

WERBEFILMPRODUZENTEN c/o TWF TREUHANDGES. WERBEFILM MBH
THOMAS-WIMMER-RING 9 80539 MÜNCHEN

RUNDSCHREIBEN

München, 01.07.20

COVID19-Klausel

Hier: Vertragsbedingungen antoni/Daimler

Liebe Mitglieder,

ich möchte aus aktuellem Anlass auf die Haltung des Verbandes zu fairen COVID19-Klauseln eingehen, da seitens des potentiellen Auftraggebers Daimler eine Regelung diskutiert wird, die insbesondere bei größeren und komplexen Produktionen **unzumutbar** ist und die von unseren Mitgliedern weder im Fall Daimler noch in anderen Fällen akzeptiert werden sollte.

Um was geht es?

Es liegt folgender Regelungsvorschlag zum Covid-19-Risiko vor:

Entscheidet sich der Kunde die Produktion für das Projekt zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufzunehmen, hat der Film-Produzent gegenüber jeweils dem Kunden und der Agentur antoni einen Anspruch auf Erstattung der dadurch verursachten nachgewiesenen projektbezogenen Mehrkosten in Höhe von jeweils 33,3% dieser nachgewiesenen Mehrkosten (in Summe 66,6% der Mehrkosten). Dieser Erstattungsanspruch besteht jedoch nur, wenn die dadurch

verursachten projektbezogenen Mehrkosten gegenüber dem Kunden und der Agentur antoni nachgewiesen worden sind (z.B. durch Vorlage von Rechnungen usw.). Mit dieser Regelung werden die Mehrkosten zu gleichen Teilen auf Kunde, Agentur, und Film-Produzenten verteilt.

Der Produzent trägt bei dieser Regelung 1/3 der Mehrkosten. Der mir vorliegende Regelungskomplex lässt zudem die Frage offen, ob der Produzent in diesem Fall seinen Deckungsbeitrag/MU bezogen auf die kalkulierten Kosten und/oder die Mehrkosten erhält. Selbst wenn dies so wäre, können sich im Fall einer notwendigen Wiederholung von Dreharbeiten Mehrkosten ergeben, die die übliche Marge bei weitem übersteigt. So wie die Klausel allerdings derzeit formuliert ist, entfällt aber auch das MU, so dass der Produzent den fertigen Film zu liefern hat, kein MU erhält und sich an Mehrkosten mit einem Drittel zu beteiligen hat.

Hinzu kommt, dass der eigentliche Auftraggeber Daimler wiederum selbst nur 33 % der Mehrkosten abdecken will, so dass hinsichtlich der von der Agentur antoni zu tragenden 33 % ein erhebliches **Bonitätsrisiko** bestehen wird. Fällt die Agentur aus, zahlt der Produzent 66 % der Mehrkosten. Ein Zahlungsausfall ist zumindest bei hohen Budgets wahrscheinlich. Vor diesem Hintergrund ist nicht verständlich, dass die Agentur ohne Deckung unkalkulierbare Risiken selbst eingehen will.

Grundsätzlich zur rechtlichen Einordnung der üblichen Regelungen zur höheren Gewalt/Force Majeure:

Der Vorschlag von Daimler ist **unzumutbar**. Um diese Einschätzung zu begründen, bedarf es eines kurzen Eingehens auf die Grundsätze der vertraglichen Risikoverteilung im Werkvertragsrecht. Die Erläuterung erscheint notwendig, weil teilweise das Argument zu hören ist, die Übernahme unversicherbarer Risiken entspreche dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertragsrechts. Das ist bestimmt nicht der Fall.

Grundsätzlich ist es zwar richtig, dass der Werkunternehmer/Produzent nach dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertragsrechts **alle Risiken** trägt und damit auch solche, die er nicht beherrscht (z.B. Krankheit). Dieser Ansatz beruht aber auf der Annahme, dass der Unternehmer alle relevanten Betriebsrisiken versichern kann. Zudem kommt es auf die konkreten Umstände an, weil die Lastenverteilung rechtlich disponibel ist. Bei niedrigvolumigen Werkverträgen über reine Arbeitsleistungen (Handwerkerverträge) sind Leistungswiederholungen nicht kapitalintensiv und damit die Risikoübernahme nicht besonders riskant (vgl. Nachbesserungsarbeiten). Bei hochverdichteten kapitalintensiven Werkleistungen mit immensen Drittkostenanteil gilt etwas anderes, weil eine Leistungswiederholung betriebswirtschaftlich nicht aus der

Gewinnrücklage des Generalunternehmers abgesichert werden kann, sondern ausschließlich über eine Versicherung, die in der Lage ist, Risiken einer Vielzahl von vergleichbaren Filmvorhaben zu bewerten, zu poolen und daraus wirtschaftlich angemessene Prämien abzuleiten. Das ist das Wesen des Versicherungsgeschäfts. Gelingt das nicht, ist das Risiko "unversicherbar" oder die Versicherung wäre zu teuer. Dann ist bei kapitalintensiven Werkleistungen der übliche Grundsatz der, dass nur der Auftraggeber das Risiko übernehmen kann, wie z.B. beim **Schlechtwetterrisiko**.

Die eher klassischen oder in der westlichen Welt "exotischen" unversicherbaren Risiken der Kategorie "höhere Gewalt" oder "Force Majeure" (Erdbeben, Kriegsausbruch, Atomunfall), die selbst die Versicherungen nach dem Prinzip "too big to handle" grundsätzlich ausschließen, sind in der Regel gering oder bereits durch Planung vermeidbar. Am Drehort Berlin ist die Erdbebengefahr gering und man dreht derzeit besser nicht in Libyen. Soweit Filmproduzenten in der Vergangenheit derartige Risiken teilweise wohl **unbewusst** und nach den Erfahrungen des Verbandes auch durchwegs folgenlos übernommen haben, ist dies dadurch begründet, dass deren Eintritt nahezu ausgeschlossen war und Risiken objektiv weder bestanden noch sich je verwirklicht haben. Zudem ist zu bedenken, dass die Überlassung solcher "unversicherbarer Risiken" in der Praxis eher auf die Verteilung der **Insolvenzgefahr** hinausläuft. Ein Auftraggeber, der einem kleinen Kreativbetrieb ein kapitalintensives Risiko zuweisen will, das selbst die Allianz oder die Münchner Rück nicht in ihre Bilanz nehmen würden, erhält ja am Ende keinen fertigen Film, weil der Produzent ja noch weniger als ein Versicherungsunternehmen einen Risikopool bilden kann. Aus welcher Marge sollen eine Werbeagentur oder eine Werbefilmproduktion die Kapitalrücklagen aufbauen, die notwendig wären, um das Risiko des womöglich totalen Kapitalverlustes (Ausfallkosten) wirksam abzusichern? Das Gefühl der Absicherung ist deshalb eine "Scheinsicherheit", weil eine Versicherung, "die nicht zahlen kann", eben keine gute Versicherung ist.

Das Covid-19 Risiko ist im Sinne des Rechtsbegriffs aktuell kein klassischer Fall der Force Majeure mehr, weil es aktuell leider kein **unwahrscheinliches Risiko** mehr darstellt, sondern bis zum Erfolg eines Impfstoffes ein potentielles Risiko sein wird wie z.B. "Regenwetter am Alpenrand" (Schlechtwetter).

Warum sollte Daimler das Risiko übernehmen, wenn es die Allianz nicht übernimmt?

Zunächst ist das Prinzip "too big to handle" **relativ**. Die Top 10 deutschen Werbefilmproduzenten setzen im Jahr ca. 250 Mio. Euro gemeinsam um. Daimler setzte 2019 172 Milliarden um. Die Versicherungsgesellschaften schließen die Force Majeure nicht deshalb aus, weil das **Einzelrisiko** hoch ist, sondern weil z.B. ein Erdbeben zu einer Summierung tausender einzelner

Risiken führt, die in der Gesamtheit nicht mehr rückversichert werden können. Selbst wenn dagegen alle Filme von Daimler im Jahr 2020 zwei Mal gedreht werden müssen, ist das Gesamtrisiko mit Blick auf die Bilanzsumme und der Gefährdung notwendiger Werbemöglichkeiten verhältnismäßig gering.

Natürlich sind auch Mehrkosten für einen Werbefilm im hohen sechsstelligen Bereich keine Kleinigkeit. Das weitaus höhere Risiko für Daimler besteht aber darin, keine Autos zu verkaufen und die S-Klasse lässt sich in einem kompetitiven Umfeld wohl nicht nur über Mundpropaganda bewerben. Daimler muss deshalb im Fall eines potentiellen unversicherbaren Risikos zwischen der Risikovermeidung durch das Einstellung von Werbemaßnahmen und dem Verlust von Marktanteilen abwägen.

Der Verband ermutigt alle Mitglieder keine spezifischen Auftragnehmerrisiken zu übernehmen und zukünftig die Haftung für nicht verschuldete Leistungsbehinderungen auf die versicherbaren Risiken einzugrenzen. Es ist nach unserer Überzeugung Aufgabe der Werbefilmproduzenten, die Kunden zu beraten, wie durch technische und planerische Vorgaben das Covid-19 Risiko eingegrenzt werden kann. Werbefilmproduzenten sind aber nicht das "Versicherungsunternehmen" das einspringt, wenn es für die Allianz-Versicherung zu riskant wird.

Mit besten Grüßen



Dr. Martin Feyock
Justitiar