

**Investitionsverpflichtung
von Anbietern audiovisueller Mediendienste auf Abruf
und Rechterückbehalt von Filmherstellern**

**Rechtsgutachten
zur unions- und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit
einer bundesgesetzlichen Regelung**

im Auftrag der Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V.
sowie des Produzentenverbands e.V.

erstattet von
Prof. Dr. Ann-Katrin Kaufhold
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht
Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

München, August 2023

Inhaltsübersicht

A. Zusammenfassung	6
I. Gegenstand des Gutachtens	6
II. Fragestellungen.....	7
III. Wesentliche Ergebnisse	7
B. Gutachten.....	11
I. Hintergründe und Gutachtauftrag.....	11
1. Tatsächliche Entwicklungen.....	11
2. Rechtliche Entwicklung	12
3. Forderungen von Produzentenallianz und Produzentenverband.....	13
4. Unions- und verfassungsrechtliche Fragestellungen.....	14
II. Unionsrechtliche Zulässigkeit eines Nebeneinanders von Abgaben- und Investitionspflicht	16
1. Unionsrechtlicher Rahmen.....	16
2. Zulässigkeit einer doppelten Inanspruchnahme nach Art. 13 Abs. 2 AVMD-Richtlinie..	17
3. Primärrechtliche Zulässigkeit der Kombination von Abgaben- und Investitionspflicht..	19
III. Unionsrechtliche Zulässigkeit einer Sprachquote	23
1. Unionsrechtlicher Rahmen	23
2. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit.....	24
3. Vereinbarkeit mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Kapitalverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit.....	31
4. Zwischenergebnis.....	32
IV. Gesetzgebungskompetenz des Bundes	33
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen	33
2. Gesetzgebungskompetenzen für Regelungskomplexe.....	33
3. „Urheberrecht“, Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG	35
4. „Recht der Wirtschaft“, Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	35
5. Zwischenergebnis.....	42
V. Vereinbarkeit von Investitionsverpflichtung und Mindestrechterückbehalt mit den Grundrechten der VoD-Anbieter	43
1. (Unions-)Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	43
2. Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Grundgesetzes	45
3. Vereinbarkeit mit den Grundrechten der GRCh.....	61
4. Zwischenergebnis.....	61
VI. Ergebnis.....	62

Inhaltsverzeichnis

A. Zusammenfassung	6
I. Gegenstand des Gutachtens	6
II. Fragestellungen.....	7
III. Wesentliche Ergebnisse	7
B. Gutachten.....	11
I. Hintergründe und Gutachtauftrag.....	11
1. Tatsächliche Entwicklungen.....	11
a. Weiter wachsende Bedeutung von VoD-Angeboten.....	11
b. Vergleichsweise geringe Investitionen der VoD-Anbieter in deutsche Produktionen..	12
c. “Total Buy Out”-Vereinbarungen	12
2. Rechtliche Entwicklung	12
a. Quotenregelung für Fernsehsender.....	12
b. Förderpflicht für VoD-Anbieter.....	13
c. Quotenregelung für VoD-Anbieter und Zulässigkeit einer Investitionspflicht.....	13
3. Forderungen von Produzentenallianz und Produzentenverband.....	13
a. Investitionsverpflichtung.....	14
b. Mindestreicherückbehalt	14
4. Unions- und verfassungsrechtliche Fragestellungen.....	14
II. Unionsrechtliche Zulässigkeit eines Nebeneinanders von Abgaben- und Investitionspflicht	16
1. Unionsrechtlicher Rahmen.....	16
a. AVMD-Richtlinie.....	16
b. Grundfreiheiten und unionale Grundrechte.....	16
2. Zulässigkeit einer doppelten Inanspruchnahme nach Art. 13 Abs. 2 AVMD-Richtlinie..	17
a. Wortlaut	17
b. Systematik	17
c. Entstehungsgeschichte.....	18
d. Telos	18
e. Zwischenergebnis	19
3. Primärrechtliche Zulässigkeit der Kombination von Abgaben- und Investitionspflicht..	19
a. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	19
b. Vereinbarkeit mit Art. 11 Abs. 2 GRCh.....	20
aa. Schutzbereich.....	20
bb. Eingriff	20
cc. Rechtfertigung	21
(1) Gesetzesvorbehalt, Art. 52 Abs. 1 GRCh	21
(2) Verhältnismäßigkeit	21
d. Zwischenergebnis.....	22
III. Unionsrechtliche Zulässigkeit einer Sprachquote	23
1. Unionsrechtlicher Rahmen.....	23
2. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit.....	24
a. Anwendungsbereich	24

b. Beschränkung	25
aa. VoD-Anbieter	26
bb. Produzent:innen	26
cc. Filmschaffende	26
c. Rechtfertigung	26
aa. Legitimes Ziel	26
bb. Geeignetheit	28
cc. Erforderlichkeit (VoD-Anbieter)	28
dd. Erforderlichkeit (Produzent:innen außerhalb des deutschsprachigen Raums und nicht deutschsprachige Filmschaffende)	30
3. Vereinbarkeit mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Kapitalverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit	31
4. Zwischenergebnis	32
IV. Gesetzgebungskompetenz des Bundes	33
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen	33
2. Gesetzgebungskompetenzen für Regelungskomplexe	33
a. Kriterien für die Zuordnung von Regelungskomplexen zu Kompetenztiteln	33
b. Mindestreicherückbehalt und Investitionsverpflichtung als eng verzahnte Gesamtregelung	34
3. „Urheberrecht“, Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG	35
a. Begriff: Regelungen über das Werk und seine Nutzung	35
b. Regelung der Verwertung durch Mindestreicherückbehalt	35
4. „Recht der Wirtschaft“, Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	35
a. Weites Begriffsverständnis	36
b. Kein Ausschluss bei Betroffenheit kultureller Belange	36
c. Unabhängigkeit vom Unionsrecht	37
d. Investitionspflicht als „Recht der Wirtschaft“	37
aa. Zuordnung nach Regelungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressaten ...	37
bb. Unbeachtlichkeit einer parallelen Verfolgung kultureller Zwecke	38
e. Erforderlichkeit der Regelungen i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG	39
aa. Maßstab: Zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich	39
bb. Sachfremder Standortwettbewerb bei landesrechtlicher Regelung	40
5. Zwischenergebnis	42
V. Vereinbarkeit von Investitionsverpflichtung und Mindestreicherückbehalt mit den Grundrechten der VoD-Anbieter	43
1. (Unions-)Verfassungsrechtlicher Rahmen	43
2. Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Grundgesetzes	45
a. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG	45
b. Rundfunk- und Filmfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	47
aa. Schutzbereich	47
bb. Eingriff	48
cc. Rechtfertigung	49
(1) Vorbehalt der „allgemeinen Gesetze“, Art. 5 Abs. 2 GG	49

(2) Verhältnismäßigkeit	49
(a) Legitime Zwecke	49
(b) Geeignetheit.....	50
(c) Erforderlichkeit	52
(d) Angemessenheit	52
(i) Intensität des Eingriffs und Gewicht der betroffenen Belange.....	53
(ii) Gewicht der geschützten Belange und Maß der Zielerreichung	54
dd. Zwischenergebnis	56
c. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG.....	56
aa. VoD-Anbieter und Fernsehveranstalter.....	57
(1) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem	57
(2) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.....	57
(a) Prüfungsmaßstab.....	57
(b) Prüfung	58
(aa) Vergangene Investitionstätigkeiten und Anreizstrukturen.....	58
(bb) Leistungsfähigkeit	60
(3) Zwischenergebnis	60
bb. VoD-Anbieter und Kinobetreiber	60
3. Vereinbarkeit mit den Grundrechten der GRCh.....	61
a. Medienfreiheit, Art. 11 Abs. 2 GRCh.....	61
b. Gleichheit vor dem Gesetz, Art. 20 GRCh.....	61
4. Zwischenergebnis.....	61
VI. Ergebnis.....	62

A. Zusammenfassung

I. Gegenstand des Gutachtens

Die „Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V.“ (Produzentenallianz) sowie der Produzentenverband e.V., die AG Dokumentarfilm und die Filmakademie, unterstützt von ver.di, dem Verband der Drehbuchautoren und dem Schauspielverband (BFFS), fordern die bundesgesetzliche Einführung einer Investitionsverpflichtung von Anbietern entgeltlicher audiovisueller Mediendienste auf Abruf (Video-on-Demand-Anbieter, VoD-Anbieter) bei gleichzeitiger Regelung eines Mindestrechterückbehalts zugunsten von Produzent:innen, die von den Mediendienstanbietern unabhängig sind. Konkret werden die folgenden Regelungen vorgeschlagen:

Investitionsverpflichtung

VoD-Anbieter sollen dazu verpflichtet sein, jährlich 25 % ihres in Deutschland im Vorjahr mit ihrem Abrufdienst erzielten Nettoumsatzes in die Herstellung europäischer Werke sowie in den Erwerb von Rechten an europäischen audiovisuellen Werken zu investieren. Drei zusätzliche Vorgaben sollen konkretisieren, in welche Produktionen auf welche Weise investiert werden muss:

- 80 % der verpflichtenden Investitionen (d.h. 20 % des Vorjahresnettoumsatzes) sollen in Produktionen von Produzent:innen investiert werden müssen, die von den VoD-Anbietern *unabhängig* sind.
- Zugleich sollen 85 % der verpflichtenden Investitionen (d.h. 21,5 % des Vorjahresnettoumsatzes) in europäische audiovisuelle Werke investiert werden müssen, die *in deutscher Originalsprache* hergestellt wurden bzw. werden.
- Schließlich sollen 75 % der verpflichtenden Investitionsmittel (d.h. 18,75 % des Vorjahresnettoumsatzes) für die *Herstellung* europäischer Werke (im Gegensatz zum Erwerb von Rechten an bereits hergestellten Werken) verausgabt werden müssen.

Mindestrechterückbehalt

Zugleich und damit verbunden soll gesetzlich und ohne die Möglichkeit einer Abweichung zu Lasten der Produzent:innen geregelt werden, welche Rechte mindestens bei den Produktionsfirmen verbleiben müssen (bzw. umgekehrt: welche Rechte maximal an die Streaming-Dienste übertragen werden dürfen), wenn VoD-Anbieter ihrer Investitionsverpflichtung nachkommen und in europäische bzw. deutsche Produktionen investieren. Vorgeschlagen wird beispielsweise, dass nur die für die primäre Auswertung erforderlichen Rechte (wie etwa §§ 19a, 20 UrhG) zeitlich begrenzt übertragen werden dürfen.

II. Fragestellungen

Das vorliegende Gutachten nimmt Stellung zu den folgenden vier Fragen:

- (1) Ist es unionsrechtlich zulässig, VoD-Anbietern zusätzlich zu der in Deutschland gem. §§ 146 ff. FFG bereits bestehenden Pflicht, Abgaben an die Filmförderungsanstalt zu zahlen, eine Investitionsverpflichtung aufzuerlegen?
- (2) Ist die Einführung der beschriebenen Sprachenquote (i.e. 85 % der verpflichtenden Investitionsmittel müssen in im Original deutschsprachige Produktionen investiert werden) mit dem Unionsrecht vereinbar?
- (3) Ist der Bund für die Regelung von Investitionsverpflichtung und Mindestrechterückbehalt zuständig?
- (4) Sind Investitionsverpflichtung und Mindestrechterückbehalt in der beschriebenen Ausgestaltung mit den Grundrechten der VoD-Anbieter vereinbar?

III. Wesentliche Ergebnisse

1. Es ist unionsrechtlich zulässig, eine Abgaben- und eine Investitionspflicht von VoD-Anbietern parallel anzuordnen.

Die AVMD-Richtlinie steht einer Kombination der Pflichten nicht entgegen. Die Grundfreiheiten der VoD-Anbieter werden speziell dadurch, dass die beiden Leistungspflichten *parallel* angeordnet werden, nicht berührt. Ob die Kombination mit den europäischen Grundrechten der VoD-Anbieter vereinbar ist, hängt vom Umfang der Gesamtbelastung ab; welche Formen die Belastungen annehmen darf, gibt die GRCh nicht vor.

2. Die vorgeschlagene Sprachquote ist unionsrechtskonform.

Die Verpflichtung von VoD-Anbietern, 21,5 % ihres im Vorjahr in Deutschland erzielten Nettoumsatzes in Produktionen zu investieren, die im Original in deutscher Sprache produziert werden, ist mit dem Unionsrecht und namentlich der Dienstleistungsfreiheit vereinbar.

Die Sprachquote beschränkt die Dienstleistungsfreiheit insbesondere der VoD-Anbieter.

Diese Beschränkung ist jedoch zum Schutz der deutschen Sprache sowie der kulturellen Vielfalt im Bereich audiovisueller Medien gerechtfertigt. Bei der Förderung der sprachlichen und kulturellen Pluralität handelt es sich um Belange, denen das Primärrecht der Europäischen Union und das Völkerrecht besonderes Gewicht beimessen. Angesichts dessen und angesichts der den VoD-Anbietern auch bei Geltung der geforderten Quote verbleibenden weitreichenden Gestaltungsspielräume stellt sich die Sprachquote in der vorgeschlagenen Höhe als angemessene Einschränkung der Grundfreiheiten dar.

3. Der Bund besitzt die Kompetenz, die vorgeschlagene Investitionspflicht von VoD-Anbietern und den Rechterückbehalt zugunsten von Produzent:innen gesetzlich zu regeln.

Bei Investitionspflicht und Mindestrechterückbehalt handelt es sich um eng miteinander verzahnte Regelungen. Sie sind funktional wechselseitig voneinander abhängig und können nur im Zusammenspiel Wirkung entfalten. Angesichts dieser Verknüpfung ist die Gesamtregelung kompetenzrechtlich einheitlich zu beurteilen.

Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Investitionspflicht oder der Rechterückbehalt den Schwerpunkt des Regelungskomplexes bilden, auf den bei der Zuordnung zu einem Kompetenztitel abzustellen ist, denn dem Bund steht jedenfalls eine Gesetzgebungsbefugnis zu.

Wird die Regelung des Mindestrechterückhalts als Schwerpunkt ausgemacht, folgt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG („Urheberrecht“).

Sieht man den Schwerpunkt demgegenüber bei der Investitionspflicht, folgt die Bundeskompetenz aus Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“). Mit der Vorgabe einer Investitionspflicht werden die Nachfrage nach einer Dienstleistung (der Herstellung audiovisueller Werke) bzw. nach einem Produkt (Filmrechten) reguliert und das Marktgeschehen gelenkt. Es werden Vorgänge geregelt, die an Umsatz- und Gewinn orientiert sind und die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs betreffen. Die Investitionspflicht soll die Europäischen Union und Deutschland als Produktionsstandorte für audiovisuelle Werke stärken und gewährleisten, dass europäische und deutsche Produktionsfirmen, also bestimmte Marktteilnehmer, einen relevanten Anteil auf dem Markt für audiovisuelle Werke stellen. Auf diese Weise sollen die Pluralität und damit letztlich die Funktionsfähigkeit des Marktes gesichert werden. Bei der Investitionsverpflichtung handelt es sich deshalb nach Regelungsgegenstand und Normzweck um eine wirtschaftsrechtliche Regelung.

Dass diese Regelung ein Kulturgut wie den Film betrifft und auch kulturelle Belange berührt, ändert nichts an ihrer Qualifikation als „Recht der Wirtschaft“ i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, weil der Regelungsschwerpunkt im Bereich der Wirtschaft liegt.

Eine bundesrechtliche Regelung der Investitionspflicht ist zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich. Divergierende landesrechtliche Vorschriften hätten einen Standortwettbewerb zur Folge, der nicht an den personellen und sachlichen Rahmenbedingungen für die Produktion von audiovisuellen Werken orientiert und deshalb sachfremd wäre. Das würde die Produktionswirtschaft in Deutschland schwächen und damit eine wirtschaftlich problematische Entwicklung darstellen.

4. Die Regelungen einer Investitionspflicht und eines Mindestrechterückbehalts sind mit den durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 11 Abs. 2 GRCh garantierten Freiheitsrechten der VoD-Anbieter vereinbar.

Die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kunstfreiheit, auf sich auch VoD-Anbieter berufen können, wenn und soweit sie zur Verbreitung künstlerischer Werke beitragen, wird durch die vorgeschlagenen Regelungen nicht berührt. Investitionspflicht und Mindestrechterückbehalt betreffen nicht die künstlerischen Aspekte der Herstellung und Vermittlung audiovisueller Werke, sondern ausschließlich die Finanzierung und kommerzielle Verwertung von Kunst.

Investitionsverpflichtung und Mindestrechterückbehalt greifen jedoch in die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG garantierten Freiheitsrechte der VoD-Anbieter ein, die umfassend die Gründung und den Betrieb privater Rundfunk- bzw. Filmunternehmen einschließlich der Organisation und Finanzierung schützen.

Diese Freiheitseinschränkung ist gerechtfertigt und genügt insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die vorgeschlagenen Regelungen sollen deutsche und europäische Filmproduzent:innen sowie den Innovationswettbewerb stärken und auf diese Weise die Pluralität des Marktes für audiovisuelle Werke fördern. Sie sind hierzu geeignet, erforderlich und angemessen.

Wie schwer der Eingriff wiegt, den die vorgeschlagenen Regelungen bewirken würden, ist abhängig von einer Reihe von Variablen, deren Konkretisierung anhand der mir verfügbaren Daten nicht abschließend möglich ist. Es kommt zunächst darauf an, wie groß das Delta zwischen der Investitionspflicht und der bereits unionsrechtlich normierten Verpflichtung ist, mindestens 30 % des Katalogs für europäische Werke zu reservieren. Nur soweit eine signifikante Zahl von europäischen Werken länger als ein Jahr lang zur Erfüllung der 30 %-Quote angeboten wird, geht die vorgeschlagene nationale Investitionspflicht überhaupt über die unionsrechtliche Vorgabe hinaus und wirkt als Eingriff. Zudem ist von Bedeutung, wie erfolgreich deutschsprachige Produktionen und Werke unabhängiger Produzent:innen sind und wie häufig bisher Total Buy Outs vereinbart werden.

Bei der Gewichtung der geschützten Belange ist insbesondere in Rechnung zu stellen, dass mit den in Rede stehenden Regelungen mehrere Verfassungsgüter geschützt werden. So kommt der Staat mit der Regelung des Mindestrechterückbehalts seiner aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG folgenden Pflicht zum Schutz strukturell unterlegener Vertragsparteien nach. Auch die Investitionspflicht stärkt die Freiheitsrechte der europäischen und deutschen Filmproduzent:innen. Beide Regelungen fördern überdies die Kulturstaatlichkeit. In welchem Maße die Regelungen den intendierten Schutz bewirken können, ist wiederum von empirischen Befunden abhängig, die nur teilweise verfügbar sind. So kommt es insbesondere darauf an, welchen Hindernissen die Filmhersteller bei der Verwirklichung ihrer kreativen Ideen derzeit begegnen, und darauf, wie bzw. in welchem Umfang speziell die wachsende Bedeutung der

VoD-Anbieter die Marktpluralität beeinflusst. Bei verbleibenden Unsicherheiten verfügt der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative.

Insgesamt erweist sich die Gesamregelung danach als verhältnismäßig.

5. Die geforderten Regelungen verstoßen in der vorgeschlagenen Ausgestaltung jedoch gegen Art. 3 Abs. 1 GG sowie Art. 20 GRCh, soweit sie Fernsender nicht erfassen.

Investitionspflicht und Mindestrechterückbehalt sollen ausschließlich für VoD-Anbieter, nicht aber für Fernsender und Kinobetreiber gelten.

Für die Ungleichbehandlung von VoD-Anbietern mit Zielpublikum in Deutschland einerseits und Fernsehern, die sich an ein deutschsprachiges Publikum richten, andererseits gibt es keinen hinreichenden Sachgrund. Insbesondere lässt sich die Differenzierung nicht mit unterschiedlichen Investitionstätigkeiten und Vertragsgestaltungen in der Vergangenheit rechtfertigen. Denn es sind keine rechtlichen oder tatsächlichen Strukturen ersichtlich, die eine hinreichende Grundlage für die Annahme bilden würden, Fernsender, nicht aber VoD-Anbieter würden in Zukunft auch ohne eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung die geforderten Investitionsquoten erfüllen und den Produzent:innen dabei Mindestrechte belassen.

Demgegenüber bestehen zwischen Kinobetreibern und VoD-Anbietern signifikante Unterschiede mit Blick auf die Ziele und Instrumente der vorgeschlagenen Regelungen, die es rechtfertigen, Kinos aus dem Anwendungsbereich auszunehmen.

B. Gutachten

I. Hintergründe und Gutachtauftrag

Den Untersuchungsgegenstand dieses Gutachtens bilden die Verpflichtung von Anbietern entgeltlicher audiovisueller Mediendienste auf Abruf (Video-on-Demand-Anbieter, VoD-Anbieter), in europäische Produktionen zu investieren, sowie der damit verknüpfte Mindestreicherückbehalt zugunsten von Produzent:innen, die von den VoD-Anbietern unabhängig sind. Die Regelungen sollen die Funktionsfähigkeit des europäischen bzw. deutschen Marktes für die Produktion audiovisueller Werke gewährleisten und namentlich einen Innovationswettbewerb ermöglichen. Zu diesem Zweck sollen die europäische bzw. deutsche Filmwirtschaft gestärkt, auf diesem Weg die Pluralität von Akteuren und Geschäftsmodellen auf dem europäischen Markt gesichert und damit die Vielfalt der verfügbaren audiovisuellen Werke gefördert werden.

Die genannten Regulierungszwecke zählen schon seit vielen Jahrzehnten zu den Zielen der europäischen und nationalen medienrechtlichen Gesetzgebung. Den Anlass und Hintergrund für den jetzt diskutierten Vorschlag, im Interesse von Marktpluralität, Innovationswettbewerb und Vielfaltssicherung neben den schon seit Ende der 1980er-Jahre bestehenden Quotenregelungen¹ zwei weitere Instrumente einzusetzen, bildet eine Reihe von tatsächlichen wie rechtlichen Entwicklungen der letzten fünf bis zehn Jahre.

1. Tatsächliche Entwicklungen

a. Weiter wachsende Bedeutung von VoD-Angeboten

Angebot und Nutzung audiovisueller Medien befinden sich seit Jahrzehnten in einem strukturellen Wandel. Eine der wesentlichen Entwicklungen des letzten Jahrzehnts, die durch die Corona-Pandemie noch einmal signifikant befördert wurde, besteht in der wachsenden Bedeutung von VoD-Diensten und der abnehmenden Nutzung (rein) linearer Angebote. Im Jahr 2021 besaßen rund drei Viertel der deutschen Haushalte mindestens ein kostenpflichtiges Abonnement eines Streaming-Dienstes.² Rund 26 Millionen Menschen in Deutschland nutzten VoD-Angebote, 18 Millionen von ihnen täglich. Von den 2021 insgesamt rund 33 Millionen VoD-Abonnements, die in Deutschland abgeschlossen worden waren, entfielen über zwei Drittel auf US-amerikanische VoD-Anbieter.³

¹ Zulässigkeit und Wirksamkeit der Quotenregelungen waren stets umstritten, für unionsrechtswidrig halten sie etwa *von Bogdandy*, EuZW 1992, S. 9 ff.; *Salvatore*, CML Rev. 29 (1992), S. 967 ff.; *Küll*, AfP 2005, S. 518 ff., und *Brings-Wiesen*, AfP 2016, S. 323 ff.; zur Entwicklung von Regelung und Diskussion auch *Kröber*, in: *Binder/Vesting* (Hrsg.), *Rundfunkrecht*, 42018, § 6 Rn. 39 ff.; *Gundel*, ZUM 2019, S. 131 (135 f.).

² S. *Deloitte*, *Media Consumer Survey*, 2021, S. 4, 10.

³ *Goldmedia*, *Gutachten zu den Auswirkungen der Entwicklungen der Plattform-Ökonomie auf audiovisuelle Produktionen in Deutschland vor dem Hintergrund einer möglichen Investitionsverpflichtung* (im Weiteren: *Gutachten*), 2022, S. 38.

b. Vergleichsweise geringe Investitionen der VoD-Anbieter in deutsche Produktionen

Mit der wachsenden Zahl von VoD-Abonnet:innen und -Nutzer:innen in Deutschland und Europa nimmt auch die Bedeutung von VoD-Anbieter:innen für europäische und deutsche Produzent:innen zu. Das Volumen der Investitionen von VoD-Anbietern in (unabhängige) europäische bzw. deutsche Produktionen bleibt bisher gleichwohl deutlich hinter jenem von Fernsehsendern zurück. In den Jahren 2019-2021 wurden von den größten Auftraggebern für audiovisuelle Produktionen in Deutschland im Schnitt pro Jahr insgesamt rund 2,8 Mrd. Euro investiert. Die VoD-Anbieter haben dazu im Jahresdurchschnitt rund 200 Millionen Euro beigetragen.⁴

c. „Total Buy Out“-Vereinbarungen

Wenn VoD-Anbieter Produktionen bei deutschen bzw. europäischen Produzent:innen in Auftrag geben, folgt die vertragliche Ausgestaltung jedenfalls in einer erheblichen Zahl von Fällen im Kern dem als „Total Buy Out“ bezeichnete Modell.⁵ Dabei zahlen die VoD-Anbieter zur Vergütung von Produzent:innen einmalig eine erfolgsunabhängige so genannte „Producer’s Fee“, die typischerweise an den physischen Herstellungs- und Betriebskosten orientiert ist,⁶ und lassen sich im Gegenzug sämtliche Auswertungsrechte sowie z.T. zusätzlich die Rechte an möglichen Fortsetzungen übertragen. Die Produzent:innen selbst geben an, diese für sie nachteilige Rechteverteilung aufgrund der überlegenen Verhandlungsmacht der VoD-Anbieter zu akzeptieren.⁷

Aus den drei beschriebenen Entwicklungen ergibt sich die Sorge nicht allein, aber auch und insbesondere der Produzent:innen in Deutschland um den Bestand, die Innovations- und Zukunftsfähigkeit sowie die Bedeutung und Vielfalt der europäischen und deutschen Filmwirtschaft sowie um die Pluralität des Angebots audiovisueller Werke auf dem europäischen und deutschen Markt.

2. Rechtliche Entwicklung

a. Quotenregelung für Fernsehsender

Zur Förderung der Produktion, Verbreitung und Vielfalt europäischer audiovisueller Werke schreibt das Unionsrecht bereits seit 1989 vor, dass Fernsehsender „im Rahmen des praktisch Durchführbaren [...] den Hauptanteil ihrer Sendezeit, die nicht aus Nachrichten, Sportberichten, Spielshows oder Werbe- oder Teletextleistungen besteht, der Sendung von

⁴ *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 13 f.

⁵ Produzent:innen und VoD-Anbieter geben unterschiedliche Auskünfte dazu, wie verbreitet ein „Total Buy Out“ ist (Produzent:innen: regelmäßig; VoD-Anbieter: nicht in der überwiegenden Zahl der Fälle), s. hierzu *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 83 f.

⁶ *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 82.

⁷ *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 84.

europäischen Werken [...] vorbehalten“.⁸ In Deutschland wird diese Regelung jetzt durch § 15 Abs. 2 Medienstaatsvertrag (MStV) vom 30.06.2022 umgesetzt. Danach sollen Fernsehveranstalter „zur Darstellung der Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum und zur Förderung von europäischen Film- und Fernsehproduktionen [...] *den Hauptteil* ihrer insgesamt für Spielfilme, Fernsehspiele, Serien, Dokumentarsendungen und vergleichbare Produktionen vorgesehenen Sendezeit europäischen Werken entsprechend dem europäischen Recht vorbehalten“ (Herv. AK).

b. Förderpflicht für VoD-Anbieter

Seit 2010 sind die Mitgliedstaaten darüber hinaus verpflichtet, mit angemessenen Mitteln dafür Sorge zu tragen, dass audiovisuelle Mediendienste auf Abruf „die Produktion europäischer Werke und den Zugang hierzu fördern“. „Diese Förderung könnte sich unter anderem auf den finanziellen Beitrag solcher Dienste zu der Produktion europäischer Werke und zum Erwerb von Rechten an europäischen Werken oder auf den Anteil und/oder die Herausstellung europäischer Werke in dem von diesem audiovisuellen Mediendienst auf Abruf angebotenen Programm katalog beziehen.“⁹

c. Quotenregelung für VoD-Anbieter und Zulässigkeit einer Investitionspflicht

Diese weiche Pflicht der Mitgliedstaaten, VoD-Anbieter zur Aufnahme europäischer Werke in ihre Programme zu motivieren, hat – jedenfalls aus Sicht des europäischen Gesetzgebers – (zu) wenig bewirkt. Mit der Reform der AVMD-Richtlinie im Jahr 2018 wurde deshalb zum einen die Förderpflicht zu einer Quotenregelung umgestaltet. VoD-Anbieter müssen nun „sicherstellen, dass ihre Kataloge einen Mindestanteil europäischer Werke von 30 % enthalten und solche Werke herausgestellt werden“ (sog. Airtime-Quote).¹⁰ Zum anderen und darüber hinaus wurde den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, die ihrer Rechtshoheit unterworfenen VoD-Anbieter dazu zu verpflichten, „finanziell zur Produktion europäischer Werke beizutragen, auch durch Direktinvestitionen in Inhalte und durch Beiträge zu nationalen Fonds“.

3. Forderungen von Produzentenallianz und Produzentenverband

Vor diesem Hintergrund fordern die „Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V.“ (Produzentenallianz) sowie der Produzentenverband e.V., die AG Dokumentarfilm und die Filmakademie, unterstützt von ver.di, dem Verband der Drehbuchautoren und dem Schauspielverband (BFFS), die bundesgesetzliche Einführung einer Investitionsverpflichtung von VoD-Anbietern bei gleichzeitiger Regelung eines Mindestrechterückbehalts zugunsten der von den Mediendienstanbietern unabhängigen Produzent:innen.

⁸ Art. 4 Abs. 1 RL 89/552/EWG (Fernsehrichtlinie); jetzt inhalts- und fast wortgleich Art. 16 Abs. 1 RL 2010/13/EU in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2018/1808/EU (AVMD-RL 2018).

⁹ Art. 13 Abs. 1 RL 2010/13/EU (AVMD-RL 2010).

¹⁰ Art. 13 Abs. 1 AVMD-RL 2018.

a. Investitionsverpflichtung

VoD-Anbieter sollen im Grundsatz dazu verpflichtet sein, jährlich 25 % ihres in Deutschland im Vorjahr mit ihrem Abrufdienst erzielten Nettoumsatzes in die Herstellung europäischer Werke sowie in den Erwerb von Rechten an europäischen audiovisuellen Werken zu investieren. Drei zusätzliche Vorgaben sollen konkretisieren, in welche Produktionen auf welche Weise investiert werden muss:

- 80 % der verpflichtenden Investitionen (d.h. 20 % des Vorjahresnettoumsatzes) sollen in Produktionen von Produzent:innen investiert werden müssen, die von den VoD-Anbietern *unabhängig* sind.
- Zugleich sollen 85 % der verpflichtenden Investitionen (d.h. 21,5 % des Vorjahresnettoumsatzes) in europäische audiovisuelle Werke investiert werden müssen, die *in deutscher Originalsprache* hergestellt wurden bzw. werden.
- Schließlich sollen 75 % der verpflichtenden Investitionsmittel (d.h. 18,75 % des Vorjahresnettoumsatzes) für die *Herstellung* europäischer Werke (im Gegensatz zum Erwerb von Rechten an bereits hergestellten Werken) verausgabt werden müssen.

Von diesen Verpflichtungen sollen VoD-Anbieter mit geringen Umsätzen (< fünf Millionen Euro Nettovorjahresumsatz) oder geringen Zuschauer:innenzahlen (< 0,5 % der Gesamtzahl der VoD-Zuschauer:innen in Deutschland) ausgenommen werden.

b. Mindestrechterückbehalt

Zugleich und damit verbunden soll gesetzlich und ohne die Möglichkeit einer Abweichung zu Lasten der Produzent:innen geregelt werden, welche Rechte mindestens bei den Produktionsfirmen verbleiben müssen (bzw. umgekehrt: welche Rechte maximal an die Streaming-Dienste übertragen werden dürfen), wenn VoD-Anbieter ihrer Investitionsverpflichtung nachkommen und in europäische bzw. deutsche Produktionen investieren. Namentlich fordern die genannten Verbände, dass nur diejenigen Nutzungsrechte zeitlich begrenzt eingeräumt werden dürfen, die für die jeweilige primäre Auswertung benötigt werden (insbes. §§ 19a, 20 UrhG) und somit werthaltige Rechte bei den Produzent:innen verbleiben.

4. Unions- und verfassungsrechtliche Fragestellungen

Die Forderung nach der bundesgesetzlichen Regelung einer Investitionsverpflichtung sowie eines Mindestrechterückbehalts wirft eine Reihe von unions- und verfassungsrechtlichen Fragen auf. In diesem Rechtsgutachten werde ich den folgenden vier Fragen nachgehen, die mir von der Produzentenallianz sowie dem Produzentenverband gestellt wurden:

- (1) Ist es unionsrechtlich zulässig, VoD-Anbietern zusätzlich zu der in Deutschland gem. §§ 146 ff. FFG bereits bestehenden Pflicht, Abgaben an die Filmförderungsanstalt zu zahlen, eine Investitionsverpflichtung aufzuerlegen?

- (2) Ist die Einführung der beschriebenen Sprachenquote (i.e. 85 % der verpflichtenden Investitionsmittel müssen in im Original deutschsprachige Produktionen investiert werden) mit dem Unionsrecht vereinbar?
- (3) Ist der Bund für die Regelung von Investitionsverpflichtung und Mindestrechterückbehalt zuständig?
- (4) Sind Investitionsverpflichtung und Mindestrechterückbehalt in der beschriebenen Ausgestaltung mit den Grundrechten der VoD-Anbieter vereinbar?

Nicht eigens untersuchen werde ich im Rahmen dieses Gutachtens die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Regelungen mit dem unionalen Beihilferecht, mit den Grundrechten der EMRK sowie mit den Grundrechten derjenigen, die außer den VoD-Anbietern von den geplanten Regelungen betroffen sind. Ausgeklammert bleiben überdies die Regelungen über die Um- und Durchsetzung der geforderten Pflichten.

II. Unionsrechtliche Zulässigkeit eines Nebeneinanders von Abgaben- und Investitionspflicht

1. Unionsrechtlicher Rahmen

a. AVMD-Richtlinie

Ob es unionsrechtlich zulässig ist, sowohl eine Abgaben- als auch eine Investitionspflicht für VoD-Anbieter durch eine mitgliedstaatliche Norm anzuordnen, richtet sich zunächst nach der AVMD-Richtlinie. Die einschlägige Bestimmung in Art. 13 Abs. 2 lautet:

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

Diese Regelung ist mit Hilfe der unionsrechtlichen Auslegungsmethoden zu konkretisieren und daraufhin zu befragen, ob sie den Mitgliedstaaten eine doppelte Inanspruchnahme von VoD-Anbietern – allein um die Parallelität der Pflichten geht es an dieser Stelle – ermöglicht, sich zu diesem Punkt gar nicht verhält oder eine Kombination untersagt.

b. Grundfreiheiten und unionale Grundrechte

Da die AVMD-Richtlinie keine vollständige Harmonisierung der von ihr erfassten Bereiche bezweckt, sondern nur Mindestvorgaben enthält, bleiben die Mitgliedstaaten jenseits dieser Vorgaben frei, Maßnahmen auch im Gegenstandsbereich der Richtlinie zu ergreifen. Das ergibt sich aus den allgemeinen Regeln der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten gem. Art. 4 f. EUV, Art. 2 Abs. 1, 2 AEUV: Soweit der Union, wie im vorliegenden Fall, keine ausschließliche Kompetenz übertragen wurde, verfügen Union und Mitgliedstaaten über konkurrierende Regelungsbefugnisse. Nationale Maßnahmen sind gesperrt, soweit ein Rechtsbereich unionsrechtlich harmonisiert wurde. Wenn und soweit der rechtliche Rahmen nicht harmonisiert wurden, bleiben die Mitgliedstaaten frei, nationale Vorschriften zu erlassen. Diese nationalen Vorschriften dürfen sich jedoch nicht in Widerspruch zum unionalen Primärrecht setzen, müssen also insbesondere die Grundfreiheiten und die Grundrechte beachten.¹¹

Sollte die AVMD-Richtlinie das Nebeneinander der Pflichtenarten nicht regeln, ist daher zu fragen, ob die Kombination der Pflichten mit den Grundfreiheiten, namentlich der

¹¹ Diese allgemeinen Grundsätze wurden für die vorliegende Konstellation ausgesprochen in EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-222/07 (UTECA), ECLI:EU:C:2009:124, Rn. 20, noch mit Blick auf die AVMD-RL 2010. Die Reform der Richtlinie im Jahr 2018 hat an ihrem Charakter der Mindestharmonisierung nichts geändert, s. z.B. *Brings-Wiesen*, AfP 2016, S. 323 (323); zur AVMD-RL 2018 (131).

Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), und mit der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) der VoD-Anbieter vereinbar ist.

2. Zulässigkeit einer doppelten Inanspruchnahme nach Art. 13 Abs. 2 AVMD-Richtlinie

a. Wortlaut

Eine explizite Aussage speziell zur Verbindung von Abgabe- und Investitionspflicht enthält die AVMD-Richtlinie nicht.

Der Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 AVMD-Richtlinie, aus dem sich ergibt, dass die Mitgliedstaaten Mediendiensteanbieter verpflichten können, zur Produktion europäischer Werke beizutragen, spricht dafür, dass beide Wege der finanziellen Inanspruchnahme auch kombiniert werden können. Denn die beiden Formen, die als Ausgestaltungen einer finanziellen Verpflichtung aufgeführt sind, werden additiv genannt („auch durch Direktinvestitionen in Inhalt *und* durch Beiträge zu nationalen Fonds“, Herv. AK). Entsprechendes gilt für die englische und französische Sprachfassung („including via direct investment in content *and* contribution to national funds“; „notamment par l'investissement direct dans des contenus *et* par la contribution à des fonds nationaux“; Herv. AK).

Offener ist demgegenüber die Formulierung von Erwägungsgrund 36. Danach können zur Gewährleistung angemessener Investitionen in europäische Werke finanzielle Verpflichtungen „in Form direkter Beiträge zur Produktion europäischer Werke und zum Erwerb von Rechten an europäischen Werken auferlegt werden. *Ebenso* könnten die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der Umsätze, die mit in ihrem Gebiet erbrachten oder auf ihr Gebiet abzielenden audiovisuellen Mediendiensten erzielt werden, Abgaben erheben, die in einen Fonds eingezahlt werden.“ (Herv. AK) Die Verknüpfung der beiden Finanzierungsformen mit dem Wort „ebenso“ (in der englischen Fassung „also“, in der französischen „également“) deutet eher daraufhin, dass eine Wahlmöglichkeit eröffnet werden soll, die Richtlinie aber keine Aussage dazu trifft, ob eine Kombination der Optionen zulässig ist. Hätte man die Addition der Pflichten als Möglichkeit herausstellen wollen, hätte eine Verbindung etwa mit dem Wort „zudem“ oder „zusätzlich“ nahegelegen.

b. Systematik

Auch eine systematische Betrachtung deutet darauf hin, dass sich die Richtlinie nicht zur Zulässigkeit eines Nebeneinanders von Abgaben- und Investitionsverpflichtung verhält: Für beide Formen der Inanspruchnahme werden dieselben Voraussetzungen normiert, und Regelungen dazu, wie die beiden Pflichten innerhalb eines Mitgliedstaats gegebenenfalls aufeinander abzustimmen sind, enthält die Richtlinie nicht, obwohl sie das Phänomen der mehrfachen Inanspruchnahme von Mediendiensteanbietern durchaus adressiert. So schreibt Art. 13 Abs. 3 S. 2 AVMD-Richtlinie vor, dass der Sitzmitgliedstaat, wenn er seine Inanspruchnahme der Höhe nach bestimmt, Verpflichtungen in Rechnung zu stellen hat, die von Zielmitgliedstaaten auferlegt werden. Damit wird der von Erwägungsgrund 39 formulierte

Vorbehalt umgesetzt, wonach die Auferlegung von Zahlungspflichten nicht zu einer „Doppelbesteuerung der Mediendiensteanbieter“ durch Niederlassungs- und Zielmitgliedstaat führen soll. Beide genannten Bestimmungen regeln aber nur das Nebeneinander von Leistungspflichten verschiedener Staaten, nicht aber die Verbindung von Beitrags- und Investitionspflichten.

c. Entstehungsgeschichte

Auch der Entstehungsgeschichte der AVMD-Richtlinie und insbesondere den Diskussionen im Vorfeld der letzten Reform im Jahr 2018, im Zuge derer Art. 13 neu gefasst wurde, lassen sich keine Anhaltspunkte für das Verhältnis von Abgabe- und Investitionspflicht entnehmen. Dass Mediendiensteanbietern eine finanzielle Förderung europäischer Produktionen auch in der Form von Beiträgen zu nationalen Fonds abverlangt werden kann und dass diese Beiträge nicht nur durch den Sitz-, sondern auch durch den Zielmitgliedstaat erhoben werden können, wurde 2018 erstmals ausdrücklich geregelt. Mit der Aufnahme dieser Vorschrift hat der europäische Gesetzgeber auf das Ergebnis einer beihilferechtlichen Prüfung der deutschen Regelungen zur Filmförderabgabe durch die Europäische Kommission¹² reagiert. Dass damit zugleich eine Aussage zum Verhältnis von Abgabe- und Investitionspflicht intendiert wurde, ist nicht ersichtlich.

d. Telos

Besondere Bedeutung misst der EuGH bei der Interpretation des Unionsrechts einer teleologischen Argumentation bei, die darauf abstellt, welches Verständnis einer Norm am ehesten gewährleisten kann, dass ihr Ziel erreicht wird.¹³ Art. 13 AVMD-Richtlinie soll die Produktion und Verbreitung europäischer Werke fördern¹⁴ und angemessene Investitionen in europäische Produktionen sicherstellen¹⁵. Zu diesem Zweck wurde mit der Reform 2018 die frühere allgemeine Förderpflicht durch eine 30 %-Quote abgelöst und in Art. 13 Abs. 2 AVMD-Richtlinie (deklaratorisch¹⁶) festgehalten, dass neben den Sitz- auch die Zielmitgliedstaaten zur Erhebung von Beiträgen berechtigt sind. Jedenfalls in der Tendenz dürfte gelten, dass angemessene Investitionen von VoD-Anbietern umso eher sichergestellt werden können, je größer das Instrumentenarsenal ist, das den Mitgliedstaaten zur Verfügung steht. Im Sinne einer Effektuierung der Norm ist sie daher als Zulassung auch eines Nebeneinanders von Abgaben- und Investitionspflicht zu interpretieren.

¹² S. den Kommissionsbeschluss (EU) 2016/2042 v. 01.09.2016, ABl. 2016 L 314, 63, und dazu *Gundel*, ZUM 2019, S. 131 (135 f. mit Fn. 52).

¹³ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62 (van Gend en Loos), ECLI:EU:C:1963:1; s. z.B. EuGH, Urt. v. 24.02.2000, C-434/97 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:2000:98, Rn. 21.

¹⁴ EWG 35 zur AVMD-RL 2018.

¹⁵ EWG 36 zur AVMD-RL 2018.

¹⁶ Vgl. *Gundel*, ZUM 2019, S. 131 (135), sowie den Kommissionsbeschluss (EU) 2016/2042 v. 01.09.2016, ABl. 2016 L 314, 63.

e. Zwischenergebnis

Nach allem gibt es eine Reihe von Argumenten, die dafürsprechen, Art. 13 AVMD-Richtlinie als Erlaubnis auch einer parallelen Anordnung von Abgabe- und Investitionspflichten zu verstehen. Eindeutig ist diese Interpretationsergebnis jedoch nicht. Gut vertretbar erscheint auch eine Auslegung, wonach sich die Richtlinie zur Kombination der beiden Zahlungspflichten gar nicht verhält. Gewichtige Hinweise darauf, dass die Richtlinie die Verbindung untersagt, finden sich demgegenüber nicht.

Damit kommt es entscheidend darauf an, ob das Nebeneinander von Abgabe- und Investitionspflicht mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist. Wenn dies der Fall ist, sind die Mitgliedstaaten befugt, die Kombination anzuordnen – entweder weil sich dies bereits aus der AVDM-Richtlinie ergibt, die dann auch nicht primärrechtskonform reduziert werden muss, oder weil die AVMD-Richtlinie nur Mindestvorgaben enthält und die Mitgliedstaaten frei sein, Abgabe- und Investitionspflichten aufzuerlegen, wenn und weil sie mit den europäischen Verträgen vereinbar sind.

3. Primärrechtliche Zulässigkeit der Kombination von Abgaben- und Investitionspflicht

a. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten

Eine Einschränkung der Grundfreiheiten – der Dienstleistungs-, Niederlassungs-, Kapitalverkehrs- und Arbeitnehmerfreizügigkeit – sowohl der VoD-Anbieter als auch der Produzent:innen – ist mit denjenigen von der Produzentenallianz vorgeschlagenen Regelungen verbunden, die VoD-Anbieter dazu verpflichten sollen, in europäische Produktionen zu investieren, die in deutscher Originalsprache gedreht wurden. Denn sie beschränken faktisch die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen einem in der EU ansässigen VoD-Anbieter und Produzent:innen, die nicht in deutscher Originalsprache drehen, d.h. in erster Linie von Produktionsfirmen mit Sitz außerhalb des deutschsprachigen Raums.

Demgegenüber berührt die Pflicht zur Investition in europäische Werke als solche keine der von den europäischen Verträgen gewährleisteten Grundfreiheiten.¹⁷ Entsprechendes gilt für Abgaben zu nationalen Fonds, soweit diese nicht grenzüberschreitend tätige Personen ohne Rechtfertigung schlechter stellen als nur national agierende Produzent:innen, wofür es mit Blick auf die FFA keine Anhaltspunkte gibt. Ebenso wenig wirkt schließlich die Verbindung von Investitions- und Abgabepflicht als solche als Beschränkung speziell der grenzüberschreitenden Tätigkeiten von VoD-Anbietern und Produzent:innen.

Die Grundfreiheiten werden durch eine parallele Anordnung der Leistungspflichten danach nicht berührt.

¹⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-222/07 (UTECA), ECLI:EU:C:2009:124, Rn. 22.

b. Vereinbarkeit mit Art. 11 Abs. 2 GRCh

Ob Unionsgrundrechte und Grundfreiheiten nebeneinander zur Anwendung kommen oder ob die Grundfreiheiten als *lex specialis* die einschlägigen Grundrechte der GRCh verdrängen, soweit es speziell um die Gewährleistung der Freiheit grenzüberschreitender wirtschaftlicher Betätigungen geht, und ob dieser Vorrang gegebenenfalls auch Art. 11 Abs. 2 GRCh erfasst, soweit dieser den organisatorischen und betriebswirtschaftlichen Teil der Medienfreiheit schützt, wurde von Rechtsprechung und Literatur bisher nicht abschließend geklärt,¹⁸ bedarf hier aber auch keiner Entscheidung. Denn die Grundfreiheiten sind nicht anwendbar, weil die Kombination der Pflichten als solche nicht speziell den grenzüberschreitenden Verkehr betrifft. Die Verbindung ist daher am Maßstab von Art. 11 Abs. 2 GRCh zu messen.

aa. Schutzbereich

Art. 11 Abs. 2 GRCh schützt die Freiheit der Medien unabhängig davon, wie die Übermittlung der Inhalte erfolgt. Rundfunk, Film und Fernsehen fallen ebenso in den Schutzbereich wie Printmedien und die Verbreitung von Inhalten über das Internet sowie alle weiteren Formen von an die Allgemeinheit gerichteter Kommunikation. Geschützt werden alle mit der Eigenart der Medienarbeit zusammenhängenden Tätigkeiten von natürlichen und juristischen Personen. Die Tätigkeit von VoD-Anbietern wird danach durch Art. 11 Abs. 2 GRCh geschützt, der Art. 16 GRCh als *lex specialis* vorgeht.¹⁹

bb. Eingriff

Dass Abgaben- und Investitionspflicht kombiniert werden können, muss sich *als solches* nicht zwangsläufig als Beeinträchtigung der Medienfreiheit von VoD-Anbietern auswirken, denn mit der möglichen Diversifizierung der Zahlungspflichten ist nicht notwendigerweise eine Erhöhung der Gesamtbelastung verbunden oder intendiert.²⁰ Andererseits liegt es nicht fern anzunehmen, dass erweiterte Verpflichtungsoptionen von den Mitgliedstaaten auch dazu genutzt werden, die Summe der Zahlungspflichten insgesamt anzuheben.

Ob die Zulassung einer parallelen Anordnung einen Eingriff in Art. 11 Abs. 2 GRCh begründet, kann hier letztlich dahinstehen, weil ein solcher Eingriff jedenfalls gerechtfertigt wäre.

¹⁸ Vgl. z.B. *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEU, ⁶2022, Art. 15 GRCh Rn. 26 f., der die Grundfreiheiten als *lex specialis* qualifiziert; für eine parallele Anwendbarkeit demgegenüber z.B. *Jarass*, GRCh, ⁴2021, Art. 15 Rn. 5; die Rspr. hat das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten nicht abschließend geklärt, s. für einen knappen Überblick z.B. *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar. EUV, GRC, AEUV, 2017, Art. 15 GRCh Rn. 27.

¹⁹ An der grundrechtlichen Bewertung ändert sich im Ergebnis nichts, wenn man den Betrieb eines VoD-Dienstes nicht durch Art. 11 Abs. 2 GRCh, sondern allein durch Art. 16 GRCh geschützt sieht. Denn die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs, die sich aus Art. 16 GRCh ergeben, gehen jedenfalls nicht über diejenigen des Art. 11 Abs. 2 GRCh hinaus.

²⁰ Zu den Anforderungen an einen Eingriff in Art. 11 GRCh etwa *Jarass*, GRCh, ⁴2021, Art. 11 Rn. 22 f.; *Calliess*, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU, ⁶2022, Art. 11 GRCh Rn. 27 f., jeweils m. umfangreichen Nw. der Rspr.

cc. Rechtfertigung

(1) Gesetzesvorbehalt, Art. 52 Abs. 1 GRCh

Inwieweit der Gesetzgeber berechtigt ist, die Medienfreiheit einzuschränken, ergibt sich aus Art. 52 Abs. 1 GRCh.²¹ Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EMRK kommt nicht zur Anwendung, da es sich bei der Medienfreiheit um ein eigenständiges, von der durch Art. 11 Abs. 1 GRCh und Art. 10 Abs. 1 EMRG garantierten Meinungsfreiheit unabhängiges Grundrecht handelt. Eine andere Interpretation würde sich zum einen wohl in Widerspruch setzen zur Absicht des Konvents, die Medienfreiheit nicht nur als Element der Meinungsfreiheit zu schützen.²² Sie würde zum anderen und insbesondere den strukturell unterschiedlichen Schutz- und Regulierungsbedürfnissen von Meinungs- und Medienfreiheit nicht hinreichend Rechnung tragen.

Einschränkungen der Medienfreiheit bedürfen danach einer gesetzlichen Grundlage, die verhältnismäßig sein muss. Bei den Schrankenregelungen kann es sich auch um mitgliedstaatliche Normen wie bundesgesetzlichen Regelungen über die Abgaben- und Investitionspflicht von VoD-Anbietern handeln.

(2) Verhältnismäßigkeit

Diese Regelungen müssen zudem insbesondere den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen. Mit der Kombination von Abgaben- und Investitionspflicht soll und kann die Produktion und Verbreitung europäischer Werke gefördert werden. Es ist nicht ersichtlich, dass es Mittel gibt, die per se – d.h. abstrakt und unabhängig von ihrer Ausgestaltung im Einzelfall – milder wirken als eine Pflichtenkombination. Insbesondere beschränken isolierte Abgaben- und Investitionspflichten die unternehmerische Freiheit nicht notwendigerweise weniger weitgehend als eine Kombination der Pflichten. Entscheidend ist vielmehr, welchen Umfang die Pflichten je einzeln haben. Aus Art. 11 Abs. 2 GRCh mag sich eine Obergrenze für die Zahlungen ergeben, die insgesamt angeordnet werden dürfen. Die Entscheidung, ob Leistungen bis zu dieser Grenze nur in der Form von Abgaben, nur in der Form von Investitionen oder sowohl als Abgaben als auch in der Form von Investitionen zu leisten sind, gibt das Grundrecht hingegen nicht vor. Insoweit handelt es sich um eine politische Entscheidung, die der Gesetzgeber treffen muss.

²¹ Welche Schrankenregelung zur Anwendung kommt, ist in der Lit. umstr., von der Rspr. noch nicht entschieden. Wie hier i. Erg. z.B. *Calliess*, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 11 GRCh Rn. 31 f.; *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), GRCh, ⁵2019, Art. 11 Rn. 22; *Pünder*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, ⁴2014, § 17 Rn. 24; a.A. etwa *Walter*, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR, Bd. 2, ²2022, § 13 Rn. 36 ff.; *Jarass*, GRCh, ⁴2021, Art. 11 Rn. 27.

²² So auch *Calliess*, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 11 GRCh Rn. 32; *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), GRCh, ⁵2019, Art. 11 Rn. 22; krit. zu diesem Arg. *Walter*, in: Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR, Bd. 2, ²2022, § 13 Rn. 37.

d. Zwischenergebnis

Nach allem ist die parallele Anordnung einer Abgaben- und einer Investitionspflicht mit dem Unionsrecht vereinbar. Sie verstößt nicht gegen Art. 13 AVMD-Richtlinie und verletzt weder Grundfreiheiten noch die unionalen Grundrechte.

III. Unionsrechtliche Zulässigkeit einer Sprachquote

1. Unionsrechtlicher Rahmen

Ob es unionsrechtlich zulässig ist, eine Pflicht zur Investition in europäische Werke mit der zusätzlichen Vorgabe zu verknüpfen, 85 % der Mittel auf Produktionen zu verwenden, die in deutscher Originalsprache hergestellt wurden bzw. werden, bemisst sich in erster Linie nach den Grundfreiheiten von VoD-Anbietern, von Filmproduzent:innen sowie von weiteren Filmschaffenden (z.B. Schauspieler:innen, Autor:innen und Regisseur:innen).

Die AVMD-Richtlinie enthält auch nach der letzten Reform im Jahr 2018 selbst keine Regelungen über Sprachquoten. Da sie nur Mindestanforderungen harmonisiert, steht sie nationalen Vorschriften nicht entgegen, wenn diese den Gegenstandsbereich der Richtlinie betreffen, sich aber nicht zu deren Vorgaben in Widerspruch setzen und mit dem Primärrecht der Union vereinbar sind. Erwägungsgrund 78 zur AVMD-Richtlinie 2010 stellt klar, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten insbesondere die Möglichkeit belässt, Maßnahmen zur Förderung einer Amtssprache der Union zu ergreifen: „Um eine aktive Politik zugunsten einer bestimmten Sprache zu ermöglichen, muss es den Mitgliedstaaten freistehen, ausführlichere oder strengere Bestimmungen festzulegen, die insbesondere an Sprachkriterien ausgerichtet sind, sofern diese Bestimmungen mit dem Unionsrecht vereinbar sind und insbesondere nicht für die Weiterverbreitung von Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten gelten.“

Dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV kommt neben den Grundfreiheiten keine eigenständige Bedeutung zu. Was mit den speziellen Diskriminierungsverboten der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar ist, kann keinen Verstoß gegen Art. 18 Abs. 1 AEUV darstellen.²³

Art. 11 Abs. 2 GRCh entfaltet, soweit grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen sind, in der vorliegenden Konstellation keine Schutzwirkung, die über jene der Dienstleistungsfreiheit hinausreicht.²⁴ In Betracht kommt eine Verletzung von Unionsgrundrechten hier daher allenfalls bei reinen Inlandssachverhalten. So könnte die Medienfreiheit jener Beschäftigten bzw. Unternehmen der Filmbranche betroffen sein, die für Produktionsfirmen außerhalb des deutschen Raums tätig sind oder tätig sein wollen, deren Tätigkeit aber keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweist. Sollten VoD-Anbieter aufgrund der Verpflichtung zur Investition in deutschsprachige Werke ein geringeres Budget für nicht-deutschsprachige Produktionen einsetzen, was jedenfalls möglich erscheint, dann dürfte sich dies auch auf die Beschäftigten bzw. Vertragspartner von Produktionsfirmen außerhalb des deutschsprachigen

²³ St. Rspr., s. nur EuGH, Urt. v. 30.05.1989, Rs. 305/87 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:1989:218, Rn. 12 m.w.N., und speziell mit Blick auf sprachbezogenen Investitionsquoten EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-222/07 (UTECA), ECLI:EU:C:2009:124, Rn. 37.

²⁴ Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Unionsgrundrechten bedarf daher auch an dieser Stelle keiner abschließenden Klärung; s. zum Stand der Diskussion in Rspr. und Lit. oben Fn. 21.

Raums nachteilig auswirken, die ihrerseits weniger Aufträge erhalten, weniger Personen beschäftigen bzw. ein geringeres Gehalt zahlen können. Diese über mehrere Zwischenschritte vermittelten Beeinträchtigungen wiegen jedoch jedenfalls weniger schwer als die Einschränkungen der Grundfreiheiten der VoD-Anbieter mit Sitz in Deutschland bzw. mit dem Zielland Deutschland, der Produktionsfirmen, die in der Union außerhalb des deutschsprachigen Raums angesiedelt sind, sowie der weiteren Filmschaffenden (Schauspieler:innen, Regisseur:innen etc.), die die deutsche Sprache nicht beherrschen.²⁵ Sollten die mit der Sprachquote verbundenen Beschränkungen der Grundfreiheiten letztgenannter Personengruppen gerechtfertigt sein, sind sie daher auch nicht als Verletzung von Art. 11 GRCh anzusehen.

2. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit

a. Anwendungsbereich

Art. 56 ff. AEUV garantieren den freien grenzüberschreitenden Austausch von selbstständig erbrachten, unkörperlichen Leistungen gegen Entgelt, wobei die Grenzüberschreitung durch den Erbringer, den Empfänger oder allein durch die Leistung erfolgen kann.²⁶

VoD-Anbieter nehmen die Dienstleistungsfreiheit typischerweise sowohl als Erbringer als auch als Empfänger von Leistungen in Anspruch: Sie bieten ihre Streamingdienste regelmäßig für Nutzer:innen auch außerhalb des Mitgliedstaats an, in dem sie ihren Sitz haben, und sie finanzieren die Herstellung von oder erwerben die Rechte an Werken, die in anderen Mitgliedstaaten hergestellt wurden.

Auf die Dienstleistungsfreiheit könne sich auch die Produzent:innen berufen, die ihre audiovisuellen Werke grenzüberschreitend vermarkten.

Eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringen schließlich alle Personen, die sich für die Mitwirkung an einer Produktion in einen anderen Mitgliedstaat begeben, aber nicht als Arbeitnehmer:innen von der Produktionsfirma beschäftigt werden.²⁷ (Dazu können z.B. Schauspieler:innen, Autor:innen und Regisseur:innen gehören.²⁸)

Die Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit von der Warenverkehrsfreiheit bereitet insbesondere dann Probleme, wenn eine Leistung verkörpert ist, es aber im Kern nicht auf den Substanzwert dieser Verkörperung ankommt. Software, die online zur Verfügung gestellt wird,

²⁵ Hierzu sogleich im Einzelnen unter B.III.2.b.

²⁶ Statt vieler *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 72015, Art. 56 AEUV Rn. 10 ff., 18 ff., sowie Art. 57 AEUV Rn. 6 ff.; *Khuth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 62022, Art. 57 AEUV Rn. 7 ff., 26 ff., jeweils m. umfangreichen w. Nw. auch der Rspr. des EuGH.

²⁷ Abhängig Beschäftigte können sich demgegenüber auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV) berufen. Im Ergebnis kommt es hier aber nicht darauf an, welche Grundfreiheit einschlägig ist, s. dazu unten unter B.III.3., S. 31.

²⁸ Ca. ein Viertel der in Deutschland bei Kino- und TV-Produktionsunternehmen beschäftigten Mitarbeiter:innen ist selbstständig, s. *Castendyk/Goldhammer*, Produzentenstudie 2018, 2018.

soll daher beispielsweise nicht als Ware, sondern als Leistung qualifiziert werden.²⁹ Das spricht dafür, auch die Übertragung von Dateien, in denen audiovisuelle Werke gespeichert werden, bzw. den Erwerb der Rechte an diesen Dateien als Dienstleistung einzustufen.³⁰ Sie werden regelmäßig via Cloud oder auf einer externen Festplatte übermittelt.

Im Ergebnis besitzt die Qualifikation der audiovisuellen Werke als Dienstleistungen oder Waren in der vorliegenden Konstellation jedoch keine Bedeutung und kann daher offenbleiben, weil zwischen Waren- und Dienstleistungsfreiheit keine Unterschiede bestehen, die Auswirkungen auf die Bewertung der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Sprachquote hätten.

b. Beschränkung

Wie die Grundfreiheiten insgesamt wird auch die Dienstleistungsfreiheit von der Judikatur und weiten Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht allein als Gebot der Gleichbehandlung von In- und Ausländern verstanden, sondern weitergehend als Verbot sämtlicher Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs.³¹ Der EuGH bewertet dabei in ständiger Rechtsprechung³² alle Maßnahmen als Beschränkungen, die „geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern“³³ oder auch nur „weniger attraktiv zu machen“³⁴, selbst wenn die Maßnahme unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gilt.³⁵

Die Verpflichtung von VoD-Anbietern zur Investition von 21,5 % ihres Nettovorjahresumsatzes in Werke, die im Original in deutscher Sprache hergestellt wurden, beschränkt die Dienstleistungsfreiheit von Mediendiensteanbietern, von Produzent:innen mit Sitz in Mitgliedstaaten, in denen nicht Deutsch gesprochen wird, sowie von Personen, die – wie etwa Schauspieler:innen – an Filmprojekten mitwirken, ohne Arbeitnehmer:innen zu sein, und deren Muttersprache nicht Deutsch ist.³⁶

²⁹ Vgl. *Herrmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EU-Recht, Art. 28 AEUV Rn. 40 (Stand: Jan. 2015); *Kamann*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 28 Rn. 18; andererseits wurden Tonträger mit geschützten Musikwerken bereits als Waren eingeordnet, s. *Herrmann*, a.a.O., Rn. 41; *Kamann*, a.a.O., Rn. 18.

³⁰ Wie hier auch die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott v. 04.09.2008*, C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, Rn. 78 f.

³¹ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 03.12.1974, Rs. 33/74 (van Binsbergen), ECLI:EU:C:1974:131, Rn. 10, 12. Zur Kritik der Lit. an dieser weiten Interpretation und alternativen dogmatischen Entwürfen zusammenfassend *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 57 AEUV Rn. 60 ff.

³² Seit EuGH, Urt. v. 03.12.1974, Rs. 33/74 (van Binsbergen), ECLI:EU:C:1974:131, Rn. 10, 12.

³³ EuGH, Urt. v. 25.07.1991, C-76/90 (Säger), ECLI:EU:C:1991:331, Rn. 12 – st. Rspr.

³⁴ EuGH, Urt. v. 28.03.1996, C-272/94 (Guiot), ECLI:EU:C:1996:147, Rn. 10 – st. Rspr.

³⁵ EuGH, Urt. v. 12.12.1996, C-3/95 (Reisebüro Broede), ECLI:EU:C:1996:487, Rn. 25 – st. Rspr.

³⁶ S. hierzu detailliert die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott v. 04.09.2008*, C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, Rn. 78 ff. Der EuGH hat in seiner Entscheidung zur spanischen sprachbezogenen Investitionsquote demgegenüber nur ganz allgemein festgehalten, dass die Vorgabe „den freien Dienstleistungsverkehr, die Niederlassungsfreiheit, den freien Kapitalverkehr und die Arbeitnehmerfreizügigkeit [beschränkt]“, EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-222/07 (UTECA), ECLI:EU:C:2009:124, Rn. 24.

aa. VoD-Anbieter

Die Sprachquote hat zur Folge, dass VoD-Anbieter für ihr Streaming-Angebot entweder in Mitgliedstaaten, in denen die Einwohner:innen überwiegend nicht Deutsch sprechen, weniger Abnehmer:innen finden werden oder dass sie zusätzliche Aufwendungen tätigen müssen, um ihre Nutzer:innenzahlen zu halten (z.B. durch Synchronisation der deutschsprachigen Werke oder indem sie ihre Investitionen insgesamt steigern und zusätzlich zu den deutschsprachigen Werken etwa englischsprachige Produktionen einkaufen). Aufgrund der Sprachquote wird es für VoD-Anbieter zudem weniger attraktiv, Werke von Produzent:innen zu erwerben, die ihren Sitz nicht in Deutschland haben und deren Produktionen daher typischerweise nicht in deutscher Originalsprache gedreht und bei der Erfüllung der Quotenvorgabe keine Berücksichtigung finden werden.

bb. Produzent:innen

In gleichem Maße wird es für Produzent:innen außerhalb des deutschsprachigen Raums unattraktiver und schwieriger, ihre Werke an von der Quotenregelung erfasste VoD-Anbieter zu vermarkten, weil das Budget, das diese Mediendiensteanbieter für nichtdeutschsprachige Filme aufwenden können, aufgrund der Sprachquote jedenfalls kleiner sein dürfte als es ohne diese Quote wäre.

cc. Filmschaffende

Darüber hinaus sind alle nicht deutschsprachigen Personen betroffen, die Dienstleistungen für Produktionsfirmen in Deutschland erbringen möchten. Denn die Sprachquote macht es nicht allein, aber in erster Linie für Produzent:innen mit Sitz im deutschsprachigen Raum attraktiv, in deutscher Originalsprache zu drehen. Für diese Produktionen sind Schauspieler:innen, Regisseur:innen und anderen Filmschaffende, die Deutsch nicht wie eine Muttersprache beherrschen, tendenziell weniger gut geeignet als deutsche Muttersprachler:innen. Umgekehrt wird es für Produktionsfirmen in Deutschland weniger attraktiv, Mitwirkende aus anderen Mitgliedstaaten zu engagieren.

c. Rechtfertigung

Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch nationale Regelungen sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gerechtfertigt, wenn sie entweder „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ geboten sind (Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 AEUV) oder wenn „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ verfolgt werden und die Maßnahme verhältnismäßig ist. Als zwingende Gründe sind dabei nicht nur besonders qualifizierte Interessen anzuerkennen, sondern alle legitimen Belange.

aa. Legitimes Ziel

Mit der Sprachquote sollen die deutsche Produktionslandschaft gestärkt und auf diese Weise die kulturelle Vielfalt im Bereich audiovisueller Medien sowie die deutsche Sprache geschützt

und gefördert werden. Insoweit handelt es sich um ein legitimes Ziel, das prinzipiell geeignet ist, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen.

Dies ergibt sich schon aus Erwägungsgrund 78 zur AVMD-Richtlinie 2010, wonach es den Mitgliedstaaten freistehen soll, „ausführlichere oder strengere Bestimmungen festzulegen, die insbesondere an Sprachkriterien ausgerichtet sind“, „um eine aktive Politik zugunsten einer bestimmten Sprache zu ermöglichen“, und es wird durch Erwägungsgrund 61 zur AVMD-Richtlinie 2018 bekräftigt, wonach die Mitgliedstaaten bei allen ihren Umsetzungsmaßnahmen u.a. die „kulturelle und sprachliche Vielfalt im Sinne des UNESCO-Übereinkommens zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen zu achten“ haben. Der EuGH hat denn auch ausdrücklich bestätigt, dass es sich bei dem Ziel eines Mitgliedstaats, „eine oder mehrere seiner Amtssprachen zu schützen und zu fördern“ um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses handelt.³⁷

Dass die Förderung der kulturellen und sprachlichen Pluralität in der Union nicht nur irgendeinen legitimen Belang, sondern ein Anliegen von besonderem Gewicht darstellt, zeigt seine auch primärrechtliche Verankerung. Es zählt zu den in Art. 3 EUV normierten grundlegenden Zielen der Union, „den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt“ zu bewahren. Art. 22 GRCh verpflichtet die Union, „die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen“ zu achten. Nach Art. 167 AEUV soll die Union dementsprechend einen Beitrag leisten zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt. Diese vertraglichen Verpflichtungen ebenso wie ihre sekundärrechtliche Bekräftigung in der AVMD-Richtlinie sind „letztlich Ausdruck des Respekts der Europäischen Union vor der nationalen Identität ihrer Mitgliedstaaten“³⁸ und Konsequenz des Konzepts „Einheit in Vielfalt“, das zu den Fundamenten der Europäischen Union zählt.³⁹

Die Ausrichtung am Ziel der Förderung kultureller und sprachlicher Vielfalt und die besondere Bedeutung dieses Anliegens werden nicht dadurch relativiert, dass die Sprachvorgabe ein Element innerhalb eines größeren Regelungskomplexes bildet, der in seiner Gesamtheit in erster Linie Wirtschaftsakteure adressierte, wirtschaftliche Vorgänge betrifft und auf Marktpluralität zielt. Denn nur als Teil eines solchen Regelungskomplexes kann eine Sprachquote überhaupt die intendierte Wirkung entfalten und zum Schutz von kultureller und sprachlicher Vielfalt beitragen.⁴⁰ Die Förderung deutschsprachiger Werke durch Normierung einer Sprachquote setzt funktional eine allgemeinere Pflicht zur Investition in europäische Werke voraus. Ohne diese Verpflichtung könnte die Quote ohne Weiteres durch den Verzicht

³⁷ EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-222/07 (UTECA), ECLI:EU:C:2009:124, Rn. 27.

³⁸ Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 04.09.2008, C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, Rn. 93

³⁹ Ebenso Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 04.09.2008, C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, Rn. 94.

⁴⁰ S. zum funktionalen Zusammenhang der Teilregelungen auch unten B.IV.2.b., S. 34.

auf Investitionen in Europa und das Ausweichen etwa auf den US-amerikanischen Markt umgangen werden.

bb. Geeignetheit

Die Pflicht zur Investition in im Original deutschsprachige Produktionen ist geeignet, die deutsche Sprache als eine Amtssprache der Union sowie die kulturelle Vielfalt in Europa zu fördern.

Auch und gerade im Bereich audiovisueller Medien besteht eine enge Verknüpfung von Sprache und Kultur. Sprache besitzt „eine kulturelle Dimension“⁴¹. Die UNESCO beschreibt die Sprachenvielfalt deshalb als „ein[en] grundlegende[n] Bestandteil der kulturellen Vielfalt“⁴². „Würden audiovisuelle Werke wie Kino- und Fernsehfilme – etwa aus Gründen der Wirtschaftlichkeit – nur noch in einer einzigen oder in einigen wenigen weltweit besonders verbreiteten Sprachen hergestellt, so ginge dies zwangsläufig mit einem Verlust an kultureller Vielfalt einher. Denn die spätere Synchronisierung eines Films in andere Sprachen mag zwar seine Verständlichkeit für ein breiteres Publikum erleichtern, sie ändert aber nichts an dem kulturellen Hintergrund und den Wertvorstellungen, auf denen der Film fußt und die durch ihn verbreitet werden.“⁴³

Aus diesem Grund gestattet das einschlägige UNESCO-Übereinkommen den Vertragsstaaten explizit, Regelungen über die Sprache zu treffen, die bei der Schaffung, Herstellung und Verbreitung von kulturellen Aktivitäten, Gütern und Dienstleistungen zu verwenden ist.⁴⁴

Für eine im spanischen Recht verankerte Sprachquote, die der geforderten deutschen Vorgabe strukturell entspricht, hat der EuGH dementsprechend bereits anerkannt, dass sie zur Förderung der sprachlichen und kulturellen Vielfalt geeignet ist.⁴⁵

cc. Erforderlichkeit (VoD-Anbieter)

Die vorgeschlagene Sprachquote geht auch nicht über das hinaus, was zur Erreichung ihrer Ziele – i.e. der Wahrung sprachlicher und kultureller Vielfalt – erforderlich und angemessen ist.⁴⁶ Sie steht zudem nicht außer Verhältnis zu den verfolgten Zwecken.

Eine niedrigere Quote würde die Dienstleistungsfreiheit weniger weitgehend beschränken und wäre daher offenkundig ein milderer Mittel. Ebenso offenkundig ist jedoch, dass dieses Mittel

⁴¹ Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 04.09.2008, C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, Rn. 97

⁴² EWG 14 zum UNESCO-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen.

⁴³ Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 04.09.2008, C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, Rn. 97.

⁴⁴ Art. 6 Abs. 2 lit. b UNESCO-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-222/07 (UTECA), ECLI:EU:C:2009:124, Rn. 29.

⁴⁶ S. zum Maßstab der Erforderlichkeit und seiner Interpretation durch den EuGH, der die Angemessenheit einer Regelung als Element der Erforderlichkeit prüft, statt vieler *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EU-Recht, Art. 34 Rn. 125 ff. m.w.N. (Stand: Aug. 2020).

nicht gleich effektiv wäre. Mit dem Absenken der Anforderungen sinkt zugleich und proportional die Wirksamkeit der Maßnahme.

In den Diskussionen über Quoten zur Sicherung der sprachlichen und kulturellen Vielfalt ist in der Vergangenheit wiederholt gefordert worden, dass zusätzlich zur Produktionssprache weitere qualitative Kriterien vorgegeben werden müssten, um zu gewährleisten, dass es sich bei den finanzierten audiovisuellen Werken tatsächlich um „Kulturerzeugnisse“ handelt.

Der Gerichtshof hat dieser Forderung eine Absage erteilt und die Erforderlichkeit einer Sprachenregelung ausdrücklich nicht von Vorkehrungen zur Sicherung der kulturellen Qualität einer Produktion abhängig gemacht.⁴⁷ Das war und ist überzeugend angesichts des engen Zusammenhangs zwischen Sprache und Kultur⁴⁸ sowie mit Blick auf die besonderen Gefahren, die sich für die ja gerade zu schützende kulturelle Pluralität aus jeder Bewertung eines Werkes ergeben⁴⁹.

Die von Produzentenallianz und Produzentenverband vorgeschlagene Quote geht quantitativ über das spanische Äquivalent hinaus, das der EuGH bereits als verhältnismäßig qualifiziert hat (21,5 % des Nettovorjahresumsatzes statt 3 % der Betriebseinnahmen im Vorjahr). Der Größenunterschied der Quote wird zum Teil durch die unterschiedlichen Bezugspunkte ausgeglichen, denn zu den Betriebseinnahmen zählen mehr Einnahmearten als vom Begriff des Nettoumsatzes erfasst werden. Die daraus resultierende Annäherung dürfte jedoch regelmäßig gering und daher für die Bewertung der Verhältnismäßigkeit nicht maßgeblich sein.

Entscheidend sind vielmehr die folgenden drei Aspekte: Erstens messen sowohl das Primärrecht und das Sekundärrecht der Union als auch das Völkerrecht gerade jenen Belangen eine besondere Bedeutung bei, die mit der Sprachquote verfolgt werden. Die Wahrung sprachlicher und damit kultureller Vielfalt steht als Aufgabe und Ziel der Union rechtlich auf einer Ebene mit dem Binnenmarktziel und den dazu garantierten Grundfreiheiten (s. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 und 4 EUV). Das UNESCO-Übereinkommen ermöglicht und verpflichtet zum Schutz sprachlicher und kultureller Pluralität und hebt angesichts dessen hervor, dass audiovisuelle Dienstleistungen und Güter niemals nur Wirtschaftsgüter, sondern zugleich immer auch Kulturgüter sind.

Zweitens ist die deutsche Sprache stärker als die spanische auf Förderung angewiesen. Die Zahl der deutschsprachigen (potentiellen) Nutzer:innen der VoD-Dienste ist global wesentlich kleiner als die der spanischsprachigen (potentiellen) VoD-Nutzer:innen. Daher dürfte das Eigeninteresse der VoD-Anbieter an im Original deutschsprachigen Produktionen regelmäßig geringer sein als das Interesse an im Original spanischsprachigen Filmen und Serien.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-222/07 (UTECA), ECLI:EU:C:2009:124, Rn. 32 f.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-222/07 (UTECA), ECLI:EU:C:2009:124, Rn. 33.

⁴⁹ Diese Gefahren hatte auch die Generalanwältin betont, s. die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott v.* 04.09.2008, C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, Rn. 112.

Schließlich ist, drittens, zu berücksichtigen, dass den VoD-Anbietern auch bei Geltung einer sprachgebundene Investitionspflicht von 21,5 % noch weitreichende Gestaltungsspielräume bleiben. Denn Bezugspunkt der Quote ist zum einen nur der in Deutschland erwirtschaftete Umsatz. Die in anderen Mitgliedstaaten mit vermutlich anderem Sprachangebot erzielten Einnahmen werden bei der Berechnung der Mittel, die in im Original deutschsprachige Werke zu investieren sind, nicht berücksichtigt.⁵⁰ Zum anderen bleiben die VoD-Anbieter frei, über die Verwendung von Mitteln in der Höhe von 78,5 % ihres Nettovorjahresumsatzes, also den weit überwiegenden Anteil auch der in Deutschland erzielten Umsätze, unabhängig zu entscheiden und damit auch in nicht-deutschsprachige Produktionen zu investieren.

Angesichts dessen stellt sich eine sprachgebundene Investitionspflicht von 21,5 % des Vorjahresnettoumsatzes als verhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit der VoD-Anbieter dar.⁵¹

dd. Erforderlichkeit (Produzent:innen außerhalb des deutschsprachigen Raums und nicht deutschsprachige Filmschaffende)

Die Belastung, die sich aus der geforderten Sprachquote für europäische Produzent:innen außerhalb des deutschsprachigen Raums und für die weiteren, nicht deutschsprachigen Beteiligten an Filmproduktionen ergibt, besteht in der zu erwartenden Verminderung des Investitionsvolumens, das von VoD-Anbietern für im Original nicht-deutschsprachige Produktionen verausgabt wird. Diese Einschränkung der Investitionen verschärft den Wettbewerb um die verbleibenden Aufträge der VoD-Dienste für Produzent:innen, die keine im Original deutschsprachigen Werke herstellen, und tendenziell sinken Zahl und/oder Umfang der Aufträge pro Produzent:in.

Mit Blick auf die Erforderlichkeit der Quote in der vorgeschlagenen Höhe ohne zusätzliche Kriterien zur Qualitätsbewertung gilt das zu den Belastungen der VoD-Anbieter Ausgeführte entsprechend: Mildere, gleich effektive Mittel sind nicht ersichtlich.⁵²

Bei der Bewertung der Angemessenheit sind zum einen wiederum das Gewicht der geschützten Belange (Sprache und Kultur) einschließlich der Schutzbedürftigkeit der deutschen Sprache und die den VoD-Anbietern trotz Investitionspflicht verbleibenden erheblichen Spielräume zu berücksichtigen.

⁵⁰ Sollten alle MGS vergleichbare Quoten vorgeben, würde der Summationseffekt den Gestaltungsspielraum der VoD-Anbieter insgesamt erheblich einschränken. Dem könnte dann mit einer europäischen Harmonisierung der Vorgaben Rechnung getragen werden. Eine Berücksichtigung des Summationseffekts bei der Prüfung einzelner nationaler Regelungen kommt hingegen nicht in Betracht, denn sie hätte ein „Windhundverfahren“ zu Lasten der zuletzt regelnden Mitgliedstaaten zur Folge, das der gleichen Berechtigung der Mitgliedstaaten zum Erlass nationaler Regelungen zuwiderliefe.

⁵¹ Vgl. auch die Entscheidung des französischen Conseil d'Etat über eine Programmquote für den Rundfunk, die das Gericht zwar als Beschränkung der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit bewertete, aber zugleich als durch zwingende Erfordernisse der Kulturpolitik gerechtfertigt sah, Urt. v. 08.04.1998, Nr. 161411, ZUM 1998, 1029. Eine Vorlage an den EuGH hielt der Conseil d'Etat nicht für erforderlich.

⁵² S.o. unter B.III.2.c.cc., S. 28 ff.

Zum anderen ist in Rechnung zu stellen, dass die Dienstleistungsfreiheit der Produzent:innen außerhalb des deutschen Sprachraums sowie der nicht-deutschsprachigen weiteren Filmschaffenden durch die Sprachquote deutlich weniger beschränkt wird als die Dienstleistungsfreiheit der VoD-Anbieter: Produzent:innen außerhalb des deutschen Sprachraums, deren Werke sich nicht an einen spezifischen, (auch) sprachlich definierten Teilmarkt, sondern im Grundsatz an ein globales Publikum richten, konkurrieren um diejenigen Investitionen, die auf dem globalen Markt von VoD-Anbietern für die Produktion von Filmen und Serien getätigt werden. Für die nicht deutschsprachige Filmschaffende gilt Entsprechendes. Von diesem global verfügbaren Gesamtinvestitionsvolumen dürfte die Summe derjenigen Investitionen, die aufgrund der Sprachquote an Produzent:innen und Filmschaffende im deutschsprachigen Raum gehen müssen, jedoch nur einen untergeordneten Teil ausmachen. Die Summe der finanziellen Mittel, die Streamingdienste für Produktionen ausgeben, welche ausschließlich oder in erster Linie nicht-deutschsprachige, regionale Teilmärkte adressieren (z.B. nicht synchronisierte, im Original bulgarischsprachige Produktionen), dürfte von der Sprachquote zugunsten deutschsprachiger Originale sogar vollständig unbeeinflusst bleiben. Denn es ist nicht ersichtlich, warum die Entscheidung, in einen spezifischen (z.B. bulgarischen) Teilmarkt zu investieren, aufgrund der Sprachquote ihre (ökonomische) Berechtigung verlieren und das für den Teilmarkt kalkulierte Budget reduziert werden sollte.

Die mit der Sprachquote verbundene Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit von Produzent:innen außerhalb des deutschsprachigen Raums sowie der nicht deutschsprachigen weiteren Beteiligten an der Filmproduktionen ist danach verhältnismäßig.

3. Vereinbarkeit mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Kapitalverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit

Die Sprachquote beschränkt auch die durch Art. 45 ff. AEUV garantierte Freizügigkeit der an Filmproduktionen Beteiligten, die abhängig und gegen Entgelt beschäftigt sind und die Deutsch nicht wie Muttersprachler:innen beherrschen.⁵³ Ferner ist die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV) derjenigen berührt, die in Produktionsfirmen außerhalb des deutschsprachigen Raums oder in einzelne Produktionen investieren, die nicht in im Original deutscher Sprache hergestellt werden.⁵⁴ Schließlich wird die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) insbesondere insoweit beschränkt, als es aufgrund der Sprachquote für Produktionsfirmen außerhalb des deutschsprachigen Raums, deren Werke im Original überwiegend oder ausschließlich in anderen als der deutschen Sprache hergestellt werden, weniger attraktiv wird, in Deutschland Tochtergesellschaften zu gründen, weil das für diese im Original nicht deutschsprachigen Produktionen verfügbare Investitionsvolumen abnimmt.

⁵³ Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 04.09.2008, C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, Rn. 87.

⁵⁴ Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 04.09.2008, C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, Rn. 85 f.

Keine dieser Einschränkungen wiegt jedoch schwerer als die zuvor untersuchten Begrenzungen der Dienstleistungsfreiheit. Sie stehen der Einführung der vorgeschlagenen Sprachquote daher ebenfalls nicht entgegen.⁵⁵

4. Zwischenergebnis

Die Sprachquote ist am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen. Sie beschränkt die Grundfreiheiten und insbesondere die Dienstleistungsfreiheit von VoD-Anbietern, von Produzent:innen außerhalb des deutschsprachigen Raums sowie von nicht deutschsprachigen Filmschaffenden. Diese Einschränkungen sind jedoch zur Sicherung der kulturellen Vielfalt im Bereich audiovisueller Medien sowie zum Schutz der deutschen Sprache gerechtfertigt.

⁵⁵ Der EuGH hat die strukturell vergleichbare spanische Regelung dementsprechend auch zusammenfassend am Maßstab „[der] Grundfreiheiten“ überprüft, s. EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-222/07 (UTECA), ECLI:EU:C:2009:124, Rn. 24.

IV. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Gemäß Art. 30, 70 GG liegt die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Nach Art. 71, 73 Nr. 9 GG besitzt der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz u.a. für den Bereich des Urheberrechts, nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG verfügt er für das Recht der Wirtschaft über eine konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis. Ob der Bund für den Erlass der vorgeschlagenen Regelungen über den Mindestreicherückbehalt sowie die Investitionsverpflichtung zuständig ist, hängt danach entscheidend davon ab, ob bzw. inwieweit diese Vorschriften als „Urheberrecht“ oder als „Recht der Wirtschaft“ zu qualifizieren sind.

Wenn und soweit sich die in Rede stehenden Vorschriften dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuordnen lassen, ist weiter zu fragen, ob sie zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich sind, Art. 72 Abs. 2 GG. Nur soweit in diesem Sinne das Bedürfnis nach einer wirtschaftsrechtlichen Regelung durch Bundesgesetz besteht, besitzt der Bund eine Gesetzgebungskompetenz.

Im Bereich einer ausschließlichen Bundeskompetenz wie jener nach Art. 71, 73 Nr. 9 GG sind die Länder zur Gesetzgebung nur befugt, wenn sie vom Bund hierzu ermächtigt werden, unabhängig davon, ob der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat oder nicht. Demgegenüber sind landesrechtliche Regelungen im Bereich der konkurrierenden Bundeskompetenz für das Recht der Wirtschaft nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erst und nur ausgeschlossen, wenn und soweit der Bund von seiner Befugnis Gebrauch gemacht hat. Eine Abweichungskompetenz besitzen die Länder in diesem Bereich nicht, vgl. Art. 72 Abs. 3 S. 1 GG.

2. Gesetzgebungskompetenzen für Regelungskomplexe

a. Kriterien für die Zuordnung von Regelungskomplexen zu Kompetenztiteln

Anhand welcher Kriterien eine Regelung einem Kompetenztitel zuzuordnen ist, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung wiederholt konkretisiert: Danach ist über die Zuordnung „anhand von unmittelbarem Regelungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressat der zuzuordnenden Norm sowie der Verfassungstradition“ zu entscheiden.⁵⁶ Die Entscheidung hat sich in erster Linie am objektiven Gegenstand des zu prüfenden Gesetzes zu orientieren. Maßgeblich ist der sachliche Gehalt einer Regelung.

Gesetzliche Regelungen sind „in ihrem Sachzusammenhang zu erfassen“.⁵⁷ Für die Zuordnung eines Regelungskomplexes kommt es auf den Schwerpunkt an. „Teilregelungen, die derart eng

⁵⁶ St. Rspr., s. zuletzt BVerfGE 161, 63 (92 f., Rn. 56) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften.

⁵⁷ BVerfGE 161, 63 (93, Rn. 56) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften.

mit dem Schwerpunkt der Gesamtregelung ‘verzahnt’ sind, dass sie als Teil derselben erscheinen, [gehören] zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung.“⁵⁸ „Sind Teilregelungen eines Gesetzes hingegen kompetenzrechtlich eigenständig zu beurteilen oder ist das Gesetz nach seinem objektiven Regelungsgehalt auf mehrere gleichrangige Zwecke ausgerichtet, kann es mehreren Kompetenztiteln zuzuordnen sein“.⁵⁹

b. Mindestrechterückbehalt und Investitionsverpflichtung als eng verzahnte Gesamtregelung

Die vorgeschlagene Vorgabe der maximal von Produzent:innen an VoD-Anbieter übertragbaren Rechte sowie die Investitionsverpflichtung der Streaming-Dienste einschließlich der Spezifizierungen, wie diese Pflicht zu erfüllen ist, sind eng miteinander verzahnt und bilden eine Gesamtregelung im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Die Vorschriften sind funktional wechselseitig voneinander abhängig. Sie können nur im Zusammenspiel Wirkung entfalten und sind daher nur als Regelungskomplex sinnvoll.

Die zur Stärkung europäischer Produzent:innen und zur Förderung des Innovationswettbewerbs konzipierte Regelung über den Mindestrechterückbehalt würde sich in ihr Gegenteil verkehren und die Stellung europäischer Produktionsfirmen am Markt nicht nur nicht stärken, sondern sogar schwächen, wenn sie nicht mit der Verpflichtung von VoD-Anbietern verknüpft wäre, in europäische Werke zu investieren. Denn die Vorschrift schränkt die wirtschaftliche Freiheit der Investoren ein, begrenzt ihre Möglichkeiten, Gewinne mit den erworbenen Werken zu erwirtschaften, und mindert damit die Attraktivität eines Vertragsschluss mit europäischen Produzent:innen. Es liegt zumindest nahe anzunehmen, dass VoD-Anbieter daher vermehrt in außereuropäische Produktionen investieren würden, wäre der Mindestrechterückbehalt nicht mit einer Investitionsverpflichtung verknüpft. Umgekehrt kann die Investitionspflicht ihren Zweck, europäische Produzent:innen zu stärken, allenfalls teilweise erfüllen, wenn die Produzent:innen die Rechte an ihren Werken im Wege eines „Total Buy Out“ umfassend an die VoD-Anbieter übertragen. Die Quoten zur Förderung unabhängiger Produzent:innen, zur Investition in die Filmherstellung und die Sprachquote können ihrerseits wiederum nur in Verbindung mit der Investitionspflicht ihr Ziel erreichen, weil ein Ausweichen auf Produktionsfirmen außerhalb der Europäischen Union auch hierdurch nahegelegt würde und ohne Weiteres möglich wäre.

Angesichts dieser engen funktionalen Verknüpfung ist der Regelungskomplex kompetenzrechtlich einheitlich zu beurteilen. Für die Zuordnung der Gesamtregelung zu einem Kompetenztitel ist dann auf den Schwerpunkt des Regelungskomplexes abzustellen und zu fragen, welcher Regelungsgegenstand im Vordergrund steht.

⁵⁸ S. zuletzt BVerfGE 161, 63 (93, Rn. 58) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften.

⁵⁹ S. zuletzt BVerfGE 161, 63 (93, Rn. 58) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften.

Bei den hier in Rede stehenden Vorschriften ist diese Gewichtung nicht leicht auszumachen. Mindestrechterückbehalt und Investitionspflicht bilden gemeinsam den Kern des Regelungskomplexes. Sie bedingen sich gegenseitig. Vergleichsweise deutlich ist lediglich, dass es sich bei den näheren Konkretisierungen jener europäischen Produktionen, in die investiert werden soll, um der Investitionspflicht nachgeordnete Vorschriften handelt, auf die es bei der Zuordnung jedenfalls nicht entscheidend ankommt.

Letztlich kann offenbleiben, ob der Mindestrechterückbehalt oder die Investitionspflicht den Schwerpunkt der Gesamtregelung bilden, denn in beiden Fällen besitzt der Bund die Kompetenz zur Regelung des gesamten Komplexes.

3. „Urheberrecht“, Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG

Bei der von den Produzentenverbänden vorgeschlagenen Regelung maximal übertragbarer Rechte handelt es sich um eine urheberrechtliche Vorschrift i.S.d. Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG.

a. Begriff: Regelungen über das Werk und seine Nutzung

Zum „Urheberrecht“ in diesem Sinne zählen alle Vorschriften „zum Schutz geistiger Anstrengungen kultureller Natur“⁶⁰, zur Regelung der Beziehungen eines Urhebers zu seinem Werk sowie zur Regelung der Nutzung eines Werkes. Zu den Funktionen des Urheberrechts gehört es, dem Urheber eine angemessene Vergütung für die Nutzung seiner Werke zu sichern (vgl. § 11 UrhG). Auch Vorschriften über die Verwertung künstlerischer Werke sind daher dem Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG zuzuordnen.

b. Regelung der Verwertung durch Mindestrechterückbehalt

Mit dem Mindestrechterückbehalt wird die Verwertung audiovisueller Werke geregelt. Es geht um die Verteilung der finanziellen Chancen und Risiken, die mit der Herstellung und Verbreitung von Filmen verbunden sind. Zweck der Norm ist es, die Produzent:innen als die in den Verhandlungen mit den VoD-Anbietern über die Verwertung audiovisueller Werke jedenfalls derzeit strukturell unterlegene Partei zu schützen. Die Regelung adressiert Urheber und Verwerter audiovisueller Werke und bestimmt indirekt die Vergütung, die Filmproduzent:innen für ihre Werke erhalten.

Es handelt sich mithin um eine Norm des Urheberrechts i.S.d. Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG, für die dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zusteht.

4. „Recht der Wirtschaft“, Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Die gesetzliche Verpflichtung von VoD-Anbietern, in europäische Produktionen zu investieren, zählt demgegenüber zum Recht der Wirtschaft i.S.d. Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

⁶⁰ Wittreck in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, ³2015, Art. 73 Rn. 61; das der Sache unstrittig, s. ferner z.B. Heintzen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, ⁷2018, Art. 73 Rn. 89; Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, ¹⁷2022, Art. 73 Rn. 31a.

a. Weites Begriffsverständnis

Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bildet – auch noch nach der Föderalismusreform – einen der am weitesten reichenden und praktisch wichtigsten Kompetenztitel des Bundes.⁶¹ Das Grundgesetz selbst benennt beispielhaft eine Reihe bedeutender Wirtschaftszweige, die der Bund zu regeln befugt ist und zum Teil bereits unter der Weimarer Reichsverfassung zu regeln befugt war, und ergänzt diese Auflistung um den Oberbegriff „Recht der Wirtschaft“.

Dieser Begriff ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der überwiegenden Auffassung in der Literatur weit zu interpretieren.⁶² Insbesondere reicht er nach Ansicht des Gerichts weiter als die aufgezählten Wirtschaftszweige.⁶³ Zum „Recht der Wirtschaft“ gehören danach alle das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen, insbesondere diejenigen, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen.“ Erfasst wird „nicht nur die Organisation der Wirtschaft sowie der Wirtschaftszweige und wirtschaftenden Personen, sondern die Steuerung und Lenkung des Wirtschaftslebens insgesamt“.⁶⁴

b. Kein Ausschluss bei Betroffenheit kultureller Belange

In welchem Verhältnis die Bundeskompetenz für das Wirtschaftsrecht zur Befugnis der Länder steht, kulturbezogene Materien zu regeln, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung über die Filmförderabgabe klargestellt. Danach „entfällt“ die weitreichende wirtschaftsbezogene Gesetzgebungskompetenz des Bundes „nicht schon dann, wenn der Gesetzgeber mit wirtschaftsbezogenen Regelungen zugleich kulturelle Zwecke verfolgt“. Dies ist vielmehr unschädlich, „solange der maßgebliche objektive Regelungsgegenstand und -gehalt (...) in seinem Gesamtzusammenhang ein im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlicher ist (...)“.⁶⁵ Zwar gelten die Länder als Träger der Kulturhoheit.⁶⁶ Daraus „folgt jedoch nicht, dass die Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes Einwirkungen auf den Kulturbereich und eine Berücksichtigung kultureller Belange von vornherein nicht ermöglichen“.⁶⁷ „Die dem

⁶¹ S. zu diesem Befund z.B. *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 72018, Art. 74 Rn. 78 („eingeschriebene thematische Weite“); *Seiler*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 552023, Art. 74 Rn. 31 f.

⁶² St. Rspr. d. BVerfG seit BVerfGE 5, 25 (28f.); s. zuletzt z.B. BVerfGE 161, 63 (94, Rn. 60) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften, sowie aus der Lit. neben den in Fn. 61 genannten etwa *Wittreck* in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 32015, Art. 74 Rn. 50; *Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 223.

⁶³ S. z.B. BVerfGE 68, 319 (331 f.) – Gebührenordnung für Ärzte; 135, BVerfGE 135, 155 (198 ff.) – Filmförderabgabe; in der Lit. ist umstritten, ob es sich bei der Aufzählung der Wirtschaftsbereiche in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG um eine abschließende oder nur beispielhafte Liste handelt, s. für einen Überblick über den Meinungsstand z.B. *Seiler*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 552023, Art. 74 Rn. 43.

⁶⁴ BVerfGE 161, 63 (94, Rn. 60) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften.

⁶⁵ BVerfGE 135, 155 (196, Rn. 102) – Filmförderabgabe.

⁶⁶ BVerfGE 135, 155 (196, Rn. 103) – Filmförderabgabe.

⁶⁷ BVerfGE 135, 155 (197, Rn. 104) – Filmförderabgabe.

Bund zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen enden nicht ohne Weiteres dort, wo Institutionen, Güter oder Akteure des Kulturbereichs betroffen sind.“⁶⁸ „Die Kulturhoheit der Länder kann daher nicht als eine Grenze der Bundeskompetenzen in dem Sinne verstanden werden, dass der Bund bei der Wahrnehmung der ihm zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen kulturelle Aspekte unberücksichtigt zu lassen hätte und durch sie nicht motiviert sein dürfte.“⁶⁹ Deshalb scheidet eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes insbesondere „nicht bereits deshalb aus, weil der Film zugleich ein Kulturgut darstellt“ und mit der Förderung von Filmproduktionen regelmäßig auch kulturelle Zwecke verfolgt worden werden.⁷⁰

c. Unabhängigkeit vom Unionsrecht

Ebenso wenig steht es der Annahme einer Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts entgegen, wenn sich die unionsrechtliche Zulässigkeit einer Regelung aus ihrer (auch) kulturellen Zielrichtung ergibt. „Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen wird weder vom Unionsrecht noch von darauf gestützten Entscheidungen der Kommission regiert.“⁷¹

d. Investitionspflicht als „Recht der Wirtschaft“

Angesichts dieser Vorgaben ist die Verpflichtung von Streaming-Diensten, in europäische Produktionen zu investieren, als wirtschaftsrechtliche Regelung zu qualifizieren.

aa. Zuordnung nach Regelungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressaten

Den Gegenstand der Regelung bildet die Steuerung von Investitionsmitteln. Damit werden zugleich die Nachfrage nach einer Dienstleistung (der Herstellung audiovisueller Werke) bzw. nach einem Produkt (Filmrechten) reguliert und das Marktgeschehen gelenkt. Die Konkretisierungen der Investitionspflicht enthalten Vorgaben dazu, mit wem VoD-Anbieter bei der Erfüllung ihrer Pflicht überwiegend Verträge zu schließen haben (unabhängig Produzent:innen) und was überwiegend Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung zu sein hat (Filmproduktionen in deutscher Sprache). Damit werden Vorgänge geregelt, die an Umsatz- und Gewinn orientiert sind und die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs betreffen.

Das Ziel der Investitionspflicht besteht in der Förderung der Europäischen Union und Deutschlands als Produktionsstandorte für audiovisuelle Werke. Es soll gewährleistet werden, dass bestimmte Marktteilnehmer (europäische und deutsche Produktionsfirmen) einen

⁶⁸ BVerfGE 135, 155 (197, Rn. 105) – Filmförderabgabe.

⁶⁹ BVerfGE 135, 155 (197, Rn. 104) – Filmförderabgabe.

⁷⁰ BVerfGE 135, 155 (199, Rn. 107) – Filmförderabgabe.

⁷¹ BVerfGE 135, 155 (202, Rn. 111) – Filmförderabgabe.

relevanten Anteil auf dem Markt für audiovisuelle Werke stellen. Damit sollen die Pluralität der Marktteilnehmer und letztlich die Funktionsfähigkeit des Marktes gesichert werden.

Die Regelung der Investitionspflicht baut auf der Annahme auf, dass mit der Pluralisierung der Teilnehmer am Markt zugleich qualitativ ein bestimmtes (nämlich plurales) Angebot gesichert wird, ohne diese Angebotsbreite jedoch selbst zum Regelungsgegenstand oder zum unmittelbaren Normzweck zu erheben. Die vorgeschlagenen Normen enthalten daher auch keine inhaltlichen Anforderungen an die zu finanzierenden Werke. Es sind keine Vorgaben zur Sicherung der Angebotsqualität vorgesehen (z.B. keine Beschränkungen auf bestimmte Genres und keine Anforderungen an die Qualität der von den Produktionsfirmen in der Vergangenheit hergestellten Werke wie sie etwa in Preisen zum Ausdruck kommt). Gegenstand und Ziel der Investitionspflicht sind vielmehr die Sicherung der Marktpluralität bzw. die Pluralisierung der Teilnehmer am Markt. Wie stets, wenn der Markt als Instrument eingesetzt und seine Funktionsfähigkeit gesichert werden soll, verspricht man sich davon etwas, hier etwa mit Blick auf die Innovationskraft und Qualität der Produkte, die Arbeitsbedingungen in der Filmindustrie, den Preiskampf, die Offenheit für technische und künstlerische Neuerungen. Aber diese Erwartungen bilden nicht Zweck und Gegenstand des Gesetzes. Für die Zuordnung zu einem Kompetenztitel kommt ihnen daher keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

Die Verpflichtung zur Investition in europäische Produktionen adressiert mit den VoD-Anbietern wesentliche Akteure auf dem Markt für audiovisuelle Werke. Sie bewirkt eine Einschränkung der unternehmerischen Freiheiten von Streaming-Diensten. Deren eigene Einschätzung dazu, welche (wirtschaftlichen) Erfolgchancen ein audiovisuelles Werk besitzt und an welchen Produktionen sie sich deshalb finanziell beteiligen sollten, wird durch die Investitionsverpflichtung überlagert.

Angesichts ihrer Regelungsgegenstands und Normzwecks, ihrer Adressaten und ihrer Wirkung ist die gesetzliche Regelung einer Investitionsverpflichtung für VoD-Anbieter dem Wirtschaftsrecht zuzuordnen, für das dem Bund nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG eine konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis zusteht.

bb. Unbeachtlichkeit einer parallelen Verfolgung kultureller Zwecke

Die Stärkung europäischer Produzent:innen mit Hilfe der Investitionspflicht soll gewährleisten, dass eine Pluralität von Akteuren auf dem Markt für audiovisuelle Werke tätig sein kann und auch in Zukunft tätig sein wird, und sie soll, in Verbindung mit dem Mindestrechterückbehalt, die Innovationskraft der deutschen und europäischen Filmwirtschaft stärken. Von der Pluralisierung der Marktteure verspricht man sich mittelbar u.a. eine Sicherung kultureller Vielfalt. Insofern betrifft die Investitionspflicht auch den Film in seiner Eigenschaft als Kulturgut.

Entsprechendes gilt für die Ergänzung der Investitionspflicht um eine Sprachquote, wonach mindestens 85 % der verpflichtend für europäische Werke zu verausgabenden Mittel in

deutschsprachige Produktionen investiert werden müssen. Sie soll die Verwendung der deutschen Sprache fördern. Aufgrund der engen Verknüpfung von Sprache und Kultur wird damit zugleich die kulturelle Vielfalt im Bereich audiovisueller Medien geschützt.

Dass eine wirtschaftsrechtliche Regelung ein Kulturgut wie den Film zum Gegenstand hat und auch kulturelle Belange berührt, ändert an der Zuordnung der Vorschriften zum „Recht der Wirtschaft“ jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nichts, „solange der maßgebliche objektive Regelungsgegenstand und -gehalt (...) in seinem Gesamtzusammenhang ein im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlicher ist (...).“⁷² So verhält es sich bei der Investitionsverpflichtung. Sie hat in erster Linie zum Ziel, die Pluralität von Anbieter:innen und Angeboten auf dem Markt für audiovisuelle Werke sicherzustellen. Dazu reguliert sie die Nachfrage und damit eine an der Wirtschaftlichkeit als Kriterium orientierte Entscheidung. Qualitative Kriterien, die auf die künstlerische oder kulturelle Bedeutung der finanzierten Werke abstellen würden, sind nicht vorgesehen.

Unerheblich für die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern ist es schließlich, dass die mit der Investitionspflicht verbundenen Beschränkungen von Grundfreiheiten deshalb gerechtfertigt sind, weil sie die sprachliche und kulturelle Vielfalt fördern sollen und gerade damit einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses dienen.⁷³ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt der unionsrechtlichen Bewertung eines Sachverhalts keine Bedeutung für die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen innerhalb der Bundesrepublik zu.⁷⁴

e. Erforderlichkeit der Regelungen i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG

Angesichts der engen funktionalen Verknüpfung der Vorschriften über den Mindestreicherückbehalt und die Investitionspflicht, die bereits eine einheitliche Zuordnung zu einem Kompetenztitel erforderlich gemacht hat, ist auch bei der Prüfung der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG auf den Gesamtkomplex abzustellen.

aa. Maßstab: Zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine bundesgesetzliche Regelung zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich, „wenn und soweit die mit ihr erzielbare Einheitlichkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik als Ganzen ist“.⁷⁵ Es muss darum gehen, Schranken und Hindernisse für den wirtschaftlichen Verkehr in der Bundesrepublik zu

⁷² BVerfGE 135, 155 (196, Rn. 102) – Filmförderabgabe.

⁷³ S.o. B.III.2.c.aa., S. 26 ff.

⁷⁴ BVerfGE 135, 155 (202, Rn. 111) – Filmförderabgabe.

⁷⁵ BVerfGE 135, 155 (204, Rn. 115) – Filmförderabgabe.

beseitigen und damit „erheblich[e], wirtschaftspolitisch nachteilig[e] Auswirkungen einer auf Landesebene bestehenden Rechtsvielfalt oder dort fehlender Regelungen“ zu beseitigen.⁷⁶

Die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG sind dabei nicht erst erfüllt, wenn ohne eine bundesgesetzliche Regelung die Funktionsfähigkeit sämtlicher Wirtschaftsbereiche gefährdet wäre. Ausreichend ist vielmehr, dass die Einheit in dem zu regelnden Sektor aus den mit dem Gesetz verfolgten gesamtstaatlichen Interessen bundesgesetzlicher Regelung bedarf.⁷⁷

Die Regelung des Bundes muss zudem nicht unerlässlich sein für die Wirtschaftseinheit. „Es genügt vielmehr, dass der Bundesgesetzgeber problematische Entwicklungen für die Rechts- und Wirtschaftseinheit erwarten darf.“⁷⁸

Nicht ausgeschlossen wird der Gebrauch der Bundeskompetenz zudem insbesondere durch „eine bloße theoretische Möglichkeit, das gesetzgeberische Ziel durch gleichlautende Ländergesetze zu erreichen“.⁷⁹ „Andernfalls wäre, da diese Möglichkeit theoretisch immer besteht, die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gegenstandslos. Die Vorschrift will nicht bundeseinheitliche Bundes- von bundeseinheitlicher Ländergesetzgebung abgrenzen. Sinn der föderalen Verfassungssystematik ist es, den Ländern eigenständige Kompetenzräume für partikular-differenzierte Regelungen zu eröffnen.“⁸⁰

bb. Sachfremder Standortwettbewerb bei landesrechtlicher Regelung

Gemessen an diesem Maßstab ist eine bundesgesetzliche Regelung von Mindestrechterückbehalt und Investitionspflicht erforderlich i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG. Eine Regelung durch Landesgesetz hätte einen Standortwettbewerb der Bundesländer und Wanderungsbewegungen zur Folge, die insoweit sachfremd und daher „unsinnig“⁸¹ wären, als sie sich nicht an Kriterien orientieren würden, die aus den spezifischen Erfordernissen von Produktion und Vertrieb audiovisueller Werke resultieren wie etwa der Verfügbarkeit von Fachpersonal oder den infrastrukturellen Voraussetzungen.

Aus Divergenzen zwischen den Entscheidungen der Länder über Art und Ausgestaltung einer Investitionspflicht würden sich Anreize für die Auswahl von Produktionsfirmen durch VoD-Anbieter ergeben. So würde etwa eine Landesregelung, der zufolge Streaming-Dienste 25 %

⁷⁶ *Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 72 Rn. 151; in der Sache ebenso BVerfGE 112, 226 (248 f.) – Studiengebühren; 138, 136 (176 f., Rn. 109) – Erbschaftssteuer; 140, 65 (87 f., Rn. 49) – Betreuungsgeld; skeptisch gegenüber dieser weiten Interpretation z.B. *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 72018, Art. 74 Rn. 106 ff.

⁷⁷ BVerwG, NVwZ 2011, 998 (1000 f.).

⁷⁸ BVerfGE 138, 136 (177, Rn. 110) – Erbschaftssteuer.

⁷⁹ BVerfGE 135, 155 (205, Rn. 117) – Filmförderabgabe.

⁸⁰ BVerfGE 106, 62 (150) – Altenpflegegesetz; ebenso BVerfGE 111, 226 (254) – Juniorprofessur.

⁸¹ Vgl. BVerfGE 125, 151 (157) – Gewerbesteuer Mindestbesatz.

ihres im regelnden Bundesland erzielten Nettovorjahresumsatzes⁸² in europäische Produktionen investieren müssen, für VoD-Anbieter einen Anreiz setzen, sich in Zukunft vermehrt an Produktionen außerhalb des regelnden Bundeslandes zu beteiligen. Denn damit würden sie ihren Nettoumsatz im betroffenen Land und damit das Volumen der von ihnen zu erfüllenden Investitionspflicht reduzieren.

Sollte ein Land aus diesem Grund eine Pflicht zur Investition in landeseigene Firmen normieren, würde dies – die (zweifelhafte) unionsrechtliche Zulässigkeit einer solche Regelung unterstellt – als Motivation für Produktionsfirmen wirken, sich im regelnden Land niederzulassen, um von dem zuverlässigen Investitionsstrom zu profitieren.

In beiden Fällen und unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung hätten die landesrechtlichen Regelungen wirtschaftspolitisch erhebliche nachteilige Auswirkungen. Denn sie würden dazu führen, dass die Wahl des Produktionsstandorts innerhalb der Bundesrepublik nicht alleine und vermutlich nicht einmal in erster Linie an den bestmöglichen personellen und sachlichen Rahmenbedingungen für die Herstellung der audiovisuellen Werke ausgerichtet würden, sondern an Zuverlässigkeit und Umfang der von Streaming-Diensten zu erwartenden Investitionen. Das wiederum würde die deutsche Filmwirtschaft und die Qualität ihrer Produkte tendenziell schwächen und wäre damit eine problematische Entwicklung für die Wirtschaftseinheit.

Ob die regionale Filmförderung durch die Länder⁸³ zumindest faktisch zu einem vergleichbar sachfremden Standortwettbewerb führt oder beiträgt, wie er bei divergierenden Landesvorschriften zu Investitionspflicht und Mindestreicherückbehalt zu erwarten wäre, ist ohne Bedeutung für die Bewertung der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung. Denn der Bund hat weder die verfassungsrechtliche Befugnis noch eine aus den Kompetenznormen folgende verfassungsrechtliche Pflicht, überall dort regulierend einzuschreiten, wo sich „unsinniger“ Wettbewerb zwischen Ländern oder Kommunen entwickelt. Art. 72 Abs. 2 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG eröffnet ihm lediglich für die dort genannten Sachbereiche die Möglichkeit, im Sinne einer für den Gesamtstaat vorteilhaften wirtschaftspolitischen Entwicklung Regelungen zu erlassen, wenn und soweit zu erwarten ist, dass eine Konkurrenz der Regionen problematische Entwicklungen in einem Wirtschaftssektor zeitigen würde.⁸⁴

⁸² Dass der Bezugspunkt für die Bestimmung der zu investierenden Summe diejenigen Einnahmen bzw. Umsätze sein müssen, die im Zielmitgliedstaat, also in jenem Gebiet erzielt wurde, in dem die Investitionspflichtung zu erfüllen ist, wird durch Art. 13 Abs. 3 S. 1 AVMD-RL 2018 vorgegeben; s. auch EWG 36 zur AVMD-RL 2018.

⁸³ Zur regionalen Filmförderung durch die Bundesländer s. <https://dfff-ffa.de/nuetzliche-links.html#cpid118> bzw. die dort verlinkten Seiten

⁸⁴ Davon abgesehen kann man mit gutem Grund bezweifeln, dass die Konkurrenz zwischen den Bundesländern, die infolge der regionalen Filmförderung entsteht, mit dem Standortwettbewerb vergleichbar ist, der durch konkurrierende Landesvorschriften über Investitionspflicht und Mindestreicherückbehalt ausgelöst würde. Denn die Auswahlentscheidungen der regionalen Filmförderung sind in erster Linie an Eigenschaften der geplanten Filme und Serien orientiert. Die Entscheidung über die geographische Verortung einer Produktion oder

Dass eine demnach erforderliche bundeseinheitliche Regelung auch über den Abschluss eines Staatsvertrags der Länder erreicht werden könnte, schließt die Bundeskompetenz schließlich nicht aus. Im Gegenteil würde das Bemühen um eine Koordination der landesrechtlichen Vorschriften darauf hindeuten, dass divergierende Landesgesetze den regulatorischen Zielen abträglich wären.

5. Zwischenergebnis

Die vorgeschlagenen Vorschriften über die Investitionsverpflichtung und den Mindestrechterückbehalt bilden einen eng verzahnten und deshalb kompetenzrechtlich einheitlich zu beurteilenden Regelungskomplex. Der Bund besitzt die Gesetzgebungskompetenz für die Gesamtregelung, unabhängig davon, ob man ihren Schwerpunkt im Bereich des Mindestrechterückbehalts oder der Investitionsverpflichtung sieht. Die Regelungsbefugnis des Bundes folgt entweder aus Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG oder aus Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

Produktionsfirma ist damit – zumindest dem Anspruch nach – das Ergebnis eines produkt- und qualitätsorientierten Wettbewerbs.

V. Vereinbarkeit von Investitionsverpflichtung und Mindestrechteerückbehalt mit den Grundrechten der VoD-Anbieter

1. (Unions-)Verfassungsrechtlicher Rahmen

Als Maßstab für die Bewertung der Grundrechtskonformität der vorgeschlagenen Regelungen kommen sowohl die Grundrechtecharta der Union als auch die Grundrechte des Grundgesetzes in Betracht. Denkbar ist zudem eine parallele Anwendung beider Grundrechtskataloge.

Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh sind die Unionsorgane stets, die Mitgliedstaaten hingegen „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ an die unionalen Grundrechte gebunden. Soweit das deutsche Recht durch Unionsrecht determiniert wird, ist es nach Auffassung sowohl des EuGH als auch des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich allein an den unionalen Grundrechten zu messen.⁸⁵

Die AVMD-Richtlinie schreibt den Mitgliedstaaten jedoch weder die Einführung einer Investitionspflicht noch die Regelung eines Mindestrechtevorbehalts zwingend vor. Sie eröffnet lediglich die Möglichkeit, VoD-Anbieter gesetzlich zur Investition in europäische Werke zu verpflichten, und macht eine Reihe von Vorgaben für die eventuelle Ausgestaltung einer entsprechenden Norm (Art. 13 Abs. 2, 3, 6 AVMD-Richtlinie). Ob bzw. in welchem Umfang Verwertungsrechte mindestens bei Filmherstellern verbleiben müssen, wird hingegen gar nicht geregelt.

Wenn und soweit das Unionsrecht das mitgliedstaatliche Recht nicht oder nicht vollständig determiniert, sind die mitgliedstaatlichen Regelungen grundsätzlich zumindest auch an den nationalen Grundrechtskatalogen zu messen, selbst wenn die innerstaatliche Vorschrift im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegt. Auch insoweit besteht Einigkeit zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem EuGH.⁸⁶ Der von Produzentenallianz und Produzentenverband vorgeschlagene Regelungskomplex muss danach jedenfalls mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar sein.

Übereinstimmend gehen Bundesverfassungsgericht und EuGH ferner davon aus, dass eine mitgliedstaatliche Regelung zusätzlich an der GRCh zu messen sein kann, wenn sie – obwohl sie sich im Rahmen mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume bewegt – der „Durchführung von Unionsrecht“ gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh dient. Unter welchen Voraussetzungen innerstaatliche Vorschriften als Durchführung des Unionsrechts in diesem Sinne zu qualifizieren sind und nationale und europäische Grundrechte deshalb parallel gelten, wird von den beiden Gerichten jedoch unterschiedlich bestimmt.

⁸⁵ St. Rspr. des BVerfG, s. zuletzt ausführlich BVerfGE 152, 216 (233 f., Rn. 43 f.) – Recht auf Vergessen II; zur st. Rspr. des EuGH insoweit z.B. EuGH, Urt. v. 24.03.1994, C-2/92 (Bostock), ECLI:EU:C:1994:116, Rn. 16; Urt. v. 10.07.2014, C-198/13 (Hernández), ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 37.

⁸⁶ S. BVerfGE 152, 152 (169 Rn. 42) – Recht auf Vergessen I; EuGH, Urt. v. 26.02.2013, C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 29.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt es darauf an, ob das Unionsrecht „einen hinreichend gehaltvollen Rahmen“ für die Ausfüllung ihrer Spielräume setzt, „der erkennbar auch unter Beachtung der Unionsgrundrechte konkretisiert werden soll“.⁸⁷ Der EuGH bestimmt den Anwendungsbereich der Charta demgegenüber tendenziell weiter. Er verlangt lediglich, dass nationale Regelungen Spielräume nutzen, die den Mitgliedstaaten durch eine Richtlinie oder durch die Grundfreiheiten eröffnet werden, und ist hiervon etwa schon dann ausgegangen, wenn sich eine mitgliedstaatliche Vorschrift im Themenbereich einer Richtlinie bewegt oder – noch weitergehend – allgemeines nationales (Straf-)Verfahrens- oder Sanktionenrecht in Rede steht, das auch zur Durchsetzung eines unionalen Sekundärrechtsakts dient.⁸⁸ Dass eine mitgliedstaatliche Regelung einen Bereich betrifft, für den die Union Regelungsbefugnisse besitzt, soll demgegenüber allein nicht ausreichend sein; ebenso wenig die Tatsache, dass eine Richtlinie bestehende mitgliedstaatliche Kompetenzen anerkennt.⁸⁹

Ob eine bundesgesetzliche Gesamtregelung, die eine Investitionspflicht von VoD-Anbietern und die bei den Filmherstellern mindestens verbleibenden Rechte normiert, danach auch am Maßstab der GRCh gemessen werden muss, ist nicht eindeutig. Die AVMD-Richtlinie regelt nicht nur die Zulässigkeit einer Investitionsverpflichtung, sondern gibt auch die Modalitäten in Teilen vor. Insbesondere trifft sie eine Regelung über die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Mitgliedstaaten, über die Berechnungsgrundlage für die finanziellen Beiträge, über die Verrechnung von Beiträgen, die in anderen Mitgliedstaaten geleistet werden, sowie über Ausnahmeregelungen für Anbieter mit niedrigen Zuschauerzahlen (s. Art. 13 Abs. 2, 3, 6 AVMD-Richtlinie). Damit wird ein „gehaltvoller Rahmen“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die nationalen Gesetzgeber gesetzt, was für die parallele Geltung der GRCh spricht. Andererseits fehlt es an jeglichen Vorgaben für die Regelung des Mindestrechterückbehalts. Letzterer lässt sich aber dem Themenbereich der AVMD-Richtlinie zuordnen und dürfte daher auch als einzelner vom EuGH als Durchführung von Unionsrecht qualifiziert werden. Der enge funktionale Zusammenhang zwischen Investitionspflicht und Mindestrechterückbehalt wiederum spricht gegen eine isolierte Betrachtung der beiden Elemente.

Im Ergebnis kann hier offenbleiben, ob der Gesamtkomplex ausschließlich an den Grundrechten des Grundgesetzes oder zusätzlich an der Grundrechtecharta zu messen ist, weil die Anwendung der beiden Grundrechtskataloge der Sache nach zu demselben Ergebnis führt.

⁸⁷ BVerfGE 152, 152 (169 f., Rn. 44) – Recht auf Vergessen I.

⁸⁸ S. EuGH, Urt. v. 26.02.2013, C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 24 ff.; etwas höhere Anforderungen insoweit in EuGH, Urt. v. 10.07.2014, C-198/13 (Hernández), ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 41 (unionsrechtliche und nationale Norm müssen dieselben Ziele verfolgen).

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 10.07.2014, C-198/13 (Hernández), ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 44 ff.

2. Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Grundgesetzes

Die vorgeschlagenen Regelungen sind am Maßstab von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG (Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film) sowie Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichbehandlungsgrundsatz) zu messen.

Sie berühren die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kunstfreiheit, auf die sich auch die VoD-Anbieter grundsätzlich berufen können und die Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als *lex specialis* verdrängen würde, nicht.

Soweit die VoD-Anbieter ihre Rundfunk- bzw. Filmfreiheit beruflich ausüben, geht Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als *lex specialis* der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG vor. Er verdrängt überdies die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Vertragsfreiheit,⁹⁰ wenn und soweit Verträge zum Zwecke der Berichterstattung durch Rundfunk und Film geschlossen werden.

Eine Verletzung von Art. 14 GG kommt im vorliegenden Zusammenhang nicht in Betracht. Zwar werden auch geistige Eigentumsrechte als Eigentum durch Art. 14 GG geschützt. Die hier in Rede stehenden einfach-gesetzlichen Regelungen berühren jedoch keine den VoD-Anbietern bereits zustehenden (Verwertungs-)Rechte, sondern regeln die Bedingungen, unter denen solche Rechte erworben werden können. Das Vermögen als solches wiederum zählt nicht zu den Schutzgegenständen der Eigentumsgarantie.

a. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG

VoD-Anbieter können sich auf die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG berufen, wenn und soweit sie zur Verbreitung künstlerischer Werke beitragen. Die konkreten Handlungen, die durch die vorgeschlagenen Regelungen berührt werden, fallen jedoch nicht in den Schutzbereich der Kunstfreiheit.

Art. 5 Abs. 3 GG schützt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowohl den Werk- als auch den Wirkungsbereich künstlerischen Schaffens.⁹¹ Er betrifft „nicht nur die künstlerische Betätigung, sondern darüber hinaus auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks, die für die Begegnung mit dem Werk als einem kunstspezifischen Vorgang sachnotwendig ist.“⁹² Die öffentliche Präsentation ist ein notwendiger Bestandteil der von der Kunstfreiheit geschützten Begegnung mit dem Werk.⁹³

Das Bundesverfassungsgericht gestattet daher grundsätzlich auch all jenen Personen die Berufung auf die Kunstfreiheit, die zur „Herstellung der Beziehungen zwischen Künstler und

⁹⁰ Art. 2 Abs. 1 GG würde überdies als subsidiär hinter Art. 12 Abs. 1 GG zurücktreten, käme die Berufsfreiheit hier zur Anwendung, wenn und weil die Verträge, die hier in Rede stehen, von den VoD-Anbietern im Rahmen der Ausübung eines Berufes geschlossen werden.

⁹¹ St. Rspr. seit BVerfGE 30, 173 (189) – Mephisto; s. aus jüngerer Zeit z.B. BVerfGE 142, 74 (96, Rn. 68) – Sampling.

⁹² BVerfG, NJW 2006, 596 (597); st. Rspr. seit BVerfGE 30, 173 (189) – Mephisto.

⁹³ *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 72018, Art. 5 Rn. 476.

Publikum“ beitragen, also daran mitwirken, ein Kunstwerk „unter die Menschen zu bringen“⁹⁴ wie etwa Verleger⁹⁵ und Schallplattenhersteller⁹⁶. Die rechtswissenschaftliche Literatur sieht des Weiteren z.B. Galeristen, Agenten und Produzenten im Grundsatz durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt.⁹⁷

Der Schutz einer im Wirkungsbereich der Kunst tätigen (natürlichen oder juristischen) Person endet jedoch, wo diese mit der Inanspruchnahme des Grundrechts „kein künstlerisches Konzept, sondern kommerzielle Interessen gegenüber dem Künstler durchzusetzen beabsichtigt“⁹⁸ und die künstlerischen Aspekte der Tätigkeit als Mittler von Kunstwerken nicht betroffen sind. „Die wirtschaftliche Verwertung eines Kunstwerks wird (...) durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht gewährleistet, ausgenommen vielleicht für den Fall, dass ohne eine wirtschaftliche Auswertung die freie künstlerische Betätigung praktisch nicht mehr möglich wäre.“⁹⁹

Danach fallen jene Handlungen und Entscheidungen von VoD-Anbietern, die durch die Regelung über den Mindestrechterückbehalt und die Investitionsverpflichtung berührt werden, nicht in den Schutzbereich der Kunstfreiheit.

Die Vorgabe, welche Verwertungsrechte den VoD-Anbietern von Filmherstellern maximal übertragen werden dürfen, betrifft ausschließlich die kommerzielle Verwertung der audiovisuellen Werke. Mit der Rechtaufteilung wird darüber entschieden, wer vom wirtschaftlichen Erfolg eines Films in welcher Weise profitiert. Künstlerische Aspekte und die Vermittlung des Kunstwerks werden hingegen nicht berührt.

Auch die Investitionsverpflichtung betrifft nicht die künstlerischen Aspekte der Herstellung und Vermittlung audiovisueller Werke. Die Finanzierung der Entstehung und Verbreitung künstlerischer Werke wird *für den Finanzierenden* ebenso wenig durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt wie die Vermietung eines Ateliers an einen bildenden Künstler für den Vermieter und das Betrachten und Konsumieren von Kunst durch die Rezipienten. Alle drei genannten Personengruppen gehören zu den wesentlichen Voraussetzungen des künstlerischen Kommunikationsprozesses. Deshalb betrifft die Investitionsverpflichtung die Kunstfreiheit der Filmproduzent:innen und weiteren Filmschaffenden (Schauspieler:innen, Regisseur:innen etc.) und würden ein Verbot der Vermietung von Ateliers oder der Aufführung eines Theaterstückes die Kunstfreiheit der mietenden Künstlerin bzw. der Beteiligten an der Theateraufführung betreffen. Aber Geldgeber und Vermieter werden in ihrer Funktion als solche nicht durch die

⁹⁴ von *Arnauld*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VII, 2009, § 167 Rn. 49.

⁹⁵ BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto; BVerfG, NJW 2006, 596 (597).

⁹⁶ BVerfGE 36, 321 (331); BVerfG, NJW 2006, 596 (597).

⁹⁷ Vgl. z.B. *Germelmann*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, ⁴2023, Art. 5 Abs. 3 Rn. 56; *Kempfen*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, ⁵⁵2023, Art. 5 Abs. 3 Rn. 173; *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, ⁷2018, Art. 5 Abs. 3 Rn. 432. Das BVerfG hat sich zu diesen Berufsgruppen noch nicht ausdrücklich geäußert.

⁹⁸ BVerfG, NJW 2006, 596 (597).

⁹⁹ BVerfG, NJW 2002, 3458 (3460); vgl. auch BVerfGE 31, 229 (239); zustimmend *Germelmann*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, ⁴2023, Art. 5 Abs. 3 Rn. 56; krit. *Kahl*, Der Staat 43 (2004), S. 167 (172).

Kunstfreiheit geschützt. Deshalb berührt – a maiore ad minus – auch der nur mittelbare Einfluss der Investitionsverpflichtung darauf, welche Filme in die Programme der VoD-Anbieter aufgenommen werden, gerade weil ihre Herstellung von diesen finanziert wurde, nicht die Kunstfreiheit der Streaming-Dienste, sondern allein den Schutz der Filmschaffenden durch Art. 5 Abs. 3 GG.

b. Rundfunk- und Filmfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

aa. Schutzbereich

Ob das Anbieten audiovisueller Werke über VoD-Plattformen dem Schutzbereich der Film- oder jenem der Rundfunkfreiheit zuzuordnen ist, wurde vom Bundesverfassungsgericht bisher nicht entschieden und ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten.¹⁰⁰

Diese Meinungsverschiedenheit ist zum Teil Folge unterschiedlicher Auffassungen dazu, was Rundfunk i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ausmacht und was daher zu den notwendigen Voraussetzungen für einen Schutz durch die Rundfunkfreiheit gehört. Mit Blick auf VoD-Anbieter wird insbesondere erörtert, ob sich die Ausstrahlung eines Programms nur dann als Rundfunk qualifizieren lässt, wenn sie linear erfolgt und zeitgleich von zumindest sehr vielen Rezipienten ohne Auswahlmöglichkeit empfangen wird, weil ein Programm nur dann die für den Rundfunk charakteristische Wirkung und Meinungsmacht entfalten könne.¹⁰¹

Soweit auf die Linearität der Ausstrahlung und auf die Gleichzeitigkeit des Empfangs als Voraussetzungen für die Qualifikation als Rundfunk verzichtet und allein auf die redaktionelle Aufbereitung als Bedingung abgestellt wird, sind die unterschiedlichen grundrechtlichen Verortungen von VoD-Angeboten die Konsequenz divergierender Einschätzungen dazu, ob VoD-Anbieter die auf ihren Plattformen bereitgestellten Inhalte in der Weise programmatisch aufbereiten, wie es Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Qualifikation als Rundfunk ist, oder nicht.¹⁰²

Wird ein VoD-Angebot aus dem einen oder anderen Grund nicht als Rundfunk qualifiziert, spricht man ihm jedenfalls den Schutz durch die Filmfreiheit zu.

¹⁰⁰ S. eine Qualifikation als Rundfunk i.Erg. ablehnend z.B. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 254, 628 a.E., 665; *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, ⁷2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 252; a.A. z.B. *Kaiser*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, ⁴2023, Art. 5 Abs. 1 Rn. 94; *Kühling*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, ⁴⁰2023, Art. 5 Abs. 1 Rn. 63; *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), GG, ⁹2021, Art. 5 Rn. 90b.

¹⁰¹ S. hierzu den Überblick von *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 254, 627 ff.

¹⁰² Eine redaktionelle Aufbereitung attestiert den VoD-Anbietern grundsätzlich z.B. *Kühling*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, ⁴⁰2023, Art. 5 Abs. 1 Rn. 63; a.A. etwa *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 665. – Nach Art. 1 lit. a (i) AVMD-Richtlinie 2018 gehört die „redaktionelle Verantwortung“ des Mediendiensteanbieters zu den Voraussetzungen für die Qualifikation einer Plattform als audiovisueller Mediendienst im Sinne der Richtlinie. Mehr als ein Hinweis kann dies jedoch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Betrachtung nicht sein.

Die Differenzierung zwischen Film- und Rundfunkfreiheit ist vor allem bedeutsam, weil Rechtsprechung und Literatur die organisations- und verfahrensrechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit differenziert entfaltet haben, die insoweit entwickelte Dogmatik aber grundsätzlich nicht auf die Filmfreiheit übertragbar ist. Geht es wie in der vorliegenden Konstellation allein um die abwehrrechtliche Wirkung, kann die Zuordnung hingegen im Ergebnis offenbleiben, da Rundfunk- und Filmfreiheit insoweit parallel ihren Schutz entfalten. Die bisher nur wenig dogmatisch konkretisierte Filmfreiheit kann insoweit analog zur Rundfunkfreiheit entfaltet werden.¹⁰³

Beide Grundrechte schützen jeweils umfassend die Gründung und den Betrieb privater Rundfunk- bzw. Filmunternehmen,¹⁰⁴ d.h. den gesamten Vorgang des Auswählens, Her- und Zusammenstellens eines Programms, des Erwerbs von Rechten an audiovisuellen Werken und auch die Verbreitung.¹⁰⁵ Mitumfasst werden insbesondere auch die wirtschaftlichen Bedingungen der Programmtätigkeit.¹⁰⁶ Die Finanzierung der Programmveranstaltung ist jedenfalls für den (Rundfunk- bzw. Film-)Veranstalter Teil der grundrechtlichen Garantie.¹⁰⁷ Auch die Verwertung von Programmen zur Sicherung der finanziellen Rahmenbedingungen fällt in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.¹⁰⁸ Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist insoweit *lex specialis* zur Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁰⁹

bb. Eingriff

Die geforderten Regelungen greifen in diese durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Freiheiten der VoD-Anbieter ein.

Die Vorgabe, welche Rechte an audiovisuellen Werken sich VoD-Anbieter maximal von Filmherstellern übertragen lassen dürfen, beeinflusst die Finanzierungsoptionen und -strukturen der VoD-Anbieter. Speziell die vorgesehene zeitliche Begrenzung der Rechteübertragung wirkt sich zudem auf die Programmgestaltung aus.

Die Investitionspflicht beschränkt die VoD-Anbieter rechtlich in der Auswahl der Werke, in die sie investieren, und damit mittelbar faktisch in ihrer Freiheit, die Werke auszuwählen, die sie auf ihren Plattformen anbieten. Denn diejenigen finanziellen Mittel, die für die Herstellung von

¹⁰³ Vgl. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 970; vgl. ferner *Kühling*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 40/2023, Art. 5 Abs. 1 Rn. 100 f.; *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 55/2023, Art. 5 Abs. 1 Rn. 88.

¹⁰⁴ S. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 706; *Schemmer*, Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 55/2023, Art. 5 Abs. 1 Rn. 72.

¹⁰⁵ Zu dem speziell durch die Filmfreiheit geschützten Verhalten z.B. *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 72/2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 258.

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 83, 238 (329), sowie z.B. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 689.

¹⁰⁷ S. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 689; *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 72/2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 241; vgl. BVerfGE 74, 297 (342); 83, 238 (310 f.).

¹⁰⁸ BVerfGE 83, 238 (303); a.A. noch BVerfGE 78, 101 (103)

¹⁰⁹ *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 735.

oder den Erwerb von Rechten an europäischen Produktionen verausgabt werden, stehen für anderweitige Programmgestaltungen nicht zur Verfügung.

Allerdings entfaltet eine bundesgesetzliche Regelung nur insoweit eine eigenständige, an Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu messende Beschränkungswirkung, wie ihre Vorgaben die Freiheit der VoD-Anbieter im Ergebnis faktisch weitergehend begrenzen als die bereits von der AVMD-Richtlinie zwingend vorgeschriebene Quote, wonach die Kataloge einen Mindestanteil europäischer Werke von 30 % enthalten müssen. Das ist bei der Gewichtung des Eingriffs im Rahmen der Angemessenheitsprüfung in Rechnung zu stellen.

cc. Rechtfertigung

Eingriffe in die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Rundfunk- und Filmfreiheit sind gerechtfertigt und damit verfassungskonform, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die den Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 GG genügt, und wenn sie auch im Übrigen mit dem Grundgesetz in Einklang stehen, insbesondere verhältnismäßig sind.

(1) Vorbehalt der „allgemeinen Gesetze“, Art. 5 Abs. 2 GG

Rundfunk- und Filmfreiheit finden ihre Grenzen in den „allgemeinen Gesetzen“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG. Als „allgemein“ in diesem Sinne ist eine gesetzliche Regelung jedenfalls dann zu qualifizieren, wenn sie nicht an die Inhalte einer Kommunikation anknüpft, sondern die Herstellung und Verbreitung einer Rundfunksendung bzw. eines Films unabhängig von deren Inhalten und Aussagegehalten erfasst. So liegt es hier. Die vorgeschlagenen Vorschriften sind inhaltlich neutral. Sie enthalten keine Kriterien, die darauf abstellen würden, welche Gegenstände wie dargestellt werden. Auch mit der Sprachquote wird nicht an den Inhalt einer Kommunikation angeknüpft. Die Geltung der in Rede stehenden Vorschriften ist vielmehr allein von den handelnden Personen und den Vertragsgegenständen abhängig.

(2) Verhältnismäßigkeit

Ausgehend von den mir zugänglichen Informationen stellen sich die vorgeschlagenen Regelungen schließlich auch als verhältnismäßig dar. Sie verfolgen einen legitimen Zweck, sind geeignet, diesen Zweck zu erreichen, und gehen nicht über das zur Zweckerreichung Erforderliche hinaus.

(a) Legitime Zwecke

Die vorgeschlagenen Regelungen sollen deutsche und europäische Filmproduzent:innen sowie den Innovationswettbewerb stärken und auf diese Weise zur Pluralität des Marktes für audiovisuelle Werke und zur Stärkung der Leistungsfähigkeit dieses Marktes beitragen. Der Mindesttrechterrückbehalt soll europäische Filmhersteller unterstützen und ihre Wettbewerbsfähigkeit sichern, indem er ihnen gesetzlich zuspricht, was sie aufgrund ihrer strukturellen Unterlegenheit in Verhandlungen mit VoD-Anbietern typischerweise nicht auszuhandeln in der Lage sind. Zugleich soll er die Innovationskraft des Marktes verbessern,

indem er gewährleistet, dass Produzent:innen an Erfolgen ihrer Werke finanziell partizipieren, und damit Anreize für neue (inhaltliche, technische, geschäftliche) Entwicklungen setzt.

Die Investitionspflicht soll die Nachfrage nach europäischen Produktionen und insbesondere nach Werken unabhängiger Produzent:innen erhöhen und damit sicherstellen, dass ein plurales, innovatives Filmangebot entsteht bzw. erhalten bleibt. Sie soll einer vertikalen Integration auf dem Markt für audiovisuelle Werke und den damit typischerweise verbundenen Verlusten von Vielfalt und Innovationsgehalt¹¹⁰ entgegenwirken.

Diese von den in Rede stehenden Vorschriften verfolgten Zwecke sind nicht nur verfassungsrechtlich legitim, es handelt sich um Rechtsgüter von Verfassungsrang. Die Regelungen sollen den europäischen und deutschen Filmproduzent:innen die Ausübung ihrer Freiheitsrechte erleichtern und dienen damit dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 5 Abs. 3 GG oder Art. 12 Abs. 1 GG, je nachdem welcher Aspekt der Tätigkeit von Produzent:innen betroffen ist.

Die mittelbar erwartete Förderung kultureller Vielfalt liegt zudem im Interesse der Kulturstaatlichkeit, die das Grundgesetz der Bundesrepublik als ein Staatsziel vorgibt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt Art. 5 Abs. 3 GG als objektive Grundsatzentscheidung für die Freiheit der Kunst dem Staat die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern, ohne jedoch Umfang und Form der Förderung vorzugeben.¹¹¹ Mindestrechterückbehalt und Investitionspflicht sollen die Strukturen des Marktes für audiovisuelle Produktionen modifizieren, um eine Pluralität von Anbietern zu gewährleisten und um Anreizstrukturen zu sichern bzw. wiederherzustellen, die Grundlage für einen funktionsfähigen Innovationswettbewerb sind. Mittelbar sollen sie so zur Vielfalt der hergestellten audiovisuellen Werke beitragen. Sie dienen damit auch der Verwirklichung von Kulturstaatlichkeit.

(b) Geeignetheit

Eine gesetzliche Regelung ist zur Erreichung ihrer Ziele geeignet im Sinne des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips, wenn sie überhaupt tauglich ist, das verfolgte Ziel zu erreichen. Das vom Staat gewählte Instrument muss nicht optimal sein. Vielmehr ist es ausreichend, dass es förderlich ist für die Zielverwirklichung. Es genügt die Möglichkeit der Zweckerreichung.¹¹²

In den rechtspolitischen Diskussionen über die hier diskutierten Regelungen wurde zum einen vorgetragen, die Vorschriften seien zur Förderung europäischer unabhängiger Produzent:innen nicht geeignet, weil VoD-Anbieter die vorgesehenen Investitionsquoten ohnehin schon

¹¹⁰ Vgl. *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 74 ff., 151 f.

¹¹¹ S. etwa BVerfGE 36, 321 (331); 81, 108 (116).

¹¹² St. Rspr. s. etwa BVerfGE 67, 157 (175 f.), und zuletzt BVerfGE 159, 223 (305 f., Rn. 185 f.) – Bundesnotbremse I.

erfüllten. Unabhängig davon, ob dies empirisch zutrifft, ergibt sich daraus jedenfalls nicht die Ungeeignetheit der Maßnahmen im verfassungsrechtlichen Sinne. Eine gesetzliche Regelung würde, erstens, die Investitionen, die möglicherweise derzeit bereits getätigt werden, auf Dauer gewährleisten. Zweitens würde sie gewährleisten, dass die Produzent:innen jedenfalls an den Werken, die mit verpflichtenden Investitionsmitteln erworben werden, Mindestrechte verblieben.

Gegen die Eignung wird zum anderen eingewandt, die Regelungen hätten lediglich zur Folge, dass Investitionsmittel an andere Orte gelenkt würden, könnten damit aber nicht zur Förderung von Pluralität beitragen.

Dieses Argument lässt sich zunächst mit der ersten Behauptung, die VoD-Anbieter erfüllen bereits heute die vorgesehenen Quoten, schwerlich vereinbaren; denn wenn die Investitionsflüsse den Vorgaben genügen, bewirken die Regelungen keine Richtungsänderung. Empirisch kann daher nur das eine oder das andere zutreffend sein.

Sollte die Investitionsverpflichtung dazu führen, dass VoD-Anbieter künftig mehr finanzielle Mittel als in der Vergangenheit in unabhängige europäische Produktionen investieren (oder zumindest das derzeitige Volumen dauerhaft verausgaben), dann könnte dies zudem nur dann ohne Konsequenzen für die Pluralität der produzierten Inhalte bleiben, wenn, erstens, alle Akteure gleichermaßen zur Vielfalt der Werke beitragen würden, und wenn zudem, zweitens, der Mindestrechtvorbehalt – der erst ab Geltung und nur bei Erfüllung der Investitionspflicht anwendbar ist – nicht zur Förderung von Kreativität und Innovationen beitragen könnten. Für beide empirischen Annahmen sind jedenfalls mir keine Nachweise ersichtlich. Im Gegenteil erscheint es zumindest plausibel anzunehmen, dass Filmhersteller, die – auch aufgrund des Mindestrechtvorbehalts – in größerem Umfang über eigene Finanzmittel und Kapital durch Einnahmen aus Gewinnen und Lizenzrechten verfügen, sich mehr Freiheiten bei der Entwicklung von kreativen Inhalten nehmen, und dass sie ein größeres Interesse daran haben, über innovative Produkte ein großes Publikum zu erreichen.¹¹³ Ebenso liegt es nahe anzunehmen, dass gesellschaftsrechtlich und wirtschaftlich unabhängige Produzent:innen ihren Werken eher und nachdrücklicher eine eigene Handschrift geben als Filmhersteller, die Teil eines global agierenden VoD-Anbieters sind.

Es ist danach zumindest wahrscheinlich, dass die vorgeschlagene Gesamtregelung zur Sicherung der Stellung unabhängiger Produzent:innen und zur Förderung kultureller Vielfalt beiträgt. Bei der Bewertung der Geeignetheit einer Maßnahme, d.h. hier konkret bei der Prognose, wie sich die geforderten Regelungen auf den Markt für audiovisuelle Werke auswirken würden, verfügt der Gesetzgeber zudem über einen Spielraum.

¹¹³ Vgl. *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 85.

(c) Erforderlichkeit

Eine gesetzliche Regelung ist erforderlich im verfassungsrechtlichen Sinne, wenn es kein milderes Mittel gibt, mit dem die Ziele der Regelung ebenso effektiv erreicht werden können.¹¹⁴

An der Erforderlichkeit einer Maßnahme fehlt es dementsprechend, „wenn ein gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Gemeinwohlziels zur Verfügung steht, das den Grundrechtsträger weniger und Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastet. Die sachliche Gleichwertigkeit der alternativen Maßnahmen zur Zweckerreichung muss dafür in jeder Hinsicht eindeutig feststehen.“¹¹⁵

Eine freiwillige Selbstverpflichtung der VoD-Anbieter zur Investition einer bestimmten Summe in unabhängige europäische Produktionen würde den durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Gestaltungsspielraum der Anbieter weniger beschränken, wäre aber mangels zwangsweiser Durchsetzbarkeit jedenfalls nicht eindeutig gleich effektiv wie eine gesetzliche Regelung.

Entsprechendes gilt für Ausgestaltungen der Investitionsverpflichtung, die eine bedingte Reduktion der Nettovorjahresquote vorsehen und die Höhe der Quote etwa davon abhängig machen, wie schnell nach dem Kinostart ein Film auf den Plattformen angeboten wird¹¹⁶.

Auch Aushandlungslösungen, für die gesetzlich nur ein Rahmen bestimmt wird, beschränken die Freiheitsrechte der VoD-Anbieter weniger weitgehend. Sie sind aber den gesetzlichen Pflichten wiederum nicht eindeutig sachlich gleichwertig.¹¹⁷

Milder, aber nicht in jeder Hinsicht eindeutig gleich effektiv wäre schließlich eine Anreizregulierung, die Steuererleichterungen vorsieht, wenn und soweit VoD-Anbieter in europäische Produktionen investieren. Sie überlässt die Entscheidung, ob und in welcher Höhe Investitionen in europäische Werke getätigt werden, letztlich den Plattformbetreibern und kann daher jedenfalls nicht auf Dauer sicherstellen, dass Mittel für europäische Produktionen verausgabt werden. Mit der Erweiterung des Freiheitsraums für VoD-Anbieter korreliert in diesem Fall die Verringerung der Effektivität der Maßnahme.

(d) Angemessenheit

„Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordern, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, in einer

¹¹⁴ St. Rspr., s. z.B. BVerfGE 67, 157 (176); 126, 112 (144 f., Rn. 103).

¹¹⁵ BVerfGE 159, 223 (314, Rn. 203) – Bundesnotbremse I.

¹¹⁶ Zu diesem französischen Modell *IRIS Plus*, Investitionen in europäische Werke: die Verpflichtungen der VoD-Anbieter, 2022, S. 43 f.

¹¹⁷ Die französische Regelung einer Investitionspflicht sieht vor, dass die VoD-Anbieter mit dem „Conseil supérieur de l’audiovisuel“ (CSA) vereinbaren, welcher Anteil der Investitionssumme für den Kinobereich und welcher für andere audiovisuelle Formate wie Serien, Fernsehfilme und Dokumentationen zu verwenden ist. Als Mindestquote sind jeweils 20 Prozent der gesamten Investitionssumme vorgesehen, s. *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 139.

Abwägung Reichweite und Gewicht des Eingriffs in Grundrechte einerseits der Bedeutung der Regelung für die Erreichung legitimer Ziele andererseits gegenüberzustellen.¹¹⁸ Gesetze, die durch Art. 5 Abs. 1 GG garantierte Freiheiten beschränken, sind zudem bei ihrer Anwendung im Einzelfall wiederum im Lichte der Kommunikationsgrundrechte zu interpretieren.¹¹⁹

Auch bei der Prüfung der Angemessenheit verfügt der Gesetzgeber grundsätzlich über einen Einschätzungsspielraum, der sich allerdings nicht auf die abschließende Gewichtung der kollidierenden Belange bezieht, sondern allein auf die Bestimmung der Eingriffstiefe und des Maßes der Zielerreichung.¹²⁰

(i) Intensität des Eingriffs und Gewicht der betroffenen Belange

Wie schwer der Eingriff in die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG garantierte Rundfunk- bzw. Filmfreiheit wiegt, den die vorgeschlagene Gesamtregelung bewirken würden, ist abhängig von einer Reihe von Variablen ab, die sich mit den (mir) derzeit verfügbaren Daten nur näherungsweise konkretisieren lassen.

Wie gewichtig die Freiheitseinschränkung ist, die aus der bundesgesetzlichen Pflicht folgt, 25 % des Nettovorjahresumsatzes in europäische Produktionen zu investieren, ist zunächst davon abhängig, wie groß das Delta zwischen dieser Investitionsquote und der bereits durch die AVMD-Richtlinie vorgegebenen Airtime-Quote von 30 % in der Regel ist. Nur soweit eine signifikante Zahl von europäischen Werken länger als ein Jahr lang zur Erfüllung der 30 %-Quote auf den Plattformen angeboten wird, geht die vorgeschlagene nationale Investitionspflicht überhaupt über die unionsrechtliche Vorgabe hinaus und wirkt als Eingriff. Je kürzer europäische Produktionen zur Erfüllung der Airtime-Quote bereitgestellt werden, desto geringer sind die mit der nationalen Investitionsquote als solcher verbundenen Freiheitseinbußen.

Die zusätzliche Vorgabe, 85 % der verpflichtenden Investitionen für im Original deutschsprachige Produktionen zu verausgaben, reicht über die unionsrechtlichen Vorgaben, die keine Sprachquote kennen, hinaus und setzt der Freiheit der VoD-Anbieter bei der Gestaltung ihrer Programme eine nicht unerhebliche Grenze. Da der Bezugspunkt für die Bestimmung des verpflichtenden Investitionsvolumens allein der in Deutschland erzielte Nettoumsatz ist und zudem rund 80 % der Finanzmittel frei verfügbar bleiben, hat dieser Eingriff jedoch andererseits auch kein herausgehobenes Gewicht.

Angesichts der Möglichkeit der Synchronisation kommt es für die nähere Bestimmung der Eingriffstiefe zum einen darauf an, wie erfolgreich deutschsprachige Produktionen beim deutschen und internationalen Publikum sind bzw. sein könne. Je erfolgreicher im Original deutschsprachige Produktionen bei den (potentiellen) Abonnett:innen von VoD-Anbietern

¹¹⁸ St. Rspr., s. zuletzt BVerfGE 159, 223 (318, Rn. 216) – Bundesnotbremse I.

¹¹⁹ Sog. Wechselwirkungslehre, st. Rspr. seit BVerfGE 7, 198 (209).

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 159, 223 (319, Rn. 217) – Bundesnotbremse I.

sind, desto geringer ist das Eingriffsgewicht. Zum anderen ist in Rechnung zu stellen, wie groß der Prozentsatz ist, den Streaming-Dienste bereits heute durchschnittlich für deutschsprachige Film- und Serienprojekte verausgaben. Je größer diese Summe, desto geringer der mit der Sprachquote bewirkte Eingriff.

Entsprechendes gilt für die Gewichtung der Freiheitseinschränkungen, die mit der Verpflichtung zur Investition in die *Herstellung* von audiovisuellen Werken und zur Zusammenarbeit mit von den VoD-Diensten *unabhängigen* Produzent:innen verbunden sind.

Die Investitionspflicht betrifft die Rundfunk- und Filmfreiheit der VoD-Anbieter schließlich auch insoweit, als sie vor organisationsbezogenen Einwirkungen schützt, die sich auf die Programmtätigkeit auswirken können.¹²¹ Es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Verpflichtung, jährlich 25 % des Nettovorjahresumsatzes in deutsche bzw. europäische Produktionen zu investieren, interne Umstrukturierungen und Änderungen des Geschäftsplans der Plattformbetreiber zur Folge hat, die sich auch auf die Programmgestaltung auswirken könnten. Wie groß diese Effekte sind, ist nicht zuletzt davon abhängig, wieviel Prozent ihres Nettovorjahresumsatzes Streaming-Dienste ohnehin regelmäßig in Produktionen bzw. den Rechteerwerb investieren. Je größer dieser Prozentsatz ist, desto kleiner ist die insoweit bewirkte Einbuße an Flexibilität und Freiheit.

Wie weit der Mindestrechterückbehalt die Freiheitsrechte der VoD-Anbieter beschränkt, ist zum einen abhängig davon, wie häufig derzeit Vereinbarungen getroffen werden, die nach Einführung der vorgeschlagenen Regelung nicht mehr möglich sein werden. Hierzu gibt es unterschiedliche Angaben. Je häufiger Produzent:innen derzeit einem so genannten Total Buy Out zustimmen, desto schwerer wiegt der mit der Regelung verbundene Eingriff für die Plattformbetreiber, womit zugleich jedoch auch der mit der Regelung erzielte Schutz steigt.

Für das Eingriffsgewicht ist überdies von Bedeutung, wie viele Einnahmen die VoD-Anbieter gerade damit generieren, dass sie über die Rechte verfügen, die nach der vorgeschlagenen Regelung zwingend bei Produzent:innen zu verbleiben haben. Auch hier gilt: Je größer die Einnahmen, desto gravierender ist der Eingriff, aber zugleich wiederum auch der erreichte Schutz und damit das Maß der Zielerreichung durch den Gesetzgeber.

(ii) Gewicht der geschützten Belange und Maß der Zielerreichung

Der vorgeschlagene Regelungskomplex dient dem Schutz und der Förderung gewichtiger verfassungsrechtlicher Belange.

Der Gesetzgeber erfüllt mit den Vorgaben zum einen seine Pflicht zum Schutz vor allem der unabhängigen Produzent:innen, die global tätigen Plattformbetreibern typischerweise als strukturell unterlegene Vertragsparteien gegenüber treten. Soweit Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 5 Abs. 3 GG die Freiheit der Filmproduzent:innen gewährleisten, die zur Ausübung ihrer

¹²¹ Vgl. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 691.

(künstlerischen) Tätigkeit erforderlichen Verträge zu schließen, verpflichten sie den Staat auch dafür zu sorgen, dass es nicht „aufgrund eines fehlenden Kräftegleichgewichts und damit aufgrund sog. gestörter Vertragsparität zwischen den Vertragspartnern im Ergebnis zu einer Fremdbestimmung des „Schwächeren“ durch den „Stärkeren“ kommt“ und das Freiheitsrecht der Produzent:innen damit entleert wird. Für den Schutz der Vertragsfreiheit durch die speziellen Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 GG kann in dieser Hinsicht nichts anderes gelten als für die allgemeine Gewährleistung der Privatautonomie durch Art. 2 Abs. 1 GG. Mit Blick auf die letztere hat das Bundesverfassungsgericht eine Pflicht des Staates zur Herstellung von Vertragsparität ausdrücklich anerkannt. Wenn aber schon das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit zum Schutz einer strukturell unterlegenen Vertragspartei verpflichtet, dann muss dies erst recht für die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 GG mit der ihnen eigenen konstitutiven Bedeutung für die Demokratie der Bundesrepublik gelten.

Auch die Investitionsverpflichtung stärkt die Freiheitsrechte der europäischen und deutschen Filmproduzent:innen, indem sie ihnen einen Marktanteil sichert.

Beide Elemente des vorgeschlagenen Regelungskomplexes sollen mittelbar zudem zum Erhalt der Innovationskraft des deutschen und europäischen Filmmarktes und damit mittelbar zu jener Vielfalt beitragen, die für die Kulturstaatlichkeit kennzeichnend ist und die damit zu den Staatszielen und den Verfassungsbelangen von besonderem Gewicht gehört.

Damit bleibt zu bestimmen, in welchem Maß Investitionspflicht und Mindestrechterückbehalt ihre Ziele erreichen, den intendierten Schutz bewirken und die Rechte der Produzent:innen stärken sowie zur kulturellen Vielfalt beitragen. Insofern ist zunächst hervorzuheben, dass Eingriffstiefe und Intensität des Schutzes in mehreren Hinsichten korrelieren. Für die Abwägung ist es daher im Ergebnis ohne Bedeutung, wie groß die Zahl der Total Buy Outs ist und wie hoch die Einnahmen sind, die mit den zwingend den Filmherstellern zugeordneten Rechten erzielt werden. Eine Veränderung der Zahlen führt dazu, dass das Gewicht des Eingriffs und die Intensität des bewirkten Schutzes parallel steigen bzw. sinken. Entsprechendes gilt für die Förderung der Pluralität von Marktakteuren. Sollten die VoD-Anbieter schon bisher wesentliche Teile ihrer Investitionen an unabhängige europäische Produzent:innen vergeben, ist die Steuerungswirkung ebenso gering wie die Eingriffstiefe.

In welchem Maß die Regelungen zur Sicherung und Förderung der Marktpluralität, der Innovationskraft der deutschen und europäischen Filmproduktionen und auf diesem Weg zu kultureller Vielfalt beitragen können, ist zudem davon abhängig, wie die Lage am Markt derzeit bewertet wird, welchen Hindernissen die Filmhersteller bei der Verwirklichung ihrer Ideen begegnen und welchen Einfluss speziell die wachsende Bedeutung der VoD-Anbieter auf die Marktpluralität hat. Hierzu gibt es unterschiedliche Einschätzungen. Die zunehmende Konsolidierung und Konzentration des VoD- sowie des Produktionsmarktes und die vermehrte vertikale Integration dürften noch weitgehend konsentiert sein, ebenso die Tatsache, dass mit den Plattformen auch die Nachfrage nach audiovisuellen Werken wächst.

Nicht eindeutig ist demgegenüber, welche Konsequenzen diese Veränderungen der Marktstrukturen für die Marktpluralität, den Innovationswettbewerb und damit letztlich für Gestalt, Inhalte und Vielfalt der produzierten audiovisuellen Werke hat. So wird einerseits berichtet, dass die Nachfrage gerade nach kreativen, lokalen Inhalten wächst, weil sie sich zu einem Erfolgsfaktor auch im globalen Wettbewerb entwickelt haben, und dass eine erhöhte Dynamik am Markt auch und gerade für unabhängige Produzent:innen neue Möglichkeiten eröffnet. Andererseits beschreiben Expert:innen, dass neue (finanzielle) Abhängigkeiten von den Plattformen entstehen, die von den VoD-Anbietern für engmaschige kreative und finanzielle Kontrollen genutzt werden,¹²² dass auch die lokal produzierten Inhalte an internationalen Zielgruppen ausgerichtet und damit homogenisiert werden¹²³ und dass Total Buy Outs mit der Vereinbarung von „Producer´s Fees“ Produzent:innen davon abhalten, sich in einen Innovationswettbewerb einzubringen.

Soweit diese Entwicklungen nicht eindeutig sind, verfügt der Gesetzgeber bei der Bewertung und Gewichtung über einen Prognose- und Einschätzungsspielraum.

dd. Zwischenergebnis

Trotz der verbleibenden Unsicherheit mit Blick auf das Maß des bewirkten Schutzes und die Eingriffstiefe, angesichts des Gewichts der verfolgten Belange, eingedenk der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und angesichts der Tatsache, dass die unklare Empirie das Verhältnis von Eingriffstiefe zu Schutzintensität überwiegend nicht verschiebt, weil Eingriffstiefe und Schutzintensität parallel zu- oder abnehmen, erweist sich die Gesamtregelung danach insgesamt als verhältnismäßig.

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

Nach Art. 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Das Bundesverfassungsgericht versteht diesen allgemeinen Gleichheitssatz in ständiger Rechtsprechung als Gebot, „wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln“,¹²⁴ und wendet ihn auf Begünstigungen ebenso an wie auf Belastungen. Dem Gesetzgeber ist damit nicht jede Differenzierung verwehrt. Unterscheidungen bedürfen aber immer einer „Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.“¹²⁵

Die vorgeschlagenen Regelungen über Investitionspflicht und Mindestrechterückbehalt sollen ausschließlich für VoD-Anbieter gelten. Fernsehsender und Kinobetreiber sollen nicht erfasst werden, obwohl sie ebenfalls Rechte an audiovisuellen Werken erwerben und – im Fall der

¹²² *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 86.

¹²³ Mit den Worten von *Moritz Bleibtreu*: „Alles sieht gleich geil aus.“, zitiert nach *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 88 Fn. 178.

¹²⁴ St. Rspr., s. nur BVerfGE 149, 222 (253 f. Rn. 64).

¹²⁵ St. Rspr., s. nur BVerfGE 149, 222 (253 f. Rn. 64).

Fernsehsender – zudem auch in einem für den Markt erheblichem Umfang in die Produktion von Filmen und Serien investieren. Zu prüfen ist daher, ob diese Ungleichbehandlungen von, erstens, VoD-Anbietern und Fernsehsendern und von, zweitens, VoD-Anbietern und Kinobetreibern durch hinreichende Sachgründe gerechtfertigt sind.

aa. VoD-Anbieter und Fernsehveranstalter

(1) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Bei VoD-Anbietern mit Zielpublikum in Deutschland einerseits und (privaten und öffentlichen) Fernsehsendern, die sich an ein deutschsprachiges Publikum richten, andererseits handelt es sich jeweils um Einrichtungen, die für die Zwecke ihres Geschäftsbetriebs in die Herstellung von oder den Erwerb von Rechten an audiovisuellen Werken (Filmen, Serien, Dokumentationen) investieren und die zudem – mit Blick auf ihre Umsätze, Zuschauerzahlen und ihr Investitionsvolumen für audiovisuelle Werke – über eine erhebliche Präsenz auf dem Markt für Filme und Serien verfügen.¹²⁶ Die beiden Gruppen sind mithin vergleichbar mit Blick auf ihre Tätigkeit und ihre Bedeutung auf dem Markt für audiovisuelle Produktionen.

Der Regelungsvorschlag von Produzentenallianz und Produzentenverband differenziert zwischen den vergleichbaren Gruppen nach der Art, in der audiovisuelle Werke verbreitet werden: Einrichtungen, die audiovisuelle Produktionen ausschließlich auf Abruf anbieten, fallen in den Anwendungsbereich der Vorschriften. Demgegenüber sollen die Regelungen nicht für Einrichtungen gelten, die auch oder ausschließlich ein lineares Sendeangebot präsentieren.

(2) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

(a) Prüfungsmaßstab

Ob diese Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem verfassungsrechtlich zulässig ist, bemisst sich nach einem „stufenlose[n] am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte[n] verfassungsrechtliche[n] Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben.“ Je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann, umso enger sind die Grenzen, die Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber zieht.¹²⁷ „Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale,

¹²⁶ Für einen Überblick über die wesentlichen Investoren in audiovisuelle Produktionen in Deutschland und ihre Investitionsvolumina in den Jahren 2019-2021 s. *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 14.

¹²⁷ St. Rspr., s. nur BVerfGE 111, 160 (169).

an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern.“¹²⁸

Bei der Konkretisierung des Maßstabs, an dem sich die Ungleichbehandlung von VoD-Anbietern und Fernsehsendern messen lassen muss, ist danach Folgendes zu berücksichtigen: Investitionspflicht und Mindestreicherückbehalt schränken die Rundfunk- bzw. Filmfreiheit der VoD-Anbieter ein. Von welcher Intensität dieser Eingriff ist, lässt sich auf der Grundlage der mir verfügbaren Daten nicht abschließend präzisieren. Denkbar ist sowohl eine nur marginale Freiheitseinschränkung als auch eine substantielle Begrenzung der Programm- und Finanzierungsfreiheit.

Die Anwendbarkeit der geforderten Regelungen ist abhängig von der Ausgestaltung des Sendeangebots. Damit wird nicht ein personen-, sondern ein tätigkeitsbezogenes Differenzierungskriterium gewählt, das keine Verbindung zu den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kategorien aufweist. Ob eine Einrichtung ausschließlich VoD-Dienste oder zusätzlich ein lineares Programm anbietet, ist das Ergebnis einer freien (unternehmerischen) Entscheidung für ein Betriebs- bzw. Geschäftsmodell. Die Betroffenen können den Anknüpfungspunkt für ihre Belastung also im Prinzip beeinflussen und selbst Maßnahmen ergreifen, um einer Inanspruchnahme zu entgehen. Das erfordert allerdings nicht nur eine Umgestaltung des laufenden Betriebs, sondern eine grundlegende Änderung und Neuausrichtung des gesamten Geschäftsmodells, für die zudem ein erhebliches Startkapital benötigt wird. Das Differenzierungskriterium kann von VoD-Anbieter mithin zwar beeinflusst werden, aber es ist nur schwer verfügbar.

Danach dürfte im Ergebnis eine Verhältnismäßigkeitsprüfung mittlerer Intensität angezeigt sein. Die Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung erhöhen sich oder sinken, je nachdem als wie intensiv sich der Eingriff in die Freiheitsrechte der VoD-Anbieter erweist. Im Ergebnis kommt es darauf aber nicht an, weil schon kein sachlicher Grund für die Unterscheidung ersichtlich ist, der auch nur den Anforderungen einer zurückgenommenen Prüfung der Verhältnismäßigkeit gerecht würde.

(b) Prüfung

Zwei Sachgründe zur Rechtfertigung der Unterscheidung zwischen VoD-Anbietern und Fernsehsendern kommen in Betracht.

(aa) Vergangene Investitionstätigkeiten und Anreizstrukturen

Zunächst könnten Fernsehsender mit Verweis darauf von Investitionspflicht und Mindestreicherückbehalt ausgenommen werden, dass sie die geforderten Investitionsquoten in

¹²⁸ St. Rspr., s. z.B. BVerfGE 149, 222 (253 f. Rn. 64).

der Vergangenheit ohnehin bereits deutlich übertroffen und seltener als VoD-Anbieter „Total Buy Out“-Vereinbarungen geschlossen haben.¹²⁹

Als solche können zurückliegende Investitionstätigkeiten und Vertragsgestaltungen eine Differenzierung zwischen reinen Streaming-Diensten und Fernsehsendern zwar nicht begründen. Denn das Bedürfnis, bisherige Investitionstätigkeiten durch eine gesetzliche Verpflichtung auf Dauer zu stellen und insbesondere die Einhaltung der Subquoten zu sichern, besteht im Grundsatz mit Blick auf Fernsehsender in gleicher Weise wie für VoD-Anbieter¹³⁰. Entsprechendes gilt für den Mindestrechtlicherückbehalt: Selbst wenn Fernsehsender bisher weniger häufig als VoD-Anbieter einen „Total Buy Out“ vereinbart haben sollten, besteht doch auch bei ihnen grundsätzlich die Möglichkeit bzw. das Risiko, dass sie ihre Geschäftsstrategie in der Zukunft insoweit ändern.

Vergangenes Geschäftsverhalten könnte die Unterscheidung aber rechtfertigen, wenn es Ausdruck und Folge von rechtlichen und/oder tatsächlichen Strukturen wäre, die (i) erwarten lassen, dass Fernsehsender in Zukunft weiterhin und auch ohne eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung die geforderten Investitionsquoten erfüllen und den Produzent:innen dabei Mindestrechte belassen werden, und wenn (ii) diese Strukturen nur Fernsehveranstalter, nicht aber VoD-Anbieter betreffen und deshalb nur von Fernsehveranstaltern angenommen werden kann, dass sie das gewünschte Verhalten zeigen, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein.

Derartige Strukturen sind aber nicht ersichtlich. Rechtlich steht es Fernsehveranstaltern ebenso wie VoD-Anbietern frei, in europäische oder außereuropäische Werke zu investieren, die von unabhängigen Produzent:innen oder „in house“, auf Deutsch oder in einer anderen Sprache im Original hergestellt werden können; ebenso haben beide Gruppen unbeschränkt die rechtliche Möglichkeit, einen Total Buy Out zu vereinbaren. Für Fernsehsender, die sich mit ihrem Programm an ein deutschsprachiges Publikum richten, ergibt sich aus dem Kreis der Adressat:innen ein Anreiz, in deutsche und im Original deutschsprachige Produktionen zu investieren. Dieser Eigenanreiz zur Erfüllung der geforderten Investitionsquoten besteht aber im Prinzip auch für VoD-Anbieter mit deutschsprachigem Zielpublikum. Ein Unterschied mag sich daraus ergeben, dass Fernsehsender häufiger als VoD-Anbieter *ausschließlich* das nationale Publikum adressieren, die Möglichkeiten einer globalen Vermarktung audiovisueller Werke daher für sie bei Investitionsentscheidungen eine geringere Rolle spielen und sie deshalb tendenziell mehr Mittel für Werke ausgeben, die in Deutschland und der Europäischen Union produziert wurden. Die Investitionsvolumina der vergangenen Jahre können insoweit als Indiz herangezogen werden. Wie groß dieser (vermutete) Unterschied in der Anreizstruktur ist, lässt sich schwer empirisch verifizieren. Aus verfassungsrechtlicher Sicht kommt es hierauf aber auch nicht an. Denn jedenfalls rechtfertigt er es nicht, Fernsehsender von der Anwendung des

¹²⁹ Vgl. *Goldmedia*, Gutachten, 2022, S. 11 ff.

¹³⁰ Vgl. oben B.V.2.cc.(2)(b), S. 50 ff.

Mindestrechterückbehalts auszunehmen, und weil die Investitionsverpflichtung zu den Funktionsvoraussetzungen der Mindestrechtgarantie zählt, kann die Differenzierung zwischen VoD-Anbietern und Fernsehsendern im Ergebnis weder mit Blick auf den Rechterückbehalt noch mit Blick auf die Investitionsverpflichtung damit begründet werden, dass von Fernsehveranstaltern auch ohne rechtliche Pflicht ein der gesetzlichen Regelung entsprechendes Verhalten zu erwarten ist.

(bb) Leistungsfähigkeit

Eine Differenzierung bei der Auferlegung von Belastungen kann sich grundsätzlich auch an Unterschieden beim Leistungsvermögen der Verpflichteten orientieren. Die hier vorgeschlagenen Regelungen tragen diesen Unterschieden insofern Rechnung, als die zu investierenden Summen nicht in absoluten Zahlen, sondern als Prozent des Vorjahresumsatzes bestimmt werden und zudem eine Mindestgröße der erfassten Einrichtungen¹³¹ normiert ist. Dass Fernsehsender durch die 25 %-Quote und den Mindestrechterückbehalt gleichwohl stärker belastet würden als VoD-Anbieter, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil deuten die Investitionen der Vergangenheit an, dass es Fernsehsender eher leichter fallen dürfte, den geforderten Pflichten zu genügen.

(3) Zwischenergebnis

Damit fehlt es an einem Sachgrund, der es rechtfertigen würde, den Anwendungsbereich von Investitionspflicht und Mindestrechterückbehalt auf VoD-Anbieter zu beschränken und Fernsehveranstalter auszunehmen. Der Gesetzgeber würde mit einer entsprechenden gesetzlichen Regelung seinen Spielraum überschreiten und gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

bb. VoD-Anbieter und Kinobetreiber

VoD-Anbietern und Kinobetreibern ist gemeinsam, dass sie beide Verwertungsrechte an Kinofilmen erwerben und nutzen. Gleichwohl sollen Kinobetreiber nicht den Regelungen über die Investitionspflicht und den Mindestrechterückbehalt unterworfen werden. Auch diese Differenzierung knüpft an die Art und Weise an, in der audiovisuelle Werke für die Allgemeinheit zugänglich gemacht werden. Es handelt sich wiederum um eine verhaltensbezogene Unterscheidung. Den Betroffenen ist es allerdings auch hier nur mit erheblichem Aufwand möglich, selbst auf die Zuordnung zu einer Gruppe Einfluss zu nehmen.¹³² Zwischen Kinobetreibern und VoD-Anbietern bestehen jedoch mit Blick auf die Ziele und Instrumente der vorgeschlagenen Regelungen signifikante Unterschiede: Kinobetreiber investieren regelmäßig nicht in die Produktion von audiovisuellen Werken und werden auch nicht selbst als Produzent:innen tätig, sondern erwerben lediglich Rechte an bereits hergestellten Filmen. Ihr Einfluss auf die Entwicklung der deutschen und europäischen

¹³¹ Die Regelungen sollen nicht für VoD-Anbieter mit einem geringem Nettovorjahresumsatz (< 5 Millionen Euro) oder geringen Zuschauer:innenzahlen (< 0,5 % der Gesamtzahl der VoD-Zuschauer:innen in Deutschland) gelten, s.o. B.I.3.a., S. 14.

¹³² Vgl. oben B.V.2.c.aa.(2)(a), S. 57 f.

Produktionswirtschaft und speziell deren Innovationskraft ist daher jedenfalls bedeutend geringer als jener der VoD-Anbieter. Zudem präsentieren sie ausschließlich Kinofilme, nicht aber Serien. Auf dem Markt für audiovisuelle Werke verfügen Kinobetreiber auch aus diesen Gründen über eine deutlich geringere Marktmacht als VoD-Anbieter und jedenfalls nicht über eine Präsenz, die es ihnen (faktisch) möglich machen würde, einen „Total Buy Out“ zu vereinbaren und eine Produktionsfirma entgegen deren Interessen zur Veräußerung sämtlicher Verwertungsrechte zu veranlassen.

Diese Unterschiede mit Blick auf die Ziele der geforderten Regelungen sind von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie eine ungleiche Behandlung von Kinobetreibern einerseits und VoD-Anbietern andererseits rechtfertigen.

3. Vereinbarkeit mit den Grundrechten der GRCh

a. Medienfreiheit, Art. 11 Abs. 2 GRCh

Investitionspflicht und Mindestreicherückbehalt schränken die durch Art. 11 Abs. 2 GRCh garantierte Medienfreiheit ein. Sie müssten daher in einem Gesetz geregelt werden, Art. 52 Abs. 1 GRCh, das den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt. Insofern kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zu Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GG Bezug genommen werden. Bei der Gewichtung der kollidierenden Belange ist ergänzend zu berücksichtigen, dass das Unionsrecht die Gewährleistung sprachlicher und kultureller Vielfalt als primärrechtliche Belange ausgestaltet und beiden herausgehobenes Gewicht beimisst.¹³³ Die vorgeschlagenen Regelungen sind danach auch mit Art. 11 Abs. 2 GRCh vereinbar.

b. Gleichheit vor dem Gesetz, Art. 20 GRCh

Mit den vorgeschlagenen Regelungen würde der Bundesgesetzgeber VoD-Anbieter, die ein Publikum in Deutschland adressieren, und Fernsehsender, die sich an deutsche Zuschauer richten, ungleich behandeln, obwohl es sich mit Blick auf die Ziele der Vorschriften um vergleichbare Einrichtungen handelt, weil beide in audiovisuelle Werke investieren und über eine erhebliche Marktpräsenz verfügen, die es ihnen möglich macht, Verhandlungen über den Erwerb von Verwertungsrechten zu dominieren.¹³⁴ Diese Ungleichbehandlung genügt den Rechtfertigungsanforderungen, die sich im Fall des Art. 20 Abs. 1 GRCh aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergeben, nicht. Insofern gilt das zu Art. 3 Abs. 1 GG Ausgeführte entsprechend.

4. Zwischenergebnis

Die geforderten Regelungen über die Investitionspflicht von VoD-Anbietern und den damit verknüpften Mindestreicherückbehalt zugunsten (unabhängiger) Produzent:innen sind mit

¹³³ S.o. B.III.2.c.aa., S. 26 ff.

¹³⁴ S.o. B.V.2.c.aa.(1), S. 57.

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 11 Abs. 2 GRCh vereinbar, verstoßen in der geplanten Ausgestaltung aber gegen die Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 1 GG sowie des Art. 20 GRCh.

VI. Ergebnis

Die mir gestellten vier Fragen sind danach wie folgt zu beantworten:

- (1) Es ist unionsrechtlich zulässig, VoD-Anbietern zusätzlich zu der in Deutschland gem. §§ 146 ff. FFG bereits bestehenden Pflicht, Abgaben an die Filmförderungsanstalt zu zahlen, eine Investitionsverpflichtung aufzuerlegen.
- (2) Die Einführung einer Sprachenquote, wonach VoD-Anbieter 21,5 % des in Deutschland erzielten Nettovorjahresumsatzes in im Original deutschsprachige Produktionen investieren müssen, ist mit dem Unionsrecht und namentlich den Grundfreiheiten vereinbar.
- (3) Der Bund besitzt die Kompetenz für den Erlass einer gesetzlichen Regelung von Investitionsverpflichtung und Mindestrechterückbehalt.
- (4) Investitionsverpflichtung und Mindestrechterückbehalt sind mit der durch Grundgesetz und Grundrechtecharta garantierten Rundfunk- bzw. Filmfreiheit der VoD-Anbieter vereinbar. Sie verletzen in der bisher geforderten Ausgestaltung aber das Recht der VoD-Anbieter auf Gleichbehandlung, wie es durch Grundgesetz und Grundrechtecharta geschützt wird, soweit sie Fernsehsender nicht erfassen.