

# **BVGer C-6387/2007 vom 23. Juni 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-06-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6387\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6387_2007)

FR: TAF C-6387/2007 du 23 juin 2009

IT: TAF C-6387/2007 del 23 giugno 2009

## **Regeste**

Filmwesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerdeführerin hat, entsprechend der Rechtsmittelbelehrung in der angefochtenen Verfügung, die Beschwerde beim Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) eingereicht, welches seine Zuständigkeit jedoch verneint hat.

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

#### **E. 1.2**

Das Bundesamt für Kultur (BAK) ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. b VGG ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unzulässig gegen Verfügungen, die nach einem anderen Bundesgesetz durch Einsprache oder durch Beschwerde an eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. c-f VGG anfechtbar sind.

#### **E. 1.3**

Zu prüfen ist, ob gemäss Art. 32 FiG das EDI und nicht das Bundesverwaltungsgericht die zuständige Beschwerdeinstanz ist. Nach Art. 32 FiG richten sich das Verfahren und die Rechtsmittel nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Abs. 1). Gegen Verfügungen des Bundesamtes über Finanzhilfen (Art. 14) kann beim Departement Beschwerde geführt werden (Abs. 2). In Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen über Finanzhilfen ist die Rüge der Unangemessenheit unzulässig (Abs. 3). Gemäss Art. 14 Abs. 1 FiG werden Finanzhilfen und andere Formen der Unterstützung vom zuständigen Bundesamt (BAK) zugesprochen.

#### **E. 1.4**

Die Vorinstanz ging offenbar von der Annahme aus, eine Verfügung über Finanzhilfen im Sinne von Art. 32 Abs. 2 und 3 FiG in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 FiG liege auch dann vor, wenn damit über die Rückerstattungspflicht einer gestützt auf Art. 14 Abs. 1 FiG zugesprochenen Finanzhilfe entschieden wurde (vgl. Akt. 6 S. 3). Demgegenüber verneinte das EDI seine Zuständigkeit mit der Begründung, die angefochtene Verfügung sei gestützt

auf Art. 28 SuG (und nicht Art. 14 FiG) erlassen worden, weshalb die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege zur Anwendung kämen.

#### **E. 1.4.1**

Die Bestimmungen zum Verfahren und den Rechtsmitteln wurden im Rahmen der Revision der Bundesrechtspflege geändert. In der Fassung vom 14. Dezember 2001 war die Zuständigkeit des Departements als Beschwerdeinstanz in Art. 14 Abs. 3 Satz 1 FiG verankert. Satz 2 dieser Bestimmung schloss die Rüge der Unangemessenheit aus. Laut Art. 32 (in der bis Ende Dezember 2006 gültigen Fassung) richteten sich das Verfahren und die Rechtsmittel nach den Bestimmungen des VwVG und des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, BS 3 521, in Kraft bis Ende Dezember 2006). Da Art. 99 Abs. 1 Bst. h OG bei Entscheiden über die Bewilligung oder Verweigerung von Subventionen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt, und Art. 100 Abs. 1 Bst. q Ziff. 2 OG Verfügungen im Bereich der Filmförderung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht als unzulässig erklärten, war der Bundesrat gemäss Art. 72 Bst. a VwVG (in der bis Ende Dezember 2006 gültigen Fassung) letztinstanzliche Beschwerdeinstanz (vgl. auch NAHALIE ZUFFEREY/PATRICE AUBRY, *Loi sur le cinéma*, Bern 2006, Art. 14 N 66 ff.).

#### **E. 1.4.2**

Seit dem Inkrafttreten der Rechtsweggarantie (Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) und der Reform der Bundesrechtspflege am 1. Januar 2007 besteht auch im Bereich der Bundessubventionen ein grundsätzlicher Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz (vgl. auch Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202, S. 4227 und 4215). Verfügungen von Vorinstanzen im Sinne von Art. 33 VGG sind in der Regel direkt beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Art. 32 Abs. 2 FiG stellt eine der Ausnahmen vom Grundsatz der direkten Anfechtbarkeit dar und sieht zunächst ein verwaltungsinternes Beschwerdeverfahren vor. Ein dem gerichtlichen Verfahren vorgeschaltetes verwaltungsinternes Beschwerdeverfahren ist unter anderem in denjenigen Bereichen vorgesehen, in welchen der verfügenden Behörde ein weites Mass an Ermessen zukommt (siehe MICHEL BESSON, *Die Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts und Anforderungen an die vorinstanzlichen Verfahren*, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer [Hrsg.], *Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben*, St. Gallen 2008, S. 198 f.; vgl. auch REGINA KIENER in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 47 N 10 und 13). Dem BAK kommt insbesondere dort ein grosser Ermessensspielraum zu, wo es um die Gewährung oder Verweigerung von Finanzhilfen geht, zumal diese als Ermessenssubventionen ausgestaltet sind (vgl. ZUFFEREY/AUBRY, a.a.O., Art. 14 N 61). Nicht im Ermessen der Verwaltung steht jedoch der Entscheid, ob eine bereits zugesprochene Finanzhilfe zu widerrufen oder zurückzufordern ist. Insofern erscheint die Zuständigkeitsabgrenzung des EDI folgerichtig.

#### **E. 1.4.3**

Gegen die Zuständigkeit des EDI spricht im Übrigen auch der Umstand, dass im Beschwerdeverfahren der doppelte Instanzenzug den Regelfall bildet. Bereits unter der Herrschaft des OG war im Bereich des Subventionsrechts der Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht auf Entscheide über die Bewilligung

oder Verweigerung von Subventionen (auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt) beschränkt. Nicht vom Ausnahmekatalog erfasst wurden hingegen der Widerruf gemäss Art. 30 SuG (vgl. Art. 101 Bst. d OG) oder die Rückforderung einer Finanzhilfe gestützt auf Art. 28 SuG. Im Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) wurde die bisher geltende Rechtslage übernommen (HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz [BGG]: Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar, Bern 2007, zu Art. 83 Rz. 77, THOMAS HÄBERLI, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N. 194 zu Art. 83 BGG). Gemäss Art. 83 Bst. k BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig gegen Entscheide betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht. Weder der Widerruf noch andere Entscheide, mit denen von einer Subventionszusicherung abgewichen wird, fallen jedoch unter diese Ausnahmebestimmung (HÄBERLI, a.a.O. N. 205).

### **E. 1.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das EDI seine Zuständigkeit zur Beurteilung der Streitsache zu Recht verneint hat. Da demnach keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 Abs. 2 Bst. a in Verbindung mit Art. 33 Bst. d VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

### **E. 2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach den Vorschriften des VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung ohne Zweifel besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Zudem hat sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Nachdem sie auch den einverlangten Verfahrenskostenvorschuss fristgemäss geleistet hat, ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) einzutreten.

#### **E. 2.2**

Da es sich vorliegend nicht um eine Beschwerde gegen eine Verfügung über Finanzhilfen im Sinne von Art. 32 Abs. 2 und 3 FiG handelt, richten sich die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bzw. die zulässigen Rügen nach Art. 49 VwVG. Demnach kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstandet werden. Auch bei voller Kognition überprüft das Bundesverwaltungsgericht die Bewertung von Subventionsvergaben nur mit Zurückhaltung, soweit es um die Ermessensausübung durch die Subventionsbehörde geht. Sind hingegen die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmängel in der Vergabepraxis gerügt, hat die Rechtsmittelbehörde die erhobenen Einwendungen in freier Kognition zu prüfen (Urteil BVer B-2782/2007 vom 4. Oktober 2007 E. 2, Urteil BVer B-86/2007 vom 11. Juli 2007 E. 2).

### **E. 3**

Die Verfahrensbeteiligten stimmen darin überein, dass die Beschwerdeführerin grundsätzlich die erhaltenen Filmförderbeiträge (teilweise) zurückzuerstatten hatte, weil sie das Projekt, für das sie die Finanzhilfen erhalten hat, nicht realisieren konnte. Umstritten ist jedoch die Berechnung des Rückforderungsbetrages und die Verzinsungspflicht. Weiter macht die Beschwerdeführerin die Verjährung des Rückforderungsanspruchs sowie - in formeller Hinsicht - eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.

#### **E. 4**

Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) dient einerseits der Sachverhaltsaufklärung und stellt andererseits zugleich ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Der Anspruch umfasst insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen).

##### **E. 4.1**

Die Art. 26 ff. VwVG konkretisieren die aus dem grundrechtlichen Anspruch fliessenden Verfahrensgarantien. Gemäss Art. 30 VwVG hört die Behörde - sofern nicht ein Ausnahmefall im Sinne von Abs. 2 vorliegt - die Parteien an, bevor sie eine Verfügung erlässt. Der Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. Bevor die Behörde einen Entscheid trifft, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift, hat sie ihn davon in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, sich vorgängig zu äussern.

##### **E. 4.2**

Mit E-Mail vom 30. August 2006 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass der Förderbeitrag zurückgefordert werden müsse und eine Abrechnung einzureichen sei, sofern getätigte Ausgaben geltend gemacht würden. Eine Verrechnung mit dem zweiten Projekt sei "schwieriger" (Akt. 6/11). Nachdem die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 8. September 2006 die Abrechnung sobald wie möglich in Aussicht gestellt hatte, diese aber nicht einreichte, reagierte das BAK erst am 15. August 2007 (mithin fast ein Jahr später), indem es unmittelbar eine Verfügung betreffend Rückforderung erliess. Das Nichteinreichen der Abrechnung stellt zwar eine Verletzung der Mitwirkungspflicht dar, erlaubt der Behörde jedoch nicht, ohne vorgängige Anhörung aufgrund der Akten zu entscheiden (vgl. auch nachfolgende E. 5.4.1). Indem die Vorinstanz vor Erlass der Verfügung nicht bekannt gab, wie der Rückforderungsbetrag bemessen werden soll, und keine Anhörung durchführte, hat sie den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

##### **E. 4.3**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 126 I 19 E. 2d/bb). Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs aber als geheilt gelten, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs (also etwa die unterlassene Anhörung,

Akteneinsicht oder Begründung) in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt, zudem darf den Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2).

#### **E. 4.4**

Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist die hier in Frage stehende Gehörsverletzung einer Heilung nicht zugänglich, weil die Sache - trotz Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels - nicht entscheidreif ist. Zudem stellen sich bei der Rechtsanwendung auch Ermessensfragen, die grundsätzlich von der fachkundigen Verwaltung zu beantworten sind und vom Gericht nur mit der erforderlichen Zurückhaltung, d.h. unter Beachtung der angestammten Rollen von Verwaltung und Justiz, überprüft werden (vgl. E. 2.2 hiervor; BGE 129 II 331 E. 3.2; BVGE 2007/27 E. 10.4). Weiter gilt es zu beachten, dass den Beschwerdeführenden grundsätzlich ein doppelter Instanzenzug offen stehen soll.

#### **E. 5**

Die Vorinstanz hat die streitige Rückforderungsverfügung gestützt auf Art. 28 SuG erlassen.

#### **E. 5.1**

Art. 28 SuG regelt die Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung bei Finanzhilfen: Erfüllt der Empfänger seine Aufgabe trotz Mahnung nicht, so zahlt die zuständige Behörde die Finanzhilfe nicht aus oder fordert sie samt einem Zins von jährlich 5 % seit der Auszahlung zurück (Abs. 1). Erfüllt der Empfänger seine Aufgabe trotz Mahnung mangelhaft, so kürzt die zuständige Behörde die Finanzhilfe angemessen oder fordert sie teilweise samt einem Zins von jährlich 5 % seit der Auszahlung zurück (Abs. 2). In Härtefällen kann auf eine Rückforderung ganz oder teilweise verzichtet werden (Abs. 3). Vorbehalten bleibt die Durchsetzung der Vertragserfüllung bei vertraglichen Finanzhilfen (Abs. 4).

#### **E. 5.1.1**

Art. 28 Abs. 1 und 2 SuG setzen voraus, dass der Empfänger einer Finanzhilfe seine Aufgabe "trotz Mahnung" nicht erfüllt. Nach Ansicht der Vorinstanz konnte im vorliegenden Fall auf eine Mahnung verzichtet werden, weil die Beschwerdeführerin bereits mitgeteilt hatte, das Projekt könne nicht realisiert werden. Es fragt sich daher, wie die Voraussetzung der Mahnung zu qualifizieren ist, und ob der Gesetzgeber mit Art. 28 SuG auch die Fälle nachträglicher Unmöglichkeit - bei welchen eine Erfüllungsmahnung sinnlos erscheint - regeln wollte, oder ob die Bestimmung nur anwendbar ist, wenn eine Erfüllung grundsätzlich noch möglich wäre. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf das Rückforderungssystem des SuG und die Funktion der in Art. 28 SuG vorgesehenen Mahnung einzugehen.

#### **E. 5.1.2**

Die weiteren Rückforderungsgründe sind in den Art. 29 bis 31 SuG vorgesehen: die Rückerstattung bei Zweckentfremdung und Veräusserung eines Objektes (Art. 29 SuG), der Widerruf bei ursprünglicher Fehlerhaftigkeit einer Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung (Art. 30 SuG) sowie der Rücktritt von Finanzhilfe- oder Abgeltungsverträgen (Art. 31

SuG). Eine ausdrückliche Regelung bei nachträglicher unverschuldeter Unmöglichkeit enthält das Gesetz somit nicht.

### **E. 5.1.3**

Art. 28 SuG betrifft - im Unterschied zum Widerruf gemäss Art. 30 SuG - nur die Finanzhilfen. In der Botschaft (Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 15. Dezember 1986 [BBl 1987 I 369, im Folgenden: Botschaft SuG]) wird dazu ausgeführt, bei einer Finanzhilfe solle sich der Empfänger grundsätzlich durch Rückzahlung der Finanzhilfe seiner Aufgabe entledigen können. Die in der Vernehmlassungsvorlage vorgesehene zwangsweise Durchsetzung entspreche dem Grundsatz der Freiwilligkeit des geförderten Verhaltens in der Regel nicht und wäre daher unverhältnismässig. Deshalb werde in Art. 28 und Art. 29 vom Grundsatz ausgegangen, dass Fehler in der Erfüllung, Zweckentfremdung und Veräusserung eine Rückerstattungspflicht begründen. In Fällen, in welchen die blosserückforderung das öffentliche Interesse schädigen würde, sei ein vertragliches Subventionsverhältnis zu begründen, mit dem eine stärkere Bindungswirkung erreicht werden könne (S. 414). Zur Funktion der Mahnung enthält die Botschaft SuG keine Ausführungen. Bei den parlamentarischen Beratungen gaben die Art. 28 ff. zu keinen Diskussionen Anlass (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 1989 N 436, AB 1990 S 18).

### **E. 5.1.4**

Nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) wird der Schuldner einer Leistung mit der Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Erst wenn der Schuldner in Verzug ist, kann der Gläubiger gemäss Art. 107 ff. OR den Rücktritt vom Vertrag erklären und hat - sofern es sich um eine Geldschuld handelt - Anspruch auf Verzugszinsen (Art. 104 Abs. 1 OR). Nach Ansicht von FABIAN MÖLLER (Rechtsschutz bei Subventionen, Diss., Basel 2006, S. 175) wäre ein solcher Analogieschluss indessen zu weit gegriffen. Die Pflicht der Behörde, den Subventionsempfänger zunächst zu mahnen, sei vielmehr Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips. Der Subventionsempfänger soll die Fehlerhaftigkeit seines Handelns rechtzeitig erkennen können (MÖLLER, a.a.O., S. 176). Diese Interpretation entspricht im Wesentlichen derjenigen im Sozialversicherungsrecht, wonach ein gesetzlich vorgeschriebenes Mahn- und Bedenkzeitverfahren die (rechtsunkundige) versicherte Person auf die Folgen ihrer Pflichtverletzung aufmerksam machen und sie so in die Lage versetzt werden soll, in Kenntnis aller wesentlichen Faktoren ihre Entscheidung zu treffen (BGE 122 V 218 E. 4b). Insofern beschlägt die Voraussetzung, den Subventionsempfänger zuerst zu mahnen, auch den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (vgl. BGE 132 V 368 E. 4.1) bzw. das Recht auf Orientierung als dessen Teilgehalt (siehe Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 207 ff.). Auch wenn die Mahnung nicht die gleichen Rechtsfolgen nach sich zieht wie im Privatrecht, sondern als Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips zu verstehen ist, macht die Mahnung in erster Linie dann einen Sinn, wenn die ermahnte Person grundsätzlich in der Lage wäre, ihren Pflichten nachzukommen. Es ist andererseits festzuhalten, dass der Wortlaut von Art. 28 SuG nicht ermöglicht, eine Finanzhilfe ohne vorgängige Mahnung (und Anhörung) zurückzufordern.

### **E. 5.2**

Es ist daher zu prüfen, ob Art. 28 SuG überhaupt anwendbar ist, wenn die Erfüllung der Aufgabe unmöglich geworden ist.

### **E. 5.2.1**

Bei der Auslegung von Rechtsnormen lässt sich das Bundesgericht von einem Methodenpluralismus leiten; es berücksichtigt mit der grammatikalischen, systematischen, teleologischen, historischen und der geltungszeitlichen Auslegung verschiedene Auslegungsmethoden. Dabei genießt keine der Methoden einen grundsätzlichen Vorrang gegenüber den anderen. Vielmehr kommen all jene Kriterien zur Anwendung, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten überzeugen (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 217 mit Hinweisen). Im Verwaltungsrecht ist allerdings die teleologische Auslegung besonders bedeutsam, da es im Verwaltungsrecht im Wesentlichen um die Erfüllung bestimmter Staatsaufgaben geht, die alle ihren je besonderen staatlichen Zweck haben (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2004, § 25 N. 5; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 218). Bei neueren Gesetzen kommt zudem den Gesetzgebungsmaterialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis nur von geringer Bedeutung sein können (BGE 131 II 697 E. 4.1).

### **E. 5.2.2**

Wie sich aus den Ausführungen in der Botschaft SuG ergibt (siehe E. 5.1.3), hat der Gesetzgeber bei Art. 28 SuG in erster Linie an diejenigen Fälle gedacht, in welchen der Subventionsempfänger darauf verzichtet, die durch eine Finanzhilfe geförderte Aufgabe (weiterhin) zu erfüllen, obwohl er dazu grundsätzlich in der Lage wäre oder für die Nichterfüllung bzw. die mangelhafte Erfüllung ein Verschulden trägt. Mit dem Erlass des SuG sollte jedoch ein allgemeiner Teil des Subventionsrechts geschaffen werden, der die wesentlichen Grundsätze einheitlich und umfassend regelt. Einheitlich geregelt werden sollten - jedenfalls für die Finanzhilfen - insbesondere auch die Rückforderung (siehe Botschaft SuG S. 372 und 414; AB 1990 S 10). Daher kann aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber beim Erlass der Art. 28 SuG wohl die in der Praxis häufigeren Fälle vor Augen hatte, nicht geschlossen werden, diese Bestimmung sei nicht anwendbar, wenn die Aufgabenerfüllung nachträglich unmöglich geworden ist. Denn mit der Formulierung des Art. 28 SuG hat der Gesetzgeber der Tatsache, dass er nicht alle möglichen Fälle voraussehen und regeln kann, Rechnung getragen und den rechtsanwendenden Behörden genügend Ermessens- und Beurteilungsspielräume eingeräumt, um im Einzelfall besondere Umstände berücksichtigen und angemessene Entscheide fällen zu können. Dies gilt in erster Linie für den Abs. 3, wonach in Härtefällen auf eine Rückforderung ganz oder teilweise verzichtet werden kann.

### **E. 5.2.3**

Das Gesetz legt nicht fest, wann ein Härtefall im Sinne von Art. 28 Abs. 3 SuG vorliegt. Beim Begriff des Härtefalls handelt es sich um ein typisches Beispiel eines unbestimmten Gesetzesbegriffs, der nach einer wertenden Konkretisierung verlangt (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 26 Rz. 25 f.). Unbestimmte Gesetzesbegriffe dienen - wie das der Verwaltung eingeräumte Ermessen - dazu, die im Einzelfall angemessene Entscheidung zu treffen. Die

Vorinstanz schien davon auszugehen, dass ein Härtefall nur dann vorliegen könne, wenn die Subventionsempfängerin aus finanziellen Gründen nicht in der Lage ist, die Finanzhilfe zurückzuerstatten. Es ist daher zu prüfen, ob diese Auslegung zutreffend ist.

#### **E. 5.2.4**

Analog zu Art. 28 SuG enthält auch Art. 29 SuG, welcher die Rückforderung bei Zweckentfremdung und Veräusserung bei Finanzhilfen regelt, eine Härtefallklausel. Wie aus dem Urteil des Bundesgerichts 2A.553/2002 vom 22. August 2003 geschlossen werden kann, setzt ein Härtefall im Sinne von Art. 29 Abs. 1 SuG nicht voraus, dass der Finanzhilfeempfänger finanziell nicht in der Lage ist, die Finanzhilfe zurückzuzahlen (vgl. E. 3.1). Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Begriff des Härtefalls in den beiden Bestimmungen zur Rückerstattung von Finanzhilfen unterschiedlich auszulegen wäre.

#### **E. 5.2.5**

Keine Härtefallregelung ist beim Widerruf von Finanzhilfe- und Abgeltungsverfügungen gemäss Art. 30 SuG vorgesehen: Die zuständige Behörde widerruft eine Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung, wenn sie die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat (Abs. 1). Sie verzichtet gemäss Abs. 2 auf den Widerruf, wenn der Empfänger aufgrund der Verfügung Massnahmen getroffen hat, die nicht ohne unzumutbare finanzielle Einbussen rückgängig gemacht werden können (Bst. a), die Rechtsverletzung für ihn nicht leicht erkennbar war (Bst. b) und eine allfällig unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts nicht auf schuldhaftes Handeln des Empfängers zurückzuführen ist (Bst. c). Nach Abs. 3 fordert die Behörde mit dem Widerruf die bereits ausgerichteten Leistungen zurück. Hat der Empfänger schuldhaft gehandelt, so erhebt sie zudem einen Zins von jährlich 5 % seit der Auszahlung. Statt eine Härtefallregelung vorzusehen, hat der Gesetzgeber in Art. 30 SuG festgelegt, unter welchen Voraussetzungen dem Vertrauensschutzinteresse des Empfängers höheres Gewicht beizumessen und deshalb auf einen Widerruf zu verzichten ist. Weiter hat er bei der Rückforderung von Finanzhilfen und Abgeltungen danach unterschieden, ob der Empfänger schuldhaft gehandelt hat oder nicht (vgl. auch Abs. 2 Bst. c). Zwar ist Art. 30 Abs. 3 SuG aufgrund seines Wortlautes nur auf den Widerruf von ursprünglich fehlerhaften Verfügungen anwendbar. Die in dieser Bestimmung vorgenommene Wertung ist jedoch bei der Auslegung des Begriffs Härtefall im Sinne von Art. 28 SuG zu beachten. Es wäre kaum nachvollziehbar, weshalb bei einer ursprünglich fehlerhaften Finanzhilfeverfügung der Zins von jährlich 5 % seit der Auszahlung nur bei Verschulden, bei einer nachträglich fehlerhaften Finanzhilfeverfügung jedoch unabhängig vom Verschulden des Empfängers einzufordern wäre.

#### **E. 5.2.6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Umstand, dass der Gesetzgeber beim Erlass von Art. 28 SuG in erster Linie an Fälle gedacht hat, in welcher der Empfänger einer Finanzhilfe die Nicht- oder mangelhafte Erfüllung der Aufgabe zu vertreten hat, nicht bedeutet, dass diese Bestimmung bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung nicht anwendbar wäre. Einer solchen Konstellation ist aber im Rahmen der Härtefallprüfung Rechnung zu tragen. Der Begriff des Härtefalls ist in Übereinstimmung mit demjenigen in Art. 29 SuG sowie unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber in Art. 30 SuG vorgenommenen Wertungen auszulegen. Dass die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren keinen Härtefall geltend gemacht hat, ist im Übrigen unerheblich, wurde sie doch

zu der in Aussicht genommenen Rückforderung nicht angehört und hatte demnach auch keine Gelegenheit, sich auf die Härtefallklausel zu berufen. Hat die Empfängerin einer Finanzhilfe - wie vorliegend - der zuständigen Behörde mitgeteilt, dass die Erfüllung der geförderten Aufgabe (objektiv) nicht mehr möglich sei, kommt der Mahnung gemäss Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 SuG nur - aber immerhin - die Funktion zu, die in Aussicht genommenen Rechtsfolgen anzudrohen und das rechtliche Gehör zu gewähren.

### **E. 5.3**

Obwohl die Vorinstanz in ihrer Verfügung auf Art. 28 Abs. 1 SuG verweist, hat sie in Anwendung von Art. 28 Abs. 2 SuG nur einen Teil der Finanzhilfe zurückgefordert. Zusätzlich zur Härtefallklausel (Art. 28 Abs. 3 SuG) räumt auch Abs. 2 der Behörde einen Ermessensspielraum ein, indem die Finanzhilfe "angemessen" zu kürzen ist. Das durch eine Gesetzesbestimmung eingeräumte Ermessen hat die Behörde pflichtgemäss auszuüben. Verzichtet sie von vornherein auf eine Ermessensausübung oder schöpft sie den Ermessensspielraum nicht aus, liegt eine Ermessensunterschreitung und somit eine Rechtsverletzung vor (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 26 N 15 ff., HÄFELIN/MÜLLER/ UHLMANN, a.a.O., N 470 f.).

### **E. 5.4**

Streitig ist weiter, wie der Rückforderungsbetrag zu berechnen ist.

#### **E. 5.4.1**

Gemäss Art. 35 der Verordnung des EDI vom 20. Dezember 2002 über die Filmförderung (FiFV, SR 443.113) ist dem Bundesamt drei Monate nach Abschluss des geförderten Projekts, der geförderten Veranstaltung oder des Geschäftsjahrs eine vollständige Abrechnung einzureichen (Abs. 1). Das Bundesamt prüft die Abrechnungen stichprobenweise. Stellt es Unstimmigkeiten fest, so kann es die vollständige Revision der Abrechnung veranlassen. Erweist sich die Abrechnung als falsch, so hat der Finanzhilfeempfänger oder die Finanzhilfeempfängerin die Kosten für die Revision zu übernehmen (Abs. 2). Wird die Abrechnung trotz Mahnung nicht oder nur unvollständig geliefert, so kann die Verfügung widerrufen und die Finanzhilfe ganz oder teilweise zurückgefordert werden (Abs. 3).

#### **E. 5.4.2**

Beim Erlass der Rückforderungsverfügung lag der Vorinstanz keine Abrechnung vor, weshalb die angefochtene Verfügung auf einem unvollständig ermittelten Sachverhalt beruht. Welcher Aufwand bei der Berechnung der Rückforderung zu berücksichtigen ist, kann das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der im Beschwerdeverfahren eingereichten Akten nicht beurteilen. Die Vorinstanz bringt in der Duplik vor, in der Abrechnung werde eine Ausgabe ausgewiesen, die - nach der Praxis des BAK - nicht zum anrechenbaren Aufwand gehöre. Sofern die Beschwerdeführerin keine den Anforderungen genügende Abrechnung eingereicht hat, wird die Vorinstanz eine solche verlangen (vgl. Art. 35 Abs. 3 FiFV) oder, wenn es sich um Unstimmigkeiten im Sinne von Art. 35 Abs. 2 FiFV handelt, eine Revision der Abrechnung veranlassen. Anschliessend wird sie den Beitrag, der zurückzufordern ist, ermitteln.

### **E. 5.5**

Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass bei einer Rückforderung gestützt auf Art. 28 SuG die erste Verfügung, mit welcher die Finanzhilfe zugesprochen wurde, nicht zu

widerrufen ist.

## **E. 5.6**

Die Frage der Verjährung stellt sich nur, wenn das BAK nach den ergänzenden Abklärungen und der Neu Beurteilung eine Rückforderungssumme von über Fr. 133'000.- (die von der Beschwerdeführerin bereits bezahlt wurde) ermittelt. Auf die diesbezüglichen Vorbringen ist im vorliegenden Verfahren daher nicht weiter einzugehen. Es ist jedoch auf die für die Beurteilung der Verjährung eines Rückerstattungsanspruchs massgebenden Grundsätze hinzuweisen.

### **E. 5.6.1**

Nach Art. 32 Abs. 2 SuG verjährt der Anspruch auf Rückerstattung ein Jahr, nachdem die verfügende oder den Vertrag abschliessende Behörde vom Rechtsgrund des Anspruchs Kenntnis erhalten hat, in jedem Falle aber zehn Jahre nach Entstehung des Anspruchs. Art. 33 SuG hält ferner fest, dass die Verjährung durch jede schriftliche Zahlungsaufforderung unterbrochen wird (Satz 1). Sie ruht, solange der Schuldner in der Schweiz nicht betrieben werden kann (Satz 2).

### **E. 5.6.2**

Nach der Rechtsprechung ist für den Beginn der einjährigen Verjährungsfrist - wie in der privatrechtlichen Bestimmung von Art. 67 OR, der Art. 32 Abs. 2 SuG nachgebildet ist (vgl. Botschaft SuG S. 415 f.) - vorausgesetzt, dass der Gläubiger seinen Anspruch dem Grundsatz und Umfang nach sicher kennt, so dass er ihn mit Erfolg geltend machen kann. Es genügt nicht, dass der Gläubiger von seinem Anspruch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte Kenntnis haben können (vgl. BGE 111 II 55 E. 3a; ATTILIO GADOLA, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1/1995 S. 53). Angesichts der Kürze der Verjährungsfrist darf nicht leichtthin angenommen werden, der Gläubiger sei über die massgebenden Tatbestandselemente genügend im Bilde gewesen, um den Anspruch durchsetzen zu können. Jedoch schiebt auch nicht jede im Einzelnen noch bestehende Unsicherheit über Anspruchselemente den Beginn des Fristenlaufs hinaus (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 2A.553/2002 vom 22. August 2003 E. 4.3; Urteil BVGer B-5894/2007 vom 26. Februar 2008 E. 5.4 [auch zu den verjährungsunterbrechenden Handlungen im Sinne von Art. 33 SuG] mit weiteren Hinweisen).

## **E. 5.7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in dem Sinne gutzuheissen ist, dass die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neu Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

## **E. 6**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

### **E. 6.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss ist daher zurück zu erstatten. Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

### **E. 6.2**

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung auf Grund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Der Stundenansatz für den anwaltlichen Vertreter ist in Anwendung von Art. 10 Abs. 2 VGKE auf Fr. 250.- (exkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen. Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes erscheint eine Vergütung von 12 Stunden sowie ein pauschaler Auslagenersatz von Fr. 100.- angemessen. Zuzüglich zum Betrag von Fr. 3'100.- ist die Mehrwertsteuer von 5,6 % (Fr. 173.60) zu vergüten.

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