

Erscheint demnächst in: Paul Richli (Hrsg.), Wirtschaftsstrukturrecht - unter besonderer Berücksichtigung des Agrarrechts und des Filmrechts

Filmwirtschaft*

Von Christoph Beat Graber und Stephan Hördegen

Inhaltsverzeichnis

XX KAPITEL: FILMFÖRDERUNG ALS SEKTORALE STRUKTURPOLITIK

INHALTSVERZEICHNIS	I
LITERATURVERZEICHNIS	III
RECHTSQUELLENVERZEICHNIS	V
MATERIALIEN	V
§ 1 EINLEITUNG UND ÜBERSICHT	1
I. WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG DER SCHWEIZER FILMINDUSTRIE	1
II. FILMFÖRDERUNG ALS KULTUR- UND WIRTSCHAFTSFÖRDERUNG	2
III. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE UND ZIELE DER FILMPOLITIK.....	2
§ 2 VERFASSUNGSMÄSSIGE GRUNDLAGE	4
I. VERFASSUNGSMÄSSIGE ZUSTÄNDIGKEITEN DES BUNDES IM FILMWESEN	4
II. FILMKULTURPOLITIK UND WIRTSCHAFTSFREIHEIT	5
III. FILM UND FERNSEHEN	8
§ 3 FILMGESETZGEBUNG	8
I. EINLEITENDE BEMERKUNGEN.....	8
II. DIE BISHERIGE FILMGESETZGEBUNG.....	8
III. DIE NEUE FILMGESETZGEBUNG.....	9
IV. MASSNAHMEN ZUR FILMFÖRDERUNG	10
1. <i>Förderungsmittel</i>	10
2. <i>Förderungsinstrumente</i>	10
3. <i>Förderungskonzepte</i>	10
V. MASSNAHMEN ZUR FÖRDERUNG DER VIELFALT UND QUALITÄT DES FILMANGEBOTES	11
1. <i>Einleitende Bemerkungen</i>	11
2. <i>Selbstregulierungsmassnahmen der Filmbranche zur Erhaltung und Förderung der Angebotsvielfalt</i>	11

* Dieser Text ist Ergebnis eines Forschungsprojektes, das von der Stiftung Mercator Schweiz finanziell unterstützt wurde und deren Engagement herzlich verdankt wird.

3.	<i>Massnahmen zur Erhaltung und Förderung der Sprachenvielfalt, insbesondere die Einverleiher-Klausel</i>	13
4.	<i>Abgabe zur Förderung der Angebotsvielfalt</i>	13
5.	<i>Reinvestitionsvorschriften für geförderte Filmprojekte</i>	14
6.	<i>Schutz der Auswertungskaskade</i>	15
VI.	FILMFÖRDERUNG DURCH DAS FERNSEHEN.....	17
§ 4	INTERNATIONALE BEZÜGE DER FILMPOLITIK UND DES FILMRECHTS	18
I.	KOPRODUKTIONSABKOMMEN	18
II.	EUROPÄISCHE PROGRAMME DER FILMFÖRDERUNG	19
1.	<i>Einleitende Bemerkungen</i>	19
2.	<i>Filmförderung des Europarates (Eurimages)</i>	20
3.	<i>Filmförderung der EG (MEDIA-Programme)</i>	20
a)	Filmförderung der EG im Rahmen der MEDIA-Programme als Struktur- und Kulturpolitik	20
b)	Fördermassnahmen der MEDIA-Programme	23
c)	Teilnahme der Schweiz am MEDIA-Programm und MEDIA-Ersatzmassnahmen der Schweiz.....	24
d)	Vereinbarkeit des Schweizer Filmrechts mit EG-Recht	26
4.	<i>Europäische Filmförderung durch das Fernsehen</i>	27
III.	VERHÄLTNIS ZU WTO-REGELUNGEN	27

Literaturverzeichnis

- BADER LUCIE/EGLOFF WILLI, Filmförderung als Förderung kultureller Identität? Zur Revision des Filmgesetzes, AJP 2000, S. 1396 ff.
- BORGHINI MARCO, Kommentar zu Art. 27^{ter} aBV, in: J.-F. AUBERT et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung von 1874, Basel, Stand Juni 1988
- GEISER THOMAS/GRABER CHRISTOPH BEAT, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2002
- GRABER CHRISTOPH BEAT, Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO. Völkerrechtliche, ökonomische und kulturpolitische Grundlagen einer globalen Medienordnung, Bern 2003 (zit. Audiovisionsrecht der WTO)
- GRABER CHRISTOPH BEAT, Das neue Filmrecht: Durch Selbstregulation zur Vielfalt?, *medialex* 4/2002, S. 175 ff. (zit. Durch Selbstregulation zur Vielfalt?)
- GRABER CHRISTOPH BEAT, Förderung der Angebotsvielfalt in den Schweizer Kinos: Der Entwurf zu einem neuen Filmgesetz im Lichte der welthandelsrechtlicher Rahmenbedingungen, *sic!* – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 1/2000, S. 3 ff. (zit. Förderung der Angebotsvielfalt)
- GRABER CHRISTOPH BEAT, GATS 2000: Strategien für den Europäischen Film, *medialex* 2/1999, S. 86 ff. (zit. GATS und europäischer Film)
- GRABER CHRISTOPH BEAT, Kulturpolitische Auswirkungen eines Schweizer Beitritts zur Europäischen Union – Untersucht am Beispiel des Film- und Fernsehrechts, in: T. Cottier/A. R. Kopše (Hrsg.), Zürich 1998, S. 987 ff. (zit. Filmrecht und Beitritt zur EU)
- GRABER CHRISTOPH BEAT/GIRSBERGER MICHAEL/NENOVA MIRA (HRSG.), *Free Trade versus Cultural Diversity*, Schulthess, Zürich 2004 (zit. Trade and Culture)
- GRISSEL ETIENNE, *Liberté du commerce et de l'industrie*, Vol. II, Bern 1995
- KIENER REGINA, Bildung, Forschung und Kultur, in: D. Thürer/J.-F. Aubert/J.P. Müller, *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 57
- KÜNZI SANDRA, Importe von DVDs: legal - illegal - und fast wieder legal, *medialex* 3/2003, S. 137 f.
- LERCH FRANZISKA/VOGEL STEFAN, Zulässigkeit des Imports audiovisueller Werkexemplare im Lichte der Wirtschaftsverfassung, *sic!* – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 5/2003, S. 424 ff.
- MÜLLER-HUSCHKE WOLFGANG, Kommentar zu Art. 157 EGV, in: J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden 2000
- RESS GEORG/UKROW JÖRG, Art. 151 EGV, in: E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, 16. Ergänzungslieferung, München 2000
- RICHLI PAUL/MÜLLER GEORG/JAAG TOBIAS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes*, 3. Aufl., Basel etc. 2001, § 30
- SPARR JÜRGEN, Kommentar zu Art. 151 EGV, in: J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden 2000
- VALLENDER KLAUS, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, Zürich 2002
- VEIT MARC D., St. Galler Kommentar zu Art. 103 BV, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.),

Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2002

WEHRLIN MARC, Zurück zu MEDIA. Ein Thema der neuen bilateralen Verhandlungen mit der Europäischen Union, *medialex* 4/2001, S. 187 ff.

ZÄCH ROGER/UNTERNÄHRER ROLAND, Kinofilmauswertung und Parallelimporte, *sic!* –Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 11/2002, S. 789 ff.

Rechtsquellenverzeichnis

- Art. 71 und 103 BV
- BG über Filmproduktion und Filmkultur (Filmgesetz, FiG) vom 14. Dezember 2001 (SR 443.1)
- Filmverordnung vom 3. Juli 2002 (SR 443.11)
- Verordnung des Eidgenössischen Departementes des Innern (EDI) über die Filmförderung (FiFV) vom 20. Dezember 2002 (SR 443.113)

Materialien

- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I 1 ff.) (zit. Botschaft VE 96)
- Botschaft zum Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur vom 18. September 2000 (BBl 2000 V 5429 ff.) (zit. Botschaft FiG)
- Parlamentarische Beratungen zum neuen Filmgesetz, Amtl. Bulletin SR 2001, S. 118 ff. und 529 ff. und NR 2001, S. 650 ff.
- Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002 (BBl 2003 1569 ff.) (zit. Botschaft RTVG)
- Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen („Bilaterale II“) vom 1. Oktober 2004, BBl 2004, 5965 ff. (zit. Botschaft Bilaterale II)
- Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der EG über die Teilnahme der Schweiz an den Programmen MEDIA Plus und MEDIA-Fortbildung (Entwurf), BBl 2004, 6395 f.

§ 1 Einleitung und Übersicht

I. Wirtschaftliche Bedeutung der Schweizer Filmindustrie

1

Nach einem Wachstum der Zuschauerzahlen in den Jahren 2001 und 2002 war im Jahr 2003 europaweit ein Rücklauf der Kinobesuche festzustellen, der auch vor der Schweiz nicht halt machte. Während sich die amerikanischen Produktionen (Hollywood-Filme) behaupten und ihren Marktanteil gar steigern konnten, sind die Besucherzahlen für die europäischen Filme stark gesunken. Immerhin verzeichnete der Schweizer Film einen seit Jahren nicht mehr erreichten Marktanteil von 5,95 % (2000: 3,37 %)¹.

2

Trotz des geringen Marktanteils des Schweizer Films, darf die Schweizer Filmindustrie nicht als bedeutungsloser Wirtschaftszweig angesehen werden. Eine erstmals durchgeführte Untersuchung zur volkswirtschaftlichen Bedeutung der Schweizer Filmindustrie und zur Filmförderung hat für das Jahr 1998 folgende Zahlen zu Tage gefördert²:

- Die Schweizer Filmindustrie erwirtschaftete mit rund 1300 Unternehmen³ und 4700 Beschäftigten (Vollzeitäquivalente) eine Bruttoproduktion von 1,3 Mrd. Fr. und eine Bruttowertschöpfung von 530 Mio. Fr. Über indirekte Wirkungen löste der Schweizer Film in der übrigen Volkswirtschaft zusätzlich eine Bruttowertschöpfung von 280 Mio. Fr. und die Schaffung von rund 2400 Arbeitsplätzen aus.
- Die Filmproduktion und die Kinos sind beschäftigungsmässig die wichtigsten Teilbereiche der Filmindustrie.
- Die Bruttowertschöpfung pro in der Filmindustrie beschäftigte Person erreichte einen Mittelwert von 113'000 Fr. und lag somit unter dem gesamtschweizerischen Durchschnitt anderer Wirtschaftssektoren (ca. 118'000 Fr.). Der Durchschnittslohn betrug 84'000 Fr.
- Der Schweizer Filmindustrie fließen jährlich rund 50 Mio. Fr. an öffentlichen und privaten Förderungsgeldern zu. Seitens der öffentlichen Haushalte (Bund, Kantone und Gemeinden) erhält die Filmbranche rund 30 Mio. Fr. Umgekehrt fließen um die 75 Mio. Fr. in Form von Steuern (Mehrwert-, Billett-, Unternehmens- und Einkommenssteuern) an den Staat. Hier sei angefügt, dass

¹ Siehe Swiss Films, Newsletter, Issue 2/2004, S. 1 f. Dieses positive Ergebnis ist indessen weitgehend auf den Ausnahmeerfolg des Kinospiefilms "Achtung, fertig, Charlie!" zurückzuführen, der 2003 über 550'000 Kinoeintritte in der Schweiz erzielte.

² HEINZ RÜTTER/VINCIANE VOUETS, Schweizer Filmbranche und Filmförderung: Volkswirtschaftliche Bedeutung und europäischer Vergleich, Studie im Auftrag von Zürich für den Film (Zürich) und Fonction: Cinéma (Genf), Rütter und Partner, Rüschnikon 2000.

³ Die schweizerische Filmindustrie ist ebenso wie die europäische durch eine Vielzahl kleiner Unternehmen geprägt. Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5433.

die Bundessubventionen, die lange um 20 Mio. Fr. lagen, in einem ersten Schritt im Jahre 2001 auf 30 Mio. erhöht wurden⁴ und bis 2004 auf über 35 Mio. Fr. angestiegen sind⁵.

- Der Schweizer Filmmarkt zeichnet sich im europäischen Vergleich durch ein vielfältiges Filmangebot, eine hohe Kinodichte und hohe Besucherzahlen bei hohen Eintrittspreisen aus.

II. *Filmförderung als Kultur- und Wirtschaftsförderung*

3

Staatliche Filmförderung ist in erster Linie einmal staatliche Kulturförderung⁶. Sie ist aber auch staatliche Wirtschaftsförderung in einem Wirtschaftszweig, der aufgrund eines ungenügenden Inlandmarktes und einer Überflutung durch ausländische Konkurrenz ohne staatliche Hilfe auf privatwirtschaftlicher Basis nicht selbständig bestehen könnte und in seiner Existenz bedroht wäre⁷. Staatliche Filmpolitik ist also auch sektorale Strukturpolitik, welche den Wirtschaftszweig Film wirtschaftlich-strukturell in seiner Entwicklung beeinflusst⁸.

4

Bei der Filmförderung kommt es somit zu einer engen Verflechtung von kulturellen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Dies hängt schon mit der Doppelnatur audiovisueller Werke zusammen, die sowohl wirtschaftliche Güter als auch kulturelle Güter sind: Film ist zugleich Kunst und Industriezweig⁹.

5

Im Folgenden soll die Filmförderung als Beispiel sektoraler Strukturpolitik dargestellt werden. Dabei besteht einerseits die Schwierigkeit darin, dass sich kultur- und wirtschaftspolitische Aspekte nicht immer klar trennen lassen. Andererseits können die wirtschafts- bzw. strukturpolitischen Aspekte des Filmrechts nicht ohne Berücksichtigung der anfänglich noch staats- und kulturpolitischen, heute aber vor allem kulturpolitischen Aspekte der Filmförderung verstanden werden.

III. *Entstehungsgeschichte und Ziele der Filmpolitik*

6

Das Filmwesen erwies sich historisch gesehen aus staats- und kulturpolitischen Gründen als regelungsbedürftig. Die Entwicklung des nationalen Filmrechts wurde vor und nach dem Zweiten Weltkrieg und zur Zeit des Kalten Krieges durch die Absicht

⁴ Siehe NZZ Online vom 11. Januar 2001, „Aufbruch im Schweizer Film?“

⁵ Für das Jahr 2004 betrug die Gesamtförderungssumme gemäss Verteilplan 2004 des BAK 35'263'000 Fr.; für die Jahre 2004-2007 wurde für die Filmförderung ein Rahmenkredit von 95 Mio. Fr. vom Parlament genehmigt.

⁶ Für einen Überblick über die staatlichen Kulturförderungskompetenzen siehe KIENER, § 57, Rz. 20 f.

⁷ Siehe Botschaft VE 96, BBl 1997 I 274; Botschaft FiG, BBl 2000 V 5436.

⁸ Siehe Richli/Müller/Jaag, S. 160 f.

⁹ Siehe BORGHI, Kommentar zu Art. 27^{ter} aBV, Rz. 1; SCHÜRMAN/NOBEL, S. 225 und 227.

geprägt, die Schweizerische Filmlandschaft vor negativen ausländischen Einflüssen zu bewahren. Filmpolitik wurde konzipiert als Politik der „geistigen Landesverteidigung“ und stand im Zeichen von Abwehrmassnahmen gegen die Bedrohung nationaler Eigenständigkeit durch nationalistische Propagandafilme¹⁰. 1938 wurden die schweizerische Filmwochenschau und die Filmkammer geschaffen¹¹. In diesem Jahr wurde auch die Kontingentierung des Imports ausländischer Filme eingeführt, die sich gegen die nationalsozialistische Beherrschung des Schweizer Filmverleihs richtete¹². Vom Bestreben, dem Schweizer Filmwesen die Selbständigkeit gegenüber dem Ausland zu erhalten, sind weitgehend auch der zur Zeit des Kalten Krieges in die Verfassung eingefügte Filmartikel von 1958 und das erste Schweizerische Bundesgesetz über das Filmwesen von 1962 geprägt¹³.

7

Sowohl das politische Umfeld als auch das Verständnis des Mediums Film haben sich stark gewandelt. Den staatspolitischen Interessen kommen im Bereich des Filmwesens kaum noch Bedeutung zu, was vor allem auf die zunehmende Konkurrenz neuer audiovisueller Medien (insbesondere des Fernsehens) und der damit einhergehenden schwindenden Bedeutung des Kinos als allgemeine Informationsquelle zurückzuführen ist. Im Vordergrund stehen heute eindeutig die kulturpolitischen Interessen¹⁴. Überdies rückte die Filmförderung als Wirtschaftsförderung stärker ins Zentrum¹⁵. Allerdings wurden wirtschaftliche bzw. wirtschaftspolitische Zwecke im Gegensatz zu kultur- und staatspolitischen nicht unmittelbar verfolgt und es ging nie darum, die schweizerische Filmindustrie zu einem bedeutenden Wirtschaftszweig zu machen¹⁶. Immerhin war die Filmpolitik neben der Landwirtschaftspolitik lange der einzige Bereich der sektoralen Strukturpolitik, wo noch Massnahmen Geltung hatten, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abwichen¹⁷.

8

Die neue Filmpolitik und -gesetzgebung sind von einer Liberalisierung bzw. Deregulierung des Wirtschaftssektors Film geprägt¹⁸. Die Filmförderung soll zunächst im Interesse der Förderung kultureller Identität in der Gesellschaft stehen¹⁹. Unter dem

¹⁰ Siehe BADER/EGLOFF, S. 1397.

¹¹ Siehe BADER/EGLOFF, S. 1397.

¹² Siehe GRABER, Förderung der Angebotsvielfalt, S. 5.

¹³ Siehe Schürmann/Nobel, S. 224.

¹⁴ Siehe BGE 113 Ib 97, 104 Erw. 5 a); Verwaltungsgericht Luzern, Urteil vom 31. Mai 2000, ZBI 101/2000, 643, 646.

¹⁵ Siehe BADER/EGLOFF, S. 1399.

¹⁶ Siehe BORGHI, Kommentar zu Art. 27^{ter} aBV, Rz. 27.

¹⁷ Siehe unten § 3 Ziff. II.

¹⁸ Siehe unten § 3 Ziff. III.

¹⁹ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5432; eingehend und kritisch zur Frage der Filmförderung als Förderung kultureller Identität BADER/EGLOFF, S. 1401 ff.; zu den Begriffen "kulturelle Identität" und "kulturelle Vielfalt" vgl. GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 73-76.

Leitmotiv „Durch Vielfalt zur Qualität“ soll vor allem dem Interesse des Publikums an einem qualitativ hoch stehenden Filmangebot Rechnung getragen werden²⁰. Der Akzent auf Erhaltung und Förderung der Vielfalt des Filmangebotes wird aber nicht zuletzt auch als Argument gegen die Dominanz von Unterhaltungsfilmern der US-amerikanischen Filmindustrie betrachtet²¹. Schon hierin zeigt sich, dass es auch bei der Neujustierung der Filmpolitik nicht nur um Kulturpolitik geht, sondern auch um Wirtschafts-, insbesondere Strukturpolitik.

§ 2 Verfassungsmässige Grundlage

I. Verfassungsmässige Zuständigkeiten des Bundes im Filmwesen

9

Obwohl beim Filmwesen auch wirtschaftliche Interessen im Spiel sind, ist es aufgrund des vorwiegend kulturellen Sachzusammenhangs verfassungssystematisch nun zutreffend bei den Zuständigkeitsbestimmungen betreffend Bildung, Forschung und Kultur eingeordnet²².

10

Der unmittelbare Zweck von Art. 71 BV liegt in der Sicherung kultureller Anliegen, nämlich der Förderung eines vielfältigen Angebotes an Filmen und filmkulturellen Ereignissen in der Schweiz²³.

11

Gemäss Art. 71 Abs. 1 BV verfügt der Bund über eine (parallele) Förderungskompetenz für den Bereich der Schweizer Filmproduktion und Filmkultur²⁴. Die Bundeszuständigkeit hat subsidiären Charakter, d.h. der Bund soll in diesem Sachbereich nur tätig werden, soweit Massnahmen der Kantone und der Privaten nicht genügen²⁵.

12

²⁰ „Durch Vielfalt zur Qualität“ ist das Leitmotiv des neuen Filmgesetzes. Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5430.

²¹ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5432 f. Obwohl der nicht US-amerikanische Film jüngst gegenüber den in der Botschaft aufgeführten Zahlen von 1999 etwas Boden gut gemacht hat, darf nicht übersehen werden, dass die für diesen „Aufschwung“ verantwortlichen Filme mehrheitlich von Hollywood koproduziert und/oder vertrieben wurden. Siehe NZZ am Sonntag, 30.3.2003, „Schweizer Kinos trotzen der Krise“, S. 46.

²² Noch in der Botschaft VE 96 ordnete der Bundesrat das Filmwesen im 4. Abschnitt über öffentliche Werke, Verkehr, Energie und Kommunikation ein und teilte es zusammen mit dem Radio- und Fernsehwesen den Bestimmungen über die Kommunikationsmedien zu. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass der Film einen engen Bezug zu den elektronischen Medien und eine wichtige wirtschaftliche Komponente aufweise. Siehe Botschaft VE 96, BBl 1997 I 257, insbes. 274; im Verhältnis zum allgemeinen Kulturartikel (Art. 69 BV) hat der Filmartikel „lex specialis“-Charakter. Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 2.

²³ Siehe KIENER, § 57, Rz. 22; GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 4.

²⁴ Siehe Botschaft VE 96, BBl 1997 I 274; KIENER, §57, Rz. 23.

²⁵ Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 6.

Art. 71 Abs. 1 BV begründet sodann die Kompetenz zur Subventionierung der schweizerischen Filmproduktion mit Bundesgeldern²⁶. Dabei ist von einer weiten Definition des Schweizer Films auszugehen, so dass es etwa genügt, wenn die Herstellerfirma ihren Sitz in der Schweiz hat und Schweizer Staatsangehörige als künstlerische oder technische Mitarbeiter beteiligt sind (vgl. Art. 2 Abs. 2 FiG)²⁷. Sodann fallen unter die Förderung des schweizerischen Filmschaffens auch Koproduktionen mit ausländischen Partnern (Art. 3 FiG), die im Rahmen von bilateralen oder multilateralen Koproduktionsabkommen erfolgen²⁸.

13

In Art. 71 Abs. 2 BV wird dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit eingeräumt, Vorschriften zur Förderung der Vielfalt und der Qualität des Filmangebotes zu erlassen²⁹. Im Gegensatz zu den Filmartikeln der aBV und zum VE 96, wo die Filmeinfuhr, der Filmverleih und die Eröffnung und Umwandlung von Kinos als Regelungsgegenstand erwähnt waren, ist die neue Fassung offener formuliert³⁰. Bei Abs. 2 handelt es sich um eine nachträglich derogatorische Kompetenz zur Regulation des Filmmarktes³¹. Bei der Kompetenzausübung ist demnach auch hier das Subsidiaritätsprinzip (vgl. Art. 3 und 42 Abs. 2 BV) zu beachten. Der Filmmarkt bedarf nun allerdings einer bundesweit einheitlichen Regelung, weil seine Spannweite über kantonale und nationale Grenzen hinausreicht³². Der Bund hat mit dem Erlass der Filmgesetzgebung denn auch von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht³³, so dass hier die kantonalen Kompetenzen derogiert sind.

II. Filmkulturpolitik und Wirtschaftsfreiheit

14

Die staatliche Filmförderung bzw. Regulierung des Filmmarktes hat auf der einen Seite die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) zu respektieren³⁴. Bei der Unterstützung des

²⁶ Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 7.

²⁷ Hingegen genügt es nicht, dass ein Film mit Schweizer Geld finanziert wird. Siehe dazu GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 7; in Art. 2 Abs. 1 FiG findet sich überdies eine Legaldefinition des Begriffs "Film". Danach gilt als Film jede für die Wiedergabe festgehaltene gestaltete Folge von Bildern mit oder ohne Ton, die bei der Betrachtung den Eindruck einer Bewegung hervorruft, unabhängig vom gewählten technischen Aufnahme-, Speicher- oder Wiedergabeverfahren.

²⁸ Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 8.

²⁹ Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 11.

³⁰ Siehe Botschaft VE 96, BBl 1997 I 274 f.; GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 11.

³¹ Siehe BORGHI, Kommentar zu Art. 27^{ter} aBV, Rz. 17; Botschaft VE 96, BBl 1997 I 274.

³² Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 6.

³³ Siehe unten § 3 Ziff. III.

³⁴ Siehe BORGHI, Kommentar zu Art. 27^{ter} aBV, Rz. 28; die Kunstfreiheit schützt nicht nur die Kunstschaffenden, sondern auch diejenigen, die Künste vermitteln, wie etwa die Kinobesitzer. Siehe Botschaft VE 96, BBl 1997 I 164. Überdies ist – neben der gleich noch zu diskutierenden Wirtschaftsfreiheit – auch an weitere Grundrechte zu denken, insbesondere an weitere Kommunikationsfreiheiten wie die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), die Medienfreiheit (Art. 17), die Sprachenfrei-

schweizerischen Filmschaffens und filmkultureller Bemühungen kommt vor allem die objektive, programmatische Schicht der Kunstfreiheit zum tragen: Der Staat soll mit Blick auf die Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV) für angemessene Rahmenbedingungen sorgen, die für die Ausübung der Kunstfreiheit nötig sind³⁵. Auf der anderen Seite ist bei staatlichen Förderungs- und Regulierungsmassnahmen im Filmwesen auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) bzw. der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) zu beachten³⁶.

15

Massnahmen, welche von der Wirtschaftsfreiheit abweichen (sogenannt grundsatzwidrige Massnahmen) sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen sind³⁷. Als grundsatzwidrige Massnahmen gelten insbesondere Eingriffe in die Marktkräfte, die ein strukturpolitisches Ziel verfolgen, wie z. B. die Erhaltung eines bestimmten Gewerbes, der Schutz gegen Konkurrenz oder die Steuerung von Angebot und Nachfrage³⁸.

16

Art. 27^{ter} aBV machte nicht nur die Filmförderung zu kultur- und staatspolitischen Zwecken zur Bundesaufgabe, sondern räumte dem Bund auch die Kompetenz ein, mit Strukturvorschriften in den Verleih- und Kinomarkt einzugreifen³⁹. Art. 27^{ter} aBV ermächtigte den Bund ausdrücklich, zur Wahrung von staats- und kulturpolitischen Interessen, für die Filmeinfuhr, den Filmverleih und die Eröffnung und Umwandlung von Kinos Bestimmungen zu erlassen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (früher noch Handels- und Gewerbefreiheit) abwichen⁴⁰.

17

Im neuen Art. 71 BV wurde auf die explizite Erwähnung dieser Abweichungsermächtigung verzichtet. Der Bundesrat begründete dies mit dem Interesse einer in sich stimmigen Verfassungssystematik. Auch bei anderen Zuständigkeitsbestimmungen, die ausserhalb des Abschnitts „Wirtschaft“ geregelt sind, sei die Ermächtigung, von der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen, nicht explizit erwähnt. Schliesslich könne sie, wie nach bisher geltendem Recht, ohnehin eine ausdrückliche oder eine stillschweigende

heit (Art. 18), die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20). Vor Inkrafttreten der neuen BV wurde die Grundrechtsdebatte im Filmbereich vorwiegend im Lichte der Meinungsfreiheit (Kunstfreiheit als deren Teilgehalt) und Wirtschaftsfreiheit (Handels- und Gewerbefreiheit) geführt. Vereinzelt wurde auch eine „Filmfreiheit“ als eigenes Grundrecht propagiert. Siehe DIETER NEUPERT, Die Filmfreiheit, Zürich 1976, sowie SCHÜRMAN/NOBEL, S. 227 f.

³⁵ Siehe Botschaft VE 96, BBl 1997 I 164.

³⁶ Siehe BGE 113 Ib 97, 101 Erw. 2; Verwaltungsgericht Luzern, Urteil vom 31. Mai 2000, ZBl 101/2000, 643, 644; BORGHI, Kommentar zu Art. 27^{ter} aBV, Rz. 27.

³⁷ Siehe dazu VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 39, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

³⁸ Siehe VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 39, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

³⁹ Siehe BORGHI, Kommentar zu Art. 27^{ter} aBV, Rz. 33 ff.; siehe auch Botschaft FiG, BBl 2000 V 5436.

⁴⁰ Siehe Botschaft VE 96, BBl 1997 I 275.

sein. Demnach sei die Ermächtigung im Filmartikel implizit enthalten, wodurch sachlich keine Änderung verbunden sei. Der Bund solle für die „Filmeinfuhr, den Filmverleih und die Eröffnung und Umwandlung von Kinos“ (wie es im VE 96 noch hiess) und zur Wahrung staats- und kulturpolitischer Interessen weiterhin nötigenfalls grundsatzwidrige Bestimmungen erlassen können⁴¹.

18

Auch wenn der Wortlaut von Art. 94 Abs. 4 BV den Eindruck erweckt, dass eine solche Ermächtigung ausdrücklich in der Verfassung stehen müsse und es aus Transparenzüberlegungen bedauerlich erscheinen mag, dass die neue Bundesverfassung im Bereich grundsatzwidriger Massnahmen mit stillschweigenden Kompetenzen arbeitet, so kann doch gerade wegen dem „Nachführungskonzept“ und dem Fehlen entgegenstehender Argumente in den parlamentarischen Beratungen nicht geschlossen werden, dass es keine impliziten Abweichungskompetenzen mehr gebe⁴². Folglich ist davon auszugehen, dass der Bund zur Förderung der Vielfalt und der Qualität des Filmangebotes, wie es im neu formulierten Art. 71 BV Abs. 2 heisst, aufgrund einer impliziten Ermächtigung grundsatzwidrige Massnahmen erlassen kann⁴³. Wie nach bisheriger Rechtslage muss gelten, dass solche in den Filmmarkt eingreifende Massnahmen nicht hauptsächlich ein wirtschaftliches, sondern vielmehr ein kulturelles Ziel zu verfolgen haben⁴⁴. Insbesondere dürfen sie nicht auf die Protektion der einheimischen Unternehmen abzielen, denn sie haben der Aufgabe zu dienen, die Angebotsvielfalt und Qualität der Filme für das Publikum zu gewährleisten⁴⁵.

19

Weil die Filmwirtschaft nicht nur wirtschaftliche, marktfähige Güter und Dienstleistungen, sondern auch öffentliche Güter (vor allem kulturelle Vielfalt⁴⁶) erstellt, können hier von der Wirtschaftsfreiheit abweichende Kompetenzen nach wie vor eine Rolle spielen⁴⁷.

20

⁴¹ Siehe Botschaft VE 96, BBl 1997 I 275.

⁴² So auch VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 44.

⁴³ Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 5; Verwaltungsgericht Luzern, Urteil vom 31. Mai 2000, ZBl 101/2000, 643, 644; es stellt sich allenfalls die Frage, ob durch die Öffnung der Formulierung von Art. 71 Abs. 2 BV die stillschweigende Ermächtigung nicht auf einen erweiterten, vor allem stärker kulturell ausgerichteten, Sachbereich ausgedehnt wurde, was nicht im Sinne des Nachführungskonzeptes der BV wäre.

⁴⁴ Siehe GRISEL, Rz. 802; BORGHI, Kommentar zu Art. 27^{ter} aBV, Rz. 33 ff.

⁴⁵ Siehe GRISEL, Rz. 802.

⁴⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 2 BV (Förderung der kulturellen Vielfalt des Landes als Staatszweck), Art. 4 und 70 BV (Sprachenvielfalt); zum Begriff der kulturellen Vielfalt siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 73-75.

⁴⁷ So spielen z. B. Abweichungskompetenzen in der Landwirtschaft (Art. 104 BV) nach wie vor eine bedeutende Rolle, weil diese neben marktfähigen Gütern und Dienstleistungen auch öffentliche Güter (z.B. Landschaftspflege) erstellt. Siehe VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 46.

Eine Kompetenz zum Erlass von Massnahmen der sektoralen Strukturpolitik ist im Übrigen auch in Art. 103 BV enthalten⁴⁸. Danach kann der Bund Wirtschaftszweige und Berufe unterstützen, wenn zumutbare Selbsthilfemassnahmen zur Sicherung ihrer Existenz nicht ausreichen, und nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen⁴⁹. Dabei ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten⁵⁰.

III. Film und Fernsehen

21

Der Filmmarkt ist mit dem Fernsehmarkt naturgemäss eng verwoben, weil das Fernsehen neben der Vorführung im Kino und dem Videovertrieb ein besonders wichtiges Glied in der Verwertungskette eines jeden Films ist⁵¹. Auch umgekehrt ist das Interesse des Fernsehens an der Schweizer Filmproduktion in den letzten Jahren stark gestiegen, was u.a. in den zwischen der SRG/SSR mit der Filmbranche geschlossenen „Pactes de l’audiovisuel“ 1997-1999 und 2000-2002 zum Ausdruck kommt⁵².

22

Die Verknüpfung von Film- und Fernsehindustrie kommt auch in der doppelten Kompetenzgrundlage von Art. 71 (Film) und 93 BV (Radio und Fernsehen) zum Ausdruck, auf die sich das neue Filmgesetz richtigerweise stützt. Es fällt allerdings auf, dass Art. 93 BV in der Botschaft zum neuen Filmgesetz nicht ein einziges Mal erwähnt wird. Auf jeden Fall kommen auch Kinofilme, die mit Fernsehanstalten koproduziert wurden, oder Fernsehfilme in den Genuss von Filmförderungsmassnahmen⁵³.

§ 3 Filmgesetzgebung

I. Einleitende Bemerkungen

23

Im Folgenden werden die Förderungsmassnahmen im Filmwesen dargestellt, sofern und soweit sie von strukturpolitischer Bedeutung sind. Um die Entwicklung von einer protektionistisch zu einer vornehmlich liberal ausgestalteten Filmförderung und Regelung des Filmmarktes aufzuzeigen, sollen zunächst einige Aspekte des bisherigen Filmrechts kurz dargestellt werden.

II. Die bisherige Filmgesetzgebung

24

⁴⁸ Siehe RICHLI/MÜLLER/JAAG, S. 162, wonach sich die Abweichungskompetenz für Massnahmen der Förderung der Filmindustrie aus Art. 103 BV ergebe.

⁴⁹ Siehe dazu Botschaft VE 96, BBl 1997 I 307 f.; VEIT, St. Galler Kommentar zu Art. 103 BV, Rz. 4 ff.

⁵⁰ Siehe VEIT, St. Galler Kommentar zu Art. 103 BV, Rz. 6.

⁵¹ Siehe dazu GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 63, 224-226.

⁵² Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5435.

⁵³ Siehe Art. 12 und 13 FiFV; zur Regelung von Film und Fernsehen auf Gesetzesebene siehe unten § 3 Ziff. VI.

Die frühere Filmgesetzgebung enthielt bescheidene Förderungsmassnahmen und regelte die Filmeinfuhr und den Filmverleih zunächst mit einem Kontingentierungssystem⁵⁴. Auf dem Verordnungswege wurde dann die Kontingentierung der Filmeinfuhr durch ein Bewilligungssystem abgelöst⁵⁵. Sowohl die Filmkontingentierung als auch die Bewilligungspflicht für Filmbetriebe waren von der Wirtschaftsfreiheit abweichende Strukturmassnahmen, die sich auf die Abweichungsermächtigung in Art. 27^{ter} aBV stützten⁵⁶. Das Bundesgericht legte die Bewilligungspflicht (Art. 18 aFiG) allerdings jeweils restriktiv aus, indem es festhielt, dass sie keine selbständige Konkurrenzschutzkomponente enthalte. Vielmehr sei ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zum Schutz bisheriger Anbieter nur insoweit erlaubt, als dadurch ein Absinken des Qualitätsniveaus der programmierten Filme verhindert werden könne⁵⁷. Insbesondere dürfe Art. 27^{ter} BV (heute Art. 71 BV) nicht als verfassungsrechtliche Grundlage für eine eigentliche Bedürfnisklausel herangezogen werden⁵⁸.

III. Die neue Filmgesetzgebung

25

Mit dem neuen Filmgesetz (FiG), das am 1. Januar 2002 in Kraft trat, wurde einerseits ein modernes Instrumentarium zur Filmförderung und andererseits ein liberalisiertes Regelwerk geschaffen, das gleichzeitig ein vielfältiges Filmangebot gewährleisten soll⁵⁹. Das neue FiG versucht den schwierigen Ausgleich zwischen der Liberalisierung des Filmmarktes und der Sicherung von Qualitätsanliegen damit zu erreichen, dass die Filmbranche nach dem Prinzip regulierter Selbstregulation zu freiwilligen Leistungen zu Gunsten der kulturellen Vielfalt aufgefordert wird⁶⁰. Eingriffsmassnahmen sind nur noch subsidiär zu Förderungsmassnahmen und unter grösstmöglicher Bewahrung der Eigenverantwortung der Filmbranche vorgesehen⁶¹.

26

Das wichtigste Ziel des FiG ist die Förderung von Vielfalt und Qualität des Filmangebotes (Art. 1 FiG). Weil im Filmbereich – wie gesehen – wirtschaftliche und kulturelle Kräfte untrennbar zusammenspielen, kommt wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine wichtige Rolle zu. Deshalb ist es zur Erreichung dieses kulturell

⁵⁴ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5436 f.; das erste Filmgesetz datierte vom 1. Januar 1962,

⁵⁵ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5437; die Filmverordnung datierte vom 24. Juni 1992 und war vom 1. Januar 1993 an in Kraft. Sie ersetzte die drei Vollziehungsverordnungen von 1962.

⁵⁶ Siehe GRISEL, Rz. 865.

⁵⁷ Siehe BGer-Urteil A.422/1999 vom 12. April 2000, Erw. 3a und b; BGer-Urteil 2A.589/1999 vom 18. Januar 2000, Erw. 2b; die beiden Leitentscheide hierzu sind BGE 113 Ib 97 ff. und 113 Ib 108 ff.

⁵⁸ Siehe BGE 113 Ib 97, 101 Erw. 2; Verwaltungsgericht Luzern, Urteil vom 31. Mai 2000, ZBl 101/2000, 643, 644.

⁵⁹ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5430.

⁶⁰ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5431; siehe dazu GRABER, Durch Selbstregulation zur Vielfalt?, S. 175 f.

⁶¹ Dadurch soll das Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaft und Kultur bestmöglich ausbalanciert werden. Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5443.

motivierten Ziels unvermeidlich, dass gewisse Massnahmen in das freie Spiel wirtschaftlicher Kräfte eingreifen.

IV. Massnahmen zur Filmförderung

1. Förderungsmittel

27

Wichtigstes Mittel der Filmförderung durch den Bund sind Subventionen, die in Form von Finanzhilfen für folgende Bereiche ausgerichtet werden:

- das schweizerische Filmschaffen, insbesondere zur Förderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, der Kontinuität und der Entwicklungsfähigkeit der unabhängigen schweizerischen Filmproduktion (Art. 3 FiG);
- die Förderung von Vielfalt und Qualität des Filmangebotes (Art. 4 FiG) und der Filmkultur (Art. 5 FiG);
- die Aus- und Weiterbildung der in der Filmindustrie Beschäftigten (Art. 6 FiG).

28

Finanzhilfen können als nicht rückzahlbare Geldleistungen oder als bedingt rückzahlbare Darlehen ausgerichtet werden (Art. 13 FiG), wobei in der Praxis bisher fast ausnahmslos nicht rückzahlbare Finanzhilfen geleistet wurden⁶².

29

Subventionen als reine Förderungsmassnahmen werden von Lehre und Praxis nicht als Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit betrachtet, solange sie sich nicht wettbewerbsverzerrend oder protektionistisch auswirken⁶³.

2. Förderungsinstrumente

30

Als Förderungsinstrumente sind im FiG vorgesehen: Prämien und Auszeichnungen (Art. 7 FiG) sowie die selektive und erfolgsabhängige Filmförderung (d.h. Finanzhilfen, die entweder nach Qualitäts- oder nach Erfolgskriterien gewährt werden; vgl. Art. 8 FiG). Art. 9 FiG erteilt dem Bund die Kompetenz, einen Bereich der Filmförderung einer privatrechtlichen Organisation zu übertragen und Art. 10 FiG ermächtigt ihn, mit juristischen Personen, die (wie z.B. Filmfestivals) regelmässig Finanzhilfen beziehen, Leistungsvereinbarungen abzuschliessen⁶⁴.

3. Förderungskonzepte

31

⁶² Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5449.

⁶³ Siehe Richli/Müller/Jaag, S. 19.

⁶⁴ Siehe auch Botschaft FiG, BBl 2000 V 5447 ff.

Neu soll mittels Förderungskonzepten, die einer regelmässigen Evaluation unterliegen (Art. 11 und 12 FiG), eine zielgerichtete Förderungspolitik erreicht werden⁶⁵. Die vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) jeweils für drei Jahre ausgearbeiteten Förderungskonzepte umschreiben die Förderungsziele, die Förderungsinstrumente und die massgeblichen Kriterien für die Gewährung von Finanzhilfen für die unterschiedlichen Förderungsbereiche (Art. 2 FivV)⁶⁶. Das Bundesamt für Kultur (BAK) wird inskünftig alle drei bis fünf Jahre überprüfen müssen, ob die getroffenen Massnahmen zur Förderung des Schweizer Filmschaffens (Art. 3 und 7 FiG), der Vielfalt und Qualität des Filmangebots (Art. 4 FiG), der Filmkultur (Art. 5 FiG) sowie der Aus- und Weiterbildung (Art. 6 FiG) die gesetzten Ziele erreicht haben⁶⁷.

V. Massnahmen zur Förderung der Vielfalt und Qualität des Filmangebotes

1. Einleitende Bemerkungen

32

Die Massnahmen zum Schutz der Angebotsvielfalt im Kino stützen sich auf Art. 71 Abs. 2 BV, wonach der Bund Vorschriften zur Förderung der Vielfalt und Qualität des Filmangebotes erlassen kann. Für die Wahrung der kulturellen Vielfalt auf dem Filmmarkt und für den Erhalt und die Pflege des Schweizer Films als Ausdruck kultureller Identitäten in der Schweiz werden Massnahmen als unerlässlich erachtet, die in den von Oligopolen geprägten Verleih- und Filmmarkt eingreifen⁶⁸.

33

Gemäss Art. 18 FiG ist die Angebotsvielfalt dann gewährleistet, wenn die angebotenen Filme, der Anzahl der bespielten Leinwände und der Grösse der Kinoregion entsprechend, in genügender Anzahl aus verschiedenen Ländern stammen, unterschiedlichen Genres angehören und verschiedene Filmstile repräsentieren.

34

Im Vergleich zum bisherigen Filmrecht sind die Vorschriften im neuen FiG weitgehend liberalisiert und vorwiegend durch ein Konzept der Selbstregulierung ersetzt worden, das auf die Eigenverantwortung der Filmbranche baut⁶⁹.

2. Selbstregulierungsmassnahmen der Filmbranche zur Erhaltung und Förderung der Angebotsvielfalt

35

⁶⁵ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5449.

⁶⁶ Im Einzelnen siehe die Förderungskonzepte 2003 bis 2005 des EDI, die im Anhang zur FiFV aufgeführt sind.

⁶⁷ Siehe GRABER, Durch Selbstregulation zur Vielfalt?, S. 175.

⁶⁸ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5451.

⁶⁹ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5451.

Die bisherige Bewilligungspflicht für Verleih- und Vorführunternehmen fällt mit dem neuen Filmrecht weg. An deren Stelle treten blosse Registrierungs- und Meldepflichten (Art. 23 f. FiG; Art. 14 ff. FiV), welche die notwendigen Daten für eine Filmstatistik verfügbar machen und dadurch die Transparenz des Marktes sichern sollen⁷⁰.

36

Mit der Abschaffung des Bewilligungssystems verzichtet der Gesetzgeber auf ein wichtiges wettbewerbsteuerndes Instrument. Er ersetzt es durch ein Konzept der Selbstregulation, das die Angebotsvielfalt über freiwillige Leistungen der Filmbranche herbeiführen soll. Eigenverantwortung kann die Filmbranche einerseits über die individuelle Geschäftspolitik einzelner Unternehmen und andererseits über Massnahmen beweisen, die von der Branche gemeinsam vereinbart werden (Art. 17 f. FiG)⁷¹. Solche Branchenvereinbarungen müssen dem Bund lediglich zur Stellungnahme vorgelegt werden (Art. 17 Abs. 3 FiG).

37

Der Vorentwurf der Kommission Moor enthielt noch wettbewerbssteuernde Instrumente nach dem Vorbild kartellrechtlicher Regeln, die dem BAK die Möglichkeit geben sollten, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen wie das sogenannte Blockbuchen (ein erfolgreicher Film wird nur zusammen mit weniger erfolgreichen Filmen verliehen), Exklusivbelieferungen oder Vor- und Nachspielsperren zu sanktionieren⁷². Die Ersetzung von interventionistischen Instrumenten durch ein Konzept der freiwilligen Selbstkontrolle ist nicht zuletzt auf das intensive Lobbying der grossen Verleih- und Kinounternehmen zurückzuführen⁷³.

38

Seit 1. August 2002 ist eine erste Branchenvereinbarung in Kraft, die vor allem mit „Appellvorschriften“, die zum Verzicht von Blockbuchen, Blindbuchen (Reservation bestimmter Spieldaten, ohne dass der zur Auswertung vorgesehene Film bereits bekannt ist) und zur Einhaltung der in Art. 19 FiG verankerten sog. Einverleiher-Klausel⁷⁴ aufrufen⁷⁵. Überdies schafft die Branchenvereinbarung eine Ombudsstelle, die Klagen von Behörden, alternativen Filmverleihern und Kinobetrieben, filminteressierten Organisationen sowie vom Filmpublikum entgegennimmt⁷⁶. Die Ombudsstelle soll

⁷⁰ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5457 f.

⁷¹ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5452.

⁷² Siehe dazu GRABER, Durch Selbstregulation zur Angebotsvielfalt?, S. 175.

⁷³ Siehe GRABER, Durch Selbstregulation zur Angebotsvielfalt?, S. 175; siehe dazu auch Ausführungen zur Vernehmlassung des Kommissionsentwurfes Moor zu einem neuen FiG in: Botschaft FiG, BBl 2000 V 5439.

⁷⁴ Siehe dazu sogleich Ziff. 3.

⁷⁵ Die Branchenvereinbarung ist unter www.procinema.ch erhältlich; siehe dazu auch GRABER, Durch Selbstregulation zur Angebotsvielfalt?, S. 175.

⁷⁶ Siehe dazu GRABER, Durch Selbstregulation zur Angebotsvielfalt?, S. 176.

zwischen klagenden Personen oder Gruppen vermitteln und versuchen, eine auf die Erhaltung und Förderung der Angebotsvielfalt ausgerichtete Lösung zu finden⁷⁷.

39

Die Selbstregulierungsmassnahmen zur Wahrung der Angebotsvielfalt werden regelmässig vom BAK evaluiert (Art. 20 FiG; Art. 3 ff. FiV). Im Falle von Widerhandlungen gegen die Registrierungs- und Meldepflicht sind Sanktionen in Form von Bussen vorgesehen (Art. 27 f. FiG).

3. Massnahmen zur Erhaltung und Förderung der Sprachenvielfalt, insbesondere die Einverleiher-Klausel

40

Gemäss Art. 19 Abs. 1 FiG müssen vom Bund unterstützte Filme in mehr als einer Landessprache zur Verfügung stehen. Eine klare, wenn auch aufgrund ihrer kulturpolitischen Zielsetzung grundsatzkonforme Eingriffsmassnahme in den Filmmarkt stellt die – dem bisherigen Filmrecht entnommene – Einverleiher-Klausel dar. Sie besagt, dass Verleihunternehmen Filme nur dann in der Schweiz zur öffentlichen Erstaufführung verleihen dürfen, wenn das Verleihunternehmen die Rechte für alle in der Schweiz zur Verwertung gelangenden Sprachversionen besitzt (Art. 19 Abs. 2 FiG). Diese Regelung will sicherstellen, dass in der ganzen Schweiz, d.h. über die Sprachregionen hinaus, dieselben Filme zu sehen sind. Damit soll die Vereinnahmung des Schweizer Marktes durch Verleihunternehmen grosser Nachbarländer, wie z. B. Deutschland, verhindert werden⁷⁸.

4. Abgabe zur Förderung der Angebotsvielfalt

41

Für den Fall, dass die freiwillige Selbstkontrolle scheitert, sieht das Gesetz als *ultima ratio* eine Abgabe zur Förderung der Angebotsvielfalt vor (Art. 21 Abs. 1 FiG)⁷⁹. Sie beträgt höchstens 2 Fr. pro Eintritt, bezogen auf die Eintritte, die vom betroffenen Kinounternehmen in einer Kinoregion erzielt werden. Die damit generierten Mittel sollen in die Verleih- und Kinoförderung jener Filme investiert werden, die auf dem betreffenden Kinomarkt fehlen (Art. 21 Abs. 2 und 3 FiG).

42

Rechtsdogmatisch handelt es sich hierbei um eine Lenkungsabgabe, bei der das Lenkungsziel – die Erhaltung und Förderung der Angebotsvielfalt – im Vordergrund steht, in dessen Richtung das Verhalten der Verleih- und Vorführunternehmen verändert

⁷⁷ Der Erfolg der Selbstregulation wird entscheidend vom Geschick der Ombudsstelle abhängen, mit den „schwarzen Schafen“ der Branche umzugehen. Siehe dazu GRABER, Durch Selbstregulation zur Angebotsvielfalt?, S. 176.

⁷⁸ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5453 sowie GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 226.

⁷⁹ Siehe GRABER, Durch Selbstregulation zur Angebotsvielfalt?, S. 176

werden soll⁸⁰. Die Einnahmen aus der Förderabgabe werden zweckgebunden für die Filmförderung eingesetzt (Art. 15 Abs. 2 FiG). Die Kompetenz zum Erlass dieser Lenkungsabgabe findet sich in Art. 71 BV⁸¹.

43

Nach Lehre und Rechtsprechung stellen sachgerecht ausgestaltete Lenkungsabgaben zur Erreichung von verfassungsrechtlichen Zielen – wie den in Art. 71 BV verankerten kulturpolitischen Zielen – keine von der Wirtschaftsfreiheit abweichende Eingriffe dar⁸². Auch wenn die Förderabgabe Auswirkungen auf den freien Wettbewerb hat und somit eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit darstellt, ist sie zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig und rechtsgleich ausgestaltet ist und keine wirtschaftspolitische Zielsetzung verfolgt⁸³. Nicht jede wirtschaftsfördernde Massnahme, die gewisse Auswirkungen auf die wirtschaftliche Tätigkeit hat, ist eine grundsatzwidrige Massnahme⁸⁴. Lenkungsabgaben können im Gegenteil „idealtypisch zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation“ führen, „indem sie durch Internalisierung externalisierter Kosten Wettbewerbsverzerrungen ausgleichen“⁸⁵. Dies dürfte gerade auch für die Förderabgabe zur Regelung des Filmmarktes zutreffen, weil hier verschiedene Verhaltensweisen der Verleih- und/oder Vorführunternehmen die Vielfalt des Filmangebotes in einer Kinoregion gefährden können⁸⁶ und es dadurch zu Wettbewerbsverzerrungen auf dem Kinomarkt kommen kann, falls die Branche keine adäquaten Selbstregulierungsmassnahmen ergreift.

5. Reinvestitionsvorschriften für geförderte Filmprojekte

44

⁸⁰ Gemäss Botschaft FiG, BBl 2000 V 5455 handelt es sich genauer um eine sogenannte reine Lenkungsabgabe, weil sie den mit der Abgabepflicht erzielten Lenkungseffekt in den Vordergrund stellt, der Ertrag dagegen sekundär ist. Allgemein zu der Kategorie der Lenkungsabgabe im öffentlichen Abgaberecht siehe BLAISE KNAPP, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, Basel etc. 1993, Rz. 2796 ff.; zu den unterschiedlichen Arten von Lenkungsabgaben siehe BGE 125 I 182, 194 Erw. 4c und die dort zitierte Literatur.

⁸¹ Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 13; Botschaft FiG, BBl 2000 V 5456.

⁸² Siehe VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27, Rz. 41; BGE 125 I 182, 198 Erw. 5b.

⁸³ Vgl. zunächst die Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten in Art. 36 BV; siehe zudem BGE 125 I 182, 199 Erw. 5c; siehe dazu auch VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27, Rz. 41.

⁸⁴ Siehe ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl. 2001, Rz. 663 ff. Ob eine wirtschaftsfördernde Massnahme grundsatzkonform ist, lässt sich nach Auffassung dieser Autoren bloss im Einzelfall und gestützt auf eine Würdigung ihrer Art und Intensität beurteilen. In diesem Sinne argumentiert VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, dass grundsätzlich zulässige Massnahmen von einer bestimmten Eingriffsintensität an zu grundsatzwidrigen werden. Damit trägt er der (vor allem von René Rhinow und Giovanni Biaggini) geprägten Lehrmeinung Rechnung, dass es bei der Beurteilung der Frage, ob ein Eingriff grundsatzwidrig ist, nicht nur auf das Motiv, sondern auch auf die Wirkungen ankomme.

⁸⁵ Siehe BGE 125 I 182, 199 Erw. 5c.

⁸⁶ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5453.

Den Anliegen der Stärkung des Produktionsstandortes Schweiz (Dreh- und Verarbeitungsort) und der Sicherung der Existenz der fernsehunabhängigen Film- und Audiovisionsbetriebe trägt das neue Filmrecht mit einer Bestimmung im FiG Rechnung, welche die bestmögliche Berücksichtigung der schweizerischen Filmtechnikerinnen und Filmtechniker sowie der filmtechnischen Betriebe bezweckt (Art. 2 Abs. 2 FiG)⁸⁷.

6. Schutz der Auswertungskaskade

45

Im Zuge der Revision des Filmgesetzes wurde Art. 12 Abs. 1^{bis} in das Urheberrechtsgesetz (URG)⁸⁸ eingefügt⁸⁹. Nach dieser Bestimmung darf ein Werkexemplar eines audiovisuellen Werkes nur dann weiterveräußert oder sonstwie verbreitet werden, wenn der Urheber oder die Urheberin es im Inland veräußert oder der Veräußerung im Inland zugestimmt hat. Damit ist für audiovisuelle Werke (zu denken ist v. a. an Videos und DVDs) das Prinzip der nationalen Erschöpfung eingeführt worden⁹⁰. Hinter dieser Regelung steht das Ziel, die für die wirtschaftlich optimale Auswertung von Filmen wichtige Auswertungskaskade zu schützen⁹¹. Die Einhaltung der Auswertungskaskade ist für die Filmproduzenten, die Filmverleiher sowie die Kinobetriebe und somit für den Fortbestand der Filmindustrie in der Schweiz von erheblicher Bedeutung⁹². Sie bringt neben wirtschaftlichen Vorteilen für die unterschiedlichen Akteure in der Filmwirtschaft auch kultur- und strukturpolitisch positive Wirkungen mit sich: Die vor allem mit ausländischen Grossproduktionen generierten wirtschaftlichen Mittel ermöglichen ein in der Schweiz starkes Kinogewerbe und einen eigenständigen Filmverleih, was wiederum Voraussetzung dafür ist, dass kleinere in- und ausländische (Ko-)Produktionen in den Schweizer Kinos gezeigt werden können⁹³. Letztlich leistet der Schutz der Auswertungskaskade einen wichtigen Beitrag zur kulturellen Vielfalt des Filmangebots in Schweizer Kinos⁹⁴.

46

⁸⁷ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5442.

⁸⁸ Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992, SR 231.1.

⁸⁹ Siehe Art. 36 Ziff. 2 FiG; Art. 12 Abs. 1^{bis} URG ist zusammen mit dem Filmgesetz auf den 1. August 2002 in Kraft getreten.

⁹⁰ Dies in Abweichung zum ansonsten im Urheberrecht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung geltenden Grundsatz der internationalen Erschöpfung. Siehe dazu GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 223.

⁹¹ Nach der Auswertungskaskade werden neue Filme zuerst in den Kinos gezeigt und erst anschliessend über Videokassetten und DVDs bzw. über Fernsehen wirtschaftlich ausgewertet. Sie sichert die Exklusivität der Erstveröffentlichung von Filmen in Kinos und soll insbesondere verhindern, dass DVDs und Videokassetten von Filmen bereits im Handel erhältlich sind, bevor die betreffenden Filme auf Stufe Kino ausgewertet worden sind. Siehe ZÄCH/UNTERNÄHRER, S. 787.

⁹² Siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 225f.; siehe auch ZÄCH/UNTERNÄHRER, S. 788.

⁹³ Siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 226.

⁹⁴ Siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 226; ZÄCH/UNTERNÄHRER, S. 788.

Diese filmkulturpolitischen Überlegungen liegen auch der Entstehungsgeschichte von Art. 12 Abs. 1^{bis} URG zugrunde⁹⁵. Es handelt sich demnach primär um eine kulturpolitisch motivierte Massnahme⁹⁶, deren Bedeutung und Tragweite allerdings umstritten und unklar ist. Dies gilt insbesondere hinsichtlich deren Konformität mit dem Grundrecht bzw. dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV). Je nach Interpretation verzerrt sie mehr oder weniger erheblich den Wettbewerb und wird gar als grundsatzwidrige strukturpolitische Massnahme qualifiziert, die sich weder auf Art. 71 noch auf Art. 103 BV abstützen lasse⁹⁷. Die Kritik der Lehre und parlamentarische Vorstösse haben dazu geführt, dass die Vorschrift im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes geändert worden ist⁹⁸. Gemäss dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Art. 12 Abs. 1^{bis} URG⁹⁹ dürfen Exemplare von audiovisuellen Werken so lange nicht weiterveräussert werden, als der Urheber oder die Urheberin dadurch in der Ausübung des Aufführungsrechts (Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG) beeinträchtigt wird. Mit dieser Änderung, hofft der Gesetzgeber, die Wirkung der Bestimmung besser auf den Schutz der Verwertungskaskade beschränken zu können. Die Frage bleibt jedoch, wie lange die Schonfrist sein wird, während der ohne Einwilligung des Rechtsinhabers keine Werkexemplare in die Schweiz eingeführt werden dürfen¹⁰⁰.

⁹⁵ Siehe ZÄCH/UNTERNÄHRER, S. 788 und 790, mit entsprechenden Hinweisen auf die Vorarbeiten zum FiG der Expertenkommission Moor.

⁹⁶ Auch der Bundesrat vertritt die Ansicht, dass Art. 12 Abs. 1^{bis} URG (welcher in der Botschaft FiG noch nicht enthalten war) mit den Zielen des Filmgesetzes (d. h. Förderung der kulturellen Vielfalt des Filmangebotes) im Einklang steht. Siehe Stellungnahme des Bundesrates vom 13.11.2002 zum Postulat Mörgeli (02.3513), eingereicht im Nationalrat am 30.9.2002; a. A. offenbar LERCH/VOGEL, S. 419, mit der Auffassung, dass Ziel der gesetzlichen Massnahme eine sektorale Strukturpolitik mit den entsprechenden wirtschaftspolitischen Auswirkungen sei. Diese Autoren stellen aber anlässlich der Prüfung der Konformität der Massnahme mit dem Grundrecht bzw. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu sehr auf die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen der Regelung ab und verlieren so den kulturpolitischen Zweck aus den Augen.

⁹⁷ ZÄCH/UNTERNÄHRER, S. 792 wollen Art. 12 Abs. 1^{bis} URG im Hinblick auf die Konformität mit Art. 27 und 94 BV dahingehend interpretieren, dass nur Erstimporte, nicht aber Parallelimporte verboten seien; LERCH/VOGEL, S. 418 ff., gehen davon aus, dass es sich bei Art. 12 Abs. 1^{bis} URG primär um eine Massnahme mit strukturpolitischer Zielsetzung handle (vgl. die vorhergehende Fussnote). Die gesetzliche Regelung der nationalen Erschöpfung für audiovisuelle Werke sei grundsatzwidrig und lasse sich nur insoweit durch die Abweichungsermächtigungen von Art. 71 und Art. 103 BV rechtfertigen, als es um kulturpolitische Anliegen gehe. Dies sei insoweit nicht der Fall, als die Massnahme auf einen verstärkten Schutz des Urhebers abziele (was für das Verbot von Erst- und Parallelimporten gelte). Sie kommen letztlich zum Ergebnis, dass Art. 12 Abs. 1^{bis} URG in seiner jetzigen Fassung verfassungswidrig sei. Diese Argumentation vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie von zwei Voraussetzungen ausgeht, die u. E. nicht zutreffen: Weder der Annahme, dass eine sektorale Strukturpolitik das primäre Ziel der Massnahme sei, noch der These, dass eine kulturpolitisch motivierte Massnahme mit wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen per se grundsatzwidrig sei und einer Abweichungsermächtigung in der Verfassung bedürfe, stimmen wir zu. Vgl. dazu auch § 3 V. 4.

⁹⁸ Siehe zu den im Vorfeld geäusserten Änderungsvorschlägen ZÄCH/UNTERNÄHRER, S. 792 und LERCH/VOGEL, S. 417 und 421; siehe ferner das Postulat der nationalrätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK; 02.3389), eingereicht am 3.9.2002, und Stellungnahme des Bundesrates vom 19.11.2002 dazu.

⁹⁹ AS 2004 1385, 1390.

¹⁰⁰ Siehe KÜNZI, S. 138.

VI. **Filmförderung durch das Fernsehen**

47

Auf den engen Zusammenhang von Film und Fernsehen ist bereits hingewiesen worden¹⁰¹. Im Folgenden sollen Entwicklungen in der Film- und Fernsehgesetzgebung dargestellt werden, die unter strukturpolitischen Aspekten interessieren.

48

Art. 7 Abs. 3 des bundesrätlichen Entwurfs für ein totalrevidiertes Radio- und Fernsehgesetz vom 18. Dezember 2002 (E-RTVG)¹⁰² verpflichtet nicht nur die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG), sondern alle Fernsehveranstalter mit nationalem oder sprachregionalem Programmangebot, die Filme ausstrahlen, mindestens vier Prozent ihrer Bruttoeinnahmen für den Ankauf, die Produktion oder die Koproduktion von Schweizer Filmen aufzuwenden oder eine entsprechende Förderabgabe von höchstens vier Prozent zu bezahlen. Weiter verpflichtet Art. 26 Abs. 3 lit. b E-RTVG die SRG dazu, Sendungen u.a. aus Schweizer Filmproduktion auszustrahlen, um damit die kulturellen Werte des Landes zu stärken und die schweizerische Kultur zu fördern. Art. 27 E-RTVG bestimmt, dass die Konzession der SRG zu diesem Zweck auch Quoten vorsehen kann.

49

Während die Massnahmen zur Förderung des Films durch das Fernsehen den Wettbewerb auf dem Filmmarkt nicht in einer grundsatzwidrigen Weise verzerren, stellt sich bei den in Art. 7 Abs. 1 lit. a und b E-RTVG enthaltenen Kulturquoten die Frage, ob es sich um eine grundsatzwidrige strukturpolitische Massnahme handle. Lit. a verpflichtet die SRG, den Hauptteil der massgebenden Sendezeit schweizerischen oder anderen europäischen Werken vorzubehalten (Verbreitungsquote) und lit. b verpflichtet sie, ihr Fernsehprogramm im Umfang von mindestens 10 Prozent der massgebenden Sendezeit oder der Programmkosten durch Produktionsfirmen herstellen zu lassen, die von Programmveranstaltern unabhängig sind (Herstellungsquote)¹⁰³. Mit der Verankerung einer Verbreitungs- und einer Herstellungsquote im Schweizer Fernsehrecht gleicht der Entwurf das Schweizer Fernsehrecht an jenes der EG, d.h. an die EG-Fernsehrichtlinie, an¹⁰⁴. Nach Auffassung des Bundesrates folgt diese Regelung dem Gedanken, "dass Europa eine leistungsfähige Film- und Fernsehindustrie braucht, um auf diesem bedeutenden Markt wettbewerbsfähig bleiben zu können"; zudem soll die „Stärkung unabhängiger Produzenten (...) auch einen Beitrag zur Vielfalt im Bereich der Programm-

¹⁰¹ Siehe oben § 2 III.

¹⁰² Botschaft RTVG, BBl 2003, 1569.

¹⁰³ Die übrigen schweizerischen Fernsehveranstalter mit nationalem oder sprachregionalem Programmangebot müssen diese Verpflichtungen gemäss Art. 7 Abs. 2 RTVG im Rahmen des praktisch durchführbaren und mit angemessenen Mitteln erfüllen.

¹⁰⁴ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, Abl. 1989 Nr. L 298, S. 23, zuletzt geändert durch Richtlinie 97/36/EG, Abl. 1997 Nr. L 202, S. 60; siehe auch Botschaft RTVG, BBl 2003, 1671 f.

herstellung" leisten¹⁰⁵. Diese Formulierung erweckt den Anschein, dass die Einführung einer Herstellungsquote primär strukturpolitisch motiviert ist. Ihr liegt wohl die Sorge zu Grunde, dass die schweizerische und europäische audiovisuelle Produktion gegenüber der US-amerikanischen Konkurrenz nicht bestehen kann, sofern der Staat nicht korrigierend in den Markt eingreift. Stünde tatsächlich der Konkurrenzschutz als Regelungszweck im Vordergrund, so handelte es sich um eine grundsatzwidrigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, welche einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung bedürfte. Geht es aber letztlich um die sachgerechte Wahrnehmung der Staatsaufgabe Radio und Fernsehen, wozu u.a. der Beitrag des Fernsehens zur kulturellen Entfaltung (vgl. Art. 93 Abs. 2 BV) gehört, so ist davon auszugehen, dass bei Art. 93 BV, wie schon bei Art. 71 BV, auf eine stillschweigende Kompetenz zur Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit zurückgegriffen werden kann¹⁰⁶.

§ 4 Internationale Bezüge der Filmpolitik und des Filmrechts

I. Koproduktionsabkommen

50

Von der Filmförderung profitieren auch Koproduktionen, d.h. Filme, die von schweizerischen und ausländischen Partnern gemeinsam hergestellt werden (Art. 3 FiG). Der Bund stellt hierfür ungefähr ein Viertel der insgesamt für die Filmförderung aufgewendeten Finanzmittel zur Verfügung¹⁰⁷. Er trägt damit der zunehmenden Bedeutung der internationalen Zusammenarbeit bei der Filmproduktion Rechnung¹⁰⁸. Länder, die wie die Schweiz über eine kleine Audiovisionsindustrie verfügen, sind auf Koproduktionspartner angewiesen, weil die hohen Kosten, welche die Herstellung eines Spielfilms verursacht, die öffentlichen und privaten Finanzierungsmöglichkeiten übersteigen¹⁰⁹.

51

Aus diesem Grunde hat auch die Schweiz bilaterale und multilaterale Abkommen zur grenzüberschreitenden Koproduktion von Kinofilmen abgeschlossen. Zurzeit bestehen bilaterale Koproduktionsabkommen mit Deutschland, Österreich, Kanada, Frankreich und Italien¹¹⁰. Zudem ist die Schweiz Mitglied des Europäischen Übereinkom-

¹⁰⁵ Siehe Botschaft RTVG, BBl 2003, 1671. Zu den europäischen Werken werden selbstverständlich auch die schweizerischen Werke gezählt.

¹⁰⁶ Siehe J. P. MÜLLER, Kommentar zu Art. 55^{bis} aBV, in: J.-F. Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung von 1874, Basel, Stand Juni 1986, Rz. 18 ff.; vgl. auch oben § 2 II.; in der Botschaft RTVG wird im Übrigen mit keinem Wort auf eine allfällige Grundsatzwidrigkeit der Herstellungsquote und einer hierzu erforderlichen Rechtfertigung eingegangen.

¹⁰⁷ Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 8.

¹⁰⁸ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5445.

¹⁰⁹ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5445.

¹¹⁰ Für die Schweiz sind die folgenden fünf bilateralen Koproduktionsabkommen in Kraft: Vereinbarung zwischen der Regierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Regierung der Bundesrepublik

mens über die Gemeinschaftsproduktionen von Kinofilmen (EÜGK)¹¹¹. Das EÜGK verbindet die Schweiz mit 35 europäischen Staaten und ist das wichtigste multilaterale Instrument zur Finanzierung grösserer Kinofilmprojekte¹¹².

52

Der Sinn solcher Koproduktionsabkommen besteht darin, dass alle an einer Gemeinschaftsproduktion beteiligten Vertragsstaaten dem betreffenden Film Inländerbehandlung gewähren. Inländerbehandlung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass Filme, die den Status einer Gemeinschaftsproduktion erhalten, unter den gleichen Bedingungen wie inländische Filme von Vorteilen der jeweiligen nationalen Filmförderung profitieren können¹¹³. Aufgrund reziproker Verpflichtungen der Partnerstaaten kommen die für Koproduktionen aufgewendeten Bundessubventionen indirekt wieder dem Schweizer Film zugute und stehen somit im Einklang mit dem Verfassungsauftrag der Förderung der Schweizer Filmproduktion¹¹⁴. Zudem tragen sie auch dem Anliegen der Förderung kultureller Vielfalt Rechnung¹¹⁵.

II. Europäische Programme der Filmförderung

1. Einleitende Bemerkungen

53

Neben der direkten Subventionierung von Koproduktionen fördert der Bund die internationale Zusammenarbeit bei der Filmproduktion durch die Beteiligung am Eurimages-Fonds des Europarates. Sodann ist die (künftige) Beteiligung der Schweiz an den Förderprogrammen der Europäischen Gemeinschaften (EG) für den europäischen audiovisuellen Sektor zu beleuchten. In diesem Zusammenhang ist namentlich auf die Kulturquoten einzugehen.

Deutschland über die Beziehungen auf dem Gebiet des Films vom 6. Juni 1984 (in Kraft seit dem 28. Februar 1986; SR 0.443.913.6); Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Österreich über die Beziehungen auf dem Gebiete des Films vom 11. Mai 1990 (Koproduktionsabkommen Schweiz-Österreich, in Kraft seit dem 1. November 1990; SR 0.443.916.3); Vereinbarung zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung von Kanada über die Beziehungen auf dem Gebiete des Films und der Audiovision vom 22. Oktober 1987 (in Kraft seit dem 7. April 1988; SR 0.443.923.2); Vereinbarung über die Beziehungen zwischen der Schweiz und Frankreich auf dem Gebiet des Films vom 22. Juni 1977 (in Kraft seit dem 20. September 1978). Ergänzung dazu vom 22. September 1986 (in Kraft seit dem 9. Juni 1988; SR 0.443.934.91); Koproduktionsabkommen zwischen der Schweiz und Italien auf dem Gebiete des Films vom 15. Mai 1990 (in Kraft seit dem 23. Dezember 1993; SR 0.443.945.4).

¹¹¹ Vom 2. Oktober 1992, SR 0.443.2. Das EÜGK ist für die Schweiz seit dem 1. April 1994 in Kraft.

¹¹² Sein Ziel besteht darin, die Weiterentwicklung europäischer Gemeinschaftsproduktionen zu fördern (Art. 1 EÜGK). Dem EÜGK können ausschliesslich europäische Staaten beitreten. Es findet Anwendung auf Koproduktionen, an denen sich mindestens drei Koproduzenten aus drei verschiedenen Vertragsstaaten beteiligen. Falls diese Voraussetzung erfüllt ist, dürfen ein oder mehrere nichteuropäische Partner dazukommen, sofern deren Anteil an den Gesamtproduktionskosten 30 Prozent nicht übersteigt (Art. 2 Abs. 2 lit. b EÜGK); ausführlich zum EÜGK GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 273 ff.

¹¹³ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5445 f.; GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 80 f.

¹¹⁴ Siehe GEISER/GRABER, St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV, Rz. 8.

¹¹⁵ Siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 82.

2. Filmförderung des Europarates (Eurimages)

54

Eurimages ist ein vom Europarat gegründeter Fonds, der die Herstellung von europäischen Koproduktionen fördert und an dem auch die Schweiz beteiligt ist¹¹⁶. Über die Produktion hinaus unterstützt dieser Fonds in bescheidenem Ausmass auch den Filmverleih und die Kinos, wobei nur jene Vertragsstaaten in den Genuss letztgenannter Beihilfen kommen, die – wie zurzeit die Schweiz – nicht an den MEDIA-Programmen der EG teilhaben¹¹⁷. Voraussetzung einer Förderung durch Eurimages ist, dass es sich um einen Film handelt, an dem mindestens zwei Parteien aus zwei verschiedenen Vertragsstaaten beteiligt sind¹¹⁸.

3. Filmförderung der EG (MEDIA-Programme)

a) Filmförderung der EG im Rahmen der MEDIA-Programme als Struktur- und Kulturpolitik

55

Die Förderprogramme der EG zugunsten der audiovisuellen Industrie verfolgen im Wesentlichen struktur- und kulturpolitische Ziele: Einerseits sollen sie die Wettbewerbsfähigkeit des audiovisuellen Sektors fördern und andererseits zur Erhaltung und Förderung einer europäischen kulturellen Identität und Vielfalt beitragen¹¹⁹.

56

Die EG unterstützt die europäische audiovisuelle Industrie über die Programme MEDIA Plus und MEDIA-Fortbildung mit Laufzeit vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2006; die entsprechenden Beschlüsse des Europäischen Parlamentes und des Rates wurden insbesondere auf Art. 157 Abs. 3 (Industriepolitik) bzw. Art. 150 Abs. 4 EGV (Bildungspolitik) gestützt¹²⁰. Ab 2007 soll die Intervention der EG zugunsten des audiovisuellen Sektors in einem integrierten Programm (MEDIA 2007) zusammenge-

¹¹⁶ Resolution (88)15 des Europarates vom 26. Oktober 1988.

¹¹⁷ Siehe dazu GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 246.

¹¹⁸ Näheres dazu bei GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 246 f.

¹¹⁹ Die Förderung des audiovisuellen Sektors unterstützt überdies die Umsetzung der Ziele anderer Politiken der EG. Siehe zur Rechtfertigung der Gemeinschaftsaktion für den europäischen audiovisuellen Sektor: Vorschlag der Kommission für einen Beschluss des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Umsetzung eines Förderprogramms für den europäischen audiovisuellen Sektor vom 14.7.2004 (MEDIA 2007), KOM(2004) 470 endgültig, noch nicht im ABl. publiziert.

¹²⁰ Beschluss Nr. 2000/821/EG des Rates vom 20. Dezember 2000 zur Durchführung eines Programms zur Förderung von Entwicklung, Vertrieb und Öffentlichkeitsarbeit hinsichtlich europäischer audiovisueller Werke (MEDIA Plus - Entwicklung, Vertrieb und Öffentlichkeitsarbeit) (2001-2005), ABl. L 13 vom 17.1.2001 (Berichtigte Fassung), S. 34 und Beschluss Nr. 163/2001/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. Januar 2001 zur Durchführung eines Fortbildungsprogramms für die Fachkreise der europäischen audiovisuellen Programmindustrie (MEDIA-Fortbildung) (2001-2005), ABl. L 26 vom 27.1.2001, S. 1 sowie die Beschlüsse Nr. 845 und 846/2004/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Verlängerung von MEDIA Plus und MEDIA-Fortbildung, ABl. L 157 vom 30.4.2004, S. 1 resp. 4.

fasst werden, das die zwei derzeit bestehenden Programme (MEDIA Plus und MEDIA-Fortbildung) ersetzt. Auch dieses neue Programm soll gemäss Vorschlag der Kommission insbesondere auf den vorerwähnten Kompetenzgrundlagen basieren¹²¹.

57

Dass die EG ihre MEDIA-Programme, insbesondere MEDIA Plus, in erster Linie auf die Zuständigkeitsnorm betreffend die Industriepolitik stützt, bringt zum Ausdruck, dass es bei der EG-Filmpolitik vorwiegend um wirtschaftliche Aspekte geht¹²². Massgebend für die Wahl der primärrechtlichen Kompetenzgrundlage für gemeinschaftsrechtliche Akte ist nämlich die objektive Sachnähe der zu beurteilenden Massnahme zum Regelungsgehalt der Kompetenznorm¹²³. Ein Blick in die Erwägungsgründe und Zielbestimmungen des MEDIA Plus-Beschlusses zeigt denn auch, dass es sich primär um ein Förderungsprogramm für die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit sowie die Entwicklung und Stärkung des europäischen audiovisuellen Industriesektors und somit des europäischen Binnenmarktes handelt¹²⁴. Ausdrücklich werden auch strukturpolitische Ziele wie die Entwicklung eines audiovisuellen Sektors in Ländern und Regionen mit geringer audiovisueller Produktionskapazität und/oder kleinem Sprachgebiet oder geringer geographischer Ausdehnung sowie die Entwicklung eines unabhängigen europäischen Produktionssektors ganz allgemein aufgeführt¹²⁵.

58

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. m EGV gehört die "Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Gemeinschaft" zu einer der Aufgaben der EG. Art. 157 Abs. 1 EGV bestimmt, dass der Zweck der EG-Industriepolitik darin besteht, die notwendigen Voraussetzungen für die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie zu gewährleisten¹²⁶. Unter Industriepolitik sind alle wirtschaftspolitischen Massnahmen und Bestrebungen von öffentlicher Hand und Verbänden zu verstehen, die auf Struktur und Entwicklung der Industrie einwirken. Dazu gehört insbesondere auch die sektorale Strukturpolitik¹²⁷.

59

Die MEDIA-Programme finden ihre Legitimation aber auch klarerweise in der Kulturpolitik der EG bzw. in der entsprechenden Zuständigkeitsnorm im EGV (Art.

¹²¹ Siehe Vorschlag MEDIA 2007-Beschluss (FN 119).

¹²² Siehe in Bezug auf das Vorgängerprogramm MEDIA II schon GRABER, Filmrecht und EU-Beitritt, S. 999 f.

¹²³ Siehe SPARR, Kommentar zu Art. 151 EGV, Rz. 10.

¹²⁴ Vgl. insbesondere die Erwägungsgründe 1,2,12, 28-34 und Art. 1 Abs. 2 lit. a, b und e MEDIA Plus-Beschluss (FN 120).

¹²⁵ Vgl. die Erwägungsgründe 34 und Art. 1 lit. e MEDIA Plus-Beschluss (FN 120).

¹²⁶ Siehe Art. 152 Abs. 1 und 3 EGV; siehe dazu MÜLLER-HUSCHKE, Kommentar zu Art. 157 EGV, Rz. 15 f. und 28 f.

¹²⁷ Mit dem Begriff „Industrie“ ist überdies nicht nur die Grossindustrie, sondern sind auch kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) gemeint. Siehe MÜLLER-HUSCHKE, Kommentar zu Art. 157 EGV, Rz. 11 ff.

151)¹²⁸. Das schlägt besonders deutlich in dem von der Kommission vorgelegten Vorschlag betreffend MEDIA 2007 durch, wo die Förderung des audiovisuellen Sektors ausdrücklich auch unter Berufung auf Art. 151 EGV gerechtfertigt wird, und die aus dieser Bestimmung fliessenden kulturellen Ziele stärker hervorgehoben werden, als in den Rechtsakten zu den bestehenden Programmen¹²⁹.

60

Gemäss Art. 3 lit. q EGV gehört die "Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten" zu den Aufgaben der EG. Mit dem Einschluss der Kultur in die Aufgaben der Gemeinschaft trägt der EGV neben der identitätsstiftenden Wichtigkeit der Kultur auch der schnell zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung des Handels mit Kulturprodukten Rechnung¹³⁰. Gemäss Art. 151 EGV leistet die EG einen Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt und gleichzeitiger Hervorhebung des gemeinsamen kulturellen Erbes. Art. 151 Abs. 2 EGV sieht sodann vor, dass die Gemeinschaft die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten u.a. im Bereich des künstlerischen und literarischen Schaffens einschliesslich des audiovisuellen Bereichs unterstützt und ergänzt.

61

Der MEDIA Plus-Beschluss führt ausdrücklich die Wahrung und Förderung der sprachlichen Vielfalt in Europa sowie die Aufwertung des europäischen kulturellen Erbes als kulturelle Zielsetzungen auf¹³¹. Auch geht die Kommission in einer Mitteilung zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Werken davon aus, dass mit den filmpolitischen Massnahmen der EG und der Mitgliedstaaten in erster Linie europäische bzw. nationale Kulturförderung betrieben werde, wobei sich die Filmförderung seit dem Vertrag von Maastricht auf Art. 151 EGV stützen könne, der die Kulturförderung als wichtiges Ziel der EU und ihrer Mitgliedstaaten anerkenne¹³². Demnach komme bei staatlichen Beihilfen für Kino- und Fernsehproduktionen nationaler Herkunft die Ausnahmeregelung für die Kultur gemäss Art. 87 Abs. 3 lit. d EGV und nicht die Ausnahmeregelung für die Entwicklung

¹²⁸ Siehe insbesondere Art. 151 Abs. 5 EGV. Die Gemeinschaftskompetenz ist im Sinne von Art. 5 EGV subsidiär und komplementär zu den Kulturkompetenzen der Mitgliedsstaaten und beschränkt sich auf Förder- und Unterstützungsmassnahmen unter Ausschluss jeglicher Harmonisierungsregelungen. Näheres bei SPARR, Kommentar zu Art. 151 EGV, Rz. 5 ff. und 25 ff. Den kulturellen Aspekten, insbesondere der Wahrung und Förderung der kulturellen Vielfalt, ist im Übrigen im Sinne der Querschnittsklausel von Art. 151 Abs. 4 EGV bei allen Tätigkeiten der EG Rechnung zu tragen. Siehe RESS/UKROW, Kommentar zu Art. 151, Rz. 70 ff.

¹²⁹ Vgl. Erwägung 3 und Art. 1 Ziff. 2 lit. a Vorschlag MEDIA 2007-Beschluss (FN 119).

¹³⁰ Siehe SPARR, Kommentar zu Art. 151 EGV, Rz. 4; dabei ist es die kulturelle Vielfalt, welche die Identität des europäischen Films ausmacht. Eingehend dazu GRABER, GATS und europäischer Film, S. 94 f.

¹³¹ Vgl. Erwägungsgrund 14 und Art. 1. c und d MEDIA Plus-Beschluss (FN 120).

¹³² Siehe Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26. September 2001 zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Werken, KOM(2001) 534 endgültig, ABl. C 43 vom 16. 2. 2002, S. 7.

bestimmter Wirtschaftszweige gemäss Art. 87 Abs. 3 lit. c EGV zum Tragen¹³³. Darüber hinaus seien regionale Beihilfen, Beihilfen für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU), Ausbildungsbeihilfen und Beschäftigungsbeihilfen im Audiovisionsbereich unter den Ausnahmeregelungen von Art. 87 Abs. 3 lit. a (Beihilfen für regionale Strukturpolitik) oder lit. c (Beihilfen für sektorale Strukturpolitik) zulässig¹³⁴. Als problematisch erachtet die Kommission jedoch Beihilferegulungen mit territorialen Auflagen¹³⁵. Darunter sind Auflagen zu verstehen, die verlangen, dass ein bestimmter Teil des Budgets für die Produktion des Films im Inland ausgegeben werden muss. Nach Auffassung der Kommission ist die wettbewerbsverzerrende Wirkung der Territorialisierung von Beihilfen für Film- und Fernsehproduktion grösser als jene der Höhe der Beihilfe selbst. Territoriale Auflagen, die verlangen, dass mehr als 80 Prozent des Produktionsbudgets im Inland ausgegeben werden, gingen über das hinaus, was nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit für die Förderung der angestrebten kulturellen Ziele noch als akzeptabel gelte könne¹³⁶. In solchen Fällen sei davon auszugehen, dass sie nicht mehr der Förderung der Kultur, sondern der Förderung des betreffenden Wirtschaftszweiges dienen¹³⁷.

62

Die Förderung des audiovisuellen Sektors durch die EG bewegt sich – wie gesehen – in einem Spannungsverhältnis zwischen Kultur- und Wirtschaftspolitik. Der Zielkonflikt zwischen Wirtschaftsfreiheit und kultureller Vielfalt tritt hier besonders deutlich zu Tage und ruft in Erinnerung, dass die EG als Gebilde entstanden ist, das primär auf das Ziel der Wirtschaftsintegration ausgerichtet war¹³⁸.

b) Fördermassnahmen der MEDIA-Programme

63

Die EG fördert die audiovisuelle Industrie mit den soeben erwähnten MEDIA-Programmen. Im Unterschied zu den staatlichen Förderinstrumenten und zur Filmförderung des Europarates verzichten die MEDIA-Programme darauf, die Produktion zu unterstützen. Ihre drei Förderschwerpunkte sind die Projektentwicklung, der Vertrieb audiovisueller Programme (MEDIA Plus) und die Weiterbildung von Fachkräften der Audiovisionsbranche (MEDIA-Fortbildung)¹³⁹. Alle drei Säulen unterstützen ausschliesslich Projekte, die (innerhalb der EG) die Grenzen der Mitgliedstaaten über-

¹³³ EG-Kommission, Mitteilung Film- und Audiovisionsrecht (FN 132), S. 9.

¹³⁴ Gemäss Art. 87 Abs. 1 EGV sind staatliche Beihilfen verboten, sofern sie wettbewerbsverfälschend sind und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Zu den Ausnahmeregelungen und den spezifischen Kriterien für die Zulässigkeit staatlicher Beihilfen für die Kino- und Fernsehproduktion siehe EG-Kommission, Mitteilung Film- und Audiovisionsrecht (FN 132), S. 9.

¹³⁵ EG-Kommission, Mitteilung Film- und Audiovisionsrecht (FN 132), S. 9 f.

¹³⁶ EG-Kommission, Mitteilung Film- und Audiovisionsrecht (FN 132), S. 9 f.

¹³⁷ Siehe EG-Kommission, Mitteilung Film- und Audiovisionsrecht (FN 132), S. 10.

¹³⁸ Siehe GRABER, Filmrecht und EU-Beitritt, S. 990.

¹³⁹ Vgl. GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 245.

schreiten. Noch ausgeprägter als das Vorgängerprogramm MEDIA II setzt MEDIA Plus im Bereich der Verleihförderung den Akzent auf Instrumente automatischer Förderung, d.h. auf Massnahmen, die im Unterschied zur einzelstaatlichen selektiven Förderung den Erfolg eines Films auf dem Markt honorieren¹⁴⁰. Das Programm steht auch den assoziierten Ländern Mittel- und Osteuropas sowie den Vertragsstaaten des Übereinkommens des Europarates über das grenzüberschreitende Fernsehen offen¹⁴¹. Die zur Verfügung stehenden Mittel sind weit geringer als jene einzelner EG-Mitgliedstaaten¹⁴².

64

Mit MEDIA 2007 beabsichtigt die EG ein integriertes Förderprogramm einzurichten, das bei der Vor- und der Postproduktionsphase ansetzt und das Subsidiaritätsprinzip wahrt¹⁴³.

c) Teilnahme der Schweiz am MEDIA-Programm und MEDIA-Ersatzmassnahmen der Schweiz

65

Die Schweiz war seit Juli 1992 als erstes nicht EG-Land vollberechtigtes Mitglied des MEDIA-Programmes. Mit der Ablehnung des EWR-Beitritts in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992 wurde sie jedoch ausgeschlossen¹⁴⁴. Das ist nicht nur für die Schweiz, sondern auch für ihre traditionell aus dem Raum der EU stammenden wichtigsten Partnerländer im Filmgeschäft von wirtschaftlichem und kulturellem Nachteil. Weil im EU-Raum domizilierte Unternehmen bei Projekten mit Partnern aus der Schweiz nicht in den Genuss von MEDIA-Finanzhilfen kommen, ist die Zusammenarbeit mit Schweizer Unternehmen häufig unattraktiv¹⁴⁵.

66

Um den durch den Ausschluss aus dem MEDIA-Programm der Schweizer Filmbranche entstandenen Schaden auszugleichen, wurden kurz nach der EWR-Abstimmung

¹⁴⁰ Siehe EG-Kommission, Grundsätze und Leitlinien für die audiovisuelle Politik der Gemeinschaft im digitalen Zeitalter, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 14. Dezember 1999, KOM(1999) 657, endg., 14.12.1999, nicht im ABl. veröffentlicht, S. 22 ff.

¹⁴¹ Siehe Art. 11 MEDIA Plus und Art. 8 MEDIA-Fortbildung.

¹⁴² Das hängt freilich mit der beschränkten Kulturkompetenz der EG zusammen. Die auf den 1. Januar 2001 in Kraft getretenen und auf fünf Jahre ausgelegten Förderungsprogramme sehen Mittel von 400 Mio. Euro vor. Mit der Verlängerung der MEDIA-Programme bis Ende 2006 und der Erweiterung um zehn neue Staaten am 1. Mai 2004 wurde das Gesamtbudget von MEDIA auf 513 Mio. Euro erhöht. Vgl. die Beschlüsse Nr. 845 und 846/2004 EG zur Verlängerung von MEDIA Plus und MEDIA-Fortbildung vom 29.4.2004, ABl. L 157 vom 30.4.2004, S. 1 ff.

¹⁴³ Zu den einzelnen Zielen und Massnahmen von MEDIA 2007 siehe Vorschlag MEDIA 2007-Beschluss (FN 119), S. 5 ff.

¹⁴⁴ Siehe GRABER, Filmrecht und EU-Beitritt, S. 995; siehe auch Botschaft Bilaterale II, 6052.

¹⁴⁵ Siehe zu dieser Problematik WEHLIN, S. 187 ff.

die MEDIA-Ersatzmassnahmen geschaffen¹⁴⁶. Seit dem Inkrafttreten des neuen Filmrechts findet sich die Grundlage dieser Massnahmen in Art. 6 FifVO¹⁴⁷.

67

Am 26. Oktober 2004 wurde das Abkommen zwischen der Schweiz und der EG über die Teilnahme der Schweiz an den Programmen MEDIA Plus und MEDIA-Fortbildung zusammen mit den anderen bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie des Protokolls für die Ausdehnung der Freizügigkeit auf die neuen EU-Staaten („Bilaterale II“) unterzeichnet¹⁴⁸. Es lässt einen Wiederbeitritt der Schweiz zu den MEDIA-Programmen – unter Vorbehalt der Ratifikation der Bilateralen II¹⁴⁹ – in greifbare Nähe rücken¹⁵⁰. Gemäss diesem Abkommen partizipiert die Schweiz an allen Aktionen der MEDIA-Programme als vollberechtigte Teilnehmerin¹⁵¹. Das bedeutet für Schweizer Filmemacher, Filmproduzenten und -verleiher, dass sie in den Genuss derselben Förderung kommen wie ihre Kolleginnen und Kollegen aus EU-Mitgliedstaaten¹⁵². Im Übrigen regelt das Abkommen insbesondere die finanzielle Beteiligung des Bundes an den MEDIA-Programmen und die Finanzkontrollen gegenüber Schweizer Teilnehmenden an MEDIA durch die Europäische Kommission¹⁵³. Das Abkommen verlangt nicht zuletzt die Übereinstimmung des Schweizer Radio- und Fernsehrechts mit dem die Radio- und Fernsehtätigkeit betreffenden Rechtsbestand der EG (sog. *acquis communautaire*)¹⁵⁴.

68

¹⁴⁶ Siehe GRABER, Filmrecht und EU-Beitritt, S. 995.

¹⁴⁷ Gemäss Art. 6 FifVO handelt es sich bei den MEDIA-Ersatzmassnahmen um Förderungsmassnahmen, welche die kulturellen und wirtschaftlichen Nachteile bestmöglich ausgleichen sollen, die dem europäischen Film dadurch entstehen, dass die Schweizer Gesuchsteller und Gesuchstellerinnen an den MEDIA-Programmen der Europäischen Union nicht teilnehmen können. Sie werden aus einem Sonderkredit finanziert.

¹⁴⁸ Siehe Pressemitteilung der Bundeskanzlei vom 26. Oktober 2004; die Teilnahme an den MEDIA-Programmen der EG war eines der sog. „leftovers“ der „Bilateralen I“. Siehe Botschaft Bilaterale II, 3 f. und 22.

¹⁴⁹ Der Bundesrat hat das Abkommen betreffend die Teilnahme der Schweiz an den MEDIA-Programmen der EG dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt. Siehe Art. 3 des Bundesbeschlusses über Genehmigung und Umsetzung des MEDIA-Abkommens.

¹⁵⁰ Das Abkommen tritt zwei Monate nach der Hinterlegung des letzten Ratifikationsinstruments in Kraft - gemäss Budgetbeschluss des Bundesrates jedoch frühestens am 1. Januar 2006 - und endet mit dem Auslaufen der bestehenden MEDIA-Programme am 31. Dezember 2006. Über die Teilnahme an Nachfolgeprogrammen wie MEDIA 2007 muss neu verhandelt werden. Siehe Botschaft Bilaterale II, 6056.

¹⁵¹ Siehe Art. 1 MEDIA-Abkommen; siehe auch Botschaft Bilaterale II, 6054.

¹⁵² Des Weiteren können Schweizer Experten von der EG zur Evaluation der Projekte beigezogen werden. Sodann ist vorgesehen, dass die Schweiz einen MEDIA-Desk zwecks Beratung von Schweizer Teilnehmenden und Vorevaluierung von Projekteingaben zuhanden der EG-Kommission einrichtet. Siehe Botschaft Bilaterale II, 6054.

¹⁵³ Die Schweiz will sich für das Jahr 2006 mit einem Beitrag von 4,2 Mio. Euro (rund 6,5 Mio. Fr.) an den Kosten des MEDIA-Programmes beteiligen. Dies soll der relativen Stärke des schweizerischen audiovisuellen Sektors in Europa entsprechen. Siehe Botschaft Bilaterale II, 6054 und 6222.

¹⁵⁴ Siehe Art. 2 und Anhang II des MEDIA-Abkommens; siehe auch Botschaft Bilaterale II, 6059.

Mit ihrer Beteiligung an den MEDIA-Programmen strebt die Schweiz die Erleichterung schweizerisch-europäischer Koproduktionen, die Förderung der Ausbildung von Filmschaffenden und die Verbesserung des Vertriebs schweizerischer und europäischer audiovisueller Produktionen an. Insgesamt wird eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Filmbranche erwartet¹⁵⁵. Zudem soll ein Beitrag zur Förderung des gemeinsamen Kulturgutes „Europäischer Film“ geleistet werden¹⁵⁶.

69

Im Übrigen werden mit dem Beitritt der Schweiz zu den MEDIA-Programmen die MEDIA-Ersatzmassnahmen durch die Finanzhilfen dieser Programme abgelöst¹⁵⁷.

d) Vereinbarkeit des Schweizer Filmrechts mit EG-Recht

70

Nach Ansicht des Bundesrates ist das neue FiG mit dem relevanten Gemeinschaftsrecht (vor allem Art. 87 Abs. 3 lit. d EGV) vereinbar¹⁵⁸. Da die Wahrung der kulturellen Vielfalt auch ein Gemeinschaftsziel der EG sei, was in mehreren Bestimmungen des EGV zum Ausdruck komme, stünden die Massnahmen zur Förderung der Angebotsvielfalt im Einklang mit dem EG-Recht¹⁵⁹. Der Bundesrat geht im Übrigen davon aus, dass es sich bei den EG-Massnahmen zur Filmförderung in erster Linie um kulturelle Massnahmen im Rahmen der Kulturkompetenz des EGV handelt¹⁶⁰.

71

Das MEDIA-Abkommen zwischen der Schweiz und der EG sieht eine Übernahme von Quoten zu Gunsten europäischer Werke im Sinne der EG-Fernsehrichtlinie vor¹⁶¹. Das macht eine Änderung des RTVG notwendig. Ein neuer Art. 6a RTVG verpflichtet den Bundesrat, für Veranstalter von internationalen, nationalen und sprachregionalen Fernsehprogrammen Bestimmungen über Mindestanteile europäischer Werke und unabhängiger Produktionen zu erlassen, wobei er sich an den entsprechenden

¹⁵⁵ Siehe Botschaft Bilaterale II, 6058 f. und 6223.

¹⁵⁶ Siehe Medienmitteilung des Bundesamtes für Kultur (BAK) vom 13. Februar 2003; Botschaft Bilaterale II, 6059.

¹⁵⁷ Siehe Filmförderungskonzepte 2003 bis 2005 (Anhang zu Art. 2 FifV), Ziff. 2.2.2 lit. e und Ziff. 2.2.6 lit. c.

¹⁵⁸ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5463.

¹⁵⁹ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5464.

¹⁶⁰ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5464. Bis zur angestrebten Wiederbeteiligung der Schweiz an den MEDIA-Programmen ergibt sich die Situation, dass die Schweiz die MEDIA-Ersatzmassnahmen auf eine Kulturkompetenz (Art. 71 BV) stützt. Zweck der Ersatzmassnahmen ist es jedoch, Nachteile zu kompensieren, die der Schweizer Audiovisionsbranche durch den Ausschluss aus einem EG-Programm erwachsen, das primär auf der Kompetenz zur Industriepolitik bzw. Strukturpolitik beruht. Diese Divergenz in der Rechtsgrundlage ändert zwar nichts an der Kompatibilität des Schweizer Filmrechts mit EG-Recht, zeigt aber, dass die Filmförderungspolitik der Schweiz und der EG offenbar nicht von den gleichen Voraussetzungen ausgehen.

¹⁶¹ Vgl. Art. 2 und Annex 2 Art. B MEDIA-Abkommen; siehe auch Botschaft Bilaterale II, 6057 und 6059.

Bestimmungen im Recht der EU zu orientieren hat¹⁶². Diese Änderung betrifft den Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten des MEDIA-Abkommens und dem Inkrafttreten des neuen RTVG, da dieses ebenfalls eine entsprechende Bestimmung enthalten wird¹⁶³.

4. Europäische Filmförderung durch das Fernsehen

72

Weitere für die Schweiz bedeutende europäische Filmförderungsinstrumente sind die bereits erwähnte Fernsehrichtlinie der EG¹⁶⁴ und das Übereinkommen des Europarates über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF)¹⁶⁵. Beide Regelwerke enthalten Bestimmungen, die Fernsehquoten im Sinne von Kulturquoten vorschreiben¹⁶⁶. Die Schweiz hat sich mit ihrem Beitritt zum MEDIA-Abkommen dazu verpflichtet, entsprechende Quotenbestimmungen zu übernehmen¹⁶⁷.

73

Auch wenn solche Fernsehquoten primär die Stärkung der kulturellen Vielfalt in Europa bezwecken und somit kulturpolitische Ziele verfolgen, werden damit auch klar ökonomische Ziele angestrebt, nämlich die Stärkung der europäischen Filmproduktion¹⁶⁸. Es stellt sich hier wiederum die letztlich schwierig zu beantwortende Frage, ob kulturelle Ziele nicht bloss vorgeschoben werden, um wirtschaftliche Interessen der einheimischen Produzenten zu schützen¹⁶⁹.

III. Verhältnis zu WTO-Regelungen

74

Betreffend das Verhältnis der neuen Filmgesetzgebung zum Welthandelsrecht stellt sich die Frage, ob die Filmförderungsmassnahmen bzw. die Massnahmen zur Regelung

¹⁶² Siehe Art. 2 Bundesbeschluss über Genehmigung und Umsetzung des MEDIA-Abkommens; siehe auch Botschaft Bilaterale II, 6234 ff.

¹⁶³ Sollte das revidierte RTVG, das zurzeit im Parlament beraten wird, vor dem MEDIA-Abkommen in Kraft treten, so würde der geplante Art. 6a RTVG obsolet. Siehe Botschaft Bilaterale II, 6059 und oben § 3 Ziff. VI.

¹⁶⁴ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989, Abl. 1998 Nr. L 298, S. 23 und Abl. 1997 Nr. L 202, S. 60. Siehe oben unter § 3 Ziff. VI.

¹⁶⁵ Vom 5. Mai 1989, revidierte Fassung vom 1. Oktober 1998 (BBl 1990 III 925 ff.; SR 0.784.405). Die revidierte Fassung ist seit dem 1. März 2002 in Kraft.

¹⁶⁶ Art. 4 der Fernsehrichtlinie 89/552/EWG schreibt vor, dass eine Mehrheit der auf dem Bildschirm gezeigten fiktionalen Programme europäischen Ursprungs sein müssen. Gemäss Art. 5 sind die in einem Mitgliedstaat der EG konzessionierten Fernsehveranstalter gehalten, 10 Prozent ihrer Programme von unabhängigen europäischen Produzenten herstellen zu lassen; die massgeblichen Bestimmungen des EÜGF betreffend die Kulturquoten finden sich in Art. 10 in Verbindung mit Art. 2 lit. e EÜGF.

¹⁶⁷ Siehe oben § 4 Ziff. II. 3 c) und d).

¹⁶⁸ Siehe dazu GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 251 ff.

¹⁶⁹ Siehe dazu GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 253 f.; siehe auch die Diskussion oben § 3 Ziff. VI.

des Filmmarktes mit den im Rahmen der WTO-Abkommen eingegangenen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar sind.

75

Während staatliche Massnahmen, welche die physischen Träger von Kinofilmen (Filmrollen, DVDs, Videokassetten etc.) betreffen, unter dem Gesichtspunkt des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) zu prüfen sind, fallen Produktion, Verleih und Vorführung von audiovisuellen Programmen unter das Allgemeine Abkommen über den Dienstleistungsverkehr (GATS)¹⁷⁰.

76

Mit Blick auf die WTO-Verpflichtungen der Schweiz könnte die Abgabe zur Förderung der Angebotsvielfalt (Art. 21 FiG) problematisch sein, da sie in Verdacht kommt, in ihrer Wirkung auf eine Diskriminierung US-amerikanischer Filme (Hollywood) hinauszulaufen¹⁷¹. Weil die Abgabe mit dem Verleih von Filmen zur öffentlichen Vorführung eine Dienstleistung beschlägt, fällt sie in den Anwendungsbereich des GATS¹⁷². In diesem Rahmen ist die Frage zu prüfen, ob sie die Prinzipien der Inländerbehandlung und/oder Meistbegünstigung verletzt¹⁷³. Im Unterschied zum GATT bestehen Verpflichtungen zur Gewährung von Inländerbehandlung und Marktzutritt im Rahmen des GATS lediglich dann, wenn ein WTO-Mitgliedstaat einen bestimmten Sektor in seine individuelle Verpflichtungsliste aufgenommen hat. Die Meistbegünstigungsverpflichtung ist dagegen von allgemeiner Gültigkeit und unmittelbar anwendbar; eine Ausnahme für bestimmte staatliche Massnahmen besteht nur dann, wenn das WTO-Mitglied diese am Ende der Uruguay-Runde (oder im Zeitpunkt seines WTO-Beitritts) in seine individuelle Ausnahmeliste zum Meistbegünstigungsprinzip des GATS aufgenommen hat¹⁷⁴.

77

Betreffend Inländerbehandlung (und Marktzutritt) ist die Schweiz im Bereich der audiovisuellen Werke bisher keine Verpflichtungen eingegangen¹⁷⁵. Weil die

¹⁷⁰ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5462. Für die Schweiz sind das neue GATT und das GATS seit dem 1. Juli 1995 in Kraft.

¹⁷¹ Siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 260; DERS., Förderung der Angebotsvielfalt, S. 8.

¹⁷² Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5462; die fragliche Abgabe würde Kinofilme auch als Ware im Sinne des GATT betreffen, wenn die besteuerten Filmkopien nicht in der Schweiz gezogen, sondern physisch aus dem Ausland eingeführt würden. In diesem Falle würde der Import einer Ware verteuert und das GATT käme neben dem GATS zur Anwendung. Auch für die im Vorentwurf Moor zum FiG enthaltene Abgabe, die noch den Verkauf oder die Vermietung von Videokassetten und DVDs und somit die Transaktion physischer Gegenstände beschlagen sollte, wäre das GATT massgeblich gewesen. Siehe dazu GRABER, Förderung der Angebotsvielfalt, S. 9.

¹⁷³ Während die Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) die Diskriminierung ausländischer gegenüber gleichartigen inländischen Produkten oder Produkteanbietern verbietet, verlangt das Meistbegünstigungsprinzip (Art. II GATS), dass ein Vorteil, den ein WTO-Mitglied einem Land einräumt, sofort und bedingungslos auf jedes WTO-Mitglied ausgedehnt werden muss.

¹⁷⁴ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5463; ausführlich dazu GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 186 ff.

¹⁷⁵ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5463.

Leinwandabgabe auf die Eindämmung des grossen Marktanteils von US-amerikanischen Blockbusters ausgerichtet ist, führt sie möglicherweise jedoch zu einer ungleichen Behandlung von ausländischen Filmen verschiedener Herkunft und stünde dann im Konflikt mit dem Meistbegünstigungsprinzip¹⁷⁶. Ein Blick in die Ausnahmeliste der Schweiz zur Meistbegünstigungsverpflichtung ergibt, dass die Leinwandabgabe dort nicht aufgeführt ist¹⁷⁷.

78

Somit ist genauer zu prüfen, ob die Abgabe das Meistbegünstigungsprinzip verletzt. Formal gesehen diskriminiert sie amerikanische Filme nicht, weil sie nicht ausschliesslich Dienstleistungen (Filme) bzw. Dienstleistungserbringer (Verleiher) amerikanischer Provenienz erfasst, sondern prinzipiell Filme jedweder nationaler Herkunft beschlägt¹⁷⁸. Indessen muss auch geprüft werden, ob die Leinwandabgabe allenfalls eine faktische Ungleichbehandlung bewirkt, weil das GATS auch Massnahmen verbietet, die von ihrer tatsächlichen Wirkung her diskriminierend sind¹⁷⁹. Dies könnte dann zutreffen, wenn sich in der Praxis zeigen sollte, dass die Lenkungsabgabe lediglich bei Filmen US-amerikanischer Herkunft zum Tragen kommt¹⁸⁰. Der Bundesrat vertritt die Ansicht, dass die Lenkungsabgabe auch faktisch nicht bestimmte Länder diskriminiere, weil die Abgabe Filme an einem bestimmten Kinoort unabhängig von ihrer Herkunft erfasse¹⁸¹. Er kommt dann ohne weitere Begründung zum – etwas voreiligen – Schluss, dass die Förderungsabgabe „folgerichtig ohnehin mit dem WTO-Recht kompatibel“ sei¹⁸². Diese Argumentation ist zu formalistisch und berücksichtigt die tatsächlichen Verhältnisse auf dem Kinomarkt, auf die es bei der Ermittlung einer faktischen Diskriminierung ankommt, gerade nicht¹⁸³.

79

Die Angebotsvielfalt, deren Herstellung der Zweck der Abgabe ist, ist gemäss Art. 18 FiG dann gegeben, wenn Filme in genügender Anzahl aus verschiedenen Ländern stammen, unterschiedlichen Genres angehören und verschiedene Filmstile repräsentie-

¹⁷⁶ Siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 261.

¹⁷⁷ Siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 193 f., und die dort abgedruckte Ausnahmeliste der Schweiz zu Art. II GATS. Selbst wenn die Leinwandabgabe dort eingetragen wäre, so würde sie gemäss dem Anhang zu Art. II GATS nur bis ins Jahr 2005 Bestand haben. Hinzu kommt, dass die Schweiz angesichts der sogenannten *built-in agenda* des GATS dazu verpflichtet ist, diese Ausnahmen im Rahmen der zur Zeit im Dienstleistungsbereich laufenden WTO-Verhandlungen wieder zur Diskussion zu stellen. Siehe dazu GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 262.

¹⁷⁸ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5463; siehe auch GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 262.

¹⁷⁹ Siehe dazu GRABER, Förderung der Angebotsvielfalt, S. 11; DERS., Audiovisionsrecht der WTO, S. 262.

¹⁸⁰ Siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 262.

¹⁸¹ Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5463.

¹⁸² Siehe Botschaft FiG, BBl 2000 V 5463.

¹⁸³ Der Bundesrat schliesst in seiner Argumentation offenbar von dem Nichtvorhandensein einer formalen Diskriminierung auf das Nichtvorhandensein einer faktischen Diskriminierung. Die Auswirkungen in der Praxis müssten jedoch zunächst einmal analysiert werden.

ren. Diese Formulierung bringt zum Ausdruck, dass es hier unmittelbar um den Schutz der kulturellen Vielfalt geht, so dass zumindest eine wirtschaftspolitische Motivation der Massnahme ausscheidet. Wir befinden uns hier in der Diskussion um Konflikte zwischen Handel und Kultur, insbesondere um die Zulässigkeit von staatlichen Schutzmassnahmen zur Erhaltung der kulturellen Vielfalt im Audiovisionsbereich. Diese Diskussion ist im WTO-Recht zurzeit voll im Gange und lässt gegensätzliche Standpunkte aufeinanderprallen¹⁸⁴.

80

Betreffend die Teilnahme an den MEDIA-Programmen hat die Schweiz einen entsprechenden Vorbehalt in ihrer Ausnahmeliste zum Meistbegünstigungsprinzip eingetragen, so dass keine Unvereinbarkeiten mit ihren geltenden GATS-Verpflichtungen bestehen¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Dazu und zu den neusten Entwicklungen im Rahmen der laufenden WTO-Verhandlungen zur Liberalisierung des Audiovisionsbereichs siehe GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 136 ff.; siehe auch die Beiträge in GRABER/GIRSBERGER/NENOVA, Trade and Culture, passim.

¹⁸⁵ Siehe Botschaft Bilaterale II, 6054 und die bei GRABER, Audiovisionsrecht der WTO, S. 194 abgedruckte Ausnahmeliste der Schweiz zu Art. II GATS.