

Per Email an stabsstelledirektion@bak.admin.ch

Bundesamt für Kultur
Hallwylstrasse 15
CH-3003 Bern

Bern, 18. September 2019

Stellungnahme Kulturbotschaft 2021-2024

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Frau Direktorin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 29. Mai 2019 haben Sie interessierte Kreise eingeladen, bis zum 20. September 2019 zur Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2021-2024 (Kulturbotschaft) Stellung zu nehmen. Die Kulturbotschaft enthält nicht akzeptierbare Regulierungskonzepte und -ideen, die in erheblichem Ausmass in verfassungsmässige Rechte unserer Mitglieder als Anbieter von Video-on-Demand-Plattformen eingreifen. Wir danken Ihnen deshalb für die Möglichkeit der Meinungsäusserung und nehmen diese hiermit fristgerecht wahr.

Unsere Position zu den geplanten Änderungen des Filmgesetzes

Der Bundesrat will sich in seiner Kulturbotschaft 2021-2024 verstärkt auf den „digitalen Wandel in der Kulturförderung“ fokussieren. Die Digitalisierung führt, wie in allen Lebensbereichen, auch in der Kulturlandschaft zu strukturellem Wandel, äussert sich dort jedoch in erster Linie positiv: Einerseits durch steigende Wirtschaftlichkeitsgewinne und sinkende Kosten für die Inhaltsproduktion, andererseits durch darüber begünstigtes Wachstum der Angebotsvielfalt im Kulturwesen.

Das vom Bundesrat vorgeschlagene Fördermodell mittels Einführung von Quoten ist eine schädliche und unüberlegte Reaktion auf diese Digitalisierungseffekte. Die Erweiterung des Finanzierungsmodells mit neuen Abgaben auf elektronische Abruf- und Abonnementsdienste bedeutet darüber hinaus eine inakzeptable Übertragung von Finanzierungspflichten an die Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA). Deren Kerngeschäft – die Verbreitung und Zugänglichmachung von (kulturellen) Inhalten und Angeboten über eine zuverlässige Infrastruktur – wird damit in verfassungswidriger Weise gefährdet.

Wir lehnen die vorgeschlagenen Art. 24a – i, Art. 27 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 des Filmgesetzes infolge

- **fehlender Verfassungsmässigkeit,**
- **fehlender Wirksamkeit, und**
- **der damit eintretenden Inländerungleichbehandlung**

vollumfänglich ab.

Um dieser Position ausreichend Gewicht zu geben, werden wir eine Kopie der vorliegenden Stellungnahme

den entsprechenden Stakeholdern (Konsumentenschutzverbände, Bundesparlamentarier, politische Parteien, Wirtschaftsverbände, etc.) zur Information zukommen lassen und unsere Unterstützung für ein fakultatives Referendum gegen die geplanten Neuerungen im Filmgesetz anbieten, sollte das Vorhaben nicht fallen gelassen werden.

Dies aus den folgenden Gründen:

1. Vorbemerkungen zur direkten Betroffenheit und zum Angebot von elektronischen Abruf- und Abonnementsdiensten

Die ca. 200 privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisierten Mitglieder unseres Branchenverbandes SUISSDIGITAL betreiben Kommunikationsnetze und stellen ihrer Kundschaft auch eine Videothek zum Abruf zur Verfügung (Video-on-Demand, VoD), folglich die in der Kulturbotschaft erwähnten elektronischen Abruf- und Abonnementsdienste angeboten werden, deren Umsätze zukünftig mit 4% spezial-besteuert werden sollten.

Die Anzahl der darin enthaltenen Inhalte (Filme, Serien, Dokus, etc.) ist unterschiedlich und reicht von ein paar hundert bis zu ein paar tausend Titeln, wobei die Auswahl jeweils keiner einheitlichen thematischen Ausrichtung folgt. Die dazu in technischer Hinsicht benötigte elektronische VoD-Plattform betreiben sie entweder in eigener Regie, zusammengeslossen im Verbund oder beziehen den Dienst vorkonfektioniert von einem White Label-Drittanbieter.

Namentlich die Rechtebeschaffung für die Videothek ist eine sehr aufwendige Angelegenheit, weshalb viele Mitglieder sowohl die technische Plattform, wie aber auch das gesamte Content-Repertoire durch einen Dritten organisieren und bereitstellen lassen. Für ihre Vermittlungstätigkeit erhalten sie eine Entschädigung in der Form einer Kommission, ungeachtet der Tatsache, dass sie gegenüber den Endkunden in eigenem Namen handeln, und es für die Konsumentinnen und Konsumenten deshalb meist nicht offensichtlich ist, dass sie das Angebot eines Drittanbieters nutzen.

Diese Art der Dienstleistungsorganisation hat insbesondere aufgrund des verstärkten Wettbewerbsdrucks durch die meist direkt in der Filmwirtschaft verankerten, kapitalstarken internationalen Over-the-Top-Anbieter, wie z.B. Netflix, Sky Ltd. (mit Sky Show), Amazon (mit Amazon Prime), The Walt Disney Company (nächstens mit Disney+), etc. zugenommen. So ist uns im Verband nur noch ein einziges Mitglied bekannt, welches eine eigenständige VoD-Plattform mit selber zusammengestelltem Repertoire betreibt. Alle anderen Mitglieder sind dazu übergegangen, diese Dienste an einen Dritten auszulagern. Diese Drittanbieter betreiben teilweise auch selber ein Over-the-Top (OTT)-Angebot für die Schweiz, d.h. einen VoD-Streamingdienst, der via Internet Schweizer Konsumenten direkt zugänglich ist. Im Zusammenhang mit der im Jahre 2016 eingeführten Filmmeldepflicht für die Filmstatistik hat das Bundesamt für Kultur (BAK) bzw. das Bundesamt für Statistik (BFS), welches im Auftrag des BAK handelt, selber die Erfahrung gemacht, dass die Schweizer TV/Radio-Dienstanbieter mit VoD-Angebot kaum eigene direkte Kontrolle über das von ihnen weitervermarktete/weitergeleitete Filmangebot haben. So müssen die zu meldenden Filmdaten regelmässig bei deren Lieferanten eingeholt werden. Unsere Mitglieder betreiben diese Dienste in erster Linie um ihrer Kundschaft ein möglichst umfassendes Paket an Audiovisionsdiensten (linear und nicht-linear) im Rahmen der Telekom-Bündelangeboten (Triple- oder Quadruple-Play) bieten zu können. Es ist deshalb schon vom Ansatz her falsch, davon auszugehen, mit solchen Angeboten von elektronischen Abruf- und Abonnementsdiensten liessen sich grosse direkte Umsätze generieren, entsprechend eine Besteuerung einfach beim Umsatz anzuhängen wäre. Die geplanten Abgaben sind für die Betreiber reine Betriebskosten, welche die Attraktivität zur Bereitstellung von solchen inländischen Plattformen stark mindern wird.

Betreffend Rentabilität der VoD-Angebote ist vorab auch daran zu erinnern, dass das Parlament in der laufenden Revision des Urheberrechtsgesetzes für VoD-Anbieter bereits zusätzliche kollektive Urheberrechtsabgaben beschlossen hat, was weiter zur Verminderung der Attraktivität von in der Schweiz betriebenen Video-Abrufdiensten beitragen wird¹. Es ist deshalb grundsätzlich erstaunlich, dass jetzt über die Revision des Filmgesetzes noch mehr Abgaben in Betracht gezogen werden, die am Ende entweder das inländische Angebot verhindern und/oder von den Schweizer Konsumenten getragen werden müssen.

2. Warum ist die geplante Revision des Filmgesetzes abzulehnen?

Die Kulturbotschaft sieht durch Änderungen des Filmgesetzes (nachfolgend E-FiG) vor, dass Unternehmen, die für Schweizer Konsumenten über elektronische Abruf- und Abonnementsdienste Filme anbieten, zum einen eine Quote von 30% an europäischen Filmen (nachfolgend europäische Pflichtquote) im angebotenen Repertoire einhalten (vgl. Art. 24a E-FiG) und zum anderen 4% der jährlichen Bruttoeinnahmen für das unabhängige Schweizer Filmschaffen aufwenden oder eine entsprechende Ersatzabgabe leisten (vgl. Art. 24bff. E-FiG) müssen. Dabei sollen die Kosten für den Erwerb der entsprechenden Online-Auswertungsrechte als Aufwendungen für den Schweizer Film angerechnet werden können (vgl. Art. 24c Abs. 1 und Abs. 2 lit. a E-FiG). Für beide Auflagen sieht der FiG-Entwurf Ausnahmen vor, welche später in der Filmverordnung durch den Bundesrat konkretisiert werden sollen (vgl. Art. 24a Abs. 3 und Art. 24e Abs. 2 E-FiG).

a. Fehlende verfassungsmässige Grundlage

Zu den verfassungsmässigen Grundlagen für die Einführung einer europäischen Pflichtquote beim Filmangebot sowie einer prozentualen Abgabe auf den Einnahmen für das Schweizer Filmschaffen äussert sich der erläuternde Bericht zur Gesetzesvorlage bezeichnenderweise nicht². Es wird vertuscht, dass die vorgeschlagenen neuen Bestimmungen im E-FiG verfassungswidrig sind!

Das Filmgesetz stützt sich im Bereich Filmwesen auf Artikel 71 der Bundesverfassung (BV), wonach der Bund die Schweizer Filmproduktion und Filmkultur fördern kann (Abs. 1) sowie Vorschriften zur Förderung der Vielfalt und der Qualität des Filmangebots erlassen kann (Abs. 2). Die Verfassung bietet demnach im Bereich Filmförderung die Möglichkeit, dass **der Bund** Schweizer Filmproduktion und -kultur fördern kann. Die Verfassungsgrundlage sieht aber nicht die Möglichkeit vor, dass Dritte anstelle des Bundes in einem Gesetz dazu verpflichtet werden können, eine jährliche Förderabgabe für das Schweizer Filmschaffen zu leisten.

Demgemäss weist auch das aktuell geltende Filmgesetz völlig korrekt auch keine so lautende Interpretation der Verfassungsgrundlage auf (vgl. namentlich Art. 3 im 2. Kapitel Filmförderung FiG). Die Förderung des Schweizer Filmschaffens muss bei einer der Verfassung entsprechenden Rechts(um)setzung immer Aufgabe des Bundes bleiben, denn die BV enthält keine Grundlage dafür, die Aufgabe der Kulturförderung auf Private zu übertragen, namentlich durch die vom Bundesrat geplante Einführung einer Förderabgabe, welche dem Schweizer Filmschaffen zugutekommen soll.

Das Legalitätsprinzip – im Abgaberecht ein verfassungsmässiges Recht – wird demnach durch die Einführung einer finanziellen Abgabe für private Unternehmen im Filmbereich verletzt, auch wenn diese als Ersatzabgabe

¹ Vgl. aktuelle Fahne zur Revision des Urheberrechtsgesetzes Art. 13a und 35a URG in der parlamentarischen Differenzvereinbarung (<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170069/N4%20D.pdf>)

² Vgl. Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2021-2024 (Kulturbotschaft) – Erläuternder Bericht für das Vernehmlassungsverfahren (nachfolgend erläuternder Bericht), dort insbesondere Ziff. 7.1 zur Verfassungs- und Gesetzmässigkeit der Änderungen, S. 56

konzipiert ist und nur dann zur Anwendung gelangen soll, wenn die durch das Unternehmen für das Filmschaffen in der Schweiz aufgewendeten Mittel nicht ausreichend sind. Im Übrigen haben auch Kinos weder in der Vergangenheit noch zukünftig eine solche bedingungslose Abgabe zu leisten, welche einer neuen Steuer gleichkommt, da sie ohne eigentliche Gegenleistung für den Finanzbedarf der Förderung des Schweizer Filmschaffens erhoben werden soll. Im Erläuternden Bericht wird diesbezüglich der Bezug zu den Fernsehveranstaltern gemacht, die gemäss Radio und TV-Gesetzgebung mindestens 4% ihrer Einnahmen für das Schweizer Filmschaffen aufwenden müssen.³ Hier besteht aber demgegenüber mit BV Art. 93 eine weite Verfassungsgrundlage mit entsprechenden Service Public-Aufträgen und –Finanzierungsmodellen. Der Vergleich ist haarsträubend und kann sicher nicht als Begründung dienen, in derart heftiger Weise in verfassungsmässig geschützte Rechte von Anbietern elektronischer Abruf- und Abonnementsdienste einzugreifen⁴. Zudem sind Fernsehveranstalter nicht mit Anbietern elektronischer Abruf- und Abonnementsdienste zu vergleichen: Die Fernsehveranstalter stehen viel näher zur Schweizer Filmproduktion, sie produzieren regelmässig selber Audiovisionsinhalte. Demgegenüber produzieren VoD-Anbieter normalerweise keine Inhalte, sie erwerben lediglich die entsprechenden Auswertungsrechte und vermarkten bzw. verbreiten diese.

Wie einführend dargelegt, stellt für Kommunikationsunternehmen, wie die Mitglieder von SUISSDIGITAL, das VoD-Angebot mehr ein Ergänzungsprodukt dar, ihr Kerngeschäft ist das Erstellen und Betreiben von Netzinfrastrukturen. Sie erbringen damit einen wichtigen Beitrag zur Versorgung der Schweiz mit Breitbandinternet. Damit leisten sie bereits indirekt einen wichtigen „kulturellen“ Beitrag, notabene ohne Subventionen der öffentlichen Hand. Sie verbinden nämlich die Konsumentinnen und Konsumenten mit den verschiedenen auch kulturellen Inhalte- und Dienstangeboten auf der Basis eines leistungsstarken Breitbandzuganges (welcher nicht zu verwechseln ist mit dem via Fernmeldegesetzgebung garantierten Zugangsdienst zum Internet⁵). Es ist auch deshalb nicht richtig, diesen Unternehmen nun noch eine Subventionierungspflicht für die Schweizer Kultur aufzubürden. In der Konsequenz wird damit einfach das VoD-Angebot verteuert, da die neue Abgabe in der Praxis auf die Endkunden, die Konsumentinnen und Konsumenten, überwältigt wird.

Vor allem jüngere Generationen, welche immer mehr nicht-lineare Medieninhalte nutzen, werden durch die neue Abgabe übermässig belastet. Diese Bevölkerungsgruppe bezahlt nun schon eine geräteunabhängige Haushaltsabgabe für Radio und Fernsehen (ehemals Billag-Gebühr), ohne eventuell jemals die damit (mit)finanzierten Rundfunkprogramme zu nutzen und sie werden schliesslich auch für die von beiden Parlamentskammern im Rahmen der laufenden Urheberrechtsrevision beschlossenen zusätzlichen Urheberrechtsabgaben auf VoD (vgl. oben) aufzukommen haben. Deren Medienbudget darf nicht unbeschränkt durch Abgaben für den Service Public, zusätzliche Abgaben für Filmurheber und Ausübende des Films und nun auch noch durch neue Abgaben ganz allgemein für das Schweizer Filmschaffen ausgehöhlt werden. Es ist zu hoffen, dass der Bundesrat zur Erkenntnis gelangt, dieser offenbar unersättlichen Forderungs- und Subventionsmentalität einen Riegel zu schieben. Wir werden nicht zögern, die Konsumentenschutzverbände auf diese nicht endende Kette von Forderungen im Zusammenhang mit Kulturförderungen aufmerksam zu machen.

b. Mangelnde Wirksamkeit

Auch die Einführung einer europäischen Pflichtquote für VoD-Anbieter wird in der Konsequenz weder die Vielfalt noch die Qualität des Filmangebots fördern. Eher wird eine solche Vorschrift zum zwingend anzubietenden Filmsortiment schädliche Auswirkungen für die Filmvielfalt und den Schweizer Film haben.

³ Erläuternder Bericht a.a.O. zu Art. 24b, S. 47

⁴ Sinngemäss gleicher Auffassung ist die EMEK, vgl. Stellungnahme der Eidgenössischen Medienkommission (EMEK) zur Vernehmlassung zum neuen Gesetz über elektronische Medien vom 11.10.2018, zu Art. 12 BGeM

⁵ Vgl. Art. 15 Abs. 1 lit. d FDV

Durch die Digitalisierung wurde das mögliche Inventar an zugangsfähigem audiovisuellem Inhalt aus allen Ecken der Welt vervielfacht, was eine grosse kulturelle Bereicherung für das Publikum darstellt.

Diejenigen VoD-Anbieter, welche ihrer Kundschaft nun eine möglichst grosse Auswahl an verschiedenen Inhalten anbieten, würden durch die in Art. 24a E-FiG vorgesehene Quotenregelung besonders hart getroffen. Zu den angebotenen Filmhalten, die wahrscheinlich ohnehin schon abseits des Mainstreams liegen und deshalb nicht sonderlich einträglich sind, müssten sie nun – um die vorgegebene Quote einhalten zu können - weitere tendenziell nicht nachgefragte Filme mit einer vorbestimmten Herkunft in ihr Angebot aufnehmen.

Gerade diese Überlegungen werden exakt auch der Grund dafür gewesen sein, warum das Bundesamt für Kommunikation im Jahr 2013 zur geplanten europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie), welche mit der geplanten Revision jetzt autonom nachvollzogen werden soll, eine Quotenregelung für das Angebot elektronischer Filmanbieter als nicht zielführend erachtete.⁶ Es ist erstaunlich, dass der Bundesrat diese Position eines für die von ihm beschworene Digitalisierung wichtigen Bundesamtes nicht zu kennen scheint.

Schliesslich ist anzumerken, dass bei einem insgesamt grossen Filmangebot es dann tatsächlich auch noch möglich sein muss, 30% davon mit europäischer Provenienz zu bestücken. Besser fährt dann ein VoD-Anbieter mit kleinem Angebot, weil er mit den paar existierenden und rentablen Mainstream-Filmen aus Europa die Anforderung erfüllen kann, was der angebotenen Filmvielfalt jedoch diametral entgegen läuft und eine durch die Vergrösserung der Verbreitungskapazitäten erreichte kulturelle Vielfalt im sogenannten „Long Tail“ wieder vernichtet. Es ist überaus bedauerlich, dass der Bundesrat eine Gesetzesrevision, wie die Vorliegende, kommunikativ mit dem „Schwerpunkt auf den digitalen Wandel in der Kulturförderung“ ausruft, faktisch mit den vorgeschlagenen Änderungen aber genau das Gegenteil bewirkt. Hier geht es allein um die Befriedigung von Interessen von Filmschaffenden, die dem Irrtum unterliegen, allein mit einer quantitativ höheren Präsenz würden ihre Einkommen steigen, obschon ihre Produkte nicht ausreichend Abnehmer im Markt finden können.

c. Wettbewerbsverzerrung infolge fehlender Durchsetzbarkeit

Die beiden Bestimmungen – europäische Pflichtquote und Förder- bzw. Ersatzabgabe – sind schliesslich auch deshalb abzulehnen, weil sie eine massive Wettbewerbsverzerrung bewirken würden.

Obschon der Entwurf FiG in den einschlägigen Bestimmungen jeweils vorsieht, dass die neuen Auflagen auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland gelten (Art. 24a Abs. 2 und Art. 24b Abs. 2 E-FiG), ist es aufgrund des Territorialitätsprinzips höchst fraglich, ob die Bestimmungen diesen ausländischen Unternehmen gegenüber jemals durchgesetzt werden können. Zudem ist die Wendung „sich an das schweizerische Publikum richten“ in der Praxis beliebig manipulierbar, so dass diese Bedingung rasch als nicht erfüllt betrachtet werden müsste. Die neuen Auflagen führen faktisch zu einer Ungleichbehandlung und Benachteiligung der Schweizer Unternehmen. Es handelt sich eben nicht, wie in der Presse geschrieben, um eine Lex Netflix⁷, de facto werden nämlich nur Schweizer Unternehmen mit einer neuen Abgabe und neuen Auflagen belastet, weil diese in der Schweiz ihren Sitz haben und – im Fall von Verstössen – deren Organe im Sinne von Art. 27 Abs. 1 E-FiG hier strafrechtlich verfolgt werden könnten.

Die hiesigen VoD-Anbieter haben aber bereits heute wettbewerblich einen schweren Stand gegen die internationale Konkurrenz und weitere Nachteile werden den abzeichnenden Strukturwandel nur weiter vorantreiben, so dass sich Schweizer Unternehmen ganz aus dem VoD-Filmgeschäft zurückziehen werden. Und da hilft

⁶ Schreiben BAKOM vom 23.08.2013 an die Europäische Kommission zum Grünbuch der Europäischen Union über die Vorbereitung auf die vollständige Konvergenz der audiovisuellen Welt (öffentliche Konsultation)

⁷ Tagesanzeiger vom 31.05.2019: Der Bundesrat will die Lex Netflix

es wenig, wenn hinsichtlich Quotenregelung die Bestimmung mit der europäischen AVMD-Richtlinie übereinstimmt. Der VoD-Markt wird nicht von europäischen Unternehmen dominiert, sondern vor allem von US-amerikanischen Firmen, wie Amazon, Netflix, The Walt Disney Company, etc. Das bedeutet, auch wenn europäische VoD-Anbieter zukünftig irgendwann – gemäss der Fassung 2018 soll die Richtlinie bis September 2020 in nationales Recht überführt werden – nach dem Herkunftslandprinzip von den Behörden ihres Sitzstaates effektiv zur Umsetzung angehalten werden, bleiben die massgeblichen Marktakteure höchstwahrscheinlich verschont. Und ob ein US-amerikanischer Anbieter, welcher allenfalls dann mal in der Zukunft den EU-Behörden nachgeben und für Europa die Auflagen einhalten wird, auch für die Schweiz das Angebot anpassen wird, ist kaum denkbar. Bekanntlich sind die Filmangebote für die verschiedenen Länder unterschiedlich und werden mittels Geoblocking seitens der Anbieter auch gegenüber den Endkunden so gehandhabt und umgesetzt. Auch der erläuternde Bericht erkennt hier Durchsetzungsschwierigkeiten⁸, führt dann aber an, dass die Erfahrungen mit der 2016 eingeführten Filmmeldepflicht gezeigt hätten, dass auch ausländische Unternehmen durchaus interessiert seien, die Gesetzgebung ihrer Zielländer einzuhalten. Das klingt zwar gut und naturgemäss ist bei Unternehmen immer ein Interesse vorhanden, möglichst „compliant“ zu sein, indes bleiben die Behörden den Nachweis schuldig, dass diese Unternehmen nun auch wirklich, quasi freiwillig, die Schweizerische Filmmeldepflicht einhalten. So wird es sich dann auch mit der Quotenregelung und Förderabgabe verhalten: Es werden mit den ausländischen Unternehmen informelle Gespräche geführt⁹, Verfügungen der Behörden werden im Ausland jedoch nicht durchsetzbar sein. Demgegenüber werden aber die Schweizer Unternehmen kontrolliert werden und mit den neuen Auflagen und Abgaben tatsächlich belastet sein. Um die Auflagen umsetzen und die Abgabe in der Schweiz erheben zu können, wird auf Seiten der Anbieter, aber auch auf Seiten der Behörden (der allgemeinen politischen Entwicklung diametral entgegenlaufend¹⁰) ab dem Tag der Inkraftsetzung eine neue Bürokratie benötigt, welche in erster Linie nur die Schweizer Unternehmen und Konsumenten belasten wird:

- Führung getrennter Kostenrechnungen, da Geldleistungen für den Rechteerwerb, die Produktion oder Koproduktion von Schweizer Filmen und anerkannten schweizerisch-ausländischen Koproduktionen, die an unabhängige Dritte mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz fliessen, gemäss Art. 24c E-FiG als anrechenbare Aufwendungen bei der Berechnung der Ersatzabgabe gelten (d.h. ein einfacher VoD-Anbieter in der Schweiz muss erstens die Details der Produktion eines bestimmten Films kennen und zweitens dann seinen Filmlieferanten dazu bringen, die Preise für die Online-Auswertungsrechte dieser Schweizer Filme separat auszuweisen);
- Führung getrennter Einnahmenezusammenstellungen, da nicht nur das Entgelt der Konsumenten für den VoD-Dienst bei den massgebenden Bruttoeinnahmen zur Berechnung der Höhe der Ersatzabgabe einzubeziehen sind, sondern auch Einnahmen aus Werbung sowie ein Entgelt für die Nutzung von Daten, all dies dann gemäss dem Erläuternden Bericht¹¹ nur bezogen auf Spiel-, Animations- und Dokumentationsfilme; Serien, Soaps, Reality-Shows und Reportagen sollen dabei nicht berücksichtigt werden, Art. 24e E-FiG;
- Jährliche Berichterstattungspflichten, Art. 24h E-FiG;

⁸ Erläuternder Bericht a.a.O. zu Art. 24a E-FiG, S. 47: „Bei Unternehmen ausserhalb Europas dürften die Kontrollmöglichkeiten hingegen eingeschränkt und die Durchsetzung aus der Schweiz heraus eher schwierig sein.“

⁹ Auch beispielsweise zur Frage aufgrund von Art. 24a Abs. 2 und 24b Abs. 2 E-FiG, welches im Sinne des Gesetzes Angebote darstellen, die „sich an das schweizerische Publikum richten.“ Gemäss den Erläuterungen zu Art. 24b E-FiG auf S. 47, muss sich das Angebot dabei „gezielt“ an das Schweizer Publikum richten.

¹⁰ Während man in anderen Bereichen bemüht ist, überschüssende Bürokratie für die Privatwirtschaft abzubauen, vgl. z.B. revidierte Fernmeldegesetzgebung, soll vorliegend die Verwaltungsadministration in grösserem Ausmass hochgefahren werden.

¹¹ Erläuternder Bericht a.a.O. zu Art. 24e E-FiG, S. 48

- Registrierungspflicht, Art. 24g E-FiG.

Ein weiteres Risiko einer Wettbewerbsverzerrung ist der weite Katalog von Ausnahmemöglichkeiten, die der Bundesrat nach Art. 24a Abs. 3 und Art. 24e Abs. 2 E-FiG vorsehen kann. Solche Bestimmungen zeigen einzig, dass sich der Bundesrat selbst nicht geheuer ist und mit diesen sein Argument vorbereitet, man müsse dann im Einzelfall auf Verordnungsstufe wieder Gegensteuer geben, wenn dem Parlament wenig durchdachte und verfassungswidrige Gesetze vorgelegt werden. Insbesondere Art. 24a Abs. 3 lit. c und Art. 24e Abs. 2 lit. c E-FiG ebnen einen breiten Weg für willkürliche, einzelfallbezogene Behördenentscheidungen. Jede Ausnahmegenehmigung wird am Ende wettbewerbsverzerrende Wirkungen haben, weil man damit einen Wettbewerber in Bezug auf Kosten und Aufwand verschont.

3. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Nachfolgend finden Sie unsere Kommentare und Anträge zu den einzelnen Bestimmungen für den Fall, dass am Revisionsprojekt in dieser Form festgehalten werden sollte. Hier gehen wir insbesondere auf die vorgesehenen Ausnahmeregelungen zur europäischen Pflichtquote sowie auf die Förder- bzw. Ersatzabgabe ein.

a. Ausnahmeregelungen

Wie bereits angesprochen, sieht der Gesetzesentwurf für die europäische Pflichtquote (Art. 24a E-FiG) sowie die Förder- bzw. Ersatzabgabe (Art. 24e FiG) Ausnahmen vor. Wenn ein Regime mit Ausnahmefällen trotz unserer grundsätzlichen Kritik beibehalten werden sollte, sollten diese Ausnahmefälle unseres Erachtens konkret und klar auf Gesetzesstufe geregelt sein. Nachfolgend werden lediglich zwei Ausnahmefälle besprochen, da die anderen vorgesehenen und beispielhaft genannten Ausnahmekonstellationen – i) Filme werden nur vereinzelt gezeigt/angeboten und ii) die Verpflichtung erscheint unverhältnismässig oder unmöglich, weil es sich um eine thematisch oder anderweitig sehr spezialisierte Auswahl an angebotenen Filmen handelt –, für Mitglieder von SUISSEDIGITAL von vornherein nicht anwendbar sein werden. Deren VoD-Angebote enthalten nicht nur einzelne Filme und sind im Grundsatz kommerziell ausgerichtet, also thematisch offen.

b. Ausnahme Mindestumsatz, vgl. Art. 24a Abs. 3 lit. a und Art. 24e Abs. 2 lit. a E-FiG

Sowohl bei der europäischen Pflichtquote, wie auch bei der Förder- bzw. Ersatzabgabe sieht der Entwurf Mindestumsätze vor, die in der Ausführungsverordnung zu konkretisieren sind. In Anlehnung an die Radio- und Fernsehgesetzgebung soll gemäss Erläuterungen für die europäische Pflichtquote eine Umsatzschwelle von einer Million CHF¹² gelten; bezüglich Förderabgabe werden im erläuternden Bericht keine konkreten Angaben gemacht, einzig die Anmerkung, dass um Härtefälle für kleinere Unternehmen zu vermeiden¹³, die Abgabe um die bereits im Gesetz vorgesehenen 2% ermässigt werden könne. Es kann angenommen werden, dass der gleiche Mindestumsatz (eine Million CHF) auch relevant für die Frage der Reduktion der Förder- bzw. Ersatzabgabe sein wird.

Grundsätzlich ist hierzu anzumerken, dass die Höhe der Bruttoeinnahmen keinen Hinweis auf die effektive Ertragssituation des Angebots ist. Anders verhielte es sich nur, wenn als Messgrösse die Nettoeinnahmen berücksichtigt würden. Im Weiteren bezieht sich die referenzierte Ausnahme für Fernsehveranstalter aufgrund

¹² Erläuternder Bericht a.a.O. zu Art. 24a E-FiG, S. 47

¹³ Erläuternder Bericht a.a.O. zu Art. 24e E-FiG, S. 48

der Radio- und Fernsehgesetzgebung auf die Messgrösse Betriebsaufwand¹⁴, was nicht vergleichbar ist mit den Bruttoeinnahmen. Wahrscheinlich wurde vorliegend aus Praktikabilitätsgründen die leichter messbare Grösse Bruttoeinnahmen gewählt. Dagegen ist aus pragmatischen Gründen nichts einzuwenden, jedoch erscheint die massgebende Umsatzschwelle zu tief angedacht zu sein. Aus Sicht der Praxis existiert eine Korrelation zwischen erzieltm Umsatz sowie den Möglichkeiten auf das Angebot der Rechtlieferanten Einfluss nehmen zu können. Je höher der erzielte Umsatz ist, desto stärker ist die Marktkraft und damit der Hebel, Lieferanten zu einem massgeschneiderten Angebot in Bezug auf Preise und Filmauswahl zu bewegen. Die Ausnahmeregelung sollte unseres Erachtens darüber hinaus auch einen Anreiz ent- und erhalten, das VoD-Geschäft weiter aus der Schweiz heraus zu betreiben, ohne dass zusätzliche Abgaben fällig werden. Aufgrund dieser Überlegungen und angesichts der uns bekannten Umsätze unserer Mitglieder bei VoD, erachten wir eine jährliche Umsatzschwelle von 2,5 Millionen CHF als gerechtfertigt, wobei wir hier gemäss Gesetzesentwurf vorschlagen, den Betrag erst auf Verordnungsstufe festzusetzen, damit dieser leichter den Entwicklungen entsprechend angepasst werden kann. Aufgrund der angespannten Ertragssituation schlagen wir jedoch vor, dass diese Unternehmen dann bei der Förder- bzw. Ersatzabgabe ganz auszunehmen sind und nicht nur die Abgabe halbiert wird.

c. Ausnahme Weiterleitung Angebote Dritter, vgl. Art. 24a Abs. 3 lit. c und Art. 24e Abs. 2 lit. c FiG

Der Erläuternde Bericht enthält keine weiteren Angaben zu diesem Ausnahmefall. Wie einleitend festgehalten, sind mittlerweile die meisten VoD-Anbieter von SUISSDIGITAL dazu übergegangen, Angebote eines Dritten in eigenem Namen zu vermarkten. Sie haben deshalb auch nur beschränkt Einfluss auf Preisgestaltung und Titelauswahl und erfüllen damit eigentlich die Ausnahmegeneralklausel, wonach für sie die Verpflichtung als unverhältnismässig oder deren Einhaltung als unmöglich erscheint. Sie müssten demnach ohne weiteres unter die Regel fallen, auch wenn sie, wie vorliegend, das VoD-Angebot in eigenem Namen vermarkten. Denn wäre letzteres nicht der Fall, sprich das Dienstleistungsverhältnis besteht direkt zwischen diesem Dritten und den Konsumentinnen und Konsumenten, so wäre zwingend im Sinne von Art. 24a und Art. 24b E-FiG dieser Dritte als VoD-Anbieter zu betrachten. Dieser Sachverhalt ist auf Gesetzesstufe zu präzisieren, damit von vornherein keine Unklarheiten und Unsicherheiten entstehen. Und da trotzdem nicht erwartet werden kann, dass das „weitergeleitete“ Angebot in Bezug auf die darin enthaltenen Filmtitel sowie der Preise streng identisch ist zu einem allenfalls daneben auch noch bestehen OTT-Streaming-Angebot dieses Dritten, sollte dies mit einem relativierenden Attribut angemerkt werden.

Unsere Forderungen zu Artikel 24a Abs. 3 und Abs. 3 lit. c sowie Art. 24e Abs. 2 und Abs. 2 lit. c FiG:

Art. 24a Abs. 3 FiG soll lauten:

„Der Bundesrat ~~kann~~ *nimmt* Unternehmen von der Pflicht nach Absatz 1 ~~ausnehmen~~, wenn:

(...)“

Art. 24a Abs. 3 lit. c FiG soll lauten:

„die Verpflichtung unverhältnismässig oder deren Einhaltung unmöglich erscheint, (...) oder weil Angebote Dritter *in eigenem Namen nahezu* unverändert weitergeleitet werden.“

Art. 24e Abs. 2 FiG soll lauten:

„Er ~~kann~~ *nimmt* Unternehmen von der Verpflichtung ~~ausnehmen oder den Anteil, der für das unabhängige Schweizer Filmschaffen aufzuwenden ist, auf 2 Prozent ermässigen~~, wenn:

(...)“

Art. 24e Abs. 2 lit. c FiG soll lauten:

„die Verpflichtung unverhältnismässig oder deren Einhaltung unmöglich erscheint, (...) oder weil Angebote Dritter *in eigenem Namen nahezu* unverändert weitergeleitet werden.“

¹⁴ Art. 6 Abs. 1 lit. b RTVV

Schliesslich regen wir an, dass die gleichen Ausnahmen auch für die (seit 2016 bestehende) Filmmeldepflicht vorgesehen werden. Die Erfahrungen in der Praxis dieser Filmmeldepflicht haben gezeigt, dass die VoD-Anbieter mit tiefem Umsatz, welche im Normalfall lediglich das Angebot eines Dritten (zwar in eigenem Namen) vermarkten und damit in diesem Sinne „weiterleiten“ (obschon dies in eigenem Namen geschieht), grosse Schwierigkeiten haben, die benötigten Filmdaten für die Filmstatistik beizubringen. Deshalb werden viele dieser Daten durch das BFS direkt bei den jeweiligen Filmlieferanten erhoben. Trotzdem fallen diese Anbieter unter die Meldepflicht und müssen mit Sanktionen rechnen, falls die Filmlieferanten den Meldeaufforderungen nicht nachkommen.

Unsere Forderungen zu Artikel 24i Abs. 1 FiG:

„Unternehmen, die in der Schweiz (...) müssen dem Bund die Anzahl Abrufe pro Filmtitel melden, *ausser sie erreichen den vom Bundesrat bestimmten Mindestumsatz nicht, oder es werden Angebote Dritter in eigenem Namen nahezu unverändert weitergeleitet.*“

Wir danken Ihnen im Voraus, dass Sie unsere Bemerkungen und Argumente in die weitere Behandlung des Geschäfts einbeziehen und unsere Position und Anträge berücksichtigen. Für Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

SUISSEDIGITAL – Verband für Kommunikationsnetze



Dr. Simon Osterwalder, Rechtsanwalt
Geschäftsführer



Stefan Flück, Fürsprecher LL.M.
Leiter Rechtsdienst

Antworten zu Ziffer 4 des Fragenkatalogs zur Vernehmlassungsvorlage (Revision Filmgesetz)

Frage	Antwort
Im Weiteren sollen Unternehmen, die Filme über elektronische Abruf- oder Abonnementdienste anbieten, wie bereits heute die Fernsehveranstalter verpflichtet werden, 4 Prozent ihrer Bruttoeinnahmen in den Schweizer Film zu investieren oder eine entsprechende Ersatzabgabe zu bezahlen (vgl. Ziffer 3.2 des erläuternden Berichts). Sind Sie damit einverstanden?	Nein
Schliesslich sollen Online-Filmeanbieter verpflichtet werden, 30 Prozent ihres Filmkatalogs europäischen Filmen vorzubehalten (vgl. Ziffer 3.2 des erläuternden Berichts). Sind Sie damit einverstanden?	Nein

Kopie zur Kenntnis Konsumentenschutzverbände, Bundesparlamentarier, politische Parteien, Wirtschaftsverbände, etc.