

Dr. Andrea Töndury

## Befangenheit bei Überkreuz-Beurteilungen

Zur Ausstandspflicht bei der Behandlung von Filmförderungsgesuchen

---

Bei den Mitgliedern der Filmförderungskommission des Bundes handelt es sich um nebenamtliche Amtsträger. Hauptberuflich sind sie allesamt im Filmgeschäft tätig, u.a. als Produzenten und Regisseure. Ist ein solches Mitglied an einem Beitragsgesuch als Privatperson beteiligt, muss es bei der Beurteilung in den Ausstand treten. Es stellt sich darüber hinaus die Frage nach dem Umfang dieser Ausstandspflicht. Für die Beantwortung ist insbesondere massgebend, dass wechselseitige Gesuchsbeurteilungen den objektiven Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen.

---

Rechtsgebiet(e): Kultur. Kunst

Zitiervorschlag: Andrea Töndury, Befangenheit bei Überkreuz-Beurteilungen, in: Jusletter 31. Mai 2010

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
  - 1. Sachverhalt
  - 2. Fachkommission Filmförderung
    - 2.1 Gesetzliche Regelung
    - 2.2 Ausschuss «Spielfilm»
  - 3. Ablauf der Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009
- II. Regelung der Ausstandspflicht
  - 1. Rechtliche Grundlagen
  - 2. Befangenheitsmassstab
  - 3. Ausstandsgründe
    - 3.1 Übersicht
    - 3.2 Befangenheit aufgrund eines persönlichen Interesses
    - 3.3 Befangenheit aus «anderen Gründen»
  - 4. Persönlicher und zeitlicher Umfang der Ausstandspflicht
  - 5. Rechtsfolgen der Verletzung
- III. Folgerungen
- Literaturauswahl

## I. Ausgangslage

### 1. Sachverhalt

[Rz 1] Am 8. bis 10. Juni 2009 fand eine Sitzung des Ausschusses «Spielfilm» der Fachkommission Filmförderung statt. Verschiedene Ausschussmitglieder hatten selbst Gesuche gestellt, welche anlässlich dieser Sitzung bewilligt wurden. Die beiden Filmproduzentenverbände GARP (Gruppe Autoren, Regisseure, Produzenten) und SFP (Swiss Film Producers' Association) reichten am 30. Juli 2009 eine Aufsichtsbeschwerde gegen das Bundesamt für Kultur (BAK) ein. In dieser Beschwerde wurde unter anderem vorgebracht, das BAK bzw. einzelne Mitglieder des Ausschusses «Spielfilm» hätten bei der Einberufung und Durchführung der Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009 die Ausstandsregeln verletzt.<sup>1</sup> Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) vertrat in seinem Entscheid vom 5. Oktober 2009 die Ansicht, die Ausstandsregeln seien an der erwähnten Sitzung eingehalten worden.<sup>2</sup>

### 2. Fachkommission Filmförderung

#### 2.1 Gesetzliche Regelung

[Rz 2] Der Bund verfügt im Bereich der Filmproduktion über eine parallele Förderungskompetenz (Art. 71 Abs. 1 BV).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Aufsichtsbeschwerde vom 30. Juli 2009 (abrufbar unter [www.garp-sfp.ch/images/documents/Aufsichtsbeschwerde\\_GARP-SFP.pdf](http://www.garp-sfp.ch/images/documents/Aufsichtsbeschwerde_GARP-SFP.pdf) [besucht am 30. 04.2010]).

<sup>2</sup> Entscheid des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) vom 5. Oktober 2009 betreffend die Aufsichtsbeschwerde vom 30. Juli 2009, S. 3/13 (abrufbar unter [www.edi.admin.ch/dokumentation/00338/index.html?lang=de](http://www.edi.admin.ch/dokumentation/00338/index.html?lang=de) [besucht am 30. 04.2010]).

<sup>3</sup> Vgl. BIAGGINI, Rz. 4 zu Art. 71 BV ff. Nach Art. 71 Abs. 2 BV kann der Bund zudem Vorschriften zur Förderung der Vielfalt und der Qualität des Filmangebots erlassen.

Das auf dieser Grundlage erlassene Filmgesetz sieht vor, dass Finanzhilfen und andere Formen der Unterstützung im Bereich Filmförderung vom zuständigen Bundesamt (BAK) zugesprochen werden (Art. 14 FiG). Wenn es dem Bundesamt an Sachkenntnis mangelt, lässt es die Gesuche durch Fachkommissionen oder beauftragte Experten oder Expertinnen begutachten. Art. 26 FiG konkretisiert sodann, dass das Departement Fachkommissionen zur Begutachtung von Förderungsgesuchen einsetzt.<sup>4</sup> Es handelt sich bei diesen Fachkommissionen um ausserparlamentarische Kommissionen, welche mit den Art. 57a bis Art. 57g RVOG eine gesetzliche Normierung erfahren haben.<sup>5</sup> Die entsprechenden Regelungen sind in den Art. 8a ff. RVOG auf Verordnungsebene konkretisiert worden.<sup>6</sup>

[Rz 3] Die ständige Fachkommission Filmförderung wird durch das Departement bestellt, das auch Organisation und Verfahren im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben festlegt.<sup>7</sup> Die Fachkommission ist in verschiedene ständige Ausschüsse unterteilt worden – der Ausschuss «Spielfilm» ist einer davon (Art. 21 Abs. 1 FiFV). Die Bildung solcher Ausschüsse ist in den massgebenden Bundesgesetzen nicht vorgesehen, sondern ergibt sich lediglich aus der Verordnung des EDI.

[Rz 4] Auf die Arbeit der Fachkommission findet zunächst das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes Anwendung (Art. 1 Abs. 2 lit. d VwVG; Art. 2 und 3 VwVG e contrario). Sodann sind die Bestimmungen der FiFV, welche das Verfahren eingehender regeln, anwendbar, sofern sie den Bestimmungen des VwVG nicht widersprechen (Art. 4 VwVG). Massgebend sind vorliegend die Art. 17 ff. FiFV. Die Kommissionen [gemeint sind i.c. die Ausschüsse] geben nach Beratung und Abstimmung eine Empfehlung an das Bundesamt (Art. 23 Abs. 4 FiFV). Das Bundesamt folgt in der Regel dem Antrag der begutachtenden Kommission, wobei eine abweichende Entscheidung zu begründen ist (Art. 25 Abs. 1 FiFV). Dem Ausschuss «Spielfilm» kommt folglich eine beratende und vorbereitende Funktion zu, mithin handelt es sich um eine Verwaltungskommission (vgl. Art. 8a RVOG). Die Amtsdauer der Mitglieder beträgt vier Jahre (Art. 57c Abs. 3 RVOG).

[Rz 5] Ausserparlamentarische Kommissionen dürfen in der

<sup>4</sup> Vgl. zu den Kommissionen im Bereich Film ROLF H. WEBER/ROLAND UNTERNÄHRER/RENA ZULAUF, Schweizerisches Filmrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 86 f. Gemäss Botschaft des Bundesrates wurden die Fachkommissionen «im selben Sinne» wie in Art. 25 FiG im Grundsatz geregelt (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur [Filmgesetz, FiG] vom 18. September 2000, BBI 2000 5429, 5458).

<sup>5</sup> Vgl. Botschaft über die Neuordnung der ausserparlamentarischen Kommissionen (Änderung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes und weiterer Erlasse) vom 12. September 2007, BBI 2007 6641.

<sup>6</sup> Die Fachkommissionen Filmförderung sind gesetzlich statuiert worden, da die Aufgabenerfüllung – d.h. die Begutachtung von Gesuchen namentlich im Bereich «Spielfilm» – besonderes Fachwissen erfordert, das in der Bundesverwaltung nicht vorhanden ist (Art. 26 FiG i.V.m. Art. 57b lit. a RVOG).

<sup>7</sup> Vgl. BBI 2000 5429, 5458.

Regel nicht mehr als 15 Mitglieder umfassen (Art. 57e Abs. 1 RVOG). Eine Überschreitung der gesetzlichen Höchstzahl an Mitgliedern ist nur ausnahmsweise gestattet (vgl. Art. 8d RVOG). Die Fachkommission Filmförderung besteht aus 13 Mitgliedern und 16 Ersatzmitgliedern.<sup>8</sup> Die grosse Zahl von Ersatzmitgliedern zeigt auf, dass es sich um ein Sachgebiet handeln muss, in welchem häufig mit einem Ausfall bzw. einem Ausstand ständiger Mitglieder zu rechnen ist.<sup>9</sup> Art. 57e Abs. 2 RVOG fordert sodann, dass Fachkommissionen unter Berücksichtigung ihrer Aufgaben nach Geschlecht, Sprache, Region, Alters- und Interessengruppen ausgewogen zusammengesetzt sein müssen. Diese Vorschrift soll eine repräsentative Zusammensetzung der Kommissionen sicherstellen. Mit dem Kriterium der «Aufgabe» soll zudem erreicht werden, dass sich die konkrete Zusammensetzung einer Kommission an der Art der wahrzunehmenden Aufgabe orientiert.<sup>10</sup>

[Rz 6] Die Kommissionsmitglieder müssen vor der Wahl ihre Interessenbindungen offenlegen (Art. 57f RVOG),<sup>11</sup> etwa die beruflichen Tätigkeiten, Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien von Körperschaften oder dauernde Leitungstätigkeiten für schweizerische und ausländische Interessengruppen (Art. 8f Abs. 1 lit. a, b und d RVOG). Jede Änderung der Interessenbindungen hat das Kommissionsmitglied unverzüglich dem zuständigen Departement zu melden. Die Interessenbindungen sind darüber hinaus in einem Verzeichnis niederzulegen (Art. 8k Abs. 3 RVOG), welches ab der nächsten Gesamterneuerungswahl 2011 durch die Bundeskanzlei in elektronischer Form veröffentlicht werden wird.<sup>12</sup> Mit der Offenlegungspflicht soll der Vorgabe der repräsentativen Zusammensetzung Nachachtung verschafft werden.<sup>13</sup>

## 2.2 Ausschuss «Spielfilm»

[Rz 7] Der Begutachtungsausschuss «Spielfilm» der Fachkommission Filmförderung ist mit fünf ständigen Mitgliedern besetzt. Drei Mitglieder sind selbst als Produzenten oder Regisseure im Filmgeschäft tätig bzw. sind Organe und/oder Teilhaber von Gesellschaften, welche Förderungsgesuche einreichen. Es handelt sich um folgende Personen:<sup>14</sup>

«**B**» (Präsident), Geschäftsführer der «Productions»

«**F**», Verwaltungsratsmitglied der «Pictures»

«**A**», Geschäftsführerin der «FILM»

[Rz 8] Die beiden anderen ständigen Mitglieder «**C**» und «**D**» sind nicht in der Filmproduktion tätig.<sup>15</sup> Darüber hinaus steht eine Vielzahl von Ersatzmitgliedern zur Verfügung, falls ordentliche Mitglieder verhindert sind oder in den Ausstand treten müssen.<sup>16</sup>

[Rz 9] Die Filmschaffenden waren bis Mai 2009 in zwei Verbänden zusammengeschlossen, einerseits im Verband GARP, andererseits im Verband SFP. Im Mai 2009 ist zusätzlich die Interessengemeinschaft unabhängige Schweizer Filmproduzenten (IG) gegründet worden.<sup>17</sup> Diese setzt sich von den beiden oben genannten Verbänden massgeblich ab, indem sie etwa die Anliegen von GARP und SFP gemäss Aufsichtsanzeige vom 30. Juli 2009 ausdrücklich nicht unterstützt.<sup>18</sup>

[Rz 10] Die IG wurde von drei der fünf ständigen Mitglieder des Ausschusses «Spielfilm» mit ins Leben gerufen, nämlich vom Präsidenten **B**, von Herrn **F** und von Frau **A**. Dies ist vorliegend deshalb von Bedeutung, weil mittels der Bildung von drei ständigen Ausschüssen die Fachkommission Filmförderung personell aufgesplittet worden ist. Nur noch sehr wenige Personen entscheiden als ständige Mitglieder über Gesuche, weshalb auf die Repräsentation innerhalb dieser kleinen Gremien besonderes Gewicht zu legen ist. Die Mehrheit der Expertinnen und Experten des Ausschusses «Spielfilm» gehört heute der neuen Interessengruppe an. Die beiden anderen Verbände sind von einer Vertretung im Ausschuss faktisch ausgeschlossen.

[Rz 11] Dementsprechend ist bezüglich des gebildeten Ausschusses und dessen personeller Zusammensetzung einerseits festzuhalten, dass Art. 26 Abs. 1 FiG ausdrücklich die Einsetzung von «Fachkommissionen» fordert. Diese Vorgabe wurde mittels Bildung von ständigen Ausschüssen auf Stufe einer unselbstständigen Departementsverordnung ausgehebelt, was als unzulässig erscheint.<sup>19</sup> Andererseits widerspricht die gegenwärtige Besetzung des Ausschusses «Spielfilm» der gesetzlichen Verpflichtung einer ausgewoge-

<sup>8</sup> Vgl. [www.admin.ch/ch/d/cf/ko/index\\_10189\\_stat.html](http://www.admin.ch/ch/d/cf/ko/index_10189_stat.html) [besucht am 30.04.2010].

<sup>9</sup> Vgl. [www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/00488/index.html?lang=de](http://www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/00488/index.html?lang=de) (besucht am 30.04.2010).

<sup>10</sup> BBl 2007 6641, 6654 f. Die Eidgenössischen Räte nahmen den entsprechenden Entwurf des Bundesrates im Ergebnis unverändert an (vgl. dazu BBl 2008 2303).

<sup>11</sup> Die Offenlegung ist eine Wählbarkeitsvoraussetzung (Art. 57f Abs. 2 RVOG; BBl 2007 6641, 6655).

<sup>12</sup> Abs. 2 Übergangsbestimmung RVOG.

<sup>13</sup> BBl 2007 6641, 6655.

<sup>14</sup> Die Buchstabenbezeichnung der Mitglieder entspricht den vom EDI vorgenommenen Anonymisierungen im Entscheid vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

<sup>15</sup> Vgl. auch [www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/01364/01365/index.html?lang=de#sprungmarke0\\_3](http://www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/01364/01365/index.html?lang=de#sprungmarke0_3) (besucht am 30.04.2010).

<sup>16</sup> Vgl. die Ersatzmitglieder («Pool») unter [www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/01364/01365/index.html?lang=de#sprungmarke0\\_6](http://www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/01364/01365/index.html?lang=de#sprungmarke0_6) (besucht am 30.04.2010).

<sup>17</sup> [www.independentproducers.ch](http://www.independentproducers.ch) (besucht am 30.04.2010).

<sup>18</sup> Vgl. [www.artfilm.ch/blog/2795\\_de](http://www.artfilm.ch/blog/2795_de) (besucht am 30.04.2010).

<sup>19</sup> Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 40 Ziff. 2. Dem Departement ist lediglich die Kompetenz übertragen worden, Organisation und Verfahren zu regeln (Art. 26 Abs. 2 FiG).

nen Berücksichtigung der Interessengruppen nach Art. 57e Abs. 2 RVOG.<sup>20</sup>

### 3. Ablauf der Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009

[Rz 12] Der Ausschuss «Spielfilm» führt pro Jahr vier Sitzungen durch. Im Jahr 2009 fanden diese an folgenden Daten statt:<sup>21</sup>

1. Sitzung vom 30. März bis 1. April 2009
2. Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009
3. Sitzung vom 14. bis 16. September 2009
4. Sitzung vom 9. bis 11. Dezember 2009

[Rz 13] Gemäss dem Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009 wurden die Sitzungen seit Juni 2008 in Sitzungen einerseits für die Drehbuchbeiträge und die minoritären Koproduktionen sowie andererseits für die übrigen Herstellungsbeiträge aufgetrennt<sup>22</sup> (im Folgenden als «**Teilsitzungen**» bezeichnet). Über Drehbücher und minoritäre Koproduktionen wird an der ersten Teilsitzung, über die übrigen Herstellungsbeiträge hingegen an der zweiten Teilsitzung entschieden.<sup>23</sup>

[Rz 14] Für minoritäre Koproduktionen ist im Verteilplan ein Betrag gesondert ausgeschieden, sodass die Beurteilung der entsprechenden Gesuche gemäss EDI keinen finanziellen Einfluss auf die Kategorien «Drehbücher» und «Herstellung» hat.<sup>24</sup> Hingegen sind die Gesuche über Drehbücher und Herstellung finanziell miteinander verbunden, obschon die Beiträge an unterschiedlichen Teilsitzungen zugesprochen werden. Das EDI führt dazu aus, die Beiträge für Drehbücher seien «betragsmässig so klein (Höchstbeitrag CHF 30'000, allenfalls CHF 70'000)», dass sie nicht geeignet seien, «die Chancen eines Projektes für einen Herstellungsbeitrag (Höchstbetrag CHF 1'000'000) zu beeinflussen».<sup>25</sup> Massgebend erscheint indes bereits die blossе Tatsache der finanziellen Wechselwirkung zwischen den Kategorien «Drehbücher» und «Herstellung».<sup>26</sup> Die Teilsitzungen sind

zudem einerseits örtlich und zeitlich,<sup>27</sup> andererseits vor allem personell miteinander verbunden. Letzteres blendet das EDI in seinem Entscheid gänzlich aus.

[Rz 15] An der in Frage stehenden Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009 wurden die Beitragsgesuche von ständigen Mitgliedern des Ausschusses<sup>28</sup> «gemäss der vom BAK dargelegten aktuellen Praxis»<sup>29</sup> in folgender Zusammensetzung gemäss nachstehender Tabelle beurteilt:<sup>30</sup>

Kategorie / Betrag	Mitglieder	Ausstand (Interessenbindung)
<b>1. Teilsitzung</b> Kategorie «Drehbücher» CHF 45'000	C D E <b>Herr F</b> G	<b>Frau A</b> (Geschäftsführerin «FILM»)
Kategorie «minoritäre Koproduktionen» CHF 350'000	C D E <b>Herr F</b> <b>Frau A</b>	<b>Präsident B</b> (Geschäftsführer «Productions»)
<b>2. Teilsitzung</b> Kategorie «Herstellung» CHF 680'000	C D E <b>Präsident B</b> <b>Frau A</b>	<b>Herr F</b> (VR «Pictures»)

[Rz 16] Die Abfolge der Gesuchsbeurteilungen zeigt in Bezug auf die Mitglieder **F**, **A** und **B** folgendes Bild:<sup>31</sup>

- Herr **F** hat zunächst an der ersten Teilsitzung über das Gesuch von Frau **A** mitentschieden im Wissen, dass diese an der zweiten Teilsitzung gemeinsam mit dem Präsidenten **B** über sein Gesuch urteilen würde. Er hat desgleichen zusammen mit Frau **A** an der ersten Teilsitzung das Gesuch des Präsidenten **B** gutgeheissen, der in der Folge seinen Antrag beurteilte.
- Frau **A** ist an der ersten Teilsitzung lediglich für die Beurteilung der Kategorie «Drehbücher» in den Ausstand getreten, hat dann dennoch gemeinsam mit Herrn **F** das Gesuch betreffend minoritäre Koproduktion des Präsidenten **B** mitbeurteilt. Danach hat sie mit dem Präsidenten **B** zusammen an der zweiten Teilsitzung das Gesuch von Herrn **F** gutgeheissen, der zuvor ihren Drehbuchbeitrag positiv beurteilt hatte.
- Präsident **B** hat an der zweiten Teilsitzung gemeinsam

<sup>20</sup> Für die Vorgabe der repräsentativen Zusammensetzung nicht massgebend ist Art. 8f Abs. 1 RVOV, welcher nur die aktive Offenlegungspflicht der Mitglieder regelt.

<sup>21</sup> [www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/03152/03177/index.html?lang=de](http://www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/03152/03177/index.html?lang=de) (besucht am 30.04.2010). Im Jahr 2010 fand bisher eine Sitzung statt (8. bis 10. März 2010; vgl. [www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/02240/index.html?lang=de](http://www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/02240/index.html?lang=de) [besucht am 30.04.2010]).

<sup>22</sup> Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

<sup>23</sup> Vgl. Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

<sup>24</sup> Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

<sup>25</sup> Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13. Die Aussagen des EDI bezüglich der inhaltlichen und finanziellen Auftrennung der Sitzungen sind somit widersprüchlich, wenn an anderer Stelle behauptet wird, die Sitzungen seien «seit Juni 2008 lediglich zeitlich und örtlich, aber nicht inhaltlich oder finanziell miteinander verbunden».

<sup>26</sup> Dem BAK wurde im Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009 denn auch

empfohlen, eine Ausscheidung der Drehbuchbeiträge in finanztechnischer Hinsicht zu prüfen (S. 4/13). Zumindest die Resultate sind im Internet heute unterteilt in die Kategorien «Spielfilm – Drehbuch» und «Spielfilm – Herstellung» aufgeführt (vgl. [www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/03152/index.html?lang=de](http://www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/03152/index.html?lang=de) [besucht am 30.04.2010]).

<sup>27</sup> Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

<sup>28</sup> [www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/03152/03177/index.html?lang=de#sprungmarke0\\_1](http://www.bak.admin.ch/themen/kulturfoerderung/00486/03152/03177/index.html?lang=de#sprungmarke0_1) (besucht am 30.04.2010).

<sup>29</sup> Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

<sup>30</sup> Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

<sup>31</sup> In der Folge wird nur das betroffene Mitglied erwähnt, nicht aber die gesuchstellende Gesellschaft.

mit Frau **A** über den Herstellungsbeitrag an Herrn **F** entschieden im Wissen, dass diese beiden Mitglieder zuvor sein Gesuch gutgeheissen hatten.

[Rz 17] Die Teilsitzungen finden somit (1) im gleichen Zeitraum, (2) am gleichen Ort und (3) unter Teilnahme der gleichen Expertinnen und Experten statt. Die Gesuchsbeurteilungen der Kategorie Drehbücher an der ersten Teilsitzung und der Kategorie Herstellung an der zweiten Teilsitzung standen ferner an der in Frage stehenden Sitzung in einer finanziellen Wechselwirkung.<sup>32</sup> Die Tatsache, dass die Mitglieder über mehrere Tage gemeinsam am gleichen Ort verweilen und nicht nur innerhalb, sondern auch ausserhalb der Teilsitzungen miteinander kommunizieren, muss zudem zu einer noch verstärkten **personellen Verbundenheit** führen. Die betroffenen Mitglieder haben ihre Gesuche dennoch gegenseitig begutachtet. Es ist dementsprechend im Folgenden zu beurteilen, ob eine Sitzungsorganisation, welche derartige «Überkreuz-Beurteilungen» ermöglicht, den rechtlichen Vorgaben entspricht bzw. ob an der Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009 die Ausstandspflicht durch die Mitglieder des Ausschusses «Spielfilm» beachtet oder missachtet wurde.

## II. Regelung der Ausstandspflicht

### 1. Rechtliche Grundlagen

[Rz 18] Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Rechtsprechung und Lehre leiten aus diesem verfassungsrechtlichen Grundsatz einen Mindestanspruch auf unbefangene Entscheidträger in der Verwaltung ab.<sup>33</sup> Mit anderen Worten fordert bereits die Bundesverfassung, dass befangene Personen keine Entscheide fällen. Dieser verfahrensrechtliche Anspruch ist formeller Natur,<sup>34</sup> d.h. seine Verletzung führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides bzw. der angefochtenen Verfügung.<sup>35</sup> Es müssen grundsätzlich alle Verfahrenshandlungen, die sich auf einen Entscheid auswirken können, aufgehoben werden, wenn sie von einem ausstandspflichtigen Behördenmitglied oder unter Beteiligung eines solchen vorgenommen wurden. Die bundesgerichtliche Praxis lässt ausnahmsweise eine Heilung zu.<sup>36</sup>

[Rz 19] Die Zielsetzung von Art. 29 Abs. 1 BV wird in Kantonen und Bund in aller Regel durch die Verankerung entsprechender Ausstandsnormen erreicht. Ausstandsnormen verbieten dem betroffenen Amtsträger, die aus dem Amt fließenden Rechte in einem konkreten Fall auszuüben. Es wird dabei zwischen obligatorischen (d.h. zwingenden, absoluten) und fakultativen (d.h. «relativen») Ablehnungsgründen unterschieden. Bei Vorliegen eigentlicher Ausschlussgründe gilt die Wahrscheinlichkeit der Befangenheit als besonders hoch, weshalb der Amtsträger zwingend in den Ausstand treten muss. Falls dagegen blosser Ablehnungsgründe vorliegen, besteht eine Ausstandspflicht erst dann, wenn eine betroffene Partei oder die Amtsperson selbst den Ausstand verlangen. Der Bund kennt lediglich Ausschlussgründe, d.h. bei Vorliegen entsprechender Sachverhalte ist es unerlässlich, dass der betroffene Amtsträger in den Ausstand tritt.<sup>37</sup>

[Rz 20] Die Ausstandsregel ist im Bund für das Verwaltungsverfahren in Art. 10 VwVG im Sinne und Rang eines allgemeinen Verfahrensgrundsatzes niedergelegt worden.<sup>38</sup> Die Bestimmung findet demnach Anwendung auf das Verfahren für Finanzhilfen gemäss Art. 8 FiG i.V.m. Art. 17 ff. FiFV. Im Filmgesetz wurde keine abweichende oder zusätzliche spezielle Ausstandspflicht bezüglich der Mitglieder von Fachkommissionen statuiert. Mit dem Begriff «Fachkommissionen» bringt das Filmgesetz in Art. 26 FiG einzig zum Ausdruck, dass deren Mitglieder über entsprechenden Sachverstand verfügen müssen. Die Sachverständigen haben dementsprechend bei ihrer Tätigkeit bereits aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 29 Abs. 1 BV und entsprechend Art. 10 VwVG zwingend unabhängig zu sein. Eine Abweichung von den Ausstandsregeln müsste in einem Bundesgesetz selbst vorgesehen sein,<sup>39</sup> sofern eine solche überhaupt als zulässig beurteilt werden dürfte.<sup>40</sup>

[Rz 21] Die Erfordernisse des Sachverstands einerseits und der Unabhängigkeit andererseits stehen in einem Spannungsverhältnis. Der gewünschte Sachverstand im Bereich Film führt in der Praxis dazu, dass eine Vielzahl von Expertinnen und Experten – und damit potenziellen Kommissionsmitgliedern – selbst Gesuche um Filmförderungen stellt bzw. in entsprechenden Unternehmungen tätig ist. Im Filmgesetz bzw. in der Verordnung des EDI sind aber im Gegensatz zu anderweitig vorgesehenen Kommissionen des Bundes keine Unvereinbarkeitsnormen verankert worden.<sup>41</sup> Bei Unverein-

<sup>32</sup> Dem BAK wurde empfohlen, Massnahmen in finanztechnischer Hinsicht zu prüfen (vgl. Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 4/13).

<sup>33</sup> KIENER/KÄLIN, S. 416; SCHINDLER, S. 47, S. 51 ff.; FELLER, Rz. 1 zu Art. 10 VwVG; STEINMANN, Rz. 18 zu Art. 29 BV; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 17 zu Art. 10 VwVG; BGE 127 I 196, E. 2b.

<sup>34</sup> BIAGGINI, Rz. 8 zu Art. 29 BV; ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1668; KÖLZ/BOSSHARD/RÖHL, Rz. 7 zu § 5a VRG; SCHINDLER, S. 171 f.

<sup>35</sup> Vgl. BGE 127 I 128 E. 4d; BGE 126 V 130 E. 2b.

<sup>36</sup> BGE 119 Ia 13 E. 3a; SCHINDLER, S. 215 ff.

<sup>37</sup> Vgl. SCHINDLER, S. 58.

<sup>38</sup> FELLER, Rz. 5 zu Art. 10 VwVG.

<sup>39</sup> Vgl. die gesetzliche Spezialbestimmung von Art. 22 Abs. 2 KG, wonach ein persönliches Interesse oder ein anderer Grund der Befangenheit in der Regel nicht gegeben ist, wenn ein Mitglied der Wettbewerbskommission einen übergeordneten Verband vertritt.

<sup>40</sup> Es stellt sich u.a. die Frage, ob eine derartige Bestimmung die EMRK verletzt, da sie die Grundregeln des ordentlichen Verfahrens nach VwVG ausser Kraft setzt (vgl. BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 44 zu Art. 10 VwVG mit Hinweisen).

<sup>41</sup> Vgl. etwa Art. 21 Abs. 1 Satz 3 StromVG.

barkeitsnormen handelt es sich um ein organisationsrechtliches Mittel, mit dessen Hilfe Interessenkollisionen nicht nur im Einzelfall, sondern generell und präventiv verhindert werden können.<sup>42</sup>

[Rz 22] Die evidenten Gefahr von Interessenkonflikten kann vorliegend deshalb nicht von der Hand gewiesen werden, weil keine grundsätzliche, institutionelle Unabhängigkeit der Kommissionsmitglieder vorgesehen ist.<sup>43</sup> Die Problematik wird noch verschärft, da es sich bei der Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses «Spielfilm» um Personen handelt, die für sich selbst Gesuche um Filmförderungsbeiträge stellen bzw. die Beteiligte oder Organe von Gesellschaften sind, welche solche Anträge stellen. Die unabhängigen Sachverständigen sind demzufolge bei der Beurteilung der Gesuche im Falle der vorgesehenen Zusammensetzung in der Minderheit. Vor dem Hintergrund, dass eine massgebende Beeinflussung eines Entscheides bereits durch eine (starke) institutionell gebundene Minderheit nicht ausgeschlossen werden kann,<sup>44</sup> erscheint die Zusammensetzung des Ausschusses – neben der fehlenden Repräsentanz<sup>45</sup> – auch aus diesem Grund als rechtlich unbefriedigend.

## 2. Befangenheitsmassstab

[Rz 23] Die Ausstandspflicht verfolgt den Zweck, jede Befangenheit oder Interessenkollision eines Behördenmitglieds sowie **jeden derartigen Anschein** zu vermeiden. Mittels der Ausstandspflicht soll die objektive Prüfung eines Gesuchs durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden.<sup>46</sup> Es ist dabei nicht erforderlich, dass Amtsträger in der Sache tatsächlich befangen sind, sondern es ist allein die Frage zu beantworten, ob sie es sein könnten.<sup>47</sup> Es müssen mit anderen Worten Tatsachen vorliegen, die ein Misstrauen in die Objektivität des Urteils der betreffenden Person begründen.

[Rz 24] Der Anspruch auf Ausstand Befangener steht in einem gewissen Gegensatz zum Anspruch auf gesetzmässige Zusammensetzung der Behörde, was zu einer Einschränkung der Ausstandspflicht auf objektiv nachvollziehbare

Befürchtungen führen muss.<sup>48</sup> Vorliegend ist allerdings zu beachten, dass der Ausschuss «Spielfilm» seine Grundlage nicht in einem Gesetz findet, sondern lediglich in der Filmförderungsverordnung des EDI. Die personelle Zusammensetzung ist mithin nicht gesetzlich determiniert; massgebendes gesetzliches Kriterium ist gemäss Art. 26 FiG einzig das Fachwissen. Dementsprechend sind mögliche Interessenkollisionen zwischen Gesuchstellern und Kommissionsmitgliedern nicht leichthin in Kauf zu nehmen. Die Entscheidungsträger müssen im Gegenteil «eine sehr hohe persönliche und sachliche Integrität aufweisen».<sup>49</sup> Das System der Bundeshilfe wird vorliegend durch den Ausstand eines oder mehrerer gewählter Kommissionsmitglieder von vorneherein nicht in Frage gestellt, da eine Vielzahl kompetenter Ersatzmitglieder zur Verfügung steht (vgl. vorne Rz. 5).<sup>50</sup> Demzufolge ist unbedingt auf eine Organisation und eine personelle Zusammensetzung zu achten, welche eine unabhängige Beurteilung von Gesuchen sicherstellen.

[Rz 25] Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es hingegen nicht an.<sup>51</sup> Bloss allgemeine Vorwürfe der Befangenheit, beispielsweise andere Ansichten in Grundsatzfragen oder der Umstand, dass die herrschende Praxis in einer bestimmten Frage eine Beschwerde als wenig Erfolg versprechend erscheinen lässt, begründet für sich noch keine konkreten Anhaltspunkte für eine Befangenheit.<sup>52</sup> Für verwaltungsinterne Verfahren nach Art. 29 Abs. 1 BV gilt nach umstrittener bundesgerichtlicher Rechtsprechung zudem nicht der gleich strenge Massstab wie gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK für unabhängige richterliche Behörden.<sup>53</sup> Unabhängig davon ist jedoch ausreichend, wenn der Anschein der Befangenheit durch **objektive Umstände und vernünftige Gründe glaubhaft** dargetan erscheint.<sup>54</sup> Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände sind dabei jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde zu gewichten.<sup>55</sup>

<sup>42</sup> Die Regelungen verbieten beispielsweise die Kumulation von Ämtern und Nebenbeschäftigungen sowie die Beschäftigung mehrerer naher Verwandter in derselben Behörde. Unvereinbarkeitsvorschriften fordern dementsprechend von einer betroffenen Amtsperson, dass sie im Falle der Anstellung oder Wahl die inkompatible Beschäftigung aufgibt (SCHINDLER, S. 58).

<sup>43</sup> WEBER UND ZULAUF haben bereits im Frühjahr 2003 auf das damit verbundene Risiko hingewiesen (WEBER/ZULAUF, Rz. 23).

<sup>44</sup> Vgl. dazu BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 13 zu Art. 10 VwVG, welche eine entsprechende Kritik an Art. 18 Abs. 2 KG anbringen.

<sup>45</sup> Die Zusammensetzung des gesetzlich nicht vorgesehenen Ausschusses «Spielfilm» steht wie dargelegt in Widerspruch zu Art. 57e Abs. 2 RVOG.

<sup>46</sup> BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 2 zu Art. 10 VwVG; KÖLZ/HÄNER, Rz. 247; BGE 127 I 196, E. 2b; BGE 119 V 456 E. 5b.

<sup>47</sup> BGE 97 I 91 E. 3 S. 94 f.; BGE 120 IV 226 E. 4b S. 236 f.

<sup>48</sup> Vgl. VPB 64.2 (Entscheid des Bundesrates vom 8. September 1999), E. 6.1.3.

<sup>49</sup> WEBER/ZULAUF, Rz. 23.

<sup>50</sup> Vgl. die gegenteilige Sachlage gemäss VPB 64.2 (Entscheid des Bundesrates vom 8. September 1999), E. 6.1.3.

<sup>51</sup> BGE 111 Ia 259 E. 3a S. 263; BGE 97 I 91 E. 2 S. 94.

<sup>52</sup> Vorbehalte zu diesem Grundsatz bei BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 11 zu Art. 10 VwVG.

<sup>53</sup> Vgl. BGE 125 I 209 E. 8; BGE 112 Ia 142 E. 2d S. 147; Anderer Ansicht etwa BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 19 zu Art. 10 VwVG; KIENER, S. 78 f. KÖLZ/HÄNER vertreten diese Meinung insbesondere in Bezug auf die Befangenheit aus persönlichen Interessen (KÖLZ/HÄNER, Rz. 249 ff.).

<sup>54</sup> Dazu SCHINDLER, S. 92 ff.; FELLER, Rz. 15 zu Art. 10 VwVG; BGE 133 I 89 E. 3.2 S. 92.

<sup>55</sup> BGE 127 I 196 E. 2b; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 8 ff. zu Art. 10 VwVG; FELLER, Rz. 1 zu Art. 10 VwVG.

### 3. Ausstandsgründe

#### 3.1 Übersicht

[Rz 26] In Art. 10 Abs. 1 VwVG sind die Ausstandsgründe für das Verwaltungsverfahren des Bundes allgemein konkretisiert worden. Danach treten Personen in den Ausstand, wenn sie:

- a. in der Sache ein persönliches Interesse haben;
- b. mit einer Partei durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führen; bis mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind;
- c. Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren;
- d. aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten.

[Rz 27] Gemäss Art. 24 Abs. 3 FiFV gelten sodann Expertinnen und Experten als befangen, die von einem zu treffenden Entscheid persönlich unmittelbar betroffen sind (lit. a), in einer anderen Funktion berechtigt sind, über das Projekt zu entscheiden (lit. b) oder bei einem Projekt in einer künstlerischen, technischen oder organisatorischen Funktion mitwirken, mitwirken sollen oder mitgewirkt haben (lit. c). Der Wortlaut der Bestimmung mag auf den ersten Blick allenfalls zur Annahme verleiten, dass damit eine Beschränkung der Ausstandspflicht nach Art. 10 VwVG erreicht werden kann.<sup>56</sup> Dies ist indes bereits deshalb ausgeschlossen, weil es sich vorliegend um eine unselbstständige Departementsverordnung handelt, mit welcher keine von den gesetzlichen Vorgaben abweichenden Regelungen aufgestellt werden können.<sup>57</sup> Die Ausstandsgründe gemäss Art. 10 Abs. 1 VwVG müssen daher selbstverständlich ebenfalls und ausnahmslos beachtet werden.

[Rz 28] Im Vordergrund stehen vorliegend das persönliche Interesse nach Art. 10 Abs. 1 lit. a VwVG und die «anderen Gründe» gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG i.V.m. Art. 24 Abs. 3 FiFV. Bei Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG handelt es sich um einen Auffangtatbestand. Dieser gilt ganz allgemein als erfüllt, wenn irgendwelche Tatsachen vorliegen, die das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit des Amtsträgers objektiv rechtfertigen.

#### 3.2 Befangenheit aufgrund eines persönlichen Interesses

[Rz 29] Mit dem Begriff des «persönlichen Interesses» ist eine besondere Intensität des Betroffenseins gemeint, die sich deutlich von einer anderen beliebigen Person unterscheidet.<sup>58</sup>

[Rz 30] Die Mitwirkung eines Amtsträgers an einem Verfahren, in welchem er selber formell Parteistellung einnimmt,<sup>59</sup> ist als die gravierendste Form einer Interessenkollision anzusehen. In solchen Fällen ist eine Ausstandspflicht unausweichlich.<sup>60</sup> Ein unmittelbares persönliches Interesse am Verfahren besteht sodann, wenn der Entscheid für das betreffende Behördenmitglied zu einem direkten Vor- oder Nachteil führt, unabhängig ob rechtlicher oder tatsächlicher, ideeller oder finanzieller Natur, oder wenn dadurch unmittelbar seine Rechte und Pflichten festgelegt werden.<sup>61</sup> Der Ausstandsgrund der direkten persönlichen Betroffenheit wird in Art. 24 Abs. 3 lit. a FiFV explizit wiederholt.

[Rz 31] Von der direkten ist die indirekte Betroffenheit zu unterscheiden. Die Fälle indirekter Betroffenheit überschneiden sich teilweise mit den Fallkonstellationen der «anderen Gründe» des Auffangtatbestandes.<sup>62</sup> Bei einer nur mittelbaren Betroffenheit hat der Entscheidträger in den Ausstand zu treten, wenn seine persönliche Interessensphäre durch den Ausgang des Verfahrens spürbar tangiert wird.<sup>63</sup> Es braucht ein spezifisches Näheverhältnis zu einer Verfahrenspartei, so dass deren Interessen zu eigenen, d.h. persönlichen Interessen werden, oder eine merkliche persönliche Beziehungsnähe zum Entscheidgegenstand.<sup>64</sup> Die Beteiligung an einem in das Verfahren involvierten Unternehmen oder einer Gesellschaft führt dementsprechend für sich alleine noch nicht zu einem Anschein der Befangenheit. Allerdings spielt hier u.a. die Grösse der Gesellschaft bzw. die Anonymität der Beteiligungsverhältnisse eine Rolle.<sup>65</sup> Die Funktion eines Geschäftsführers oder der Einsitz im Verwaltungsrat einer Gesellschaft, die vom einem Entscheid profitiert, führt hingegen zu einem objektiven Anschein von Befangenheit.<sup>66</sup>

<sup>58</sup> KIENER, S. 92; SCHINDLER, S. 100.

<sup>59</sup> Eine direkte Betroffenheit liegt auch vor, wenn eine materielle Parteistellung vorliegt, etwa beim Entscheid über den eigenen Ausstand (vgl. KÖLZ/BOSSHARD/RÖHL, Rz. 16 zu § 5a VRG).

<sup>60</sup> SCHINDLER, S. 98.

<sup>61</sup> SCHINDLER, S. 99.

<sup>62</sup> Vgl. dazu BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 43 ff. und Rz. 79 ff. zu Art. 10 VwVG.

<sup>63</sup> BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 43 zu Art. 10 VwVG mit Hinweisen.

<sup>64</sup> Mittelbare persönliche Betroffenheit ist umso weniger wahrscheinlich, je mehr andere Personen von einer Sache ebenfalls betroffen sind (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 43 zu Art. 10 VwVG).

<sup>65</sup> Vgl. SCHINDLER, S. 118 ff. Je kleiner das Unternehmen bzw. je grösser der Anteil des Amtsträgers am Unternehmen, desto eher liegt ein Ausstandsgrund vor (SCHINDLER, S. 119 f.).

<sup>66</sup> KIENER, S. 93.

<sup>56</sup> Vgl. den Wortlaut von Art. 24 Abs. 3 FiFV, wonach «als befangen im Sinne von Art. 10 VwVG» Expertinnen und Experten gelten, auf die eine in den lit. a bis c aufgeführte Tatsache zutrifft.

<sup>57</sup> Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 40 Ziff. 2 sowie Art. 4 VwVG; vgl. auch vorne Rz. 20. Es gilt der Grundsatz «lex superior derogat legi inferiori».

[Rz 32] Bei einem Mitglied einer Fachkommission liegt eine zum Ausstand führende mittelbare Betroffenheit immer auch dann vor, wenn die Gutheissung eines Gesuches indirekte Auswirkung auf ein Beitragsgesuch des Kommissionsmitgliedes haben könnte.<sup>67</sup> Ein direktes Konkurrenzverhältnis ist gemäss Rechtsprechung grundsätzlich als Ausstandsgrund anzusehen, selbst wenn keine Parteistellung im Verfahren vorliegt.<sup>68</sup> Auch eine natürliche Person, die dem Organ einer juristischen Person angehört und in dieser Funktion die Interessen der Gesellschaft zu vertreten hat, muss als Amtsträgerin bei einem Verfahren betreffend diese juristische Person in den Ausstand treten.<sup>69</sup>

[Rz 33] Gemäss Praxis zu Art. 10 Abs. 1 lit. a VwVG nicht zwingend ein mittelbares persönliches Interesse am Verfahrensausgang hat demgegenüber eine Person, die nur in einem Arbeitsverhältnis zu einer Partei steht. Allerdings wird die Ausstandspflicht aufgrund einer indirekten Betroffenheit vorliegend projektbezogen konkretisiert und verschärft: Einerseits führt bereits jede Entscheidungskompetenz über ein Projekt zu einer massgebenden Befangenheit (Art. 24 Abs. 3 lit. b FiFV). Andererseits führt auch eine jede vergangene, gegenwärtige oder mögliche künftige künstlerische, technische oder organisatorische Beteiligung an einem Projekt zum Ausstand des betroffenen Mitglieds (Art. 24 Abs. 3 lit. c FiFV). Es spielt für die Frage der Ausstandspflicht mithin keine Rolle, in welchem Vertrags- oder Rechtsverhältnis das betroffene Mitglied zur gesuchstellenden Partei steht.

[Rz 34] Aufgrund ihrer Eigenschaft als Organe der Gesuchsteller lag bei den Ausschussmitgliedern **F**, **A** und **B** an der Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009 augenscheinlich ein mittelbares persönliches Interesse vor, welches eine Ausstandspflicht begründete.

### 3.3 Befangenheit aus «anderen Gründen»

[Rz 35] Der Gesetzeswortlaut von Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG lässt offen, um welche Gründe es sich bei den «anderen Gründen» handelt. Sie sind jeweils unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Als «andere Gründe» können etwa folgende Sachverhalte die Ausstandspflicht eines Behördenmitglieds begründen:<sup>70</sup>

- Freundschaft und Feindschaft;
- Wirtschaftliche Interessen und Abhängigkeiten;
- Beeinflussung durch Parteien oder Dritte;
- Zugehörigkeit zu einer Interessengruppe (politische Partei, Verein, Religionsgemeinschaft etc.);

- Äusserungen von Behördemitgliedern gegenüber Verfahrensbeteiligten oder Dritten;
- Erteilen von Ratschlägen durch Behördenmitglieder;
- Gravierende Rechtsverletzungen und Verfahrensfehler.

[Rz 36] Zudem ergibt sich aus der Auffangnorm ein Anspruch auf Ausstand unzulässig vorbefasster Amtsträger.<sup>71</sup> Art. 24 Abs. 3 lit. b FiFV schliesst über den Tatbestand der Vorbefassung hinaus sogar jede mögliche Interessenkollision aufgrund von Doppelfunktionen aus.<sup>72</sup> Schliesslich kann auch das Zusammentreffen verschiedener Umstände, welche für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für die Annahme einer Ausstandspflicht aufweisen, zur begründeten Besorgnis der Befangenheit führen.<sup>73</sup>

[Rz 37] Als naheliegende Befangenheitsgründe sind i.c. die Kategorien der Freundschaft, der wirtschaftlichen Interessen und Abhängigkeiten sowie die Zugehörigkeit zu einer Interessengruppe zu betrachten:

[Rz 38] Es ist unbekannt, ob sich Freundschaften oder Feindschaften unter den Kommissionsmitgliedern gebildet haben könnten. Zu beachten ist allerdings, dass in der Lehre als Ausstandsgrund der Kontakt hoch qualifizierter Fachexperten explizit genannt wird, wenn ein regelmässiger Austausch mit meist wenigen Fachkollegen besteht.<sup>74</sup> Die Tatsache, dass die Mitglieder einer milzmässig organisierten Fachbehörde Kontakte zu Personen in ihrem Zuständigkeitsbereich pflegen, lässt den Schluss zwar noch nicht zu, es bestehe im Einzelfall der objektiv begründete Verdacht einer Befangenheit.<sup>75</sup> Vorliegend handelt es sich aber um Mitglieder einer sehr kleinen Behörde, welche sich jeweils über mehrere Sitzungstage hinweg an einem Ort zusammenfinden. Es besteht vorliegend zudem ein erhöhtes Risiko der Einflussnahme, da die Mitglieder **F**, **A** und **B** selbst Gesuche stellten und diese allesamt an der gleichen Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009 behandelt wurden. Die Gefahr einer Befangenheit muss daher als gross beurteilt werden.

[Rz 39] Sämtliche Gesuchsteller stehen zueinander in Konkurrenz, insbesondere weil nur ein bestimmter Betrag an Förderungsmitteln zur Verfügung steht. Wirtschaftliche Interessen, beispielsweise in der Form wirtschaftlicher Beziehungsnähe (wie eines Arbeitsverhältnisses oder sonstiger

<sup>71</sup> SCHINDLER, S. 146.

<sup>72</sup> Vgl. zu solchen Interessenkollisionen SCHINDLER, S. 175 ff., S. 178.

<sup>73</sup> Entsprechend können beispielsweise auch entferntere Verwandtschaftsgrade die Besorgnis der Befangenheit wecken, wenn zugleich ein Freundschafts- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht. Auch kann die Freundschaft oder Verwandtschaft mit einem Parteienvertreter eine Ausstandspflicht bewirken. Nicht nur eigene, sondern auch die wirtschaftlichen Interessen von Angehörigen können eine Rolle spielen (Beispiele bei SCHINDLER, S. 139 f.).

<sup>74</sup> Vgl. SCHINDLER, S. 116 f.

<sup>75</sup> BGE 135 II 430 E. 3.3.1 S. 437.

<sup>67</sup> VPB 64.2 (Entscheid des Bundesrates vom 8. September 1999), E. 6.1.3.

<sup>68</sup> Vgl. BGE 119 V 456 E. 5c).

<sup>69</sup> SCHINDLER, S. 100 f. und S. 178. Als Organ ist eine Person anzusehen, die tatsächlich und entscheidend an der Willensbildung der juristischen Person mitwirkt (BREITENMOSE/SPORI FEDAIL, Rz. 46 zu Art. 10 VwVG).

<sup>70</sup> Fallkonstellationen zusammengefasst nach SCHINDLER, S. 111 ff.

Geschäftsbeziehungen) oder im Rahmen eines Konkurrenzverhältnisses, können ebenfalls den Anschein von Befangenheit begründen. Auch hier müssen allerdings objektive Gründe auf eine gewisse Intensität hindeuten. Ausstandsbe gründende Umstände liegen dabei umso eher vor, je intensiver und aktueller das geschäftliche Verhältnis oder die Konkurrenz ist.<sup>76</sup> Die Befangenheit einer Erstinstanz wurde etwa bejaht, da die Gutheissung eines Gesuchs zu einer direkten Konkurrenzierung der Erstinstanz durch die Gesuchstellerin geführt hätte.<sup>77</sup> Grundsätzlich läuft ein nebenamtliches Mitglied immer in die Gefahr eines Loyalitätskonfliktes, wenn es in Geschäftsbeziehung zu einem Verfahrensbeteiligten steht.<sup>78</sup> Vorliegend koordinieren die drei Ausschussmitglieder ihre Geschäftsinteressen in der Interessengemeinschaft «Unabhängige Schweizer Filmproduzenten (IG)». Diese haben sie bewusst als Konkurrenz zu den bisher bestehenden Verbänden mitgegründet.

[Rz 40] Die blossе Mitgliedschaft in einer Partei oder einer anderen Vereinigung, die bestimmte rechtspolitische Ziele verfolgt, vermag den Anschein der Befangenheit in einem Verfahren im Allgemeinen zwar noch nicht zu begründen.<sup>79</sup> Befangenheit kann aber dann vorliegen, wenn die eigene Interessengruppe betroffen ist, beispielsweise wenn ein Amtsträger sich überdurchschnittlich für eine Gruppierung und deren Ansichten engagiert und diese in einem Verfahren entscheidrelevant zum Ausdruck bringen könnte.<sup>80</sup> Sodann ist zu beachten, dass Mitgliedschaften in Vereinen, die eine gegenseitige Unterstützung der Mitglieder bezwecken, allgemein zum Ausstand verpflichtet.<sup>81</sup> Die gemeinsame Gründung der neuen IG muss daher zumindest als ein weiteres Indiz für eine Befangenheit beurteilt werden.

[Rz 41] Die Einordnung von Befangenheitsgründen in Kategorien dient letztlich nur als Orientierungshilfe, um die Vielzahl möglicher Interessenkollisionen fassbar zu machen. Meist liegen Kombinationen verschiedener Umstände vor, die den Anschein der Befangenheit objektiv zu begründen vermögen. Der Interessenkonflikt muss i.c. vor allem darin gesehen werden, dass auf der einen Seite in der sehr kleinen Kommission mittels Gruppenbildung und wechselseitiger Gutheissung von Gesuchen ein erheblicher Konkurrenzvorteil gegenüber aussenstehenden Antragstellern erreicht werden kann. Auf der anderen Seite erscheint die Ablehnung des Gesuchs eines anderen Ausschussmitglieds aufgrund der geringen Grösse und der Zusammensetzung des Ausschusses als nahezu ausgeschlossen. Ein solcher negativer

Entscheid würde augenscheinlich zu einer «schlechten Stimmung» dieser Mitglieder gegenüber dem eigenen Gesuch führen und die eigenen Erfolgsaussichten drastisch schmälern. Es wäre mit anderen Worten mit einer Gegenablehnung zu rechnen.

[Rz 42] Während der vom 8. bis 10. Juni 2009 dauernden Sitzung waren die betroffenen Mitglieder **F**, **A** und **B** über mehrere Tage an einem Ort versammelt und sie haben über eine Vielzahl von Fördergesuchen entschieden. Es ist daher mehr als wahrscheinlich, dass sie unter einem erhöhten «psychologischen Druck»<sup>82</sup> standen, die Gesuche der anderen Ausschussmitglieder jeweils gutzuheissen. Der Ablauf der Sitzung weckt denn auch die objektive Besorgnis, dass eine solche gegenseitige Einflussnahme effektiv stattgefunden hat – analog dem Sprichwort «**Quid pro quo**» (vgl. vorne Rz. 15 f.):

[Rz 43] Das Ausschussmitglied **F** hat zunächst das Gesuch von Frau **A** mit entschieden. In der Folge hat Frau **A** das Gesuch von Herrn **F** beurteilt. Herr **F** hat dann sodann an der Begutachtung des Antrags des Präsidenten **B** teil. Danach hat Präsident **B** das Gesuch von Herrn **F** gutgeheissen. Frau **A** wirkte zudem gemeinsam mit Herrn **F** an der Beurteilung des Gesuchs von Präsident **B** mit, obschon Herr **F** unmittelbar zuvor ihr Gesuch beurteilt hatte. Darüber hinaus entschied Frau **A** gar über das Gesuch von Herrn **F**, obschon ein finanzielles Konkurrenzverhältnis zwischen den Gesuchskategorien «Drehbuch» und «Herstellung» vorlag (vgl. vorne Rz. 14 und Rz. 32).

[Rz 44] Der gewählte Ablauf bei der Behandlung der Gesuche gestattete mithin eine unzulässige Einflussnahme der betreffenden Ausschussmitglieder auf die Beratung.<sup>83</sup> Darin ist nicht nur eine klare Verletzung der Ausstandsvorschriften zu erblicken, sondern zusätzlich ein Verstoss gegen das Gebot der rechtsgleichen Behandlung und damit der Waffen gleichheit aller Gesuchsteller.<sup>84</sup> Verwaltungskommissionen müssen der rechtsgleichen Behandlung auch von Aussen seite rn gebührend Beachtung schenken.<sup>85</sup> Die vorliegenden Überkreuz-Beurteilungen sind daher im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG als rechtswidrig anzusehen.

<sup>76</sup> BREITENMOSEER/SPORI FEDAIL, Rz. 82 zu Art. 10 VwVG.

<sup>77</sup> BVGE 2008/13 E. 10.4.

<sup>78</sup> FELLER, Rz. 23 zu Art. 10 VwVG.

<sup>79</sup> BGE 108 Ia 48 E. 3 sowie einschränkender BGE 108 Ia 172 E. 4 b/bb; KIENER, S. 187 f.

<sup>80</sup> Vgl. den Fall in VPB 59.84 (Beschwerdeentscheid der REKO EVD vom 7. November 1994), E. 2.4.

<sup>81</sup> FELLER, Rz. 23 zu Art. 10 VwVG.

<sup>82</sup> Vgl. das Beispiel bei SCHINDLER, S. 88.

<sup>83</sup> Auffassung des EDI, es seien nur zwei Kommissionsmitglieder von einem Ausstandsgrund betroffen gewesen, nämlich der Präsident **B** und Frau **A**, ist aktenwidrig. Vielmehr war zusätzlich auch Herr **F** beteiligt, was in den Entscheid unbedingt hätte einflüssen müssen (vgl. Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13).

<sup>84</sup> Vgl. VPB 64.2 (Entscheid des Bundesrates vom 8. September 1999), E. 6.3. Anderen Gesuchstellern bleibt eine solche Mitwirkungs- bzw. Einflussmöglichkeit verwehrt.

<sup>85</sup> Vgl. VPB 64.2 (Entscheid des Bundesrates vom 8. September 1999), E. 6.3.

#### 4. Persönlicher und zeitlicher Umfang der Ausstandspflicht

[Rz 45] Gemäss Art. 10 VwVG gelten die Ausstandsregeln für alle Personen, «die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben». Mit letzterer Formulierung wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die effektive Verantwortung und formelle Verantwortung in der Verwaltung häufig auseinanderfallen.<sup>86</sup> Alle Personen, die an einem Entscheid in irgendeiner Form mitwirken und dabei auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können, müssen die Ausstandsvorschriften beachten. Diese gelten mithin für hauptamtlich wie auch für im Nebenamt tätige Behördenmitglieder gleichermaßen, folglich auch für die Mitglieder einer Fachkommission.<sup>87</sup> Sie gelten vorliegend insbesondere auch für die Person des Bundesamtes, welche mit beratender Stimme an den Sitzungen teilnimmt (Art. 23 Abs. 1 FiFV).

[Rz 46] Die Ausstandsbestimmungen fordern grundsätzlich, dass ein parteisches oder befangenes Mitglied in keiner Weise an der Beratung von Geschäften teilnehmen darf. Es ist mithin unzulässig, dass Betroffene nur schon zuhören. Vielmehr darf das befangene Behördenmitglied im Raum, in welchem die Entscheidung getroffen wird, nicht anwesend sein.<sup>88</sup> Auch eine Einsichtnahme ins Beratungs- oder Beschlussprotokoll ist untersagt bzw. sind die entsprechenden Passagen bei einer Zustellung einzuschwärzen.<sup>89</sup> Ein befangener Amtsträger soll wie dargelegt ganz allgemein auch nicht über Drittpersonen die Möglichkeiten besitzen, auf den Entscheid einzuwirken. Insbesondere müssen daher indirekte Einflussnahmen verhindert werden, welche aus einem psychologischen Druck ermöglicht werden. Der Umfang der Ausstandspflicht muss sich demzufolge auf jede problematische örtliche, zeitliche oder persönliche Nähe zu einer Gesuchsberatung beziehen, welche den Anschein einer Einflussnahme objektiv begründen kann.

[Rz 47] Folgerichtig wird in Art. 24 Abs. 1 FiFV der Umfang des Ausstands dahingehend präzisiert, dass bei Befangenheit in Bezug auf ein traktandiertes Gesuch das betroffene Mitglied für die Dauer der gesamten Sitzung in den Ausstand treten muss. Nur dann, wenn die Beteiligung eines befangenen Mitglieds an der Begutachtung von geringfügigem Interesse ist, soll es nur für die Dauer der Beratung über das betreffende Projekt in den Ausstand treten müssen (Art. 24 Abs. 2 FiFV). Eine Anwendung dieser letzteren schwächeren

Ausstandspflicht stand und steht vorliegend nicht in Frage, da die betroffenen Amtsträger **F**, **A** und **B** bereits aufgrund ihrer Organstellung für die Antragsteller augenscheinlich ein äusserst grosses Interesse an einer positiven Gesuchsbeurteilung hatten. Die genannten Kommissionsmitglieder waren an der Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009 zweifellos stark befangen.

[Rz 48] Das EDI führt aus, Hintergrund der Regelung von Art. 24 Abs. 1 FiFV sei die theoretische Möglichkeit, via Zustimmung oder Ablehnung anderer Projekte Einfluss auf die verfügbaren Geldmittel zu nehmen und dadurch die Chancen für das eigene Gesuch zu erhöhen.<sup>90</sup> Dieser Ansicht ist zuzustimmen, allerdings mit der zusätzlichen Klarstellung, dass selbstverständlich auch alle anderen möglichen Formen der Einflussnahme ausgeschlossen werden müssen, sofern diese geeignet erscheinen, die Chancen des eigenen Gesuchs zu verbessern.

[Rz 49] Den Begriff «Sitzung» im Sinne von Art. 24 Abs. 1 FiFV will das EDI dahingehend auslegen, dass die Beurteilungen in den Kategorien «Drehbücher und minoritäre Koproduktionen» einerseits und in der Kategorie «Herstellung» andererseits als verschiedene Sitzungen zu verstehen seien.<sup>91</sup> Dieser Interpretation kann indes nicht gefolgt werden:

[Rz 50] Die Teilsitzungen finden jeweils am gleichen Ort, im gleichen Zeitraum und mit den gleichen Personen statt (vgl. vorne Rz. 17).<sup>92</sup> Materiell kann vor diesem Hintergrund keineswegs von unterschiedlichen Sitzungen gesprochen werden. Vielmehr handelt es sich um eine einzige, mehrtägige Sitzung. Diese darf nicht bloss formal in mehrere Teilsitzungen unterteilt werden, um die Ausstandsfolge von Art. 24 Abs. 1 FiFV zu beschränken. Bei einem Ausstand bloss für Teilsitzungen kann zudem wie dargelegt nicht ausgeschlossen werden, dass aufgrund der identischen personellen Zusammensetzung und der Tatsache der Anwesenheit aller Ausschussmitglieder am Sitzungsort über mehrere Tage hinweg unzulässig Einfluss auf die Entscheidungsfindung genommen wird.

[Rz 51] Die Funktionsfähigkeit des Ausschusses hätte i.c. ohne weiteres dadurch aufrecht erhalten werden können, dass weitere Ersatzmitglieder beigezogen worden wären. Das BAK hätte ferner bereits bei der Festlegung des Sitzungskalenders dafür sorgen können, dass die Gesuche der Kommissionsmitglieder an jeweils zeitlich und örtlich tatsächlich verschiedenen Sitzungen und in unterschiedlicher personeller Zusammensetzung behandelt worden wären

<sup>86</sup> FELLER, Rz. 5 zu Art. 10 VwVG; SCHINDLER, S. 74 f.

<sup>87</sup> Vgl. VPB 64.2 (Entscheid des Bundesrates vom 8. September 1999), E. 6.1.2.

<sup>88</sup> In diesem Sinn hat beispielsweise auch jenes Mitglied des Bundesrates, gegen dessen Departement sich eine Beschwerde richtet, beim Beschwerdeentscheid des Bundesrates in den Ausstand zu treten und darf an der betreffenden Sitzung auch nicht mit beratender Stimme teilnehmen (Art. 76 Abs. 1 VwVG; KÖLZ/HÄNER, Rz. 778; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 RVOG).

<sup>89</sup> SCHINDLER, S. 88.

<sup>90</sup> Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

<sup>91</sup> Selbst unter dieser Annahme müsste indes bezüglich des Mitgliedes **A** eine Verletzung der Ausstandspflicht ausgemacht werden, da dieses nicht für die gesamte erste Teilsitzung in den Ausstand getreten ist. Die Möglichkeit eines Ausstandes bloss für eine Kategorie von Gesuchen ist zu Recht nicht vorgesehen (vgl. Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 FiFV e contrario).

<sup>92</sup> Es bestanden zumindest noch im Jahr 2009 sodann auch finanziell Überschneidungen.

(vgl. Art. 23 Abs. 1 FiFV). Auf diese Weise hätte vorbehaltlos gewährleistet werden können, dass «in ordentlicher Zusammensetzung, d.h. unter Mitwirkung von fünf Expertinnen und Experten mit unterschiedlichem Berufshintergrund»<sup>93</sup> hätte getagt werden können, ohne dass gleichzeitig die Ausstandsvorschriften verletzt worden wären.

[Rz 52] Bei der formalen Aufteilung der Sitzung in mehrere Teilsitzungen handelt es sich vor diesem Hintergrund um eine unzumutbare und rechtlich unzulässige Umgehung der Vorschrift von Art. 24 Abs. 1 FiFV. Die befangenen Ausschussmitglieder hätten an der gesamten zeitlich, örtlich und personell verbundenen Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009 nicht teilnehmen dürfen, sondern sie hätten der Sitzung zwingend fernbleiben und für alle behandelten Geschäfte in den Ausstand treten müssen.<sup>94</sup>

## 5. Rechtsfolgen der Verletzung

[Rz 53] Die Verletzung der Ausstandsvorschrift fordert die Wiederholung der entsprechenden Verfahrenshandlungen.<sup>95</sup> Da Art. 24 Abs. 1 FiFV offensichtlich den Ausstand während der gesamten Sitzungsdauer vorsieht, handelt es sich um einen gravierenden Verstoss gegen die Ausstandsregeln, weshalb im Falle der Verfügungen betreffend die Gesuche der Ausschussmitglieder deren Nichtigkeit in Frage steht.<sup>96</sup> Diese ist von Amtes wegen und jederzeit zu beachten.<sup>97</sup>

[Rz 54] Die Verfügungen der anderen Gesuchsteller sind im Rahmen von Treu und Glauben anfechtbar und grundsätzlich aufzuheben, und zwar unabhängig davon, ob ein materielles Interesse an ihrer Aufhebung besteht.<sup>98</sup> Bei der Verletzung von Ausstandsvorschriften handelt es sich schliesslich auch um einen gesetzlichen Revisionsgrund (Art. 66 Abs. 2 lit. c VwVG).

## III. Folgerungen

[Rz 55] Auf die Beachtung der Ausstandspflicht ist generell grosses Augenmerk zu legen, um zu verhindern, dass staatliche Entscheidungen dem Verdacht der Parteilichkeit ausgesetzt sind. Für eine «differenzierte Handhabung» der entsprechenden Vorschriften, wie sie das BAK im Frühjahr 2008 im Bereich Filmförderung eingeführt hat,<sup>99</sup>

kann daher kein Spielraum bestehen. Im Gegenteil ist der Befangenheitsproblematik gerade dann besonders grosse Beachtung zu schenken, wenn Amtsträger eine Doppelrolle einnehmen, indem sie wie vorliegend einerseits als Privatpersonen an Fördergesuchen mitwirken und andererseits über solche Fördergesuche in ihrer Eigenschaft als Behördenmitglieder entscheiden. Interessenskonflikte sind in einer solchen Konstellation geradezu vorprogrammiert. Aus den vorstehenden Ausführungen sind dementsprechend in Bezug auf die Behandlung von Filmförderungsgesuchen im Bund folgende Schlüsse zu ziehen:

- Die nicht repräsentativ zusammengesetzten ständigen Ausschüsse verletzen die Vorgabe von Art. 57e Abs. 2 RVOG. Fraglich ist zudem die rechtliche Zulässigkeit solcher ständigen Ausschüsse, da Art. 26 FiG explizit die Bildung von Fachkommissionen fordert.
- Die Ausstandspflicht ist für das Verwaltungsverfahren des Bundes in Art. 10 VwVG im Sinne und Rang eines allgemeinen Verfahrensgrundsatzes niedergelegt worden. Eine allfällige Abschwächung müsste in einem Bundesgesetz eine Grundlage finden. Die Ausstandsvorschriften von Art. 24 Abs. 3 FiFV ergänzen und verschärfen die allgemeinen Regeln nach Art. 10 Abs. 1 VwVG.
- Entscheiden nebenamtliche Behördenmitglieder wechselseitig über ihre Gesuche, besteht die Gefahr einer gegenseitigen, begünstigenden Einflussnahme. Solche Überkreuz-Beurteilungen können einen Befangenheitsgrund im Sinne des Auffangtatbestands von Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG darstellen.
- Die Aufteilung einer Sitzung in verschiedene Teilsitzungen ist unzulässig, wenn die gleichen Personen am gleichen Ort und im gleichen Zeitraum Beschlüsse fassen. Materiell handelt es sich um eine einzige Sitzung, in welcher die Gesuche bloss unterteilt in unterschiedliche Kategorien (i.e. Drehbuch, minoritäre Koproduktionen, Herstellung) behandelt werden. Die rein formale Aufteilung, um die Ausstandspflicht der ständigen Mitglieder zu beschränken, ist rechtswidrig. Art. 24 Abs. 1 FiFV kann demgemäss nur dahingehend verstanden werden, dass ein befangenes Mitglied für die gesamte zeitlich, örtlich und personell verbundene Sitzung in den Ausstand treten muss.

[Rz 56] Drei der fünf Ausschussmitglieder hatten vorliegend als Organe von Gesuchstellern an der Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009 ein mittelbares persönliches Interesse an den Entscheiden (Art. 10 Abs. 1 lit. a VwVG i.V.m. Art. 24 Abs. 3 FiFV). Da die betroffenen Ausschussmitglieder entgegen der Vorgabe von Art. 24 Abs. 1 FiFV nur für Teilsitzungen bzw. nur für die Beurteilung einer einzelnen Gesuchskategorie und nicht für die gesamte Sitzung vom 8. bis 10. Juni 2009 in den Ausstand getreten sind, kam es zu unzulässigen Überkreuz-

<sup>93</sup> Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

<sup>94</sup> Die gegenteilige Ansicht des EDI, wonach die Ausstandsvorschriften eingehalten worden seien (Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13), ist daher rechtlich nicht nachvollziehbar.

<sup>95</sup> BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Rz. 102 zu Art. 10 VwVG.

<sup>96</sup> Rechtssprechung und Lehre nehmen Nichtigkeit nur sehr zurückhaltend an (vgl. BGE 132 II 21 E. 3.1 S. 27; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 956 ff.; SCHINDLER, S. 212 ff.).

<sup>97</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 Rz. 14.

<sup>98</sup> FELLER, Rz. 34 zu Art. 10 VwVG; vorbehalten bleibt eine mögliche Heilung.

<sup>99</sup> Entscheid des EDI vom 5. Oktober 2009, S. 3/13.

Beurteilungen. Diese begründen den objektiven Anschein der Befangenheit der betroffenen Amtsträger.

[Rz 57] Die erkannten Missstände sollten aus rechtlicher Sicht so rasch als möglich behoben werden, indem entweder die gesetzlich vorgesehenen Kommissionen wieder eingeführt werden oder zumindest die Ausschüsse personell so vergrössert werden, dass eine repräsentative Zusammensetzung erreicht werden kann. Mittels einer Ergänzung des Ausschusses «Spielfilm» mit mindestens drei bis fünf weiteren, den anderen Interessengruppen zurechenbaren bzw. unabhängigen Mitgliedern würde sich zudem die Ausstandsproblematik entschärfen. Bei der Mehrheit der urteilenden Mitglieder sollte es sich immer um unabhängige Expertinnen und Experten handeln, welche selber an keinen Förderungsprojekten im Bereich «Spielfilm» beteiligt sind.

[Rz 58] Als vorläufige Massnahme müssen im Einzelfall vermehrt Ersatzmitgliedern beigezogen werden, um einen Interessenausgleich zu schaffen und um die Unabhängigkeit der Entscheidfindung sicherzustellen. Ein solcher Beizug drängt sich vor dem Hintergrund der grossen Anzahl Ersatzmitglieder geradezu auf. Es ist zudem das Bundesamt, das den Sitzungskalender der Kommissionen festlegt (Art. 23 Abs. 1 FiFV). Das BAK kann und muss demnach dafür sorgen, dass Situationen mit Überkreuz-Beurteilungen nicht eintreten können, indem die Gesuche von Kommissionsmitgliedern jeweils an verschiedenen Sitzungen und in genügendem zeitlichen Abstand bzw. in gänzlich unterschiedlicher personeller Zusammensetzung behandelt werden.

[Rz 59] Schliesslich sind als weitere vordringliche Massnahme (1) die konkrete Zusammensetzung des Ausschusses und (2) die an einer Sitzung gleichzeitig behandelten Geschäfte den Gesuchstellern frühzeitig bekannt zu geben, damit diese ihrer Rügeobliegenheit vor der Entscheidfindung durch die Kommission vollumfänglich nachkommen können.<sup>100</sup>

## Literaturauswahl

GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007

STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 10 VwVG

RETO FELLER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 10 VwVG

ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. vollständig überarbeitete Auflage, Zürich/St. Gallen 2006

REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001

REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007

ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, zweite, vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 1998

ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, VRG – Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 1999

BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002

GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich/St.Gallen 2008, Bd. 1, Art. 29 BV

PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009

ROLF H. WEBER/RENA ZULAUF, Filmförderung und Recht – Schwierige Ausbalancierung von Anforderungen, in: Jusletter 14. April 2003 [Rz]

---

Dr. iur. Andrea Töndury, Rechtsanwalt, Habilitand und Oberassistent für öffentliches Recht an der Universität Zürich. Beim vorliegenden Aufsatz handelt es sich um die angepasste und überarbeitete Fassung eines Gutachtens zuhanden der Produzentenverbände GARP und SFP vom 19. April 2010. Ich danke meiner Frau, Rechtsanwältin lic. iur. Sabina Töndury-Albrecht, LL.M., für die kritische Durchsicht.

---

\* \* \*

---

<sup>100</sup> Vgl. FELLER, Rz. 35 zu Art. 10 VwVG. Falls eine Verfahrenspartei von Umständen, welche ein Ausstandsbegehren begründet erscheinen lassen, erst zusammen mit dem Entscheid Kenntnis erhält, kann sie die Verletzung der Ausstandsregeln im Rahmen von Treu und Glauben im anschließenden Rechtsmittelverfahren rügen (KÖLZ/BOSSHARD/RÖHL, Rz. 5 zu § 5a).