

# **BVGer B-5798/2017 vom 24. Oktober 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-10-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5798\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5798_2017)

FR: TAF B-5798/2017 du 24 octobre 2018

IT: TAF B-5798/2017 del 24 ottobre 2018

## **Regeste**

Sprache Kunst und Kultur (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 8. September 2017. Es handelt sich um eine Verfügung im Sinn von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR. 172.021), welche der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegt (Art. 31 und Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 26 Abs. 1 des Kulturförderungsgesetzes vom 11. Dezember 2009 [KFG, SR 442.1]). Damit ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig.

### **E. 1.2**

Die Hochschule X. \_\_\_\_\_ ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Zürich mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 3 Abs. 1 f. des Zürcher Fachhochschulgesetzes vom 2. April 2007 [FaHG, LS 414.10]), und das zugehörige Museum Y. \_\_\_\_\_ hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Die Beschwerdeführerin ist weiter durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. b f. VwVG). Sie ist damit zur Beschwerdeführung legitimiert.

### **E. 1.3**

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63. Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

### **E. 1.4**

Die Beschwerde erweist sich demzufolge in formeller Hinsicht als zulässig, weshalb auf sie einzutreten ist.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt mitunter eine Verletzung des ihrer Ansicht nach analog anwendbaren submissionsrechtlichen Transparenzprinzips (s. E. 3 hiernach) sowie Ermessensfehler infolge Verletzungen des Gleichheitsgebots (s. E. 4.2 hiernach), von Gesetzes- und Ordnungsbestimmungen (s. E. 4.3 hiernach) sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Fairnessgebots (s. E. 4.4 hiernach). Sie macht geltend, die Grundsätze des Vergaberechts würden Auskunft darüber geben, wie die Gleichbehandlung der Anbieter und Anbieterinnen erreicht, das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 der

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewahrt und die Fairness des Verfahrens nach Art. 29 Abs. 1 BV eingehalten werden könnten. Dazu gehöre namentlich, dass die Bewertung und die Gewichtung der einzelnen Kriterien mindestens vor Offertöffnung festgelegt würden, der Bewertungsmaßstab so formuliert würde, dass die Bewertung der einzelnen Offerten rechtsgleich erfolgen könne und bei der Anwendung der Kriterien stets derselbe Maßstab angelegt würde.

## **E. 2.2**

Die beantragten Finanzhilfen stellen Massnahmen zur Bewahrung des kulturellen Erbes nach Art. 10 KFG dar. Die Legaldefinition der Finanzhilfe findet sich in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990 (SuG, SR 616.1). Danach sind Finanzhilfen geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten (vgl. Urteile des BVGer B-2184/2017, B-2387/2017, B-2476/2017, B-2603/2017 vom 7. Februar 2018 E. 4.1 f., B-6043/2012 vom 26. März 2015 E. 4.1 und B-4572/2012 vom 17. März 2015 E. 3. 1 f., je mit Hinweisen). Der Empfänger erhält demnach eine Leistung, ohne direkt dem Subventionsgeber eine marktübliche Gegenleistung zu erbringen. Leistungen, die der Staat im Rahmen von Austauschverhältnissen erbringt, sind e contrario keine Finanzhilfen (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 15. Dezember 1986 [nachfolgend: Botschaft SuG], BBl 1987 I 382), zumal solchen der synallagmatische Charakter fehlt (REKO EFD, Entscheid vom 29. Februar 2000, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.60 E. 1b). Derartige Leistungen werden grundsätzlich vielmehr als Beschaffungsgeschäfte vom objektiven Geltungsbereich des Vergaberechts erfasst (vgl. Livio Bundi, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, 2016, S. 7 f.; Hans Rudolf Trüeb, Beschaffungsrecht, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, S. 1034 ff.; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 74 ff., je mit Hinweisen). Nach dem Gesagten sind die Grundsätze des Vergaberechts - namentlich die speziellen Ausprägungen des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots im Sinn von Art. 1 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) - nicht unbesehen auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. Dies ergibt sich entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung ebenso wenig aus BGE 143 II 589 (recte wohl: 143 II 598) E. 4.3, welcher die Bedeutung von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) für Sondernutzungskonzessionen zum Gegenstand hat. Vielmehr sind die erhobenen Rügen anhand der subventionsrechtlichen Vorgaben im Allgemeinen und der Kulturförderung im Besonderen sowie im Lichte der einschlägigen und von der Beschwerdeführerin gerügten Verfassungsbestimmungen zu beurteilen.

## **E. 2.3.1**

Auf die ersuchten Finanzhilfen besteht kein Anspruch (sog. Ermessenssubventionen, Art. 28 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 KFG und Art. 3 Abs. 2 Verordnung des EDI über das Förderungskonzept für die Unterstützung von Museen, Sammlungen und Netzwerken Dritter zur Bewahrung des kulturellen Erbes vom 29. November 2016 [SR 442.121.1, nachfolgend: V EDI-MSN]; vgl. Urteil des BVGer B-4572/2012 vom 17. März 2015 E. 3.3, mit Hinweisen; Botschaft zum Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 8. Juni 2007 [nachfolgend: Botschaft KFG], BBl 2007 4843). Im Falle von Ermessenssubventionen

erstellen die zuständigen Departemente eine Prioritätenordnung, nach der die Gesuche beurteilt werden, sofern die eingereichten oder zu erwartenden Gesuche die verfügbaren Mittel übersteigen (Art. 13 Abs. 1 f. SuG). Die Prioritätenordnungen sind den interessierten Kreisen bekannt zu geben (Art. 13 Abs. 4 SuG). Leitendes Prinzip für diese generell-abstrakten Ordnungen ist die Gleichbehandlung der Gesuchstellenden (vgl. Botschaft SuG, BBl 1987 I 406). Prioritätenordnungen sollen eine rechtsgleiche und willkürfreie Rechtsanwendung gewährleisten. Sie sollen eine einheitliche Verwaltungspraxis durch Selbstbindung der Behörde gewährleisten (vgl. Urteile des BVGer B-2184/2017, B-2387/2017, B-2476/2017, B-2603/2017 vom 7. Februar 2018 E. 4.4.2 und C-4473/2012 vom 27. Januar 2014 E. 4.2 f., je mit Hinweisen). Innerhalb des verbleibenden Entscheidungsspielraums hat die Behörde die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten und ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben (vgl. Urteil des BVGer B-2221/2016 vom 1. November 2017 E. 3.3, mit Hinweisen).

### **E. 2.3.2**

Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) hat die Förderkriterien für Betriebsbeiträge an Museen und Sammlungen in Art. 8 V EDI-MSN wie folgt fest- und offengelegt: "a. Ausstrahlung und Qualität der Institution, namentlich gemessen an der Anzahl Eintritte, der Anzahl Nutzerinnen und Nutzer des Online-Angebots, den wissenschaftlichen Publikationen, den Kooperationen auf nationaler und internationaler Ebene und der Beachtung in den Medien; b. Bedeutung der Sammlung, namentlich gemessen an ihrer Einzigartigkeit, ihrem Umfang und ihrem kulturellen Wert für die Schweiz; c. Stellenwert der Vermittlungstätigkeit, namentlich gemessen am Umfang, an der Qualität, der Vielfalt und der Innovativität des Vermittlungsangebots." Nach der Vorrangregel von Art. 16 V EDI-MSN werden die einzelnen Förderkriterien beim Entscheid über die Beiträge gewichtet. Es wird denjenigen Gesuchen Vorrang gegeben, welche die Förderkriterien in einer Gesamtbetrachtung am besten erfüllen. Eine materielle Beurteilung bedingt im Übrigen die Erfüllung der Fördervoraussetzungen nach Art. 6 ff. KFG in Verbindung mit Art. 4 V EDI-MSN.

### **E. 2.3.3**

Gestützt auf Art. 13 Abs. 4 V EDI-MSN hat die Vorinstanz zur fachlichen Beurteilung der Gesuche Expertinnen und Experten beigezogen. Die drei Förderkriterien des Art. 8 V EDI-MSN "Ausstrahlung und Qualität der Institution", "Bedeutung der Sammlung" und "Stellenwert der Vermittlungstätigkeit" wurden jeweils gleich gewichtet, und ihre Bemessung erfolgte anhand der zwölf Indikatoren, wie sie in der Verordnungsnorm namentlich aufgeführt werden. Zu diesem Zweck wurde den Indikatoren anfänglich ein durchgängiger Bewertungsrahmen von eins bis zehn Punkten zugeteilt. Als einheitliche Messgrundlage für den Indikator "Anzahl Nutzerinnen und Nutzer des Onlineangebots" wurde festgelegt, auf die Anzahl unique hosts (unterschiedliche Benutzer) der Museumswebseiten in den Jahren 2015 und 2016 abzustellen. Diese Informationen wurden nachträglich zur Eingabefrist bei den Gesuchstellenden erfragt, zumal sie sich aus den getätigten Angaben in den Gesuchsformularen zu den "Anzahl Nutzenden des Online-Angebots" der Jahre 2015 und 2016 nicht eruieren liessen. Die Schwierigkeiten einiger Gesuchstellenden - darunter der Beschwerdeführerin - bei der Quantifizierung der unique hosts veranlasste die Vorinstanz nach eigenen Angaben, den Bewertungsrahmen für diesen Indikator auf die Skala von drei bis neun Punkten einzuschränken. Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung weiter aus, dass der Indikator dadurch geringere Gewichtung

innerhalb des Förderkriteriums erlange.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf vorgängige Offenlegungspflichten der Förderkriterien- sowie Indikatorengewichtung, welche Ausfluss eines gegenständlich zur Anwendung gelangenden Transparenzprinzips seien. Mit Verweis auf BGE 125 II 86 E. 7c macht sie geltend, vorliegend hätten in analoger Weise die Kriterien und deren relative Gewichtung vorweg bekannt gegeben werden müssen, andernfalls jede Möglichkeit der Manipulation eröffnet werde, was dem Grundsatz der Transparenz und damit auch der Idee des Wettbewerbs entgegenstehe (soweit zugleich die Verletzung einer "Exzellenzstrategie" gerügt wird s. E. 4.4 hiernach).

### **E. 3.2**

Wie dargelegt ist das vergaberechtliche Transparenzgebot vorliegend weder unmittelbar noch unbesehen analog anwendbar (s. E. 2.2 hiervor). Aus BGE 125 II 86 E. 7c, welcher die Vergabe eines öffentlichen Auftrags durch eine Gemeinde zum Gegenstand hat, lässt sich mithin nichts ableiten. In den einschlägigen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen des SuG, des KFG, der Kulturförderungsverordnung vom 23. November 2011 (KFV, SR 442.11) sowie der V EDI-MSN finden sich des Weiteren keine - über die Prioritätenordnung hinausgehenden - Offenlegungspflichten betreffend die Bewertungsmethodik beziehungsweise die Gewichtung der Indikatoren, was die Beschwerdeführerin auch nicht geltend macht. Solche Pflichten ergeben sich ebenso wenig aus einer verfassungsteleologischen Perspektive. Insoweit das Bewertungsschema nicht offengelegt wurde und auch nicht offengelegt werden musste, stehen schliesslich im vorliegenden Fall einer nachträglichen Anpassung des Indikators 1.2 "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an der Anzahl Nutzerinnen und Nutzer des Online-Angebots" auch keine Gründe des Vertrauensschutzes entgegen (zur Zulässigkeit der Skalierung dieses Indikators s. E. 4.2.3 hiernach). Damit kann im Sinn einer antizipierten Beweiswürdigung (vgl. dazu etwa Urteile des BVGer A-4930/2010 vom 21. Oktober 2011 E. 1.4 und A-103/2011 vom 21. September 2011 E. 3.2.2, je mit weiteren Hinweisen) auf die Einholung der von der Beschwerdeführerin beantragten Amtsauskunft über den Erstellungszeitpunkt der Bewertungsskalen verzichtet werden.

### **E. 4.1**

Die spezialgesetzliche Bestimmung von Art. 26 Abs. 2 KFG schliesst die Rüge der Unangemessenheit nach Art. 49 Bst. c VwVG aus, weswegen vorliegend bloss qualifizierte Ermessensfehler gerügt werden können, welche eigentliche Rechtsverletzungen nach Art. 49 Bst. a VwVG begründen (vgl. Urteil des BVGer B-2759/2017 vom 13. März 2018 E. 2, mit Hinweisen; Zibung/Hofstetter, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016 [hiernach: Praxiskommentar VwVG], Art. 49 N 33). Die beschwerdeführerischen Rügen, welche bei der Ermessensausübung allesamt Rechtsfehler monieren, erweisen sich insoweit als zulässig.

### **E. 4.2.1**

Art. 8 Abs. 1 BV gewährleistet die relative Gleichbehandlung und gebietet demzufolge eine Differenzierung bei sachlicher Unterschiedlichkeit. Er bindet sämtliche Staatsorgane im Rahmen jeglicher Staatstätigkeit (vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, S. 220 f.) und betrifft folglich gleichermassen Rechtsetzung wie Rechtsanwendung, welche zur rechtsgleichen Normhandhabung

verpflichtet ist (vgl. René Rhinow, Politische Funktionen des Rechts, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 2008, S. 181 ff., S. 195 f.). Das Gleichbehandlungsgebot wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (vgl. BGE 140 I 201 E. 6.5.1, 135 V 361 E. 5.4.1; Urteil des BVGer B-5920/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3.2.1). Typisierungen beziehungsweise Schematisierungen schränken die an sich gebotene Differenzierung ein, weshalb sie einer Rechtfertigung aus sachlichen, ernsthaften respektive vernünftigen Gründen der Praktikabilität oder der Rechtssicherheit bedürfen (vgl. BGE 131 I 291 E. 3.2.2, 126 I 76 E. 2a, 125 III 312 E. 5b; Matthias Oesch, Differenzierung und Typisierung, 2008, S. 106 ff., mit Hinweisen).

#### **E. 4.2.2.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, bereits die Ausgestaltung des Verfahrens verunmögliche, das Rechtsgleichheitsgebot zu wahren. Die von der Expertenkommission für die Indikatoren erarbeiteten und in der Bewertungstabelle festgehaltenen Begriffsverständnisse würden insbesondere bei qualitativen Kriterien einen weiten Ermessensspielraum zulassen. Eine gleiche Beurteilung hätte bei den jeweiligen Indikatoren bloss gewährleistet werden können, wenn sie stets von denselben Experten vorgenommen worden wäre - und nicht, wenn wie vorliegend jeweils zwei Personen der Expertengruppe sämtliche Indikatoren eines Gesuchs beurteilen. Darüber hinaus würden bei quantitativen Kriterien teils Skalen fehlen, weswegen von vornherein nicht sichergestellt werden könne, dass dieselben Indikatoren durch die verschiedenen Experten gleich beurteilt würden.

#### **E. 4.2.2.2**

Diese beschwerdeführerischen Vorbringen vermögen nicht zu überzeugen: Ein im Ausgangspunkt weiter Ermessensspielraum bei qualitativen Kriterien ist unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots nicht grundsätzlich zu beanstanden; er ist vielmehr erforderliches Mittel einer uneingeschränkten Ermessensausübung. Wie sich aus dem Beschlussprotokoll vom 1. Juni 2017 (Vernehmlassungsbeilage 2) ergibt, wurden bei Differenzen von mehr als zwei Bewertungspunkten die offenen Fragen hinsichtlich der Indikatorenbewertung im Gesamtgremium diskutiert. Die Resultate wurden vom Plenum verabschiedet. Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, dass sie bei diesem Vorgehen in konkreter Weise ungleich behandelt worden wäre. Selbst wenn die beschwerdeführerische Meinung zuträfe, wonach es "bei Prüfungen vollkommen üblich" sei, dass die einzelnen Kriterien stets von denselben Experten beurteilt würden, liessen sich hieraus keine unmittelbaren Vorgaben für die Beurteilung von Gesuchen um Finanzhilfe ableiten. Die auf erhebliche Abweichungen beschränkte Diskussion erweist sich darüber hinaus insbesondere bei qualitativen Kriterien als praktikable Vorgehensweise. Solche Kriterien lassen sich eben nicht in streng numerischer Weise messen. Kommt hinzu, dass geringere Abweichungen - seien sie mit Bezug auf gewisse Kriterien für die jeweiligen Gesuchstellenden vor- oder nachteilig - ohne weitere Anhaltspunkte und bei pflichtgemässer Ausübung letztlich das vorinstanzliche Ermessen widerspiegeln. Abgesehen davon sind auch die Förderkriterium-Indikatoren "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an den wissenschaftlichen Publikationen [1.3], den Kooperationen auf nationaler und internationaler Ebene [1.4] und der Beachtung in den Medien [1.5]" sowie "Stellenwert der Vermittlungstätigkeit gemessen am Umfang [3.1]" nicht oder

jedenfalls nicht hauptsächlich quantitative Indikatoren: Die blosse Anzahl der wissenschaftlichen Publikationen, der Kooperationen oder der Medienberichte wäre ein ungeeignetes Massinstrument, um das Förderkriterium "Ausstrahlung und Qualität der Institution" zu erhellen, und das Begriffsverständnis der Expertengruppe bezieht vielmehr in zutreffender Weise schergewichtig qualitative Elemente mit ein. Quantität erzeugt noch keine Strahlwirkung beziehungsweise indiziert Qualität mangelhaft. Schliesslich waren auch beim Indikator 3.1 qualitative Abwägungen im Hinblick auf die von den Gesuchstellenden durchgeführten Führungen und Veranstaltungen vorzunehmen. Die Vorinstanz führt diesbezüglich namentlich zu Recht aus, dass die nach dem Begriffsverständnis der Expertengruppe miteinzubeziehende Personengruppen-Varietät einer quantitativen Erfassung sinnvollerweise kaum zugänglich ist. Soweit quantitative Skalierungen nicht erforderlich waren, muss beziehungsweise kann dem Auskunftsantrag der Beschwerdeführerin über die verwendeten Skalen in antizipierter Beweiswürdigung (s. E. 3.2 hiavor) nicht entsprochen werden.

#### **E. 4.2.3.1**

Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, es seien jeweils verschiedene, widersprüchliche Skalen zur Anwendung gebracht worden. Während die Indikatoren grundsätzlich mit eins bis zehn Punkten bewertet worden seien, habe die Vorinstanz den Indikator 1.2 "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an der Anzahl Nutzerinnen und Nutzer des Online-Angebots" mit einer Skala von drei bis neun Punkten bewertet. Die Bewertungsskala sei infolge der Zweierschritte bei der Punktverteilung auch vollkommen undifferenziert. Stufungen in Bewertungsskalen würden grundsätzlich zu einer rechtsungleichen Behandlung führen. Im Gegensatz zur Skalierung des Indikators 1.1 "Ausstrahlung und Qualität gemessen an der Anzahl Eintritte", welche im unteren Bereich bis zu 200'000 Besuchern gestuft in 20'000 Schritten linear ansteige und dann zunehmend abflache, würden selbst Museen ohne Onlineangebot drei (Bonus-)Punkte erhalten. Hingegen könne (mit neun Punkten) bloss eine tiefere Maximalpunktzahl erreicht werden. Infolgedessen verliere der Indikator ohne sachlichen Grund und in unzulässiger Weise erheblich an Gewicht, wodurch das Online-Angebot im Vergleich zu den Besuchereintritten zu tief bewertet worden sei und Gesuchstellende mit einem guten Online-Angebot diskriminiert würden. Im Ergebnis sei das Kriterium "Ausstrahlung und Qualität" herabgemindert und unvollständig beurteilt worden. Weiter seien teilweise Punkte in Viertel- und Halbpunkteschritten, in anderen Fällen ganze Punkte verteilt worden, wodurch die Indikatoren im Ergebnis ungleich gewichtet worden seien. Die Vorinstanz habe ihr Ermessen nicht begründbar und in Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots ausgeübt.

#### **E. 4.2.3.2**

Zu Recht führt die Beschwerdeführerin aus, dass der vorinstanzliche Ermessenspielraum auch bei Ermessenssubventionen eine Nichtvornahme von gebotenen Differenzierungen - und mithin eine Verletzung von Art. 49 Bst. a VwVG - nicht zu rechtfertigen vermöchte (vgl. Urteil des BVGer B-560/2017 vom 21. November 2017 E. 2.3, mit Hinweisen). Unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots sind die vorgeblichen Mängel derweil nicht zu beanstanden: Wie bereits dargelegt sind die nachträglichen Anpassungen beim Indikator 1.2 "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an der Anzahl Nutzerinnen und Nutzer des Online-Angebots" in rechtlicher Hinsicht zulässig gewesen (s. E. 3.2 hiavor). Soweit infolge der resultierenden tieferen Maximalpunktzahl der Indikator innerhalb des Förderkriteriums eine gewisse Abwertung erfahren hat, wurden die

Gesuchstellenden in dieser Hinsicht nicht ungleich behandelt. Unersichtlich ist und demzufolge offenbleiben kann, inwiefern eine von der Beschwerdeführerin propagierte und von der Vorinstanz in Abrede gestellte "Exzellenzstrategie" (s. E. 4.4 hiernach) diese Würdigung ändern könnte. Mit dem Gleichbehandlungsgebot ist auch vereinbar, dass die Skala bei diesem Indikator bei drei Punkten und nicht bei einem Punkt beginnt. Der beschwerdeführerische Einwand, wonach damit Gesuchstellenden ohne Online Angebot Bonuspunkte gewährt würden, erweist sich im Übrigen als weitgehend hypothetisch, zumal heutzutage wohl kaum ein Museum über keine Internetpräsenz - wenn auch bloss auf der Homepage eines Dritten - verfügen dürfte. Jedenfalls verfügen aber sämtliche geförderten Museen über eine Homepage, womit die Beschwerdeführerin auch im Ergebnis nicht benachteiligt wurde. Weiter sind Stufungen entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung bei der Punktezuteilung an und für sich durchaus üblich und grundsätzlich zulässige Typisierungen, indem sie zur Bewertungspraktikabilität beitragen. Art. 16 Satz 1 V EDI-MSN hält ausdrücklich fest, dass die einzelnen Förderkriterien gewichtet werden, womit auch auf die Gesuchstellenden rechtsgleich angewandte unterschiedliche Punkteschritte prinzipiell unproblematisch sind. Ein Anspruch auf eine durchgängig konsistente Punkteskala ergibt sich grundsätzlich auch nicht aus dem Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV (weiterführend E. 4.2.3.3 hiernach). Schliesslich kann der Beschwerdeführerin ebenso wenig gefolgt werden, wenn sie geltend macht, es widerspreche a priori der relativen Gleichbehandlung, wenn ein eigentlicher physischer Museumsbesuch und das Aufrufen einer Internetpräsenz nicht gleichgewichtet würden beziehungsweise eine rechtsgleiche Bewertung habe anhand der von ihr skizzierten "korrekten" Punktekurve zu erfolgen. Es bestehen nämlich entsprechend den vorinstanzlichen Ausführungen zwischen diesen beiden Tätigkeiten klare sachliche Unterschiedlichkeiten - insbesondere im Hinblick auf die Opportunitätskosten (wie bspw. Zeitaufwand, Eintrittspreis etc.) -, welche eine andere Gewichtung zulässig erscheinen lassen.

#### **E. 4.2.3.3**

Während Stufungen in den Bewertungsskalen mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot nicht per se unzulässig sind, erscheinen konkret die Zweierschritte bei der Bepunktung des Indikators 1.2 "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an der Anzahl Nutzerinnen und Nutzer des Online-Angebots" zumindest bei isolierter Betrachtung tatsächlich als eher gross und insoweit mit Blick auf das Differenzierungsgebot als fraglich. Entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung unterlässt die Vorinstanz vorliegend jedoch keine Unterscheidungen, welche rechtlich als geboten erscheinen würden. Es ist einerseits festzuhalten, dass ein Zweipunkteschritt das Gesamtergebnis bloss mit 0.1333 Punkten zu beeinflussen vermag ( $2 \text{ [Punkte]} / 5 \text{ [Indikatoren]} / 3 \text{ [Kriterien]}$ ). Damit wirken sich die Abstände resultatweise nicht übermässig verzerrend aus. Eine allenfalls unzulässige Ungleichbehandlung hätte andererseits vorliegen können, wenn die Anzahl Nutzer des Online-Angebots eines Gesuchstellers knapp unterhalb einer Zweipunkte-Stufe zu liegen gekommen wären. Dies ist aber im Falle der Beschwerdeführerin nicht gegeben, welcher - selbst bei Berücksichtigung ihrer weiteren Social Media-Präsenz (weiterführend E. 4.3.3 hiernach) - mindestens rund 90'000 zusätzliche unique hosts für die höchste Bewertungsstufe fehlen (875'000 unterschiedliche Internetseitenbenutzer zuzüglich Anzahl Facebook-likes [18'820], Instagram [12'400], Twitter- [3'772] und Youtube [826]-Abonnenten entsprechen maximal 910'818 unterschiedlichen Benutzern). Insofern führt auch der Einwand der Beschwerdeführerin in der Replik, wonach nicht ersichtlich sei,

"weshalb jemand mit 4 Punkten gleich bewertet werden soll wie jemand mit 3 Punkten bzw. jemand mit 9 (statt 10!) Punkten gleich bewertet wird wie jemand mit 7 Punkten", an der Sache vorbei, zumal die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots gegenüber den übrigen Gesuchstellenden in dieser Hinsicht nicht in unzulässiger Weise behandelt wurde.

#### **E. 4.2.4.1**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Bewertung des Indikators 2.1 "Bedeutung der Sammlung gemessen an ihrer Einzigartigkeit" mit 8.5 Punkten sei im Quervergleich mit den geförderten Museen jedenfalls zu tief und mindestens auf 9.5 Punkte anzuheben. In der Bewertungstabelle habe der Experte zur Einzigartigkeit der Beschwerdeführerin höchst abwertend angeführt: "Spécialisations relativement originales. Autre exemple: Musée B.\_\_\_\_\_". Das "Musée B.\_\_\_\_\_" verfüge allerdings in den Bereichen Design mit bloss 500 Objekten und in der Visuellen Kommunikation mit bloss 330 Objekten über keine vergleichbare Sammlung. Im Gegensatz dazu besitze die Beschwerdeführerin rund 50'000 Designobjekte (somit das Hundertfache des Musée B.\_\_\_\_\_) und im Bereich Visuelle Kommunikation (Grafik- und Plakatsammlung) rund 460'000 Objekte, als das 1'300-fache des Musée B.\_\_\_\_\_. Erneut werde das Rechtsgleichheitsgebot massiv verletzt, zumal schlichtweg kein sachlicher und vernünftiger Grund bestehe, die Sammlungen gleichzusetzen. Aus den Bewertungsergebnissen lasse sich weiter schliessen, dass das Musée C.\_\_\_\_\_ (D.\_\_\_\_\_) bei diesem Indikator mit neun oder zehn Punkten bewertet worden sei, indes nicht dieselbe Einzigartigkeit aufweise wie die Beschwerdeführerin, infolgedessen eine rechtungleiche Behandlung bestehe und die Vorinstanz ihr Ermessen klar überschritten habe.

#### **E. 4.2.4.2**

Die Expertengruppe hat für den Indikator 2.1 das gemeinsame Begriffsverständnis "Einzigartiges Museum in CH mit dieser thematischen Ausrichtung" festgelegt sowie mit dem Hinweis verbunden, dass dies nur die Helvetica-Bestände betreffe. Die Vorinstanz führt aus, dass der Sammlungsumfang, welcher im Indikator 2.2 "Bedeutung der Sammlung gemessen an ihrem Umfang" berücksichtigt wird, entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung für die Beurteilung der Einzigartigkeit von vornherein irrelevant sei. Diese im Ermessen der Vorinstanz liegende Begriffsklärung beziehungsweise deren Auslegung im Kontext des Indikators 2.2 ist ohne Weiteres nachvollziehbar. Neben der Beschwerdeführerin verfüge das Musée B.\_\_\_\_\_ über einen thematischen Sammlungsschwerpunkt im Bereich des zeitgenössischen Designs, insoweit die Vorinstanz die Einzigartigkeit der Beschwerdeführerin zu Recht verneint. Die Sammlung des Musée C.\_\_\_\_\_ hingegen sei auf Glaskunst ausgerichtet und in der Schweiz absolut einzigartig. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung ist infolgedessen nicht zu beanstanden, wenn die quantitativ umfangreicheren Sammlungen der Beschwerdeführerin bei diesem Indikator nicht höher bewertet wurden.

#### **E. 4.2.5**

Die Beschwerdeführerin bemängelt darüber hinaus, beim Indikator 3.1 "Stellenwert der Vermittlungstätigkeit, namentlich gemessen am Umfang" sei nicht ersichtlich, dass sowohl die Anzahl Führungen als auch der für die Grösse des Museums bestimmende Faktor und die geforderte Verhältniszahl in das Verhältnis zur Grösse des Museums gesetzt wurden. Es bestätige sich erneut, dass die Vorinstanz das Rechtsgleichheitsgebot verletzt habe. Der

Vergleich mit anderen Museen mache dies deutlich, weil jene mit weniger Führungen respektive als markant grösseres Museum die gleiche oder eine höhere Punktezah erreicht hätten. Wie die Vorinstanz indes zu Recht darlegt, sind nach dem gemeinsamen Begriffsverständnis nicht bloss die Anzahl Führungen zu berücksichtigen, sondern ebenfalls die Anzahl Veranstaltungen und die mit dem Vermittlungsangebot erreichten Personen. Der Beschwerdeführerin gelingt es auf dieser Grundlage nicht, eine nachteilige Behandlung darzulegen. Im Übrigen war die Vorinstanz nicht verpflichtet, vorgängig quantitative Kriterien für die Bestimmung der Museumsgrösse beziehungsweise den Korrelationskoeffizienten festzulegen (s. E. 4.2.2.2 hiavor).

#### **E. 4.3.1**

Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin Ermessensmissbräuche infolge Verletzungen von Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen. Indem die Vorinstanz die Besuche der Wanderausstellungen beim Indikator 1.1 "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an der Anzahl Eintritte" unberücksichtigt gelassen habe, habe sie Art. 8 Bst. a V EDI-MSN sowie Art. 6 Abs. 2 Bst. d und Bst. g KFG verletzt. Weiter seien die Vorgaben von Art. 8 Bst. c EDI-MSN eindeutig, und die Vorinstanz unterlasse beim quantitativen Indikator 3.1 "Stellenwert der Vermittlungstätigkeit, namentlich gemessen am Umfang" eine Skalierung beziehungsweise gewichte das Quantitative zu wenig. Es widerspreche Art. 6 KFG, wenn die "Social Media"-Präsenz beim Indikator 1.2 "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an der Anzahl Nutzerinnen und Nutzer des Online-Angebots" nicht berücksichtigt werde. Art. 6 KFG werde auch verletzt, indem keine sachlichen Gründe für die bessere Beurteilung anderer Gesuchstellender beim Indikator 1.4 "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an den Kooperationen auf nationaler und internationaler Ebene" vorliegen würden und wenn beim Indikator 3.4 "Stellenwert der Vermittlungstätigkeit gemessen an der Innovativität des Vermittlungsangebots" das eMuseum der Beschwerdeführerin unberücksichtigt bleibe.

#### **E. 4.3.2**

Entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung ist eine Verletzung von Art. 8 Bst. a V EDI-MSN unersichtlich, wenn die Vorinstanz besagte Norm dahingehend auslegt, dass bloss die Anzahl Eintritte im gesuchstellenden Museum selbst - und keine allfälligen Eintritte in Dritt Museen, in welchen sich Wanderausstellungen oder Leihgaben befinden - berücksichtigungsfähig sind; die Vorinstanz unterschreitet ihr Ermessen hiermit nicht. Verletzungen von Art. 6 Abs. 2 Bst. d und Bst. g KFG sind aus folgenden, von der Vorinstanz in zutreffender Weise vorgebrachten Gründen auszuschliessen: Zunächst konkretisieren die Gesetzesbestimmungen die in Art. 69 BV vorgenommene Kompetenzabgrenzung (vgl. Botschaft KFG, BBl 2007 4827 u. 4834), begründen dabei aber keinen Anspruch auf eine entsprechende Verordnungslegung. Dasselbe gilt hinsichtlich der Vorbringen zum Indikator 1.2 (soweit ebendort eine Ermessensunterschreitung gerügt wird s. E. 4.3.3 hiernach) und den Indikatoren 1.4 und 3.1. Sodann war die Vorinstanz wie erwähnt nicht gehalten, den nicht hauptsächlich quantitativen Indikator 3.1 (s. E. 4.2.2.2 hiavor) zwingend mittels einer Skalierung zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin vermag im Übrigen nicht darzulegen, dass die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum bei den Indikatoren 1.4 oder 3.1 unterschritten oder verlassen hätte, und solches ist ebenso wenig ersichtlich. Schliesslich erscheint auch die vorinstanzliche Handhabung des Indikators 3.4 nicht als rechtsfehlerhaft, wenn sie das eMuseum der Beschwerdeführerin ermessensweise als nicht innovativ im Sinn ihres

Begriffsverständnisses einschätzt.

### **E. 4.3.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit dem eindimensionalen Abstellen auf die Anzahl unique hosts der Website habe die Vorinstanz beim Indikator 1.2 "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an der Anzahl Nutzerinnen und Nutzer des Online-Angebots" ihr Ermessen unterschritten. Dieses Vorgehen sei unzeitgemäss und begünstige Museen, welche im Gegensatz zur Beschwerdeführerin in e-Formaten wie sozialen Medien sehr wenig präsent seien. Ob die Vorinstanz ermessensfehlerhaft gehandelt hat, indem sie e-Formate lediglich beim Indikator 3.4 "Stellenwert der Vermittlungstätigkeit gemessen an der Innovativität des Vermittlungsangebots" mitberücksichtigte, kann derweil offenbleiben. Selbst wenn die Anzahl "followers" oder Abonnenten der beschwerdeführerischen e-Formatangebote allesamt unique hosts wären, würde ihre Berücksichtigung für die Beschwerdeführerin nicht zu einer Überschreitung der Stufe von sieben zu neun Punkten führen (s. E. 4.2.3.3 hiervor). Die Beschwerdeführerin wird durch die vorliegende Nichtberücksichtigung von e-Formaten mithin im Ergebnis entgegen ihren Vorbringen weder diskriminiert noch erscheint die vorinstanzliche Ermessensausübung willkürlich.

### **E. 4.4**

Als fundamentales Prinzip der Rechtsordnung gebietet der Grundsatz von Treu und Glauben ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, S. 141; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., S. 240, je mit Hinweisen). Art. 29 Abs. 1 BV statuiert als allgemeine Verfahrensgarantie sowie verfahrensrechtliche Auffanggrundnorm (vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., S. 245) den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen. Die Beschwerdeführerin sieht diese Ansprüche in mancherlei Hinsicht verletzt, namentlich, indem ihre Gesuchsunterlagen nur unvollständig beurteilt worden seien, nicht stets dieselben Experten denselben Indikator beurteilt hätten und mit der Nichtausrichtung von Subventionen dem öffentlichen Interesse an der Förderung von Exzellenz widersprochen werde. Es ist indes unersichtlich, inwiefern das vorinstanzliche Verfahren, welches unter den Gesichtspunkten der gebotenen Transparenz, des Rechtsgleichheitsgebots sowie den besonderen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen nicht zu beanstanden ist (s. E. 3 f. hiervor), Art. 5 Abs. 3 oder Art. 29 Abs. 1 BV verletzt haben sollte. Die Beschwerdeführerin vermag dies ebenso wenig begründet darzulegen. Namentlich bleibt unklar, inwiefern die angebliche "Exzellenzstrategie" die vorinstanzliche Ermessensausübung als rechtsfehlerhaft erscheinen liesse. Jedenfalls liesse sich diesbezüglich aus dem von der Beschwerdeführerin angeführten Art. 16 Satz 2 V EDI-MSN nichts zu ihren Gunsten ableiten, welcher lediglich besagt, dass denjenigen Gesuchen Vorrang gegeben wird, welche die Förderkriterien in einer Gesamtbetrachtung am besten erfüllen. Soweit die Beschwerdeführerin zugleich eine Verletzung von Art. 49 Bst. b VwVG geltend macht, ist auf die nachfolgenden Erwägungen zu verweisen (s. E. 5 hiernach).

### **E. 5.1**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin in zweifacher Hinsicht eine unrichtige Sachverhaltsermittlung: Einerseits habe die Vorinstanz die Tätigkeit der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem eMuseum schlicht übersehen; andererseits

bestehe die Sektion Publikation der Beschwerdeführerin seit mindestens \_\_\_\_\_ und nicht - wie auf dem Beurteilungsbogen beim Indikator 1.3 "Ausstrahlung und Qualität der Institution gemessen an den wissenschaftlichen Publikationen" angeführt - erst seit Juni 2017.

#### **E. 5.2**

Entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung hat die Vorinstanz das eMuseum keineswegs übersehen, sondern bloss - ermessensfehlerfrei - als nicht innovativ im Sinn des Indikators 3.4 eingestuft (s. E. 4.3.2 hiervor). Damit geht auch keine Verletzung von Art. 49 Bst. b VwVG einher. Sodann können nach dem eindeutigen Normwortlaut lediglich unrichtige oder unvollständige Feststellungen des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (vgl. Urteil des BVGer A-2643/2015 vom 22. Juli 2015 E. 5.1; Zibung/Hofstetter, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 49 N 36). Die Vorinstanz bemerkte unter anderem bei der Bewertung des Indikators 1.3: "Liste de publications pas très étoffée pour un musée d'une telle ampleur (section publication dans son organigramme à partir de juin 2017)". Der in Klammern gesetzte Hinweis erweist sich jedoch als nicht bewertungs- und demzufolge auch nicht sachverhaltserheblich. Der Hinweis sucht vielmehr den vorangehenden, anhand des gemeinsamen Begriffsverständnisses getroffenen bewertungserheblichen Befund zu erklären, hinsichtlich welchem notabene keine Sachverhaltsfehler ersichtlich sind und ebenso wenig geltend gemacht werden. Insofern kann offenbleiben, ob die Vorinstanz tatsächlich davon ausgegangen ist, dass vor Juni 2017 keine Sektion Publikation bestand. Im Übrigen kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie auch bei diesem Indikator eine rechtsfehlerhafte Übergewichtung der Quantität gegenüber den übrigen Kriterien des gemeinsamen Begriffsverständnisses moniert, fehlen hierfür doch jegliche Anhaltspunkte.

#### **E. 6**

Die Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich demzufolge als unbegründet, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

#### **E. 7.1**

Bei diesem Ausgang sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie sind in Anbetracht des Streitwerts und des Verfahrensaufwands auf Fr. 15'000.- festzulegen, und der Betrag ist dem Kostenvorschuss in selber Höhe zu entnehmen.

#### **E. 7.2**

Weder der unterliegenden Beschwerdeführerin noch der obsiegenden Vorinstanz ist eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 f des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] e contrario sowie Art. 7 Abs. 3 VGKE). Für eine Entschädigung der von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegebenen Medienrecherche selbst bei Unterliegen, wie sie in der Replik beantragt, besteht demnach weder eine gesetzliche Grundlage noch eine richterrechtliche Kompetenz (vgl. Urteil des BVGer B-6076/2016 vom 16. Oktober 2017 E. 11.2, mit Hinweisen). Insofern muss auch offenbleiben, ob es sich bei der Medienrecherche um einen notwendigen Aufwand gehandelt hat.

#### **E. 8**

Dieses Urteil kann nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 83 Bst. k des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist mit der Eröffnung endgültig. (Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.