

Kai-Peter Uhlig Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

Schweizer Film und Koproduktion:

Gleichstellung in der Filmförderung des Bundes¹

Résumé Les coproductions internationales sont un modèle incontournable pour le financement de films aux budgets convenables. Cela vaut aussi pour des productions auxquelles le partenaire local se trouve dans une position financièrement et effectivement minoritaire et inférieure. Plusieurs traités encouragent et protègent les coproductions internationales dans leurs champs d'application, en les plaçant à égalité avec des productions nationales. Des mesures administratives ayant pour effet une discrimination de coproductions, notamment minoritaires, vis-à-vis des projets locaux seraient contraires aux règles supérieures des traités.

I. Koproduktion in der Filmförderung

1. Begriff der Koproduktion

Nahezu jede Branche kennt Geschäfts- und Vertragsmodelle, die den Branchenkreisen (und darüber hinaus) unter gewisser Bezeichnung bestens vertraut sind und breite Anwendung finden – sucht man sie aber zu definieren bzw. fragt man nach einem Bedeutungskonsens, erweist sich dies als unerwartet schwierig: Die Bezeichnung, so zeigt sich, wird für eine grosse Vielfalt von Geschäften verwendet, welche von Land zu Land, oder je nach Partnern, nach der Art des Produkts usw. auf ganz verschiedenen Spielarten und Gepflogenheiten beruhen.

So verhält es sich auch mit der Koproduktion, die denkbar verschiedene Situationen und Modelle der Teilnahme an audiovisuellen und anderen kulturellen Produktionen beschreibt. Dennoch sind jedenfalls für die Koproduktion von Filmen gemeinsame und unterscheidungskräftige Züge auszumachen. Hier nimmt die Koproduktion durch unabhängige Produzenten verschiedener Länder besonderen Rang ein. Sie ist seit der Nachkriegszeit aus dem europäischen Filmschaffen nicht wegzudenken, denn sie hilft, mit den Grenzen der Länder auch die Limiten der Finanzierung und der Publikumsmärkte im zersplitterten Europa zu überwinden.

Koproduzieren heisst gemeinsam herstellen. Koproduzenten teilen sich in die Rolle und Funktion des *Produzenten*, des Filmherstellers. Auch dieser Begriff ist vom Verständnis der Filmbranche und einer breiten Öffentlichkeit geprägt und entsprechend vielfältig. Eine rechtliche Bestimmung erfordert und erlaubt (wenn es auch von einer Legaldefinition absieht) das *Urheberrecht*; freilich liegen dem urheberrechtliche Normzwecke zugrunde, und die Merkmale sind nicht unbesehen auf andere Fragen, etwa der öffentlichen *Filmförderung*, übertragbar. Hinter aller rechtlichen Einordnung steht aber ein tatsächliches Phänomen: Der Produzent ist keine Fiktion, sondern nimmt im Filmschaffen eine reale Funktion wahr – diejenige des wirtschaftlichen, unternehmerischen Trägers des Projekts.

Sie beginnt mit der *unternehmerischen Entscheidung*, das Projekt zu wagen, und den ihr innewohnenden Analysen (von Stoff, Drehbuch, Autorenarbeit) und Prognosen (der Machbarkeit, Finanzierungschancen, Aussichten auf Publikumserfolg). Darauf beruht die *Finanzierung*, die der gering kapitalisierte Produzent kaum je aus eigenen Mitteln, sondern aus den verschiedensten Quellen bestreitet, die er aber nicht nur kennen, akquirieren und geschickt kombinieren muss, sondern denen er auch in verschiedenem Masse für das Projekt und dessen Erfolg verantwortlich und haftbar wird. Er übernimmt die autonome *Führung* des Projekts, setzt organisatorische und künstlerische Leitplanken, wählt und engagiert Mitwirkende und Lieferanten, verwaltet die finanziellen, personellen und technischen Ressourcen, passt das Projekt der Realität an, vermeidet oder bewältigt Konflikte, liefert den Film und legt Rechnung ab. Er wird *Träger der Ergebnisse* der Filmproduktion, Inhaber der Nutzungs- und Auswertungsrechte und der Einnahmen aus der Verwertung; Eigentümer der Negative oder Master. Diese Funktionen, von zwei oder mehr Unternehmen im Koproduktionsvertrag vereinbart und in geteilten Aufgaben, Verantwortlichkeiten und Risiken *gemeinschaftlich* ausgeübt, begründen die Koproduktion.

Koproduktion ist demnach ein privatwirtschaftliches Vorhaben, aufgrund unternehmerischer Entschlüsse und privatrechtlicher Verträge unter den Produzenten sowie mit Mitwirkenden, Verwertern und teils auch Finanziers. Auch wo öffentliche Mittel die Finanzierung dominieren, stehen die (Ko-)Produzenten für deren Verwendung, für das Gelingen der Produktion, unternehmerisch in der Verantwortung; und ihr eigener Aufwand und eine angemessene Vergütung sind oft überhaupt erst im Erfolgsfall refinanzierbar.

2. Bedeutung der Filmförderung

Als Geschäftsmodell in der europäischen Praxis kommt die Koproduktion, die Filmproduktion allgemein, praktisch nicht ohne die stützende Hand staatlicher Kultur-, Wirtschafts- und Standortförderung aus, die in Europa in verschiedenen Mechanismen einer mehr oder weniger dezidierten Filmförderung zusammenfliessen. Gemeinsam ist ihnen die teilweise Entlastung der Produzenten vom Finanzierungsaufkommen für die Produktion bzw. vom Risiko, die dafür aufgewendeten Mittel aus der Verwertung des Films nicht amortisieren zu können.

In der Schweiz, einem kleinen und zudem sprachlich fragmentierten Markt, kommt eine aufwanddeckende Filmverwertung oft von vornherein nicht in Betracht: Selbst mit

¹ Der Aufsatz geht auf ein Referat an der der Tagung zum Filmrecht von IRP-HSG und FOCAL in Zürich am 12. November 2008 zurück.

überdurchschnittlichem Verwertungserfolg sind Herstellungsbudgets nur schon nach europäischen Vergleichsgrössen aus der Inlandsverwertung nicht refinanzierbar. Tiefere Budgets bedeuten aber Abstriche an sorgfältiger Stoff- und Drehbuchentwicklung, optimaler Rollenbesetzung, der Grösse der Crew, der Anzahl der Drehtage, der Ausstattung, technischen Mitteln – und damit letztlich meist die vorhersehbar schwächere Qualität der Produktionen. Öffentliche Förderung mindert hier nicht lediglich Risiken, sie ist *conditio sine qua non* der Filmproduktion – was deren unternehmerische Charakter keineswegs verdrängt oder schmälert, nur auf andere kalkulatorische und markttechnische Grundlagen stellt. Das bringt nicht zuletzt das Prinzip der Zuschüsse à *fonds perdu*² zum Ausdruck, welches – anders als das Prinzip *erlösbedingt rückzahlbarer Darlehen (avances sur recettes)* – nicht für die Hoffnung steht, der Film könne sich aus seinem eigenen Erfolg refinanzieren. Die ebenfalls knappen öffentlichen Mittel wiederum zwingen, die Finanzierungsquellen für angemessene Budgets über die Ländergrenzen hinaus auszuweiten – und damit zur internationalen Koproduktion.

3. Förderung der Koproduktion

Die Koproduktion wird daher seit Langem gezielt gefördert. Abgesehen von direkten finanziellen Beiträgen (etwa aus dem Programm Eurimages des Europarats), sind Koproduktionen in erster Linie Gegenstand zwischenstaatlicher *Abkommen* zur wechselseitigen Anerkennung und Unterstützung in der *nationalen* Förderung.

Solche Abkommen (Art. 33 FiG) unterhält die Schweiz bilateral mit Deutschland, Frankreich, Österreich, Italien, mit der frankofonen Gemeinschaft Belgiens und mit Kanada³; eines mit Luxemburg und ein neues, trilaterales Abkommen mit Deutschland und Österreich sind seit längerem in Verhandlung. Zudem ist die Schweiz eine von heute 42 Parteien des Europäischen Übereinkommens über die Gemeinschaftsproduktion von Kinofilmen⁴, welches tripartite Koproduktionen (Art. 2 Abs. 2 lit. a), subsidiär aber auch Zweiparteien-Koproduktionen zwischen Produzenten regelt, deren Staaten kein bilaterales Abkommen unterhalten (Abs. 4).

Mit dem Anspruch, das schweizerische Filmschaffen zu fördern, führt an internationalen Koproduktionen kein Weg vorbei; auch an solchen, in denen der Schweizer Produzent mit seinem finanziellen Engagement, Personal, Dienst- und Sachleistungen den kleineren Part und oft auch geringeren Einfluss hat (sog. «minoritäre» Koproduktion): Auch sie binden Schweizer Filmschaffende in internationale Projekte ein und profilieren Produktionsunternehmen und das Produktionsland Schweiz – während in der Schweiz Mehrheitskoproduktionen wegen der beschränkten einheimischen Ressourcen schwerer machbar sind als in den Nachbarländern und eine eigentlich wünschenswerte grosszügige Auslandsfinanzierung bald einmal zur Umkehr der Beteiligungsverhältnisse führt.⁵

Die Filmförderungsziele (Ziff. 2.3) – auf Verordnungsstufe⁶ formulierte, filmpolitische Leitsätze – stellen die Förderung minoritärer Auslandskoproduktionen unter die Gesichtspunkte eines qualitativ hochstehenden Austauschs mit dem Ausland, der Erweiterung der Erfahrungen und des Know-hows

der schweizerischen Filmbranche und der Anregung der nationalen Produktion.

II. Qualifikation der Koproduktion für die Filmförderung des Bundes:

1. Bundesförderung als Inländerförderung

In der Schweiz wie andernorts ist die Filmförderung aber zunächst auf einen einheimischen Adressatenkreis, eine Inländerförderung, beschränkt.⁷ Deren Anknüpfungen sind von Land zu Land verschieden: Im Vordergrund steht der Geschäftssitz des Produzenten⁸; daneben ein Inlandsbezug der Autorschaft, wovon man sich einen nationalen Einfluss auf Inhalt und künstlerische Gestalt des Films verspricht.⁹ Andere Kriterien knüpfen direkt an Inhalten an (etwa die *cultural tests* britischer oder deutscher Fördermassnahmen); sie dienen, angesichts der fortschreitenden Liberalisierung grenzüberschreitender Dienstleistungen in der WTO und im europäischen Gemeinschaftsrecht, auch zur Rechtfertigung staatlicher Filmförderung aus der *exception culturelle*. Meist überlagern sich kultur- und standortpolitische Anliegen; Letztere finden ihren Ausdruck im wirtschaftlichen Auflagen zugunsten des Produktionsstandorts.

Im Recht der Filmförderung des Bundes steht der *Schweizer Film* (Art. 3 lit. a FiG¹⁰) im Vordergrund. Was dies ist – mit anderen Worten: welche Voraussetzungen ein Filmvorhaben zu erfüllen hat, um Zugang zu den Fördermassnahmen zu erhalten –, bestimmt Art. 2 Abs. 2 FiG. Koproduktionen mit dem Ausland erfüllen diese Kriterien naturgemäss nicht; ihnen öffnet Art. 3 lit. b FiG die Filmförderung des Bundes.

2. Ursprungszeugnis

Die Förderung nach FiG setzt die *Qualifikation* entweder als Schweizer Film oder als Koproduktion gemäss Art. 3 voraus, d.h. die Feststellung, dass das Filmprojekt den einen oder anderen Tatbestand erfüllen wird bzw. die abgeschlossene Filmproduktion ihn erfüllt hat. Für diese Feststellung steht im internationalen Sprachgebrauch der Begriff «Ursprungszeugnis» («certificat d'origine»), der auch in der öffentlichen Wahrnehmung eine «Heimat» des Films im (Ko-)Produktionsland zum Ausdruck bringt.

Von der Beurteilung nach den Qualitäts- oder Erfolgskriterien der Filmförderung (Art. 8 FiG, Art. 4 FiFV, Filmförde-

2 Zufferey/Aubry, *Loi sur le cinéma*, Bern 2006, Art. 13 N 11.

3 SR 0.443.913.6, 0.443.934.9, 0.443.916.3, 0.443.945.4, 0.443.917.21 und 0.443.923.2.

4 SR 0.443.2; *conventions.coe.int/Treaty*; i.F. «Eur. Übereinkommen».

5 Vgl. nur die bei Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 3 FiG N 63 gegenübergestellten Durchschnittsbudgets von 2–4 Mio. Franken in der Schweiz, EUR 5,34 Mio. (heute ca. 8 Mio. Franken) in Frankreich.

6 Anhang zur FiFV.

7 Vgl. Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 33 N 10.

8 Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 14 N 8.

9 Vgl. Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 2 N 40 f.

10 Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur, SR 443.113.

rungsziele¹¹), die auf weitem, filmpolitisch determiniertem Ermessen beruht, sind die strikten Voraussetzungen des Ursprungszeugnisses zu trennen. Zudem ist das Ursprungszeugnis weit über diese Beurteilung hinaus von Bedeutung: Die am Projekt Beteiligten (Produzent, Regisseur, Drehbuchautor) haben damit ggf. Anspruch auf erfolgsabhängige Beiträge an zukünftige Projekte (Art. 39 ff. FiFV), desgleichen Verleiher des Films und Kinos, die ihn zeigen. Fernsehveranstalter dient das Ursprungszeugnis als Nachweis für die Erfüllung medienrechtlicher Programmquoten.¹² Vergleichbare Mechanismen spielen im Ausland, sodass das Ursprungszeugnis Anreize schafft, in den Film bzw. seine Verwertung zu investieren – wofür umgekehrt der Produzent es vertraglich zu gewährleisten hat. Es ist Bedingung für Finanzierungsbeiträge internationaler Förderprogramme (wie Eurimages), ganz üblicherweise in Weltvertriebsverträgen geschuldet, und allgemein ein unentbehrliches Requisit der Filmfinanzierung und -auswertung.

Die Feststellung der Qualifikation als Schweizer Film oder Koproduktion mit dem Ausland im Sinn des Art. 3 FiG, bzw. ihre Verweigerung, entfaltet daher selbstständige Rechtswirkungen, und daran besteht ein eigenständiges Interesse: Es handelt sich nicht um einen bloss verwaltungsinternen Vorgang, sondern um eine (Feststellungs-¹³)Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 lit. b, c VwVG.¹⁴ Sie ist grundsätzlich schriftlich zu eröffnen, zu begründen und mit Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 34 Abs. 1, 35 VwVG).

3. Verfahren und Zuständigkeit

In der Praxis dürften Fälle überwiegen, in denen die *Feststellung im Rahmen eines Gesuchsverfahrens der selektiven Förderung* zu treffen ist. Hier ist eine Vorprüfung der rechtlichen Voraussetzungen des Projekts (Art. 20 Abs. 2 lit. a FiFV) vorgesehen, zu denen die Qualifikation nach Art. 3 FiG gehört. Eine gesonderte Verfügung ist nicht vorgesehen; entschieden wird nur über die Gutheissung oder Abweisung des Gesuchs – je nachdem bereits im Ergebnis der Vorprüfung (Nichteintreten, Art. 20 Abs. 4 FiFV) oder nach Begutachtung durch die zuständige Kommission (Art. 25 ff. FiFV).

Wird dem Vorhaben selektive Bundesförderung *zugesprochen*, fließt der Befund über die Qualifikation in die Absichtserklärung (Art. 26 FiFV) und die Bewilligungsverfügung (Art. 27 FiFV) ein. Er beruht aber auf der Gesuchseingabe, d.h. auf Planungs- und Zielgrößen, die noch vorläufig sind und die es im Projektverlauf nicht nur umzusetzen, sondern vielfach auch zu konkretisieren und (bspw. bei Kostenüberschreitungen, personellen Umbesetzungen) anzupassen gilt. Die Feststellung selbst kann erst nach Abschluss des Vorhabens aufgrund der Schlussabrechnung getroffen werden. Darum muss aus der Absichtserklärung bzw. der Verfügung ersichtlich sein, welche Vorgaben einzuhalten sind, um das Ursprungszeugnis zu erlangen. Ein blosser Rückverweis auf die Gesuchsangaben genügt nicht, wenn nicht klar ist, auf welche konkreten Merkmale es – etwa bei Projektänderungen – für die Qualifikation oder für den Förderentscheid ankommt. Meist genügt der (implizite) Verweis auf die einschlägigen Rechtsvorschriften ebenso wenig; denn diese eröffnen gewisse Beurteilungsspielräume bei der Feststellung (z.B. Art. 2 Abs. 2 lit. c FiG). Diese ist dann nur

im Einzelfall möglich; über deren konkrete Massstäbe braucht der Gesuchsteller aber Gewissheit von Beginn an.

Auch aus der *Abweisung* des Gesuchs muss hervorgehen, ob dieses die Qualifikation verfehlt hat oder aus anderen Gründen abgewiesen wurde. Die Abweisung muss in diesem Punkt selbstständig überprüfbar, d.h. rechtsmittelfähig sein. Gegen eine das Ursprungszeugnis verweigernde Verfügung ist das Rechtsmittel der Verwaltungsbeschwerde gegeben (Art. 32 FiG i.V.m. Art. 44 ff. VwVG¹⁵). Es handelt sich nicht um eine Verfügung über Finanzhilfen gem. Art. 14 FiG; der besondere Rechtsweg an das zuständige Departement (Art. 32 Abs. 2 FiG) ist nicht gegeben. Beschwerdeinstanz ist das Bundesverwaltungsgericht (Art. 32 Abs. 1 FiG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG, Art. 31, 33 lit. d VGG).¹⁶ Wurde aber ein Beitragsgesuch *aus anderen Gründen abgewiesen*, dann endet das Gesuchsverfahren ggf. ohne jeglichen (Vor-)Bescheid über die Voraussetzungen des Ursprungszeugnisses.

Beabsichtigt der Produzent, in das Projekt eigene oder *fremde Guthaben der erfolgsabhängigen Förderung* (Succès Cinéma, Art. 45 ff. FiFV) einzubringen, wird er immerhin frühzeitig ein Gesuch auf Auszahlung stellen. Eine Begutachtung des Projekts findet nicht statt; es steht den Beteiligten frei, in welches Vorhaben sie ihre Gutschriften einbringen wollen – sofern es ein nach Art. 3 FiG qualifiziertes Vorhaben ist. Deshalb erfordert die Freigabe der Gutschriften ebenfalls eine Vorprüfung (entspr. Art. 20 FiFV) und eine Verfügung. Die zuvor erörterten Anforderungen an die Vorhersehbarkeit gelten hier sinngemäss auch; denn der Gesuchsteller muss gleichfalls erkennen können, worauf es bei der Qualifikation konkret ankam, m. a. W., bei Verletzung welcher Vorgaben die Bezüge zurückgefordert werden könnten. Das Risiko ist für Gesuchsteller gross: Die Feststellung ist erst im Nachhinein möglich; die Mittel sind dann ausgegeben; die Rückforderung kann schwach kapitalisierte Produktionsunternehmen existenziell treffen.

Schliesslich bedarf auch ein Produzent, der *überhaupt keine Bundesbeiträge* beantragt oder erhält, der Gewissheit über die Voraussetzungen, unter denen die Produktion das Ursprungszeugnis erhalten wird; diese muss er schon bei der Produktion beachten können. Davon hängen der Anspruch der Beteiligten auf Succès-Cinéma-Gutschriften beim Erfolg des Films und die erwähnten weiteren Fragen der Finanzierung und Verwertung ab.

Für internationale Koproduktionen sehen bereits die Koproduktionsabkommen vor, dass die Anerkennung vor Drehbeginn erfolgen muss¹⁷; dafür muss folglich stets eine Möglich-

11 Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 13 N 12, 14 N 6.

12 Art. 7 Abs. 1 lit. a und b, Abs. 2 RTVG; Art. 4 i.V.m. Art. 1 lit. n der Richtlinie 89/552/EWG i. d. F. der Richtlinie 2007/65/EG sowie Art. 3 v. Anh. I zum MEDIA-2007-Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (SR 0.784.405.226.8).

13 Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich u. a., 2006, N 895.

14 Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 13), N 854 f.

15 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, SR 72.021.

16 Verwaltungsgerichtsgesetz, SR 172.32. Zum Ganzen Urteil des BVGer, Az. C-5736/2007, v. 8.8.2008, E. 1.1.

17 So Eur. Übereinkommen in Anhang I; Abk. mit Deutschland in Art. 2 Abs. 3 und Anlage.

keit bestehen. Die Prüfung erfolgt anhand eines Projektdossiers, namentlich des Koproduktionsvertrags.¹⁸

Es ist zu folgern, dass es – erstens – jedenfalls möglich sein muss, eine *rechtsmittelfähige Verfügung über die Feststellung der Voraussetzungen des Art. 3 FiG* zu erlangen. Zweckmässig wäre, diese Verfügung in jedem Fall formell von weiteren, die Gewähr, Voraussetzungen, Versagung oder Rückforderung von Förderbeiträgen betreffenden Entscheiden zu trennen (was eine Verbindung des Verfahrens und der Beurteilung zwecks Vereinfachung der Praxis ja nicht ausschliesst).

Zweitens besteht stets ein Bedürfnis, *vorab* Gewissheit zu erlangen, worauf es für das Ursprungszeugnis im konkreten Projekt ankommt. Durch Absichtserklärungen nach Art. 26 FiFV wird es nur unzulänglich und in anderen Fällen gar nicht gestillt. Abhilfe würde ein Vorbescheid (ähnlich der Absichtserklärung) schaffen, wie ihn die Praxis anderer Länder kennt.¹⁹

Zuständig für diese Feststellungsverfügung ist das Bundesamt für Kultur, hier dessen Sektion Film. Zwar fehlen Regelungen zu Verfahren und Zuständigkeit für die Anerkennung als Schweizer Film in Gesetz und Verordnung, doch folgt die Zuständigkeit aus derjenigen für die Vorprüfung nach Art. 20 FiFV. Für Koproduktionen ist sie in den einschlägigen Abkommen festgehalten.²⁰

III. Qualifikation der Koproduktion nach Abkommen

1. Anwendbarkeit der Koproduktionsabkommen

Eine Bestimmung, wann ein Film gemäss Art. 3 lit. b als *zwischen der Schweiz und dem Ausland koproduziert* zu gelten hat; genauer: unter welchen Voraussetzungen einer solchen Koproduktion die Bundesförderung offensteht, enthält das Filmgesetz nicht. Es ist die Verordnung (Art. 8 Abs. 2), die auf die Koproduktionsabkommen verweist.

Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der einzelnen Abkommen stimmen in ihrer Typologie und Grundrichtung überein.²¹ Das erklärt sich aus ihrem weitgehend deckungsgleichen Zweck, durch Zugang zu nationalen Vergünstigungen in allen beteiligten Staaten die Praxis der internationalen Koproduktion zu fördern. Im Wesentlichen geht es um den Sitz der gesuchstellenden Koproduzenten, Nationalität oder Wohnsitz gewisser Mitwirkender, den Ort der Dreharbeiten und der Postproduktion – das Europäische Übereinkommen setzt an die Stelle dieser bilateralen Inlandsbindungen eine nach Punkten zu bemessende Qualifikation als «europäischer Film» (Anhang II) –; vor allem um die Anteile der Koproduzenten an der Finanzierung, die zwischen 10% und 30% nicht unterschreiten dürfen; ihre jeweilige Beteiligung auch mit Personal und technischen Leistungen; und manche weitere Vorgaben.²²

Im Einzelnen bestehen erhebliche Unterschiede. Dies wiederum erklärt sich aus der jeweiligen Verhandlungssituation und den besonderen Erwägungen der Staaten beim Vertragsabschluss. Es wäre demnach verfehlt, aus übereinstimmenden Grundzügen auf ein einheitliches Abkommensrecht zu schliessen und bei der Erteilung des Ursprungszeugnisses Regelungen

in Betracht zu ziehen, die im konkret anwendbaren Abkommen nicht oder nicht so vorgesehen sind. So verlangt Art. 8 Abs. 1 FiFV einen Anteil schweizerischen Personals *im Verhältnis* des Finanzierungsanteils. Gewisse Abkommen sehen das so vor (so Art. 8 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens); hingegen dasjenige mit Frankreich zwar eine solche Beteiligung, aber *keine Proporz-Regel* (Art. 4 Abs. 2). Im einschlägigen Merkblatt des Bundesamts²³ wird hierfür weiter gehend ein proportionaler *Ausgabenanteil* verlangt, was den Abkommen (z.B. Art. 8 Abs. 1 Eur. Übereinkommen) gerade nicht zu entnehmen ist und eine bedenkliche Monetarisierung künstlerischer Werkbeiträge bedeuten würde.²⁴

Die Abkommen regeln die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Anerkennung für die darunterfallenden Koproduktionen *abschliessend*. Sie lassen insoweit keinen Raum für Abänderungen, v.a. weiter gehende Anforderungen, des nationalen Rechts. Sie sehen auch die Rechtsfolge vor, ohne dass eine Umsetzung in nationale Rechtsvorschriften erforderlich wäre. Sie gelten im schweizerischen Recht unmittelbar (vgl. Art. 8 Abs. 2 FiFV). Ein Ermessen besteht nicht. Der Gesuchsteller, dessen Vorhaben bzw. Produktion diese Voraussetzungen erfüllt, hat ohne Weiteres Anspruch auf das Ursprungszeugnis. Er kann sich auch *unmittelbar* gestützt auf das Abkommen zur Wehr setzen, wenn dieses ihm dennoch verwehrt wird – selbst wenn die Verfügung sich ihrerseits auf einheimisches Recht, zumal Bestimmungen auf blosser Verordnungsstufe (wie Art. 8 FiFV), stützt.

2. Gleichstellung als Rechtsfolge der Abkommen

Das Prinzip der Abkommen ist es, Koproduktionen, welche ihre Bestimmungen einhalten, im Subventionsrecht der Vertragsstaaten *mit Inlandsproduktionen gleichzustellen* (ausdrücklich Art. 4 des Europäischen Übereinkommens) bzw. per Fiktion zu nationalen Filmen zu erklären (jeweils Art. 2 der Abkommen mit Frankreich – «gelten als nationale Filme» –, Deutschland und Italien – «werden als inländische Filme angesehen»).²⁵ Dies eröffnet solchen Produktionen den Zugang zu den Verfahren und Programmen nationaler Filmförderung, auch wenn sie die («Inländer»-)Voraussetzungen des nationalen Rechts nicht erfüllen. Art. 3 lit. b FiG²⁶ und Art. 8 Abs. 2 FiFV gehen letztlich nicht über den blossen Verweis auf dieses abkommensrechtliche Gleichstellungsprinzip hinaus.

18 Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 33 N 44, 82 f.

19 Vgl. etwa Rundschreiben des deutschen Bundesbeauftragten für Kultur und Medien. Ausstellung filmischer Ursprungszeugnisse i.d.F. vom 20. Februar 2004, Ziff. 3.

20 So Art. 5 Abs. 1 des Eur. Übereinkommens, Art. 2 Abs. 3 und 4 des Abk. mit Deutschland.

21 Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 33 N 12 ff.

22 Zufferey/Aubry, a.a.O.

23 Merkblatt «Selektive Filmförderung: praktische Hinweise» (www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/00488/).

24 So aber auch VPB 69.107, E. 3; Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 33 N 13; dazu Viganò/Uhlig, in: Mosimann/Renold/Rasché (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Basel 2009, 12. Kapitel, Fn. 364.

25 Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 33 N 8 ff., 42.

26 Dazu BVGer (Fn. 16), E. 3.1.1.

Diese Gleichstellung hat zunächst zur Folge, dass die Anforderungen an die Qualifikation als Schweizer Film durch diejenigen des Abkommens *ersetzt* werden. Über den bloss formellen Zugang zur Bundesförderung hinaus wirkt sie sich als *Diskriminierungsverbot* in den Verfahren der Filmförderung aus: Die qualifizierte Koproduktion darf in der nationalen Filmförderung nicht diskriminiert, nicht anders behandelt werden als der inländische Film.

Das folgt schon aus dem Wortlaut (grammatikalischer Auslegungsaspekt):²⁷ Das Diskriminierungsverbot ist die Konsequenz der Gleichstellungsfiktion bzw. die logische Umkehr der ausdrücklichen Gleichstellung. Ein «Erläuternder Bericht» des Europarats zum Europäischen Übereinkommen²⁸ hält diese Bedeutung fest: «Diese Konvention stellt daher die Koproduktionswerke mit den nationalen Werken hinsichtlich der für diese vorgesehenen Vergünstigungen auf gleiche Grundlage»²⁹; und «kraft dieser Nicht-Diskriminierungs-Regel³⁰ kann eine Koproduktion selbst dann, wenn es eine minoritäre Koproduktion ist, keinem anderen Regime unterworfen werden, als eine majoritäre Koproduktion.»

Wenn die Abkommen selbst die Voraussetzungen und Grenzen der geltenden Gesetze und sonstigen Vorschriften des Vertragsstaats vorbehalten³¹, so ist das keine Einschränkung des Diskriminierungsverbots: Damit ist nichts anderes besagt, als dass die im höherrangigen Staatsvertragsrecht begründete rechtliche Gleichstellung der Koproduktion eben in der Anwendung derselben, vom Gesetz- und Verordnungsgeber autonom aufgestellten, auch für einheimische Produktionen geltenden Rechtsvorschriften ihren Ausdruck findet (Widerspruchsfreiheit als systematischer Auslegungsaspekt³²). Der mit der Qualifikation nach dem Abkommen erlangte *Zugang* zu den Massnahmen der Filmförderung nimmt die Entscheidung über die tatsächliche *Förderung* des einzelnen Vorhabens nach diesen Vorschriften nicht vorweg.

Die Abkommen sind auf ihrem eigenen Horizont und länderübergreifend einheitlich auszulegen.³³ Massgeblich ist hier die Perspektive der gemeinsamen und wechselseitigen Absichten der jeweils vertragsschliessenden Staaten (teleologischer Auslegungsaspekt). Diese bezweckten mit dem Mittel der *Gleichstellung* auch, dem jeweils anderen Staat die Möglichkeit zu entziehen, durch allerlei Regeln in der Förderung diese Gleichstellung dann effektiv doch zu unterlaufen und damit letztlich auch den andern Vertragsstaat zu übervorteilen. Anders gesagt: Dem Gesetzgeber und, im Rahmen des Gesetzes, den rechtssetzenden (Departement) und rechtsanwendenden Behörden (Bundesamt) verbleibt das Ermessen über die Voraussetzungen der Fördermassnahmen (wie etwa nach Art. 16 FiG), deren Art und Weise, die Kriterien für ihre Zuteilung (wie etwa die Filmförderungskriterien) – soweit sie *für Schweizer Filme und Koproduktionen ohne Unterschied gelten*.

IV. Gleichstellung der Koproduktion in der Praxis

Wird die Praxis des Bundesamts am Gleichstellungsgebot der Abkommen gemessen, so stechen einige Prinzipien ins Auge:

1. Verteilplan

Das Bundesamt erstellt jährlich einen Verteilplan für den Filmkredit (Art. 15 Abs. 3 FiG, Art. 7 Abs. 1 FiFV). Dieser weist regelmässig einen besonderen, wesentlich kleineren Teilkredit³⁴ und tiefere Maximalbeiträge³⁵ für minoritäre Spielfilm-Koproduktionen aus. Diese sind damit klar diskriminiert: Erhält ein solches Koproduktionsvorhaben keinen Beitrag, weil der dafür vorgesehene Teilkredit ausgeschöpft ist, während im allgemeinen Spielfilm-Kredit noch Mittel verfügbar sind, oder muss es sich wegen der Beitragsgrenze mit einem tieferen Beitrag begnügen als ein Schweizer Film oder eine Mehrheitskoproduktion gleicher Qualität und gleichen Finanzbedarfs, so wird es abkommenswidrig allein deswegen benachteiligt, weil es sich um eine minoritäre Koproduktion handelt.

2. Ausgabenquote

Wie bereits erwähnt, verlangt das Bundesamt in seiner Praxis von Koproduktionsvorhaben grundsätzlich, dass diese Mittel in voller Höhe des dem Schweizer Koproduzenten zugeordneten Finanzierungsbeitrags in der Schweiz bzw. für Leistungsbezüge aus der Schweiz ausgeben. Solche Auflagen sind europaweit bekannt – nehmen aber praktisch überall am jeweiligen konkreten Förderbeitrag Mass.³⁶ Die Praxis des Bundesamts ist Produzenten und Geldgebern anderer Länder nur schwer zu vermitteln und mindert deren Interesse an Koproduktionen mit der Schweiz. Sie bezieht auch private Finanzierungsmittel auf Schweizer Seite mit ein (z.B. auch den Anteil an einer Weltvertriebsgarantie oder Beiträge in- und sogar ausländischer Privatinvestoren) und zwingt die Koproduzenten zu unsachgemässer und oft teurerer Allokation der Mittel – im Widerspruch zu den Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen des Subventionsrechts (Art. 1 Abs. 1 lit. b, 7 lit. a SuG). Vor allem aber verletzt sie die Abkommen, denn der Schweizer Film unterliegt keiner vergleichbaren Ausgabenquote.

27 Vgl. die zuvor zitierten Bestimmungen; dazu Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl, Zürich 1998, N 76, 78.

28 conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/147.htm; Anm. zu Art. 4.

29 «à égalité»/«on equal footing».

30 «règle de non-discrimination»/«non-discrimination rule».

31 So Art. 4 Abs. 2 des Eur. Übereinkommens; ähnlich Art. 2 Abk. mit Italien.

32 Basler Kommentar/Honsell, Art. 1 ZGB, N 10.

33 Basler Kommentar/Honsell, a.a.O., N 19.

34 Im Verteilplan 2008, Rubriken «Spielfilm – Schweiz majoritär» 8,1 Mio. Franken, «Spielfilm – Schweiz minoritär» 1,5 Mio. Franken; Verteilplan 2009 8,2 resp. 1,5 Mio. Franken; Verteilplan 2010 «Spielfilm Herstellung» 8,148 Mio. Franken, «Spielfilm Minderheitskoproduktion» 1,3 Mio. Franken.

35 2009 und 2010 max. Fr. 500000.– für minoritäre Spielfilm-Koproduktionen (2010 nurmehr Fr. 300000.– für solche mit ausländischem Regisseur), gegenüber 1 Mio. Franken (in Ausnahmefällen 1,5 Mio.) für übrige Spielfilmprojekte (2010: inkl. Mehrheitskoproduktion mit Schweizer Regie).

36 So die «Regionaleffekte» der deutschen Länderförderung mit 150% oder mehr *des jeweiligen Beitrags*; so auch die Praxis der Zürcher Filmstiftung.

3. «Reziprozität»

Das Bundesamt besteht seit Längerem auf dem Prinzip der sogenannten «Reziprozität» der Förderung von Koproduktionen in Bezug auf die einzelnen Gesuchsteller.³⁷ Darunter versteht es ein «eins zu eins» ausgeglichenes Verhältnis zwischen den minoritären Koproduktionen, für welche ein Produktionsunternehmen in der Schweiz Förderung erhalten kann, und mehrheitlich schweizerischen («majoritären») Koproduktionen, die dasselbe Unternehmen durchführt oder durchgeführt hat.³⁸

Der Besorgnis, zulasten der Schweiz und ihrer Produzenten würden Fördermittel einseitig in ausländisch dominierte Filmproduktionen abfliessen, tragen bereits die Abkommen Rechnung mit Mechanismen (z.B. gemischten Kommissionen), in denen Ungleichgewichte im bilateralen Verhältnis *der Staaten*³⁹ überprüft und korrigiert werden können.⁴⁰ Im Ergebnis solcher Überprüfung könnte dann auch konkreten Koproduktionen die Unterstützung versagt werden.⁴¹ Eine Aufrechnung von Mehrheits- und Minderheitsprojekten *beim einzelnen Produktionsunternehmen* sehen die Abkommen indessen nicht vor und bieten deshalb keine Grundlage, einen Produzenten wegen ungenügender Gegenseitigkeit von vornherein von der Förderung einer anerkannten Minderheitskoproduktion auszuschliessen. Daher scheint eine solche Praxis mit der abkommensrechtlichen Gleichstellung nicht vereinbar.

Mit den Abkommen vereinbar wären dagegen Regelungen, die nicht nach (Ko-)Produktionsverhältnissen, sondern nach *anderen* Kriterien unterscheiden (und auch für den Schweizer Film gelten). Es bietet sich geradezu an, die Förderung von Produktionen mit Auslandsregie mit solchen unter Schweizer Regie zu verknüpfen, weil das Gesetz diese ohnehin auch vom Schweizer Film verlangt (Art. 2 Abs. 2 lit. a FiG).⁴² Weitere entsprechende Kriterien sind denkbar.

4. Sonderregime für Minderheitskoproduktionen

Die neuere Praxis des Bundesamts (es hat hierfür das Stichwort «*Minority Report*» eingeführt⁴³) löst Minderheitskoproduktionen für Spielfilme aus den allgemeinen Verfahren und Massstäben der selektiven Filmförderung weitgehend heraus und stellt sie unter ein Sonderregime.⁴⁴ Zunächst handelt es sich um ein spezielles Formular, das eine Evaluation nach besonderen Kriterien ermöglichen soll. Diese wiederum folgen einer schematischen Bewertung einzelner Projektmerkmale nach Punkten, welche die Bewertung transparent und vorhersehbar machen soll: in einer weitgehend auf Ermessen gestützten Förderlandschaft ein prinzipiell hilfreicher Ansatz. Diese Praxis kommt jedoch nicht ohne erhebliche, materielle wie auch verfahrenstechnische Abweichungen vom Gesuchsverfahren nach Gesetz und Verordnung aus:

Materiell sind die Kriterien der Bewertung abschliessend bestimmt, quantifiziert und gewichtet: Beurteilt wird erstens, ob und in welcher zeitlichen Abfolge der Gesuchsteller auch eine mehrheitlich schweizerische Koproduktion mit Schweizer Regie verwirklicht (hat) («Reziprozität», mit bis 50 von 100 möglichen Punkten); zweitens das Mass, in dem er Personal und

Unternehmensleistungen aus der Schweiz in das Projekt einbringt (bis 30 Punkte); drittens schliesslich dessen künstlerische Qualität (max. 20 Punkte). Diese Bewertungsvorgaben weichen von der Begutachtung sonstiger Spielfilmprojekte ab, welche die Kommission in einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen hat. In der Bewertung überwiegen Kriterien ohne Bezug zur Qualität des Projekts: Sie wird dominiert von der Frage der «Reziprozität», d.h. von Umständen, die gar nicht das Gesuchsprojekt betreffen. Die Personal- und Dienstleistungsbeiträge orientieren sich an einer wirtschaftlichen Standortförderung, die das FiG nicht vorsieht.⁴⁵ Die künstlerische Qualität des Vorhabens ist von untergeordnetem Einfluss auf seine Unterstützung; seine unternehmerische Qualität – Professionalität und Erfolgsaussichten⁴⁶ – findet überhaupt keine Berücksichtigung. Es ist zweifelhaft, ob dieser Kriterienkatalog überhaupt von der gesetzlichen Grundlage für die Filmförderung nach *Qualitätskriterien* (Art. 8 S. 1 FiG; Art. 4 Abs. 2 FiFV⁴⁷) gedeckt ist.

Von der regulären Produktionsförderung weicht auch die *Verfahrenskompetenz* ab: Reziprozität und Standorteffekt werden direkt durch die Sektion Film geprüft; die nach Art. 21, 25 FiFV vorgesehene und prinzipiell massgebliche Begutachtung durch einen Expertenausschuss beeinflusst wegen der Gewichtung den Förderentscheid kaum; diesen fällt die Behörde *de facto* in eigener Kompetenz unter Ausschaltung der Expertise.

Unter dem Gesichtspunkt des abkommensrechtlichen Diskriminierungsverbots ist zu unterscheiden: Unzulässig wäre es, unterschiedliche Regeln gerade deswegen anzuwenden, weil es sich einmal um einen einheimischen Film, dann um eine Koproduktion oder dann um eine Minderheitskoproduktion handelt. Mit den Abkommen vereinbar sind dagegen Regelungen, die nicht nach (Ko-)Produktionsverhältnissen, sondern nach anderen Kriterien unterscheiden und auch für den Schweizer Film gelten.

37 So die aktuelle Praxis des Bundesamts, vgl. Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 33 N 16; Filmförderungskonzepte 2006–2010, Ziff. 2.3.2.b.5.

38 Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 14 N 17, Art. 33 N 16.

39 Art. 7 Abk. mit Frankreich, Art. 10 Eur. Übereinkommen.

40 Art. 7, 12.

41 Art. 10 Abs. 2 Eur. Übereinkommen.

42 Fraglich ist aber die Vereinbarkeit der Praxis, EU-Ausländer mit Schweizer Wohnsitz erst mit Niederlassungsbewilligung Schweizern gleichzustellen (Zufferey/Aubry [Fn. 2]), Art. 2 FiG N 39) mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 2 des bilateralen Personenfreizügigkeitsabkommens mit der EU (SR 0.142.112.681).

43 Die Anspielung auf den gleichnamigen Spielfilm Steven Spielbergs aus dem Jahre 2002, in dessen Handlung Straftaten bereits vor ihrer Begehung verfolgt werden, ist für Massnahmen der Kulturförderung des Bundes unbegreiflich.

44 Merkblatt «Selektive Filmförderung: praktische Hinweise», unter Ziff. 2.3 b; Formular «Minority Report – Evaluation der Produktionen mit Minderheitsbeteiligung mit ausländischem Regisseur für die selektive Hilfe» (www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/00488/).

45 Zwar ist sie in Art. 4 Abs. 2 lit. d FiFV vorgegeben, fraglich ist aber, ob dies von der gesetzlichen Verordnungskompetenz, *Qualitätskriterien* aufzustellen, gedeckt ist. Auf Art. 2 Abs. 2 lit. c FiG ist sie nicht zu stützen, denn dieser regelt den *Zugang* zur Förderung und ist bei der Koproduktion durch die entsprechenden Anforderungen der Abkommen ersetzt, die das Projekt ohnehin einhalten muss.

46 Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 2 FiG N 18.

47 Dazu Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 2 FiG N 8 ff., 14 ff.

Im neuen Sonderregime überlagert sich die (unzulässige) Unterscheidung nach Koproduktionsverhältnissen mit der (zulässigen) nach der Regie: Koproduktionen mit Schweizer Regie fallen, jedenfalls bei Schweizer Mehrheitsbeteiligung, unter das allgemeine, auch für Schweizer Filme geltende Bewertungsverfahren. Umgekehrt gilt das Sonderschema für Minderheitskoproduktionen ausdrücklich nur bei Auslandsregie. Das wäre nicht diskriminierend, wenn tatsächlich nur nach der Regie unterschieden würde; dann allerdings ist konsequenterweise kein Bezug auf Minderheitskoproduktionen nötig.

Abkommenswidrig wäre es demgegenüber, Minderheitskoproduktionen *trotz Schweizer Regie* nach Sonderschema zu beurteilen und damit sowohl gegenüber Schweizer Filmen wie majoritären Koproduktionen zu diskriminieren; bzw. umgekehrt, Mehrheitskoproduktionen *trotz Auslandsregie* *nicht* nach diesem Schema zu behandeln. Beide Fälle sind in den ausformulierten Regelwerken schlicht nicht erwähnt (unter Mehrheitsbeteiligung versteht das Formular per Definition ausschliesslich eine solche mit Schweizer Regisseur, Ziff. 1 b).

5. Minderheitskoproduktion und Drehbuchförderung

Zufferey/Aubry⁴⁸ sind der Auffassung, Gemeinschaftsvorhaben mit schweizerischer Minderheitsbeteiligung seien generell von der (Drehbuch-)Entwicklungsförderung auszuschliessen, ja hätten, bei nachträglich geänderten Finanzierungsverhältnissen, solche Beiträge zurückzuzahlen; dies mit der Begründung, die Beiträge hätten das einheimische Filmschaffen zu unterstützen.⁴⁹ Es liegt nach dem Gesagten auf der Hand, dass eine solche Praxis bei einer qualifizierten Koproduktion staatsvertragswidrig wäre.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die genannten Praktiken das abkommensrechtliche Gleichstellungsgebot verletzen und geeignet sind, ausländische Koproduktionsstaaten, welche Minderheitskoproduktionen mit der Schweiz abkommenstreu behandeln, zu übervorteilen.

V. Qualifikation der Koproduktion nach Massgabe des FiG

1. «Inoffizielle» Koproduktion als Schweizer Film

Eine Koproduktion kann sich nach einem Abkommen qualifizieren, muss es aber nicht. Praxis, allgemeiner Sprachgebrauch und auch die Abkommen selbst gehen davon aus, dass die abkommensrechtliche Qualifikation nicht konstitutiv für das Vorliegen einer Koproduktion ist. Koproduktionen ausserhalb der Geltung eines Abkommens sind aber in Art. 3 lit. b FiG, Art. 8 FiFV offensichtlich nicht gemeint, auch wenn sie im Wortsinn einen zwischen der Schweiz und dem Ausland koproduzierten Film zum Gegenstand haben. Der Weg zum Ursprungszeugnis und zur Bundesförderung führt für sie folglich nur über die Qualifikation als Schweizer Film nach Art. 2 Abs. 2 FiG. Erfüllt der Film dessen Voraussetzungen, so behandelt ihn das Gesetz ohne Weiteres als Schweizer Film («gilt als»)

i.S.v. Art. 3 lit. a. Ein Ermessen bezüglich dieser Qualifikation besteht auch in diesem Fall nicht. Das Gesetz verlangt im Einzelnen, dass:

- der Film zu einem wesentlichen Teil von einem Autor aus der Schweiz realisiert wurde (lit. a). Der für den Autor verwendete Singular und die Anknüpfung an der Realisierung legen nahe, dass es auf den Regisseur (frz. réalisateur) ankommt⁵⁰, der auch das Drehbuch eines Ausländers verfilmen dürfte;⁵¹
 - das Produktionsunternehmen bzw. der Produzent Sitz in der Schweiz hat; zudem dürfen weder dessen Geschäftsleitung noch dessen Eigen- wie Fremdkapitalgeber mehrheitlich Sitz im Ausland haben. Fragwürdig wäre die Konsequenz, dass das Unternehmen nicht mehrheitlich Geschäftsverbindlichkeiten im Ausland eingehen dürfte; sinngemäss geht es nicht um Bank- und Lieferantenkredite, sondern um die tatsächliche Unternehmenskontrolle.⁵² Nicht völlig geklärt ist, wie an dieser Stelle die Beteiligung eines Koproduzenten zu berücksichtigen ist: Es sollte darauf ankommen, dass der Schweizer Produzent selbst massgebenden Einfluss auf das Projekt ausübt, nicht aber, dass er allein und ohne fremde Beteiligung produziert;
 - so weit als möglich mit künstlerischen und technischen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen schweizerischer Nationalität oder mit Wohnsitz in der Schweiz und durch filmtechnische Betriebe in der Schweiz hergestellt wurde.
- Dieses dritte Merkmal lässt, anders als lit. a und b, keine eindeutige Aussage zu, sondern erfordert eine Abwägung im Einzelfall, in welchem Masse die Beanspruchung einheimischer personeller und unternehmerischer Ressourcen unter den gegebenen äusseren und inneren Umständen zumutbar ist oder war.⁵³ Eine vom Bundesamt geforderte 50%-Quote wurde vom Bundesverwaltungsgericht als nicht einzelfallgerecht und damit gesetzwidrig verworfen.⁵⁴ Hintergrund ist, dass gerade die Formulierung «so weit als möglich» in der parlamentarischen Debatte durch den Gesetzgeber mit dem Ziel in die Regelung eingefügt wurde, die Anforderungen des Standorteffekts zu flexibilisieren.⁵⁵

Zwischenzeitlich hat eine Neufassung der Verordnung⁵⁶ die Beteiligungsschwellen nach Art. 2 Abs. 2 lit. c FiG in Art. 8a FiFV konkretisiert; mangels anderer Bestimmung gilt das auch für nicht abkommensqualifizierte Koproduktionen. Es erstaunt, dass das Departement just die gerichtlich verworfene 50%-Schwelle festschrieb. Es setzte sich zudem mit Abs. 4 über die Bedenken des Gerichts hinweg, Autoren und Produzenten ausnahmslos von der Betrachtung nach lit. c auszuschliessen, was bei Autorenfilmen, die in kleinem Personenkreis ausgeführt werden, zu einem verzerrten Bild der Mitwirkungsver-

48 (Fn. 2), Art. 3 N 22.

49 Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 3 FiG N 22.

50 Botschaft zum FiG vom 18. September 2000, BBl. 2000, S. 5444; a. A. insoweit Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 2 N 35.

51 So wohl auch Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 2 N 40 f.

52 So Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 2 N 50, wonach es in der Praxis auf die Stimmberechtigten ankommt.

53 BVGer (Fn. 16), E. 3.3, 3.3.1.

54 BVGer, a. a. O., E. 3.3.

55 Botschaft FiG (Fn. 49), S. 5442, 5444, 5467; AB 2001 S. 531.

56 Art. 8a FiFV i. d. F. von AS 2008, 5071.

hältnisse führen muss.⁵⁷ Immerhin bietet die Vorschrift den – weit überwiegenden – Filmvorhaben, die die Kriterien ohne Weiteres erfüllen, Rechtssicherheit und reduziert den Aufwand, dem das Bundesamt mit Einzelfallprüfungen ausgesetzt wäre. Gerade für die kritischen Grenzfälle – bspw. bei Auslandsdreharbeiten oder eben nicht qualifizierten Koproduktionen – besteht freilich weiterhin keine Gewissheit. Zwar lässt eine Ausnahmeklausel (Abs. 2) die Möglichkeit der erforderlichen Einzelfallprüfung offen.⁵⁸ Dem Gesetz wird indessen nur Genüge getan, wenn diese auch vorbehaltlos unternommen wird. Würde die Unterschreitung dagegen a priori zur Ablehnung des Ursprungszeugnisses führen und müsste der Gesuchsteller Ausnahmegründe vorbringen, nur schon um das Eintreten auf eine Einzelfallprüfung zu erlangen, käme das Bundesamt der Pflicht, seine Beurteilungsspielräume im Einzelfall auszuschöpfen, nicht nach.

Die Einzelfallprüfung birgt freilich zusätzlich die Gefahr, dass künstlerisch motivierte Entscheide, die zur Wahl ausländischer Ressourcen führen, nicht als «gegebene äussere und innere Umstände» zugrunde gelegt⁵⁹, sondern wegen ihrer stets auch ökonomischen Dimension in Frage gestellt werden. Künstlerische und wirtschaftlich-organisatorische Entscheide sind in der Filmproduktion vielfach und oft untrennbar verbunden, künstlerische Vorstellung und wirtschaftliche Machbarkeit oft zwei Aspekte ein und derselben Entscheidung: Selbstverständlich wirkt sich die Wahl eines Drehorts im Ausland auf die Kosten aus und erschwert den Beizug schweizerischen Personals. Ob aber der Drehort⁶⁰, die Filmsprache, eine bestimmte Besetzung künstlerisch gut gewählt oder auch nur plausibel ist, sind stets (auch) eminent künstlerische Fragen. Sie sind in der Prüfung nach Art. 2 Abs. 2 lit. c FiG bzw. Art. 8a Abs. 3 FiFV fehl am Platze. Das Gericht hielt zutreffend fest, dass «es bei einem unbeschränkt grossen finanziellen und zeitlichen Aufwand sowie unter Einschränkung der künstlerischen Freiheit theoretisch beinahe immer möglich erscheint, einen Film ausschliesslich mit künstlerischen und technischen Mitarbeitern schweizerischer Nationalität oder mit Wohnsitz in der Schweiz und durch filmtechnische Betriebe in der Schweiz herstellen zu lassen»⁶¹, und gerade deshalb die Zumutbarkeitsprüfung geboten ist. Das Vorhaben soll nicht «zu einer Verteuerung der Filme» und «zu unsachgemässen Entscheiden» gezwungen sein.⁶² Demnach sind auch Kosteneinsparungen, wo sie eine Konsequenz künstlerischer Grundentscheide sind, beachtlich.

Eine eingehende künstlerische Begründung von Produktionsentscheiden kann das Bundesamt – in einer Rechtsfrage, in der ihm kein Ermessen zukommt – nicht verlangen und schon gar nicht überprüfen, ohne sein eigenes künstlerisches Urteil an die Stelle des filmkünstlerischen Schaffens zu setzen. Es würde damit in den elementaren Werkbereich der Kunstfreiheit (Art. 21 BV)⁶³ eingreifen.

Für das schweizerische Filmschaffen ist die Koproduktion unabdingbar. In Verlautbarungen räumt ihr auch das Bundesamt einen bevorzugten Rang ein. Seine Praxis konterkariert dies indessen in etlichen Punkten mit abkommenswidrigen und im Ergebnis kontraproduktiven Regeln. Mit der für 2010 anstehenden Revision der Filmförderungskonzepte – die mit Anpassungen der FiFV verbunden werden können – besteht eine greifbare Gelegenheit zu sachgerechten Korrekturen.

Zusammenfassung Koproduktionen sind ein unverzichtbares Modell der Finanzierung von Filmproduktionen zu angemessenen Budgets. Das gilt auch für solche Produktionen, bei denen der lokale Partner in finanzieller und tatsächlicher Hinsicht den niedrigeren Anteil stellt und die Minderheitsposition einnimmt. Mehrere zwischenstaatliche Abkommen fördern und schützen internationale Koproduktionen, die in ihren Anwendungsbereich fallen, indem sie sie einheimischen Produktionen gleichstellen. Staatliche Massnahmen, die eine Diskriminierung von Koproduktionen, namentlich auch von Minderheitskoproduktionen, gegenüber einheimischen Projekten zur Folge haben, verletzen die höherrangigen Regeln dieser Abkommen.

Summary International co-production is an indispensable model for the financing of adequately budgeted films. This includes productions in which the local partner is financially and factually in a minority, inferior position. A number of international treaties support and protect international co-productions falling under their application, by putting them on equal footing with domestic productions. Governmental measures discriminating co-productions, in particular minority co-productions, against domestic projects are incompatible with superior treaty rules.

57 BVGer (Fn. 16), E. 3.3.3; a.A. schon Zufferey/Aubry (Fn. 2), Art. 2 N 37.

58 Dazu Geiser, Thomas, in Cine-Bulletin 5/09, S. 8 ff.

59 BVGer (Fn. 16), E. 3.3.1.

60 Der Gesetzgeber hat bewusst auf Vorgaben verzichtet, Botschaft FiG (Fn. 49), S. 5444; BVGer a.a.O., E. 3.3.2.

61 BVGer (Fn. 16), E. 3.3.1.

62 Botschaft FiG (Fn. 49), S. 5442.

63 Vgl. Mosimann/Uhlmann, in: Mosimann/Renold/Rasché (Fn. 24), 2.Kapitel N. 16.