

Zur Diskussion / A discuter

Die Fragmentierung geistigen Eigentums an kulturellen Gütern und Dienstleistungen – Ein Hindernis für die erfolgreiche Vermarktung europäischer Kulturgüter

Eine Darstellung möglicher rechtlicher Lösungen am Beispiel der Filmwirtschaft

SONJA ANDREA LIPUS*

Die Kombination von staatlicher Subventionspraxis mit «IP-Pooling» bei einer privatrechtlichen Gesellschaft bietet neue Ansätze zur Finanzierung der Vermarktung europäischer Filmproduktionen.

Avec une société de droit privé, la combinaison de la pratique en matière de subventions publiques et du concept de «IP-Pooling» offre de nouvelles possibilités pour le financement de la commercialisation de productions cinématographiques européennes.

- I. Einleitung
 - II. Relevante Aspekte der Filmwirtschaft im Überblick
 - 1. Die Verwertungskette in der Filmwirtschaft
 - 2. Der Produzent und die Sicherstellung der Finanzierung seines Filmprojekts
 - III. Lösungsansätze
 - 1. «Monopole» auflösen
 - 2. Konkurrenzfähigkeit aufbauen
 - IV. Fazit
- Zusammenfassung / Résumé

I. Einleitung

Ein Kinobesuch ist nach wie vor eine sehr beliebte Unterhaltungsform in Europa sowie den USA¹. Ein Blick ins beispielsweise deutsche Kinoprogramm zeigt aber, dass das Verhältnis von US-amerikanischen zu europäischen Kinofilmproduktionen nicht ausgeglichen ist, sondern den Zuschauern deutlich mehr Produktionen aus den USA, bzw. Co-Produktionen angeboten werden. 2008 setzte sich der europäische Kinofilmmarkt aus 28,4% rein europäischen und 63,3% US-amerikanischen Produktionen zusammen, jedoch waren unter den Top-20-Filmen nur 2 europäische Produktionen². Dies hat verschiedene Ursachen, jedoch liegt es jedenfalls nicht an einer kleineren Anzahl jährlicher europäischer Produktionen, im Gegenteil: In Europa werden pro Jahr mehr als 1000 Kinofilme produziert, während die sieben grossen Filmproduktionsgesellschaften Hollywoods³ im Jahr 2008 nur 162 Kinofilme produzierten⁴. Diese Zahlen belegen die Fragmentierung bzw. Zersplitterung der Filmwirtschaft in Europa, aus der die mangelnde Konkurrenzfähigkeit folgt. Natürlich tragen Sprachgrenzen dazu bei, jedoch hat die Zersplitterung in den Mitgliedstaaten selbst ihren Ursprung. Dass ein ausgeglichenes, kulturell vielfältiges Filmangebot mehr als nur unterhaltsam ist, hob die EU-Kommission 1999 hervor: «The audiovisual media play a central role in the functioning of modern democratic societies [...]. [They] play a fundamental role in the development and transmission of social values⁵».

¹ Stetig steigende Umsätze belegen dies, vgl. Statistiken der FFA <<http://www.ffa.de>> und der MPAA <<http://www.mpa.org>>.

² Vgl. die Pressemitteilung der audiovisuellen Informationsstelle des Europarates vom 11. Mai 2009, abrufbar unter: <<http://www.obs.coe.int/about/oea/pr/index.html>>.

³ Sog. «Majors»: Warner Bros., MGM, Paramount Pictures, 20th Century Fox, Universal Pictures, United Artists und Columbia Pictures.

⁴ Vgl. Fn. 2 und Statistik der MPAA auf <<http://www.mpa.org/2008%20MPAA%20Theatrical%20Market%20Statistics.pdf>>.

⁵ <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0657:FIN:EN:PDF>>.

Der Schlüssel zu erfolgreichen Filmproduktionen ist die Höhe der Investitionen, insbesondere in deren Vermarktung. Der vorliegende Beitrag vergleicht auf Grundlage des deutschen und schweizerischen Rechts die unterschiedlichen Finanzierungskonzepte der Filmwirtschaft in Europa und den USA, sowie die Rechtsstellung der Urheber und Filmproduzenten, welche in Europa dazu führt, dass geistiges Eigentum oft fragmentiert vorliegt. Als Vorschlag zur Investitionssteigerung wird vorliegend ein neuartiges Finanzierungskonzept für die europäische Filmwirtschaft erwogen: die Einrichtung einer unabhängigen zentralen Stelle, welche Filmrechte bündelt, um Investitionen in die Filmwirtschaft auch für private Investoren attraktiv zu machen. Nachfolgend werden die mögliche Legitimation und Organisation einer solchen Stelle aus Sicht des deutschen und schweizerischen Rechts erörtert. Dabei soll der vorliegende Beitrag als Denkanstoss dienen. Die Filmwirtschaft ist nur ein Beispiel, denn die Problematik ist ebenso auf andere öffentlich geförderte Kulturgüter übertragbar. Das Ziel ist der Aufbau von Konkurrenzfähigkeit europäischer Kulturgüter.

II. Relevante Aspekte der Filmwirtschaft im Überblick

1. Die Verwertungskette in der Filmwirtschaft

Die in der Filmwirtschaft tätigen Personen agieren auf mehreren Ebenen. Am Anfang steht der Regisseur des Drehbuches, Urheber gem. § 7 UrhG/Art. 6 UrG. Um seine Filmidee umzusetzen, wendet er sich an einen Produzenten, bzw. eine Produktionsgesellschaft welcher er das ausschliessliche Recht zur Verfilmung überträgt. Die Rechtsübertragung erfolgt in Verfilmungsverträgen, denen die Rechtsnatur eines urheberrechtlichen Lizenzvertrages eigener Art zukommt. Sie können schuldrechtliche Elemente des Rechtskaufs (§ 453 BGB) enthalten, sowie dienst- oder werkvertragliche Elemente (§§ 611, 631 BGB). Auf dinglicher Ebene finden die Regeln über die Forderungsabtretung Anwendung (§ 413 i.V.m. 398 ff. BGB)⁶. In der Schweiz werden häufig als Regieverträge die Musterverträge der Suissimage, einer Verwertungsgesellschaft für die Rechte an audiovisuellen Werken, verwendet⁷. Der Produzent übernimmt die Planung und Durchführung, sowie die Vermarktung des Films. Dann räumt er einem Verleiher eine Lizenz ein, den Film an Kinos zu verleihen, bevor der Kinobetreiber schliesslich den Zuschauern durch den Verkauf von Eintrittskarten eine Lizenz einräumt, den Film anzuschauen. Danach ist der Film auf DVD erhältlich, bevor er im TV zu sehen ist⁸.

2. Der Produzent und die Sicherstellung der Finanzierung seines Filmprojekts

Der Produzent ist in der Verwertungskette diejenige Person, an die der Regisseur sein ausschliessliches Recht zur Verfilmung abtritt. Die Ausschliesslichkeit des Urheberrechts beruht auf der in Deutschland bzw. der Schweiz geltenden Rechtstradition des Schöpferprinzips, vgl. § 7 UrhG/Art. 6 UrG⁹. Demnach schlägt sich im Werk die Individualität des Urhebers nieder. Die Achtung vor seiner schöpferischen Persönlichkeit hat zur Folge, dass ihm durch den Schöpfungsakt «ipso jure» ein ausschliessliches Recht am Werk entsteht, sofern nicht Schranken eingreifen¹⁰.

Somit erwirbt der Produzent eine ausschliessliche Rechtsposition. Aufgrund der Komplexität des Filmproduktionsvorgangs enthält das (deutsche) UrhG in §§ 88 ff. spezielle Vorschriften für die Filmwirtschaft. Insbesondere wird in §§ 89 («Rechte am Film») und 94 («Schutz des Filmherstellers») deutlich, dass dem Produzenten eine starke Rechtsposition zwecks der Realisierung des Filmprojekts zukommt, unabhängig davon, ob ein Dritter die Produktion (mit)finanziert.

Anders ist die Begründung der Rechtsstellung des Produzenten in den USA. Es gilt eine andere Urheberrechtstradition, das «Copyright». Dabei ist der ursprüngliche Kern das Recht, die Vervielfältigung von gegenständlichem Material zu verhindern¹¹. Berechtigter ist zwar grundsätzlich der «author», jedoch gilt eine Ausnahme für «works for hire» gem. § 101 Copyright-act: Das Recht entsteht bei im Rahmen von Arbeitsverhältnissen entstandenen Werken in derjenigen Person, die die wirtschaftliche

⁶ M. SCHWARZ in: H. v. Hartlieb/M. Schwarz (Hg.), Handbuch des Film, Fernseh- und Videorechts, 4. Aufl., 2004, 270, Rn. 3.

⁷ Vgl. <<http://www.suissimage.ch/d/3musterv.html>>.

⁸ E. KOCH, Eidgenössische Filmförderung, Zürich 1980, 55 ff.; R. UNTERNÄHRER, Kinofilmverwertung in der Schweiz, Zürich 2003, 40 ff.; SCHWARZ (Fn. 6), 263, Rn. 1 ff.

⁹ G. SCHULZE in: T. Dreier/G. Schulze (Hg.), UrhG, 3. Aufl. 2008, § 7, Rn. 1; G. HUG in: B. Müller/R. Oertli (Hg.), Urhebergesetz, URG 6 N 1; M. REHBINDER, Urheberrecht, 3. Aufl., Zürich 2006, URG 6 N 2.

¹⁰ M. REHBINDER, Urheberrecht, 15. Aufl., München 2008, Rn. 248; G. SCHRICKER/ U. LOEWENHEIM, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 7, Rn. 4.

¹¹ M. MÖLLER, ZUM 1990, 65, 66; S. M. STEWART, International Copyright and Neighbouring Rights, London 1983, 7 f.

Verantwortung trägt¹². Somit ist der Produzent sowohl in Europa, als auch in den USA eine zentrale Figur der Filmwirtschaft: Er hat die Rechte und somit in der Hand, was aus dem Film letztlich wird.

Eine Hauptaufgabe des Produzenten ist die Sicherstellung der Finanzierung des Filmprojekts. In der Filmwirtschaft muss in allen Produktionsphasen sowie zur Vermarktung Kapital investiert werden¹³. Dabei kommt dem Marketing eine bedeutende Rolle zu. Bei Produktionen der «Majors» machten 2007 die Kosten für Marketing rund 1/3 der Gesamt-Produktionskosten aus¹⁴. Auch in Europa zeigt das Beispiel der französischen Filmproduktion «LesCh'tis», bei der die öffentliche Hand das Marketing subventionierte und den Film mehr als 12 Mio. Kinozuschauer gesehen haben, dass Marketing ein entscheidender Faktor für den Erfolg eines Films ist¹⁵.

a) Öffentlich-rechtliche Förderung in Deutschland, der Schweiz und Europa

Die EU-Mitgliedstaaten investierten 2008 zur Förderung der europäischen Kultur in die Filmwirtschaft rund 1,5 Mrd. € in Form von Subventionen, zinsvergünstigten Darlehen und steuerlichen Anreizen¹⁶. Diese Förderung hatte insofern Erfolg, als 2008 knapp 30% der Kinofilme auf dem europäischen Kinofilmmarkt europäische Produktionen waren.

In Deutschland ist die grösste Institution für Filmförderung auf Bundesebene die Filmförderungsanstalt (FFA)¹⁷ auf Grundlage des Filmförderungsgesetzes (FFG). Gem. § 15 FFG kann sowohl erfolgsbezogene als auch selektive Filmförderung gewährt werden. Auch auf Länderebene gibt es als Konsequenz der «Kulturhoheit der Länder» gem. Art. 30 i.V.m. 70 GG diverse Filmförderungsanstalten.

In der Schweiz legitimiert Art. 71 BV eine Förderung der Filmproduktion und -kultur durch den Bund. Dabei meint «Produktion» den gesamten Entstehungsprozess bis zur Auswertung und Vermarktung¹⁸. Umgesetzt wird die nationale Filmförderung durch das Bundesamt für Kultur (BAK), das in der Filmförderungsverordnung (FiFV) die Voraussetzungen für eine Förderung festlegt. Letztere kann gem. Art. 4 und 5 FiFV sowohl selektiv, als auch erfolgsbezogen («Success Cinema») gewährt werden¹⁹.

Auf europäischer Ebene existiert das 1991 beschlossene MEDIA Programm der Europäischen Union²⁰. Es fördert erfolgsbezogen und selektiv die Produktion und Vermarktung in der europäischen Filmwirtschaft. Daneben gibt es seit 1988 den Filmförderungsfonds EURIMAGES auf der Basis des Europarat-Abkommens zur Förderung von Filmproduktionen, mit mindestens zwei beteiligten EU-Mitgliedsländern²¹. Im Januar 2009 wurde ausserdem das global angelegte MEDIA-MUNDUS-Programm mit dem Ziel eingerichtet, infolge wachsender Digitalisierung die kulturellen und wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der europäischen Filmwirtschaft und Drittländern zu stärken²².

Konsequenz der öffentlich-rechtlichen Förderung ist, dass viele einzelne Produzenten gefördert werden, denen dann die Rechte an den von ihnen produzierten Filmen zustehen.

¹² R. STRAßER, ZUM 1999, 928; B. MANEGOLD in: A. Wandtke/W. Bullinger (Hg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, Vor §§ 88 ff., Rn. 14.

¹³ Die Höhe ist unterschiedlich, jedoch zeigt z.B. der Film «Titanic», dass Produktionskosten von 200 Mio. \$ und 40 Mio. \$ für Marketing realistisch sein können, Nachweise bei K. SANDLER/ G. STUHLAR, Titanic, Anatomy of a blockbuster, New Jersey 1999, 1 ff.; Vgl. E. KOCH, Eidgenössische Filmförderung, Zürich 1980, 53 ff.

¹⁴ Ausgaben für Marketing pro Film: etwa 39,5 Mio. \$ (Gesamtkosten etwa 106 Mio. \$), vgl. <<http://www.mpa.org>>. (In der Statistik von 2008 wird das Verhältnis von Marketing- zu Gesamtkosten pro Film nicht mehr dargestellt, die Kosten für Marketing dürften aber kaum gefallen sein).

¹⁵ Ein weiteres Beispiel ist der Film «Blair Witch Project» aus dem Jahre 1999, als eine «Low-Budget-Produktion» (60.000 \$) durch effizientes Marketing zum Blockbuster (248 Mio. \$ Umsatz weltweit) wurde.

¹⁶ Vgl. Fn. 5 und Art. 151 Abs. 2 EGV, der die Unterstützung künstlerischen Schaffens im audiovisuellen Bereich durch die Mitgliedstaaten ausdrücklich vorsieht.

¹⁷ Ausgaben jährlich: 76 Mio. €, vgl. <<http://www.ffa.de>>.

¹⁸ G. BIAGGINI, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2007, BV 71 N 4; B. EHRENZELLER, Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, BV 71 N 6 ff.

¹⁹ Vgl. UNTERNÄHRER (Fn. 8), 198 ff.; Im Jahre 2007 betrug die Ausgaben des Bundes 20,3 Mio. CHF für selektive und 2,5 Mio. CHF für erfolgsbezogene Filmförderung.

²⁰ Seit 2006 «MEDIA 2007», welches zwischen 2001 und 2006 rund 400 Mio. € zur Verfügung gestellt hat. Zwischen 2007 und 2013 ist der Einsatz von rund 755 Mio. € geplant: vgl. Entscheidung Nr. 1718/2006/EC des Europäischen Parlaments und der Kommission vom 15. September 2006.

²¹ Seit seiner Gründung hat EURIMAGES 980 Filmproduktionen mit insgesamt etwa 280 Mio. € gefördert.

²² Zwischen 2011 und 2013 sollen 15 Mio. € zu diesem Zweck verwendet werden, vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 9. Januar 2009.

b) Finanzierung durch private Investoren: Geistiges Eigentum als Sicherheit

Neben der öffentlich-rechtlichen Förderung besteht die Möglichkeit der Finanzierung durch Bankkredite. Die Kreditvergabe erfolgt gegen die Einräumung von Sicherheiten, meist die Abtretung der Auswertungsrechte und -erlöse an der Filmproduktion. Dabei ist problematisch, dass nicht jeder Film, sondern nur etwa 15% so erfolgreich sind, dass sie ihr Investitionsvolumen einspielen. Diese 2% finanzieren jedoch die 85% der Produktionen, die ihr Investitionsvolumen nicht einspielen, mit («Modell der gekreuzten Subventionierung»)²³. Deshalb wird eine Bank bei einem Produzenten, der das Recht an nur einer Filmproduktion hat, dieses Risiko eher nicht eingehen, da im Vorfeld schwer voraussagbar ist, wie erfolgreich ein Film sein wird.

Es ist daher insbesondere in den USA verbreitet, in die Sicherheiten auch Rechte an anderen als der konkret produzierten Filmproduktion mit einzubeziehen, die sog. Geschäftspraxis des «securitizing intellectual property»²⁴. Dabei ist es notwendig, dass der Kreditnehmer die Rechte an vielen Produktionen, also ein Rechtebündel (sog. «IP-Pool») besitzt. So kann ein IP-Pool bei der Finanzierung von Filmprojekten einen Vorteil im Sinne einer «economy of scale» d.h. einen «zunehmenden Skaleneffekt» ermöglichen: Demnach wirkt sich die Konzentration von Produktionsfaktoren positiv auf die Produktionsmenge aus, wenn die Menge im Verhältnis zur eingesetzten Produktionsfaktorenzahl stärker zunimmt als die Anzahl der eingesetzten Faktoren²⁵. Übertragen auf die Filmwirtschaft bedeutet dies, dass sich ein IP-Pool als Vorteil bei der Investorenfindung positiv auf die Finanzierung und Vermarktung der Filmproduktion auswirkt. Damit sind Urheberrechte, die Teil eines IP-Pools sind, für die Eigentümer «wertvoller», da besser verwertbar und somit ein Marktvorteil gegenüber Produzenten, die Rechte nur fragmentiert, also einzeln vorliegend, besitzen²⁶. Die Finanzierung durch private Investoren ist somit eine gute Möglichkeit, hohe Summen in Filmprojekte zu investieren, wenn genügend Sicherheiten in Form von IP-Pools vorliegen. Problematisch ist jedoch, dass in Europa geistiges Eigentum nur selten gebündelt vorliegt.

III. Lösungsansätze

Wenn die Macht der «Majors» auf dem europäischen Kinofilmmarkt auf den Besitz geistigen Eigentums in gebündelter Form zurückzuführen ist, gibt es zwei Möglichkeiten, diese Situation zu ändern:

1. «Monopole» auflösen

Eine Möglichkeit wäre der Versuch, die «Monopole» aufzulösen. Ein geeignetes Instrument könnte das Wettbewerbsrecht sein. In den USA entschied 1948 der Supreme Court im sog. «Paramount-Urteil», eine Trennung von Produktion und Vorführung («Disintegration») sowie ein Verbot unlauterer Praktiken, jedoch hat dies aus heutiger Sicht keine grundlegenden Veränderungen mit sich gebracht²⁷.

In der Frage, ob Filmverleiher, die eine exklusive Vermietung von Spitzenfilmen an bestimmte Kinobetreiber praktizieren, gem. Art. 4 II KG eine marktbeherrschende Stellung innehaben, entschied die schweizerische Wettbewerbskommission (Weko) im Jahre 2000, dass der relevante Markt nur sog. «Mainstream-Produktionen», welche durch die Allgemeinheit ansprechende Inhalte gekennzeichnet seien, erfasse. Deswegen verneinte die Weko das Vorliegen von Marktmacht der Filmverleiher²⁸. Folglich kann festgehalten werden, dass das Wettbewerbsrecht derzeit kein geeignetes Mittel zur Förderung des Erfolges europäischer Produktionen ist.

²³ Vgl. für die USA: <<http://www.mpaa.org/USEntertainmentIndustryMarketStats.pdf>>.

²⁴ R. GHAFELE, Financing Technology on the Basis of Intellectual Property, 1 ff., abrufbar unter <<http://www.oecd.org/dataoecd/60/41/34616910.pdf>>; The Economist vom 17. Juni 2006, 77.

²⁵ U. BÄBELER/J. HEINRICH/B. UTRECHT, Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, 17. Aufl. 2002, 199; A. FRANTZKE, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 2004, 141.

²⁶ GHAFELE (Fn. 24), 1, bezeichnet die Ausschöpfung von Finanzierungsmöglichkeiten durch geistiges Eigentum als Sicherheit für private Investoren als «valuation» des geistigen Eigentums.

²⁷ United States von Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131, 68 S.Ct. 915, 92 L.Ed. 1260 (1948); Folge war, dass sich die Produktionsstudios durch Fusionen in Unterhaltungskonzerne umwandelten, vgl. UNTERNÄHRER (Fn. 8).

²⁸ Schlussbericht des Sekretariats der Weko vom 28. November 2000 in Sachen Vorabklärung gem. Art. 26 KG betreffend schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt, Reg. Nr. 32-0114 wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise gem. Art. 7 KG und wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gem. Art. 5 KG; Vgl. auch OLG München, Beschl. vom 7. Mai 1992, WuW/E OLG 4990-4994.

2. Konkurrenzfähigkeit aufbauen

Ein Ansatz könnte darin liegen, zu versuchen, auch in der europäischen Filmwirtschaft geistiges Eigentum zu bündeln, um langfristig ein «level-playing-field», d.h. einen effektiven Wettbewerb auf dem europäischen Kinofilmmarkt zu ermöglichen.

Die Frage ist jedoch: a) Bei wem, b) mit welcher Legitimation, c) wie und d) unter welchen Umständen sollte diese Bündelung erfolgen?

a) MediAttract als zentrale Stelle zur Bündelung von geistigem Eigentum

Denkbar erscheint die Einrichtung einer bzw. mehrerer zentraler, privatrechtlich organisierter Stellen auf nationaler Ebene, die das derzeit fragmentierte geistige Eigentum der einzelnen Produzenten bündeln und private Investoren zur Finanzierung eines effektiven Marketings finden. Eine mögliche Bezeichnung für eine solche Gesellschaft wäre MediAttract: Damit ist gemeint, dass europäische Produktionen an Attraktivität gewinnen: zum einen für private Investoren, zum anderen als konkurrenzfähige Produkte im Rahmen eines vielfältigen Filmangebotes für die Allgemeinheit.

b) Legitimation

Zunächst stellt sich die Frage nach der Legitimation. Das Eigentum ist verfassungsrechtlich geschützt, vgl. Art. 14 GG/Art. 26 BV. Es ist unwahrscheinlich, dass die Produzenten ihre Rechte freiwillig und ohne Gegenleistung an eine zentrale Stelle abtreten, denn es liegt wegen der hohen Kosten einer effizienten Vermarktung auf der Hand, dass das vom privaten Investor erlangte Geld nur für wenige Produktionen verwendet werden kann.

Eine Legitimation könnte die gängige öffentlich-rechtliche Förderung in Europa darstellen. Bei einem Marktanteil von «nur» 30% am europäischen Kinofilmmarkt und nur mässigem Publikumserfolg stellt sich die Frage, ob den Geldgebern der gewährten Subventionen und sonstigen Förderungen nicht ein Recht zustehen soll, eine effiziente Verwertung ihres Geldes sicherzustellen²⁹. Die Vergabe öffentlicher Mittel erfolgt zwar ohne marktmässige Gegenleistung, das heisst jedoch nicht ohne jeden Zusammenhang: Der Subventionszweck liegt im öffentlichen Interesse³⁰. Dieser Zweck legitimiert erst die Subvention und wird gem. § 1 FFG als die «Struktur der deutschen Filmwirtschaft [...] als Voraussetzung für ihren Erfolg im Inland und im Ausland»; gem. Art. 1 FiG als «ein vielfältiges Filmangebot und eine starke einheimische Filmwirtschaft» beschrieben. Aus diesem Gedanken folgt, dass die Subventionierung auch Verpflichtungen mit sich bringt, den Subventionszweck nicht zu gefährden, bzw. dem Subventionsgeber Rechte zur Erreichung dieses Zwecks verleiht: Dort, wo die öffentliche Hand Geldgeber ist, sollte sie auch sicherstellen können, dass das Geld der Allgemeinheit effizient verwertet wird. Dem steht scheinbar das Schöpferprinzip entgegen. Bedenkt man aber, dass bei Kinofilmproduktionen mit dem eigentlichen Schöpfungsakt des Urhebers bzw. Produzenten eine Vielzahl öffentlich-rechtlicher Investitionen einhergeht, die das finanzielle Risiko der Produzenten vermindern, ist fraglich, ob die geltenden Vorschriften ohne Modifikationen für audiovisuelle Kulturgüter noch angemessen sind³¹. Es erscheint adäquat, das Schöpferprinzip grundsätzlich beizubehalten, jedoch zugunsten der effizienten Verwertung von Urheberrechten in der Filmwirtschaft eine Modifikation für weitgehend subventionierte Filmproduktionen zu machen. An dieser Stelle soll betont werden, dass weder die Einschränkung von Urheberrechten zulasten der Regisseure, noch die Erweiterung der Rechte der Nutzer angestrebt wird: Ziel ist, dass zwischen dem derzeitigen Zustand, dass die «auf Staatskosten» erlangten Rechte uneingeschränkt bei den Produzenten liegen, und dem Zustand des ebenso abzulehnenden Staatseigentums ein für alle Beteiligten tragbarer Ausgleich geschaffen wird. Kinofilme bieten sich wegen des stetig steigenden Umsatzes und der Zugänglichkeit für die breite Bevölkerung für das vorgestellte Modell an. Dort wo der Staat Dokumentarfilme, Animationsfilme oder auch Werbefilme als Kulturgüter fördert, kann das Modell auch auf diese übertragen werden, da auch

²⁹ Eine ähnliche Problematik zeigt sich bei der staatlichen Unterstützung für Finanzunternehmen in der Wirtschaftskrise in Deutschland: Gem. § 10 FMStFG müssen die Unternehmen «die Gewähr für eine solide und umsichtige Geschäftspolitik» bieten. Dabei steigt mit zunehmender Intensität der Massnahmen die Intensität der Bedingungen, vgl. F. BECKER/S. MOCK, FMStG, Köln 2009, § 10, Rn. 6, 10; W. SPINDLER, DStR 2008, 2268, 2270.

³⁰ LKV 1992, 296 f.; H. MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2008, § 17 N 5.

³¹ G. SCHRICKER/P. KATZENBERGER, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 88 ff., Rn. 40.

sie vermarktet werden müssen, um erfolgreich zu sein. Dies würde langfristig den Weg für eine konkurrenzfähige europäische Filmwirtschaft frei machen.

c) Mittel aus dem geltenden Recht zur Umsetzung

Nachdem eine Legitimation generell möglich erscheint, stellt sich die Frage nach der Umsetzung. Wenn die öffentliche Hand Fördergelder für die Filmwirtschaft vergibt, geschieht dies oft in Form verlorener Zuschüsse. Als Verwaltungsakt/Verfügung ist das Rechtsverhältnis einstufig und somit stets öffentlich-rechtlich³². Ein/e Verwaltungsakt/Verfügung könnte mit einer Nebenbestimmung in Gestalt einer Auflage versehen werden, um den Subventionszweck sicherzustellen, indem der Produzent seine Rechte an der Filmproduktion zwecks effizienter Vermarktung an MediAttract überträgt. Dabei wird der Verwaltungsakt sofort rechtswirksam, die Auflage kann selbständig zwangsweise durchgesetzt werden³³. Wird die Subvention in Form eines Darlehens gewährt, nimmt die h.L. in Deutschland an, dass die Gewährung in zwei Stufen erfolgt (sog. «Zweistufentheorie»). Dabei erfolgt die Bewilligung öffentlich-rechtlich, die Abwicklung des Darlehensvertrages jedoch privatrechtlich³⁴. Im vorliegenden Fall ist problematisch, an welcher Stelle der Staat die Verpflichtung des Subventionsnehmers einbringen sollte, die Rechte an der Filmproduktion MediAttract zu übertragen. Es scheint vorteilhaft, das Subventionsdarlehen entweder komplett öffentlich-rechtlich oder als Verwaltungsvertrag zu qualifizieren³⁵. Das Schweizerische Subventionsgesetz (SuG) lässt in Art. 16 diese Frage offen, wobei je nach Sachlage zu entscheiden ist. Im Fall der Filmförderung spricht wegen des weiten Spielraumes der subventionsvergebenden Stellen die Intention des Gesetzgebers für das Subventionsdarlehen als privatrechtlichen Verwaltungsvertrag³⁶. Dann könnte die Pflicht vertraglich konstituiert werden. Festzuhalten ist, dass das vorgestellte Modell nicht das öffentlich-rechtliche Wesen der Filmförderung verändert, sondern nur die Subventionsvergabepraxis inhaltlich modifiziert. Deswegen kann die Verpflichtung der Rechtsübertragung an MediAttract als Auflage zum Verwaltungsakt bzw. verwaltungsvertraglich konstituiert werden. MediAttract ist als privatrechtliche Gesellschaft nicht Teil des Rechtsverhältnisses zwischen Subventionsgeber und -empfänger, sondern ein Dritter, welchem der Produzent die Rechte überträgt.

d) Die Verwertungsgesellschaften als organisationsstrukturelle Vorlage

Um eine staatliche Zensur zu vermeiden, muss die Einrichtung und Organisation von MediAttract strengen Anforderungen genügen. Bezüglich der Organisationsstruktur könnten die Verwertungsgesellschaften eine Inspirationsquelle sein: Es ist dem Urheber nicht möglich, alle Verwertungsvorgänge seines Werks selbst zu überwachen und zu verwalten³⁷. Deshalb ist gesetzlich vorgeschrieben, dass bestimmte Rechte durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden. Dabei treten die Gesellschaften als Treuhänder der Rechtsinhaber auf. Die Verwertung erfolgt dann durch Lizenzverträge mit den Nutzern. Selbst dürfen die Verwertungsgesellschaften keinen Gewinn erwirtschaften, sodass für die Urheber lediglich neben Verwaltungskosten eine Abgabe von etwa 3 bis 10% des Verwertungserlöses zum Zweck der Sozialvorsorge anfällt³⁸.

In Deutschland schreibt § 1 Abs. 1 des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes (WahrnG) die Einholung einer Erlaubnis der Aufsichtsbehörde (gem. § 18 WahrnG das deutsche Patent- und Markenamt) für die kollektive Wahrnehmung aller sich aus dem UrhG ergebenden Ansprüche vor. Gem. § 6

³² Vgl. BVerwG NJW 1969, 809, «Subventionsverhältnis»; VGH Mannheim NJW 1978, 2050 f., «Industriegrundstücke»; A.A. P. STELKENS in: P. Stelkens/H. Bonk/ M. Sachs (Hg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 35, Rn. 113.

³³ BVerwGE 24, 129 = NJW 1966, 1831, «Bodenverkehrsgenehmigung»; STELKENS (Fn. 32), § 36, Rn. 83; U. HAEFELEIN/ G. MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. 2006, § 14, Rn. 913.

³⁴ BVerwGE 13, 47, 50 = NJW 1962, 170, «Zinsherabsetzungsbescheid»; STELKENS (Fn. 32), § 35, Rn. 114; In der Schweiz wird der Begriff im Beschaffungswesen verwendet, bei Subventionen wird zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag unterschieden, vgl. BGE 134 II 301; A. ABEGG, BR 2008, 147, 150.

³⁵ MAURER (Fn. 30), § 17 N 26 f. zieht in komplexeren Angelegenheiten den Verwaltungsvertrag vor.

³⁶ BBl 1987 I 408: «Wo Subventionserlasse die Aufgabe präzise umschreiben und feste Beitragssätze enthalten, drängt sich eine einseitige Zusicherung mittels Verfügung auf. Wo dagegen die Beschreibung der Aufgabenerfüllung oder die Höhe der Leistung im Ermessen der Behörde liegt, ist meist der Vertrag angebracht (Art. 16 Abs. 2) [...]».

³⁷ Vgl. Botschaft zum UrG 1984, 193; B. MÜLLER/R. OERTLI, *Urhebergesetz 2006*, Vorbem. zu URG 40–60 N 2.

³⁸ O. ALTENDORFER, *Das Mediensystem der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 2006, 262; R. STEDEN in: W. Büscher/S. Dittmer/P. Schiwy (Hg.), *Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht*, Köln 2008, WahrnG Vor §§ 1 ff. N 9; REHBINDER (Fn. 9), N 209.

WahrnG sind die Verwertungsgesellschaften verpflichtet, die Ansprüche für die Rechtsinhaber zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen³⁹.

In der Schweiz werden die Verwertungsgesellschaften aufgrund der Art. 40 ff. UrG tätig. Da sie auf dem Markt eine dominante Stellung innehaben, welche auch Risiken birgt, unterstehen sie zwecks der Vorbeugung von Missbrauch gem. Art. 40 UrG der Bundesaufsicht. Aufsichtsbehörde ist gem. Art. 52 ff. UrG das Institut für geistiges Eigentum (IGE), welches die Genehmigung für eine Verwertungsgesellschaft erteilt⁴⁰. Gem. Art. 45 UrG müssen Verwertungsgesellschaften eine wirtschaftliche, nicht gewinnstrebende Verwaltung zum Zwecke der Ausschüttung der Einkünfte an die Rechtsinhaber führen, wobei sie den Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten haben⁴¹.

Eine zentrale MediAttract-Gesellschaft könnte folgende Prinzipien von den Verwertungsgesellschaften übernehmen: Das Leitbild der transparenten und nachvollziehbaren Tätigkeit im Interesse der Rechtsinhaber ohne eigenes Gewinnstreben, die privatrechtliche Rechtsform, die internationale Verflechtung mit ausländischen Gesellschaften und die Beschränkung staatlicher Tätigkeit auf die Kontrolle⁴². In der MediAttract-Gesellschaft könnten Vertreter verschiedener Interessengruppen der Filmwirtschaft agieren, z.B. Vertreter der Wirtschaft, Kunstszene, Medienfachleute und Pädagogen.

e) *Selektive oder automatische Förderung?*

Innerhalb MediAttract müsste entschieden werden, welches Filmprojekt in seiner Vermarktung mit dem vom privaten Investor erhaltenen Geld gefördert wird. Zwar wurde schon bei Subventionsvergabe die Entscheidung zur Filmförderung durch die öffentliche Hand getroffen, diese kann aber nicht die Entscheidung der Vermarktungsförderung durch MediAttract ersetzen, da MediAttract als privatrechtliche Gesellschaft nicht Teil des Rechtsverhältnisses zwischen Subventionsgeber und -nehmer ist. Eine staatliche Entscheidung über die Vermarktungsförderung würde die Gefahr einer Zensur bergen. Ausserdem lässt sich, bevor ein Film produziert ist, nur sehr unsicher voraussagen, wie erfolgreich er beim Publikum sein wird. Vorzugswürdig ist daher eine eigene Entscheidung durch MediAttract dergestalt, dass keine rein selektive Bewertung durch Einzelpersonen oder Gremien erfolgt, da diese das Risiko der Diskriminierung einzelner Produktionen birgt⁴³. Vielmehr sollte das Entscheidungsverfahren insofern «automatisiert» werden, als dass die Förderung erfolgt, wenn bestimmte Kriterien erfüllt sind wie z.B. Vorerfolge des Produzenten mit früheren Kinofilmen, Erfolg bei Filmfestivals, oder etwa ein «Pre-Screening», d.h. ein Aufführen des Films zwecks anschliessender Bewertung durch Test-Zuschauer. Die Existenz sog. «Sneak-Previews» (deutsch: «Überraschungspremieren») in deutschen Kinos zeigt, dass Zuschauer Interesse haben, Kinofilme zum vergünstigten Preis zu sehen, bevor letztere anlaufen. Dabei wollen die Kinobetreiber auch testen, welche Filme gut beim Publikum ankommen⁴⁴. Auch das Internet könnte dazu beitragen, das Interesse potenzieller Zuschauer an verschiedenen Inhalten zu ermitteln. Neue Möglichkeiten dafür bieten insbesondere soziale Netzwerke wie z.B. facebook, Studivz oder twitter⁴⁵. Ergänzend können auch die Wertungen der «Experten» innerhalb von MediAttract berücksichtigt werden. Natürlich ist jede Auswahl, die aufgrund von Interessen einzelner Gruppen erfolgt, letztlich selektiv, jedoch ist die Berücksichtigung möglichst vieler Ansichten ein demokratischer Vorgang, der der Selektion durch Einzelpersonen vorzuziehen ist.

f) *Konsequenzen für die Produzenten*

Wenn das geistige Eigentum von einer MediAttract-Gesellschaft gebündelt wird, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen für die Produzenten, die ihre Rechte übertragen haben. Soll die Vermarktung effizient erfolgen, können nur einzelne Filmproduktionen in ihrer Vermarktung gefördert werden. Würde man den übrigen Produzenten das Eigentum zurück übertragen, damit sie sich selbst um eine Vermarktung bemühen können, würde das vorgestellte Modell einer «scale economy» nicht mehr

³⁹ Vgl. ALTENDORFER (Fn. 38), 262; Liste der 12 in Deutschland zugelassen Verwertungsgesellschaften auf <<http://www.bpb.de>>.

⁴⁰ Bis jetzt hat das IGE fünf Bewilligungen erteilt: Suisa, Pro Litteris, Suissimage, Société Suisse des Auteurs und Suissperform.

⁴¹ Weitere Nachweise bei D. BARRELET/ W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, URG 41 N 3; REHBINDER (Fn. 9), N 205 ff.

⁴² Statuten auf <<http://www.suissimage.ch/>>; <<http://www.vffvg.de/index1.html>>.

⁴³ Vgl. C. GERMANN, EUI Working Paper MWP No. 2008/22, 2008, 6 f.

⁴⁴ Vgl. <<http://www.sneak.de/>>.

⁴⁵ Auch «virales Marketing» genannt, d.h., das gezielte Auslösen von Mund-zu-Mund-Propaganda in sozialen Netzwerken, vgl. K. DELTOW, Virales Marketing als wirtschaftliches Erfolgsrezept bei der Kinofilmvermarktung in Deutschland 2009, 4 ff.

funktionieren, da der gebildete IP-Pool wieder zerstört würde. Unter dem Gesichtspunkt, dass die zentrale Stelle nicht nach eigenem Gewinn strebt, ergibt sich die Möglichkeit, dass von denjenigen Filmen, die in ihrer Vermarktung gefördert wurden, der Gewinn (abzüglich einer Entlohnung für den Produzenten sowie Verwaltungskosten) in einen «Fonds» fließen würde, aus dem die Produzenten der nicht-geförderten Filme eine Aufwandsentschädigung erhielten, sodass ihnen ein nicht zu grosses Risiko dadurch aufgebürdet wird, dass sie ihre Rechte übertragen müssen. Damit würde innerhalb von MediAttract eine «Kreuzsubventionierung» stattfinden, sodass sehr erfolgreiche Filme solche, die keinen Erfolg haben, mitfinanzieren. Die Ausschüttung müsste sich dabei nach dem Betrag der Eigeninvestitionen der Produzenten bemessen. Natürlich steht es jedem Produzenten frei, keine staatlichen Mittel in Anspruch zu nehmen und so auch keine Verpflichtungen bezüglich der Rechtsübertragung an MediAttract einzugehen. Geht man mit dem vorgestellten Modell davon aus, dass geistiges Eigentum an erfolgreichen Filmen die Kreditaufnahme erleichtert, werden bereits erfolgreiche Produzenten wohl keine staatlichen Mittel benötigen, da sie sich selbst um eine effektive Vermarktung bemühen können. Andererseits kann eine Rechtsübertragung an MediAttract auch Vorteile haben, da auch der Vorerfolg ein Selektionskriterium ist (s.o.), und so möglicherweise eine Förderung der Vermarktung erfolgt. Das Modell muss natürlich erst über einen gewissen Zeitraum anlaufen, damit ein IP-Pool gebildet werden kann, der eine effiziente Vermarktungsförderung ermöglicht. Gegebenenfalls sind Übergangsregelungen bzw. staatliche Finanzierungshilfen zum Aufbau nötig.

IV. Fazit

Ein ausgeglichener, vielfältiger Filmmarkt ist sowohl für Produzenten, als auch das Publikum attraktiv. Damit europäische Produktionen auf diesem Markt konkurrenzfähig sein können, bedarf es neuer Strategien zur Finanzierung der Vermarktung, einem entscheidenden Faktor für den Erfolg eines Kinofilms. Staatliche Subventionen in die Filmwirtschaft können mit der obligatorischen Übertragung der entstandenen Urheberrechte an eine zentrale Gesellschaft verknüpft werden. Der so entstandene «IP-Pool» bei der Gesellschaft eröffnet Möglichkeiten der Finanzierung der Vermarktung durch private Investoren, da der «IP-Pool» als Sicherheit bei der Kreditaufnahme dienen kann. Vor diesem Hintergrund bedarf die starre Anwendung des Schöpferprinzips im Sektor subventionierter Kulturgüter der kritischen Hinterfragung zugunsten zeitgemässer, flexiblerer Modelle. Bestimmt durch den Subventionszweck einer starken nationalen bzw. regionalen Filmwirtschaft, dient das vorgestellte Modell einer privatrechtlichen Gesellschaft nach dem strukturellen Vorbild der Verwertungsgesellschaften dem Interessenausgleich zwischen Staat, Produzenten, Investoren und dem Publikum.

Zusammenfassung

Das Missverhältnis auf dem europäischen Kinofilmmarkt von etwa 70% Produktionen aus den USA (bzw. von den USA mitfinanziert) und nur 30% europäischen Filmproduktionen sowie der ausserdem nur mässige Erfolg letzterer belegen die zurzeit mangelnde kommerzielle Konkurrenzfähigkeit des europäischen Films. Dies ist mittelbar darauf zurückzuführen, dass in Europa geistiges Eigentum meist fragmentiert vorliegt, in den USA dagegen oft als Teil eines «IP-Pools», welcher bei der Investorensuche vorteilhaft ist. Ein Lösungsansatz für die Filmwirtschaft in Europa ist die Bündelung geistigen Eigentums («IP-Pooling») bei einer zentralen privaten Gesellschaft (MediAttract), die private Investoren zur Finanzierung der Vermarktung findet. Vor dem Hintergrund, dass europäische Produktionen oft staatlich subventioniert sind, ist die Legitimation einer solchen Stelle denkbar, jedoch nur als ein interessengerechter Mittelweg zwischen den Interessen der Produzenten und dem Subventionszweck, der Stärkung der Filmwirtschaft. Dieser Weg ist zwar schmal, aber bei entsprechend durchdachter Organisationsstruktur einer solchen zentralen Gesellschaft vorstellbar. Erforderlich wäre eine privatrechtliche Rechtsform, wobei die Strukturen der Verwertungsgesellschaften als Vorbild dienen könnten. Im Interesse der Produzenten ist im Innenverhältnis eine Kreuzsubventionierung, die eine Aufwandsentschädigung der Produzenten ermöglicht, wünschenswert, sowie eine Selektion nach demokratischen Kriterien erforderlich. Damit würden die Investitionen in die Vermarktung europäischer Kulturgüter steigen, welche so langfristig Konkurrenzfähigkeit aufbauen könnten, was wiederum eine Voraussetzung für einen effektiven Wettbewerb und kulturelle Vielfalt im audiovisuellen Bereich ist.

Résumé

Il existe actuellement une disproportion sur le marché cinématographique européen, qui est caractérisée par la présence d'environ 70% de productions américaines (ou financées par les USA) et d'environ 30% de productions européennes, dont le succès est relatif. Cette disproportion témoigne d'un manque de capacité concurrentielle des films européens. C'est partiellement dû au fait que la propriété intellectuelle est fragmentée en Europe, alors qu'elle est réunie aux USA dans un «IP-Pool» qui présente des avantages pour la recherche d'investisseurs. Pour la commercialisation cinématographique en Europe, une solution consisterait à centraliser la propriété intellectuelle en question («IP-Pooling») auprès d'une société privée (MediaAttract) qui serait chargée de rechercher des investisseurs privés pour financer la commercialisation des films. Tout en gardant à l'esprit que les productions européennes sont souvent subventionnées par l'Etat, la constitution d'une telle société pourrait être vue comme étant légitime, pour former un pont entre, d'une part, les intérêts des producteurs et, d'autre part, les objectifs poursuivis par les subventions étatiques, qui sont destinées à renforcer l'économie cinématographique. Ce pont est certes étroit, mais une telle société serait néanmoins envisageable, pour autant qu'elle puisse être dotée de structures organisationnelles adéquates. Une forme de droit privé devrait être adoptée, calquée sur les structures des sociétés de gestion. Dans l'intérêt des producteurs, il faudrait prévoir un subventionnement croisé, dans les rapports internes, pour leur permettre de couvrir leurs frais; il serait également souhaitable que la sélection s'opère de manière démocratique, pour inciter à investir dans la commercialisation de biens culturels européens et pour renforcer leurs capacités concurrentielles, ce qui constitue une condition pour rétablir une concurrence effective et la diversité culturelle dans le domaine de l'audiovisuel.

* Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Bonn (Deutschland). Der Beitrag ist ein Auszug aus einer im Rahmen des ERASMUS-Programms im WS 08/09 verfassten Masterarbeit im Immaterialgüterrecht unter Betreuung von Lb. Dr. CHRISTOPHE GERMANN an der Universität Freiburg (Schweiz).