

D) Vereinbarkeit mit Grundrechten

I. Die Grundrechte des Grundgesetzes als Maßstab

Die nachfolgende grundrechtliche Analyse des Investitionsverpflichtungsgesetzes legt als Maßstab die Grundrechte des Grundgesetzes zugrunde. Der Bundesgesetzgeber rekurriert im Rahmen der Gesetzesbegründung zwar auf die in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL erwähnte Möglichkeit der Mitgliedstaaten, auch Anbietern audiovisueller Mediendienste aus anderen Mitgliedstaaten Direktinvestitionen in europäische Werke vorzuschreiben, sodass sich die Regelungen zur Investitionsverpflichtung im Anwendungsbereich des Europarechts bewegen.¹¹³ Das Bundesverfassungsgericht misst eine nationale Regelung allerdings gleichwohl vorrangig am Maßstab der deutschen Grundrechte, wenn und soweit das Unionsrecht das nationale Recht nicht weitestgehend determiniert,¹¹⁴ sondern den Mitgliedstaaten Spielräume eröffnet und auf die unterschiedlichen grundrechtlichen Schutzniveaus Rücksicht nimmt.¹¹⁵

So liegen die Dinge hier. Die AVMD-Richtlinie stellt es den Mitgliedstaaten ganz frei, ob sie finanzielle Verpflichtungen wie etwa Investitionspflichten oder Abgaben an Fonds überhaupt einführen möchten oder nicht. Eine Pflicht dazu besteht nicht. Der eigentliche normative Kerngehalt des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL besteht in einer partiellen Ausnahme vom Herkunftslandprinzip; darauf wird später noch einzugehen sein.¹¹⁶ Die Mitgliedstaaten können darüber hinaus auch frei entscheiden, wie sie etwaige Investitionspflichten im Einzelnen positiv ausgestalten.¹¹⁷ Die Richtlinie stellt lediglich in negativer Hinsicht Grenzen der Ausgestaltungsfreiheit auf

113 Bei der Rechteilung ist dies hingegen nicht der Fall, dazu näher unter E III.

114 In einem solchen Fall europarechtlicher Determinierung bildet sowohl nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. nur Urt. v. 10.07.2014, C-198/13 (Hernández), ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 37) als auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. nur BVerfGE 152, 216 (223 f.) – Recht auf Vergessen II) grundsätzlich die Grundrechtecharta der Union den Maßstab.

115 BVerfGE 152, 152 (169 f.) – Recht auf Vergessen I.

116 E II 1.

117 Zu den europarechtlichen Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten näher unter E II 2.

und verlangt etwa in Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL, dass die Beiträge, zu denen die Anbieter von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, „verhältnismäßig und diskriminierungsfrei sein müssen“¹¹⁸

Das deutsche Verfassungsrecht ist daher hier vorrangig anwendbar.¹¹⁹ Die Grundrechte der Grundrechtecharta der Union sind im Rahmen der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes grundsätzlich mit zu berücksichtigen,¹²⁰ um den unionalen Grundrechtsschutz auf diese Weise normativ mit einzubinden. Die EU-Grundrechtecharta und die Europäische Menschenrechtskonvention gewährleistet in unserem Kontext allerdings grundsätzlich kein höheres Schutzniveau als die Grundrechte des Grundgesetzes.¹²¹

Die Untersuchung nimmt im Folgenden zunächst die Grundrechte der Anbieter audiovisueller Mediendienste in den Blick, die die unmittelbaren Verpflichtungsadressaten des Gesetzes sind (II.). Dabei konzentriert sie sich auf die privaten Anbieter audiovisueller Mediendienste; die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können wegen ihrer rechtlichen Sondersituation ausgeklammert werden. Da das Investitionsverpflichtungsgesetz nicht allein die VoD-Anbieter, sondern auch die Mediennutzerinnen und Mediennutzer beeinträchtigt, muss sich das Gesetz auch vor ihren Grundrechten rechtfertigen lassen (III.). Der letzte Abschnitt fasst die Ergebnisse zusammen (IV.).

II. Grundrechte der privaten Anbieter audiovisueller Mediendienste auf Abruf

Das Investitionsverpflichtungsgesetz berührt verschiedene Freiheitsrechte der privaten Medienanbieter (1.). Die vorgesehenen Instrumente greifen tief in die Schutzbereiche dieser Grundrechte ein (2.). Dass das Gesetz mit Blick auf die Eingriffe in die Rundfunkfreiheit den Anforderungen an ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs 2 GG genügt, mag man noch

118 So im Ergebnis auch *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 116 f. Zu weiteren Einschränkungen siehe unten E II 2.

119 So zu Recht auch *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 118.

120 BVerfGE 152, 152 (169 f.) – Recht auf Vergessen I.

121 So im Ergebnis auch *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 44.

bejahen (3.). Der legitime Zweck des Gesetzes (4.) lässt sich durch die vorgesehenen Instrumente allerdings nicht befördern; sie sind zur Zielerreichung ungeeignet (5.). Die Eingriffe in die Freiheitsrechte sind in Art und Ausmaß auch nicht erforderlich (6.). Es fehlt an der für eine staatlichen Indienstnahme verfassungsrechtlich vorausgesetzten hinreichenden Verantwortungsnähe der VoD-Anbieter (7.). Der Gesetzgeber legt den Betroffenen überdies unangemessene finanzielle Sonderlasten auf; und auch ansonsten stehen die tiefgreifenden Grundrechtseingriffe mit dem verfolgten Zweck in keinem angemessenen Verhältnis (8.). Der Gesetzgeber verletzt mit dem eingeschränkten Adressatenkreis schließlich auch den allgemeinen Gleichheitssatz (9.). Das Investitionsverpflichtungsgesetz ist mit den Grundrechten der VoD-Anbieter insgesamt nicht vereinbar (10.).

1. Anwendbare Freiheitsrechte der Medien- und Wirtschaftsverfassung

Als freiheitsrechtliche Maßstäbe sind in unserem Kontext die Rundfunkfreiheit (a), die unternehmerische Freiheit (b) und die Eigentumsfreiheit (c) in den Blick zu nehmen. Die vom Investitionsverpflichtungsgesetz betroffenen Unternehmen sind auch Träger dieser Grundrechte (d).

a) Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Dass private Fernsehanbieter Rundfunk im Sinne des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG veranstalten, ist unbestritten.¹²² Zum Rundfunk zählen aber gleichermaßen auch die Videoabrufdienste als rundfunkähnliche Telemediendienste. Dass bei ihnen die audiovisuellen Inhalte nicht linear ausgestrahlt werden, ist verfassungsrechtlich ebenso unerheblich wie die Distributionsform, die fehlende Einbindung in ein Programmschema oder die Ungleichzeitigkeit des Empfangs.¹²³ Denn auch die Angebote der Videoabrufdienste richten sich an die Allgemeinheit und sie haben erhebliche Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung.¹²⁴ Und darauf kommt es für die Zuordnung zum Schutzbereich der Rundfunkfreiheit letztlich an. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Der Unterschied, dass Rundfunk für die Allgemeinheit

122 BVerfGE 73, 118 (183) – 4. Rundfunkentscheidung.

123 Eva-Maria Michel, ZUM 2009, 453 (454).

124 Vgl. nur Frederik Ferreau, ZUM 2017, 632 (636).

bestimmt ist, während Sendungen auf Abruf an jeden Beliebigen übermittelt werden (...), wird schwerlich als bedeutsam betrachtet werden können. Das gleiche gilt für den weiteren Unterschied, dass ‚Rundfunk‘ nach der Legaldefinition des Landesmediengesetzes ‚zum gleichzeitigen Empfang‘ bestimmt ist, bei der rundfunkähnlichen Kommunikation der Zeitpunkt des Empfangs aber durch den Teilnehmer bestimmt werden kann. Kein Unterschied zwischen den als Rundfunk und ‚rundfunkähnliche Kommunikation‘ bezeichneten Sendungen besteht in den Punkten, die unter dem Blickwinkel des Art. 5 Abs. 1 GG allein entscheidend sein können.¹²⁵ Jedenfalls, wenn der Angebotskatalog auf einer redaktionellen Auswahl der VoD-Anbieter beruht, wie dies bei den Mediatheken und Streamingdiensten regelmäßig der Fall ist,¹²⁶ unterfallen diese daher ebenfalls dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit.¹²⁷

Zum thematischen Schutzbereich der Rundfunkfreiheit gehört insbesondere die Freiheit, über das eigene mediale Angebot zu entscheiden.¹²⁸ Diese Freiheit bildet den Kerngehalt des subjektiven Abwehrrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.¹²⁹ Ob man insoweit klassisch von Programmautonomie¹³⁰ oder mit Blick auf sämtliche audiovisuellen Mediendienstanbieter

125 BVerfGE 74, 297 (351 f.) – 5. Rundfunkentscheidung; vgl. auch BVerfGE 83, 238 (302) – 6. Rundfunkentscheidung.

126 Hubertus Gersdorf, BayVbl. 2015, 625 (627).

127 Anna-Bettina Kaiser, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, Art. 5 Abs. 1, Rdnr. 94; Jürgen Kühling, in: Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal (Hrsg.), Informations- und Medienrecht, Art. 5 Abs. 1, Rdnr. 63; Bernd Holznagel/Sarah Hartmann, in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber/Bernd Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 3, Rdnr. 78; Matthias Cornils, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Medienabrufdienste in Deutschland, S. 124; Christoph Degenhart, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rdnr. 195 ff.; Eva-Maria Michel, ZUM 2009, 453 (454).

128 BVerfGE 90, 60 (88) – 8. Rundfunkentscheidung; Christoph Grabenwarter, in: Dürrig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG, Rdnr. 736; Herbert Bethge, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 5, Rdnr. 108; Karl-E. Hain, in: Gerald Spindler/Fabian Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Abschnitt C, Rdnr. 53.

129 Christoph Degenhart, ZUM 2011, 375 (375).

130 BVerfGE 59, 231 (259) – Freier Mitarbeiter; 114, 371 (389) – Landesmediengesetz Bayern; 119, 181 (218) – Rundfunkgebühren; Herbert Bethge, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 5, Rdnr. 108; Christoph Degenhart, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rdnr. 324.

allgemeiner von einer Angebotsautonomie¹³¹ spricht, ist letztlich eine terminologische Frage, aus der sich keine Unterschiede im Grundrechtsschutz ableiten lassen. Die Programm- und Angebotsautonomie umfasst bei allen Anbietern insbesondere die Entscheidung über Inhalt und Form des medialen Angebots¹³² in seiner ganzen Breite, also unabhängig davon, ob die dargebotenen Werke unterhaltenden, informierenden oder kulturellen Gehalt haben. Diese von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG umhagte Autonomie wird durch die geplanten Quotenvorgaben und die gesetzliche Pflicht zur Rechtereilung im Investitionsverpflichtungsgesetz berührt. Ebenso berühren die beiden gesetzlichen Instrumente die von der Rundfunkfreiheit gleichermaßen geschützte Finanzierung der Medienangebote.

b) Unternehmerische Freiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Da sich die publizistische und die ökonomische Dimension des Investitionsverpflichtungsgesetzes nicht voneinander trennen lassen,¹³³ betrifft das Gesetz grundsätzlich auch die unternehmerische Freiheit als Ausprägung der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG. Die Investitionsverpflichtung und die Rechtereilung tangieren die Anbieter von Videoabrufdiensten in ihrer freien Entscheidung, in welche audiovisuellen Werke von welchen Anbietern sie investieren und wie die Rechte an diesen Werken zwischen ihnen und den Produzenten aufgeteilt werden. Da dies unmittelbare Rückwirkungen auf das Angebot hat, sind vom Investitionsverpflichtungsgesetz zugleich die Erwerbschancen der Anbieter betroffen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört schließlich auch die von der Rechtereilung tangierte Vertragsfreiheit im beruflichen Kontext zum Schutzbereich

131 *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 124 et passim spricht in ähnlicher Weise von der „Angebotsgestaltungsfreiheit“.

132 BVerfGE 87, 181 (201) – 7. Rundfunkentscheidung.

133 Nicht überzeugend die Trennung bei *Matthias Cornils*, Verfassungsfragen einer Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 123, wonach hinsichtlich der Investitionsfreiheit vornehmlich Art. 12 Abs. 1 GG betroffen sein soll und nur „etwaige inhaltsbezogene Folgewirkungen“ vornehmlich Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG tangieren. Vgl. zur Kritik an dieser künstlichen Unterscheidung zwischen der Investition in audiovisuelle Werke und dem medialen Angebot der VoD-Anbieter bereits oben C I 3 b.

des Art. 12 Abs. 1 GG, der der allgemeinen Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG insoweit vorgeht.¹³⁴

Gleichwohl versteht sich nicht von selbst, ob und in welchem Umfang die unternehmerische Freiheit in unserem Kontext als zusätzlicher Maßstab anzulegen ist. Die Entscheidung hängt davon ab, in welchem Verhältnis die Unternehmensfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zur Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG steht. Ist man der Ansicht, dass die Rundfunkfreiheit in ihrer individualfreiheitsrechtlichen Ausprägung die rundfunkunternehmerische Freiheit mitumfasst und ihr insoweit als *lex specialis* vorgeht,¹³⁵ ist die Investitionsverpflichtung allein am Maßstab des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu messen. Aber auch wenn man davon ausgeht, dass die unternehmerische Freiheit und die Rundfunkfreiheit prinzipiell im Sinne einer Idealkonkurrenz kumulativ anwendbar sind,¹³⁶ bildet jedenfalls in unserem Kontext Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG den zentralen grundrechtlichen Maßstab. Denn auch nach diesem verbreiteten Verständnis konsumiert die Rundfunkveranstalterfreiheit die Unternehmensfreiheit jedenfalls dann, wenn es um Maßnahmen geht, bei der die berufsregelnden Vorgaben eine spezifisch rundfunkregelnde Tendenz hat,¹³⁷ wie das vorliegend der Fall ist. Sollten einzelne Teilaspekte nicht von der Rundfunkfreiheit umfasst sein, würde die unternehmerische Freiheit neben die Rundfunkfreiheit treten und den Grundrechtsschutz insoweit komplettieren.

Wegen der Untrennbarkeit der publizistischen und ökonomischen Dimension des Investitionsverpflichtungsgesetzes konzentriert sich die nachfolgende Untersuchung auf die Vereinbarkeit des Gesetzes mit der Rundfunkfreiheit, die wegen ihres normativen Gewichts und ihrer Schrankenregelung höhere Anforderungen an die Rechtfertigung staatlicher Grundrechtseingriffe stellt als die von Art. 12 Abs. 1 GG umhegte unternehmerische Freiheit.

134 BVerfGE 116, 202 (221) – Tariftreueerklärung.

135 *Friedhelm Hufen*, Staatsrecht II: Grundrechte, § 28, Rdnr. 16; *Christoph Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 Abs. 1, Rdnr. 735.

136 *Helge Sodan*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 125, Rdnr. 130; *Martin Burgi*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12 Abs. 1, Rdnr. 377; *Hans D. Jarass*, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 5, Rdnr. 4.

137 Vgl. etwa *Gerrit Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 12 Abs. 1, Rdnr. 280.

c) Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG

Eines zusätzlichen Blicks bedarf darüber hinaus die von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsfreiheit. Als Schutzgegenstand kommt hier zunächst der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb in Betracht. Ob dieser den verfassungsrechtlichen Schutz der Eigentumsfreiheit genießt, wofür viel spricht,¹³⁸ hat das Bundesverfassungsgericht allerdings bis heute nicht endgültig entschieden.¹³⁹ Gerade bei den hier betroffenen Anbietern besteht zu einem solchen Schutz besonderer Anlass, weil ein nicht unerheblicher Anteil der Unternehmensinvestitionen, insbesondere bei den Streamingdiensten, in der Markteinführung und damit in Anfangsverlusten besteht.¹⁴⁰

Doch selbst wenn man den Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes in seiner Gesamtheit verneinen wollte, kommt in unserem Kontext als Eigentumsgegenstand jedenfalls die Marke als eigentumsrechtlicher Schutzgegenstand in Betracht. Sie ist ein subjektives, vermögenswertes Recht, das nach dem Markengesetz als Vermögensgegenstand isoliert übertragen werden kann und ihrem Inhaber eine gegenüber jedermann wirkende Rechtsposition vermittelt.¹⁴¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Marke daher von den Schutzgegenständen der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG umfasst.¹⁴²

Um in einer immer ausdifferenzierteren Medienlandschaft wettbewerbsfähig bestehen zu können, haben die Anbieter audiovisueller Medien auf Abruf ihre Angebote teilweise mit erheblichem Aufwand zu einer Marke ausgebaut. Und das gilt nicht nur mit Blick auf die Werbung. Insbesondere auch durch die Angebotsgestaltung verleihen sie ihren jeweiligen Medien-

138 Vgl. etwa *Helge Sodan*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band IV, § 126, Rdnr. 35; *Hans-Jürgen Papier/Fourod Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz*, Art. 14, Rdnr. 200 ff.; und eingehend *Christoph Engel*, AöR 1993, 169 ff.

139 Offengelassen etwa in BVerfGE 143, 246 (331 f.) – Atomausstieg; 155, 238 (274) – Windseegesetz.

140 Noch heute verzeichnen die meisten US-amerikanischen Streamingdienste Verluste, vgl. <https://www.hollywoodreporter.com/business/business-news/hollywoods-elusive-goal-streaming-profits-1235668620/>.

141 Siehe Einordnung der Marke als Verfassungseigentum aus dem Schrifttum nur *Karl-Heinz Fezer*, in: ders. (Hrsg.), *Markenrecht, Einleitung in das deutsche, europäische und internationale Marken- und Kennzeichenrecht*, Rdnr. 52–54; *Bernd Grzeszick*, ZUM 2007, 344 (351); *Christoph Engel*, ZUM 2000, 345 (355).

142 BVerfGE 51, 193 (216) – Warenzeichenrecht; vgl. auch BVerfGE 78, 58 – Esslinger Neckarhalde II.

bibliotheken bewusst ein ganz eigenes Profil, das die Rezipientinnen und Rezipienten wie einen Markenartikel wiedererkennen sollen.¹⁴³ In besonderer Weise trifft das auf die Streamingdienste zu, die auf Abonnementkunden angewiesen sind und angesichts des hohen Wettbewerbsdrucks¹⁴⁴ ihren Angeboten eine möglichst spezifische Farbe geben. Indem die Investitionsverpflichtung nach § 3 InvestVG-E das für die Markenprägung elementare Angebot der Anbieter maßgeblich mitsteuert, berührt das Gesetz damit auch den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG. Gleiches gilt aufgrund der oben bereits dargestellten Rückwirkungen auf das mediale Angebot¹⁴⁵ auch für die gesetzlichen Pflichten zur Rechteteilung, die § 6 InvestVG-E statuiert.

d) Grundrechtsträgerschaft

Die vom Investitionsverpflichtungsgesetz betroffenen Anbieter sind als juristische Personen schließlich auch Träger der genannten Freiheitsrechte im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG. Die Rundfunkfreiheit und die Eigentumsfreiheit sind ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar. Und neben inländischen Anbietern sind vom personellen Schutzbereich der Grundrechte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁴⁶ jedenfalls auch diejenigen juristischen Personen umfasst, die über einen Unternehmenssitz in Deutschland oder einem anderen Mitgliedstaat der EU verfügen, von dem aus sie das Angebot mit betreiben.¹⁴⁷ Diese Erstreckung der Grundrechtsberechtigung auf juristische Personen aus den Mitgliedstaaten der Union¹⁴⁸ ist aufgrund des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des allgemeinen Diskriminie-

143 Vgl. *Christoph Engel*, ZUM 2000, 345 (349).

144 *Jasmine Seidel/Thomas Zerres/Christopher Zerres*, Der Markt von Streamingdiensten in Deutschland, S. 65.

145 Oben C II 2c.

146 BVerfGE 129, 78 (98) – Anwendungserweiterung.

147 *Jörn Lüdemann*, MMR 2019, 279 (281); *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 126 ff.

148 Dass es wegen der kommunikationsfördernden Wirkung mitunter sogar geboten sein kann, auch ausländische Medienanbieter ohne entsprechenden Sitz in der Union als Grundrechtsträger im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG zu behandeln, wird in der jüngeren kommunikationsrechtlichen Literatur mit guten Gründen erwogen; vgl. mit Blick auf die sozialen Netzwerke etwa *Tobias Gostomzyk*, in: Martin Eifert/Tobias Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, S. 109; *Albert Ingold*, in: Martin Eifert/Tobias Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, S. 125.

rungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) eine unhintergehbare Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs des deutschen Grundrechtsschutzes.

2. Eingriffe

Mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz greift der Staat auf ganz unterschiedliche Weise tief und mit erheblicher Streubreite in die genannten Freiheitsrechte ein.

a) Eingriffe in die Angebotsautonomie durch die Investitionsquoten

aa) Eingriffscharakter

Um zunächst mit dem generellen Eingriffscharakter der Investitionsquoten zu beginnen. Die Hauptquote in § 3 Abs. 1 und die Subquoten in § 3 Abs. 2 InvestVG-E zwingen die Anbieter von Videoabrufdiensten faktisch dazu, ihr Programm nicht allein an den eigenen Vorstellungen auszurichten, sondern in weitem Umfang auch an den gesetzlich vorgegebenen Quoten. Wie oben bereits eingehender dargestellt, macht es für den tatsächlichen Freiheitsraum eines Anbieters keinen Unterschied, ob der Staat ihm rechtlich vorschreibt, welche audiovisuellen Werke er für das Angebot zu beschaffen hat, oder welche Werke er im Angebot zu zeigen hat.¹⁴⁹ Bei diesen Regelungen handelt es sich auch nicht lediglich um mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe.¹⁵⁰ Denn die Freiheitseinschränkungen sind nicht erst die Folge von Handlungen Dritter,¹⁵¹ wie dies etwa bei staatlichen Warnungen und Empfehlungen als den typischen Fällen eines mittelbar-faktischen Grundrechtseingriffs der Fall ist, sondern die Freiheitseinschränkungen für die Anbieter gehen vielmehr unmittelbar vom Investitionsverpflichtungsgesetz selbst aus.

149 Siehe unter C I 1 c cc.

150 So aber *Matthias Cornils*, Verfassungsfragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 133.

151 Zu dieser Konstellation und zum Begriff des mittelbaren Grundrechts vgl. nur *Jan Henrik Klement*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, § 80, Rdnr. 63 ff.

Und nicht zuletzt stellen sich die gesetzlichen Beschränkungen der Angebotsautonomie auch nicht als eine Ausgestaltungsregelung im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit dar. Abgesehen davon, dass sich in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Anforderungen an die Rechtfertigung von Ausgestaltungsgesetzen den Anforderungen für Schrankengesetze merklich angenähert haben,¹⁵² handelt es sich bei den Investitionspflichten für audiovisuelle Mediendienste richtigerweise nicht um Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit, sondern um Beschränkungen dieses Freiheitsrechts,¹⁵³ und damit um klassische Grundrechtseingriffe. Denn nicht alle Medienangebote, die dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit unterfallen, sind auch gleichermaßen der objektiv-rechtlichen Funktionsgewährleistung unterworfen, wie sie das Bundesverfassungsgericht entwickelt hat. Schon zwischen den öffentlich-rechtlichen Anstalten und den privaten Anbietern ist deutlich zu differenzieren.¹⁵⁴ Erst recht aber unterfallen nicht die Telemedienangebote der Videoabrufdienste als bloß rundfunkähnliche Medien der rundfunkrechtlichen Ausgestaltungsgesetzgebung.¹⁵⁵ Vielmehr sind Beschränkungen ihrer Angebotsautonomie als klassische Grundrechtseingriffe in die Rundfunkfreiheit zu behandeln.¹⁵⁶ Dafür spricht nicht zuletzt auch, dass die Investitionsverpflichtung und die Rechtereilung inhaltlich nicht unmittelbar

152 Näher *Matthias Cornils*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band IV, § 120, Rdnr. 43.

153 Siehe zur Differenzierung zwischen Ausgestaltung und Beschränkung der Rundfunkfreiheit nur *Karl-E. Hain*, in: Gerald Spindler/Fabian Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, Abschnitt C, Rdnr. 67 ff.

154 Allgemein dazu *Christoph Degenhart*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rdnr. 324, 330 f.; *Martin Bullinger*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, § 163, Rdnr. 113 ff.; *Matthias Cornils*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band 4, § 120, Rdnr. 21; *Christoph Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 5 Abs. 1 Abs. 2, Rdnr. 737, 745.

155 *Karl-Heinz Ladeur*, *Medienfreiheitsrechte*, in: Marian Paschke/Wolfgang Berlit/Claus Meyer/Lars Kröner (Hrsg.), *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, Abschn. 4, Rdnr. 79: „Für die Telemedien gelten inhaltlich eher die Prinzipien der sehr offenen Regulierung der Presse und der individuellen Meinungsfreiheit, auch wenn es sich um Rundfunk im weiteren Sinne handelt.“

156 *Matthias Cornils*, *Verfassungsfragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland*, S. 133 f.; implizit auch *Ann-Katrin Kaufhold*, *Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste und Rechterückbehalt von Filmherstellern*, S. 48.

die Rundfunkordnung ausgestalten sollen, sondern mit ihrem Primärziel der Wirtschaftsförderung im Gegenteil „rundfunkexternen Zwecken“ dienen.

bb) Durch die Hauptquote, § 3 Abs. 1 S. 1 InvestVG-E

Stellt man die Linse im nächsten Schritt schärfer und nimmt zunächst die konkrete Eingriffswirkung der Hauptinvestitionsquote nach § 3 Abs. 1 InvestVG-E in den Blick, so werden die Anbieter durch die gesetzliche Regelung faktisch dazu gezwungen, 20 % ihres Vorjahresnettoumsatzes beziehungsweise ihres Vorjahresnettowerbeumsatzes in die Herstellung von und/oder den Erwerb von Rechten an europäischen audiovisuellen Werken zu investieren. Damit übertrifft die Investitionsverpflichtung in ihrem finanzwirksamen Volumen nicht nur um ein Vielfaches die Höhe der Filmabgabe nach dem Filmförderungsgesetz. Sondern die Hauptquote geht insbesondere auch deutlich über die bereits bestehende Katalogquote für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf in § 77 MStV, der § 13 Abs. 1 AVMD-RL umsetzt, hinaus und schränkt die von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Angebotsautonomie damit noch deutlich weitergehend ein.

§ 77 MStV schreibt zwar bereits heute vor, dass die Anbieter fernsehähnlicher Telemedien zur Darstellung der Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum in ihren Katalogen mindestens 30 % europäische Werke vorhalten müssen. Die Investitionsverpflichtung nach § 3 Abs. 1 InvestVG-E übersteigt diese Quote allerdings gleich in mehrfacher Hinsicht. Denn die 20 % der Investitionsverpflichtung beziehen sich gerade nicht allein auf das Katalogangebot, sondern auf den gesamten Vorjahresnettoumsatz beziehungsweise Vorjahresnettowerbeumsatz der Anbieter. Diese vollkommen andere Bezugsgröße macht für die in Rede stehenden Investitionssummen und der daraus folgenden Einschränkungen für die Angebotsautonomie einen erheblichen Unterschied, weil der gesamte Nettoumsatz selbstverständlich weitaus höher ist als das Budget, das den Medienanbietern für die Investition in neue Inhalte zur Verfügung steht.¹⁵⁷ Vom Umsatz müssen schließlich die Kosten für das Marketing, die Distributionskosten, die Kosten für Betriebsanlagen und das Personal sowie weitere

157 Diesen zentralen Unterschied übergeht *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtungen von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 53.

fixe und variable Kosten abgezogen werden, sowie – im Idealfall¹⁵⁸ – ein Gewinn. Dass die Quote auf den Umsatz abstellt, hebt die Investitionssumme also auf ein ganz anderes Niveau.

Die Investitionsverpflichtung geht aber auch noch in zwei anderen Aspekten deutlich über die Katalogquote des § 77 MStV bzw. Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL hinaus und schränkt die Angebotsautonomie damit noch einmal zusätzlich ein. Zum einen macht § 77 MStV keine Vorgaben darüber, wie hoch der Kapitaleinsatz sein muss, mit dem die Katalogquote erfüllt wird. Die Anbieter können die Quote also beispielsweise auch mit weniger kostspieligeren Produktionen erfüllen oder mit Zweit- oder Drittverwertungen audiovisueller Werke. Und zum anderen besteht auch ein gravierender Unterschied in den Zeitdimensionen der jeweiligen Pflichten. Die Katalogquote nach § 77 MStV schreibt den Anbietern nicht vor, dass sie den Anteil europäischer Werke mit jährlich wechselnden Inhalten erfüllen müssen. Sie können diese Quote vielmehr auch mit solchen Werken erfüllen, die für mehrere Jahre oder gar Jahrzehnte zum Abruf bereitstehen. Bei der Investitionsverpflichtung nach § 3 Abs. 1 InvestVG-E sieht das hingegen ganz anders aus. Diese Regelung verlangt von den Anbietern nunmehr, dass sie in *jedem Jahr* 20 % ihres Vorjahresnettoumsatzes in europäische Werke investieren.

cc) Durch die Subquoten, § 3 Abs. 2 InvestVG-E

Vollständig wird das Bild der mit der Investitionsverpflichtung einhergehenden Freiheitseinschränkungen aber erst, wenn man auch die verpflichtenden Subquoten mit in den Blick nimmt, die die Angebotsautonomie noch zusätzlich in erheblicher Weise einengen. Während § 77 MStV keine weiteren Vorgaben über die Aufnahme europäischer Werke hinaus enthält, diktiert § 3 Abs. 2 InvestVG-E den Anbietern gleich vier weitere Quoten ins Pflichtenheft, die kumulativ zu erfüllen sind:

Die Videoabrufdienste müssen bei ihren Programminvestitionen erstens mindestens 60 % jährlich in neue Werke investieren.¹⁵⁹ Das gilt selbst dann, wenn an den Märkten in einem Jahr wenig gute Geschichten bzw. ansprechende Drehbücher zur Verfügung stehen. Auch können die Anbieter nicht darauf reagieren, wenn die Zuschauer in einer Art Retro-Begeisterung lie-

158 Viele Dienste machen bis heute Verluste, vgl. unten D II 2 c.

159 § 3 Abs. 2 Nr. 1 InvestVG-E.

ber Werke aus früheren Zeiten sehen möchten, oder wenn die VoD-Anbieter mit einem spezifischen Angebot gerade für ältere Werke eine Nische füllen und durch den Verzicht auf neuere Produktionen auch einen niedrigeren Abonnement-Preis anbieten möchten, um auf diese Weise wettbewerbsfähig zu sein.

Die Anbieter werden zweitens verpflichtet, mindestens 70 % audiovisuelle Werke aufzunehmen, die von unabhängigen Produzentinnen und Produzenten erstellt werden,¹⁶⁰ auch wenn sie bei diesen nicht gleichermaßen Einfluss auf die Filme und damit auf ihr eigenes mediales Angebot nehmen können, diese teurer sind oder nicht die gleiche Qualität bieten.

Außerdem müssen drittens mindestens 15 % in Werke investiert werden, die für eine öffentliche Vorführung in Kinos bestimmt sind.¹⁶¹ Der Gesetzgeber schränkt also auch die Formatwahl ein, die für das eigene Angebot von besonderer Prägekraft sein kann. Besonders einschränkend kann diese Vorgabe wirken, wenn ein Dienst gar nicht primär Filme anbietet, sondern eher auf andere Formate wie Serien oder sogenannte Unscripted-Formate wie Unterhaltungs- oder Realityshows setzt. Dann kann eine auf die gesamte Investitionsverpflichtung über alle Formate und Genres hinweg bezogene Quote für Kinofilme nicht nur bedeuten, dass praktisch alle Filme zunächst über das Kino distribuiert werden müssen (also auch diejenigen, die eher als klassische Fernsehfilme konzipiert wurden), sondern dass möglicherweise auch der Formatmix eines Medienanbieters zu Lasten der anderen Formate umgestaltet werden müsste.

Und nicht zuletzt legt das Investitionsverpflichtungsgesetz den Anbietern viertens die Pflicht auf, bei ihren Investitionen mindestens 70 % für solche Werke zu reservieren, die in deutscher Originalsprache hergestellt wurden oder werden.¹⁶²

Wie schwer all diese Eingriffe wiegen, lässt sich besonders deutlich an der letztgenannten Subquote für Werke in deutscher Originalsprache vermessen. Wenn mindestens 70 % der Investitionssumme in original deutschsprachige Werke fließen müssen, wird das die Kataloge der Videoabrufdienste unabweislich verändern. Das gilt insbesondere für die international tätigen Dienste, die sich – deutlich stärker als die nationalen Fernsehveranstalter mit ihren Mediatheken – naturgemäß gerade nicht allein oder vornehmlich an ein nationales oder deutschsprachiges Publikum wenden.

160 § 3 Abs. 2 Nr. 4 InvestVG-E.

161 § 3 Abs. 2 Nr. 3 InvestVG-E.

162 § 3 Abs. 2 Nr. 2 InvestVG-E.

Sie müssen ihre Kataloge nach Maßgabe dieser Quote gegen ihre eigenen redaktionellen Entscheidungen über weite Strecken in Zukunft anders auslegen. Dieser erhebliche Eingriff in die Angebotsautonomie der Anbieter lässt sich auch nicht mit dem Hinweis relativieren, dass die Originalsprache für das Angebot weitgehend irrelevant sei. Zum einen ist selbstverständlich auch die Sprachwahl von der Angebotsautonomie geschützt, weil auch sie publizistische Relevanz hat. Und zum anderen lässt sich die Originalsprache einer Produktion auch nicht von der Kultur trennen, die mit dieser Originalsprache verbunden ist. Die deutsche Filmkultur unterscheidet sich beispielsweise erheblich von der italienischen, der französischen, der chinesischen, der brasilianischen oder der US-amerikanischen Filmkultur.

Dieser Eingriff betrifft im Übrigen auch keineswegs allein das Angebot, das sich an Rezipientinnen und Rezipienten in Deutschland richtet. Die verpflichtende Deutschquote hat vielmehr auch Auswirkungen auf die Angebote, die die Streamingdienste ihren Rezipientinnen und Rezipienten in anderen Ländern dieser Welt unterbreiten. Weil die Streamingdienste es sich aufgrund ihrer grenzüberschreitenden Ausrichtung nicht leisten können, ihr Angebot unbegrenzt für jeden Einzelstaat gesondert zu produzieren, werden sie die Werke nicht nur in den anderen deutschsprachigen Ländern in ihre Bibliotheken aufnehmen, sondern – womöglich noch in eigens synchronisierter Fassung – auch in weiteren Ländern innerhalb und außerhalb Europas, um die Quotenwerke zumindest halbwegs angemessen verwerten zu können. Auf diese Weise schränkt die deutsche Gesetzgebung im Ergebnis also auch die Angebotsautonomie im internationalen Kontext ein. Das mag im Sinne der Förderung der deutschen Filmwirtschaft sein; der faktisch angeordnete Kulturexport beschneidet die Angebotsfreiheit der Anbieter damit aber auch über das deutsche Hoheitsgebiet hinaus. Und selbst wenn sich die international agierenden Dienste entscheiden, ihre Medienangebote zunehmend nach Ländern zu parzellieren, hat das zur Folge, dass die Investitionen in Produktionen in einer anderen Originalsprache notwendig zurückgehen und daher auch insoweit die Programmautonomie beschnitten wird.

Besonders schwer wiegen all diese Übergriffe in die Angebotsautonomie schließlich angesichts des Umstandes, dass die geplanten Subquoten innerhalb der Hauptquote nicht alternativ zu erfüllen sind, sondern nach § 3 Abs. 2 InvestVG-E kumulativ Geltung beanspruchen. Statt ihr Angebot in einem sich beständig wandelnden Markt mit wechselnden Kundenwünschen und hoher Wettbewerbsintensität frei gestalten zu können, müssen

die Anbieter ihre medialen Angebote also zunächst einmal an einem staatlich vorgegebenen Quotenbündel ausrichten.

b) Eingriffe in die Angebotsautonomie durch die Rechteteilung

Neben der Investitionsverpflichtung greift auch die in § 6 InvestVG-E statuierte Pflicht zur Rechteteilung tief in die Angebotsautonomie der Anbieter ein. Zum einen entscheidet der geplante Rechterückbehalt mit darüber, wie lange die Werke im Angebot vorgehalten werden und damit überhaupt Teil des Katalogs sein können, nämlich nach dem derzeit vorliegenden Entwurf höchstens fünf Jahre. Und zum anderen kann ein erzwungener Rechterückbehalt auch Auswirkungen auf die Werke haben, in die die Mediendienste investieren: Entweder weil sich hohe Investitionen nicht gleichermaßen lohnen, als wenn die Anbieter die Rechte zeitlich uneingeschränkt erhalten, oder weil Vollfinanzierungen gerade von besonders risikoreichen Auftragsprojekten wirtschaftlich nicht mehr darstellbar sind. Davon war im Rahmen der Prüfung der Gesetzgebungskompetenz bereits ausführlicher die Rede.¹⁶³

c) Eingriffe in die Finanzierung des Medienangebots und die Erwerbschancen

Neben den Eingriffen in die Angebotsautonomie greift das Investitionsverpflichtungsgesetz aber auch tief in die Finanzierung des Medienangebots und die Erwerbschancen ein. Negativen Einfluss hat das Gesetz gleich in dreierlei Hinsicht:

Erstens können die Investitionsverpflichtung und die Rechteteilung das Angebot für die Rezipientinnen und Rezipienten deutlich unattraktiver machen. Diese leisten sich etwa ein zusätzliches Abonnement der internationalen Streamingdienste gerade auch deshalb, weil sie dort ein Angebot bekommen, dass sie im frei zugänglichen deutschen Fernsehen einschließlich der Mediatheken nicht zu sehen bekommen; sei es, weil sie mit mehr internationaler Auswahl auf eine zusätzliche Vielfalt zugreifen können oder weil die Stoffe für die Rezipientinnen und Rezipienten interessanter sind, oder sei es, weil die internationalen Produktionen aufgrund ihres deutlich höheren Budgets für die Zielgruppe attraktivere Werke hervorbringen können.

163 Oben C II 2 c.

Darauf wird später bei der Analyse mit den Grundrechten der Rezipienten noch ausführlicher einzugehen sein.¹⁶⁴ Je mehr sich die Angebote zwischen den Medienanbietern aber angleichen, weil nunmehr auch die internationalen VoD-Anbieter vermehrt national produzierte Werke zeigen müssen, desto geringer wird die Zahlungsbereitschaft der Rezipientinnen und Rezipienten ausfallen, auf die die Abonnement-finanzierten audiovisuellen Mediendienste auf Abruf angewiesen sind. Nicht weniger entscheidend ist die Exklusivität und Attraktivität aber auch bei den transaktionsbezogenen Abrufdiensten oder den werbefinanzierten oder durch Werbung mitfinanzierten Angeboten. Auch bei ihnen sind diese beiden Größen für die Zahlungsbereitschaft der Kundinnen und Kunden von entscheidender Bedeutung.

Zweitens schränken die Vorgaben des Investitionsgesetzes die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Inhalte ein. Das gilt in besonderer Weise für die Subquote für Werke in deutscher Originalsprache. Gerade bei den internationalen Videoabrufdiensten besteht das Angebot aus international vermarktbareren Angeboten. Je mehr der Gesetzgeber diese internationale Vermarktbarkeit aber beschränkt, desto schwieriger wird es für die Dienste, die audiovisuellen Werke auf den globalen Märkten zu platzieren beziehungsweise zu refinanzieren.

Der dritte Grund ist schließlich weniger offensichtlich, in seiner Eingriffswirkung für die Finanzierung aber umso gravierender. Indem das Investitionsverpflichtungsgesetz im Unterschied zur Katalogquote nach § 77 MStV nicht das Angebot zur Bezugsgröße nimmt, sondern den Jahresnettoumsatz der Anbieter, schnürt es die finanzielle Beweglichkeit der Unternehmen auf ungewöhnlich rigide Weise ein. Der Gesetzgeber nimmt den Anbietern mit der Pflicht zur Investition nämlich die Entscheidung darüber aus den Händen, ob und wieviel die Dienste überhaupt in einem Jahr investieren. Indem die Investitionsquote beim Umsatz ansetzt, nimmt sie insbesondere auch keine Rücksicht darauf, ob ein Anbieter im abgelaufenen Jahr Gewinn gemacht oder aber rote Zahlen geschrieben hat. Da eben gerade nicht der Gewinn, sondern allein der Vorjahresumsatz entscheidend ist, werden die Mediendienstanbieter also selbst dann zu Investitionen in Höhe von 20 % ihres gesamten Vorjahresnettoumsatzes gezwungen, wenn sie Ausgaben für Inhalte in dieser Größenordnung überhaupt nicht wirtschaftlich verkraften können oder aber es betriebswirtschaftlich angezeigt

164 Unten D III.

wäre, in einem Jahr bei den Kosten für neue Inhalte zu sparen, etwa weil die Abonnementzahlen zurückgehen oder die Werbewirtschaft sparen muss. Auch können die international agierenden Unternehmen in einem schwierigen wirtschaftlichen beziehungsweise konjunkturellen Fahrwasser, vor dem sie wie alle anderen Branchen ebenfalls nicht gefeit sind, nicht mehr kurzfristig das Ruder herumreißen und auf solche Werke setzen, die ein weltweites Publikum und damit Erfolg versprechen, sondern sie müssten auch in solchen Zeiten pflichtbewusst ihre Quoten nach dem Investitionsverpflichtungsgesetz erfüllen.¹⁶⁵

d) Eingriffe in die Marke als Eigentumsgegenstand

Sollte dieser Eingriff erdrosselnde Wirkung haben, läge insoweit auch ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit vor.¹⁶⁶ Ansonsten greifen die Investitionsverpflichtung und die Rechtereilungspflicht aber jedenfalls in das Recht an der eigenen Marke als Schutzgegenstand des Art. 14 Abs. 1 GG ein.

Auch hier liegt der entscheidende Grund für die Eingriffswirkung darin, dass die Anbieter nach dem Investitionsverpflichtungsgesetz nicht mehr allein und frei darüber entscheiden können, welche charakteristische Farbe sie ihrem Medienangebot im Detail geben wollen. Wer sich etwa einen Namen mit internationalen Produktionen gemacht hat, muss nun ebenfalls in weitem Umfang nationale Werke präsentieren. Und wer Werke im Angebot hat, die – wie internationale Welterfolge im Seriensegment – die Marke entscheidend mitprägen, der muss diese nach einigen Jahren aufgrund der Vorgaben zum Rechterückfall in § 6 InvestVG-E wieder aus dem Katalog nehmen. Das Investitionsverpflichtungsgesetz entzieht den Anbietern den Eigentumsgegenstand durch diesen Zugriff auf die Marke zwar vielleicht nicht vollständig; das Gesetz ist aber jedenfalls nach Maßgabe des Art. 14 Abs. 1 S. 2 als Inhalts- und Schrankenbestimmung vor den Grundrechten rechtfertigungsbedürftig.

165 Zur noch schwerwiegenden Sanktion, den gesamten als Investition geschuldeten Beitrag in voller Höhe an den Staatshaushalt abführen zu müssen, siehe unter D II 6b bb (1.).

166 BVerfGE 95, 267 (300) – Altschulden der LPG.

e) Addition der Grundrechtseingriffe

Jede einzelne der genannten Freiheitseinschränkungen überschreitet für sich genommen bereits die Eingriffsschwelle. Unabhängig davon, ob man auch die Kumulation verschiedener Eingriffe unter die vom Bundesverfassungsgericht¹⁶⁷ anerkannte dogmatische Figur des additiven¹⁶⁸ beziehungsweise kumulativen¹⁶⁹ Grundrechtseingriffs fasst, oder ob man diese Figur solchen Konstellationen vorbehält, in denen mehrere staatliche Maßnahmen erst gemeinsam die Eingriffsschwelle überschreiten: Die Addition der genannten Grundrechtseingriffe durch das Investitionsverpflichtungsgesetz führt jedenfalls zu einer erheblichen Gesamtfreiheitseinschränkung der betroffenen VoD-Anbieter, die sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vor den Grundrechten rechtfertigen lassen muss.

Und da die Grundrechte die Funktion haben, die Freiheit der Grundrechtsträger umfassend zu schützen und nicht lediglich mit Blick auf einzelne Einzelinterventionen,¹⁷⁰ sind zusätzlich zu den vielen schwerwiegenden Eingriffen, die soeben dargestellt wurden, auch die bereits bestehenden Lasten wie etwa die Quotenbestimmungen des Medienstaatsvertrags in die Gesamtrechnung einzubeziehen. Insgesamt sind somit deutlich erhöhte Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Investitionsverpflichtungsgesetzes zu stellen, insbesondere im Rahmen der Angemessenheit.

f) Inadäquanz eines grundrechtlichen Erst-Recht-Schlusses

Der Blick auf die Fülle und Schwere der Grundrechtseingriffe macht schließlich deutlich, dass auch in grundrechtlicher Perspektive ein Erst-Recht-Schluss von der Filmabgabenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf das geplante Investitionsverpflichtungsgesetz, wie er zum Teil für möglich gehalten wird,¹⁷¹ nicht ernsthaft in Betracht kommt.

167 BVerfGE 112, 304 (304) – GPS. Vgl. auch BVerfGE 114, 196 (247) – Beitragssicherungsgesetz; 123, 186 (265) – PKV; 130, 372 (392) – Maßregelvollzug.

168 Jörg Lücke, DVBl. 2001, 1469 ff.; Hannah Ruschmeyer, Der additive Grundrechtseingriff; Alexander Brade, Additive Grundrechtseingriffe.

169 Jan Henrik Klement, AöR 2009, 35 ff.; Charlotte Kreuter-Kirchhof, NVwZ 2019, 1791 ff.

170 Ferdinand Kirchhof, NZS 2015, 1 (7).

171 Siehe zum inhaltlich wenig überzeugenden Einsatz dieser Argumentationsfigur bereits oben im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz C I 2 c aa.

Schon methodisch ist diese Argumentationsfigur alles andere als überzeugend, weil sich die Beurteilung komplexer Grundrechtsfragen trotz der unbestreitbaren Relevanz der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht mit Urteilsvergleichen zu vollständig unterschiedlichen Gesetzen bewerkstelligen lässt. Es geht bei einem solchen Vergleich schließlich nicht allein um die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale beziehungsweise um verfassungsrechtliche Maßstäbe, die das Bundesverfassungsgerichts anlässlich einer Entscheidung verallgemeinernd aufgestellt hat.¹⁷² Sondern es stehen vielmehr ganz unterschiedliche gesetzliche Regelungen im Raum, die notwendig nach einer sensiblen grundrechtlichen Vermessung des Einzelfalls verlangen. Die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung lässt sich nicht mit einem konstruierten Fallvergleich abarbeiten, der weitgehend an die Stelle einer substantiellen Grundrechtsprüfung des Investitionsverpflichtungsgesetzes tritt; schon gar nicht, wenn es – wie hier – um den Vergleich einer Sonderabgabe wie der Filmabgabe mit verhaltenssteuernden Regelungen wie beim Investitionsverpflichtungsgesetz geht.¹⁷³

Die vermeintlich logische Schlussfolgerung ist vor allem aber auch in der Sache inadäquat. Die zentralen Argumente für den vermeintlichen Erst-Recht-Schluss lauten: „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. (...) Da die Investitionsverpflichtung eine strukturell geringere Eingriffsqualität aufweist als die Belastung mit der Sonderabgabe, ergibt sich aus deren anerkannter verfassungsrechtlicher Zulässigkeit (...), dass auch eine im Umfang weiter gehende (...) Investitionsverpflichtung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann.“¹⁷⁴ Und weiter: „Entscheidend für diese Differenz im Eingriffsgewicht, die eine Verpflichtung zur Direktinvestition dem Grunde nach grundrechtlich

172 Vgl. zur Maßstabsetzung durch das Bundesverfassungsgericht nur *Oliver Lepsius*, Entscheiden durch Maßstabsbildung, in Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Kapitel II.

173 So aber der Ansatz von *Matthias Cornils*, *Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste*, S. 150 ff., der gleich zu Beginn die Kernthese der Verfassungsmäßigkeit einer „Direkt-Investitionsverpflichtung“ a *major ad minus* aufstellt, um dieses Ergebnis dann im Folgenden zu bestätigen.

174 *Matthias Cornils*, *Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland*, S. 10.

weniger problematisch erscheinen lässt als eine Abgabepflicht, 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 kann¹⁷⁵.

Diese Argumentation verzerrt die verfassungsrechtliche Problematik im Grunde vollständig. Im Lichte der Freiheitsrechte ist es kein Vorteil, dass die Anbieter über die Investitionen und damit ihr Angebot *mitentscheiden* können, sondern es ist ein Problem, dass der Staat überhaupt auf diesen Kernbereich ihrer Medien- und Unternehmensfreiheiten zugreift. Und die Eingriffe, die mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz verbunden sind, gehen insbesondere auch weit über die freiheitsbeschränkenden Wirkungen der Filmabgabe hinaus. Denn während die Filmabgabe den Anbietern lediglich eine vergleichsweise geringe Geldleistung für die zumindest abstrakt bestehenden Vorteile abverlangt, die sie selbst aus der Filmförderung ziehen, haben wir es beim Investitionsverpflichtungsgesetz mit Instrumenten zu tun, die nicht nur erhebliche finanzielle Auswirkungen zeitigen, sondern die – wie soeben dargestellt – auch in gleich mehrfacher Weise tief in die Programmautonomie und die Finanzierung der Mediendienste eingreifen, die vom Grundgesetz besonders kraftvoll vor staatlichem Zugriff abgesichert wird. Hinzu kommt ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit der VoD-Anbieter. Die mit der Filmabgabe verbundene Geldzahlungspflicht bleibt in ihrer freiheitsrechtlichen Problematik somit ganz im Gegenteil weit hinter den zahlreichen und schwerwiegenden Grundrechtseingriffen zurück, die vom geplanten Investitionsverpflichtungsgesetz ausgehen.

3. Allgemeinheit des Schrankengesetzes, Art. 5 Abs. 2 GG

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der staatlichen Eingriffe in die Rundfunkfreiheit setzt zunächst voraus, dass es sich beim Investitionsverpflichtungsgesetz um ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG handelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn ein Gesetz nicht eine bestimmte Meinung als

175 Matthias Cornils, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 151.

solche verbietet (a) und es zugleich dem Schutz eines Rechtsguts dient, das gegenüber der Betätigung der Medienfreiheiten Vorrang genießt (b).¹⁷⁶

a) Meinungsneutralität

Das Investitionsverpflichtungsgesetz untersagt den Anbietern nicht ausdrücklich, in ihren Werken spezifische Meinungen zu verbreiten. Als vollkommen unproblematisch erweist sich das Gesetz mit Blick auf die Meinungsneutralität bei näherem Hinsehen allerdings nicht. Das gilt namentlich mit Blick auf die hohe Subquote für audiovisuelle Werke in deutscher Originalsprache sowie mit Blick auf die Kinofilmquote.

Um es zunächst am Beispiel der Quote für Produktionen in deutscher Originalsprache zu illustrieren. Die Entscheidung für deutschsprachige Werke ist zugleich eine Entscheidung gegen Werke in anderer Originalsprache und damit faktisch auch gegen meinungsbildende Originalinhalte aus dem Ausland. Handelt es sich aber wirklich noch um ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG, wenn der Gesetzgeber über die territoriale Herkunft meinungsrelevanter Medieninhalte entscheidet? Eine gedankliche Zuspitzung zeigt, wie problematisch dies mit Blick auf die von Art. 5 Abs. 2 GG bezweckte Meinungsfreiheit und Meinungsbildungsfreiheit sein könnte. Denn wollte man auch dann noch von einem allgemeinen Gesetz sprechen, wenn der Staat den Diensten aufgab, ausschließlich in Werke in deutscher Originalsprache zu investieren? Dann hätte es der Staat in der Hand, die Meinungsbildung vor ausländischen Perspektiven und Relativierungen des nationalen Diskurses in weitem Umfang abzuschirmen und damit gerade keine Meinungsneutralität zu wahren, um die es beim Allgemeinheitspostulat des Art. 5 Abs. 2 GG im Kern geht.¹⁷⁷ Es ist deshalb auch nicht abwegig anzunehmen, dass die Allgemeinheit des Gesetzes auch eine territoriale Dimension in dem Sinne aufweist, dass der Gesetzgeber jedenfalls nicht uneingeschränkt Medieninhalte aus anderen Ländern diskriminieren kann. Etwas anderes hätte nicht zuletzt in Krisenzeiten für eine offene und freie Meinungsbildung im eigenen Land gravierende Folgen.

Ähnliches lässt sich auch für die Kinofilmquote nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 InvestVG-E sagen. Zwar schützt die Rundfunkfreiheit grundsätzlich alle

176 BVerfGE 91, 125 (135) – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal I; 113, 63 (78) – Junge Freiheit; BVerfGE 124, 300 (331) – Rudolf-Heß-Gedenkveranstaltung.

177 Zum Erfordernis der Meinungsneutralität vgl. etwa BVerfGE 124, 300 (323 ff.) – Rudolf-Heß-Gedenkveranstaltung.

Inhalte gleichermaßen, sodass selbstverständlich auch das Angebot von Kinofilmen am Schutz des Grundrechts teilhat. Je stärker der Staat aber etwa Dokumentationen, Reportagen und andere besonders meinungsbildungsrelevante Inhalte diskriminiert, desto fragwürdiger erscheint eine staatliche Genre-Vorgabe mit Blick auf die Allgemeinheit des Gesetzes. Der Gesetzgeber richtet sich dann nicht gegen spezifische Meinungen, aber gegen den Rundfunk als meinungsbildendes Medium insgesamt.

Auch wenn die derzeit geplanten Quotenvorgaben des Investitionsverpflichtungsgesetzes für Werke in deutscher Originalsprache und für Kinofilme vergleichsweise hoch sind, lässt sich die Meinungsneutralität im Ergebnis aber hier noch bejahen.

b) Vorrang eines gewichtigeren Rechtsguts?

Die zweite Voraussetzung des allgemeinen Gesetzes im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG ist beim Investitionsverpflichtungsgesetz hingegen deutlich problematischer. Wie sogleich noch näher darzulegen sein wird, besteht der legitime Zweck des Gesetzes vornehmlich in der Wirtschaftsförderung der deutschen und europäischen Produktionswirtschaft.¹⁷⁸ Bei der Wirtschaftsförderung geht es aber weder um den Schutz eines anerkannten Rechtsguts im engeren Sinne. Noch handelt es sich bei der Wirtschaftsförderung der Filmwirtschaft um ein Rechtsgut, das gewichtig genug wäre, um in die Rundfunkfreiheit der VoD-Anbieter einzugreifen. Während man die Katalogquote des Medienstaatsvertrags noch mit Blick darauf rechtfertigen mag, dass es bei ihr um die mediale Darstellung von Vielfalt und damit um einen rundfunkinternen Zweck geht, scheidet dies bei der Investitionsverpflichtung aus. Eine Vielfaltswirkung dieser Pflicht ließe sich allenfalls höchst mittelbar daraus herleiten, dass die Medienanbieter dann auf ein künstlich verbreitetes Angebot der Produktionswirtschaft zurückgreifen könnten. Das allein ist allerdings schon fraglich. Jedenfalls ist dieser weit entfernte Belang aber weder das Primärziel des Investitionsverpflichtungsgesetzes, noch hat er normativ hinreichend Gewicht, um sich gegen die Rundfunkfreiheit durchzusetzen (vgl. auch die enge Schrankenregelung in Art. 10 Abs. 2 EMRK¹⁷⁹).

178 D II 4.

179 Siehe dazu etwa *Christoph Engel*, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 333, nach dem sich für Quotenregelungen kein legitimes Ziel im Katalog des Art. 10 Abs. 2 EMRK finden lässt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in jüngeren Entscheidungen bei der Bestimmung des allgemeinen Gesetzes im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG das Erfordernis eines gewichtigeren beziehungsweise höherrangigen Rechtsguts allerdings nicht mehr explizit einbezogen.¹⁸⁰ Wenn dieses Kriterium nicht mehr als Definitionsmerkmal des qualifizierten Gesetzesvorbehalts in Art. 5 Abs. 2 GG vorausgesetzt werden sollte, entfällt es freilich nicht, sondern die Abwägung zwischen dem Zweck des Gesetzes und den Eingriffen in die Rundfunkfreiheit verlagert sich in diesem Fall vielmehr auf die Angemessenheitsprüfung im Rahmen des Übermaßverbots.

4. Legitimer Zweck

Hält man das Investitionsverpflichtungsgesetz für ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG, muss es im Übrigen den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen. Das setzt zunächst einen legitimen Zweck voraus. Dieser ist nicht bereits in der Inanspruchnahme einer Möglichkeit zu sehen, die die AVMD-Richtlinie den Mitgliedstaaten in Art. 13 Abs. 2 einräumt,¹⁸¹ sondern der deutsche Gesetzgeber muss mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz vielmehr selbst einen legitimen Zweck verfolgen.¹⁸² Weil der demokratische Verfassungsstaat nicht auf ihm vorausliegenden Staatszwecken beruht, ist er bei der Wahl der Zwecke grundsätzlich frei. Diese müssen allerdings mit der Verfassung vereinbar sein; illegitime Zwecke darf der Staat nicht verfolgen.¹⁸³

a) Förderung der deutschen und europäischen Filmwirtschaft

Auch wenn das neue Gesetz den Titel „Gesetz zur Förderung europäischer Werke durch Direktinvestitionen“ tragen soll: Die Entwurfsbegründung macht deutlich, dass es dem Gesetzgeber vor allem um die Förderung der deutschen Produktionswirtschaft geht und lediglich sekundär um die

180 BVerfGE 124, 300 (321 f.) – Wunsiedel.

181 Zu dieser nicht selten anzutreffenden Verwechslung vgl. Jörn Lüdemann, ZUM 2014, 187 (193).

182 Siehe dazu allgemein BVerfGE 163, 107 (107 Leitsatz 2).

183 BVerfGE 100, 313 (359) – G 10 II; 115, 276 (304 f., 307) – Oddset; 117, 163 (182) – Anwaltliche Erfolgshonorare; 124, 300 (331) – Rudolf-Heß-Gedenkveranstaltung.

Förderung der gesamten europäischen Produktionswirtschaft.¹⁸⁴ Das entspricht auch dem eindeutigen Regelungsansatz in § 3 Abs. 2 InvestVG-E, wonach 70 % der Investitionssumme auf Werke in deutscher Originalsprache entfallen müssen und daher folglich nur 30 % für sonstige europäische Werke verbleiben.

Die Gesetzesbegründung stellt dabei ganz unterschiedliche Aspekte nebeneinander. So ist einerseits von einem „stabilen Investitionsvolumen im Sinne einer besseren Planbarkeit“ und der „Struktur der deutschen Filmwirtschaft“ die Rede und andererseits von der „Wettbewerbsfähigkeit des Produktionsstandorts“.¹⁸⁵ Diese und weitere Aspekte sind aber lediglich verschiedene Teilaspekte beziehungsweise abgestufte Ziele des übergeordneten Zwecks der Wirtschaftsförderung der Produktionswirtschaft einschließlich der damit verbundenen positiven Folgen für den Film als Kulturgut. Dieser Zweck ist verfassungsrechtlich grundsätzlich legitim. Ob er gewichtig genug ist, um Eingriffe in die Angebotsautonomie der Mediendiensteanbieter rechtfertigen zu können, steht – wie bereits erwähnt – auf einem anderen, später noch aufzuschlagenden Blatt.¹⁸⁶ Auch auf die Schwierigkeit, diesen Förderzweck im Rahmen der weiteren Verhältnismäßigkeitsprüfung zu operationalisieren, wird bei der Frage nach der Erforderlichkeit der gewählten Instrumente noch näher einzugehen sein.¹⁸⁷

b) Keine protektionistische Wirtschaftspolitik im Binnenmarkt

Keinen legitimen Zweck stellt es im Unterschied zur Wirtschaftsförderung hingegen dar, wenn der Gesetzgeber die deutsche Filmwirtschaft lediglich vor der Konkurrenz aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union schützen möchte. Eine protektionistische Filmindustriepolitik ist im Rahmen des europäischen Binnenmarktes mit dem Primär- und Sekundärrecht der Union nicht vereinbar¹⁸⁸ und kann angesichts des Anwendungs-

184 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung europäischer Werke durch Direktinvestitionen (Investitionsverpflichtungsgesetz, InvestVG), S. 2 ff. Vgl. auch *Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien*, Reform der Filmförderung auf einen Blick, S. 3: „Mit einer solchen Investitionsverpflichtung soll insbesondere der Produktionsstandort Deutschland gestärkt werden.“

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

186 Unter D II 8.

187 Sogleich unter D II 6 b.

188 Siehe unten E II c.

vorrangs des europäischen Rechts daher auch kein legitimes Ziel deutscher Gesetzgebung sein.

Inwieweit in diesem Lichte die Quote des § 3 Abs. 2 Nr. 2 InvestVG-E für Produktionen in deutscher Originalsprache mit dem europäischen Primärrecht sowie mit Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL (der ausschließlich von der Produktion „europäischer Werke“ spricht) vereinbar ist, wird im Rahmen der unionsrechtlichen Prüfung des Investitionsverpflichtungsgesetzes noch zu untersuchen sein.¹⁸⁹ Problematisch ist an ihr nicht, dass *auch* deutsche Produktionen gefördert werden sollen. Problematisch ist vor allem die mit 70 % von 20 % des Vorjahresumsatzes außergewöhnlich hohe Quote für Werke in deutscher Originalsprache.

5. Geeignetheit

Die Instrumente des Investitionsverpflichtungsgesetzes müssten außerdem geeignet sein, den verfolgten Zweck zu fördern.¹⁹⁰ Daran bestehen bei der Investitionsverpflichtung und der Rechteteilung allerdings bereits erhebliche Zweifel.

a) Investitionsverpflichtung

Der Gesetzgeber verspricht sich vom Investitionsverpflichtungsgesetz, wie soeben gesehen, insbesondere eine Förderung des Produktionsstandortes Deutschland. Anders als bei einer auf den Produktionsstandort selbst bezogenen Quote – die europarechtlich noch deutlich problematischer wäre und deshalb im Gesetzgebungsprozess auch nicht als gangbarer Weg eingeordnet wurde – wird die sprachbezogene Quote die gesetzgeberischen Erwartungen allerdings nicht erfüllen. Zwar verlangt die Geeignetheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bekanntermaßen nicht, dass der Gesetzgeber das erfolgversprechendste Instrument zur Zweckerreichung wählt; es reicht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielmehr aus, dass das Instrument die Zielerreichung zumindest befördert.¹⁹¹ Aber auch dieser Minimalanforderung dürfte die geplante Investitionsverpflich-

189 E II 3 c.

190 Allgemein zum Element der Geeignetheit BVerfGE 67, 157 (175 f.) – G 10; 159, 223 (305 f.) – Bundesnotbremse.

191 BVerfGE 67, 157 (175 f.) – G 10; 159, 223 (305 f.) – Bundesnotbremse.

tung nicht genügen. Gegen die Tauglichkeit des Instruments sprechen vor allem drei Gründe.

Erstens greift der Gesetzgeber mit einer solchen Investitionsverpflichtung auf ein planwirtschaftliches Instrument zurück, indem er Nachfrage künstlich erzwingt und diese auch noch mit verschiedenen, kumulativ geltenden Quotenvorgaben verknüpft. Die Einführung einer planwirtschaftlichen Steuerung führt erfahrungsgemäß aber gerade nicht dazu, dass die Qualität der Produkte oder die Innovationskraft der Produktionswirtschaft befördert wird. Nach allen empirischen Erfahrungen und theoretischen Einsichten ist vielmehr das genaue Gegenteil der Fall.¹⁹² Wo Nachfrage künstlich stimuliert wird – der Gesetzentwurf spricht wohlwollender von einem „stabile(n) Investitionsvolumen“¹⁹³ – sinkt der Anreiz für besondere Anstrengungen und Innovation. Der Staat setzt durch diesen Ansatz bestenfalls eine Produktion um der Produktion willen in Gang, die die Zukunftstauglichkeit der Branche eher gefährdet, statt die Struktur, die Leistungsfähigkeit und vor allem auch die Innovationskraft der deutschen Filmwirtschaft nachhaltig zu fördern.

Ein zweiter Grund, der noch offensichtlicher gegen die Tauglichkeit der Investitionsverpflichtung spricht, ist die ökonomische Wirkung des Instruments auf den Angebotspreis deutscher Produktionen. Kurbelt der Staat die Nachfrage künstlich an, dann werden nach den Gesetzmäßigkeiten der Marktwirtschaft in der Folge die Preise für die Produktion audiovisueller Werke spürbar steigen.¹⁹⁴ Das mag vordergründig im Interesse der Filmwirtschaft liegen. Doch dieser Eindruck trügt. Denn für die Investoren wird diese zusätzliche Preissteigerung zur Folge haben, dass Produktionen in Deutschland noch kostspieliger werden, als sie es heute schon sind. Das aber setzt unter den bestehenden Wettbewerbsbedingungen einen starken Anreiz, auch deutschsprachige Produktionen in noch größerem Ausmaß ins Ausland zu verlagern, als dies heute schon vielfach geschieht, weil in anderen Ländern die Produktionskosten vielfach deutlich geringer sind als bei uns, etwa in Polen oder der Tschechischen Republik, um nur zwei Beispiele herauszugreifen. Und dieser Abwanderungsdruck wird durch die zunehmende Konkurrenz zwischen den einzelnen Anbietern noch weiter

192 Christoph Engel, Die soziale Funktion des Eigentums, S. 9 ff.

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

194 Siehe dazu etwa die Studie von Kristian Stout/Giuseppe Colangelo, Cultural Levies and the EU Audiovisual Market.

verstärkt. Weil nun auch diejenigen Anbieter, deren Angebote nicht gleichermaßen national geprägt sind, wie dies bei den deutschen Fernsehsendern der Fall ist, gezwungen werden, noch mehr deutschsprachige Werke nachzufragen, wird der Konkurrenzkampf um diese Produktionen zwangsläufig zunehmen. Auch das wird den Preisanstieg für Produktionen in Deutschland zusätzlich befeuern und zu einer weiteren Verlagerung in andere Produktionsländer führen, in denen die Herstellung eines deutschsprachigen Films gleichermaßen möglich,¹⁹⁵ aber deutlich preiswerter ist.

Der dritte Grund für die Kontraproduktivität des Instruments ist schließlich die zunehmende Zersplitterung des Investitionskapitals. Dem Gesetzgeber geht es beim Investitionsverpflichtungsgesetz zwar darum, gerade auch die internationalen Streamingdienste zu höheren Investitionen in den lokalen Markt zu zwingen, als dies ihrem Geschäftsmodell entspricht. Aber das führt selbstverständlich nicht dazu, dass die besonders aufwändigen und teuren Produktionen dieser Dienste deshalb in Deutschland gedreht werden. Und das nicht nur wegen der beiden vorgenannten Probleme planwirtschaftlicher Steuerung und nachfrageinduzierter Preissteigerungen. Der Gesetzgeber zwingt die Streamingdienste mit nationalen Sprachquoten auch dazu, ihr Investitionskapital immer weiter aufzusplitten. Mit aufgesplitteten Budgets aber lassen sich Produktionen einer Serienstaffel, die leicht mehr als 30 Millionen Produktionskosten verursachen, immer weniger realisieren – und dies noch weniger in Deutschland mit seinen weit überdurchschnittlichen und weiter steigenden Produktionskosten.

Während namentlich steuerliche Anreizmodelle innerhalb und außerhalb Europas nachweislich zu positiven Effekten für die Filmwirtschaft führen,¹⁹⁶ ist die Investitionsverpflichtung zur Förderung der deutschen Filmwirtschaft nicht nur nicht geeignet. Alles spricht dafür, dass sie sogar kontraproduktiv ist. Man mag diese Einsicht mit Verweis auf den Einschätzungsspielraum relativieren wollen, den das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei der Bewertung der Geeignetheit grundsätzlich zubilligt.¹⁹⁷ Allerdings ist dieser Spielraum nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung umso kleiner, je gewichtiger die Rechtsgüter sind, in die der Staat

195 Dies ist nicht nur in den Ländern möglich, in denen auch die deutsche Sprache gesprochen wird (also etwa in Österreich, der Schweiz, Liechtenstein, Luxemburg, Italien), sondern im Grunde in jedem Land.

196 Siehe dazu sogleich unter D 6 a.

197 Vgl. etwa BVerfGE 120, 274 (320) – Online-Durchsuchung.

eingreift.¹⁹⁸ Da der Gesetzgeber mit dem geplanten Investitionsverpflichtungsgesetz in erheblichem Umfang die Angebotsautonomie der Medienanbieter beschneidet, die vom Grundgesetz im Interesse der öffentlichen Meinungsbildung besonders kraftvoll geschützt wird, sind an die Plausibilität der Eignung des Instrumentariums deshalb deutlich höhere Anforderungen zu stellen. Es ist aber nach dem zuvor Gesagten nichts ersichtlich, was die Eignung der Investitionsverpflichtung plausibilisieren könnte.

b) Rechteteilung

Nicht weniger groß sind die Zweifel an der Eignung beim gesetzlichen Instrument der Rechteteilung, § 6 InvestVG-E. Wie oben bereits ausführlicher dargestellt, wird diese geplante Regelung insbesondere die Produktion aufwändiger Werke eher in Frage stellen als sie zu befördern.¹⁹⁹ Zugleich werden die für die Medienanbieter nachteiligen rechtlichen Rahmenbedingungen – ebenso wie die Investitionsverpflichtung – gerade nicht dazu beitragen, dass die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Filmwirtschaft gesteigert wird. Die vorgesehenen Regeln für die Rechteteilung werden im Gegenteil einen weiteren Anreiz für die Abwanderung der Produktion deutschsprachiger Werke ins Ausland setzen, wo auch insoweit bessere und weniger rigide rechtliche Investitionsbedingungen bestehen.

6. Erforderlichkeit

Selbst wenn die gesetzlichen Instrumente geeignet wären, die deutsche Filmwirtschaft zu fördern, wären sie zu diesem Zweck nicht erforderlich. Die Eingriffe in das Marktgeschehen sind nicht vonnöten, um ein Marktversagen zu beheben, weil ein solches nicht begründbar ist (a). Die Pflichten, die der Gesetzgeber den VoD-Anbietern auferlegen möchte, könnten vielmehr ausschließlich als eine Indienstnahme Privater eingeordnet und gerechtfertigt werden (b). Doch auch insoweit erweisen sich die Investitionsverpflichtung und die Rechteteilung im Ergebnis als nicht erforderliche und damit unverhältnismäßige Maßnahmen (c).

198 BVerfGE 109, 279 (336) – Großer Lauschangriff.

199 Vgl. oben D II 2 b.

a) Keine Erforderlichkeit zur Marktregulierung

Der Gesetzgeber beschreitet mit dem geplanten Investitionsverpflichtungsgesetz einen außergewöhnlichen Weg. Statt wie in allen anderen Segmenten der Wirtschafts- und Kulturförderung allein auf finanzielle Impulse durch Subventionen oder sonstige finanzielle Unterstützungsleistungen zu setzen, möchte er den VoD-Anbietern im Interesse der Förderung der Produktionswirtschaft zusätzlich auch noch Marktverhaltenspflichten auferlegen.

Solche Eingriffe könnten begründbar sein, wenn ein Marktversagen diagnostizierbar wäre, das der Staat von hoher Hand korrigieren müsste. Ein Marktversagen, beziehungsweise eine marktliche Unvollkommenheit, lässt sich in unserem Kontext allerdings nicht ausmachen. Denn keine der anerkannten Schwachstellen des marktlichen Koordinationsprozesses,²⁰⁰ die eine staatliche Intervention grundsätzlich plausibel machen können, ist in unserem Kontext erkennbar. Um zunächst die offensichtlich nicht in Frage kommenden Marktversagensvarianten auszusondern:

Es geht beim Investitionsverpflichtungsgesetz nicht um natürliche Monopole, wie sie insbesondere im Bereich der Netzwirtschaften bestehen, und die der Staat teilweise mit Zugangsrechten, Preisregulierungen oder spezifischen Diskriminierungsverboten aufbricht, um Wettbewerb zu ermöglichen, zu erhalten und zu fördern.

Filme sind auch keine öffentlichen Güter wie saubere Atemluft oder die Landesverteidigung, weil es bei ihr insbesondere am notwendigen Merkmal der Nichtausschließbarkeit vom Konsum fehlt, die solche Güter (neben der fehlenden Konsumrivalität) auszeichnet und die eine marktliche Bereitstellung in Frage stellt. Denn während man niemanden vom Konsum der Atemluft oder der Landesverteidigung ausschließen kann, kann man den Zugang zu und die Produktion von Filmen von einem Entgelt abhängig machen.

Ebenso wenig geht es beim Investitionsverpflichtungsgesetz um negative externe Effekte, die den Anbietern im Marktprozess nicht angelastet werden, wie dies beispielsweise bei Umweltbelastungen regelmäßig der Fall ist. Der einzig denkbare externe Effekt könnte in unserem Kontext darin bestehen, dass die Rezipientinnen und Rezipienten vor allem bei den internationalen VoD-Diensten eine größere Anzahl ausländischer Produktionen sehen. In diesem Fall von einem Marktversagen durch negative externe

200 Überblick etwa bei *Michael Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns; *Charles B. Blankart*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, S. 47 ff.

Effekte zu sprechen, würde allerdings voraussetzen, dass man audiovisuelle Werke aus anderen Ländern als schädliche Güter einstufte, deren Konsum es staatlich zu vermeiden gilt, wie dies etwa im Fall von Drogen der Fall ist. Auch wenn man die heimische Filmwirtschaft ankurbeln möchte, lässt sich eine solche normative Kategorisierung angesichts der Medienfreiheiten und der Informationsfreiheit der Rezipientinnen und Rezipienten unter dem Grundgesetz nicht ernsthaft vertreten.

Auch ungleich verteilte Informationen zwischen Anbietern und Nachfragern, also Informationsasymmetrien wie beim prototypischen Beispiel des Gebrauchtwagenkaufs, spielen in unserem Kontext keine Rolle.²⁰¹

Der Wunsch der Politik, dass die VoD-Anbieter zur Wirtschaftsförderung noch mehr in nationale Filmproduktionen investieren als sie dies heute schon tun und dies ihrem eigenen Geschäftsmodell und der Nachfrage ihrer Rezipientinnen und Rezipienten entspricht, ist schließlich kein Fall eines Marktversagens. Es handelt sich vielmehr um einen von außen an den Markt herangetragenen politischen Wunsch nach einem anderen Marktergebnis *trotz* funktionierender Märkte: Der Staat möchte, dass mehr von einem Gut angeboten wird, als dafür an den Märkten Nachfrage beziehungsweise Zahlungsbereitschaft besteht. Eine solche Entscheidung für ein sogenanntes meritorisches Gut im weiteren Sinne²⁰² kann der Staat wie in vielen anderen Bereichen der Kultur auch treffen, in denen die Nachfrage geringer ist, als der Staat dies aus Gemeinwohlerwägungen für notwendig erachtet.²⁰³ Gerade deshalb subventioniert er etwa Museen und Theater, weil er sich von ihnen einen positiven Effekt für das Gemeinwesen verspricht. Aber der Grund für die staatliche Intervention liegt dann in dieser demokratischen Entscheidung, nicht in einer Unvollkommenheit der Märkte.

201 Wenn Klaus Goldhammer/André Wiegand/Timo Benecke/Kevin Dieterich/Eduard Scholl/Lena Mackuth/Halil Gagam, Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattformökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer mögl. Investitionsverpflichtung, S. 90 ff. von „Informations-Asymmetrien“ sprechen, dann geht es dort allein um den Wunsch der Produktionswirtschaft nach mehr Informationen über die Nutzerzahlen auf den Plattformen und damit um einen ganz anderen Aspekt.

202 Zu dieser in der Ökonomie eher kritisch bewerteten Kategorie siehe etwa Richard A. Musgrave/Peggy B. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, S. 55 ff.

203 Jörn Lüdemann, *Verwalten durch Öffentliche Unternehmen*, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwig (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. VI, § 166, Rdnr. 37.

Auch in wettbewerblicher Hinsicht bestehen keine Marktunvollkommenheiten, auf die der Gesetzgeber etwa mit der in § 6 InvestVG-E statuierten Rechteteilungsverpflichtung sektorspezifisch reagieren müsste. Natürlich stehen sich in der Filmwirtschaft mitunter große Medienanbieter und kleinere Produktionsfirmen gegenüber.²⁰⁴ Aber Verträge zwischen unterschiedlich großen Unternehmen sind kein Spezifikum der Filmwirtschaft, sondern im Gegenteil eine ökonomische Standardsituation. Und zum anderen und vor allem erfordert das Aufeinandertreffen größerer und kleinerer Unternehmen auch keine neuen gesetzlichen Regelungen. Denn für den Fall eines eventuellen Missbrauchs einer besonderen marktlichen Stellung hält das Wettbewerbs- und Kartellrecht bereits heute alle nur denkbaren Gegenmittel vor. Dass gerade in der Filmproduktion außergewöhnliche strukturelle Wettbewerbsprobleme zwischen den Medienanbietern und den Filmproduzenten bestehen würden, die eine über die allgemeinen Regeln hinausgehende Regulierung erforderte, davon legen weder entsprechende gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen den beiden Marktseiten Zeugnis ab, noch ist ein solcher Befund angesichts der Wettbewerbssituation in diesem Sektor theoretisch plausibel.²⁰⁵

Etwas anderes folgt insbesondere auch nicht aus der Studie des Beratungsunternehmens *Goldmedia GmbH Strategy Consulting*,²⁰⁶ die die Filmförderungsanstalt des Bundes in Auftrag gegeben hat. Dieser Beitrag liefert aus wissenschaftlicher Perspektive keine plausible ökonomische Analyse von Markt- oder Wettbewerbsproblemen. Die wettbewerbstheoretisch nicht unterfütterte Behauptung einer „strukturellen wettbewerblichen Asymmetrie“²⁰⁷ stützt sich in methodisch insuffizienter Weise insbesondere einseitig auf Interviews der Autorinnen und Autoren mit einzelnen Produzentinnen

204 Ann-Katrin Kaufhold, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 55 spricht von „Schwächeren“ und „Stärkeren“.

205 Die in der Gesetzesbegründung des Diskussionsentwurfs auf Seite 3 erwähnten „monopolartigen Marktstrukturen“, die dort selbst als Extremfall bezeichnet werden, gibt es in der Realität nicht, auch nicht in Ansätzen.

206 Klaus Goldhammer/André Wiegand/Timo Benecke/Kevin Dieterich/Eduard Scholl/Lena Mackuth/Halil Gagam, Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattformökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer mögl. Investitionsverpflichtung.

207 Klaus Goldhammer/André Wiegand/Timo Benecke/Kevin Dieterich/Eduard Scholl/Lena Mackuth/Halil Gagam, Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattformökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer mögl. Investitionsverpflichtung, S. 152 et passim.

und Produzenten, die trotz ihrer (legitimen) Eigeninteressen unkritisch als Expertenmeinungen eingeführt werden. Und auch ansonsten lässt der Text nicht erkennen, an welcher Stelle genau ein spezifisches Problem zwischen den betroffenen Vertragsparteien bestehen könnte, das vom deutschen und europäischen Wettbewerbs- und Kartellrecht nicht bereits vollständig adressiert würde. Mit diesen Rechtsregeln setzt sich die Stellungnahme der Strategieberatung erst gar nicht auseinander.

Auch ein pauschaler Verweis auf die Entwicklung „der“ Plattformökonomie²⁰⁸ vermag in unserem Kontext schließlich keine besonderen Gefahren zu begründen, die branchenspezifische Regulierungen oder Nachschärfungen des Wettbewerbs- und Kartellrechts erforderlich machen könnten.²⁰⁹ Im Gegenteil fehlen den Videoabrufdiensten gerade diejenigen problematischen Wesenszüge der digitalen Plattformökonomie, die im Wettbewerbs- und Kartellrecht aus guten Gründen seit geraumer Zeit eingehender erörtert werden und die etwa eine Modernisierung der Missbrauchsaufsicht geboten erscheinen lassen.²¹⁰ Denn bei den Videoabrufdiensten handelt es sich nicht um mehrseitige Plattformmärkte, die Angebote und Nachfrage Dritter zusammenführen²¹¹ und dafür eigene Regeln aufstellen.²¹² Auch schaffen die VoD-Anbieter keine digitalen Ökosysteme, die immer mehr Leistungen in sich aufnehmen. Und ebenso wenig gibt es bei Videoabrufdiensten aufgrund von Netzwerkeffekten ansonsten charakteristische Lock-In-Effekte, die zu „winner takes it all“-Märkten führen, bei denen die priva-

208 So bereits im – von der beauftragenden FFA vorgegebenen – Titel der Studie von Klaus Goldhammer/André Wiegand/Timo Benecke/Kevin Dieterich/Eduard Scholl/Lena Mackuth/Halil Gagam, Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattformökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer mögl. Investitionsverpflichtung.

209 Zur Notwendigkeit einer differenzierten Analyse der Herausforderungen der Digitalwirtschaft für das Recht Jörn Lüdemann, Warum und wie reguliert man digitale Informationsintermediäre?, in: Yoan Hermstrüwer/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, S. 5 ff.

210 Eingehende Analyse etwa bei Rupprecht Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?

211 Vgl. zu den wettbewerblichen Herausforderungen etwa Heike Schweitzer/Justus Haucap/Wolfgang Kerber/Robert Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen; Torsten Körber, NZKart 2018, S. 105 f.; Rupprecht Podszun/Christian Kersting, NJOZ 2019, 321 ff.; dies., ZRP 2019, 34 ff.; Raoul Hoffer/Leo Alexander Lehr, NZKart 2019, 10 f.

212 Heike Schweitzer, ZEuP 2019, 1 ff.; Stephan Wernicke/Friedrich-Joachim Mehmel, ZEuP 2020, 1 ff.

te Macht nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr hinreichend durch den Wettbewerb diszipliniert wird.

b) Erforderliche Indienstnahme?

aa) Begriff und Voraussetzungen

Will der Gesetzgeber den VoD-Anbietern gleichwohl Handlungspflichten auferlegen, kommt dies verfassungsrechtlich allein als eine staatliche Indienstnahme Privater in Betracht,²¹³ die das Bundesverfassungsgericht als verfassungsrechtliche Kategorie in zahlreichen Entscheidungen näher ausgeformt hat. Dass der Staat Leistungen oder Ressourcen einzelner Berufstätiger oder privater Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Anspruch nimmt, ist längst keine Seltenheit mehr. Die Praxisbeispiele reichen vom klassischen Fall der Bevorratungspflicht privater Ölunternehmen²¹⁴ und den jüngeren Gasspeicherpflichten,²¹⁵ unternehmerischen Pflichten zur Datenspeicherung und -übermittlung für spätere Verwaltungsverfahren wie etwa im Fall der Vorratsdatenspeicherung nach dem TKG,²¹⁶ der Pflicht von Rechtsanwälten als Pflichtverteidiger tätig zu werden,²¹⁷ der Mitwirkungspflicht von Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren mitzuwirken,²¹⁸ über die Kontrolle der Gastwirte zur Einhaltung des Rauchverbots²¹⁹ bis hin zum bekanntesten Beispiel der Indienstnahme: der Inpflichtnahme der Arbeitgeber im Lohnsteuerverfahren.²²⁰

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterliegen solche Indienstnahmen Privater unter dem Grundgesetz allerdings

213 Ebenfalls für eine Einordnung als Indienstnahme, wenn auch nicht mit den notwendigen verfassungsrechtlichen Konsequenzen *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste in Deutschland, S. 162 ff.

214 BVerfGE 30, 292 (312 ff.) – Erdölbevorratung.

215 Eingehend *Sebastian Merk*, NJW 2022, 2664 ff.

216 BVerfGE 125, 260 (358 ff.) – Vorratsdatenspeicherung.

217 BVerfGE 68, 237 (255) – Beförderung Schwerbehinderter.

218 BVerfGE 85, 329 (334 ff.) – Sachverständigenentschädigung.

219 BVerfG Beschl. v. 13.8.2008 – 1 BvR 2068/08, BeckRS 2008, 40033.

220 Vgl. etwa *Klaus-Dieter Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen; *Gregor Kirchhof*, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren.

besonderen Anforderungen.²²¹ Diese werden vom Gericht rechtsdogmatisch im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verarbeitet.²²² Sie erweitern dort das klassische Prüfprogramm des Übermaßverbots.²²³ Neben dem Erfordernis einer öffentlichen Aufgabe von Gemeinwohlrelevanz (die im Fall des Investitionsverpflichtungsgesetzes mit der Förderung der Filmwirtschaft besteht²²⁴), der Geeignetheit der Instrumente (die hier ausgesprochen zweifelhaft ist²²⁵) und der im Folgenden zunächst zu untersuchenden Erforderlichkeit verschärft das Gericht die Kontrolle durch das zusätzliche Kriterium der Sach- und Verantwortungsnähe sowie durch das Erfordernis eines finanziellen Ausgleichs, auf die im Anschluss noch näher einzugehen sein wird.

Zunächst ist mit Blick auf die Erforderlichkeit allerdings zu fragen, warum neben den bestehenden öffentlichen Fördermaßnahmen eine Indienstnahme Privater überhaupt vonnöten sein soll (bb) und insbesondere in dem erheblichen Ausmaß, den das geplante Investitionsverpflichtungsgesetz vorsieht (cc).

bb) Erforderlichkeit neben weiteren öffentlichen Fördermaßnahmen

Der Gesetzgeber betritt mit dem geplanten Investitionsverpflichtungsgesetz kein unbestelltes Feld. Anders als in vielen anderen Wirtschaftszweigen existiert für die Filmbranche bereits ein ganzes Bündel öffentlich organisierter Fördermaßnahmen. Und diese nationalen Förderinstrumen-

221 BVerfGE 22, 380 (383) – Dienstleistungspflichten von Kreditinstituten; BVerfGE 30, 292 (312 ff.) – Erdölbevorratung; 54, 251 (271) – Entgelt für Tätigkeit als Vormund; 57, 139 (158) – Schwerbehindertenabgabe; 68, 155 (170) – Beförderung Schwerbehinderter; 85, 329 (334 ff.) – Sachverständigenentschädigung; 114, 196 (244 ff.) – Beitragssatzsicherungsgesetz; 125, 260 (358 ff.) – Vorratsdatenspeicherung.

222 Vgl. etwa die Darstellung bei *Martin Burgi/Christoph Krönke*, *VerwArch* 2018, 423 ff.; *Martin Burgi*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 12 Abs. 1, Rdnr. 264 f., *Hanno Kube*, *JZ* 2010, S. 265 ff.

223 Der übliche Prüfungsmaßstab der Indienstnahme in der Rechtsprechung ist Art. 12 Abs. 1 GG. Je nach Fallkonstellation kann auch Art. 14 Abs. 1 GG einschlägig sein (vgl. näher etwa *Martin Burgi/Christoph Krönke*, *VerwArch* 2018, 423, 432 ff.). Da hier die unternehmerische Tätigkeit der VoD-Anbieter insgesamt vom spezielleren Schutzbereich der Rundfunkfreiheit umfasst ist, bildet dieses Grundrecht hier weiterhin den zentralen Maßstab, der durch die Eigentumsfreiheit flankiert wird.

224 Näher D II 4.

225 Näher D II 5.

te bleiben – neben den bedeutsamen europäischen Förderprogrammen – auch weiterhin bestehen: Angefangen von der Filmabgabe nach dem Filmförderungsgesetz über die bestehenden Quotenvorgaben des Medienstaatsvertrages bis hin zur Förderfunktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Und die Rundfunkanstalten tragen dabei nicht nur mit ihrer milliarden schweren und von wirtschaftlichen Schwankungen enthobenen und somit besonders stabilen Nachfrage in erheblichem Umfang zum Gedeihen und vor allem auch zur Stabilität der deutschen Produktionswirtschaft bei. Die Anstalten sind nach § 15 Abs. 5 MStV auch berechtigt, sich an Filmförderungen zu beteiligen, ohne dass dafür unmittelbar eine Gegenleistung erfolgen muss. Schon angesichts dieser breiten öffentlichen Fördermaßen und der darüberhinausgehenden erheblichen Investitionen der privaten Fernseh- und Streaminganbieter in deutsche und europäische Werke²²⁶ versteht es sich keineswegs von selbst, dass es zusätzlich noch einer Indienstnahme der VoD-Anbieter bedarf, um die deutsche Filmwirtschaft zu unterstützen.

Besonders zweifelhaft ist die Erforderlichkeit der Indienstnahme Privater vor allem auch deshalb, weil der Staat zeitgleich mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz noch ein weiteres Gesetz, das Gesetz zur steuerlichen Förderung von Filmvorhaben (Filmförderungszulagengesetz – FFZulG), einführen möchte. Mit diesem Gesetz soll die Filmförderung nicht nur vereinfacht und transparenter gemacht werden, sondern das mit dem Filmförderungszulagengesetz einzuführende steuerliche Anreizmodell soll vor allem auch zu einer deutlichen Stärkung der nationalen Filmwirtschaft beitragen. In der Begründung des Diskussionsentwurfs heißt es dazu: „Um den Nachteil eines zuschussbasierten, vom jährlichen Bundeshaushalt abhängigen Fördermodells aufzuheben und Deutschlands Attraktivität als Produktionsstandort zu steigern, soll mit dem Filmförderungszulagengesetz eine planungssichere Anreizförderung für deutsche und internationale Film- und Serienproduktionen nach internationalem Standard unabhängig vom jährlichen Haushalt eingeführt werden. Die bestehende Filmproduktionsinfrastruktur in Deutschland mit aktuell rund 119.110 Erwerbstätigen und einer Bruttowertschöpfung in Höhe von EUR 8.091 Millionen soll so erhalten werden. (...) Eine solche Förderung würde sich dynamisch

226 Nach einem Bericht der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle über Investitionen in Europäische Originalinhalte haben die Fernsehsender und die Streamingdienste allein im Jahr 2022 insgesamt rund 21 Milliarden Euro in europäische Originalinhalte (ohne Nachrichten und Sportrechte) investiert; vgl. *Gilles Fontaine*, *Audiovisual services spending in original European content*.

dem bestehenden Förderbedarf anpassen: Je stärker das Steueranreizmodell in Anspruch genommen wird, desto höher sind die volkswirtschaftlichen Effekte, welche das Steueranreizmodell finanzieren. Sollte die Filmwirtschaft stagnieren, sind keine Haushaltsmittel unnötig gebunden.“²²⁷ Und weiter: „Eine effektivere Standortförderung durch das Filmförderungszulagengesetz führt zum Ausbau der durch den Privatsektor finanzierten Produktionsinfrastruktur mit entsprechenden Investitionen am Standort Deutschland.“²²⁸

Nicht nur die Erfahrungen aus zahlreichen anderen Ländern, die *Tax Incentives*-Systeme bereits seit vielen Jahren einsetzen,²²⁹ sprechen dafür, dass dieser Förderansatz spürbare Erfolge zeitigen wird.²³⁰ Auch die wissenschaftliche Studienlage bekräftigt diese Einschätzung.²³¹ Im Unterschied zur bisherigen Filmförderung mit ihren befristeten und in der Höhe schwankenden Fördertöpfen sowie den Schwierigkeiten bei der Vergabe der Subventionen²³² schafft das Steueranreizmodell nicht zuletzt auch eine bessere Planbarkeit für Investitionen. Wenn aber bereits das (auch rechtlich umsetzbare²³³) Filmförderungszulagengesetz zusätzlich zu den bestehenden Förderinstrumenten zu einer spürbaren wirtschaftlichen Belebung der deutschen Filmwirtschaft beitragen wird, bedarf es einer belastbaren Begründung, warum es erforderlich sein sollte, im selben Atemzug mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz auch noch eine Indienstnahme der VoD-Anbieter zu implementieren.

Dieses Begründungserfordernis lässt sich auch nicht mit dem Argument zurückweisen, dass mehr Förderung immer besser sei und sich der Gesetzgeber zwischen beiden Instrumenten deshalb gar nicht zu entscheiden brauche. Abgesehen davon, dass das Investitionsverpflichtungsgesetz zur Zweckerreichung – wie soeben erörtert – schon nicht geeignet erscheint,

227 Entwurf eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung von Filmvorhaben (Filmförderungszulagengesetz – FFZulG), S. 2.

228 Entwurf eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung von Filmvorhaben (Filmförderungszulagengesetz – FFZulG), S. 4.

229 Zum Trend der Einführung steuerlicher Anreizsysteme bereits *Christina Etteldorf*, UFITA 2019, S. 498 ff.

230 *Bitkom*, Tax Incentives im deutschen Film- und Serienproduktionsmarkt, S. 23 ff. mit Blick auf das Vereinigte Königreich, Spanien und Ungarn.

231 Vgl. etwa *Florian Kumb*, Medienwirtschaft 1/2018, S. 28 (29 ff.); *Bitkom*, Tax Incentives im deutschen Film- und Serienproduktionsmarkt.

232 Siehe dazu etwa *Stefan Graeser*, Medienwirtschaft 3/2021, S. 18 ff.

233 *Joachim Englisch*, Gutachten zur Ausgestaltung eines steuerlichen Anreizmodells für die Filmwirtschaft.

greift ein solcher Einwand vor allem auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht durch. Während der fördernde Staat (im Rahmen des europäischen Beihilfenrechts) weitgehend frei ist, Wirtschaftszweige durch Steueranreize oder sonstige Instrumente der Wirtschaftsförderung gleichzeitig zu unterstützen, auch wenn kein zwingender Bedarf für einen solchen Instrumentenmix besteht, gilt das für den eingreifenden Staat nicht gleichermaßen. Will der Staat eine Förderung zusätzlich durch eine zwangsweise Indienstnahme ins Werk setzen, dann muss er die Erforderlichkeit dieser Maßnahme vor den Grundrechten der Betroffenen rechtfertigen können. Im Rahmen des Übermaßverbots besteht die freiheitsschonende Bedeutung des Erforderlichkeitskriteriums schließlich gerade darin, dass der Staat nicht tiefer in die Freiheitsrechte eingreift, als dies zur Lösung eines Problems tatsächlich vonnöten ist. Und die Anforderungen an diese Rechtfertigung sind unter dem Grundgesetz umso höher, je massiver die staatlichen Eingriffe ausfallen und je gewichtiger die Grundrechte sind, die der Gesetzgeber beschneidet. Angesichts der oben entfalteten, massiven Eingriffe nicht zuletzt in die verfassungsrechtlich besonders abgeschirmte Angebotsautonomie der Mediendienstanbieter ist an die Erforderlichkeit einer multiinstrumentellen Maximaltherapie deshalb ein strenger Maßstab anzulegen.

Aber warum genau sollte es zwingend notwendig sein, neben dem erfolgversprechenden Filmförderungszulagengesetz zeitgleich auch noch das Investitionsverpflichtungsgesetz mit seinen erheblichen Nebenwirkungen für die Freiheitsrechte einzusetzen? Warum scheidet es als mildere Alternative von vornherein aus, zunächst die Wirkungen der steuerlichen Anreizförderung zu evaluieren, bevor der Gesetzgeber auch noch eine Indienstnahme der VoD-Anbieter anordnet? Eine maximalinvasive Therapie auf einen Schlag könnte nur erforderlich sein, wenn sich die deutsche Filmwirtschaft in einem so verheerenden Zustand befände, dass die jetzige Gabe nur eines neuen Medikaments zu riskant wäre, und der Staat stattdessen alle nur denkbaren Therapeutika auf einmal verabreichen müsste.

Dass sich die deutsche Filmwirtschaft in einer solch lebensbedrohlichen Situation befindet, hat der Gesetzgeber aber weder dargelegt, noch lässt sich eine solche Diagnose sachlich begründen. Zwar sind die Investitionssummen, die in die deutsche Produktionswirtschaft fließen, derzeit vielleicht nicht mehr auf dem hohen Niveau früherer Boomjahre. Und die Erfolge der deutschen Filmindustrie waren auch schon einmal größer. Aber zum einen ist das Investitionsvolumen der öffentlich-rechtlichen

und der privaten Fernsehsender sowie der Streamingdienste weiterhin ausgesprochen hoch.²³⁴ Und vor allem ist nicht jede Schwankung der wirtschaftlichen Situation auch bereits eine existentielle Notlage. Da es Stabilität schon angesichts konjunktureller Wellen in keiner Branche gibt, sind Nachfrageschwankungen im Gegenteil der marktwirtschaftliche Normalfall. Dass die deutsche Produktionswirtschaft anders als andere Wirtschaftszweige kurz vor ihrem vollständigen Niedergang stünde und der Gesetzgeber deshalb alle ihm zur Verfügung stehenden Medikamente auf einmal verabreichen müsste, um zu retten, was noch zu retten ist, zeichnet kein getreues Bild der deutschen Filmindustrie. Der zeitliche Druck, beide Gesetze auf einmal zu erlassen, lässt sich nicht mit realwirtschaftlichen Fakten begründen, sondern allenfalls politisch erklären.

Der Verzicht auf die zeitgleiche Einführung der Indienstnahme scheidet als milderes Mittel im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit auch nicht deshalb aus, weil nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als alternative Instrumente grundsätzlich nicht solche in Betracht kommen, die die Last lediglich auf Dritte oder die Allgemeinheit verschieben.²³⁵ Denn um eine solche Verschiebung geht es an dieser Stelle nicht. Vielmehr fehlt es bereits an der Erforderlichkeit, über die bestehenden Instrumente und das vom Gesetzgeber geplante steuerliche Anreizmodell hinaus überhaupt noch zeitgleich ein weiteres Förderinstrument in Stellung zu bringen. Oder anders formuliert: Da sich die zeitgleiche Einführung der Indienstnahme als nicht erforderlich erweist, ist es auch nicht erforderlich, stattdessen andere Instrumente einzusetzen, die Dritte oder die Allgemeinheit zusätzlich belasten.

cc) Erforderlichkeit des Ausmaßes der Indienstnahme

Lässt sich nach dem zuvor Gesagten bereits nicht begründen, warum die Indienstnahme parallel zur Einführung der Anreizförderung erforderlich sein soll, ist noch weniger ersichtlich, warum dies in dem erheblichen Umfang vonnöten sein sollte, den der Entwurf des Investitionsverpflichtungsgesetzes vorsieht. Weder lässt sich die Notwendigkeit der außergewöhnlich hohen Investitionsquoten sachlich begründen (1.), noch die Er-

234 Gilles Fontaine, Audiovisual services spending on original European content.

235 BVerfGE 103, 172 (183 f.) – Altersgrenze für Kassenärzte; 109, 64 (86) – Mutterchaftsgeld II; 116, 96 (127); siehe zu dieser Rechtsprechung auch Thomas Wißmeyer, Die Kosten der Freiheit, S. 54 ff.

forderlichkeit mehrerer kumulativ geltender Subquoten (2.) und der Rech-
teteilung (3.).

(1.) Investitionsquote

Der Gesetzgeber möchte mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz nach derzeitiger Planung eine Investitionsquote von 20 % des Vorjahresnettoumsatzes vorschreiben, § 3 Abs.1 InvestVG-E. Das ist ein erheblicher Anteil des Budgets, das den Anbietern für das Medienangebot überhaupt zur Verfügung steht.²³⁶ Die Erforderlichkeit dieser besonders hohen Quote – die sich überdies auch auf den Gesamtumsatz und nicht allein auf den Umsatzanteil aus der Auswertung von Filmen bezieht, was im Rahmen der Filmförderung naheläge²³⁷ – lässt sich nicht mit dem bloßen Hinweis begründen, dass jede geringere Quote zur Zielerreichung nicht gleichermaßen geeignet ist und deshalb als milderer Mittel von vornherein nicht in Betracht kommt.²³⁸ Diese Aussage wäre sachlich nur dann zutreffend, wenn feststünde, dass ein Förderbedarf in dieser Größenordnung besteht. Ansonsten misst man das Instrument schlichtweg an sich selbst. Mit der gleichen Logik wäre dann auch eine 92 %ige Investitionsquote oder jede andere beliebige Quote erforderlich. Auch hatten wir soeben bereits gesehen, dass der in Grundrechte eingreifende Staat sich nicht damit rechtfertigen kann, dass mehr Förderung auch immer mehr hilft.

In welcher Größenordnung ein Förderbedarf tatsächlich besteht, wurde in der Vorbereitung des Gesetzes aber nicht ermittelt. Weder gibt es wissenschaftliche Bedarfsanalysen, die diese Zahl plausibilisieren würden und auf die sich Bundesregierung insoweit stützen könnte. Noch hat die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien eine Studie zum tatsächlichen Förderbedarf in Auftrag gegeben. Die bereits erwähnte Ausarbeitung

236 Siehe dazu näher bereits oben D II 2a bb.

237 Die Umsätze mit Filmen ließen sich auch leicht ermitteln. Schon heute ist dies die gängige Praxis bei der Ermittlung der Filmabgabe, die auf den Umsatz mit (Kino-)Filmen abstellt. § 153 Abs.5 des derzeit noch geltenden FFG regelt dies speziell für VoD-Dienste.

238 So mit Blick auf die Quote für Werke in deutscher Originalsprache *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 28 f.

des Consulting-Unternehmens *Goldmedia*²³⁹ liefert in diesem Zusammenhang keine Erkenntnisse. Das Papier beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die Investitionssummen von VoD-Anbietern mit ihren nationalen Umsätzen oder den Investitionen von TV-Sendern zu vergleichen²⁴⁰ und außerdem grob abzuschätzen, was eine Investitionsverpflichtung für die deutsche Produktionswirtschaft bedeuten würde.²⁴¹ Beides hat mit dem realen Förderbedarf aber nichts zu tun.

Eine genauere Bedarfsanalyse mag bei staatlichen Förderprogrammen verfassungsrechtlich entbehrlich sein. Bei der zwangsweisen Indienstnahme Privater ist sie es nicht. Denn ohne eine Zielgröße der Förderung lässt sich verfassungsrechtlich überhaupt nicht überprüfen, welche Instrumente zur Zweckerreichung erforderlich sind und welche nicht. Selbstverständlich ist der Gesetzgeber nicht in der Lage, den Förderbedarf bis auf die dritte Nachkommastelle genau zu ermitteln. Das kann daher auch nicht der verfassungsrechtliche Maßstab sein, an dem er gemessen wird. Aber wenn man auf die Bezifferung des erforderlichen Fördervolumens vollständig verzichtet, läuft die Prüfung der Erforderlichkeit der staatlichen Indienstnahme im Grunde leer. Die Grundrechte als Abwehrrechte vermitteln ihren Trägern aber ein umfassendes Recht auf Rechtfertigung.²⁴² Greift der Staat in die Freiheitsrechte ein, dann muss dieser Eingriff verfassungsrechtlich hinreichend begründbar sein. Und das gilt nicht nur für den Anlass, sondern auch für das Ausmaß der Intervention. Soll dieses fundamentale Freiheitsversprechen nicht wertlos werden, kann der Staat die Investitionsquoten nicht einfach willkürlich festlegen.

239 Klaus Goldhammer/André Wiegand/Timo Benecke/Kevin Dieterich/Eduard Scholl/Lena Mackuth/Halil Gagam, Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattformökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer mögl. Investitionsverpflichtung.

240 Klaus Goldhammer/André Wiegand/Timo Benecke/Kevin Dieterich/Eduard Scholl/Lena Mackuth/Halil Gagam, Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattformökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer mögl. Investitionsverpflichtung, S. 112 ff., wobei das Papier dazu auch auf eine Modellrechnung der Produzentenallianz zurückgreift.

241 Klaus Goldhammer/André Wiegand/Timo Benecke/Kevin Dieterich/Eduard Scholl/Lena Mackuth/Halil Gagam, Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklung der Plattformökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer mögl. Investitionsverpflichtung, S. 114 ff.

242 Näher Jörn Lüdemann, Abwehrrechte, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. III, § 66, Rdnr. 9 ff.

So liegen die Dinge aber hier. Es fehlt im vorliegenden Kontext vollständig an einer Bedarfsanalyse, sodass der Gesetzgeber gewissermaßen ins Blaue hinein reguliert. Und die vorhandenen Realbefunde deuten gerade nicht darauf hin, dass tatsächlich ein Bedarf in dieser Größenordnung bestehen könnte. Zum einen sind neben den staatlich organisierten Förderungen auch die freiwilligen Investitionen der Medienanbieter in deutsche und europäische Produktionen nach wie vor ausgesprochen hoch.²⁴³ Durch den verstärkten Markteintritt der VoD-Anbieter neben den klassischen Fernseh Anbietern ist die Nachfrage auch noch einmal zusätzlich signifikant gestiegen.²⁴⁴ Zum anderen und vor allem spricht auch der Vergleich mit anderen europäischen Staaten nachdrücklich dagegen, dass eine Quotenhöhe von 20 % des Vorjahresnettoumsatzes tatsächlich erforderlich sein könnte. So gibt es nicht nur Staaten, die ganz auf eine Investitionsverpflichtung verzichtet haben. Auch in denjenigen Ländern, die Investitionsquoten eingeführt haben, liegen diese ausweislich einer Studie der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle²⁴⁵ im Durchschnitt weit unter der 20 %igen Investitionsquote, die die deutsche Politik den Anbietern zukünftig auferlegen möchte: etwa in Belgien derzeit je nach Sprachgebiet bei 1,8 oder 2 %, ²⁴⁶ in der Schweiz bei 4 % des Bruttoumsatzes, ²⁴⁷ in Spanien bei 5 % der Jahreseinnahmen, in Griechenland bei 1,5 % des Umsatzes, in Kroatien bei 2 % des Jahresbruttoumsatzes, in den Niederlanden bei 4,5 % ²⁴⁸ des Jahresumsatzes und in Portugal zwischen 2 und 4 % des Umsatzes. Einzig in Frankreich und in Italien existieren bislang ²⁴⁹ deutlich höhere Quoten (für

243 Vgl. den Bericht der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle: *Gilles Fontaine*, Audiovisual services spending in original European content.

244 Nach *Gilles Fontaine*, Audiovisual services spending in original European content, machten die Ausgaben der globalen Streaming-Anbieter 24 % der Gesamtausgaben für europäische Originalinhalte aus.

245 Vgl. zu den nachfolgenden Zahlen insgesamt *Francisco Javier Cabera Blázquez/Maja Cappello/Julio Talavera Milla/Sophie Valais*, Investitionen in europäische Werke: die Verpflichtungen der VoD-Anbieter, S. 28 ff.

246 Abgestellt wurde hier zur notwendigen Vergleichbarkeit mit der geplanten deutschen Rechtslage auf solche Umsätze, die ebenfalls über der Umsatzschwelle von EUR 10 Millionen liegen, die in § 4 Abs.1 InvestVG-E aufgestellt wird. Aktuell werden die gesetzlichen Regelungen in Belgien überarbeitet.

247 Für VoD-Anbieter neu eingeführt durch eine Revision des Filmgesetzes (§ 24b Abs.1 FiG); vgl. auch die Verordnung über die Quote für europäische Filme und Investitionen in das Schweizer Filmschaffen (FQIV) vom 6. September 2023. Zum zugrundeliegenden Referendum *Sebastian Zeitmann*, MMR-aktuell 2022, 449235.

248 Mittlerweile auf 5 % angehoben.

249 Italien senkt die Quote derzeit gerade wieder ab.

lineare und nichtlineare Dienste gleichermaßen²⁵⁰), was allerdings auch bereits eine entsprechende Kritik der Europäischen Kommission auf sich gezogen hat. Darauf wird später noch näher einzugehen sein.²⁵¹ Dass gerade in Deutschland eine Quote unverzichtbar sein soll, die um ein Vielfaches höher ist als in den meisten anderen Ländern, lässt sich insbesondere auch nicht mit landesspezifischen Besonderheiten plausibilisieren. Im Gegenteil spielt etwa im Vergleich zu Frankreich der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland mit seinem milliardenschweren Investitionsvolumen eine wichtige Schlüsselrolle bei der Finanzierung nationaler Originalinhalte,²⁵² die bei der Vermessung eines Förderbedarfs entsprechend in Anschlag gebracht werden muss.

Die empirisch nicht begründete und auch nicht begründbare 20 %-Quote verdankt sich im Ergebnis wohl vor allem einem Phänomen, das in der Psychologie als *Anchoring* bezeichnet wird:²⁵³ Wer zuerst eine Zahl in den Raum stellt, der setzt den entscheidenden diskursiven Anker. In diesem Fall kam der Anker für die rechtspolitische Debatte von den Interessenverbänden der deutschen Filmwirtschaft. Die Produzentenverbände haben bei der Bundesbeauftragten für Kultur und Medien seit deren Amtsantritt mit Nachdruck eine stärkere Förderung der deutschen Produktionswirtschaft angemahnt und von Anfang an auch unmissverständlich gemacht, welche Unterstützung sie sich genau vorstellen: nämlich in Überspitzung²⁵⁴ des

250 Zur Frage der Gleichbehandlung siehe aus grundrechtlicher Perspektive unter D II 9 und aus europarechtlicher Perspektive unter E II 3 a.

251 Teil E II 3 b.

252 Vgl. den Bericht der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle: *Gilles Fontaine*, Audiovisual services spending in original European content.

253 *Amos Tversky/Daniel Kahnemann*, in: *Science* 1974, S. 1124 ff.; *Daniel Kahnemann*, *Schnelles Denken, langsames Denken*, S. 152 ff. Für einen juristischen Kontext vgl. etwa *Birte English/Thomas Mussweiler*, *Journal of Applied Social Psychology* 31 (2001), 1535 ff.

254 Die Branchenforderung geht insoweit noch über die französische Regelung hinaus, als die Produzentenverbände in Deutschland für alle Videoabrufdienste eine Quote von 25 % fordern. Die französische Verordnung (Décret No 2021-793 du 22. Juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande) differenziert hingegen zwischen den unterschiedlichen Typen von Abrufdiensten: Selbst für die Abonnementdienste (Subscription-Video-on-Demand, SVoD) gilt die Quote von 25 % nur für den Umsatz aus der Verwertung von Kinofilmen, ansonsten sind es auch hier 20 %. Für die Einzelabrufdienste (Transactional-Video-on-Demand, TVoD) und die werbefinanzierten Abrufdienste (Advertising-Video-on-Demand, AVoD) gilt hingegen nur eine 15 %ige Investitionsquote.

Extremmodells in Frankreich eine umfassende Investitionsquote in Höhe von 25 %.²⁵⁵

Im Anschluss an diese dezidierte Branchenforderung wurde, wie es für den Ankereffekt kennzeichnend ist, rechtspolitisch gar nicht mehr ergebnisoffen darüber nachgedacht, welche Investitionsverpflichtung in Deutschland angesichts der sonstigen deutschen und europäischen Film-Förderlandschaft und der wirtschaftlichen Ausgangslage der deutschen Produktionswirtschaft überhaupt sachlich erforderlich wäre. Vielmehr hat man diese Zahl von Anfang an als Referenzwert des Gesetzgebungsprojekts verstanden und aufgrund mancher Zweifel an der außergewöhnlichen Quotenhöhe lediglich einen kleinen Abschlag vorgenommen. Im Eckpunktetpapier der Bundesbeauftragten heißt es später wörtlich, eine 20 %ige Investitionsquote sei die „Grundlage für weitere Verhandlungen mit Akteur:innen“.²⁵⁶ Verfassungsrechtlich irritiert nicht nur die politische Vorstellung, die Investitionsverpflichtung sei als staatlicher Grundrechtseingriff Verhandlungssache. Mit Blick auf die nunmehr im Gesetzentwurf vorgesehene Investitionsquote in Höhe von 20 % bestätigt sich vor allem auch einmal mehr eine zentrale Einsicht der sozialwissenschaftlichen Forschung zum Ankereffekt: „*The more you ask for, the more you get*“.²⁵⁷

Man mag das aus einer politökonomischen Perspektive als ein kluges taktisches Vorgehen der Interessenverbände der Filmwirtschaft verbuchen. Den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine evidenzbasierte Rechtspolitik wird diese Form der Bedarfsermittlung aber nicht gerecht. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die Anforderungen an eine evidenzbasierte Rechtspolitik zu Recht noch einmal angezogen und etwa darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber zu prüfen habe, ob

255 Vgl. neben vielen weiteren Stellungnahmen zum Beispiel das Forderungspapier der *Produzentenallianz*, Investitionsverantwortung für Marktpluralität, 2021, S. 3: „25 % des in Deutschland erzielten Umsatzes von in- und EU-ausländischen On-Demand-Diensten sollte in die Beauftragung der Herstellung europäischer Werke investiert werden. Zur Förderung lokaler Vielfalt sollte hierbei ein Mindestanteil von überwiegend in deutscher Sprache entwickelten und gedrehten Produktionen in allen das Angebot eines Dienstes prägenden Programmkategorien eingeführt werden.“ Das Forderungspapier ist abrufbar unter <http://www.produzentenallianz.de/dokumente/position-stellungnahme/forderungspapier-investitionsverpflichtung-2021/>.

256 *Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien*, Entwurf: Eckpunktetpapier Investitionsverpflichtung vom 28.09.2023, S. 2.

257 So der Titel einer Studie zur Höhe von Schadensersatzsummen von *Gretchen Chapman/Brian Bornstein*, *Applied Cognitive Psychology* 10 (1996), S. 519 ff.

seine gesetzgeberischen Prognosen „hinreichend verlässlich“ sind.²⁵⁸ Macht sich der Gesetzgeber vom Förderbedarf aber überhaupt kein eigenständiges Bild und agiert er stattdessen auf bloßen Zuruf von Interessengruppen, handelt er willkürlich und verletzt damit das verfassungsrechtliche Recht der Grundrechtsträger auf Rechtfertigung.

Wie wenig der Gesetzgeber im Übrigen selbst davon auszugehen scheint, dass eine Förderung in dieser Höhe tatsächlich erforderlich ist, zeigt ein geradezu skurriles Detail des Gesetzentwurfs. Erfüllt ein Videoabrufdienst seine Investitionsverpflichtungen nicht oder nicht vollständig, soll die für die Kontrolle zuständige Filmförderungsanstalt nicht etwa eine Frist für die Investition setzen, um das Geld doch noch in die Produktion zu lenken oder wenigstens in Zahlungen an dedizierte Filmfonds, die dann ihrerseits audiovisuelle Produktionen finanzieren. Sondern die FFA hat gemäß § 7 Abs. 7 S. 4 InvestVG-E einen Abgabenbescheid in Höhe der nicht erfüllten Investition zu erlassen und diese Abgabe soll dann dem Bundeshaushalt zufließen.

(2.) Subquoten

Stellt sich schon die willkürlich festgesetzte Hauptquote als nicht erforderlich dar, so überträgt sich dieser verfassungsrechtliche Fehler zwangsläufig auch auf die in § 3 Abs. 2 InvestVG-E aufgestellten Subquoten, die sich sämtlich auf die Hauptinvestitionsquote beziehen, wie namentlich etwa die Quote für audiovisuelle Werke in deutscher Originalsprache.

Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, warum die Quotenvorgaben kumulativ erforderlich sein sollten, um eine Wirtschaftsförderung der Filmwirtschaft ins Werk zu setzen. Auch hier verfängt das oben bereits widerlegte Argument „viel hilft viel“ verfassungsrechtlich nicht; es ist vielmehr auch an dieser Stelle nicht begründbar, warum eine Maximaltherapie vonnöten sein soll, wenn – einen zusätzlichen Förderbedarf überhaupt vorausgesetzt – eine Frischzellenkur als milderer Mittel genügt. Die durch die Addition der Freiheitseinschränkungen auf die Spitze getriebene Eingengung der Investitions- und Angebotsfreiheit der VoD-Anbieter²⁵⁹ verlangt

258 BVerfGE 159, 223, Rdnr. 190 ff. – Bundesnotbremse I.

259 Kritisch zur Erforderlichkeit der kumulativen Quotenvorgaben auch *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 19 et passim.

aber von Verfassungen wegen eine besonders belastbare Begründung der Erforderlichkeit.

Dass es zur Zielerreichung nicht ausreicht, eine Nachfragepflicht zu schaffen, sondern dass die erzwungene Nachfrage zusätzlich noch in bestimmte Bahnen gelenkt werden muss, indem das Investitionsverpflichtungsgesetz sowohl Vorgaben für die deutsche Sprache macht als auch für das Format, für neue Produktionen und für Werke unabhängiger Produzentinnen und Produzenten, würde voraussetzen, dass sich eine plurale deutsche Produktionswirtschaft bei zusätzlicher Nachfrage nicht von allein einstellt, sondern dass sie zwingend der staatlichen Organisation bedarf. Lässt sich schon im Medienangebot eine staatliche Pluralismus-Sicherung angesichts der Digitalisierung der Medienwelt kaum mehr überzeugend plausibilisieren, ist eine solche staatliche Vielfaltsvorsorge auf der vorgelagerten Produktionsebene²⁶⁰ angesichts des *status quo* dieses Sektors sachlich durch nichts begründbar:

Im Jahr 2022 gab es bundesweit insgesamt 774 Produktionsunternehmen in der Film- und Fernsehproduktion; die Zahl der Unternehmen ist damit sowohl gegenüber dem Vorjahr als auch langfristig erheblich gestiegen.²⁶¹ Allein die deutsche Produktionsallianz hat in ihren Reihen rund 370 Mitgliedsunternehmen.²⁶² Die Anzahl von Produktionen in deutscher Sprache ist schon heute kaum mehr überschaubar. 2022 wurden insgesamt ca. 728.700 Minuten an Film- und Fernsehmaterial produziert.²⁶³ Und ausweislich der Dokumentation der Filmförderungsanstalt für das Kinojahr 2023 wurden in den Kinos für deutsche Filme und Koproduktionen 22,4 Millionen Tickets und damit neun Prozent mehr als im Vorjahr verkauft.²⁶⁴

Der leistende Staat mag das alles für nicht ausreichend erachten und weitere Subventionen gewähren. Der eingreifende Staat muss die Erforderlichkeit der mit den Subquoten verbundenen massiven Einschnitte in die Angebotsautonomie der Medienanbieter aber hinreichend begründen kön-

260 Vgl. die Erwägungen bei *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 16: „pluralistische und diverse Marktstrukturen im Produktionsmarkt“.

261 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/243238/umfrage/anzahl-der-film-und-fernsehproduktionsfirmen-in-deutschland/>.

262 <https://www.produzentenallianz.de/wer-wir-sind/ueber-uns/>.

263 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/243246/umfrage/produktionsvolumen-der-film-und-fernsehproduktion-in-deutschland/>.

264 https://www.ffa.de/files/dokumentenverwaltung/publikationen%20presse%20%28bearbeitet%20HS%29/2023/FFA-Kinojahr_2023.pdf.

nen. Das scheidet auch hier mangels belastbarer empirischer Hinweise auf die Erforderlichkeit allerdings aus. Warum all diese detaillierten Subquoten ihren Weg gleichwohl in den Gesetzentwurf geschafft haben, vermag auch an dieser Stelle freilich nicht zu erstaunen. Denn die Subquoten finden sich ebenfalls im französischen Vorbild,²⁶⁵ das die Produzentenverbände ihren Forderungen an den deutschen Gesetzgeber zugrunde gelegt haben²⁶⁶ und das seit Beginn des Gesetzgebungsprozesses zum Investitionsverpflichtungsgesetz durchgängig Pate steht.²⁶⁷

(3.) Rechtereilung

Nichts anderes lässt sich schließlich über die Vorgaben zur Rechtereilung gemäß § 6 InvestVG-E sagen, die im Grundsatz ebenfalls dem französischen Modell entspringen. Wie oben bereits dargelegt, lässt sich die Erforderlichkeit einer solchen sektorspezifischen Regelung unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten nicht begründen.²⁶⁸ Warum gerade in der Filmwirtschaft ein außergewöhnlich rigider staatlicher Eingriff in die Vertragsgestaltung erforderlich sein sollte, ist nicht erkennbar. Wie auch sonst im Wirtschaftsverkehr zwischen Unternehmen spricht mangels außergewöhnlicher Gefahren in diesem Sektor vielmehr nichts dagegen, dass die Verteilung der Rechte den vertraglichen Vereinbarungen der Beteiligten überlassen bleibt, sei es durch Rahmenvereinbarungen oder an den Marktbedingungen orientierten Vertragsverhandlungen im Einzelfall. Als milderer, gleich geeignetes

265 Siehe zur Investitionsverpflichtung in Frankreich etwa die ausführlichere Darstellung bei *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Deutschland, S. 33 ff.

266 Eine Zusammenstellung aller Forderungen der Produzentenallianz und des Produzentenverbands findet sich bei *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 13 f.

267 Vgl. auch das von der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien in Auftrag gegebene Rechtsgutachten von *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 33: „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. (...) 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 am Maßstab des Verfassungsrechts“.

268 D II 6 a.

Mittel, um die Produzentinnen und Produzenten vor einem eventuellen Missbrauch von Marktmacht zu schützen, stehen schon heute die bewährten Instrumente des Wettbewerbsrechts zur Verfügung.

Dass der Gesetzgeber gleichwohl derart massiv in die Vertragsgestaltung eingreifen möchte, lässt sich auch an dieser Stelle nicht anders erklären als mit der erfolgreichen Durchsetzung von Partikularinteressen. Es gehört zu den strukturellen Grundherausforderungen demokratischer Politik, dass die Regierenden in der Versuchung stehen, Klientelpolitik zu betreiben und bestimmte Interessengruppen zu bevorzugen, von deren Wohlwollen sie sich Vorteile versprechen.²⁶⁹ Gerade die Kulturindustrie weiß um ihre besondere Bedeutung für die Politik, die es sich mit den Kultur- und Medienschaffenden im eigenen Land besser nicht verderben sollte. Und so ist die Branche auch hier unter Hinweis auf das besonders attraktive französische Modell von Beginn an auf offene Ohren gestoßen und hat ihre Vorstellungen von einer Rechteteilung durchgesetzt, die mit marktüblichen Vertragsgestaltungen nichts gemein haben. Den ehernen Gesetzen der demokratischen Rechtspolitik folgend wurde auch diese Forderung von den Verbänden selbstverständlich nicht offen als eine Maßnahme im Eigeninteresse ausgeflaggt, sondern unter den Hinweis auf vermeintliche marktliche Asymmetrien in den Mantel der Gemeinwohlbelangs der Wirtschafts- und Kulturförderung gekleidet. Aber nicht alles, was als Gemeinwohlbelang ausgegeben wird, dient bekanntlich auch dem gemeinen Wohl.²⁷⁰

Was der Gesetzgeber in § 6 InvestVG-E als „Angemessene Rechteteilung“ betitelt, ist insbesondere im Vergleich mit dem gesamten Urheberrecht und anderen Wirtschaftsbereichen mit Blick auf die vom Übermaßverbot verlangte Erforderlichkeit alles andere als angemessen. Während die VoD-Anbieter mit ihrer Investition das volle Risiko tragen, partizipieren die Produzentinnen und Produzenten in singulärer Weise ausschließlich am Erfolg. Gäbe es die Investitionsverpflichtung nicht, in deren Anwendungsbereich die Rechteteilung nunmehr gelten soll, käme vermutlich niemand auf die Idee, eine so einseitige Vertragsgestaltung staatlich zu erzwingen. Ist die Vertragsgestaltung außerhalb der Investitionsverpflichtung aber nicht erforderlich, dann kann sie es auch nicht im Rahmen der zwangsweisen Indienstnahme sein.

269 Mancur Olsen, *The Logic of Collective Action*.

270 Karl R. Popper, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, S. 169 et passim.

Ganz zu Recht hat deshalb auch das verfassungsrechtliche Gutachten, das die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien in Auftrag gegeben hat, im Ergebnis explizit vor der gesetzlichen Einführung einer solchen Rechteteilung gewarnt.²⁷¹ Anders als mit dem offen kommunizierten Erwartungsdruck der Filmindustrie, für die die besonders vorteilhafte Rechteteilung ein zentrales Anliegen war, lässt sich nicht erklären, warum dieses Instrument gleichwohl Eingang in den Gesetzesentwurf gefunden hat.

7. Besondere Sach- und Verantwortungsnähe

Die Indienstnahme Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben bedarf nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer zusätzlichen Rechtfertigung; davon war oben bereits die Rede.²⁷² Da im Steuer- und Verfassungsstaat des Grundgesetzes die Lasten öffentlicher Aufgabenerfüllung grundsätzlich von der Allgemeinheit zu tragen sind,²⁷³ verlangt das Gericht für die staatliche Sonderinanspruchnahme eine „hinreichende Sach- und Verantwortungsnähe zwischen der beruflichen Tätigkeit und der auferlegten Verpflichtung“.²⁷⁴ Und je belastender die zwangsweise Indienstnahme ausfällt, desto größer muss die Verantwortungsnähe der Betroffenen richtigerweise sein.²⁷⁵

Die geforderte Sachnähe mag man beim Investitionsverpflichtungsgesetz noch bejahen. Es fehlt allerdings an der hinreichenden Verantwortungsnähe der VoD-Anbieter. Da von ihrer Tätigkeit als Medienanbieter keine Gefahren ausgehen,²⁷⁶ scheidet eine auf dem eigenen Freiheitsgebrauch oder dem Eigentum gründende Verantwortung, wie sie für die staatliche Inanspruchnahme unter dem Grundgesetz kennzeichnend ist,²⁷⁷ von vorn-

271 Matthias Cornils, Verfassungsfragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 23: „Eine undifferenziert-strenge Verbindung einer Investitionsverpflichtung mit einer den Wert gerade dieser pflichtigen Investition einheitlich und gleichermaßen einschränkenden Rechterückfall- oder Vorbehaltsvorgabe erschiene hingegen verfassungsrechtlich fragwürdig.“

272 D II 6 b aa.

273 BVerfGE 23, 12 (23) – Unfallversicherungsgesetz.

274 BVerfGE 125, 260 (362) – Vorratsdatenspeicherung; siehe auch BVerfGE 95, 173 (187) – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse.

275 So auch Jannis Lennartz, DÖV 2019, 434 (440).

276 Siehe bereits oben D II 6 a.

277 Eingehend Hanno Kube, JZ 2010, 265 (265 f.).

herein aus. Es gibt in unserer Rechtsordnung insbesondere auch kein Recht auf Nachfrage, das die VoD-Anbieter verletzen könnten. Eine Nachfragepflicht würde nicht nur die Koordinationsleistung der Märkte beschädigen. Sie wäre auch grundrechtlich nicht begründbar, weil mangelnde Nachfrage nicht in die Freiheitsräume Dritter übergreift oder Güter der Allgemeinheit gefährdet. Ebenso wenig hat der Staat einen Rechtsanspruch darauf, dass Private ihre Finanzmittel ganz oder in einer vom Staat festgelegten Größenordnung in Deutschland oder Europa verausgaben, weil sie hier ihr Einkommen oder ihren Umsatz generieren. Private unterliegen einer Steuerpflicht, aber keiner darüberhinausgehenden innerdeutschen oder in-europäischen Ausgabenpflicht. Eine solche Pflicht wäre auch mit dem europäischen und internationalen Wirtschaftsrecht nicht vereinbar.

Es sind aber auch sonst keine Anknüpfungspunkte für eine hinreichende Verantwortungähe ersichtlich, die eine besondere Inanspruchnahme der Medienanbieter für die Wirtschaftsförderung der Filmproduktionswirtschaft verfassungsrechtlich begründen könnten. Insbesondere lässt sich die bloße Möglichkeit zur unternehmerischen Tätigkeit an den Märkten nicht als hinreichende Verantwortungähe verstehen, weil dann jede Freiheitsausübung zum Ansatzpunkt einer Indienstnahme gemacht werden könnte und das Kriterium seine Bedeutung verlöre. Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit trägt der Einzelne für Risiken und Gefahren, die von der eigenen Freiheitsausübung ausgehen, aber nicht für die Freiheit als solche. Sonst wären die Grundrechte selbst der verfassungsrechtliche Generalschlüssel zur Eröffnung staatlicher Indienstnahmen. Auch besteht zwischen den VoD-Anbietern und der Produktionswirtschaft kein besonderes, von den VoD-Anbietern begründetes Näheverhältnis, das über die gewöhnlichen Wirtschaftsbeziehungen hinausginge und eine spezielle Verantwortungsbeziehung als Zurechnungsgrund²⁷⁸ rechtfertigen könnte. Dass die VoD-Anbieter schließlich auch keine besonderen Vorteile aus der Indienstnahme ziehen, sondern im Gegenteil durch das Investitionsverpflichtungsgesetz erheblich belastet werden, wird sogleich noch darzulegen sein.²⁷⁹

Auch wenn die Rechtsprechung bisweilen sehr großzügig eine individuelle Verantwortlichkeit auch dort annimmt, wo diese hinter der Verantwortung der Allgemeinheit eher verblasst,²⁸⁰ spricht jedenfalls beim Investi-

278 Zur Zurechnung im Fall einer besonderen Verantwortungähe etwa BVerfGE 75, 108 (159) – Künstlersozialversicherungsgesetz.

279 D II 8 a.

280 Beispiele und Kritik bei Hanno Kube, JZ 2010, 265 (266 ff.).

tionsverpflichtungsgesetz alles dagegen, eine hinreichende Verantwortungsnähe der VoD-Anbieter zu bejahen. Dagegen streitet nicht zuletzt auch die Besonderheit, dass der Gesetzgeber mit diesem Gesetz – im Unterschied zur typischen Indienstnahme – gar nicht die besondere Arbeitskraft oder ein spezielles Sacheigentum im Verantwortungsbereich der Betroffenen in den Dienst des Gemeinwohls stellt. Denn weder geht es dem Gesetzgeber um die typischen beruflichen Leistungen der VoD-Anbieter, wie dies etwa bei den Rechtsanwälten der Fall ist, die als Pflichtverteidiger in Anspruch genommen werden,²⁸¹ oder im Fall der Sachverständigen, die in einem gerichtlichen Verfahren bestellt werden.²⁸² Noch handelt es sich um bloße Nebenpflichten bei der Ausübung des eigenen Berufs wie etwa bei der Erhebung von Übernachtungssteuern im Hotelgewerbe²⁸³ oder der Kontrolle der Einhaltung des Rauchverbots durch Gastwirte.²⁸⁴ Mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz setzt der Staat vielmehr einzig und allein beim Betriebs- und Investitionskapital an, das es in allen Bereichen der Wirtschaft gibt. Auf dieses Kapital der VoD-Dienste möchte der Staat zugreifen, um es als funktionales Äquivalent für eine finanzielle Förderung der Filmwirtschaft zum Einsatz zu bringen. Statt die Produktionsunternehmer stärker aus Haushaltsmitteln oder über Sonderabgaben zu subventionieren, sollen die Videoabrufdienste diese gemeinwohldienliche Wirtschaftsförderung durch erzwungene Nachfrage übernehmen.

Wenn man die bloße Möglichkeit unternehmerischer oder berufsbezogener Nachfrage an den Märkten aber als hinreichende Verantwortungsnähe ausreichen ließe, wäre der Einsatzbereich der Indienstnahme im Ergebnis grenzenlos und das verfassungsrechtliche Kriterium der hinreichenden Verantwortungsnähe wertlos. Der Gesetzgeber könnte dann etwa auch alle Lebensmittelmärkte verpflichten, durch hohe Quoten für Pflichteinkäufe bei Biobauernhöfen aus der Region die heimische Landwirtschaft und den Umweltschutz zu fördern. Buchhandlungen könnten die gesetzliche Vorgabe erhalten, ihr Bücherangebot an Quotenvorgaben zur Förderung verschiedener Minderheiten, kultureller Nischenthemen oder vernachlässigter Sprachen auszurichten. Die Automobilindustrie könnte zu Investitionen in wirtschaftlich gefährdete Zulieferbetriebe gezwungen werden, um dort Arbeitsplätze zu sichern. Und die Reisebranche könnte verpflichtet

281 BVerfGE 68, 237 (255) – Beförderung Schwerbehinderter.

282 BVerfGE 85, 329 (334 ff.) – Sachverständigenentschädigung.

283 BVerfGE 161, 1 – Übernachtungssteuern.

284 BVerfG Beschl. v. 13.8.2008 – 1 BvR 2068/08, BeckRS 2008, 40033.

werden, zum Zwecke des Klimaschutzes und zur Förderung der deutschen Tourismuswirtschaft einen großen Anteil ihres Budgets in Reiseangebote innerhalb Deutschlands in kleine, neue und unabhängige Gasthöfe zu investieren.²⁸⁵

Ein solche vollständige Überdehnung der staatlichen Indienstnahme Privater bedeutete aber nicht nur einen erheblichen Freiheitsverlust. Eine allein auf dem Vorhandensein von Investitionsmitteln, also Geld, beruhende Verantwortungsnähe würde dem Staat auch eine vom Grundgesetz gerade nicht eröffnete Möglichkeit schaffen, sich „auf kurzem Weg“²⁸⁶ weiteres Kapital am Haushalt vorbei zu beschaffen. Das wäre für den Gesetzgeber gerade in Zeiten leerer Kassen attraktiv, weil er mit den finanziellen Mitteln Privater zusätzliche Gestaltungsmacht ausüben könnte. Es fehlte dann aber nicht nur an der für die Indienstnahme erforderlichen Rechtfertigung, einzelnen Privaten eine Sonderlast zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben aufzuerlegen. Der Gesetzgeber würde auf diese Weise insbesondere auch die restriktiven verfassungsrechtlichen Vorgaben umgehen, die für die Erhebung von Sonderabgaben als fiskalischen Sonderpflichten gelten. Denn während eine Sonderabgabe nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stets einen evidenten Gruppennutzen voraussetzt,²⁸⁷ durch den sie insbesondere auch in der Höhe gedeckelt ist, würden diese verfassungsrechtlichen Begrenzungen bei der Indienstnahme von Investitionskapital nicht eingreifen. Die bloße Möglichkeit zur Investition allein kann daher nicht die erforderliche hinreichende Verantwortlichkeit Privater begründen. Ansonsten verliert dieses vom Bundesverfassungsgericht zu Recht aufgestellte verfassungsrechtliche Erfordernis seine freiheits- und gleichheitsrechtliche Bedeutung vollständig.

Im Ergebnis mangelt es beim Investitionsverpflichtungsgesetz daher an der verfassungsrechtlichen Voraussetzung einer hinreichenden Verantwortungsnähe der VoD-Anbieter, die eine Indienstnahme rechtfertigen könnte.

285 Da es sich in all diesen Fällen auch nicht um direkte staatliche Leistungen handelte, wäre es dem Gesetzgeber auf diesem Wege zugleich auch möglich, das europäische Beihilfenrecht zu umgehen und eine protektionistische Wirtschaftspolitik ins Werk zu setzen.

286 Hanno Kube, Die Verwaltung 41 (2008), 1 (25).

287 BVerfGE 136, 194 (242) – Weinabgabe.

8. Angemessenheit

Die Angemessenheit einer gesetzlichen Regelung verlangt im Rahmen des Übermaßverbots schließlich, dass zwischen „der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe (...) die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt“ wird.²⁸⁸ Nicht zuletzt auch daran fehlt es beim geplanten Investitionsverpflichtungsgesetz allerdings. Weder ist es den Videoabrufdiensten zumutbar, dass sie die finanziellen Lasten für die gemeinwohldienliche Förderung der Filmproduktionswirtschaft tragen sollen (aa). Noch stehen die erheblichen Grundrechtseingriffe, die von diesem Gesetz ausgehen, ansonsten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache (bb).

a) Unangemessene finanzielle Sonderlast

Fehlt es bereits an der hinreichenden Verantwortungsnähe, die die Indienstnahme rechtfertigen kann, legt das Investitionsverpflichtungsgesetz den VoD-Anbietern insbesondere auch eine finanzielle Sonderlast auf, indem sie gegen ihre eigenen unternehmerischen Interessen für die Förderung der deutschen Filmwirtschaft in Anspruch genommen werden. Eine Indienstnahme kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber dafür einen entsprechenden finanziellen Ausgleich vorsieht. In den Worten des Gerichts: „Wenn (...) der Staat für Aufgaben, deren ordentliche Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt, Staatsbürger beruflich in Anspruch nimmt, dann erweist es sich als übermäßige (...) Einschränkung der freien Berufsausübung, den derart Belasteten eine angemessene Entschädigung für ihre Inanspruchnahme vorzuenthalten.“²⁸⁹ Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht etwa Vorschriften über den unentgeltlichen Transport von schwerbehinderten Menschen durch ÖPNV-Unternehmen für verfassungswidrig erklärt, weil der Gesetzgeber für die Indienstnahme keine finanzielle Kompensation vorgesehen hatte.²⁹⁰ Und ebenso hat das

288 BVerfGE 67, 157 (178) – Telefonverkehr mit Warschauer Pakt-Staaten; vgl. auch BVerfGE 81, 1 (19) – Gebührenbegrenzung für Sozialrechtsanwälte; 90, 145 (173) – Cannabis; 92, 277 (327) – DDR-Spione; 115, 320 (345) – Rasterfahndung II.

289 BVerfGE 54, 251 (271) – Entgelt für Tätigkeit als Vormund.

290 BVerfGE 68, 155 (170 ff.) – Beförderung Schwerbehinderter.

Gericht auch im Fall der staatlichen Indienstnahme von Anwälten bei der Übertragung von Vormundschaften entschieden.²⁹¹

Eine entschädigungslose Inanspruchnahme Privater – wie sie das Investitionsverpflichtungsgesetz vorsieht – ist nach der Rechtsprechung hingegen nur dann verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, wenn es sich bei der Indienstnahme entweder um eine Bagatellbelastung handelt, die Indienstnahme im Eigeninteresse der Betroffenen liegt oder die Unternehmen die Möglichkeit haben, die Kosten der Indienstnahme an die Kundinnen und Kunden weiterzugeben.²⁹² All das ist beim Investitionsverpflichtungsgesetz allerdings nicht der Fall.

Weder kann man angesichts des erheblichen Zugriffs auf die unternehmerischen Kerninvestitionen und damit das Angebot sowie die Erwerbsmöglichkeiten der Mediendienste von einer Bagatellbelastung sprechen.²⁹³ Noch bringt das Investitionsverpflichtungsgesetz den VoD-Anbietern Vorteile, die die Angemessenheit begründen könnten. Denn zum einen werden die Vorteile, die die Anbieter aus der deutschen Filmwirtschaft grundsätzlich ziehen mögen, bereits vollständig von der Filmabgabe abgeschöpft; in dieser Vorteilsabschöpfung liegt ja gerade der Rechtfertigungsgrund der branchenspezifischen Sonderabgabe, wie das Bundesverfassungsgericht auch in seiner Entscheidung zur Filmabgabe deutlich gemacht hat.²⁹⁴ Und zum anderen gereichen die Investitionspflichten den VoD-Anbietern gerade nicht zum Vorteil (dann erfolgten die Investitionen ja bereits freiwillig), sondern sie werden im Gegenteil durch das geplante Gesetz als Mäzene wider Willen in Anspruch genommen und müssen in andere Werke und zu anderen Konditionen investieren als sie dies in Ausübung ihrer Freiheitsrechte ansonsten täten.

Und schließlich haben die Betroffenen auch keine Möglichkeit, die finanziellen Lasten, die ihnen das geplante Investitionsverpflichtungsgesetz auferlegen würde, auf die Kunden abzuwälzen. Die Weitergabe der Kosten ist zwar nicht aus rechtlichen Gründen versagt, etwa weil gar keine Vertragsbeziehungen bestehen, die eine Weitergabe ermöglichen würden.²⁹⁵ Es ist vielmehr das Investitionsverpflichtungsgesetz selbst, dass es den

291 BVerfGE 54, 251 (271 f.) – Entgelt für Tätigkeit als Vormund.

292 BVerfGE 125, 260 (361 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

293 Vgl. bereits oben D II 2.

294 BVerfGE 135, 155 (208 ff.) – Filmförderungsgesetz.

295 Zu einer solchen Konstellation *Martin Burgi/Christoph Krönke*, VerwArch 2018, 423 (442).

VoD-Anbietern faktisch unmöglich macht, die Kostenlast an die Verbraucher weiterzureichen. Während zum Beispiel die Telekommunikationsanbieter, die gesetzlich zur Datenspeicherung verpflichtet werden, die dafür anfallenden Kosten auf ihre Kundinnen und Kunden umlegen können, nicht zuletzt, weil sämtliche Anbieter gleichermaßen von dieser Last betroffen sind und somit der Wettbewerb nicht verzerrt wird,²⁹⁶ stellt sich die wirtschaftliche Situation beim Investitionsverpflichtungsgesetz ganz anders dar. Im Unterschied zum Telekommunikationssektor und allen anderen Fällen der Indienstnahme verursacht die Investitionsverpflichtung nämlich nicht lediglich zusätzliche Kosten, sondern sie verändert auch in nennenswertem Umfang das eigentliche Angebot der VoD-Anbieter und verschlechtert damit die Wettbewerbsbedingungen der Unternehmen in einem hochkompetitiven Markt digitaler Medienangebote. Können sich die VoD-Anbieter nicht mehr ausschließlich an der Marktlage und den Wünschen ihrer Kundinnen und Kunden orientieren, drohen diese aufgrund der Angebotsänderung bereits ohne eine Kostenabwälzung abzuwandern oder zumindest ihre Zahlungsbereitschaft zu verringern.²⁹⁷ Finden die Rezipienten etwa auch bei einem internationalen Streamingdienst durch die Investitionsverpflichtung nunmehr in weitaus größerem Umfang deutsche Produktionen in den Katalogen, die sie entweder gar nicht sehen möchten oder die auch kostenfrei im Fernsehen oder den Mediatheken des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Verfügung stehen, werden sie nicht mehr gleichermaßen bereit sein, ein zusätzliches, kostenpflichtiges Abonnement abzuschließen, jedenfalls nicht zu den gleichen Konditionen wie zuvor. Gleiches gilt mit Blick auf den durch den Rechterückfall verursachten Wegfall exklusiver Inhalte, die für die Kunden einen wichtigen Beweggrund für ein kostenpflichtiges Angebot bilden. In dieser durch das Gesetz ohnehin verschlechterten Angebotssituation den Kundinnen und Kunden zusätzlich auch noch im Sinne einer Kostenüberwälzung höhere Preise für das unpassendere Angebot abzuverlangen, ist für die VoD-Anbieter an den Märkten unmöglich. Und das gilt umso mehr mit Blick auf das gesamte Feld alternativer Entertainment-Angebote wie etwa den Video-Sharing-Diensten oder dem Gaming.

296 BVerfGE 125, 260 (361 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

297 Zur Wechselbereitschaft der Nutzer *Jasmine Seidel/Thomas Zerres/Christoph Zerres*, Der Markt von Streamingdiensten in Deutschland, S. 64.

b) Das Gesamtverhältnis von Zweck und Schwere der Eingriffe

Die geplante Indienstnahme ist aber nicht nur unangemessen, weil der Staat die VoD-Anbieter finanziell übermäßig belastet. Die vom Investitionsverpflichtungsgesetz ausgehenden Eingriffe (bb) stehen zur Bedeutung des Zwecks (aa) auch ansonsten außer Verhältnis (cc).

aa) Zweck

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem geplanten Investitionsverpflichtungsgesetz vor allem eine Wirtschaftsförderung der Filmindustrie und die damit verbundene Förderung des Films als Kulturgut. Dieser Zweck hat im Vergleich zu anderen Gemeinwohlbelangen wie der Gefahrenabwehr zum Schutz der Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit normativ kein besonderes hohes Gewicht. Das gilt namentlich auch mit Blick auf den Umstand, dass das geplante Investitionsverpflichtungsgesetz nicht das einzige Instrument der Wirtschaftsförderung des Films ist, sondern dieses Gesetz lediglich die bereits bestehenden und die im Zuge der Reform der Filmförderung zusätzlich vorgesehenen Instrumente flankieren soll, ohne dass insoweit eine besondere Dringlichkeit oder ein unabweislicher Bedarf diagnostizierbar ist.

bb) Schwere der Grundrechtseingriffe

Diesem geringen Gewicht des Zwecks stehen auf der anderen Seite außergewöhnlich schwerwiegende Grundrechtseingriffe gegenüber:

Im Unterschied zu traditionellen Indienstnahmen nimmt der Gesetzgeber die VoD-Anbieter mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz nicht allein in einem Randbereich der beruflichen Tätigkeit in Anspruch, wie er dies etwa bei der Indienstnahme im Steuer- und Abgabenrecht tut. Und er beschränkt sich auch nicht auf einzelne, untergeordnete Elemente der Berufsausübung, etwa wenn er Gastwirten die Kontrolle des Rauchverbots überträgt. Sondern mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz greift der Staat vielmehr auf den Kernbereich der Unternehmenstätigkeit zu, indem er die für die unternehmerische Freiheit zentralen Investitionsentscheidungen in erheblichem Umfang vorsteuert.

Und diese Indienstnahme der Investitionstätigkeit lässt das eigene Geschäftsmodell der Medienanbieter nicht unberührt, sondern sie verändert

dieses vielmehr in zentralen Aspekten. Angesichts der (willkürlich) hohen Investitionsquote können die Betroffenen nicht mehr frei in diejenigen audiovisuellen Werke investieren, die sie für zielführend halten. Vor allem aber schränken die kumulativ geltenden Subquoten ihre Investitionsentscheidungen noch einmal zusätzlich erheblich ein und zwingen die Anbieter in Teilen zu einem staatlich vorgesteuerten Angebot, das sie ansonsten nicht unterbreiten würden. Sie müssen insbesondere einen besonders hohen Anteil von Produktionen in deutscher Originalsprache in ihre Kataloge aufnehmen, auch wenn sie sich als international agierende Medienanbieter an ein weltweites Publikum richten. Da ihnen diese Investitionsmittel für andere Werke fehlen, wird dies das Angebot auch über Deutschland und Europa hinaus verändern.

Durch die erzwungene Veränderung des Angebots drohen zugleich erhebliche wirtschaftliche Einbußen. Denn die Anbieter können ihren zahlenden Kundinnen und Kunden nicht mehr genau das Medienangebot unterbreiten, das sie für erfolgsversprechend halten und für das es eine Nachfrage mit entsprechender Zahlungsbereitschaft gibt. Gerade die großen internationalen VoD-Anbieter leben aber davon, dass ihr Angebot über das hinausgeht, was die Rezipientinnen und Rezipienten bei nationalen Fernsehsendern kostenlos empfangen können, d.h. nicht zuletzt internationale Produktionen mit einem besonders hohen Produktionsbudget. Und die Anbieter müssen nach dem Gesetzentwurf selbst noch dann Investitionen in der Höhe der vorgesehenen Quote tätigen, wenn sie sich das in wirtschaftlich schwierigen Zeiten gar nicht erlauben können. Und all diese gravierenden Grundrechtseingriffe sind schließlich nicht nur punktueller und vorübergehender Natur, sondern der Staat nimmt die Investitionsfreiheit der Medienanbieter vielmehr dauerhaft für seine Zwecke in die Pflicht.

Der Staat greift mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz überdies in die Eigentumsfreiheit der Anbieter ein, weil er mit der Investitionspflicht und der vorgeschriebenen Rechteteilung auf den spezifischen Markenkern der Unternehmen zugreift.

Darüber hinaus führt die verpflichtend vorgeschriebene Rechteteilung gemäß § 6 InvestVG-E dazu, dass die VoD-Anbieter selbst im Fall einer vollständigen Finanzierung einer Produktion die Rechte an den von ihnen finanzierten Werken nur noch auf Zeit erwerben. Die Rechtezuweisung solchermaßen von den Finanzierungsanteilen zu entkoppeln, verdünnt die Verfügungsrechte in unzumutbarer Weise und führt insbesondere dazu, dass das unternehmerische Risiko einseitig bei den Videoabrufdiensten liegt, während die Produzentinnen und Produzenten nur an den Erfolgen

beteiligt werden. Und auch ansonsten greifen die Vorgaben zur Rechenteilung ganz erheblich in die Angebotsgestaltung und die Attraktivität des Medienangebots ein, weil die VoD-Anbieter selbst besonders erfolgreiche Inhalte, die für das Gesamtangebot charakteristisch sind, wie beispielsweise besonders erfolgreiche Serien, nach einiger Zeit wieder aus dem Katalog herausnehmen müssen. Darunter leidet insbesondere auch die Exklusivität der zahlungspflichtigen Abonnements eines Dienstes.

Verlässt der Staat schon mit diesen gravierenden Eingriffen in die unternehmerischen Freiheiten den üblichen Anwendungsfall einer Indienstnahme vollständig, ist die Unangemessenheit der kumulierten Eingriffe schließlich mit Händen zu greifen, wenn man das besondere Gewicht der Rundfunkfreiheit in die Waagschale legt, die vom geplanten Investitionsverpflichtungsgesetz beschnitten wird. Denn im Unterschied zu anderen Indienstnahmen, die regelmäßig allein die Berufsfreiheit und gegebenenfalls die Eigentumsfreiheit einschränken,²⁹⁸ greift der Gesetzgeber mit diesem Gesetz vor allem tief in Angebotsautonomie und die Finanzierung der Medieninhalte als den beiden zentralen Kerninhalten dieses Mediengrundrechts ein. Gerade der staatliche Zugriff auf die Angebotsautonomie unterliegt in einer freiheitlichen Medienordnung aber besonders hohen Rechtfertigungsanforderungen, namentlich bei der Verfolgung rundfunkexterner Zwecke. So kann man es unter dem Grundgesetz zwar rechtfertigen, dass der Staat beispielsweise in Extremsituationen Fernsehveranstalter in die Pflicht nimmt, um Katastrophenmitteilungen auszustrahlen.²⁹⁹ Der Gesetzgeber überschreitet aber die Grenze der Zumutbarkeit weit, wenn er die Angebotsautonomie der Medienanbieter allein zu dem rundfunkexternen Zwecke eines zusätzlichen Ausbaus der Förderung der Filmwirtschaft dauerhaft und massiv einschränkt.

Neben den Grundrechten der VoD-Anbieter schnürt der Gesetzgeber mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz überdies auch die Grundrechte der Rezipientinnen und Rezipienten ein. Darauf wird sogleich noch näher einzugehen sein.³⁰⁰

Und über die schwerwiegenden Eingriffe in die subjektiven Freiheitsrechte der Grundrechtsträger hinaus führt das Investitionsverpflichtungsgesetz schließlich auch zu Kollateralschäden für die Medienvielfalt insgesamt. Das Ziel des Gesetzgebers, vor allem die heimische Produktions-

298 Dazu im Überblick etwa *Martin Burgi/Christoph Krönke*, *VerwArch* 2018, 423 ff.

299 Vgl. etwa die Regelung in § 29 Hessisches Privatrundfunkgesetz.

300 D III.

wirtschaft zu stärken, vermehrt zwar die Inhalte in deutscher Sprache, verringert damit aber zugleich die Internationalität und damit auch die kulturelle Vielfalt der in Deutschland zur Verfügung stehenden Werke. Denn die Investitionssummen, die in Produktionen in deutscher Originalsprache fließen müssen, stehen für Produktionen aus anderen Sprachräumen nicht mehr zur Verfügung. Das ist für die mediale Vielfalt als objektivem Verfassungsgut vor allem deshalb ein Verlust, weil es gerade die internationalen VoD-Dienste sind, die das deutsche Medienangebot im Unterschied zu den nationalen Fernsehsendern durch Werke aus anderen Ländern und Kulturen bereichern. Insgesamt führt die nationalstaatlich gedachte Filmförderungs politik damit zu einer Re-Fragmentierung der innereuropäischen und internationalen Medienlandschaft. Durch die internationalen VoD-Dienste sind audiovisuelle Werke in weitaus größerem Maße überhaupt erst grenzüberschreitend verfügbar geworden als dies vor ihrem Markteintritt der Fall war. Sie haben die notwendige Infrastruktur für den Vertrieb über die Landesgrenzen hinaus erst geschaffen,³⁰¹ die von national ausgerichteten Fernsehsendern nicht gleichermaßen bereitgestellt werden kann. Gerade die internationale Vielfalt der Produktionen ist angesichts des strukturellen Bedarfs nach einer stärkeren europäischen Öffentlichkeit³⁰² und den wachsenden Anforderungen an ein interkulturelles Verständnis in einer globalisierten Welt aber von besonderem Wert.

cc) Ergebnis

Das Urteil fällt daher insgesamt eindeutig aus. Die schwerwiegenden Einbußen für die Grundrechte der Betroffenen und die Medienvielfalt sind mit Blick auf die geringe Bedeutung der Wirtschaftsförderung vollkommen unangemessen. Das Gesetz verstößt daher auch insoweit gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

301 Zu dieser Funktion der VoD-Anbieter *Kristian Stout/Giuseppe Colangelo*, Cultural Levies and the EU Audiovisual Market.

302 Zum Desiderat einer europäischen Öffentlichkeit eindringlich *Dieter Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 117 f. et passim.

9. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Schließlich ist das Investitionsverpflichtungsgesetz im Anwendungsbereich der Freiheitsrechte auch nicht mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar, der den Gesetzgeber verpflichtet, wesentlich Gleiches gleich³⁰³ zu behandeln hat.

Die Bestimmungen des Investitionsverpflichtungsgesetzes sollen nach dem vorliegenden Diskussionsentwurf ausschließlich für VoD-Anbieter gelten, nicht aber für die Anbieter linearen Fernsehens.³⁰⁴ Beide Gruppen sind allerdings Anbieter audiovisueller Medien, die Verwertungsrechte an Filmen erwerben. Angesichts des gruppenbezogenen Differenzierungsmerkmals und der Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem im Anwendungsbereich des Kerns der Rundfunkfreiheit³⁰⁵ sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den variierenden Voraussetzungen der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung³⁰⁶ hier strengere Anforderungen zu stellen. Daran gemessen ist die vom Investitionsverpflichtungsgesetz ausgehende Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen.³⁰⁷ Es fehlt an hinreichend gewichtigen Gründen für die unterschiedliche Behandlung von VoD- und TV-Anbietern. Diese ist im Gegenteil willkürlich.

Ob ein Anbieter sein Angebot linear oder nichtlinear bereitstellt, ist für die Frage der Investitionsverpflichtung sachlich ohne Bedeutung. In beiden Fällen werden die Inhalte faktisch Teil des medialen Gesamtangebots. Beiträge, die die Fernsehveranstalter von sich aus nicht gezeigt hätten, müssen sie nicht sichtbar präsentieren als die VoD-Anbieter, sondern können sie zur Not auf die sprichwörtlichen Vampir-Sendezeiten in der Nacht verbannen. Eine Differenzierung ist auch nicht damit zu rechtfertigen, dass bei linearen Rundfunkangeboten die Kapazität des Programms beschränkt ist, während dies bei den nonlinearen Angeboten nicht gleichermaßen gilt. Denn auch wenn die Kataloge der VoD-Anbieter technisch betrachtet mehr Angebotsraum bieten mögen, ist dieser Unterschied faktisch irrelevant,

303 BVerfGE 149, 222 (253) – Rundfunkbeitrag.

304 § 1 Abs. 1 InvestVG-E.

305 Zur Relevanz verschiedener Grundrechte für die Intensität der gleichheitsrechtlichen Bindung des Gesetzgebers BVerfGE 138, 136 (180 f) – Erbschaftssteuer.

306 BVerfGE 149, 222 (253 f.) – Rundfunkbeitrag.

307 So im Ergebnis auch *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 56 ff.; *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 25 f. sieht jedenfalls starke Argumente für einen Gleichheitsverstoß.

weil das Investitionsverpflichtungsgesetz auch bei ihnen das Investitionskapital für die Inhalte bindet, sodass der zusätzliche Raum angesichts eines limitierten Investitionskapitals lediglich hypothetisch mit weiteren Inhalten gefüllt werden kann.

Dass die Fernsehanbieter gegebenenfalls auch ohne eine gesetzliche Investitionsverpflichtung in größerem Umfang Verwertungsrechte an nationalen Produktionen erwerben, weil dies aufgrund ihres stärker national geprägten Publikums in der Natur der Sache liegt, rechtfertigt in der Sache ebenfalls keine Ungleichbehandlung. Denn eine möglicherweise freiwillige Befolgung von Rechtspflichten ist im Rechtsstaat prinzipiell kein Grund zur Freistellung von Rechtspflichten.³⁰⁸

Wie das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung zur Filmabgabe deutlich gemacht hat, gehören die TV-Sender ebenso wie die VoD-Anbieter zu einer gemeinsamen Gruppe, die von der deutschen Filmproduktion grundsätzlich ebenso profitiert und deshalb unter der Ägide des Gleichheitssatzes auch gleichermaßen in Anspruch zu nehmen ist.³⁰⁹ Und im Unterschied zur Filmabgabe profitieren die linearen Fernsehsender von der weitergehenden Förderung durch das Investitionsverpflichtungsgesetz sogar noch einmal deutlich stärker. Denn aufgrund ihrer vor allem nationalen Verbreitung sind sie naturgemäß in weitaus höherem Umfang auf Produktionen in deutscher Originalsprache angewiesen, als dies bei den international tätigen VoD-Anbietern der Fall ist, für die die erzwungene Investition in deutschsprachige Werke im Gegenteil einen gravierenden Nachteil darstellt. Dass die Fernsehsender trotz der für sie besonders großen Vorteile von der Investitionsverpflichtung ausgenommen werden sollen, ist nicht zu rechtfertigen.

Dies gilt auch mit Blick auf den Funktionsauftrag, den das Bundesverfassungsgericht in seiner rundfunkrechtlichen Sonderdogmatik gerade den Fernsehsendern und hier insbesondere dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk ins Stammbuch geschrieben hat.³¹⁰ Denn anders als die VoD-Anbieter sind es nach der Rechtsprechung des Gerichts gerade die Fernsehsender, die von Verfassungen wegen in besonderer Weise als Funktionsträger auf

308 So im Ergebnis auch *Matthias Cornils*, Verfassungsfragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 217 f.

309 BVerwGE 139, 42 ff.

310 BVerfGE 73, 118 (158) – 4. Rundfunkentscheidung; 83, 238 (298) – 6. Rundfunkentscheidung; 97, 228 (257 f.) – Kurzberichterstattung; 119, 181 (218) – Rundfunkgebühren.

die Angebotsvielfalt verpflichtet sind,³¹¹ die der Gesetzgeber mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz auf der vorgelagerten Produktionsseite audiovisueller Werke befördern will. Auch angesichts dieser gesteigerten Sachnähe der TV-Anbieter zum Vielfaltsauftrag ist es aber nicht zu rechtfertigen, dass gerade sie von der Investitionsverpflichtung ausgenommen werden sollen.³¹²

Ein anderes Ergebnis ist auch mit Blick auf die Wettbewerbsgleichheit nicht zu begründen. Denn während sich namentlich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf den Märkten nicht refinanzieren müssen, da ihre Finanzierung aus den Mitteln des Rundfunkbeitrags marktunabhängig gesichert ist, sind die VoD-Anbieter auf die Zahlungsbereitschaft ihrer Kundinnen und Kunden angewiesen. Ihnen einseitig höhere Lasten aufzuerlegen und dies auch noch für ein Inhaltsangebot, das sie deutlich mehr belastet als die nationalen Sender, ist ebenfalls sachlich nicht zu rechtfertigen.

Eine ganz andere Frage ist, ob es mit der Rundfunkfreiheit überhaupt vereinbar ist, dass der Gesetzgeber derart strikte Vorgaben für die Angebotsgestaltung macht. Wie oben bereits dargestellt,³¹³ ist dies zu verneinen. Doch die Verfassungswidrigkeit der Gesamtregelung ist keine Rechtfertigung dafür, gerade die Fernsehsender wegen ihres rundfunkrechtlichen Schutzes von der Investitionsverpflichtung auszunehmen. Ist das Gesetz materiell verfassungswidrig, dann gilt dies nicht allein für die linearen Sender, sondern für alle Anbieter audiovisueller Mediendienste gleichermaßen.

Auch an dieser Stelle ist der Inhalt des Gesetzentwurfs letztlich wohl nur politisch zu erklären. Ganz zu Beginn der rechtpolitischen Initiative stand die rechtspolitische Idee im Raum, allein die VoD-Anbieter mit der Investitionsverpflichtung zu belasten. Das verfassungsrechtliche Gutachten zur Einführung einer entsprechenden Pflicht, das die Bundesbeauftragte für Kultur und Medien in Auftrag gegeben hatte, hat eine solche Beschränkung allerdings zu Recht sehr deutlich in Frage gestellt.³¹⁴ Daraufhin wurden im Eckpunktepapier der Bundesbeauftragten zur Investitionsverpflichtung auch die Fernsehsender mit in den Adressatenkreis des Gesetzes einbezo-

311 Zum Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, gerade auch die kulturelle Vielfalt zu fördern, vgl. etwa *Thomas Hoeren*, MMR 2003, 1 (18 et passim).

312 So zu Recht auch *Matthias Cornils*, Verfassungsfragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 225 f.

313 D II 5 ff.

314 *Matthias Cornils*, Verfassungsfragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 25 f.

gen.³¹⁵ Dagegen wiederum haben sich die Länder³¹⁶ und die TV-Anbieter³¹⁷ mit Nachdruck in Stellung gebracht (die am liebsten auch noch die jeweiligen Mediatheken vom Investitionsverpflichtungsgesetz freigestellt sähen). Und so sieht der Entwurf des Investitionsverpflichtungsgesetzes nunmehr trotz der verfassungswidrigen Ungleichbehandlung eine Beschränkung auf die VoD-Anbieter vor, um jedenfalls den politischen Widerstand gegen das Gesetzesvorhaben abzumildern.

10. Fazit

Der Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass er allein auf der Grundlage des Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL die Möglichkeit hat, die VoD-Anbieter über die bereits bestehende Filmabgabe hinaus auch noch mit einer Investitionsverpflichtung belegen zu können. Die AVMD-Richtlinie schreibt allerdings weder bestimmte Maßnahmen vor, noch kann sie entsprechende innerstaatliche Regelungen rechtfertigen. Sie erlaubt bei der Auferlegung von finanziellen Pflichten zwar eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip. Ansonsten statuiert sie ebenso wie das Primärrecht der Union aber vor allem zusätzliche Grenzen bei der Ausgestaltung nationaler Investitionsvorgaben. Darauf wird sogleich bei der europarechtlichen Analyse noch näher einzugehen sein.³¹⁸

Bereits unter dem Grundgesetz kommt die doppelte Inanspruchnahme der VoD-Anbieter aber nicht in Betracht. Da die Vorteile, die die VoD-Anbieter aus der Tätigkeit der Filmindustrie ziehen können, bereits mit der Filmabgabe vollständig abgeschöpft werden, kann der Gesetzgeber diesen Vorteil nicht zum Ausgangspunkt weiterer finanzieller Lasten erklären. Das ist vorliegend insbesondere auch deshalb nicht zu begründen, weil die Investitionsverpflichtung für die Anbieter von Videoabrufdiensten, wie wir gesehen haben, keine weiteren Vorteile mit sich bringt, sondern im Gegenteil erhebliche Nachteile für die eigene unternehmerische Tätigkeit bedeutet. Verfassungsrechtlich möglich wäre es dem Gesetzgeber allenfalls,

315 *Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien*, Entwurf: Eckpunktepapier Investitionsverpflichtung, 28.09.2023, S. 1.

316 Siehe dazu etwa <https://www.medienpolitik.net/aktuelle-themen/es-darf-nicht-zu-einseitigen-belastungen-fuer-einzelne-akteur-443>.

317 Vgl. etwa das Positionspapier der ARD unter <https://www.ard.de/die-ard/2023-06-28-Positionspapier-der-ARD-zur-Foerderreform-100.pdf>.

318 Dazu sogleich unter E.

die Filmabgabe durch eine Direktinvestitionspflicht in derselben finanziellen Größenordnung zu ersetzen. Der Übergang von der wenig flexiblen Filmabgabe zu einer finanzgleichen Investitionsverpflichtung wäre für die Unternehmen auch milder und daher freiheitsrechtlich vorzugswürdig. So machen es auch andere Länder.

Für eine zwangsweise Indienstnahme der VoD-Anbieter gegen ihre eigenen Interessen fehlt es hingegen an einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Es mangelt bereits an einem rechtfertigenden Grund für eine solche ungewöhnliche Indienstnahme. Denn das Investitionsverpflichtungsgesetz ist nicht erforderlich, um ein Marktversagen oder andere Gefahren abzuwehren. Und die VoD-Anbieter können auch nicht wegen einer spezifischen Verantwortungsnähe in Anspruch genommen werden. Die massiven Grundrechteingriffe verstoßen überdies auch gegen das Übermaßverbot. Der Gesetzgeber lässt jedes Maß vermissen, wenn er zum weiteren Ausbau der deutschen Filmförderung in außergewöhnlicher rigider Weise in den Kernbereich der Rundfunkfreiheit eingreift.

Dass der Staat die Filmwirtschaft nicht kurzerhand mit den Finanzmitteln Privater fördern kann, ist letztlich auch kein außergewöhnliches verfassungsrechtliches Ergebnis. Es passt sich vielmehr ganz in den Rahmen dessen ein, was im Bereich der Wirtschafts- und Kulturförderung auch ansonsten aus guten Gründen der verfassungsstaatliche Normalfall ist. Da die Wirtschafts- und Kulturförderung der Allgemeinheit dienen soll, tragen grundsätzlich nicht einzelne Gruppen die Finanzierungslast des Gemeinwohlbelangs, sondern die Allgemeinheit. So wie der Staat etwa Wirtschaftsansiedlungen von ausländischen Unternehmen mit Milliarden subventioniert, weil er dies politisch für eine gemeinwohldienstliche Investition hält, und so wie er die Kultur und Kunst aus Haushaltsmitteln subventioniert, weil er die Wirkungen für die Allgemeinheit positiv bewertet, so gilt nichts anderes auch für die im Allgemeininteresse liegende Förderung der deutschen Filmwirtschaft.

Jedes andere Ergebnis wäre schließlich auch unter der Ägide des Demokratieprinzips problematisch. Entscheidet sich der Staat wie hier für die Bereitstellung eines meritorischen Gutes, weil es für dieses Gut nach seiner Einschätzung an den Märkten keine hinreichende Nachfrage gibt,³¹⁹ dann setzt er damit bereits die Kontrolle durch die Märkte partiell außer Kraft. Nicht die Nachfrage der Bürgerinnen und Bürger entscheidet dann mehr dezentral über das Angebot eines Gutes, sondern der Staat durch eine zent-

319 Siehe dazu bereits D II 6 a.

rale Intervention. Wäre es dem Staat aber zusätzlich auch noch möglich, die Kosten für die zentral angeordnete Bereitstellung eines Gutes auf private Unternehmen abzuwälzen, fiel damit auch die demokratische Kontrolle dieser Politik durch die Rechtfertigung des Haushaltsgesetzgebers weg. Einen solchen doppelten Kontrollausfall darf es in einem demokratischen Verfassungsstaat aber nicht geben, weil die politische Entscheidung dann vollständig von der Mitwirkung und der Einflussmöglichkeit des Einzelnen als Konsument und als Wahlbürger entkoppelt ist.

III. Grundrechte der Rezipientinnen und Rezipienten

Das geplante Investitionsverpflichtungsgesetz verletzt neben den Grundrechten der VoD-Anbieter schließlich auch die Grundrechte der Rezipientinnen und Rezipienten.

1. Verletzung von Freiheitsrechten

In freiheitsrechtlicher Perspektive sind bei ihnen sowohl die privat-autonome Vertragsgestaltung, Art. 2 Abs. 1 GG, als auch die Rezeptions- beziehungsweise Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG betroffen. In beide Grundrechte greift der Gesetzgeber mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz ein. So, wie die VoD-Anbieter eingeschränkt werden, mit den Kunden Verträge über diejenigen Kataloginhalte abzuschließen, die sie eigentlich nach eigener redaktioneller Entscheidung anbieten möchten, so wird dieses Recht spiegelbildlich auch bei den Rezipientinnen und Rezipienten beschnitten.

Die Informationsfreiheit hat wie die sonstigen Kommunikations- und Medienfreiheiten des Art. 5 GG ein hohes verfassungsrechtliches Gewicht. In einer freiheitlichen Medienordnung muss jeder selbst entscheiden können, für welche Inhalte er sein Medienbudget einsetzt. Das ist mit Blick auf die individuelle Dimension des Grundrechts ebenso bedeutsam wie mit Blick auf dessen demokratische Relevanz im Sinne einer aktiv-bürgerlichen Partizipation.³²⁰ Und diese Souveränität der Mediennutzer umfasst nicht allein die Möglichkeit, einzelne Inhalte auszuwählen, die sie selbst gerne sehen möchten. Die Nutzer müssen sich – schon angesichts eines nicht

320 Zu diesen beiden Dimensionen etwa BVerfGE 27, 71 (81) – Leipziger Volkszeitung.

unbegrenzten Medienbudgets – auch für kombinierte Medienangebote entscheiden können, die ihren Informationsinteressen insgesamt am besten entsprechen. So wie man sich für das Abonnement einer Tageszeitung entscheiden kann, ohne dass der Staat durch Quotenvorgaben zur Beschaffung der Artikel das inhaltliche Angebot der Zeitung verändert, so kann nichts anderes auch für das gebündelte Medienangebot gelten, das die abonnementbasierten VoD-Dienste unterbreiten.

Nach einer repräsentativen Umfrage im Jahre 2023 unter den Nutzerinnen und Nutzern von Streaming-Plattformen schauen 78 Prozent der Rezipienten etwa lieber Filme und Serien aus dem Ausland als deutsche Produktionen.³²¹ Wenn sich aber die Nutzer für ein Angebot eines internationalen Streamingdienstes entscheiden und zusätzliche Kosten für ein Abonnement auf sich nehmen, weil sie dort andere Inhalte sehen können, als sie diese ansonsten im frei zugänglichen Fernsehen geboten bekommen, dann bedeutet es einen erheblichen Freiheitsverlust, wenn der Staat ihnen genau das verwehrt, weil ein großer Teil der Investitionssummen der Anbieter in Werke fließen muss, die in deutscher Originalsprache gedreht wurden.

Natürlich muss niemand die den Quoten geschuldeten Inhalte auch zwingend konsumieren. Das Investitionsverpflichtungsgesetz etabliert keinen Konfrontationszwang, der gegen die negative Informationsfreiheit verstieße.³²² Entscheidend ist vielmehr, dass die Investitionssummen, die in die Quotenwerke fließen, nicht mehr für andere Inhalte auf der Plattform zur Verfügung stehen. Besonders bedenklich sind diese Einschnitte durch die Quote für deutschsprachige Produktionen etwa auch mit Blick auf Menschen aus anderen Kulturkreisen, die bei uns leben. Und dabei geht es nicht allein um die Sprache, sondern wegen der Untrennbarkeit von Kultur und Sprache auch um die kulturellen Dimensionen der audiovisuellen Werke, die für deutschsprachige Produktionen weichen müssen.

Neben der Subquote für deutschsprachige Werke beschneiden aber auch die übrigen Subquoten die Rezeptionsfreiheit. Die Quote für Produktionen unabhängiger Produzenten verringert den Einfluss der VoD-Anbieter auf die Inhalte, die ihre Kundinnen und Kunden sehen möchten. Und die

321 Umfrage von *Bitkom Research* im Auftrag des Digitalverbands Bitkom. Repräsentativ befragt wurden in Deutschland 1006 Personen im Alter ab 16 Jahren. Unter diesen befanden sich 353 Personen, die ein kostenpflichtiges Abonnement eines VoD-Anbieters nutzen.

322 Zu ihr etwa *Jörg Fenchel*, Negative Informationsfreiheit; *Jörn Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, S. 118 ff.

Quote für Kinofilme, die auch andernorts zu sehen sind, verdrängt partiell andere Formate wie etwa Serien, Reportagen oder auch Unterhaltungs- und Reality-Shows aus dem Katalog.

Ebenso greift die Rechtereilung nach § 6 InvestVG-E in die Informationsfreiheit der Rezipienten ein, weil gerade besonders hochwertige und markenprägende Produktionen eines Anbieters, aufgrund derer sich viele Kundinnen und Kunden für eine Abonnement entscheiden (wie etwa die überaus erfolgreichen Serienformate), nach einer gewissen Zeit dort nicht mehr verfügbar sind oder angesichts der verdünnten Verfügungsrechte durch die VoD-Anbieter gar nicht erst in gleicher Weise und mit gleichem Budget produziert werden.³²³

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass es lediglich zu einer Einschränkung auf der jeweiligen Plattform kommt, die Inhalte aber andernorts weiterhin allgemein zugänglich bleiben. Das ist zum einen schon deshalb unzutreffend, weil das Investitionsverpflichtungsgesetz die Vielfalt des Medienangebots insgesamt beschneidet und Inhalte, für die die VoD-Anbieter kein Investitionskapital mehr haben, nicht einfach an anderer Stelle angeboten werden. Davon war oben bereits die Rede.³²⁴ Und zum anderen ist das Medienbudget der Bürgerinnen und Bürger auch nicht grenzenlos: Jedenfalls faktisch stehen audiovisuelle Werke hinter einer zusätzlichen Bezahlschranke jenseits des eigenen Abonnements für viele nicht mehr zur Verfügung. Und schließlich begeben sich die Rezipienten auch nicht permanent auf die Suche danach, ob ein spezieller Inhalt außerhalb des Angebots, das sie abonniert haben, möglicherweise an irgendeiner anderen Stelle zur Verfügung steht. Viele treffen ihre Auswahl vielmehr vor allem innerhalb des eigenen Abonnements.³²⁵

Mag man die Katalogquote in § 77 MStV inhaltlich³²⁶ vielleicht noch damit rechtfertigen, dass es hier vor allem auch um die Darstellung von Vielfalt und damit um einen rundfunkinternen Zweck von Gewicht geht,³²⁷ ist dies bei dem rundfunkexternen Zweck der Wirtschaftsförderung der Film-

323 Vgl. oben D II 2 b.

324 D II 8 b bb.

325 Zur Relevanz der Auffindbarkeit von Inhalten vgl. etwa Jörn Lüdemann, Echokammern und Filterblasen versus Meinungsvielfalt – Algorithmen als Gefahr für die Demokratie?, in: Daniel Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, S. 69 (84 f.).

326 Rechtstechnisch handelt es sich – im Unterschied zu Art. 13 Abs. 2 AVMD-RL – im Fall des § 77 MStV um eine Umsetzung des Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL.

327 An der Sinnhaftigkeit dieser Regelung kann man angesichts der Anbieter- und Angebotsvielfalts im digitalen Zeitalter sowie der Autonomie der Mediennutzer

wirtschaft, den das Investitionsverpflichtungsgesetz verfolgt, verfassungsrechtlich nicht mehr möglich. Die Eingriffe in die Freiheit der Rezipientinnen und Rezipienten lassen sich angesichts des geringen Gewichts einer lediglich weiter ausgebauten Wirtschaftsförderung nicht rechtfertigen. Das Gesetz greift vielmehr auch in ihre Freiheitsrechte unverhältnismäßig ein.

2. Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes

Mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz verletzt der Gesetzgeber schließlich auch das Recht der Rezipientinnen und Rezipienten auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG. So wie die Auferlegung der Investitionspflichten den VoD-Anbietern ein Sonderopfer abverlangt, das nicht zu rechtfertigen ist, so nimmt der Gesetzgeber gleichheitswidrig auch die Kundinnen und Kunden der VoD-Dienste in Anspruch. Mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz bucht der Staat den Nutzern von Videoabrufdiensten schließlich nicht nur audiovisuelle Inhalte in ihre Abonnements ein, die sie gar nicht bestellt haben. Sie müssen für dieses unfreiwillige Angebot auch noch zusätzlich durch einen nicht unerheblichen Anteil ihrer Abonnementkosten aufkommen. Denn letztlich ist es ihr Geld, das als Umsatz der VoD-Anbieter den Pflichten des Investitionsverpflichtungsgesetzes unterstellt wird.

Dass gerade die Kundinnen und Kunden von VoD-Anbietern über die allgemeine Steuerlast und den Rundfunkbeitrag hinaus auch einen zusätzlichen Beitrag für die im Allgemeininteresse liegende Wirtschaftsförderung des deutschen Films aufbringen sollen, ist sachlich aber nicht zu rechtfertigen. Von ihrer Rezeption der audiovisuellen Inhalte gehen keine Risiken oder Gefahren aus; man kann insbesondere den Konsum von ausländischen Inhalten nicht ernsthaft als schädliche Externalität bezeichnen.³²⁸ Und die Rezipientinnen und Rezipienten stehen auch in keiner besonderen Verantwortungsnähe zur deutschen Filmwirtschaft, die es rechtfertigen könnte, gerade sie in Anspruch zu nehmen.

freilich mit guten Gründen ebenfalls zweifeln. Zur rechtlichen Zulässigkeit der entsprechenden Bestimmungen der AVMD-RL siehe unten E II 1.

328 Vgl. bereits oben D II 6 a.

3. Fazit

Der zusätzliche Blick auf die Nachfrageseite führt noch deutlicher vor Augen, welche erheblichen Freiheitslasten das geplante Investitionsverpflichtungsgesetz insgesamt mit sich bringt. Weil der Staat zwar Gestaltungsmacht ausüben will, die Kosten aber nicht aus dem Steuerhaushalt schultern kann oder möchte,³²⁹ werden die Kundinnen und Kunden der Videoabrufdienste mit einer gleichheitswidrigen Sonderbelastung finanziell in Anspruch genommen. Und anders als bei der Filmabgabe und der aus Steuermitteln finanzierten Subventionierung der Filmwirtschaft geht die den Privaten aufgebürdete Filmförderung insbesondere auch auf Kosten ihrer Rezeptionsfreiheit, die für eine freiheitliche Medienverfassung von elementarer Bedeutung ist. Dass diese Freiheit lediglich in den Dienst eines zusätzlichen Ausbaus der Wirtschaftsförderung des Films gestellt werden soll, ist aber nicht zu rechtfertigen.

IV. Gesamtergebnis

Das Investitionsverpflichtungsgesetz verstößt damit im Ergebnis sowohl gegen die Grundrechte der VoD-Anbieter als auch gegen die Grundrechte der Rezipientinnen und Rezipienten. Das Gesetz, das bereits wegen der fehlenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes formell verfassungswidrig ist, ist daher auch materiell nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

329 Im Kulturetat, der dem Einzelplan 04 des Bundeskanzleramtes zugeordnet ist, sind derzeit Ausgaben in Höhe von 2,3 Milliarden vorgesehen; das sind ca. 100 Millionen weniger als im Vorjahr. Während die Bundesbeauftragte für Kultur und Medien ab diesem Jahr erstmals auch die Entwicklung und Produktion von Spielen in der Games-Branche fördern kann, wurde der Etat insbesondere bei der Förderung der Film- und Serienproduktionen gekürzt.