

C) Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Bei der Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist zwischen der Investitionsverpflichtung einschließlich der mit ihr verbundenen Subquoten einerseits (nachfolgend I.) und der in Aussicht genommenen Recheteiligung andererseits (II.) zu differenzieren.

I. Investitionsverpflichtung

1. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)?

Die gesetzliche Einführung einer Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste durch den Bund setzt voraus, dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für eine entsprechende Regelung zusteht.

Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse zuweist. Entsprechende Kompetenzzuweisungen an den Bund finden sich ausweislich des Art. 70 Abs. 2 GG vor allem in den Vorschriften über die ausschließliche Gesetzgebung (Art. 73 und 105 Abs. 1 GG) und die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 74 und Art. 105 Abs. 2 GG). Daneben werden dem Bund in einer Vielzahl von Einzelbestimmungen weitere Gesetzgebungsbefugnisse eingeräumt, die hier thematisch allerdings von vornherein nicht in Betracht kommen.

Weil eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes in diesem Kontext mangels eines einschlägigen Kompetenztitels ebenfalls nicht begründbar ist,⁸ könnte die Einführung einer Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste allein von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 72, 74 GG gedeckt sein. Als Kompetenztitel für die gesetzliche Einführung einer Investitionsverpflichtung

8 So auch *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 48 f.

kann dabei lediglich das „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) in Betracht gezogen werden.⁹

Dieser in der Staatspraxis besonders gewichtige Kompetenztitel des Bundes¹⁰ ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich weit auszulegen.¹¹ Insbesondere sieht das Gericht im Klammerzusatz der Norm („Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen“) keine abschließende Aufzählung von Gesetzgebungsmaterien.¹² Das Recht der Wirtschaft im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG umfasst nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichts vielmehr allgemeiner „die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen, insbesondere diejenigen Regelungen, die sich auf die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen“.¹³ Zu diesem weit gefassten Regelungsbereich können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Maßnahmen der Wirtschaftsförderung zählen, soweit auf ihr der Schwerpunkt einer gesetzlichen Regelung liegt.¹⁴

Wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen werden, lässt sich die Einführung einer Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf diesem Kompetenztitel allerdings nicht zuordnen. Weder kann zur Begründung kurzerhand auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Filmabgabe verwiesen werden, die für die entscheidende Frage nach der positiven Zuordnung der Investitionsverpflichtung zu diesem Kompetenztitel keine normative Weichenstellung enthält (2.). Noch ist der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts maßgebliche ob-

9 Matthias Cornils, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 48. Im Ergebnis ebenfalls bei der Investitionsverpflichtung allein auf diesen Kompetenztitel abstellend Ann-Katrin Kaufhold, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 33.

10 Zur staatspraktischen Bedeutung vgl. nur Arnd Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 74 GG, Rdnr. 257.

11 BVerfGE 8, 143 (148 f.) – Beschußgesetz; 116, 202 (215 f.) – Tariftreueerklärung; 135, 155 (196) – Filmförderungsgesetz; 161, 63 (94) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaft.

12 BVerfGE 5, 25 (28 f.) – Apothekenerrichtung; 28, 119 (146) – Spielbank; 29, 402 (409) – Konjunkturzuschlag; 68, 319 (330) – Bundesärzteordnung; 135, 155 (196) – Filmförderungsgesetz.

13 BVerfGE 8, 143 (148 f.) – Beschußgesetz; 116, 202 (215 f.) – Tariftreueerklärung; 135, 155 (196) – Filmförderungsgesetz.

14 BVerfGE 135, 155 ff. – Filmförderungsgesetz.

jektive Regelungsgegenstand bei der Investitionsverpflichtung im Schwerpunkt wirtschaftsregelnder Natur im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Vielmehr handelt es sich um eine medienrechtliche Regelung, für die die Gesetzgebungskompetenz nach der Kompetenzarchitektur des Grundgesetzes bei den Ländern liegt (3.) Im Übrigen scheidet eine Inanspruchnahme des Kompetenztitels für die konkurrierende Gesetzgebung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch deshalb aus, weil eine bundesgesetzliche Regelung nicht erforderlich im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG ist (4.). Die Länder können auf ihre Gesetzgebungskompetenz auch nicht zugunsten einer bundesgesetzlichen Lösung verzichten, da die verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung nicht zur Disposition der Kompetenzträger steht (5.). Der Bund ist für die gesetzliche Einführung einer Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste unzuständig (6.).

2. Die begrenzte Aussagekraft der Entscheidung des BVerfG zur Filmabgabe

a) Im Wesentlichen schon entschieden?

Bei der Frage, ob sich der Bund auch bei der Einführung der hier in Rede stehenden Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Medien auf Abruf auf die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen kann, mag es auf den ersten Blick plausibel erscheinen, unmittelbar an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Filmförderungsgesetz¹⁵ anzuknüpfen und sich bei der Prüfung der formellen Verfassungskonformität eines entsprechenden Gesetzes argumentativ eng an diesem Judikat zu orientieren. Schließlich hat das Gericht in diesem Urteil aus dem Jahr 2014 entschieden, dass der Bund die Erhebung der Filmabgabe nach dem Filmförderungsgesetz auf seine Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft stützen konnte. Warum sollte er dies dann nicht auch bei einer Investitionspflicht tun dürfen, mit der er ebenfalls auf Bundesebene zur Filmförderung beitragen möchte?

Eine sehr weitgehende Anlehnung an diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wie sie zum Teil mit einem bemerkenswerten Begrün-

15 BVerfGE 135, 155 ff. – Filmförderungsgesetz.

dungsaufwand anempfohlen wird,¹⁶ ist allerdings weder methodisch noch inhaltlich überzeugend. Insbesondere trifft es nicht zu, dass „für die Thematik der Bundesfilmförderung (...) das Feld als höchststrichterlich bestellt angesehen werden“¹⁷ kann, beziehungsweise dass insgesamt für „das Regelungsthema der Bundesfilmförderung die kompetenzrechtlichen Grundfragen (...) als entschieden betrachtet werden“¹⁸ müssen. Auch ein behaupteter Erst-Recht-Schluss von der Filmabgabendeckung auf die Investitionsverpflichtung¹⁹ ist verfassungsrechtlich nicht begründbar. Die normative Prägekraft des Urteils zur Filmförderabgabe nach dem FFG 2010 ist für das mit der Filmabgabe nicht vergleichbare Instrument der Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf im Gegenteil vergleichsweise gering.

16 Beinahe gebetsmühlenartig *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 5: „Für das Regelungsthema der Bundesfilmförderung müssen die kompetenzrechtlichen Grundfragen nach der Entscheidung des BVerwG und des BVerfG zum FFG als entschieden betrachtet werden.“; ebenda S. 44 f.: „Es ist daher mehr als naheliegend, für die verfassungsrechtliche Prüfung eines solchen Vorhabens Orientierung in den Grundsätzen und Beurteilungen zu suchen, die namentlich das BVerfG in seinem Urteil zum Filmförderungsgesetz aufgestellt bzw. getroffen hat“; ebenda S. 45: „sachnächste und maßgebliche Erörterung für das hier gestellte Problem“; ebenda, S. 61: „Für die Untersuchungsfrage des Gutachtens legt diese Einsicht umso eher ein Vorgehen nahe, das sich für die Beurteilung eines Investitionsverpflichtungsgesetzes in einer vergleichbaren Perspektive fokussiert auf die in der Entscheidung des BVerfG zur Filmförderung niedergelegte Argumentation ausrichtet, weil es sich dabei gewiss um die sachnächste Judikatur im Hinblick auf die aufgeworfene Rechtsfragen handelt“; ebenda S. 76: „Das FFG-Urteil des BVerfG und ergänzend die kompetenzrechtlichen Auffassungen des BVerwG zur Bundesfilmförderung, die das BVerfG weitgehend übernommen hat, geben die verfassungsrechtlichen Orientierungen, die auch für die Beurteilung eines Investitionsverpflichtungs-Gesetzes zur Förderung der europäischen und deutschen Filmwirtschaft maßgeblich sind.“

17 *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 76.

18 *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 5.

19 *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 77.

b) Der Film als Wirtschafts- und Kulturgut

Im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Filmabgabe nach dem Filmförderungsgesetz von 2010 stand in kompetenzrechtlicher Hinsicht²⁰ vor allem die strukturelle Doppelrolle des Films als Wirtschaftsgut und als Kulturgut²¹ sowie die Bedeutung dieser „Janusköpfigkeit“²² für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Mittelpunkt. Neben der Frage, ob das Filmförderungsgesetz in seiner damaligen Fassung im Schwerpunkt einen wirtschaftsfördernden oder kulturellen Gehalt hatte, ging es in dieser Entscheidung insbesondere auch um die verfassungsdogmatische Streitfrage, ob sich der Bund auch dann auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG berufen kann, wenn er mit der Wirtschaftsförderung zugleich kulturelle Aspekte des Films berührt.²³

Während in der Literatur zum Teil vertreten wurde, dass der Kulturbereich gerade auch insoweit weitgehend der ausschließlichen Gesetzgebungshoheit der Länder unterstehe,²⁴ hat das Bundesverfassungsgericht einem solchermaßen abgeschotteten Gesetzgebungsreservat der Länder ausdrücklich widersprochen.²⁵ Zwar seien die Bundesländer nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes die primären Träger der Kulturho-

20 Der materiellrechtliche Schwerpunkt betraf die Frage der Vereinbarkeit der Filmabgabe als einer Sonderabgabe mit den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere mit Blick auf die Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen, BVerfGE 135, 155 (206 ff.) – Filmförderungsgesetz.

21 Zu dieser Doppelrolle des Films BVerwG, NVwZ 2011, 998 (999); siehe aus der Literatur etwa Sascha Pres, DÖV 2009, 155 ff.; Harro von Have/Sara Ann Harris, ZUM 2009, 470 (476 f.); Jürgen Becker, ZUM 2010, 752 (752). Allgemein zur Kultur als Paradebeispiel für die Schwierigkeiten kompetenzrechtlicher Qualifikation Christian Waldhoff, JZ 2014, 407 (407).

22 Klaus Schaefer/Johannes Kreile/Sascha Gerlach, ZUM 2002, 182 (190).

23 Aus dem reichen Schrifttum siehe etwa Walter Woeller, Die Verfassungsmäßigkeit des Filmförderungsgesetzes. Wirtschafts- oder Kulturförderung?; Jin-Seong Kong, Die Filmförderungskompetenz des Bundes. Insbesondere zur kompetenzrechtlichen Qualifikation des Filmförderungsgesetzes; S. 33 ff.; Sascha Pres, DÖV 2009, 155 ff.; Harro von Have/Sara Ann Harris, ZUM 2009, 470 (476 f.); Marion Fischer, UFITA 2013, 651 (655 ff.); Katharina Pabel, Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kunst, S. 101 ff.

24 Vgl. etwa Katharina Pabel, Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kunst, S. 101 ff.; Thomas Vesting/Fabian Steinhauer, Kulturökonomie und Filmförderungs politik, S. 63 ff.

25 BVerfGE 135, 155 (197 ff.) – Filmförderungsgesetz; so auch bereits die vorangegangene Entscheidung des BVerwG, NVwZ 2011, 998 (999).

heit.²⁶ Dies bedeute allerdings nicht, dass deshalb dem Bund „Einwirkungen auf den Kulturbereich und eine Berücksichtigung kultureller Belange deshalb von vornherein“ versagt wären.²⁷ Es könne, so führt es das Gericht (neben einem Blick auf andere, sehr heterogene Zuständigkeiten des Bundes) insoweit näher aus, dem Bund „in einem Kulturstaat“ schließlich „nicht verwehrt sein, in der Wahrnehmung all seiner Kompetenzen auch auf Schonung, Schutz und Förderung der Kultur Bedacht zu nehmen.“²⁸ Und entsprechend heißt es im ersten Leitsatz des Urteils mit Blick auf den – im föderalen Bundesstaat somit möglichen – kulturellen Trägerpluralismus²⁹ auch unmissverständlich: „Der Inanspruchnahme der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs.1 Nr.11 GG (Recht der Wirtschaft) steht es nicht entgegen, wenn der Gesetzgeber mit wirtschaftsbezogenen Regelungen zugleich kulturelle Zwecke verfolgt.“³⁰

Diese negative Kompetenzaussage – eine auch kulturelle Zwecksetzung schließt die Inanspruchnahme der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs.1 Nr.11 GG nicht von vornherein aus – ist mit diesem Urteil des Bundesverfassungsgerichts für die gesamte deutsche Staatsgewalt im Sinne des § 31 BVerfGG verbindlich vorentschieden. Sie muss daher auch bei der Beurteilung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für eine Investitionsverpflichtung in Anschlag gebracht werden, wenn diese nicht an der geltenden Verfassungsrechtslage vorbei gehen soll. Doch so maßgeblich die Entscheidung mit Blick auf die Auslegung der Kompetenzordnung insoweit auch ist: Allein mit dieser Kompetenzaussage des Bundesverfassungsgerichts zu den kulturellen Nebeneffekten ist die eigentliche Kernfrage nach der *positiven* Zuordnung der Investitionsverpflichtung zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs.1 Nr.11 GG noch keineswegs vorentschieden. Vielmehr rückt notwendig eine zweite, auf die konkrete Kompetenzzuordnung bezogene Frage ganz ins Zentrum der verfassungsrechtlichen Betrachtung.

26 BVerfGE 135, 155 (197) – Filmförderungsgesetz.

27 BVerfGE 135, 155 (197) – Filmförderungsgesetz.

28 BVerfGE 135, 155 (197) – Filmförderungsgesetz.

29 Zum kulturellen Trägerpluralismus vgl. etwa Jürgen Becker, ZUM 2010, 752 (753).

30 BVerfGE 135, 155 (155) – Filmförderungsgesetz.

c) Grundvoraussetzung: Im Schwerpunkt „Recht der Wirtschaft“

Nimmt man die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Filmabgabe auch ansonsten ernst, dann setzt ein gesetzgeberisches Handeln des Bundes im Kulturbereich nämlich zunächst und vor allem eines voraus: Die gesetzlichen Regelungen müssen sich im Schwerpunkt überhaupt auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen lassen. Nur in diesem Fall ist es für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes unerheblich, wenn er mit seinen Regelungen zugleich auch kulturelle Belange berührt. Im Urteil zur Filmabgabe heißt es im Hinblick auf dieses Erfordernis wörtlich: „Dies ist unschädlich, solange der maßgebliche objektive Regelungsgegenstand und -gehalt ein im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlicher ist.“³¹

Diese Schwerpunktprüfung, mit der das Bundesverfassungsgericht hier wie andernorts im Interesse einer überschneidungsfreien Zuständigkeitsabgrenzung³² sicherstellt, dass die Gesetzgebungskompetenzen auch dann eindeutig zugeordnet werden können,³³ wenn der objektive Regelungsgegenstand eines Gesetzes sowohl Kompetenzbereiche des Bundes als auch der Länder berührt, fiel für die Filmabgabe in der FFG-Entscheidung positiv aus. Der Schwerpunkt lag trotz der Förderung des Films als Kulturgut und trotz kulturorientierter Förderkriterien nach der Ansicht des Gerichts letztlich auf der Förderung des Films als Wirtschaftsgut. Und entsprechend konnte der Bund die Erhebung der Filmabgabe auch auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen.³⁴

d) Keine entscheidende normative Weichenstellung für die Investitionsverpflichtung

Doch so verbindlich dies für die Filmabgabe nach dem FFG 2010 durch das Bundesverfassungsgericht entschieden wurde, so wenig ist damit bereits eine Antwort auf die kompetenzrechtliche Qualifikation der hier in

31 BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsgesetz. Vgl. zuvor bereits etwa auch BVerfGE 97, 228 (251 f.) – Kurzberichterstattung; 116, 202 (216) – Tariftreueerklärung; 121, 30 (47) – Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen.

32 BVerfGE 136, 194 (268) – Weinabgabe.

33 Zum prinzipiellen Ausschluss von Doppelzuständigkeiten, bei denen der Bund und die Länder gleichzeitig für die Gesetzgebung zuständig sind, vgl. etwa BVerfGE 36, 193 (292 f.) – Journalisten; 67, 299 (320) – Laternengarage; 106, 62 (114) – Altenpflegegesetz.

34 BVerfGE 135, 155 (198 ff.) – Filmförderungsgesetz.

Rede stehenden Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf gegeben. Weder hat das Gericht auch dieses völlig andere Steuerungsinstrument in seiner Entscheidung dem Kompetenztitel Recht der Wirtschaft zugeordnet, wozu im damaligen Verfahren naturgemäß auch überhaupt kein Anlass bestand. Noch hat das Bundesverfassungsgericht als der maßgebliche Letztinterpret des Grundgesetzes³⁵ in diesem Urteil den normativ-rezeptiven Kompetenztitel³⁶ des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in dem Sinne allgemeinverbindlich ausgelegt, dass die Zuordnung einer Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Medien zum Recht der Wirtschaft auch nur in groben Zügen vorgezeichnet wäre.

Anders als es zum Teil insinuiert wird, hat das Gericht in der Filmförderungs-Entscheidung insbesondere keine positive Festlegung dahingehend getroffen, dass jedwede gesetzliche Regelung, die thematisch irgendwie mit einer Filmförderung durch den Bund zusammenhängen mag, von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gedeckt wäre.³⁷ Eine solche verfassungsrechtliche Generalaussage findet sich weder in den Leitsätzen, noch in den tragenden Erwägungen, noch an irgendeiner anderen Stelle der Entscheidung. Ihre Proklamation setzt vielmehr die konkrete Zuordnung eines Einzelfalls zu einem Kompetenztitel durch das Bundesverfassungsgericht (die gesetzliche Regelung zur Filmabgabe nach dem FFG 2010 ist als Instrument im Schwerpunkt Wirtschaftsrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) mit der allgemeinen verfassungsgerichtlichen Auslegung eines Kompetenztitels (von der Bundesgesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft ist alles gedeckt, was mit der Filmförderung zusammenhängt) unzulässig gleich.³⁸

35 BVerfGE 40, 88 (93 f.) – Führerschein; 108, 282 (295) – Kopftuch; 112, 268 (277) – Kinderbetreuungskosten; 150, 204 (227) – Steuergesetze.

36 Allgemein zur Unterscheidung von faktisch-deskriptiven Kompetenztiteln, die sich auf einen Lebenssachverhalt beziehen, und normativ-rezeptiven Kompetenztiteln, die ein existentes Rechtsgebiet bezeichnen, vgl. nur Hanno Kube, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. III, § 80, Rdnr. 15; Andreas Voßkuhle/Thomas Wischmeyer, JuS 2020, 315 (317); Arnd Uhle, Normativ-rezeptive Kompetenzzuweisung und Grundgesetz.

37 In diese Richtung aber Matthias Cornils, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 5: „Für das Regelungsthema Bundesfilmförderung müssen die kompetenzrechtlichen Grundfragen nach den Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG zum FFG als entschieden betrachtet werden.“

38 Zur Differenzierung zwischen der Auslegung von Kompetenztiteln und der Zuordnung eines konkreten Gesetzes zur Kompetenzmaterie und einer entsprechenden

Es führt verfassungsrechtlich daher in die Irre, das Urteil zur Filmabgabe nach dem Filmförderungsgesetz als die entscheidende normative Weichenstellung für die kompetenzrechtliche Einordnung der Investitionspflicht für die audiovisuelle Mediendienste auszugeben, um im Anschluss ohne größeren Zwischenhalt in den Zielbahnhof der Bundeskompetenz einzufahren. Die eigentliche Analyse muss an diesem Punkt im Gegenteil erst beginnen: Nur, wenn sich auch die geplante Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Medien auf Abruf als eine im Schwerpunkt wirtschaftsrechtliche Regelung erweist, kann sich der Bund trotz der kulturellen Dimension dieses Steuerungsinstruments überhaupt auf den Kompetenztitel für das Recht der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen.

3. Die kompetenzrechtliche Zuordnung der Investitionsverpflichtung

a) Zuordnungskriterien

Bei der entsprechenden verfassungsrechtlichen Prüfung sind die Kriterien anzulegen, die das Bundesverfassungsgericht für die Zuordnung zu einem Kompetenztitel in seiner Rechtsprechung entwickelt hat. Auch wenn sich in den Entscheidungen des Gerichts zum Teil recht unterschiedliche Gesichtspunkte und Argumentationsmuster für die Zuordnung zu einem Kompetenztitel finden, stehen die einzelnen Kriterien doch nicht gleichberechtigt nebeneinander oder verhalten sich schlicht additiv zueinander. Das Bundesverfassungsgericht hat im Gegenteil immer wieder deutlich gemacht, dass das entscheidende Kriterium für die Zuordnung zu einem Kompetenztitel der objektive Regelungsgegenstand eines Gesetzes ist.³⁹ Und mit dem objektiven Regelungsgegenstand ist dabei ausschließlich der unmittelbare Gegenstand gemeint; bloß mittelbare Gegenstände sind nach der Recht-

zweistufigen Prüfung vgl. grundsätzlich etwa *Tobias Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 9; *Arnd Uhle*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. II, § 42, Rdnr. 27 ff.

39 BVerfGE 4, 60 (69 f.) – Intendanturweinauflagen; 34, 139 (144) – Fahrbahndecke; 58, 137 (145) – Pflichtexemplar; 68, 319 (327 f.) – Bundesärzteordnung; 70, 251 (264) – Schulleiter; 106, 62 (149) – Altenpflegegesetz; 116, 202 (216) – Tarifruherklärung; 121, 317 (348) – Rauchverbot in Gaststätten; 135, 155 (196) – Filmförderungsgesetz; 161, 63 (93) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften.

sprechung des Gerichts verfassungsrechtlich unerheblich.⁴⁰ Worin genau der unmittelbare objektive Regelungsgegenstand eines Gesetzesvorhabens besteht, lässt sich insbesondere mit Blick auf den Adressatenkreis einer gesetzlichen Regelung,⁴¹ den Wirkungen auf die Adressaten⁴² und den objektiven Regelungszweck eines Gesetzes bestimmen;⁴³ ergänzend kann auch die Verfassungstradition herangezogen werden.⁴⁴

Im Interesse einer eindeutigen Zuordnung⁴⁵ der Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, die unzulässige Doppelzuständigkeiten von Bund und Ländern ausschließt,⁴⁶ kommt den subjektiven Zielvorstellungen des Gesetzgebers und insbesondere auch dem mit einer Regelung verfolgten Gemeinwohlbelang nach der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur hingegen keine Bedeutung für die kompetenzrechtliche Qualifikation von Gesetzen zu.⁴⁷

b) Die dritte Dimension: Audiovisuelle Werke als Inhalt des Medienangebots

Versucht man nunmehr, den objektiven Regelungsgegenstand der geplanten Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf zu bestimmen, so scheint die geläufige Bezeichnung als „Investitionsverpflichtung“ zunächst darauf hinzudeuten, dass es auch bei diesem Instrument – ähnlich wie bei der Filmabgabe – vornehmlich um die Len-

40 Siehe etwa BVerfGE 13, 181 (196) – Schankerlaubnissteuer; 157, 223 (262 f.) – Berliner Mietendeckel.

41 Siehe etwa BVerfGE 121, 317 (348) – Rauchverbot in Gaststätten; 142, 268 (283) – Bestellerprinzip.

42 Siehe etwa BVerfGE 7, 29 (44) – Pressedelikte; 157, 223 (262 f.) – Berliner Mietendeckel.

43 Arnd Uhle, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. II, § 42, Rdnr. 33.

44 BVerfGE 121, 30 (47) – Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen; 161, 63 (92) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften.

45 Dass die Zuordnung im konkreten Einzelfall alles andere als trivial ist, lässt allerdings nicht den Gegenschluss zu, die Gegenstandsbestimmung sei insgesamt sehr vage und die Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts offenbare entsprechende „Rationalitätsgrenzen“, vgl. aber die entsprechende Relativierung der Zuordnungskriterien bei Matthias Cornils, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 61.

46 BVerfGE 106, 62 (114) – Altenpflegegesetz; 109, 190 (218) – Nachträgliche Sicherungsverwahrung.

47 BVerfGE 121, 317 (348) – Rauchverbot in Gaststätten.

kung von Finanzmitteln in die Förderung der Produktionswirtschaft und damit im Ergebnis schwerpunktmäßig um den Film als Wirtschaftsgut geht. Doch weder spielt die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung für die kompetenzrechtliche Qualifikation eine Rolle; sie ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich vielmehr unerheblich.⁴⁸ Noch kann man unter dem Eindruck dieser Begrifflichkeit kurzerhand die „Steuerung von Investitionsmitteln“ selbst als den objektiven Regelungsgegenstand eines entsprechenden Gesetzes ausgeben.⁴⁹ Die „Steuerung von Investitionsmitteln“ ist im Grunde ja nichts anderes als eine Umformulierung des Instruments der Investitionsverpflichtung, das vom objektiven Regelungsgegenstand im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sorgsam unterschieden werden muss. Vor allem aber bildet diese mit der Bezeichnung „Investitionsverpflichtung“ nahegelegte Stoßrichtung auch den tatsächlichen Regelungsgehalt dieses Steuerungsinstruments nicht hinreichend ab.

Richtet man das analytische Augenmerk abseits der Begrifflichkeit stärker auf die eigentlichen Regelungswirkungen der Investitionsverpflichtung, so zeigt sich vielmehr, dass es bei ihr gerade nicht ausschließlich um die Investitionen in den Film als Wirtschafts- und Kulturgut geht, sondern dass die Investitionsverpflichtung den Film und andere audiovisuelle Werke noch in einer ganz anderen, dritten Dimension betrifft: nämlich als Bestandteil des Angebots der audiovisuellen Mediendienste.

Der Vergleich mit der Filmabgabe macht diese dritte Dimension plastisch. Das Förderinstrument der Filmabgabe schöpft als nichtsteuerliche Sonderabgabe bei den Medienanbietern Finanzmittel ab, die über die Filmförderungsanstalt des Bundes unmittelbar in die Filmkulturwirtschaft fließen. Darüber hinaus hat die Filmabgabe aber keinerlei Auswirkungen auf das Kerngeschäft der Mediendienste. Insbesondere nimmt sie keinen Einfluss auf das Angebot, das die Fernsehveranstalter und Video-on-Demand-Anbieter ihren Rezipientinnen und Rezipienten unterbreiten. Das Instrument der Filmabgabe ist mit anderen Worten also programm- beziehungsweise angebotsneutral. Bei der Investitionsverpflichtung stellt sich die Situation hingegen vollkommen anders dar. Auch dieses Instrument ist für

48 BVerfGE 8, 260 (269) – Helgoland-Gesetz; 58, 137 (145 f.) – Pflichtexemplar; 116, 202 (216) – Tariftreueerklärung; 121, 317 (348) – Rauchverbot in Gaststätten; 135, 155 (199 f.) – Filmförderungsgesetz; 149, 222 (250) – Rundfunkbeitrag; 157, 223 (262 f.) – Berliner Mietendeckel.

49 So aber *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 37.

die Medienanbieter zwar finanzwirksam. Doch im Unterschied zur Filmabgabe schöpft die Investitionsverpflichtung nicht nur Kapital ab, sondern sie hat vor allem auch erheblichen Einfluss auf das Angebot der verpflichteten Mediendienste.

Die Anbieter werden durch eine Investitionsverpflichtung zwar nicht rechtlich gezwungen, die Werke, in die sie investieren müssen, in ihr Programm beziehungsweise ihren Katalog aufzunehmen.⁵⁰ In der Rechtswirklichkeit hat das Steuerungsinstrument der Investitionsverpflichtung aber eine identische Wirkung. In einer Marktwirtschaft kann es sich schließlich kein privates Medienunternehmen, das sich an den Märkten finanzieren muss, erlauben, audiovisuelle Inhalte zu erwerben oder selbst zu produzieren, ohne diese anschließend auch im Katalog vorzuhalten; insbesondere nicht in dem weiten Umfang, die bei der Investitionsverpflichtung rechtspolitisch im Raum steht. Und auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dürften die erworbenen oder selbst produzierten Inhalte nicht kurzerhand in der Schublade versenken, ohne sie in den Mediatheken zu verwerten. Das verbieten bereits die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, an die die Rundfunkanstalten gesetzlich gebunden sind.⁵¹ Der Erwerb von Inhalten setzt mit anderen Worten also bei sämtlichen Verpflichtungsadressaten voraus, dass sich die Früchte ihrer Investitionen auch im medialen Menü niederschlagen.

Diesem von der Investitionsverpflichtung unmittelbar ausgehenden faktischen Angebotszwang können die VoD-Anbieter insbesondere auch nicht dadurch entgehen, dass sie die Rechte an den Inhalten direkt nach der Fertigstellung der Produktion an Dritte weiterverkaufen (wenn und soweit dies angesichts der gesetzlichen Vorgaben zur Rechenteilung mit den Produzenten nach § 6 InvestVG-E überhaupt möglich ist). Abgesehen davon, dass das Kerngeschäft der in Anspruch genommenen Medienanbieter nicht darin besteht, in audiovisuelle Werke zu investieren, um sie vor der eigenen Ausstrahlung oder dem Angebot im eigenen Katalog direkt an andere Anbieter weiterzuverkaufen, wäre eine unmittelbare Vermarktung auf den

50 Matthias Cornils, Verfassungsfragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 88.

51 In den Rundfunkgesetzen der Länder sind diese Haushaltsgrundsätze für die einzelnen Rundfunkanstalten gesetzlich festgeschrieben, siehe z.B. § 36 Abs. 1 rbb-StV. Die Grundsätze liegen nach § 36 Abs. 1 MStV auch der Ermittlung und Prüfung des Finanzbedarfs durch die KEF zugrunde. Auf einem ganz anderen Blatt steht das in § 15 Abs. 5 MStV statuierte Recht der Rundfunkanstalten, sich an Filmförderungen zu beteiligen, ohne dass unmittelbar eine Gegenleistung erfolgen muss.

Rechtemärkten ökonomisch auch weithin unmöglich. Auch allen anderen Video-on-Demand-Anbieter unterliegen schließlich den gesetzlichen Investitionsverpflichtungen und hätten daher gar keinen Bedarf, auch noch den Mitbewerbern ihre nach den Quotenvorgaben produzierten Werke abzunehmen. Allenfalls die kleineren Anbieter, die nicht unter die Investitionspflicht fallen sollen, kämen als Nachfrager überhaupt in Betracht. Da sie die einzigen sind, die entsprechende Werke möglicherweise nachfragen würden, wären sie aber auch in der Lage, den Preis entsprechend zu drücken. Wenn sich die audiovisuellen Werke in dieser Marktsituation aber bestenfalls mit Verlusten weiterveräußern ließen, kommt auch diese Option ökonomisch betrachtet nicht ernsthaft in Betracht. Und selbst wenn es einem Anbieter ausnahmsweise einmal gelänge, die Rechte an einem audiovisuellen Werk, in das er nach Maßgabe der Quotenvorgaben investiert hat, direkt und ohne allzu große Verluste an einen anderen Anbieter weiterzuverkaufen, änderte dies angesichts der hohen Investitionsquoten nichts daran, dass der Löwenanteil aus den vorgeschriebenen Investitionen im eigenen Medienangebot umgesetzt werden müsste.

Aufgrund dieses faktischen Zwangs lässt sich bei der Bestimmung des objektiven Regelungsgehalts die gesetzliche Steuerung der Investitionen auch nicht von der Steuerung des medialen Angebots trennen. Nachfragesteuerung auf dem Markt für audiovisuelle Werke und Angebotssteuerung auf dem Medienmarkt gegenüber den Rezipienten sind vielmehr zwei Seiten ein und derselben rechtlichen Medaille.⁵² Nicht zuletzt diese medienangebotssteuernde Regelungswirkung der Investitionsverpflichtung ist es, die die verfassungsrechtliche Zuordnung zum Kompetenztitel Recht der Wirtschaft zwangsläufig in ein ganz anderes Licht rückt als die Filmabgabe.

c) Keine Zuordnung zum Recht der Wirtschaft

aa) Inadäquanz eines kompetenziellen Erst-Recht-Schlusses

Die medienangebotssteuernde Wirkung der Investitionsverpflichtung macht zunächst einmal deutlich, dass der teilweise für möglich gehaltene

52 Diese Wirkung im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz gar nicht beleuchtend *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 37 ff. Nur beiläufig erwähnt bei *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 88.

Erst-Recht-Schluss von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Filmabgabe auf die Gesetzgebungskompetenz für die Investitionsverpflichtung⁵³ verfassungsrechtlich nicht tragfähig ist.

Das zentrale Argument für einen solchen Erst-Recht-Schluss ist der Vergleich der kulturellen Bezüge beider Instrumente: „Wenn schon das FFG mit seinen immerhin in der Aufgabennorm des §1 sowie in den Bestimmungen über den kulturellen Test angelegten Zweck der Förderung der künstlerisch-kreativen Qualität des deutschen Films als wirtschaftsrechtliche Regelung anerkannt ist, muss dies umso mehr für eine investitionslenkende Inpflichtnahme von Unternehmen gelten, die auf kulturelle Kriterien ganz verzichtet.“⁵⁴ Diese Schlussfolgerung ist aber nicht nur deshalb unzutreffend, weil die Quotenvorgaben zu Werken in deutscher Sprache oder aus europäischer Herkunft mitnichten kulturneutral sind; der deutschsprachige oder französische Film unterscheidet sich im Gegenteil regelmäßig in seiner kulturellen Prägung etwa sehr deutlich von einem US-amerikanischen Werk (gerade deshalb sollen die Quoten ja auch eingeführt werden). Dass die Investitionsverpflichtung eine geringere kulturelle Bedeutung aufweist als die Filmabgabe, geht vor allem auch insoweit an der Rechtswirklichkeit vorbei, als die Werke bei der Investitionsverpflichtung eben gerade nicht nur in ihrer Dimension als Kulturgut betroffen sind, sondern zusätzlich und vor allem auch in ihrer Dimension als Angebotsinhalt der Video-on-Demand-Anbieter. Wenn sich die Investitionsverpflichtung angesichts der hohen Investitionsquote, die um ein Vielfaches über die Inpflichtnahme bei der Filmabgabe hinausgeht,⁵⁵ aber mit besonderem Gewicht auch im Kernbereich der Angebotsgestaltung der Medienanbieter und damit auf einem weiteren klassischen Feld der Kultur auswirkt, dann hat dieses Instrument keine geringere kulturelle Dimension als die Filmabgabe, sondern im Gegenteil eine deutlich stärkere.

53 Matthias Cornils, Verfassungsrechtliche Frage einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 77 ff.

54 Matthias Cornils, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 77.

55 Dazu eingehender unter D II 2 a und b.

bb) Das Medienangebot als unmittelbarer Regulationsgegenstand

Doch nicht nur das stellt die Zuordnung zum Kompetenztitel für das Recht der Wirtschaft in Frage. Der Film als Wirtschaftsgut ist auch nicht der unmittelbare Regulationsgegenstand, der für die Kompetenzzuordnung entscheidend ist. Der unmittelbare Gegenstand, auf den der Gesetzgeber mit der Investitionsverpflichtung zugreift, ist vielmehr das audiovisuelle Werk als Teil des Medienangebots. Die Inhaltsbeschaffung ist der Hebel, an dem der Gesetzgeber regulatorisch ansetzt. Auf diesen Bereich greift er speziell und nicht lediglich allgemein zu.⁵⁶ Als zu förderndes Wirtschaftsgut sind der Film und andere audiovisuelle Werke allenfalls ein mittelbarer Gegenstand, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Kompetenzzuordnung verfassungsrechtlich unerheblich ist.⁵⁷

Dass die Investitionsverpflichtung im Unterschied zur Filmabgabe in der Sache eine Steuerung des Medienangebots ist, lässt sich auch nicht durch den Hinweis entkräften, dass der Gesetzgeber die Investitionsverpflichtung nicht (primär) einsetzen möchte, um das Medienangebot zu steuern, sondern um den Gemeinwohlbelang einer vielfältigen Produktionswirtschaft von audiovisuellen Werken zu befördern. Denn welchen Gemeinwohlbelang der Gesetzgeber mit einer Regelung verfolgen möchte, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Abgrenzung der Gesetzgebungsbefugnisse letztlich unerheblich. In den Worten des Gerichts: „Maßgebend für die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern (...) ist der Gegenstand des jeweiligen Gesetzes (...), und nicht das vom Gesetzgeber in den Blick genommene Gemeinwohlziel.“⁵⁸

cc) Größere Sachnähe zum Rundfunkrecht, rundfunkrechtlicher Schwerpunkt

Doch selbst wenn man den unmittelbaren Gegenstand anders fassen und auch den Film als Wirtschaftsgut mit einbeziehen wollte, so änderte dies nichts daran, dass sich die Investitionsverpflichtung im Ergebnis nicht dem

56 Zur für die Kompetenzabgrenzung relevanten Differenzierung danach, ob eine Regelung einen Kompetenzbereich speziell und nicht lediglich allgemein behandelt BVerfGE 157, 223 (262 f.) – Berliner Mietendeckel.

57 Vgl. bereits oben unter C I 3 a.

58 BVerfGE 121, 317 (348) – Rauchverbot in Gaststätten.

Recht der Wirtschaft zuordnen lässt. Weil die Investitionsverpflichtung unmittelbare Vorgaben für die rundfunkähnlichen Telemedien macht, besteht auch dann eine deutlich größere Sachnähe zum Rundfunkrecht, auf dem auch der Schwerpunkt der Regelung liegt.

Die Abgrenzung zwischen den Kompetenzen des Bundes und der Länder ist gerade im Mediensektor, nicht zuletzt angesichts der Konvergenz im Digitalzeitalter, mitunter bekanntlich alles andere als trivial.⁵⁹ Doch im Unterschied zu vielen anderen Konstellationen steht bei der Investitionsabgabe für audiovisuelle Mediendienste kein wirklicher Zweifelsfall der Kompetenzabgrenzung zur Diskussion. Vielmehr fällt die Zuordnung eindeutig aus:

Die Kompetenzen des Bundes, die sich auf den Mediensektor auswirken, betreffen – vom atypischen Sonderfall der Annexkompetenz für den Auslandsrundfunk einmal abgesehen – ausschließlich den Bereich, den man als „äußeren Ring“⁶⁰ des Medienrechts bezeichnen kann. Dazu gehören das allgemeine Zivilrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), das Urheberrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG), das Strafrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und das Telekommunikationsrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG) ebenso wie das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). In unserem Kontext geht es aber nicht bloß um den äußeren, sondern um den inneren Ring des Medienrechts, nämlich um strukturelle Vorgaben speziell für rundfunkähnliche Telemedien, die verfassungsrechtlich ebenfalls als Rundfunk zu qualifizieren sind.⁶¹ Die inhaltsbezogene Angebotsgestaltung, auf die die Investitionsverpflichtung einwirkt, bildet sogar den zentralen Kern dieses inneren Rings des Medienrechts. Für diesen Kernbereich des Medienrechts liegt die Gesetzgebungskompetenz aber ausschließlich bei den Ländern. Das ist seit dem ersten Rundfunkurteil von 1961⁶² vom Bundesverfassungsgericht in ständiger

59 Siehe zu den seit langem bestehenden Schwierigkeiten statt vieler nur *Karl-Heinz Ladeur*, ZUM 1998, 261 ff.; *Thomas Vesting*, in: Reinhart Binder/Thomas Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 1 RStV, Rdnr. 13 ff.; *Hubertus Gersdorf*, in: Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal (Hrsg.), Informations- und Medienrecht. Kommentar, Art. 70 GG, Rdnr. 7; *Mario Martini*, in: Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal (Hrsg.), § 1 MStV, Rdnr. 4 ff.; *Kai v. Lewinski*, Medienrecht, S. 187 ff.

60 *Mark D. Cole*, in: Dieter Dörr/Johannes Kreile/Mark D. Cole (Hrsg.), Handbuch Medienrecht, Abschnitt C, Rdnr. 10.

61 Dazu näher unter D II 1 a.

62 BVerfGE 12, 205 ff. – 1. Fernsehurteil.

Rechtsprechung in höchstrichterlichen Stein gemeißelt worden⁶³ und entspricht auch der ganz herrschenden Ansicht in der Rechtswissenschaft.⁶⁴

Eine Zuordnung der Investitionsverpflichtung zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) kommt daher nicht in Betracht. Die Investitionsverpflichtung in § 3 InvestVG-E würde mit ihrer Hauptquote und ihren kumulativ zu erfüllenden Subquoten substantielle Vorgaben für die Beschaffung und damit für das Angebot der VoD-Anbieter machen. Für solche Vorgaben, die wesensmäßig⁶⁵ zum Regelungsgegenstand des Rundfunkrechts gehören und zu ihm objektiv die größte Sachnähe⁶⁶ aufweisen, liegt die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern.⁶⁷

Man würde den ohnehin sehr weiten Kompetenztitel für das Recht der Wirtschaft im Grunde vollständig entgrenzen,⁶⁸ wenn der Bund mit Investitionsverpflichtungen jedweder Art, die sich explizit auf diese oder andere Spezialmaterien beziehen und dort erhebliche Auswirkungen auf den be-

63 Vgl. nur BVerfGE 92, 203 (238) – Fernsehrichtlinie; 114, 371 (385) – Landesmediengesetz Bayern; 121, 30 (46 ff.) – Hessisches Privatrundfunkgesetz.

64 Vgl. nur *Hubertus Gersdorf*, in: Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal (Hrsg.), *Informations- und Medienrecht. Kommentar*, Art. 70 GG, Rdnr. 3; *Karl-Heinz Ladeur*, *Medienfreiheitsrechte*, in: Marian Paschke/Wolfgang Berlit/Claus Meyer/Lars Kröner (Hrsg.), *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, Abschn. 4, Rdnr. 85; *Mark D. Cole*, in: Dieter Dörr/Johannes Kreile/Mark D. Cole (Hrsg.), *Handbuch Medienrecht*, Abschnitt C, Rdnr. 8. Siehe auch *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, *Medienpolitik in Deutschland. Übersicht über die föderale Kompetenzverteilung einschließlich der europäischen Medienkompetenzen*, WD 10–047/07, S. 8: Will der Bund im Mediensektor tätig werden, kann er dies nur, wenn die inhaltsbezogene Regulierung „praktisch auf Null reduziert ist“.

65 Zur Relevanz der wesensmäßigen Zugehörigkeit vgl. BVerfGE 36, 193 (203) – Journalisten; 48, 367 (373) – Tierversuche; 137, 108 (161) – Art. 91e GG.

66 Zur Relevanz des stärkeren Sachzusammenhangs vgl. BVerfGE 97, 228 (252) – Kurzberichterstattung; 98, 265 (299) – Bayerisches Schwangerenhilfegesetz; 121, 30 (47) – Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen.

67 Insoweit weist die Konstellation eine Nähe zur derzeit ebenfalls umstrittenen Kompetenz des Bundes für die Einführung von Werbeverböten für bestimmte Lebensmittel auf. Auch dort steht richtigerweise nicht die wirtschaftssteuernde Regulierung im Vordergrund, sondern ein solches Verbot wäre im Schwerpunkt von medienrechtlicher Natur. Vgl. dazu nur *Martin Burgi*, *Werbeverbote für Lebensmittel aufgrund ihres Zucker-, Fett- oder Salzgehalts als Eingriffe in die Kommunikations- und Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, S. 8 et passim; *Marc Liesching*, MMR 2023, 241 f.

68 Allgemein für eine stärkere Konturierung des Kompetenztitels *Arnd Uhle*, in: *Dürrig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 74, Rdnr. 227 ff.

troffenen Gegenstandsbereich entfalten, auch noch in den Kernbereichen der Länderkompetenzen regelnd tätig werden könnte.

dd) Kein untrennbarer Teil der bestehenden Bundesfilmförderung

Dagegen lässt sich schließlich auch nicht ins Feld führen, dass die Investitionsverpflichtung nur ein untergeordneter und untrennbarer Teil der sonstigen Bundesfilmförderung sei und deshalb noch zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung des Filmförderungsgesetzes des Bundes gerechnet werden müsste. Zwar dürfen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Teilregelungen aus einem umfassenderen Regelungszusammenhang nicht aus ihrem Kontext gelöst und isoliert betrachtet werden. Sie können vielmehr auch dann auf die Gesetzgebungskompetenz der Gesamtregelung gestützt werden, wenn sie eng verzahnt sind und einen geringen eigenständigen Regelungsgehalt haben.⁶⁹

Doch diese Voraussetzungen sind hier offensichtlich nicht erfüllt. Abgesehen davon, dass die Investitionsverpflichtung überhaupt nicht im Filmförderungsgesetz verankert, sondern mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz in einem eigenständigen Gesetz eingeführt werden soll, ist das Instrument auch sachlich in keiner Weise mit den Vorschriften des FFG verzahnt. Die Filmförderung des Bundes ist auch bislang ohne die Investitionsverpflichtung ausgekommen.⁷⁰ Und die Investitionsverpflichtung hat auch nicht nur einen geringen eigenständigen Regelungsgehalt. Im Gegenteil handelt es sich um ein ganz neues, eigenständiges Steuerungsinstrument, das andere und weitergehende Vorgaben für die Anbieter audiovisueller Mediendienste auf Abruf aufstellt als das Filmförderungsgesetz des Bundes. Die rein politische Verknüpfung, wie sie die Beauftragte für Kultur und Medien mit der Ankündigung eines „Drei-Säulen-Modells“ herstellt,⁷¹ ist kompetenzrechtlich irrelevant.

69 BVerfGE 97, 228 (251), 98, 145 (158); 98, 265 (299), 137, 108 (161); 138, 261 (274). Vgl. auch *Arnd Uhle*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band II, § 42, Rdnr. 34.

70 So im Ergebnis auch *Matthias Cornils*, *Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland*, S. 97.

71 Vgl. oben B I.

ee) Ständige Staatspraxis

Wenn es noch eines zusätzlichen Nachweises bedürfte, dass die geplante Investitionsverpflichtung nicht dem Recht der Wirtschaft, sondern dem Medienrecht und damit der Gesetzgebungskompetenz der Länder zuzuordnen ist, dann liefert ihn die ständige und anerkannte Staatspraxis in Deutschland. Auch sie hat für die Kompetenzzuordnung nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „besonderes Gewicht“.⁷²

Die Staatspraxis ist in unserem Kontext nicht nur deshalb berechtigt, weil sämtliche programm- und angebotsbezogenen Regelungen für den Rundfunk und rundfunkähnliche Telemedien wie die Video-on-Demand-Dienste⁷³ ihre normative Heimstatt im Medienstaatsvertrag der Länder haben. Sondern dort sind insbesondere auch sämtliche Quotenregelungen enthalten, mit denen Deutschland bislang die Vorgaben der europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste umgesetzt hat: für den Rundfunk in § 15 MStV und für die rundfunkähnlichen Telemedien in § 77 MStV. Es ist nicht ersichtlich, warum gerade für die geplanten Investitionsquoten, die sich ebenfalls auf die AVMD-Richtlinie⁷⁴ stützen, nunmehr etwas anderes gelten sollte.

Wenn demgegenüber vereinzelt versucht wird, die Investitionsverpflichtung von den im Medienstaatsvertrag bereits enthaltenen Quotenvorgaben mit dem Hinweis abzugrenzen, dass die Investitionsverpflichtung im Unterschied zu diesen keine rechtliche Angebotspflicht sei,⁷⁵ so geht diese künstliche Differenzierung schon am Regelungsgehalt des Steuerungsinstrumentes vorbei. Es macht faktisch keinen Unterschied, ob der Gesetzgeber den VoD-Anbietern vorschreibt, dass bestimmte Inhalte im Medienangebot *zu zeigen* sind, oder ob er vorschreibt, dass bestimmte Inhalte für das Medienangebot *zu beschaffen* sind. Worin sich die bestehenden Quoten von den Quotenvorgaben der Investitionsverpflichtung strukturell unterscheiden, ist allein die Bemessungsgröße.

72 BVerfGE 33, 125 (152 f.) – Facharztbeschluss; 42, 20 (29) – Öffentliches Wegeeigentum; 61, 149 (175) – Staatshaftung; 68, 319 (328 f.) – Bundesärztlehrordnung; 77, 308 (331) – Arbeitnehmerweiterbildung; 106, 62 (105) – Altenpflegegesetz; 109, 190 (213) – Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Aus der Literatur siehe etwa *Hans D. Jarass*, NVwZ 2000, 1089 (1089).

73 Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 13 MStV.

74 Art. 13 Abs. 2 AVMD-Richtlinie.

75 *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 88.

Dass die Investitionsverpflichtung als Bemessungsgröße aber nicht den Angebotsinhalt, sondern die Angebotsinvestition wählt, bedeutet mit Blick auf die Inhaltsregulierung mitnichten eine geringere Steuerungswirkung. Das Gegenteil ist richtig: Die Investitionssumme als Bemessungsgröße erhöht sogar die Auswirkungen auf das mediale Angebot. Erstens macht sie es unmöglich, dass die Quotenvorgaben vor allem durch weniger kostspielige Inhalte erfüllt werden. Zweitens lässt sich die Einhaltung der Investitionsquoten auch besser kontrollieren als die Einhaltung der Quotenvorgaben im Medienangebot. Und drittens erlaubt die Investitionsquote als Ansatzpunkt dem Gesetzgeber auch noch weitere Steuerungsmöglichkeiten, wie etwa die Subquoten für den Kinofilm-Anteil oder für die unabhängigen Produktionen.⁷⁶ Wenn der Gesetzgeber mit einer Investitionsverpflichtung das Angebot der VoD-Anbieter im Ergebnis faktisch aber noch intensiver steuern kann als mit den bereits bestehenden Quoten, dann lässt sich noch weniger begründen, warum gerade die Investitionsverpflichtung aus der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder herausfallen und bundesgesetzlich geregelt werden sollte.

Dass die Zuständigkeit der Länder nicht nur der ständigen Staatspraxis, sondern insbesondere auch der Verfassungsordnung entspricht, belegt schließlich ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das in unserem Zusammenhang insgesamt deutlich sachnäher ist als die Entscheidung zur Filmabgabe. Das Gericht hatte 1995 über einen Konflikt zu entscheiden, der anlässlich der Verhandlungen um die frühere EG-Fernsehrichtlinie⁷⁷ als dem Vorläufer der heutigen AVMD-Richtlinie entbrannt war.⁷⁸ Die Bundesregierung, die sich zunächst selbst gegen die Aufnahme von Quotenregelungen in die Fernsehrichtlinie ausgesprochen hatte, stimmte nach zähen Verhandlungen und gegen den erbitterten Widerstand der Länder am Ende abgeschwächten Quotenregelungen für europäische Werke zu, nachdem der Ministerrat und die Kommission Protokollerklärungen abgegeben hatten, mit denen sie die Verbindlichkeit der Vorgaben relativierten. Das Bundesverfassungsgericht entschied im Rahmen eines von den Ländern angestregten Bund-Länder-Streits, dass der Bund die Rechte der Länder verletzt habe. Weil der Bund gegenüber der Europäischen Gemeinschaft als Sachwalter auch die verfassungsmäßigen Rechte der Länder zu

76 Zu weiteren Unterschieden siehe unten D II 2 a bb.

77 Ausführlich zu dieser Richtlinie etwa *Armin v. Bogdandy*, EuZW 1992, S. 9 ff.

78 BVerfGE 92, 203 (230 ff.) – Fernsehrichtlinie.

vertreten habe,⁷⁹ sei es angesichts des von den Quotenregelungen betroffenen Gegenstandsbereichs des Rundfunks, für den *innerstaatlich die Länder gesetzgebungsbefugt* seien, erforderlich, den Rechtsstandpunkt der Länder hinreichend zu berücksichtigen und sich mit diesen abzustimmen. Das hatte der Bund nicht in jedem Verfahrensschritt getan.

ff) Grundrechtlicher Lackmustest

Dass die geplante Investitionsverpflichtung sich nicht auf den Kompetenztitel für das Recht der Wirtschaft aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen lässt, sondern als medienregulierende Vorschrift der Gesetzgebungskompetenz der Länder unterfällt, unterstreicht schließlich auch eine grundrechtliche Gegenprobe. Der Grundrechtskatalog ist als solcher zwar keine unmittelbare Bestimmungsgröße für die Architektur der Gesetzgebungskompetenzen.⁸⁰ Aber die Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung auf die Freiheitsrechte der Regelungsadressaten lassen sich doch zumindest als eine Art verfassungsrechtlicher Lackmustest für die Adäquanz der Kompetenzzuordnung nutzen.⁸¹

Wie später noch eingehender darzustellen sein wird, erleidet durch eine Investitionsverpflichtung nicht allein die unternehmerische Freiheit der Anbieter Druckstellen,⁸² wie dies bei der Filmabgabe der Fall ist. Vielmehr muss sich dieses Steuerungsinstrument insbesondere auch an

79 Mit der Einführung des Art. 23 GG und des im Zuge der Föderalismusreform aufgenommenen Art. 23 Abs. 6 S. 1 GG ist die Vertretung der Länder nunmehr eine andere. Für den Rundfunk nimmt ein vom Bundesrat benannter Ländervertreter die Rechte der Bundesrepublik wahr.

80 Tobias Herbst, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 64 ff.

81 Hubertus Gersdorf, in: Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal (Hrsg.), Informations- und Medienrecht. Kommentar, Art. 70 GG, Rdnr. 7, geht zwar dogmatisch weiter und spricht sich für eine auch „grundrechtsbezogene Bestimmung der Kompetenzvorschriften und deren Reichweite“ aus. Berechtigt weist er aber auf die vom Bundesverfassungsgericht betonte „enge sachliche Verbindung zwischen Grundrechten und Kompetenznormen hin“, vgl. BVerfGE 55, 274 (302) – Berufsausbildungsabgabe.

82 Die Einschränkung der unternehmerischen Freiheit betont im Kontext der Kompetenzen Ann-Katrin Kaufhold, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 38; sie stellt dann aber auch auf die Rundfunkfreiheit im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit ab, ebenda, S. 47 f.

der Angebotsautonomie der Veranstalter messen lassen,⁸³ die neben der Staatsfreiheit der Medien den zweiten abwehrrechtlichen Kerngehalt des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG⁸⁴ bildet. Auch dieser rundfunkfreiheitsrechtliche Einschlag bestätigt daher den durchgängigen verfassungsrechtlichen Befund, dass hier der Gegenstandsbereich des Rundfunkrechts betroffen ist, der der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder untersteht.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis hat der Bund somit bei der geplanten Einführung einer Investitionsverpflichtung nicht lediglich Rücksicht auf die Gesetzgebungskompetenzen der Länder im Rundfunkbereich zu nehmen, um dem Grundsatz der Bundestreue⁸⁵ zu genügen. Dem Bund fehlt vielmehr von vornherein die Zuständigkeit für die gesetzliche Einführung einer solchen Regelung.

4. Fehlende Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung, Art. 72 Abs. 2 GG

Selbst wenn sich die Investitionsverpflichtung auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft stützen ließe, wäre der Bund für die Gesetzgebung nicht zuständig, weil eine bundesgesetzliche Regelung nicht den Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG genüge. Denn die bundesgesetzliche Einführung einer Investitionsverpflichtung, die allenfalls der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit dienen könnte, genügt nicht dem Erforderlichkeitskriterium, das als zusätzliches und justiziables Kriterium⁸⁶ für die Inanspruchnahme einer Gesetzgebungskompetenz in Anschlag zu bringen ist.

83 Vgl. an dieser Stelle zunächst nur *Oliver Castendyk*, ZUM 2010, 757 (761). Eingehender unter D II 1 a.

84 BVerfGE 90, 60 (88) – 8. Rundfunkentscheidung; 95, 220 (234) – Aufzeichnungspflicht; 114, 371 (389) – Landesmediengesetz Bayern; *Christoph Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG, Rdnr. 736.

85 Zur Bundestreue als akzessorischer Ausübungsschranke bei der Wahrnehmung von Gesetzgebungskompetenzen BVerfGE 103, 81 (88) – Pofalla I; 110, 33 (52) – Zollkriminalamt; 133, 241 (271) – Luftsicherheitsgesetz; 139, 321 (353) – Zeugen Jehovas Bremen; eingehend auch *Tobias Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 76 ff.

86 BVerfGE 106, 62 (142) – Altenpflegegesetz.

a) Zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit?

Bei der Filmabgabe mag es noch durchaus plausibel sein, eine bundesweite Filmförderung für erforderlich zu halten, weil insbesondere die regionale Bindung von Fördermitteln in der Förderpraxis der Länder es den Mittelempfängern erschwert, auf die Produktionsressourcen im gesamten Wirtschaftsraum zuzugreifen, und eine bundesweite Förderung dazu beiträgt, solche regionalen Märkte aufzubrechen.⁸⁷ In der Filmförderungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts heißt es mit Blick darauf: „Die Annahme, dass die für den Fortbestand und die Weiterentwicklung der deutschen Filmwirtschaft notwendige erfolgreiche Förderung der deutschen Filmproduktionen mit einem begrenzten Maß an regionaler Standortbindung der Produktionsmittel verträglich und deshalb eine Bundesförderung erforderlich ist, die die mit solchen Mittelbindungen einhergehenden Landesförderungen ergänzt, ist plausibel (...). Regionale Mittelbindungen beschränken die Möglichkeit des Mittelempfängers, für seine Produktion auf die besten verfügbaren Ressourcen zurückzugreifen.“⁸⁸

Doch für die Investitionsverpflichtung lässt sich Vergleichbares nicht sagen. Es geht hier nicht um unterschiedliche Subventionsregelungen, bei der die Länder den Einsatz der Fördermittel an regionale Kriterien knüpfen könnten.⁸⁹ Der Bund muss keine bestehende, zerklüftete Förderlandschaft homogenisieren. Und er muss auch keine einheitliche Bundesförderung erst ins Werk setzen, die es mit der Filmabgabe nach dem Filmförderungsgesetz bereits gibt und die durch die Reform des Filmförderungsgesetzes und die Anreizsteuerung durch das Filmförderungszulagengesetz noch erheblich ausgebaut werden soll. Auch ein Untätigbleiben der Länder hinsichtlich der Investitionsverpflichtung würde die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums nicht in Frage stellen.

87 BVerfGE 135, 155 (204 f.) – Filmförderungsgesetz; vgl. zur Förderpraxis etwa *Marion Fischer*, UFITA 2013, S. 651 ff.

88 BVerfGE 135, 155 (204 f.) – Filmförderungsgesetz.

89 Darauf abstellend *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 40 f.

b) Erforderlichkeit angesichts selbstkoordinierter Gesetzgebung der Länder?

Die Erforderlichkeit eines Bundesgesetzes scheitert darüber hinaus auch an der Möglichkeit einer koordinierten Landesgesetzgebung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine bundesgesetzliche Regelung nur dann erforderlich, wenn das unter Art. 72 Abs. 2 GG vorgegebene Ziel über ein gesetzgeberisches Handeln der Länder nicht erreichbar ist.⁹⁰ Bei gleicher Eignung gesetzlicher Regelungen gebührt grundsätzlich den Ländern der Vorrang.⁹¹

Dass die Länder in der Lage wären, das vorgegebene Ziel durch eine koordinierte Gesetzgebung zu erreichen, beweist die jahrzehntelange Gesetzgebungspraxis im Medienrecht. Mit den Rundfunkstaatsverträgen und nunmehr mit den Medienstaatsverträgen haben sie es trotz teilweise divergierender Interessen immer wieder vermocht, sich im Wege des kooperativen Föderalismus auf gemeinsame Regeln für das gesamte Bundesgebiet zu einigen.⁹² Warum diese in Jahrzehnten erprobte und stetig ausgebauten Möglichkeit des kooperativen Föderalismus gerade bei der Investitionsverpflichtung nicht möglich, ja sogar „unsinnig“ sein sollte,⁹³ ist nicht erklärlich. Insbesondere enthält der Medienstaatsvertrag, wie oben bereits dargestellt, ja auch ansonsten die inhaltlichen Vorgaben für den Rundfunk und die rundfunkähnlichen Telemedien, und insbesondere auch die bereits bestehenden Quotenvorgaben für audiovisuelle Mediendienste. Im Gegenteil ist kein Grund ersichtlich, der es notwendig erscheinen ließe, gerade die Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste bundesgesetzlich und nicht durch eine abgestimmte staatsvertragliche Regelung der Länder einzuführen. Die einheitliche Gesetzgebung der Länder ist in diesem Bereich im Unterschied zu vielen anderen Materien gerade keine „bloß theoretische

90 BVerfGE 106, 62 (149) – Altenpflegegesetz.

91 BVerfGE 106, 62 (149) – Altenpflegegesetz.

92 Eingehend dazu etwa *Stephanie Eggerath*, Der Rundfunkbeitragsstaatsvertrag der Länder, S. 40 ff. Selbst eine bundeseinheitliche Revisionsrechtsprechung sieht der Medienstaatsvertrag vor: Haben die Verwaltungsgerichte gegen Verstöße gegen den Medienstaatsvertrag zu entscheiden, eröffnet § 144 MStV den Rechtsweg zum Bundesverwaltungsgericht.

93 *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 40 – wobei das „unsinnig“ eine Formulierung aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufgreift.

Möglichkeit“⁹⁴ sondern eine seit Jahrzehnten real unter Beweis gestellte Gesetzgebungspraxis.

Und selbst wenn sich die Länder inhaltlich möglicherweise auf keine so hohe Investitionsverpflichtung einigen könnten, wie sie auf der Bundesebene mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz eingeführt werden soll, wäre auch das kein tragfähiges Argument für die Notwendigkeit einer bundesgesetzlichen Regelung. Einigten sich die Länder auf geringere Quoten oder weniger beziehungsweise weniger strenge Subquoten, etwa um die angespannte wirtschaftliche Lage der privaten Fernsehsender nicht weiter zu verschärfen, drohte damit allein ebenfalls noch kein Auseinanderfallen der Rechts- oder Wirtschaftseinheit. Vielmehr wäre diese Einheit auch bei einer milderen Regelung gewahrt, solange es sich um eine einheitliche Regelung handelt. Gleiches gilt, wenn die Länder die Investitionsverpflichtung überhaupt nicht einführen.

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar betont, dass der Hauptzweck des Art. 72 Abs. 2 GG darin besteht, „den Ländern eigenständige Kompetenzräume für partikular-differenzierte Regelungen zu eröffnen“ und „nicht bundeseinheitliche Bundes- von bundeseinheitlicher Landesgesetzgebung abzugrenzen“.⁹⁵ Auch das steht einem Vorrang der Landesgesetzgebung in diesem Fall allerdings richtigerweise nicht entgegen. Denn auch wenn man die Erwägung des Bundesverfassungsgerichts teilt, dass Art. 72 Abs. 2 GG vor allem den notwendigen Raum für divergierende Regelungen im Bundesstaat erhalten soll,⁹⁶ wird man die Erforderlichkeitsprüfung des Art. 72 Abs. 2 GG in bestimmten Fällen doch anscharfen und damit einer koordinierten Landesgesetzgebung den Vorrang sichern müssen: Nämlich dann, wenn es gerade nicht allein um die Vorzüge partikular-differenzierter Lösungen geht, sondern die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder in besonderem Maße auch der vertikalen Gewaltengliederung dienen, die ein Grundpfeiler des föderalen Bundesstaates unter dem Grundgesetz bildet.

So liegen die Dinge hier. Insbesondere im Medienbereich soll die Gesetzgebungskompetenz der Länder auch und gerade die Dekonzentration staatlicher Macht ins Werk setzen. Statt dem Bund die Möglichkeit zu

94 Vgl. zu diesem Argument für Bereiche außerhalb des kooperativen Föderalismus im Rundfunksektor BVerfGE III, 226 (254) – Juniorprofessor; 106, 62 (150) – Altenpflegegesetz.

95 BVerfGE 106, 62 (150) – Altenpflegegesetz.

96 Zustimmend etwa auch *Arnd Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 72, Rdnr. 170.

geben, die Medien im Interesse medienexterner Zwecke zentral zu steuern, haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes – insbesondere auch auf Drängen der Alliierten – die Gesetzgebungskompetenz für den Medien-sektor ganz bewusst den Ländern übertragen. Solange der Bund einen Gegenstand regelt, der vollständig dem Recht der Wirtschaft im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unterfällt, ist dieser Aspekt nicht unbedingt entscheidend. Berührt eine bundesgesetzliche Regelung aber zugleich auch die Medienrechtskompetenz der Länder, spricht angesichts der besonderen Bedeutung der vertikalen Gewaltenteilung im Bundesstaat alles dafür, der koordinierten Gesetzgebung der Länder den Vorzug zu gewähren, um den Eingriff in die Länderkompetenz so gering wie möglich⁹⁷ zu halten.

c) Fazit

Wie oben bereits dargestellt, spricht nichts dafür, dass sich der Bund für die gesetzliche Einführung auf den Kompetenztitel für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) stützen kann. Es handelt sich um eine medienrechtliche Regelung, für die die Länder die ausschließliche Gesetzgebungshoheit innehaben. Aber auch wenn man dies anders sähe und die Regelung im Schwerpunkt als eine wirtschaftsgestaltende betrachtete, wäre eine bundesgesetzliche Regelung nicht erforderlich im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG.

Und selbst wenn man die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung für begründbar hielt, bliebe es gleichwohl bei der Unzuständigkeit des Bundesgesetzgebers. Denn auch dieser Umstand könnte über die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht hinweghelfen. Art. 72 Abs. 2 GG ist kein eigenständiger Kompetenztitel, sondern eine zusätzliche Schranke der Kompetenzinanspruchnahme.⁹⁸ Fehlt es dem Bund an einem Kompetenztitel, weil er sich – wie hier – nicht auf einen Kompetenztitel für die konkurrierende Gesetzgebung stützen kann, wird dies auch nicht durch ein positives Testat im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG geheilt.

97 Allgemein zum Verständnis des Erforderlichkeitskriteriums in Art. 72 Abs. 2 GG als Verpflichtung auf den geringstmöglichen Eingriff *Arnd Uhle*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. II, § 42, Rdnr. 92.

98 *Arnd Uhle*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. II, § 42, Rdnr. 83.

5. Unverhandelbare Kompetenzaufteilung

Die Unzuständigkeit des Bundesgesetzgebers lässt sich schließlich auch nicht auf politischem Wege umgehen. Zwar sind die Länder möglicherweise gar nicht unglücklich, wenn der Bund die Einführung einer Investitionsverpflichtung rechtspolitisch schultert. Sie könnten im Gegenzug für ein Stillhalten in der Kompetenzfrage dem Bund möglicherweise eine Kompensation der Steuerausfälle abringen, die die Länder bei dem ebenfalls geplanten steuerlichen Anreizmodell nach dem Filmförderungszulagengesetz grundsätzlich mittragen müssen. Und im Gegenzug für ein Stillhalten in der Kompetenzfrage könnten sie außerdem auch darauf drängen, dass die Mediatheken der öffentlich-rechtlichen und privaten Fernsehsender vielleicht auch noch von der Investitionsverpflichtung ausgenommen werden. Jedenfalls ist es im politischen Prozess bereits gelungen, das lineare Fernsehen aus dem Kreis der Verpflichtungsadressaten heraus zu verhandeln, anders als der Bund dies ausweislich des Eckpunktepapiers zur Investitionsverpflichtung ursprünglich beabsichtigt hatte.⁹⁹ Auch könnten die Länder erreichen wollen, dass nicht nur die Filmabgabe, sondern auch die Beiträge ihrer Heimatsender zu den regionalen Filmfördereinrichtungen auf die Investitionsverpflichtung für anrechenbar erklärt werden.

Doch ein erklärter oder stillschweigender Verzicht der Länder auf ihre Gesetzgebungskompetenz wäre verfassungsrechtlich von vornherein unerheblich. Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen steht nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zur Disposition von Bund und Ländern.¹⁰⁰ Auch durch einen Verzicht der jeweils anderen Ebene im föderalen Bundestaat oder durch politische Übereinkunft¹⁰¹

99 Entwurf: Eckpunktepapier Investitionsverpflichtung, Stand 28.09.2023; zuvor bereits: Rede von Staatsministerin für Kultur und Medien, *Claudia Roth* MdB, anlässlich einer Gesprächsrunde zur Reform der Filmförderung am 12. September 2023, S. 4 f.

100 BVerfGE 1, 14 (35) – Südweststaat; 4, 115 (139) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen; 32, 145 (156); 61, 1 (39) – Wahlkampf; 119, 331 (364 f.) – Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften; 145, 171 (191) – Kernbrennstoffsteuergesetz; 157, 223 (255) – Berliner Mietendeckel; *Arnd Uhle*, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III, § 42, Rdnr. 25.

101 Es handelt sich vorliegend auch nicht um einen Fall eines Nebeneinanders von Bund- und Länderkompetenz, das nach einer Abstimmung verlangte, wie dies etwa im Jugendmedienschutz mit mehr oder weniger Erfolg versucht worden ist.

können die Gesetzgebungskompetenzen nicht neu kartografiert werden. Sie sind unter dem Grundgesetz vielmehr „unverfügbar“.¹⁰²

6. Ergebnis

Dem Bund fehlt im Ergebnis daher unter jedem Gesichtspunkt die Kompetenz für die gesetzliche Einführung einer Investitionsverpflichtung für audiovisuelle Mediendienste. Es mangelt an einem einschlägigen Kompetenztitel des Bundes, insbesondere lässt sich die Regelung nicht auf das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen. Eine bundesgesetzliche Regelung wäre darüber hinaus auch nicht erforderlich im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG. Ein etwaiger Verzicht der Länder auf die Ausübung ihrer Gesetzgebungskompetenz wäre unter dem Grundgesetz von vornherein unerheblich.

II. Rechtereilung

Fraglich ist, ob für die in § 6 des Investitionsverpflichtungsgesetzes vorgesehene Regelung über die Rechtereilung etwas anderes gelten kann.

1. Keine Zuordnung zum Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)

Soweit zum Teil erwogen wird, dass die gesetzliche Einführung einer Rechtereilung für audiovisuelle Werke derart eng mit einer auf den Kompetenztitel für das Recht der Wirtschaft gestützten Investitionsverpflichtung verwoben sei, dass sie von diesem Titel miterfasst werde,¹⁰³ so ist dieser Weg verfassungsrechtlich von vornherein versperrt. Die gesetzliche Anordnung einer Rechtereilung ist erstens eine ganz eigenständige Regelung, die die Investitionsverpflichtung weder notwendig voraussetzt noch mit ihr derart eng verwoben ist, dass sie lediglich eine untergeordnete Teilregelung ohne

102 BVerfGE 1, 14 (35) – Südweststaat; 61, 1 (39) – Wahlkampf; 137, 108 (147 f.) – Art. 91e GG; 145, 171 (191) – Kernbrennstoffsteuergesetz.

103 Vgl. dazu *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf, S. 34; *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 102 ff.

nennenswerten eigenen Regelungsgehalt wäre.¹⁰⁴ Und zweitens scheidet eine auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützte Mitregelung auch schon deshalb aus, weil der Bund sich für die Investitionsverpflichtung, wie soeben dargelegt, auf diesen Kompetenztitel gar nicht berufen kann.

2. Keine Zuordnung zum Urheberrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG)

a) Einführung

Deutlich näherliegend erscheint es auf den ersten Blick, die gesetzlichen Vorgaben zur Rechteteilung auf die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Urheberrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG) zu stützen.¹⁰⁵ Denn das Urheberrecht im Sinne dieser Norm schützt auch die Urheber filmischer Werke in ihrem Verhältnis zum Werk und seiner Nutzung.¹⁰⁶ Insbesondere scheint die Vorgabe über eine Rechteteilung lediglich die bereits bestehenden §§ 19a und 20 UrhG zu modifizieren und sich damit thematisch im Rahmen des Kompetenztitels für das Urheberrecht zu bewegen.

Doch auch diese Zuordnung ist verfassungsrechtlich nicht begründbar. Eine gesetzliche Regelung zur Rechteteilung hat einen so engen und so intensiven Bezug zum Rundfunkrecht, dass auf diesem Gegenstandsbereich jedenfalls der Regelungsschwerpunkt liegt und nach der oben dargestellten Schwerpunkt-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folglich die Länder die ausschließliche Gesetzgebungshoheit haben. Dafür sprechen vor allem zwei gewichtige Gründe.

b) Spezifisch rundfunkrechtlicher Adressatenkreis

Zum einen richtet sich die Vorgabe zur Rechteteilung in § 6 InvestVG-E ausschließlich an die Anbieter audiovisueller Mediendienste auf Abruf. Der Gesetzgeber stellt mit anderen Worten also keine allgemeine urheberrecht-

104 Vgl. auch *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 102 f.

105 Dafür *Matthias Cornils*, Verfassungsrechtliche Fragen einer bundesgesetzlichen Investitionsverpflichtung für Videoabrufdienste in Deutschland, S. 101; *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 35.

106 *Markus Heintzen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 73, Rdnr. 89.

liche Regelung für eine bestimmte Werkklasse auf, sondern er erlässt eine Spezialnorm für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf im Anwendungsbereich der Rundfunkfreiheit. Wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung betont, ist für die kompetenzielle Zuordnung zu einem Gegenstandsbereich aber gerade auch der spezifische Adressatenkreis einer gesetzlichen Regelung entscheidend.¹⁰⁷

c) Im Schwerpunkt rundfunkrechtlicher Gegenstandsbereich

Zum anderen und vor allem greift die Rechteteilung aber auch erheblich in die Angebotsautonomie der Videoabrufdienste ein, die im inneren Kreis des Rundfunkrechts und damit im Bereich der Ländergesetzgebungskompetenz liegt.

Indem die gesetzliche vorgeschriebene Rechteteilung in § 6 InvestVG-E das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und das Senderecht zeitlich begrenzen, entscheiden sie unmittelbar darüber, in welchem Zeitraum ein Werk längstens im Katalog der Anbieter verfügbar ist.¹⁰⁸ Die Angebotsautonomie im Sinne des Rundfunkrechts umfasst aber nicht nur die redaktionelle Entscheidung darüber, welche Werke in das Angebot aufgenommen werden, sondern nicht weniger auch die Entscheidung darüber, wie lange die Werke im jeweiligen Angebot verbleiben. Auch diese Entscheidung ist eine redaktionelle Entscheidung und sie ist publizistisch relevant.

Doch nicht nur das. Wenn den betroffenen Mediendiensten die genannten Rechte nur für eine Höchstdauer von maximal fünf Jahren rechtlich zustehen, wie es derzeit geplant ist, dann hat dies auch unvermeidlich Auswirkungen auf den Inhalt und die Gestaltung der einzelnen Werke, die die Anbieter in ihre Kataloge aufnehmen. Es geht beim Rechterückbehalt nicht nur im ökonomischen Sinne um eine Verdünnung der Verfügungsrechte an den Werken zu Lasten der Anbieter von Videoabrufdiensten. Wenn die Anbieter in audiovisuelle Werke investieren müssen, sie diese Werke aber nur für einige wenige Jahre nutzen können, dann müssen sie auch die Investitionen an diesen rechtlichen Rahmenbedingungen anpassen.

Tragen die Mediendienste im Rahmen der Vollfinanzierung weiterhin allein das vollständige Risiko für den Erfolg eines Werks, können aber

107 Siehe etwa BVerfGE 7, 29 (44) – Pressedelikte; 157, 223 (262 f.) – Berliner Mietendeckel.

108 Das im Ergebnis einräumend auch *Ann-Katrin Kaufhold*, Investitionsverpflichtung von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf und Rechterückbehalt von Filmherstellern, S. 48.

von den Früchten der Investition nur noch innerhalb einer begrenzten Zeitspanne profitieren, dann werden sie bei einzelnen Werken nicht mehr gleichermaßen hohe Investitionssummen stemmen können. Leiden werden darunter insbesondere die aufwändigen, großen Produktionen mit hohem künstlerischem Anspruch. Wer plant, ein Haus zu bauen, dieses Haus aber nur für einige Jahre bewohnen darf, der wird weniger und anders investieren, als wenn er dort sein ganzes Leben verbringen kann. Er wird nicht gleichermaßen darauf achten, dass das neue Heim wirklich langlebig ist; er wird für die wenigen Jahre an einer extravaganten und aufwändigen Innen- und Außenarchitektur sparen, hochwertige Materialien nur zurückhaltend einsetzen, keine teuren Einbauten vorsehen und auch das Grundstück nicht mit allzu großem Aufwand gestalten. Nicht anders liegen die Dinge aber auch bei audiovisuellen Werken. Auch hier wird die Beschränkung der Nutzungszeit die Produktionen deutlich beeinflussen. Die VoD-Anbieter werden bei besonders riskanten oder begehrten Inhalten zurückhaltend sein. Sie werden die Investitionen für das Set nach Möglichkeit ebenso kürzen wie für die Filmmusik. Sie werden bei der Finanzierung der Drehtage sparen, beim Cast, bei den Drehorten, den Kostümen, der Zahl der Komparsen und dergleichen mehr. Damit hat ein gesetzlicher Rechterückbehalt aber direkte und merkliche Folgewirkungen für die einzelnen Werke, die in das Programm der Anbieter aufgenommen werden. Auch insoweit bewegt sich der Gesetzgeber mit einer Regelung der Rechtereilung im Kernbereich der Angebotsautonomie der audiovisuellen Mediendienste, die dem Rundfunkrecht zuzurechnen ist.

Nicht anders stellt sich die Lage dar, wenn die Medienanbieter von der alleinigen Übernahme der Finanzierung Abstand nehmen, weil sie nur noch einen deutlich begrenzten Anteil an den Verwertungsmöglichkeiten erwerben. Denn dann ist ausgesprochen fraglich, ob und mit wem sie überhaupt Kofinanzierungen realisieren können, weil dazu gerade bei teuren und damit in aller Regel auch sehr risikoreichen Projekten nur wenige, hinreichend finanzstarke Partner in der Lage sind, die auch einen Misserfolg wirtschaftlich verkraften können.¹⁰⁹

109 Vgl. hierzu etwa das Interview mit dem Regisseur von „Im Westen nichts Neues“ zu der Frage, warum der Film nicht unter Beteiligung von ARD und ZDF möglich war: <https://www.sueddeutsche.de/medien/edward-berger-im-westen-nichts-neues-oeffentlich-rechtliche-ard-zdf-netflix-1.582843>. Bestätigt wurde dies kurz darauf durch den Chef der ARD-zugehörigen Detego, Thomas Schreiber, im Interview mit Blickpunkt Film (<https://www.blickpunktfilm.de/kino/reaktion-auf-edward-berge-r-degeto-chef-thomas-schreiber-der-film-war-als-kinoko-international-nicht-finan>

Überdies definiert die Regelung über die Rechtereilung letztlich auch die Rolle der Mediendienste neu. Sie werden auf die Rolle temporärer Distributoren audiovisueller Werke reduziert, weil die Inhalte auch oder zu einem späteren Zeitpunkt woanders zu sehen sind. Das ist eine sehr instrumentelle Sicht der Rolle der Mediendienste, die im Lichte der Rundfunkfreiheit gerade nicht bloße Weitervermittler audiovisueller Werke sind, sondern auch eigenständig Inhalte generieren sollen.

Für eine schwerpunktmäßig das Rundfunkrecht betreffende Regelung spricht schließlich auch, dass der Rechterückbehalt der Produzenten aufgrund dieses Einflusses auf das Angebot auch in besonderem Maße die Finanzierung der Videoabrufdienste betrifft.¹¹⁰ Denn auch die Finanzierung des Rundfunks gehört zur Rundfunkfreiheit und unterfällt nach der ständigen Rundfunkrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts somit der ausschließlichen Gesetzgebungshoheit der Länder.¹¹¹ Müssen besonders attraktive Inhalte, die wegen ihres durchschlagenden Erfolgs nicht selten zur DNA eines Anbieters gehören, nach einer bestimmten Zeit aus dem Angebot entfernt werden, und besonders aufwändige Produktionen aufgrund der neuen Risikoverteilung im Rahmen der Investitionsverpflichtung deutlich weniger realisiert werden können, dann hat dies erhebliche Rückwirkungen auf die Zahlungsbereitschaft der Rezipientinnen und Rezipienten¹¹² und damit auf die Finanzierung solcher Mediendienste. Dies gilt nicht zuletzt auch mit Blick darauf, dass erfolgreiche Inhalte nach Auslaufen der

zierbar-8277c8fb8d843fdd60a99fa7f4cf1531), der auf die Frage, ob der in der Presse vermittelte Eindruck, ARD und ZDF hätten versäumt, an einem Oscar-Gewinner maßgeblich beteiligt zu sein, antwortete: „So zumindest wurde das Interview in der Presse kommentiert. Richtig aber ist, dass die Detego ein wettbewerbsfähiges Angebot im siebenstelligen Bereich abgegeben hat, und zwar nach Vorstellung des Projektes und sofortiger Drehbuchlektüre auf der Berlinale 2020. Wir haben uns mit mehreren Filmverleihern beraten und letztlich ein kombiniertes Angebot gemacht. Diese intensiven Gespräche mit der Produktionsfirma Amusement Park gingen über Monate. Zur Wahrheit gehört aber auch, dass das Budget mit den kolportierten 20 Millionen US-Dollar verhältnismäßig hoch war und der Weltvertrieb trotz intensiven Gesprächen nicht die für die Produktion notwendigen Summen aus dem Rest der Welt durch Prebuys sichern konnte. Da erscheint Netflix als Partner mit im übertragenen Sinn „einem Scheck, der alles finanziert“ nachvollziehbar leichter. Es war also kein Versäumnis. Der Film war als Kinokoproduktion international nicht finanzierbar und somit gab es die Möglichkeit einer Beteiligung nicht.“

110 Siehe dazu auch noch eingehender im Rahmen der grundrechtlichen Prüfung unten in Abschnitt D II 2 c.

111 Vgl. nur BVerfGE 158, 389 ff. – Staatsvertrag Rundfunkfinanzierung.

112 Zur Bedeutung des Angebots für die Rezipientinnen und Rezipienten ausführlicher unter D III.

Verwertungsfrist an anderen Stellen und möglicherweise sogar im werbefinanzierten Free-TV oder im öffentlich-rechtlichen Rundfunk und damit für sie kostenlos zu sehen sind. Damit verlieren sie aber ihren für die Refinanzierung des Angebots bedeutsamen Exklusivstatus.

d) Ergebnis

All dies zeigt, dass es sich bei der Rechteteilung nicht lediglich um eine urheberrechtliche Normierung in der äußeren Umlaufbahn des Medienrechts handelt. Auch hier greift der Bundesgesetzgeber mit dem Investitionsverpflichtungsgesetz vielmehr weit in den inneren Bereich des Medienrechts über. Auch bei dieser gesetzlichen Regelung verfügt der Bund im Ergebnis daher nicht über die erforderliche Gesetzgebungskompetenz. Weil eine solche Regelung im Schwerpunkt rundfunkrechtlicher Natur ist, liegt die Gesetzgebungskompetenz auch insoweit bei den Ländern.

