

Stellungnahme

zum Entwurf für ein sechstes Gesetz zur Änderung des Filmfördergesetzes

11. Januar 2010

Seite 1

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 1.200 Unternehmen, davon 900 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software, IT-Services und Telekommunikationsdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für bessere ordnungspolitische Rahmenbedingungen, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine innovationsorientierte Wirtschaftspolitik ein.

Der Bundesbeauftragte für Kultur und Medien hat Mitte Dezember 2009 einen Entwurf für das Sechste Gesetz zur Änderung des Filmfördergesetzes vorgelegt. Mit der neuerlichen Überarbeitung des Filmfördergesetzes soll in erster Linie den Bedenken des Bundesverwaltungsgerichts Rechnung getragen werden, die in dessen Beschluss vom 25. Februar 2009 (BVerwG 6 C 47.07) erläutert wurden.

BITKOM erlaubt sich daher mit der vorliegenden Stellungnahme Anregungen zum Gesetzentwurf zu übermitteln. Angesichts des nur sehr kurzen Zeitraums für die Stellungnahme behalten wir uns spätere Ergänzungen vor.

Wir weisen darauf hin, dass die von uns vertretenen Programmvermarkter in Umsetzung der seit 1. Januar 2009 für sie erstmals geltenden Abgabepflicht mit FFA und BKM über ein entsprechendes Abkommen verhandelt haben, das abschlussreif ist und entsprechend der bereits seit dem Inkrafttreten des 5. Änderungsgesetzes geltenden gesetzlichen Verpflichtung auch Abgaben für das Jahr 2009 vorsieht. BITKOM geht insoweit von einem Vertrauensschutz aus.

Zusammenfassung

- Die beabsichtigte Rückwirkung des § 73 Abs. 7 FFG-E würde theoretisch aufgrund ihres uneingeschränkten Verweises auf den gesamten § 67 eine Auslegung dahingehend zulassen, dass IPTV-Anbietern und Kabelbetreibern entgegen der Annahme der Gesetzesbegründung massive Mehrbelastungen in Form einer echten rückwirkenden Zahlungspflicht für die Jahre 2004 – 2008 entstünden.
- Eine solche Rückwirkungsanordnung wäre jedenfalls in Bezug auf Programmvermarkter, die erstmals mit dem 5. Änderungsgesetz adressiert wurden, verfassungswidrig. Sie kann nicht mit den Ausführungen der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Februar 2009 begründet werden.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel.: +49.30.27576-0
Fax: +49.30.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner
Dr. Guido Brinkel
Bereichsleiter Medienpolitik
Tel. +49. 30. 27576-221
Fax. +49. 30. 27576-51-221
g.brinkel@bitkom.org

Präsident
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
August-Wilhelm Scheer

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

FFG-Novelle 2010

Seite 2

- BITKOM geht nach Rücksprache mit dem BKM davon aus, dass eine rückwirkende Verpflichtung der Programmvermarkter zum 1. Januar 2004 nicht beabsichtigt ist. Um dies im Gesetzestext klarzustellen, sollte § 73 Abs. 7 wie folgt angepasst werden:

§ 73 Abs. 7 FFG [neu]:

„Die §§ 67 und 67b gelten, mit Ausnahme des für seinen Regelungsbereich vorgehenden § 67 Abs. 3 S. 3, mit Wirkung vom Beginn des 1. Januar 2004. [...]“

- Der Abgabemaßstab des § 67 Abs. 3 FFG muss im Hinblick auf Programmvermarkter dahingehend präzisiert werden, dass die jeweiligen Grundanschlüsse nicht Gegenstand der Abgabepflicht sind. Eine Formulierung kann wie folgt lauten:

§ 67 Abs. 3 S. 4 FFG [neu]:

„Anknüpfungspunkt der Zahlungen der Programmvermarkter ist der mit dem deutschsprachigen Spielfilmangebot in Pay-Paketen über Kabel- oder IPTV-Programmvermarktungsplattformen erzielte Umsatz.“

- BITKOM warnt vor einer unreflektierten Übernahme der Definition des Plattformanbieters aus dem Rundfunkstaatsvertrag in Bezug auf die Definition des Programmvermarkters in § 67 Abs. 3 S. 3 FFG-E. Jedenfalls bedarf es – wie im Rundfunkrecht – einer Herausnahme von Plattformen in offenen Netzen.
- Nicht nachvollziehbar ist die Ungleichbehandlung zwischen Fernsehveranstaltern und Programmvermarktern bzw. Veranstaltern von Bezahlfernsehen in Bezug auf die Möglichkeit, die Abgabeleistung teilweise in Form von Medialeistungen zu erfüllen. Da auch in den Angeboten dieser Zahlergruppen Medialeistungen denkbar sind und zum Teil praktiziert werden, muss das Gesetz auch hier aus Gleichbehandlungsgründen die entsprechende Möglichkeit vorsehen, da kein sachlicher Grund für eine Bevorzugung der Fernsehveranstalter ersichtlich ist.

Stellungnahme

FFG-Novelle 2010

Seite 3

Inhalt	Seite
1 Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts als Ausgangspunkt.....	4
1.1 Angenommene Verfassungswidrigkeit allein aufgrund unterschiedlicher Bemessungsmechanismen	4
2 Zur vorgesehenen echten Rückwirkung	4
2.1 Mögliche Auswirkungen auf IPTV-Anbieter und Kabelbetreiber.....	4
2.2 Verfassungswidrigkeit der Rückwirkung.....	5
2.3 Fazit	6
3 Zu den einzelnen materiellen Regelungen des Gesetzentwurfs	6
3.1 Der Abgabemaßstab für Programmvermarkter	6
3.2 Begriffsdefinition des Programmvermarkters	8
3.3 Ungleichbehandlung bei der Befugnis zur Zahlung durch Medialeistungen.....	8

Stellungnahme

FFG-Novelle 2010

Seite 4

1 Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts als Ausgangspunkt

Anlass und Ausgangspunkt für die jetzt angestrebte Novellierung des Gesetzes ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Februar 2009. In diesem Vorlagebeschluss zum Bundesverfassungsgericht hatte das Bundesverwaltungsgericht die geltende Regelung des Filmförderungsgesetzes als verfassungswidrig im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG eingestuft.

1.1 Angenommene Verfassungswidrigkeit allein aufgrund unterschiedlicher Bemessungsmechanismen

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil eine Verfassungswidrigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen das Gebot der Abgabengleichheit bzw. Abgabengerechtigkeit angenommen, der auch und insbesondere für Sonderabgaben Gültigkeit hat.

Die Annahme eines Verstoßes gegen diese Grundsätze leitet das Bundesverwaltungsgericht ausschließlich aus der Tatsache ab, dass das FFG in seiner bislang geltenden Fassung einerseits gesetzliche Abgabebetstände enthält, andere Verpflichtete dagegen auf Basis individuell zu verhandelnder Abkommen heranziehen will.

Entscheidend hieran ist, dass die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts keine Aussage zum Kreis der Abgabepflichtigen selbst macht, sondern lediglich die unterschiedliche Heranziehung der vom Gesetz mit einer Abgabepflicht belegten Gruppen bemängelt.

2 Zur vorgesehenen echten Rückwirkung

Der Gesetzentwurf sieht in § 73 Abs. 7 S. 1 eine echte gesetzliche Rückwirkung der novellierten §§ 67, 67b FFG auf den 1. Januar 2004 vor. Diese wird formal nur insoweit eingeschränkt, als betroffene Anbieter, die schon zu diesem Zeitpunkt auf Basis eines Abkommens vertraglich festgelegte Beiträge geleistet haben, nicht über diese Beiträge hinaus zu Abgaben herangezogen werden sollen.

Die Entwurfsbegründung führt zu dieser umfassenden echten Rückwirkung aus, diese sei notwendig, um eine verfassungsrechtlich zweifelhaft gewordene Regelung durch eine verfassungskonforme Regelung zu ersetzen. Außerdem sei eine rückwirkend höhere Belastung durch die einschränkenden Regelungen der § 72 Abs. 7 S. 2 und 3 FFG-E ausgeschlossen.

2.1 Mögliche Auswirkungen auf IPTV-Anbieter und Kabelbetreiber

Der Wortlaut der Regelungen birgt aus Sicht des BITKOM jedoch die Gefahr einer Interpretation, dass durch die in § 73 Abs. 7 FFG-E angeordnete Rückwirkung auch für Programmvermarkter, also insbesondere IPTV-Anbieter und Kabelbetreiber, die für diese erst mit dem 5. Gesetz zur Änderung des Filmförderungsgesetzes geschaffene und zum 1. Januar 2009 erstmals wirksam gewordene Abgabepflicht nach § 67 Abs. 3 FFG vollständig auf das Jahr 2004 erstreckt werden könnte. Anders als die Gesetzesbegründung ausführt, entstünde für diese Zahlergruppe – eine solche Auslegung zugrunde

Stellungnahme

FFG-Novelle 2010

Seite 5

gelegt – daher eine massive Mehrbelastung, da für die betroffenen Unternehmen die Abgabepflicht für die Jahre 2004 bis 2008 erst durch die Rückwirkungsregelung überhaupt eingeführt würde.

Wie BITKOM aus Rücksprache mit dem zuständigen Referat bekannt ist, sieht das BKM die Rückwirkungsproblematik durch die Regelung des § 67 Abs. 3 S. 3 FFG-E, die die Abgabepflicht für Vermarkter erst ab dem 1. Januar 2009 festlegt, insofern als gelöst an, als diese Regelung der allgemeinen Rückwirkungsanordnung nach § 73 Abs. 7 FFG-E vorgehe. BITKOM teilt die Ansicht, dass § 67 Abs. 3 S. 3 dem § 73 Abs. 7 als *lex specialis* vorgeht und hat seine betroffenen Mitgliedsunternehmen von dieser Auffassung des BKM informiert.

Diese Auslegung ist allerdings gesetzessystematisch nicht zwingend, da sich die Rückwirkungsfiktion des § 73 Abs. 7 FFG-E explizit auf den gesamten § 67 des Entwurfs erstreckt und damit – beabsichtigt oder nicht – auch § 67 Abs. 3 S. 3 FFG-E rückwirkend zur Anwendung bringen könnte. Betrachtet man letzteren nicht als *lex specialis*, läge ein unaufgelöster Normwiderspruch (Perplexität) vor, der letztlich zur Nichtigkeit der Norm(en) führen könnte. Daher regen wir klarstellend eine Modifikation in § 73 Abs. 7 FFG-E an. Dieser sollte explizit § 67 Abs. 3 S. 3 FFG ausklammern. BITKOM schlägt folgende angepasste Formulierung für § 73 Abs. 7 FFG vor:

„Die §§ 67 und 67b gelten, mit Ausnahme des für seinen Regelungsbereich vorgehenden § 67 Abs. 3 S. 3, mit Wirkung vom Beginn des 1. Januar 2004. [...]“

Nur vorsorglich weisen wir darauf hin, dass die rückwirkende Einbeziehung der Programmvermarkter auch nicht etwa durch die einschränkenden Regelungen des § 73 Abs. 7 S. 2 und 3 FFG-E ausgeglichen würde, da mangels einer gesetzlichen Abgabepflicht durch die entsprechenden Anbieter für die Jahre 2004 bis 2008 selbstverständlich auch keine entsprechenden Abkommen abgeschlossen wurden, die nunmehr Schutzwirkung entfalten könnten.

2.2 Verfassungswidrigkeit der Rückwirkung

Ebenfalls nur vorsorglich vor dem Hintergrund der theoretisch denkbaren Auslegung einer Erfassung der Programmvermarkter von der Rückwirkung des § 73 Abs. 7 FFG-E erlauben wir uns den Hinweis, dass eine solche Erstreckung den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht standhalten würde:

Die Gesetzesbegründung geht zu Recht davon aus, dass es sich bei § 73 Abs. 7 FFG-E um eine echte Rückwirkung im Sinne einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen handelt. Dies ist bezogen auf § 73 Abs. 7 FFG-E der Fall, weil der zeitliche Anwendungsbereich der gesamten §§ 67 und 67b FFG in ihrer novellierten Fassung auf die Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Sechsten Änderungsgesetzes zurückdatiert wird.

Stellungnahme

FFG-Novelle 2010

Seite 6

Eine solche echte Rückwirkung von Gesetzen ist grundsätzlich verboten und nur im absoluten Ausnahmefall unter strengsten Voraussetzungen zulässig, die hier mit Blick auf Programmvermarkter nicht vorliegen:

Danach müssten zwingende Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die dem Gebot der Rechtssicherheit übergeordnet sind. Das *kann* der Fall sein, wenn die durch die Rückwirkung Betroffenen in dem Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, mit einer entsprechenden Regelung rechnen mussten, ferner wenn die Rechtslage unklar oder verworren war und rückwirkend geklärt wird, ein nichtiges Gesetz durch eine rechtsgültige Norm ersetzt wird oder ein Fall der sogenannten Bagatellrückwirkung vorliegt.¹

Die Begründung des Gesetzes meint, allein aufgrund der – vermeintlichen – Zuordnung des Sachverhalts zur Fallgruppe der Ersetzung eines nichtigen Gesetzes durch ein rechtsgültiges und ohne weitere Begründung die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von § 73 Abs. 7 FFG-E herleiten zu können (vgl. S. 15 des Entwurfs).

Dies ginge in Bezug auf Programmvermarkter fehl, weil sie bisher vor dem 1. Januar 2009 durch das FFG überhaupt nicht herangezogen wurden. Gemessen an den oben dargelegten Anforderungen würde es außerdem bezogen auf eine etwaige rückwirkende Verpflichtung der Programmvermarkter an notwendigen zwingenden Gründen des Gemeinwohls fehlen. Dies schon deswegen, da es sich beim FFG um eine Sonderabgabe handelt, die gerade nicht dem Gemeinwohl, sondern einer spezifischen Gruppe, nämlich der deutschen Filmwirtschaft, zugutekommt. Zum anderen hat die FFA aus den im Zeitraum seit 2004 eingenommenen Mitteln regulär in dem ihr zur Verfügung stehenden Umfang Projekte unterstützt und es wäre nicht nachvollziehbar, aus welchen übergeordneten Gemeinwohlinteressen nunmehr rückwirkende Zahlungen benötigt würden.

Schließlich mussten Programmvermarkter nicht mit einer Einbeziehung rechnen, sondern konnten auf die in jeder Hinsicht eindeutige Gesetzeslage seit der Novellierung 2004 vertrauen.

2.3 Fazit

BITKOM und die betroffenen Mitgliedsunternehmen teilen die Auffassung des BKM, dass § 67 Abs. 3 S. 3 FFG-E als *lex specialis* eine Sperrwirkung gegenüber der Rückwirkungsanordnung von § 73 Abs. 7 FFG-E entfaltet. Eine theoretisch mögliche Auslegung der Gesetzesnovelle dahingehend, dass eine rückwirkende Inanspruchnahme der Programmvermarkter zum 1. Januar 2004 erfolgt, wäre verfassungswidrig. Da für diese Anbietergruppe eine solche Rückwirkung nicht beabsichtigt ist, sollte dies durch die vorgeschlagene Änderung des § 73 Abs. 7 FFG-E explizit klargestellt werden.

3 Zu den einzelnen materiellen Regelungen des Gesetzentwurfs

3.1 Der Abgabemaßstab für Programmvermarkter

§ 67 Abs. 3 S. 1 FFG-E gilt über den Verweis in § 67 Abs. 3 S. 3 FFG-E auch für Programmvermarkter und ersetzt damit die für diese seit 1. Januar 2009

¹ Vgl. die Zusammenstellung bei Brüning, NJW 1998, S. 1527 f.

Stellungnahme

FFG-Novelle 2010

Seite 7

geltende Regelung des § 67 Abs. 3 FFG. BITKOM betont, dass die Programmvermarkter bereits im Rahmen der Verhandlungen über ein entsprechendes Abkommen² ihre Unterstützungsbereitschaft deutlich signalisiert haben und sich im Rahmen dieser Verhandlungen mit FFA und BKM auf einen angemessenen Abgabemaßstab geeinigt haben.

Danach besteht Einvernehmen, dass der beitragsauslösende Anknüpfungspunkt der Zahlungen der mit dem Angebot in Deutschland veranstalteter und über Kabel- oder IPTV-Programmvermarktungsplattformen verbreiteter Fernsehprogramme mit Spielfilmanteil in Pay-Paketen erzielte Umsatz ist. Die Höhe der Beitragsleistungen soll sich dabei am Anteil der Kinofilme innerhalb der relevanten Pay-Pakete orientieren.

Dieser Maßstab wird mit der vorliegenden Regelung zwar aufgegriffen, bedarf aber noch der Präzisierung, weil die in § 67 Abs. 3 S. 1 FFG-E gewählte Formulierung auf Anbieter von Bezahlfernsehen zugeschnitten und die Situation der Programmvermarkter hierauf nicht 1:1 übertragbar ist:

Wir halten insbesondere den Begriff des Abonnement-Vertrages, wie er in Abs. 3 S. 1 FFG-E verwendet wird, im Kontext der Heranziehung von Programmvermarktern für erläuterungsbedürftig, da auch deren Verträge mit Endkunden über den Grundanschluss³ im Kabel- bzw. IPTV-Bereich theoretisch als „Abonnement-Vertrag“ im Sinne eines Vertrages mit monatlich wiederkehrender Leistungspflicht und festgelegter Vertragslaufzeit interpretiert werden könnte. Die Grundanschlüsse wie auch Telekommunikationsdienstleistungen oder sonstige medienbezogene Dienstleistungen, wie z.B. die technische Bereitstellung, Anteile zur Deckung der Infrastrukturkosten oder für die Bereitstellung von Hardware, dürfen jedoch nicht Gegenstand der Abgabepflicht sein. Dies muss im verfügbaren Teil klargestellt werden.

In § 67 Abs. 3 S. 1 letzter Halbsatz FFG-E ist dies nur dann ausreichend umgesetzt, wenn klar ist, dass zu den ausgenommenen Umsätzen, die auf die Erbringung technischer Leistungen entfallen, auch die Grundanschlüsse gemeint sind. In der Praxis ist im Rahmen der Grundanschluss-Pakete von Programmvermarktern eine Trennung zwischen Umsätzen für technische Dienstleistungen und anderen Serviceleistungen nämlich nicht immer oder durchgehend möglich. Deshalb bestand schon in den Vertragsverhandlungen zwischen BITKOM/ANGA und FFA/BKM Einigkeit, dass der Grundanschluss nicht Anknüpfungspunkt einer Zahlungspflicht sein kann. Andernfalls würden hier Branchen und Dienstleistungen einbezogen, die keinerlei oder allenfalls mittelbaren Bezug zur Vermarktung von Filmen haben. Hierbei ist zu beachten, dass Kundenverträge heutzutage regelmäßig Triple-Play oder gar Quadrupel-Play-Pakete beinhalten, die einer Gesamtkalkulation unterliegen, in der der „Fernsehanschluss“ nur einen Teil der Leistung macht.

BITKOM und seine betroffenen Mitgliedsunternehmen interpretieren § 67 Abs. 3 S. 1. letzter HS in der vorstehenden Weise, schlagen aber zusätzlich folgende klarstellende Formulierung vor:

² Diese wurden von BITKOM und ANGA gemeinsam für die betroffenen Unternehmen des IPTV- und Kabelsektors geführt.

³ Für die es im Bereich des reinen Bezahlfernsehens kein Pendant gibt.

Stellungnahme

FFG-Novelle 2010

Seite 8

§ 67 Abs. 3 S.4 FFG [neu]:

Anknüpfungspunkt der Zahlungen der Programmvermarkter ist der mit dem deutschsprachigen Spielfilmangebot in Pay-Paketen über Kabel- oder IPTV-Programmvermarktungsplattformen erzielte Umsatz

3.2 Begriffsdefinition des Programmvermarkters

Die Definition des Programmvermarkters in § 67 Abs. 3 S. 3 FFG-E orientiert sich an der Definition des Plattformanbieters nach dem Rundfunkstaatsvertrag. Dies ist im Sinne der Rechtseinheitlichkeit grundsätzlich zu begrüßen, bringt aber aufgrund der sehr weiten und im damaligen Gesetzgebungsprozess umstrittenen Definition des Plattformanbieters nach dem RfStV auch Probleme mit sich, insbesondere, weil das FFG die im Rundfunkstaatsvertrag vorgesehenen Ausnahmetatbestände nicht ebenfalls integriert. BITKOM weist darauf hin, dass der mit dem 10. RfÄStV eingeführte weite Plattformbegriff bereits im Rundfunkrecht zu erheblichen Auslegungsfragen geführt hat, die gerade der Grund für die mit dem 12. RfÄStV festgelegten Ausnahmetatbestände waren. Das FFG sollte vermeiden, die entsprechenden Rechtsunsicherheiten durch unreflektierte Übernahme der Plattformdefinition in das Filmförderrecht zu transferieren. Der BITKOM geht daher davon aus, dass die auch im Rundfunkstaatsvertrag ausgeklammerten Modalitäten nicht zum Anknüpfungspunkt einer Abgabepflicht werden.

3.3 Ungleichbehandlung bei der Befugnis zur Zahlung durch Medialeistungen

§ 67 Abs. 5 S. 4 FFG-E sieht vor, dass Fernsehveranstalter bis zu 50% ihrer Abgabenlast in Form von Medialeistungen erbringen können. Diese Regelung entspricht der schon bisher in den entsprechenden Abkommen vorgesehenen Option, der Abgabepflicht teilweise durch Medialeistungen nachzukommen. Die Praxis der vergangenen Jahre hat dabei gezeigt, dass entsprechende Medialeistungen für deutsche Produktionen eine erhebliche Bedeutung hatten, da sie den Bekanntheitsgrad und damit auch den kommerziellen Erfolg deutscher Filme nachhaltig steigern konnten. BITKOM begrüßt daher, dass die intendierte Neuregelung, die Möglichkeit einer Abgabebefreiung in Form von Medialeistungen ausdrücklich vorsieht.

Es ist für uns allerdings nicht nachvollziehbar, weshalb diese Option allein für Fernsehveranstalter vorgesehen werden soll. Medialeistungen sind auch im Rahmen der Angebote von Veranstaltern von Bezahlfernsehen und Vermarktungsplattformanbietern möglich und teilweise Praxis, beispielsweise in Form konkreter Vermarktungskampagnen auf den jeweiligen Vermarktungsplattformen, durch redaktionelle Hinweise oder Empfehlungen. Denkbar wäre auch, je nach Geschäftsmodell des Plattformbetreibers, eine unentgeltliche Einspeisung von durch die FFA geförderten Kinofilmen im Einzelfall. Um Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen Zahlergruppen zu vermeiden, muss daher die Möglichkeit zur Erfüllung der Abgabepflicht durch Medialeistungen auch für Anbieter von Bezahlfernsehen sowie für Programmvermarkter nach § 67 Abs. 3 FFG-E in gleichem Umfang offenstehen.