

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00552 vom 19. Mai 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-05-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00552

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00552 du 19 mai 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00552 del 19 maggio 2022

Regeste

Ausfallentschädigung für Kulturunternehmen | [Ausfallentschädigung für Kulturunternehmen, vorliegend für eine Kinobetreiberin] Ob der Kanton mit RRB 1230/2020 eine genügende Rechtsgrundlage geschaffen hat, um die (allfälligen) Zuständigkeiten nach Art. 2 lit. a Halbsatz 2 und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Covid-19-Kulturverordnung in Anspruch zu nehmen, ist zweifelhaft. Diese Frage braucht aber nicht abschliessend beantwortet zu werden (zum Ganzen E. 4). Der generelle Ausschluss von sogenannten Mainstream-Kinos von den Ausfallentschädigungen - im Gegensatz zu sogenannten Arthouse-Kinos - lässt sich angesichts des Gesetzeszwecks nicht mit kulturpolitischer Prioritätensetzung begründen; die Ungleichbehandlung der Konkurrenten ist unrechtmässig (zum Ganzen E. 5 f., insbesondere E. 6.6). Teilweise Gutheissung. Rückweisung an Fachstelle Kultur.

Erwägungen

E. 4

Zu prüfen sind zunächst die Rechtsgrundlagen, auf die sich der angefochtene Entscheid stützt.

E. 4.1

Vorweg stellt sich die Frage, ob die Einräumung kantonaler Kompetenzen in Art. 2 lit. a Halbsatz 2 und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Covid-2-Kulturverordnung zulässig ist.

E. 4.1.1

Art. 11 Abs. 11 Covid-19-Gesetz delegiert dem Bundesrat als dem Verordnungsgeber die Bestimmung der Kulturbereiche, die mit Finanzhilfen unterstützt werden, und die Regelung der Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen, der Beitragskriterien und der Bemessungsgrundlagen. In Bezug auf die Definition der Kulturbereiche weisen weder der Gesetzeswortlaut noch die Materialien darauf hin, dass den Kantonen insoweit Befugnisse zukommen sollten (wobei den parlamentarischen Beratungen zu den hier interessierenden Fragen keine Hinweise zu entnehmen sind). Vielmehr hält die Botschaft vom 12. August 2020 zum Covid-19-Gesetz (Botschaft Covid-19-Gesetz) fest: "Die nähere Definition des Kultursektors erfolgt nach Anhörung der Kantone in einer Verordnung des Bundesrates" (BB1 2020, 6563 ff., 6608, vgl. auch 6610). In der Folge führt der Bundesrat allerdings aus: "Wie bisher werden die Kantone damit ihre eigenen kulturpolitischen Prioritäten setzen können" (BB1 2020, 6608).

E. 4.1.2

Bei den fraglichen Bestimmungen handelt es sich nicht um grundlegende Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug von Bundesrecht, die nach Art. 164 Abs. 1 lit. f der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) auf Gesetzesstufe zu regeln wären. Sodann ist die Kompetenzzuweisung an die Kantone nicht Gegenstand von Art. 164 Abs. 2 BV über die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen (Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 164 N. 11; Judith Wyttenbach/Karl-Marc Wyss, Basler Kommentar, 2015, Art. 164 BV N. 37). Sie richtet sich auch nicht nach der Regelung der Rechtsetzungsdelegation an untergeordnete Verwaltungseinheiten in Art. 48 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (SR 172.010; vgl. Thomas Sägesser, Handkommentar Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz [RVOG], Bern 2007, Art. 48 N. 6). Inwieweit bzw. unter welchen Voraussetzungen der Bundesrat als Verordnungsgeber den Kantonen Rechtsetzungsbefugnisse einräumen kann, erscheint wenig geklärt (vgl. Ulrich Häfelin et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. A., Zürich etc. 2020, Rz. 1163; Vincent Martenet, Commentaire romand, Basel 2021, Art. 3 BV N. 72; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. A., Bern 2021, Rz. 804).

E. 4.1.3

Was die Einräumung einer kantonalen Kompetenz zur Einengung und Ausweitung des Begriffs des Kulturbereichs in Art. 2 lit. a Halbsatz 2 Covid-19-Kulturverordnung betrifft, wird sie vom Gesetzeswortlaut und den Materialien nicht abgedeckt. Wie sich aus den folgenden Erwägungen (E. 6) ergibt, kann allerdings offenbleiben, ob die Bestimmung deswegen als gesetzwidrig zu qualifizieren ist. Jedenfalls bleibt den Kantonen, die unter anderem für die Beurteilung der Gesuche um Ausfallentschädigungen zuständig sind (Art. 6 Abs. 3 Covid-19-Kulturverordnung; vgl. auch Art. 11 Abs. 3 Covid-19-Gesetz), insoweit ein Spielraum, als die unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 2 lit. a Covid-19-Kulturverordnung auslegungsbedürftig sind.

E. 4.1.4

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Covid-19-Kulturverordnung, wonach die Kantone kulturpolitische Prioritäten setzen können, wird dagegen unter Berücksichtigung der historischen Auslegungsmethode bzw. der bundesrätlichen Botschaft von Art. 11 Abs. 11 Covid-19-Gesetz gedeckt. Wenn in der Botschaft bemerkt wird, die Kantone könnten "wie bisher" ihre eigenen kulturpolitischen Prioritäten setzen (BB1 2020, 6608), ist zwar festzuhalten, dass die frühere COVID-Verordnung Kultur vom 20. März 2020 (SR 442.15, in Kraft bis 20. September 2020 [AS 2020, 855, 1583]) bezüglich der bundesrechtlichen Unterstützungsmassnahmen keine derartige Bestimmung enthielt. Doch sah Ziff. 6.1 der Richtlinien des BAK zur COVID-Verordnung Kultur vor, dass die Kantone nach freiem Ermessen über die Zusprache der Leistungen entscheiden und dabei kulturpolitische Prioritäten setzen könnten, beispielsweise Ausfallentschädigungen auf bestimmte Kategorien von Anspruchsberechtigten (wie Veranstalter von regionaler Bedeutung) beschränken oder die maximale Entschädigung herabsetzen (vgl. auch BAK, Erläuterungen zur COVID-Verordnung Kultur, Fassung vom 2. April 2020, S. 3 [beide Dokumente unter: <https://www.bak.admin.ch> > Themen > COVID-19 > Medienmitteilungen > 06.04.2020]).

E. 4.1.5

Auch Art. 13 des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990 (SuG, SR 616.1) steht der Zulässigkeit von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Covid-19-Kulturverordnung nicht entgegen. Nach

Art. 2 SuG gilt dieses Gesetz für alle im Bundesrecht vorgesehenen Finanzhilfen und Abgeltungen (Abs. 1); das dritte Kapitel – in dem sich Art. 13 SuG findet – ist anwendbar, soweit andere Bundesgesetze nichts Abweichendes vorschreiben (Abs. 2). Art. 13 SuG gilt für jene Fälle, bei denen aufgrund der Spezialgesetzgebung Finanzhilfen und Abgeltungen nur im Rahmen der bewilligten Kredite gewährt werden oder kein Rechtsanspruch auf Finanzhilfen besteht (Abs. 1). Übersteigen die eingereichten oder zu erwartenden Gesuche die verfügbaren Mittel, so erstellen die zuständigen Departemente eine Prioritätenordnung, nach der die Gesuche beurteilt werden (Abs. 2 Satz 1). Die Kantone sind vor der Festlegung der Prioritätenordnung anzuhören, wenn es um Finanzhilfen und Abgeltungen geht, die ausschliesslich ihnen gewährt oder von ihnen ergänzt werden (Abs. 3). Art. 13 SuG wäre vorliegend anwendbar. Weil jedoch die Delegation der Prioritätenordnung an die Kantone – gemäss historischer Auslegung bzw. bundesrätlicher Botschaft – im Covid-19-Gesetz vorgesehen ist und das Subventionsgesetz als *lex generalis* der *lex specialis* nachgeht (BGE 144 V 224 E. 6.3.1), kommt Art. 13 SuG gemäss Art. 2 Abs. 2 SuG nicht zum Tragen.

E. 4.2

Im Kanton Zürich finden sich die Einengungen und Ausweitungen des Begriffs des Kulturbereichs nach Art. 2 lit. a Halbsatz 2 Covid-19-Kulturverordnung sowie die Prioritätenordnung nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Covid-19-Kulturverordnung in Ziff. 2.2 RRB 1230/2020 ("Kulturpolitische Schwerpunkte"). Dieser Beschluss enthält im Dispositiv die Ermächtigung an die Vorsteherin der Direktion der Justiz und des Innern, die Leistungsvereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Kanton Zürich zu unterzeichnen, sowie den Auftrag an die Direktion der Justiz und des Innern zur Umsetzung der Massnahmen im Kulturbereich gemäss Covid-19-Gesetz und Covid-19-Kulturverordnung (Dispositiv-Ziff. I und II). Die vorangehenden Ausführungen des Beschlusses geben namentlich Auskunft über die Rechtsgrundlagen in Bund und Kanton, den Zeitplan, die vorgesehenen Zuständigkeiten, die personellen und finanziellen Auswirkungen sowie die Auswirkungen auf die Gemeinden; teils enthalten sie Begründungen. Es handelt sich um Erläuterungen ohne den Charakter von Rechtsnormen. Auch Ziff. 2.2 über die "kulturpolitischen Schwerpunkte" stellt keine Rechtsetzung dar, sondern nur einen Hinweis auf die Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Kulturbeauftragten, die der Kanton übernehme. Ob der Kanton damit eine genügende Rechtsgrundlage geschaffen hat, um die (allfälligen) Zuständigkeiten nach Art. 2 lit. a Halbsatz 2 und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Covid-19-Kulturverordnung in Anspruch zu nehmen, ist zweifelhaft. Auch diese Frage braucht jedoch nicht abschliessend beantwortet zu werden, weil die angefochtene Verfügung jedenfalls inhaltlich nicht haltbar ist, wie im Folgenden (E. 6) auszuführen ist.

E. 5.1

Gemäss seinem Zweckartikel (Art. 1 Abs. 1) regelt das Covid-19-Gesetz "besondere Befugnisse des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und zur Bewältigung der Auswirkungen der Bekämpfungsmassnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden". Die letzteren Massnahmen werden auch als "Sekundärmassnahmen" bezeichnet (Botschaft Covid-19-Gesetz, BBl 2020, 6571, 6589 f.). Stets muss es um Massnahmen gehen, "die in einem unmittelbaren und ausschliesslichen Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie stehen"; für Regelungen "zu Fragen, die nur mittelbar mit der Epidemie zu tun haben, bildet dieses Gesetz keine Grundlage" (Botschaft Covid-19-Gesetz, BBl 2020, 6589).

E. 5.2

Nach Art. 1 Covid-19-Kulturverordnung haben die Massnahmen nach Art. 11 Covid-19-Gesetz und dieser Verordnung zum Ziel, die wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19-Epidemie für Kulturunternehmen, Kulturschaffende und Kulturvereine im Laienbereich abzumildern (lit. a), Kulturunternehmen bei der Anpassung an die durch die Epidemie veränderten Verhältnisse zu unterstützen (lit. b) sowie eine nachhaltige Schädigung der Schweizer Kulturlandschaft zu verhindern und zum Erhalt der kulturellen Vielfalt beizutragen (lit. c). Aus dem Zweck des Covid-19-Gesetzes ergibt sich, dass die Finanzhilfen im Kulturbereich dazu dienen, die Auswirkungen der Bekämpfungsmassnahmen abzufedern. Beiträge zum Erhalt der kulturellen Vielfalt sind demnach nur insoweit zulässig, als die kulturelle Vielfalt durch die Auswirkungen der Bekämpfungsmassnahmen direkt gefährdet ist. Somit stellt das Covid-19-Gesetz keine Grundlage dafür dar, mittels Zuteilung und Verweigerung der vorgesehenen Finanzhilfen eine vom genannten Zweck abgekoppelte Kulturförderung zu betreiben, und auch der Verordnung lässt sich eine entsprechende Ermächtigung nicht entnehmen. Auf allfällige Relativierungen dieses Grundsatzes ist im Folgenden (E. 5.3 f.) einzugehen.

E. 5.3

Zwar lässt das Gesetz gemäss den Materialien eine Priorisierung zu, um spezifischen Bedrohungen der kulturellen Vielfalt durch die Pandemiebekämpfungsmassnahmen entgegenzuwirken. Der in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Covid-19-Kulturverordnung verwendete Begriff "Prioritäten" bezeichnet allerdings die Aufstellung einer Rangfolge: Gemeint ist damit – zumindest grundsätzlich – die Setzung von Regeln zur Klärung, welche Gesuche voran- bzw. hintanzustellen sind, wenn aus äusseren – finanziellen – Gründen nicht allen ganz entsprochen werden kann. Die Prioritätensetzung soll eine rechtsgleiche und willkürfreie Rechtsanwendung sowie eine einheitliche Verwaltungspraxis zur Verteilung der verfügbaren Mittel gewährleisten (vgl. BVGr, 7. Februar 2018, B-2184/2017, E. 4.4.2 mit Hinweis, zum hier allerdings nicht anwendbaren Art. 13 Abs. 2 SuG). Folgt man dieser Definition, käme die Priorisierung somit zum Zug, wenn der Knappheit der finanziellen Mittel Rechnung zu tragen ist, und könnte sie unter diesen Umständen dazu führen, dass bestimmten Gesuchen nicht entsprochen werden könnte. Sie würde demnach nicht zur Aussonderung von Gesuchen aus ausschliesslich kulturpolitischen Gründen berechtigen und böte keine Grundlage, um in den Anwendungsbereich des Covid-19-Gesetzes fallende Kulturunternehmende und Kulturschaffende generell von den Finanzhilfen auszuschliessen, weil sie nicht genügend zur kulturellen Vielfalt beitragen.

E. 5.4

Dem Hinweis in der Botschaft Covid-19-Gesetz (BBl 2020, 6608) auf die bisherige Rechtslage und damit indirekt auf die Richtlinien COVID-Verordnung Kultur des BAK liesse sich zwar entnehmen, dass der Begriff der Prioritätensetzung weiter zu verstehen sein soll und dass die Kantone berechtigt sein sollten, mittels Priorisierung bestimmten Kategorien von Anspruchsberechtigten die Ausfallentschädigungen ganz vorzuenthalten (BAK, Richtlinien COVID-Verordnung Kultur, Ziff. 6.1). Damit käme die Priorisierung im Ergebnis der Definition des Anwendungsbereichs gleich. Allerdings widerspräche eine solche Auslegung dem Gesetzeswortlaut, dem zufolge der Bundesrat die zu unterstützenden Kulturbereiche bestimmt (Art. 11 Abs. 11 Covid-19-Gesetz), und dem Gesetzeszweck (vorn E. 5.2). Zudem würde den nicht bindenden Richtlinien des Bundesamts zur vorangegangenen, notrechtlich begründeten und inhaltlich nicht deckungsgleichen

Verordnung auf diese Weise ein übermässiges Gewicht eingeräumt. Um zu klären, wie weit die Kompetenz der Kantone zur Prioritätensetzung reicht, ist jedoch auf die verfassungsmässige Auslegung zurückzugreifen.

E. 6

Im Folgenden ist daher die angefochtene Verfügung auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen.

E. 6.1

Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze von den rechtsanwendenden Behörden ungeachtet ihrer allfälligen Verfassungswidrigkeit anzuwenden. Die verfassungskonforme Auslegung ist hingegen zulässig und geboten, wenn die anderen Auslegungsmethoden einen Zweifel am Sinn des Gesetzes belassen; sie findet ihre Grenze nur, wenn Wortlaut und Sinn des Gesetzes völlig klar sind (BGE 137 I 128 E. 4.3.1; vgl. Häfelin u.a., Rz. 154 f., 161). Im vorliegenden Fall sprechen Wortlaut und Zweck des Gesetzes gegen jene Möglichkeit der Auslegung, deren Verfassungsmässigkeit zu überprüfen ist – gemeint ist die Auslegung, wonach die Kompetenz der Kantone zur Prioritätensetzung so weit geht, dass bestimmten Kategorien von Bezugsberechtigten die Leistungen generell verweigert werden könnten (vorn E. 5). Eine Abweichung vom klaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes steht nicht in Frage. Art. 190 BV ist daher nicht betroffen.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten. Dieser Grundrechtsanspruch wird auf Art. 27 (in Verbindung mit Art. 94 Abs. 1) BV gestützt. Er dient der Verwirklichung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit bzw. der staatlichen Wettbewerbsneutralität (Biaggini, Art. 27 N. 23). Er verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren und dadurch nicht wettbewerbsneutral sind (BGE 147 V 423 E. 5.1.3). Der Grundsatz geht über das allgemeine Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) hinaus. Er gilt jedoch nicht absolut; gewichtige öffentliche Interessen können Abweichungen rechtfertigen (Biaggini, Art. 27 N. 26). Dazu können kulturpolitische Gründe zählen (BGE 147 V 423 E. 5.1.3; Marc M. Winistöfer, Gleichbehandlung von Konkurrenten in der Corona-Pandemie, recht 2022, S. 32 ff., 36).

E. 6.3

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt direkte Konkurrenz vor, wenn sich Angehörige der gleichen Branche mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (BGE 142 I 162 E. 3.7.2). In Anwendung dieses Grundsatzes liess das Bundesgericht etwa offen, ob Hotels innerhalb und ausserhalb des Luxussegments dasselbe Publikum ansprechen und damit als direkte Konkurrenten gelten können (BGE 142 I 162 E. 3.7.3) oder ob Pizzalieferdienste und Pizzerien mit Blick auf das Take-away-Geschäft in direkter Konkurrenz stehen (BGr, 18. April 2006, 2P.90/2005, E. 4.3.4). Direkte Konkurrenz bejahte es im Verhältnis zwischen den Betreibern unterschiedlich grosser Riesenräder (BGE 128 I 136 E. 3), zwischen Zirkusunternehmen ungeachtet (allfälliger) Unterschiede in der Grösse, der Programmgestaltung und der Qualität der Darbietungen (BGE 121 I 279 E. 6a, 119 Ia 445 E. 1a/cc) sowie partiell zwischen Limousinendiensten und Taxiunternehmen (BGr, 10. März 2017, 1C_329/2016, E. 5.6.2). Verneint wurde sie im Verhältnis zwischen einem Zirkus und einem nicht gewinnorientierten Jugendzirkus (BGE 121 I 279 E. 5a) sowie zwischen einer Peepshow

einerseits, Kiosken, Kinos, Nightclubs und Striptease-Darbietungen andererseits (BGE 106 Ia 267 E. 5). Die Lehre fordert, es sei weniger auf die Branchenzugehörigkeit als auf den relevanten Markt abzustellen (je mit weiteren Hinweisen: Biaggini, Art. 27 N. 25; Klaus A. Vallender i n: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar , 3. A., Zürich 2014, Art. 27 N. 32).

E. 6.4

Der Staat ist auch im Bereich der Subventionen an die Verfassungsgrundsätze und Grundrechte gebunden (vgl. Etienne Poltier, Les subventions, in: Andreas Lienhard [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band X: Finanzrecht, Basel 2011, S. 343 ff., Rz. 21 ff.; BGr, 24. Februar 2017, 2C_684/2015, E. 1.2.3 – 17. August 2012, 2C_360/2012, E. 1.2 f. – 2. Juni 2006, 2P.291/2005, E. 4.2). Insbesondere sind Subventionen am Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten zu messen, da sie geeignet sind, den Wettbewerb zu verzerren (Livio Bundi, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich etc. 2016, S. 114 ff.; Poltier, Rz. 36 f.; vgl. BGE 120 Ib 142 E. 3b).

E. 6.5.1

Gemäss der Vorinstanz kann von einem direkten Konkurrenzverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den für Ausfallentschädigungen zugelassenen Kinos keine Rede sein, weil es sich bei Letzteren um Kinos im Arthouse-Bereich handle, deren Publikum sich von demjenigen des Mainstream-Bereichs aufgrund des inhaltlich klar abgrenzbaren Angebots durchaus unterscheide und die auch nicht die gleichen Bedürfnisse ansprechen. Wie das jeweilige Publikum zusammengesetzt ist und welches seine Bedürfnisse sind, führen weder die Vorinstanz noch die Fachstelle Kultur näher aus.

E. 6.5.2

Arthouse-Filme werden künstlerisch anspruchsvolle Autorenfilme genannt, die sich meist an ein urbanes Publikum richten. Es handelt sich um die Produkte kleinerer, häufig mit geringeren Etats wirtschaftender Hersteller und Verleiher. Der Begriff des Mainstreams bezeichnet dagegen den sogenannten Massengeschmack; Mainstream-Filme werden demnach die Produktionen grosser Filmstudios genannt, die auf das Unterhaltungsbedürfnis eines breiten Publikums abzielen. Die Berechtigung der Unterscheidung wird allerdings in Frage gestellt (Institut für Neuere Deutsche Literatur und Medien, Das Lexikon der Filmbegriffe, Seiten "Arthouse", "Art-house Film", "Mainstream" [<https://filmlexikon.uni-kiel.de>]).

E. 6.5.3

Laut sozialwissenschaftlicher Forschung unterscheidet sich das Publikum von Arthouse-Kinos von den Besuchenden von Mainstream-Kinos durch das durchschnittlich höhere Alter und die durchschnittlich höhere Bildung (Elizabeth Prommer, Das Kinopublikum im Wandel, in: Patrick Glogner-Pilz/Patrick S. Föhl [Hrsg.], Handbuch Kulturpublikum, Wiesbaden 2016, S. 329 ff., 354 f.; vgl. auch Filmförderungsanstalt [FFA], Programmkinos in der Bundesrepublik Deutschland und das Publikum von Arthouse-Filmen im Jahr 2020, Berlin, September 2021, S. 42 [<https://www.ffa.de/studien-und-publicationen.html>]). Auch in Bezug auf die Motive für den Kinobesuch, die Gründe für die Filmauswahl, die Informationsquellen und das bevorzugte Genre unterscheiden sich die Besuchenden von Arthouse- und von Mainstream-Kinos: Erstere gehen häufiger wegen eines bestimmten Films und weniger aus

sozialen Motiven ins Kino; sie gehen generell öfters ins Kino; sie werden häufiger durch Berichte und Kritiken in der Presse oder im Radio auf die Filme aufmerksam, und ihnen gefallen "tragische Liebesfilme sowie Filme mit politischen oder ernsten Themen", während das Publikum von Mainstream-Kinos lustige Liebesfilme, Komödien, Filme mit Kampfszenen oder Spezialeffekten, Horrorfilme sowie in der Zukunft spielende oder Endzeitszenarien behandelnde Filme mag (Prommer, S. 355 ff.).

E. 6.5.4

Insgesamt bestehen also deutliche Unterschiede zwischen den Besuchenden von Arthouse- und von Mainstream-Filmen. Es handelt sich aber um statistische Werte, die wenig darüber aussagen, inwieweit die individuellen Kinobesuchenden sich Filme beider Sparten ansehen. Es ist anzunehmen, dass sich die meisten mit ihren individuellen Geschmäckern auf einer Achse zwischen den Prototypen der typischen Arthouse-Kino- und der typischen Mainstream-Kino-Besuchenden einreihen. Von zwei klar abgegrenzten Gruppen ist unter diesem Blickwinkel nicht auszugehen, vielmehr ist mit Überlappungen zu rechnen. Dies gilt umso mehr, als sämtliche Kinobesuchende – jene von Arthouse-Filmen allerdings seltener – auch aus sozialen Motiven das Kino aufsuchen, nämlich um im Freundeskreis oder mit der Familie etwas zu unternehmen (FFA, S. 50; Prommer, S. 355 f.). Der Auswahl des Films und des Kinos liegen folglich auch Kompromisse zugrunde (vgl. FFA, S. 50, wonach der "Wunsch der Begleitperson[en]" in beiden Gruppen eine Rolle spielt). Somit richten sich Arthouse- und Mainstream-Kinos zumindest partiell an das gleiche Publikum, um dasselbe Bedürfnis zu befriedigen.

E. 6.5.5

Hierfür spricht auch, dass sich das Programm der Beschwerdeführerin partiell mit demjenigen von Arthouse-Kinos überschneidet, wie die Beschwerdeführerin anhand von Programmvergleichen darlegt und die Vorinstanz grundsätzlich einräumt. Bereits aufgrund dieser Tatsache ist also zumindest teilweise von direkter Konkurrenz auszugehen.

E. 6.6

Demnach ist im Folgenden zu prüfen, ob die geltend gemachten kulturpolitischen Gründe die Ungleichbehandlung der Konkurrenten zu rechtfertigen vermögen.

E. 6.6.1

Streitig sind Ausfallentschädigungen für Kulturunternehmen zur Entschädigung finanzieller Einbussen im Zusammenhang mit Veranstaltungen, Projekten und Einschränkungen des Kulturbetriebs (Art. 3 Abs. 1 lit. a Covid-19-Kulturverordnung); es geht um eine Minderung des finanziellen Schadens, der aus der Absage, Verschiebung oder eingeschränkter Durchführung von Veranstaltungen und Projekten oder aufgrund betrieblicher Einschränkung infolge der Umsetzung staatlicher Massnahmen entstand (Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Kulturverordnung). Mit den staatlichen Massnahmen sind die behördlichen Anordnungen zur Bekämpfung von SARS-CoV-2 bzw. der Covid-19-Pandemie gemeint (Art. 2 lit. g Covid-19-Kulturverordnung).

E. 6.6.2

Nach Art. 2 lit. a Covid-19-Kulturverordnung gehört der Film zum Kulturbereich. Gemäss den Erläuterungen des BAK zur Covid-19-Kulturverordnung werden die Herstellung und Vermittlung von Filmen inklusive Filmfestivals, Filmtechnik, Filmverleih und ■vertrieb sowie der Betrieb von Kinos umfasst, nicht aber der Handel mit bespielten Ton- und

Bildträgern sowie Videotheken (S. 1 f. in der ursprünglichen Fassung vom 18. Dezember 2020 bzw. S. 1 in der neuesten Fassung vom 13. April 2022 [<https://www.bak.admin.ch> > Themen > COVID-19]). Dass der Kinobetrieb in den Anwendungsbereich von Art. 11 Covid-19-Gesetz und der Covid-19-Kulturverordnung fällt, ist unbestritten.

E. 6.6.3

Innerhalb des Rahmens des vom Bundesrat definierten Kulturbereichs (Art. 2 lit. a Covid-19-Kulturverordnung) ist die Anwendung von Kriterien der Kulturförderung (im vorliegenden Fall der Filmförderung) grundsätzlich sachfremd: Wie sehr ein Kulturunternehmen von den Pandemiebekämpfungsmassnahmen getroffen wurde, kann nicht anhand von Eigenschaften wie dem künstlerischen Anspruch, der Qualität, der Originalität, dem Genre oder der Herkunft der dargebotenen Produktionen bestimmt werden. Die Berücksichtigung solcher Kriterien unterliefe die Absicht des Gesetzgebers, die Auswirkungen der Pandemiebekämpfungsmassnahmen für Kulturunternehmen zu mildern und nicht etwa selektive Kulturförderung zu betreiben bzw. zu ermöglichen.

E. 6.6.4

Zwar ist es zulässig, bei den Unterstützungsmassnahmen das Ziel der Verhinderung einer nachhaltigen Schädigung der Schweizer Kulturlandschaft und des Erhalts der kulturellen Vielfalt mitzuverfolgen (Art. 1 lit. c Covid-19-Kulturverordnung; vgl. vorn E. 5.2). Auch daraus lässt sich jedoch keine Beschränkung der Ausfallentschädigungen auf die Arthouse-Kinos ableiten: Die kulturelle Vielfalt kann dadurch bedroht sein, dass für sie relevante Erzeugnisse mangels Wirtschaftlichkeit bzw. genügender Nachfrage nicht produziert oder eingeführt werden; im Rahmen der Kulturförderung kann diesem Gesichtspunkt Rechnung getragen werden (vgl. Art. 4 des Filmgesetzes vom 14. Dezember 2001 [SR 443.1]). Die Massnahmen der Pandemiebekämpfung betrafen jedoch die Kulturunternehmen grundsätzlich unabhängig davon, ob deren Angebot sich üblicherweise auf dem Markt durchzusetzen vermag oder staatlicher Förderung bedarf. Somit besteht kein sachlicher Grund, die Unterstützung auf Arthouse-Kinos zu beschränken, tragen doch auch die Mainstream-Kinos zur Breite des Gesamtangebots bei und ist die Gefährdung dieses Beitrags durch die Pandemiebekämpfungsmassnahmen nicht von vornherein weniger bedeutsam.

E. 6.6.5

Im Licht der verfassungskonformen Auslegung geht auch die kantonale Kompetenz zur Setzung kulturpolitischer Prioritäten (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Covid-19-Kulturverordnung) nicht so weit, dass die Kantone – in den Worten von Ziff. 6.1 der Richtlinien COVID-Verordnung Kultur des BAK – "nach freiem Ermessen [...] Ausfallentschädigungen auf gewisse Kategorien von Anspruchsberechtigten beschränken" könnten. Dasselbe gälte von einer allfälligen Kompetenz der Kantone, den Begriff des Kulturbereichs nach Art. 2 lit. a Covid-19-Kulturverordnung einzuschränken. Angesichts des Zwecks der Finanzhilfen könnte eine Prioritätenordnung allenfalls aufgrund des Fehlens genügender finanzieller Mittel eine generelle Verweigerung von Ausfallentschädigungen an eine bestimmte Kategorie von Kulturunternehmen, die grundsätzlich zum Bezug berechtigt wären, rechtfertigen. Auf den Mangel an finanziellen Mitteln beruft sich der Beschwerdegegner jedoch nicht; er weist im Gegenteil den Vorwurf finanzpolitischer Motivation zurück (so die Rekursantwort). Anzumerken ist auch, dass der Regierungsrat einzig beim Film und nicht bei den übrigen Kulturbereichen nach Art. 2 lit. a

Covid-19-Kulturverordnung einen Ausschluss grundsätzlich Bezugsberechtigter vorsieht (unter Vorbehalt allenfalls der Nichtberücksichtigung von "DJ ohne künstlerische Invention"), ohne diese Differenzierung zu begründen (vgl. Ziff. 2.2 RRB 1230/2020).

E. 6.6.6

Der generelle Ausschluss von Mainstream-Kinos von den Ausfallentschädigungen lässt sich somit angesichts des Gesetzeszwecks nicht mit kulturpolitischer Prioritätensetzung begründen. Die Prüfung der Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit (vgl. BGr, 10. März 2017, 1C_329/2016, E. 5.6.3 a.E.; BGE 121 I 279 E. 6d/aa) erübrigt sich.

E. 6.6.7

An diesem Ergebnis ändert nichts, dass Unternehmen um Härtefallmassnahmen ersuchen können, wenn sie keinen Anspruch auf andere Covid-19-Finanzhilfen des Bundes haben (Art. 12 Covid-19-Gesetz, besonders Abs. 1 und 2 bis). Zwar bringt die Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Finanzhilfen für unterschiedliche Bereiche (Art. 11, 11a, 11b, 12b und 13 Covid-19-Gesetz sowie der am 31. Dezember 2021 ausser Kraft getretene Art. 14 Covid-19-Gesetz [AS 2020, 3835; 2021, 878]) unweigerlich Abgrenzungen mit sich, und insoweit müssen grundsätzlich die allgemeinen subsidiären Härtefallmassnahmen (Art. 12 Covid-19-Gesetz) für die Wahrung der Rechtsgleichheit genügen. Die Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten bzw. die generelle Verweigerung der Finanzhilfen im Kulturbereich an eine bestimmte Gruppe von Kulturunternehmen nach Gesichtspunkten der Kulturförderung lässt sich damit aber nicht rechtfertigen. Dies gilt umso mehr, als Art. 12 Covid-19-Gesetz die Härtefallmassnahmen von zahlreichen Voraussetzungen abhängig macht.

E. 6.6.8

Ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin von den Ausfallentschädigungen für Kulturunternehmen bereits vor der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) nicht standhält oder ob diese aufgrund der subsidiären Möglichkeit einer Unterstützung durch Härtefallmassnahmen gewahrt ist, braucht nicht geprüft zu werden.

E. 7.1

Die angefochtene Verfügung ist somit wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten (Art. 27 in Verbindung mit Art. 94 Abs. 1 BV) bzw. mit den verfassungskonform ausgelegten bundesrechtlichen Grundlagen aufzuheben. Die weiteren vorgebrachten Rügen – namentlich: Ungleichbehandlung mit anderen Kinos der Kategorie 4 gemäss der Liste "Angebotsvielfalt 2017–2019" des BAK und vor allem im Zusammenhang damit Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), rechtsverletzende Anwendung von Ziff. 2.2 RRB 1230/2020 sowie mangelnde Koordination mit dem Entscheid über das Gesuch um Härtefallmassnahmen für Unternehmen nach Art. 12 Covid-19-Gesetz – brauchen nicht geprüft zu werden.

E. 7.2

Hebt das Verwaltungsgericht die angefochtene Anordnung auf, so entscheidet es selbst (§ 63 Abs. 1 VRG), oder es kann die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen (§ 64 Abs. 1 VRG). Auch die Rückweisung an eine untere Instanz, die sogenannte Sprungrückweisung, ist zulässig (Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 64 N. 4).

E. 7.3

Beide Parteien ersuchen eventualiter um Rückweisung der Sache an die Fachstelle Kultur zur Neubeurteilung, sofern der Beschwerdeführerin eine Ausfallentschädigung zugesprochen werde. Die Fachstelle Kultur begründet dies wie folgt: Weil sie die Beschwerdeführerin nicht als Kulturunternehmen zugelassen habe, habe sie den behaupteten Schaden nicht geprüft, was aber zur Berechnung der Ausfallentschädigung unabdingbar sei. Insofern erweist sich der Sachverhalt als nicht geklärt, weshalb die Angelegenheit zur Prüfung des Schadens und zur Berechnung der Ausfallentschädigung sowie zum Neuentscheid an die Fachstelle Kultur zurückzuweisen ist.

E. 8

Praxisgemäss entspricht eine Rückweisung bei offenem Ausgang des Verfahrens einem vollen Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (VGr, 14. Januar 2021, VB.2019.00208, E. 9.2 mit Hinweisen). Die Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens sind somit dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VRG, teilweise in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Die Bemessung der Gerichtsgebühr richtet sich nach § 2 und § 3 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (LS 175.252). Sodann hat der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 10'000.- zu entrichten (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 9.1

Gegen Entscheide betreffend Subventionen steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) nur offen, wenn ein Anspruch auf die Subvention besteht (Art. 83 lit. k BGG). Ansonsten kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

E. 9.2

Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide sind als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 BGG zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2). Die vorliegende Rückweisung ist daher vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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