist, deckt sich auch mit der Einschätzung der Kommission, die sie jüngst in einer Stellungnahme im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens geäußert hat. Die Stellungnahme der Kommission vom 15.12.2023 bezog sich auf ein italienisches Gesetz, das eine Investitionsquote von 18 % zum 1.1.2023 und 20 % zum 1.1.2024 des jährlichen Nettoeinkommens vorsieht. Wörtlich heißt es dazu: „Die in dem notifizierten Entwurf geforderten Beiträge sind wesentlich höher als die Beiträge, die nach der zitierten Rechtsprechung als verhältnismäßig angesehen werden.“³⁵⁷ Dass Italien zur Begründung der Quotenhöhe im Notifizierungsverfahren lediglich einen Vergleich zur französischen Regelung angeboten hat, hat die Kommission zu Recht nicht überzeugt. Im Gegenteil hat sie explizit darauf verwiesen, dass sie auch die französischen Quotenregelungen bereits entsprechend kritisiert habe: „In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission auch den französischen Behörden die Notwendigkeit mitgeteilt hat, die Verhältnismäßigkeit des genannten Gesetzes und seine Beitragsschwellen zu rechtfertigen. (...) Die im französischen und italienischen System festgelegten Beitragsschwellen sind die höchsten in der EU.“³⁵⁸

Dasselbe Schicksal würde daher auch eine entsprechende deutsche Regelung ereilen, sollte sich der Gesetzgeber für eine Hauptinvestitionsquote in Höhe von 20 % des Vorjahresumsatzes entscheiden.

355 Vgl. dazu bereits die Argumente oben unter D II 9.

356 D II 6.

357 *Europäische Kommission*, Stellungnahme vom 15.12.2023, C (2023) 9083 final, S. 10.

358 *Europäische Kommission*, Stellungnahme vom 15.12.2023, C (2023) 9083 final, S. 10.

c) Subquote für Werke in deutscher Originalsprache

Als besonders problematisch erweist sich mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben vor allem aber auch die im europäischen Vergleich außergewöhnlich hohe Quote für Werke in deutscher Originalsprache von mindestens 70 % der Gesamtinvestitionssumme, die der Diskussionsentwurf eines Investitionsverpflichtungsgesetzes in § 3 Abs. 2 Nr. 1 vorsieht.

aa) Europäische Werke

Die AVMD-Richtlinie spricht in Art. 13 Abs. 2 ausschließlich von der Produktion „europäischer Werke“. Eine Bestimmung über die Zweckbindung eines Teils des Förderbeitrags für Werke in der Amtssprache eines Mitgliedstaats enthält die Norm hingegen nicht. Das allein schließt es allerdings noch nicht aus, dass das Investitionsverpflichtungsgesetz im Rahmen der Förderung europäischer Werke auch die Investition in deutscher Originalsprache vorsieht. Denn europäische Werke sind nach der Legaldefinition in Art. 1 lit. n AVMD-RL „(i) Werke aus den Mitgliedstaaten, (ii) Werke aus europäischen Drittländern, die Vertragsparteien des Europäischen Übereinkommens über grenzüberschreitendes Fernsehen des Europarats sind“ sowie „(iii) Werke, die im Rahmen der zwischen der Union und Drittländern im audiovisuellen Bereich geschlossenen Abkommen in Koproduktion hergestellt werden und die den in den einzelnen Abkommen jeweils festgelegten Voraussetzungen entsprechen.“ Zu den Werken aus den Mitgliedsstaaten können fraglos auch solche gehören, die in deutscher Originalsprache gedreht werden, wenn sie die oben genannten Voraussetzungen erfüllen.

Eine ganz andere Frage ist allerdings, ob eine derart hohe Quote für deutschsprachige Werke, wie sie der Entwurf des Investitionsverpflichtungsgesetzes vorsieht, mit den rechtlichen Vorgaben und der Zielsetzung der AVMD-Richtlinie sowie dem Primärrecht in Einklang steht. Denn dass auch deutschsprachige Werke europäische Werke sein können, bedeutet nicht, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die in Art. 13 Abs. 2 AVMD-Richtlinie eingeräumte Möglichkeit einer Ausnahme vom Herkunftsland dazu zu nutzen, um vor allem Werke zu fördern, die in der eigenen Landessprache produziert werden.

bb) Förderung der deutschen Sprache als Ziel?

Dass der deutsche Gesetzgeber die Investition zusätzlich mit der deutschen Sprache verknüpft, schränkt mehrere durch den AEUV verbürgte Grundfreiheiten ein. Die Quote für Werke in deutscher Originalsprache beschränkt den freien Dienstleistungsverkehr, die Niederlassungsfreiheit, den freien Kapitalverkehr und die Arbeitnehmerfreizügigkeit.³⁵⁹ Beschränkungen der im AEUV verbürgten Grundfreiheiten kommen aber nur dann in Betracht, wenn sie sich durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses legitimieren lassen. Da eine Förderung gerade der deutschen Filmwirtschaft nicht mit den Zielen der AVMD-Richtlinie und den Grundfreiheiten vereinbar ist, muss die Rechtfertigung der Quote für Werke in deutscher Originalsprache ein sprachbezogenes Allgemeininteresse sein.

Einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses sieht der Europäische Gerichtshof grundsätzlich im Schutz und der Förderung der Amtssprachen innerhalb der Union. Im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung hat er dies in der Rechtssache UTECA im Jahr 2009 explizit auch mit Blick auf Investitionsquoten für audiovisuelle Mediendienste befunden.³⁶⁰ Gegenstand des damaligen Vorabentscheidungsverfahrens war eine spanische Regelung, die vorsah, dass Fernsehveranstalter in Spanien 5 % ihrer Jahreseinkünfte in europäische Spiel- und Fernsehfilme investieren mussten und davon wiederum 60 % in die Finanzierung von Werken in einer der Amtssprachen Spaniens.

Die Förderung der deutschen Sprache ist allerdings keines der Ziele, die die Bundesbeauftragte für Kultur und Medien mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz eigentlich primär verfolgt. Die Entwurfsbegründung erwähnt den Schutz und die Förderung der deutschen Sprache nur ganz beiläufig und eher pflichtschuldig.³⁶¹ Vielmehr steht hier die Wirtschaftsförderung der deutschen Produktionswirtschaft ganz im Vordergrund.³⁶² Weil

359 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, UTECA, ECLI:EU:C:2009:124, Rdnr. 24; GA Kokott, Schlussantrag v. 4.9.2009 – C-222/07, UTECA, ECLI:EU:C:2008:468, Rdnr. 74 ff. Im Fall des deutschen Investitionsverpflichtungsgesetzes sind die Wirkungen freilich noch einmal deutlich stärker, weil hier – anders als in der Rechtssache UTECA – nicht allein deutsche Anbieter, sondern auch die Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten betroffen sind.

360 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, UTECA, ECLI:EU:C:2009:124, Rdnr. 27–29.

361 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung europäischer Werke durch Direktinvestitionen (Investitionsverpflichtungsgesetz, InvestVG), S. 5.

362 Siehe bereits oben ausführlich unter D II 4 a.

es europarechtlich aber schwer zu rechtfertigen wäre, die Investitionsverpflichtung mit einer Standortpflicht für die Produktion in Deutschland zu verbinden (die aus Sicht der heimischen Wirtschaftsförderung vorzugswürdig gewesen wäre), knüpft der Entwurf stattdessen an die Sprache an, in der Hoffnung, dass dies ebenfalls der deutschen Filmindustrie zugutekommt. Mit Händen zu greifen ist dieser Zusammenhang in einer Fußnote des Eckpunktepapiers zur Investitionsverpflichtung. Dort heißt es: „Klar ist, dass deutschsprachige Werke auch im Ausland produziert werden können und ein Standorteffekt ggf. ausbleibt. Standortbezogene Kriterien wären jedoch mglw. unionsrechtlich unzulässig (...).“³⁶³

Doch selbst wenn man unterstellt, dass die Subquote für Produktionen in deutscher Originalsprache tatsächlich dem Schutz und der Förderung der deutschen Sprache dienen soll, wäre diese Regelung mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung, die die AVMD-Richtlinie in Art.13 Abs.2 aufstellt und die auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie von den Grundfreiheiten vorausgesetzt werden, nicht zu vereinbaren.

cc) Verhältnismäßigkeit und Nichtdiskriminierung

Um mit der Verhältnismäßigkeit zu beginnen: Während man der Sprachquote die Eignung zur Förderung der Sprache nicht absprechen kann,³⁶⁴ ist die Regelung zur Erreichung dieses Ziels nicht erforderlich. Zwar steht es der Erforderlichkeit im Lichte des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache UTECA nicht entgegen, dass die Subquote für Werke in deutscher Originalsprache allein ein sprachliches Kriterium und keine weiteren kulturellen Anforderungen aufstellt. Nach Ansicht des Gerichtshofs muss aufgrund des inneren Zusammenhangs von Sprache und Kultur das von einem Mitgliedstaat verfolgte Ziel der Förderung und des Schutzes einer Amtssprache nicht notwendig noch von weiteren kulturellen Kriterien flankiert werden.³⁶⁵ In der vorgesehenen Höhe von 70 % der gesamten

363 Eckpunktepapier der Bundesbeauftragten für Kultur und Medien vom 28.09.2023, S. 2, Fußnote 6.

364 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, UTECA, ECLI:EU:C:2009:124, Rdnr. 29; *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 28.

365 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, UTECA, ECLI:EU:C:2009:124, Rdnr. 32 f.

Investitionsverpflichtung geht die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 InvestVG-E statuierte Subquote aber erheblich über das hinaus, was zur Pflege der deutschen Sprache objektiv erforderlich ist. Dabei lässt sich auch an dieser Stelle nicht darauf verweisen, dass eine geringere Quote nicht gleichermaßen geeignet wäre,³⁶⁶ Auch hier würde man das Instrument ansonsten schlichtweg an sich selbst messen.³⁶⁷

Ist die Quote schon im Interesse der Wirtschaftsförderung des deutschen Films nicht erforderlich,³⁶⁸ ist sie es noch weniger zum Schutz bzw. der Förderung der deutschen Sprache. Denn der Film ist nur eines von vielen kulturellen Medien in deutscher Sprache. Neben ihm fördern die deutsche Sprache beispielsweise auch das Buch, die Zeitung, der Hörfunk, das Schauspiel, die Oper oder die Musik. Zudem wird die deutsche Sprache auch in den Schulen gelehrt und in anderen Kontexten gefördert. Dass das Gros der Förderung des europäischen Films gerade in die deutsche Sprache investiert werden muss, geht über das Erforderliche weit hinaus.

Der deutsche Entwurf des Investitionsverpflichtungsgesetzes kann sich – anders als es die Entwurfsbegründung insinuiert³⁶⁹ – auch nicht auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache UTECA berufen. Und das nicht nur, weil es bei der fraglichen spanischen Regelung allein um eine Vorgabe für spanische Fernsehveranstalter und nicht für grenzüberschreitende Dienste handelte. (Dieses Gesetz wurde im Übrigen nach der Entscheidung des EuGH vom spanischen *Tribunal Supremo* wegen Verstoßes gegen die in der spanischen Verfassung verankerte Wirtschaftsfreiheit verworfen.³⁷⁰) Das spanische Gesetz sah vor allem auch eine deutlich geringere Quote vor, als sie nunmehr im Entwurf des deutschen Investitionsverpflichtungsgesetzes angedacht ist. Da in Spanien von nur 5 % der Betriebseinnahmen 60 % in spanische Werke zu investieren waren, lag die Sprachquote dort insgesamt bei nur 3 % der Bemessungsgrundlage.³⁷¹ Nach den Vorgaben des InvestVG-E beläuft sich der prozentuale Anteil der geplanten deutschen Regelung demgegenüber fast auf das

366 Ann-Katrin Kaufhold, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 28 f.

367 Siehe bereits unter D II 6 bb 1.

368 Oben D II 6 b bb (2.).

369 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung europäischer Werke durch Direktinvestitionen (Investitionsverpflichtungsgesetz, InvestVG), S. 5.

370 Berichtet bei Oliver Castendyk, ZUM 2010, 757 (761), der mit Recht darauf hinweist, dass in Deutschland angesichts der von der Rundfunkfreiheit geschützten Programmautonomie die Hürden noch deutlich höher liegen.

371 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, UTECA, ECLI:EU:C:2009:124.

Fünffache, nämlich auf 14 % der Bemessungsgrundlage des in Deutschland erzielten Umsatzes.

Dass der Gesetzgeber damit den Rahmen des Erforderlichen deutlich überschreitet, unterstreicht erneut ein Blick auf die Stellungnahme-Praxis der Kommission im Notifizierungsverfahren. In einer Stellungnahme zu einem dänischen Gesetzentwurf stellte die Kommission am 19.12.2023 mit Blick auf eine Gesamtinvestitionsquote von 5 % fest: „Vor diesem Hintergrund möchte die Kommission die dänischen Behörden daran erinnern, dass ein hoher Anteil (75 %) der audiovisuellen Werke mit Dänisch als ihrer Hauptsprache, für die Investitionsverpflichtungen gelten, wie die im notifizierten Entwurf enthaltene (...) verhältnismäßig sein müsste. Die Kommission ist der Auffassung, dass die Verhältnismäßigkeit einer so hohen Schwelle von audiovisuellen Werken mit Dänisch als ihrer Hauptsprache eine zusätzliche Begründung erfordern würde. Diese Begründung ist besonders wichtig für Fälle, in denen die Investitionsverpflichtung mehr als einen kleinen Teil für solche Inhalte aus den allgemeinen Investitionsverpflichtungen für europäische Werke enthält.“³⁷² Da die deutsche Subquote für Werke in deutscher Originalsprache angesichts der hohen Hauptinvestitionsquote prozentual eine deutlich höhere Investitionssumme umfasst, treffen die rechtlichen Einwände der Kommission auf die deutsche Quote in besonderer Weise zu.

Darüber hinaus ist die Quote für Werke in deutscher Originalsprache auch nicht mit der Anforderung des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL an eine diskriminierungsfreie Regelung vereinbar. Denn auch wenn die audiovisuellen Inhalte nicht zwingend in Deutschland produziert werden müssen, kann die Subquote doch nicht zuletzt dazu führen, dass die deutsche Filmwirtschaft, die in deutscher Sprache arbeitet, gegenüber Produktionsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der EU begünstigt wird und damit mit den Freiheiten im Binnenmarkt nicht vereinbar ist. In der Förderung der deutschen Filmwirtschaft besteht ja auch das erklärte Ziel des gesamten Gesetzgebungsvorhabens.³⁷³

372 *Europäische Kommission*, Stellungnahme vom 19.12.2023, C (2023) 9176 final, S. 5 f.

373 Vgl. oben D II 4 a.

dd) Wider die Zielsetzung der AVMD-Richtlinie

Mit der Einführung der außergewöhnlichen hohen Subquote für deutschsprachige Werke würde der Gesetzgeber insgesamt die Zielsetzung der AVMD-Richtlinie konterkarieren. Zwar atmen Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL und die sonstigen Bestimmungen der Richtlinie zur Förderung europäischer Werke insoweit einen protektionistischen Geist, als sie die europäische Filmindustrie insbesondere vor der US-amerikanischen Filmwirtschaft schützen sollen. Aber das Ziel des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL besteht nicht darin, diesen Protektionismus nunmehr in den europäischen Binnenmarkt zu spiegeln und – am Beihilfenrecht vorbei³⁷⁴ – einer nationalen Industriepolitik Tür und Tor zu eröffnen. Ganz im Gegenteil verfolgt die Richtlinie das Ziel der Schaffung einer gesamteuropäischen Filmindustrie und der Freiheit grenzüberschreitender Mediendienste im Binnenmarkt.

Nutzen die Mitgliedstaaten die bewusste Offenheit des Art. 13 Abs. 2 AVMD in dem Sinne aus, dass sie unter dem Deckmantel der europäischen Filmförderung im nationalstaatlichen Eigeninteresse vor allem die heimische Produktionswirtschaft durch gänzlich überzogene Sprach- oder standortbezogene Produktionsquoten befördern, parzellieren sie richtlinienwidrig die Produktionsmärkte im Binnenmarkt und beschränken die grenzüberschreitenden Mediendienste. Eine solche Refragmentierung des audiovisuellen Binnenmarkts ist nicht nur für die europäische Produktionswirtschaft ein Problem. Sie geht aufgrund der Belastung der grenzüberschreitenden Mediendienste vor allem auch zu Lasten des gesamteuropäischen Vertriebs audiovisueller Werke.

In der Begründung zum Investitionsverpflichtungsgesetz heißt es demgegenüber an einer Stelle ganz offen: „Angesichts der in vielen anderen europäischen Mitgliedstaaten auf der Basis der AVMD-RL erlassenen Investitionsverpflichtungen besteht ohne eine Investitionsverpflichtung in Deutschland die Gefahr eines Wettbewerbsnachteils, weil audiovisuelle Mediendienstanbieter selbst ihre bisherigen Investitionen zur Erfüllung der in anderen Mitgliedstaaten bestehenden Verpflichtungen ins europäische Ausland verlagern könnten.“³⁷⁵ Deutlicher kann man kaum formulieren, wie sehr die gesamteuropäische Zielsetzung und die Praxis der Mitgliedstaaten, die eigenen nationalen Inhalte zu bevorzugen, auseinanderklaffen.

374 Siehe zur Nichtanwendung des Beihilfenrechts oben E I.

375 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung europäischer Werke durch Direktinvestitionen (Investitionsverpflichtungsgesetz, InvestVG), S. 2 f.

Hier lässt sich in Reinform beobachten, was man etwa auch aus der Subventionspolitik kennt: Fördern einzelne Staaten ihre nationalen Industrien, reagieren andere Staaten darauf mit Gegenmaßnahmen.³⁷⁶

Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL eröffnet den Mitgliedstaaten durch seine bewusste Offenheit zwar vermeintlich den Weg zu einem solchen Wettlauf der Sprachquoten. Aber es ist offensichtlich, dass die Bestimmung nicht mit dem Ziel eines industriepolitisch motivierten Investitionsquotenwettbewerbs der Mitgliedstaaten geschaffen worden ist. Ändert der Gemeinschaftsgesetzgeber aufgrund der jüngsten Erfahrungen³⁷⁷ nicht in absehbarer Zeit selbst die Norm, indem er etwa Obergrenzen von einigen wenigen Prozent für Werke in den jeweiligen Amtssprachen vorschreibt oder – noch näherliegender und überzeugender – die Einführung von Subquoten für einzelne Sprachen ganz untersagt, spricht alles dafür, dass ansonsten die Kommission und der Gerichtshof den protektionistischen Wildwuchs in diesem Bereich der Filmförderung eindämmen werden. Die jüngsten Stellungnahmen der Kommission lassen bereits erkennen, dass sie der Entwicklung nicht tatenlos zusehen wird.

III. Rechtereilung

Was schließlich die von der Investitionsverpflichtung zu trennende Rechtereilung anbelangt, die in § 6 des Entwurfs für ein Investitionsverpflichtungsgesetz vorgesehen ist, so erweist auch sie sich als mit den Vorgaben des Europarechts nicht vereinbar.

Der deutsche Gesetzgeber kann sich insoweit nicht auf die Ausnahmeregelung vom Herkunftslandprinzip berufen, die die AVMD-Richtlinie in Art. 13 Abs. 2 statuiert. Denn diese Norm räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten Pflichten aufzuerlegen, ausweislich des klaren Wortlaut ausschließlich für *finanzielle* Beiträge zur Produktion europäischer Werke ein. Vorgaben über die Verteilung von Rechten an audiovisuellen Werken gehen über einen finanziellen Beitrag aber deutlich hinaus. Sie sind als medienrechtsspezifische Vorga-

376 Christoph Engel, Medienordnungsrecht, S. 26.

377 Zur Notwendigkeit einer eingehenden Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der implementierten Bestimmungen zur Förderung europäischer Werke eingehend Mark D. Cole/Christina Etteldorf, Implementation of the revised Audiovisual Media Services Directive.

ben über Verwertungsrechte an audiovisuellen Werken ein Aliud, das von Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL nicht umfasst ist.

Auch wenn die AVMD-Richtlinie bekanntlich keine Vollharmonisierung des Regelungsbereiches darstellt:³⁷⁸ Da Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL eine explizite Ausnahme vom Herkunftslandprinzip statuiert, ist diese Ausnahmeregelung für den Bereich der Inanspruchnahme von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten zum Zwecke der Filmförderung richtigerweise abschließend und eng auszulegen. Nach Art. 4 Abs. 1 AVMD-RL können die Mitgliedstaaten zwar Mediendienstanbietern, die ihrer eigenen Rechtshoheit unterworfen sind, ausführlichere und strengere Pflichten auferlegen, nicht aber den Anbietern audiovisueller Mediendienste außerhalb des eigenen Hoheitsgebietes.

Hielte man Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL nicht in diesem Sinne für abschließend, wäre die in § 6 InvestVG-E vorgesehene Rechteteilung europarechtlich allerdings nicht weniger unzulässig. Denn auch vor den Grundfreiheiten des AEUV, an denen die Regelung dann zu messen wäre, ist sie nicht zu rechtfertigen. Weder lässt sich die Rechteteilung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses legitimieren, noch ist diese Regelung geeignet und erforderlich, um die Produktion europäischer Werke zu fördern. Die Gründe dafür sind im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung bereits im Einzelnen dargestellt worden und müssen hier nicht noch einmal erneut ausgebreitet werden.³⁷⁹

IV. Ergebnis

Das in Aussicht genommene Investitionsverpflichtungsgesetz verstößt im Ergebnis somit in mehrfacher Hinsicht auch gegen unionsrechtliche Vorgaben. Weder die Hauptinvestitionsquote noch die Subquote für Werke in deutscher Originalsprache noch die Ungleichbehandlung von VoD-Anbietern hat vor dem Europarecht Bestand. Und nichts anderes gilt schließlich auch für die Vorgaben zur Rechteteilung.

378 Tobias Brings-Wiesen, in: Gerald Spindler/Fabian Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien* (Hrsg.), Abschnitt B, Rdnr. 109; Jörg Gundel, ZUM 2019, 131 (131).

379 Siehe insbesondere D II 5 und 6.