

KURZGUTACHTEN

zuhanden der

DIREKTION DER JUSTIZ UND DES INNERN DES KANTONS ZÜRICH

betreffend

COVID-19-AUSFALLENTSCHÄDIGUNG AN KULTURSCHAFFENDE
IM LICHT DER VORGABEN DES BUNDES

erstellt von

PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER

Datum: 6. Februar 2021

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	2
I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTERAUFTRAG	3
II. GRUNDLAGEN AUF BUNDESEBENE	4
1. COVID-19-Gesetz.....	4
2. COVID-19- Kulturverordnung und Erläuterungen des Bundes	6
III. SPIELRAUM DES VERORDNUNGSGEBERS	9
1. Wortlaut	9
2. Systematik	10
3. Entstehungsgeschichte.....	11
4. Zielsetzung	12
5. Föderalistische Gesichtspunkte	13
6. Fazit.....	13
IV. AUSGESTALTUNG DER VERORDNUNG	14

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTERAUFTRAG

- 1 Zwischen der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Kultur (BAK) besteht eine Differenz über die vom Kanton Zürich geplante Ausfallentschädigung an Kulturschaffende. In einem Schreiben vom 27. Januar 2021 erachtet das BAK das vorgeschlagene Modell als nicht vereinbar mit Art. 11 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz, SR 818.102) sowie der Verordnung über die Massnahmen im Kulturbereich gemäss Covid-19-Gesetz vom 14. Oktober 2020 (Covid-19-Kulturverordnung, SR 442.15). Diese Bestimmungen sehen nach Einschätzung des BAK die Entschädigung eines effektiv erlittenen und nachgewiesenen finanziellen Schadens vor. Das vom Zürich geprüfte Modell gehe dagegen von einem fiktiven Einkommen der Kulturschaffenden aus. Dies widerspreche dem Willen des Bundesgesetzgebers.
- 2 Die Vorsteherin der Direktion der Justiz und des Innern hat mit E-Mail vom 3. Februar 2021 um eine Kurzeinschätzung der gesetzlichen Grundlagen auf Bundesebene gebeten. Konkret wurden dem Unterzeichnenden folgende zwei Fragen unterbreitet:
 1. *Inwiefern lässt es Art. 11 Abs. 2 Covid-19-Gesetz zu, dass die Covid-19-Kulturverordnung neben dem bisherigen System der Ausfallentschädigung das Modell des Kantons Zürichs vorsehen würde?*
 2. *Wie könnte eine solche Verordnungsbestimmung lauten?*
- 3 Zur Frage 2 legte die Direktion der Justiz und des Innern einen ersten Entwurf vor.
- 4 Der Unterzeichnende übermittelte der Direktion der Justiz und des Innern mit E-Mail vom 5. Februar 2021 einen ersten Entwurf. Nach Rückmeldungen vom gleichen Tag wurde das Kurzgutachten in die vorliegende Form gebracht. Aufgrund der hohen Dringlichkeit beschränkt sich das Gutachten auf die wichtigsten Quellen.

II. GRUNDLAGEN AUF BUNDESEBENE

1. COVID-19-Gesetz

a) Wortlaut

5 Art. 11 Covid-19-Gesetz regelt die Massnahmen im Kulturbereich und konkretisiert den Gesetzeszweck von Art. 1 Abs. 1 Covid-19-Gesetz ("Bewältigung der Auswirkungen der Bekämpfungsmassnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden"). Die Unterstützung erfolgt in Form von Finanzhilfen an Kulturunternehmen, Kulturschaffende sowie Kulturvereine im Laienbereich (Art. 11 Abs. 1 Covid-19-Gesetz).

6 Die vorliegend einschlägige Bestimmung ist Art. 11 Abs. 2 Covid-19-Gesetz. Sie lautet:

"Zur Unterstützung der Kulturunternehmen und Kulturschaffenden kann das Bundesamt für Kultur (BAK) mit einem oder mehreren Kantonen Leistungsvereinbarungen in der Höhe von insgesamt höchstens 100 Millionen Franken abschliessen. Die Beiträge werden den Kulturunternehmen und Kulturschaffenden auf Gesuch als Ausfallentschädigungen und den Kulturunternehmen für Transformationsprojekte ausgerichtet."

7 Der Bund beteiligt sich an den Ausfallentschädigungen, welche die Kantone gestützt auf Leistungsvereinbarungen mit dem Bund umsetzen (Art. 11 Abs. 3 Covid-19-Gesetz). Die Gesuche müssen spätestens einen Monat vor dem Ausserkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht werden (Art. 11 Abs. 10 Covid-19-Gesetz).

8 Neben den Ausfallentschädigungen wird den Kulturschaffenden über Swiss-culture Sociale Nothilfe ausgerichtet (Art. 11 Abs. 4–6 Covid-19-Gesetz). Unterstützt werden auch Kulturvereine im Laienbereich (Art. 11 Abs. 7–9 Covid-19-Gesetz).

9 Art. 11 Abs. 11 Covid-19-Gesetz sieht die Konkretisierung durch den Bundesrat vor. Die Bestimmung lautet:

"Der Bundesrat bestimmt die Kulturbereiche, die mit Finanzhilfen unterstützt werden, in einer Verordnung und regelt darin die Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen. Er legt die Beitragskriterien und die Bemessungsgrundlagen für die Finanzhilfen fest und regelt, in wie vielen Tranchen die Auszahlung der Beiträge gemäss Absatz 2 erfolgt."

10 Insgesamt ist Art. 11 Covid-19-Gesetz recht offen formuliert, etwa im Vergleich zu Art. 12 Covid-19-Gesetz.

b) Entstehungsgeschichte

- 11 Die heutige Fassung von Art. 11 Abs. 2 Covid-19-Gesetz geht auf Ziff. I des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 2020 (Kultur, Härtefälle, Sport, Arbeitslosenversicherung, Ordnungsbussen) zurück und ist seit 19. Dezember 2020 in Kraft (AS 2020 5821). Die ursprüngliche Fassung lautete:

"Zur Unterstützung der Kulturunternehmen kann das Bundesamt für Kultur (BAK) mit einem oder mehreren Kantonen Leistungsvereinbarungen in der Höhe von insgesamt höchstens 100 Millionen Franken abschliessen. Die Beiträge werden den Kulturunternehmen auf Gesuch als Ausfallentschädigungen und für Transformationsprojekte ausgerichtet."

In der ursprünglichen Fassung waren die Ausfallentschädigungen auf Kulturunternehmen beschränkt. Unter dem heute geltenden Recht können auch Kulturschaffende unterstützt werden.

- 12 Die Änderung war in der Botschaft des Bundesrates zu Änderungen des Covid-19-Gesetzes und des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes vom 18. November 2020 (BBI 2020 8819 ff.) noch nicht vorgesehen. Im Nationalrat scheiterte zunächst ein Antrag auf Einbezug der Kulturschaffenden (Antrag Matthias Aebischer, AB 2020 N 2127 f.), doch der Bundesrat stellte einen Rückkommensantrag, welcher der heute geltenden Fassung entspricht. Im Ständerat führte der Kommissionssprecher dazu aus (AB 2020 S 1330):

"Einfach gesagt, hat dieser Artikel bisher Kulturunternehmen bestrichen. Der Bundesrat beantragt jetzt, neben Kulturunternehmen auch Kulturschaffende unter diesen Artikel fallen zu lassen. Er möchte also eigentlich auf die Regelung des Notrechts im Frühjahr zurückgehen, die wir dann in der Gesetzgebung korrigiert haben. Die Kulturschaffenden waren im Gesetz nicht mehr dabei. Im Zuge der Entwicklung, die sich jetzt in den letzten Wochen ergeben hat, beantragt der Bundesrat, die Kulturschaffenden hier wieder einzubeziehen und auch ihnen, nicht nur den Kulturunternehmungen, Ausfallentschädigungen zukommen zu lassen, und zwar ausserhalb der Ausfallentschädigungen, die auch im klassischen Härtefallprogramm möglich sind – dort wären Kulturunternehmungen nicht mehr zum Bezug berechtigt –, aber auch in Ergänzung zu den Ergänzungsleistungen, wo Kulturschaffende an sich bezugsberechtigt sind und es auch bleiben, in vielen Fällen aber durch die Maschen fallen."

Die Kommission unterstützte den Antrag einstimmig. Bundesrat Ueli Mauer ergänzte (AB 2020 S 1330):

"Es geht hier eigentlich nur um eine Zweckausdehnung. Vorgesehen war ursprünglich, die Mittel nur den Kulturunternehmen zur Verfügung zu stellen. Der Bundesrat möchte die Zweckbestimmung nun ausweiten – so, wie wir das im Frühjahr während des Lockdowns hatten –, sodass auch Kulturschaffende einen Antrag auf Ausfallentschädigung stellen können."

- 13 Im Nationalrat wurden zwei Anträge eingereicht, erstens auf Beibehaltung des geltenden Wortlauts, also keine Unterstützung der Kulturschaffenden durch Ausfallentschädigungen, sondern nur der Kulturunternehmen, sowie zweitens auf

eine Erhöhung der finanziellen Leistungen des Bundes auf CHF 200 Mio., welche beide abgelehnt wurden (vgl. AB 2020 N 2555 ff.). Der erste Antrag wurde wie folgt begründet (Thomas Aeschi, AB 2020 N 2555):

"Wahrscheinlich haben Sie alle den Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle gelesen, die die Ausschüttungen von März, April und Mai dieses Jahres genauer analysiert hat. Die Eidgenössische Finanzkontrolle hat festgestellt, dass viele Kulturschaffende mehr Geld erhalten haben, als der effektive Schaden war. Sie sehen, die Auszahlung an Kulturschaffende bringt die Problematik mit sich, dass gewisse Kulturschaffende mit der finanziellen Unterstützung des Bundes besser fahren, als sie zuvor, als es noch keine Unterstützungsmassnahmen gegeben hat, gefahren sind. Bei Kulturunternehmen ist es einfacher zu kontrollieren, denn ein Kulturunternehmen hat eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung. Da kann man besser kontrollieren, dass nicht mehr ausbezahlt wird, als in den letzten Jahren überhaupt in dieses Unternehmen geflossen ist."

14 Bundesrat Ueli Mauer verwies in seinem Votum wiederum darauf, dass man zum Rechtszustand zurückkehre, der im Frühling gegolten hatte; wenn "wie Herr Aeschi das reklamiert hat, offenbar Fehler passiert sind, dann wären vermutlich eigentlich die Kantone in der Verantwortung, denn sie sind daran, diese Bedingungen festzulegen" (AB 2020 N 2557).

2. Covid-19- Kulturverordnung und Erläuterungen des Bundes

15 Die Covid-19-Kulturverordnung verfolgt unter anderem die Ziele, die wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19-Epidemie für Kulturschaffende abzumildern sowie eine nachhaltige Schädigung der Schweizer Kulturlandschaft zu verhindern (Art. 1 lit. a u. c Covid-19-Kulturverordnung). Kulturschaffende werden definiert als "natürliche Personen, die hauptberuflich im Kulturbereich tätig sind" (Art. 2 lit. d Covid-19-Kulturverordnung), wobei "hauptberuflich" Professionalität im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Kulturförderungsverordnung vom 23. November 2011 (KFV, SR 442.11) bedeutet (Art. 2 lit. e Covid-19-Kulturverordnung).

16 Ausfallentschädigungen können gewährt werden "zur Entschädigung finanzieller Einbussen im Zusammenhang mit Veranstaltungen, Projekten und Einschränkungen des Kulturbetriebs" (Art. 3 Abs. 1 lit. a Covid-19-Kulturverordnung). Art. 4 Covid-19-Kulturverordnung regelt die Anspruchsvoraussetzungen, wobei Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Kulturverordnung wie folgt lautet:

"Kulturunternehmen und Kulturschaffende erhalten auf Gesuch Finanzhilfen für den finanziellen Schaden, der aus der Absage, Verschiebung oder eingeschränkten Durchführung von Veranstaltungen und Projekten oder aufgrund betrieblicher Einschränkungen infolge der Umsetzung staatlicher Massnahmen entsteht."

17 Kulturschaffende müssen Wohnsitz in der Schweiz haben und "können nur den finanziellen Schaden geltend machen, der ihnen im Zusammenhang mit einer

selbstständigen Erwerbstätigkeit entsteht (Art. 4 Abs. 2 Covid-19-Kulturverordnung). Die Erläuterungen des BAK zur Covid-19-Kulturverordnung vom 18. Dezember 2020 (im Folgenden: "Erläuterungen") halten dazu fest, dass es nicht "eine ausschliesslich selbständige Tätigkeit" sein müsse; erfasst seien "auch Kulturschaffende, die eine Kombination aus selbständiger und angestellter Tätigkeit ausüben" (Erläuterungen, S. 2).

18 Art. 4 Abs. 3 u. 4 Covid-19-Kulturverordnung definieren Einschränkungen für Kulturunternehmen.

19 Art. 5 Covid-19-Kulturverordnung regelt die "Berechnung des Schadens und Höhe der Entschädigung" und lautet wie folgt:

"¹ Ersatzfähig sind nur Schäden, die:

a. durch staatliche Massnahmen verursacht wurden; und

b. nicht durch andere Entschädigungen gedeckt sind.

² Die Entschädigung deckt höchstens 80 Prozent des finanziellen Schadens.

³ Ein allenfalls entgangener Gewinn wird nicht entschädigt."

Angelegt ist in dieser Bestimmung insbesondere die Voraussetzung der Kausalität: Die eingeschränkte Durchführung einer Veranstaltung muss mit der Covid-19-Epidemie in Zusammenhang stehen, namentlich aufgrund der Anwendung von Schutzkonzepten (vgl. Erläuterungen, S. 4).

20 Art. 6 Covid-19-Kulturverordnung regelt den zeitlichen Anwendungsbereich und das Verfahren.

21 Art. 18 Covid-19-Kulturverordnung enthält gemeinsame Bestimmungen und gilt damit auch für Ausfallentschädigungen. Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller sind verpflichtet, alle zumutbaren Massnahmen zur Schadensminderung zu ergreifen (Art. 18 Abs. 1 Covid-19-Kulturverordnung). Schaden und Kausalität müssen soweit möglich und zumutbar durch Dokumente glaubhaft gemacht werden (Art. 18 Abs. 1 Covid-19-Kulturverordnung).

22 Die Verordnung und die Erläuterungen nehmen die gesetzlichen Änderungen vom 18. Dezember 2020 zurückhaltend auf. Die Verordnung hat im Wesentlichen den Begriff "Kulturschaffende" ergänzt, konzeptionell an der Ausgestaltung der Ausfallentschädigungen aber wenig geändert. Dies gilt namentlich für den Begriff des Schadens, der durch die Massnahmen des Bundes adäquat-kausal verursacht sein muss.

23 In den Erläuterungen kann bei flüchtiger Lektüre der Eindruck entstehen, Kulturschaffende hätten nur Anspruch auf Nothilfe (Erläuterungen, S. 2, betr. Selbständigkeit, S. 7, betr. Schadensminderung). Bei den Erläuterungen zu Art. 4 f. Covid-

19-Kulturverordnung werden zunächst die Ansprüche der Kulturunternehmen abgehandelt und anschliessend für Kulturschaffende wie folgt ergänzt (Erläuterungen, S. 4):

"Für die Ausfallentschädigungen an Kulturschaffende gelten dieselben Anspruchsvoraussetzungen wie für die Kulturunternehmen. Zur Reduktion des administrativen Aufwandes der Kantone sollen auf Praxisebene möglichst einfache Lösungen zur Berechnung und Ausrichtung der Ausfallentschädigung an Kulturschaffende angestrebt werden."

Der Bedarf an "einfachen Lösungen" für Kulturschaffende wird explizit ausgewiesen.

- 24 Eine Vereinfachung nennen die FAQ betreffend Ausfallentschädigung für Kulturschaffende des BAK vom 1. Februar 2021 (im Folgenden: "FAQ"), nämlich für Kulturschaffende, welche einen Anspruch auf Taggeld beim Corona-Erwerbssersatz von weniger als CHF 60.-- haben (FAQ, S. 2). Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller müssen im Gegenzug in der fraglichen Zeit auf Corona-Erwerbssersatz sowie Nothilfe verzichten. Sehen die Kantone dieses Verfahren vor, haben Kulturschaffende nur mit einer kantonalen Behörde zu tun und erhalten im Ergebnis alle den gleichen Betrag (FAQ, S. 2).

III. SPIELRAUM DES VERORDNUNGSGEBERS

1. Wortlaut

- 25 Der Bundesrat hat gemäss Art. 11 Abs. 11 Covid-19-Gesetz die Anspruchsvoraussetzungen der Finanzhilfen des Bundes zu konkretisieren. Dazu gehören auch die "Beiträge" an Kulturschaffende, welche auf Gesuch hin "als Ausfallentschädigungen" auszurichten sind (Art. 11 Abs. 2 Covid-19-Gesetz). Im geltenden Verordnungsrecht hat der Bundesrat eine Konkretisierung gewählt, die sich massgebend an der Idee eines durch die Massnahmen des Bundes adäquat-kausal entstandenen Schadens orientiert. Es ist zu prüfen, ob es sich dabei um die einzig zulässige Umsetzung des Gesetzes handelt.
- 26 Die Unterstützung von Kulturschaffenden erfolgt nach Art. 11 Abs. 1 Covid-19-Gesetz in Form von "Finanzhilfen". Für *Finanzhilfen* findet sich in Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1) eine Legaldefinition. Sie sind "geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten" (Art. 3 Abs. 1 SuG). Die Finanzhilfen des Bundes beziehen sich folglich nicht auf einen erlittenen Schaden, sondern messen sich an den Zielsetzungen ihrer Ausrichtung, hier an Art. 1 Abs. 1 Covid-19-Gesetz ("Bewältigung der Auswirkungen der Bekämpfungsmassnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden"), detailliert in Art. 1 Covid-19-Kulturverordnung (vgl. oben Ziff. 15). Der Begriff "Finanzhilfe" steht einer anderen Umsetzung in der Covid-19-Kulturverordnung nicht entgegen.
- 27 Art. 11 Abs. 2 Covid-19-Gesetz spricht von "Beiträgen [...] als Ausfallentschädigungen". Der Begriff "Beitrag" erscheint nicht als spezifischer Begriff, mindestens nicht im Sinne einer Einschränkung gegenüber dem Begriff der Finanzhilfe. Hingegen deutet "Ausfallentschädigung" auf eine Verbindung zwischen einem nicht stattgefundenen Ereignis ("Ausfall") und einer finanziellen Leistung ("Entschädigung") hin.
- 28 In Art. 64 f. Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101) geht der Begriff "Entschädigung" in Richtung eines Schadenersatzes. Ausserhalb der rechtlichen Grundlagen im Zusammenhang der Covid-19-Pandemie ist der Begriff vor allem aus dem Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende, bei Mutterschaft und bei Vaterschaft vom 25. September 1952 (Erwerbsersatzgesetz, EOG, SR 834.1) bekannt. Der Titel des ersten Abschnitts lautet

"Erwerbsausfallentschädigung" (Art. 1a EOG). Die Entschädigung wird pauschalisiert ausgerichtet (vgl. Art. 4 ff. EOG). Die Entschädigung setzt keinen Schaden im Rechtssinne voraus. Die Begriffsverwendung ist somit unterschiedlich.

29 In der (ursprünglichen) Verordnung über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (Covid-19) im Kultursektor vom 20. März 2020 (COVID-Verordnung Kultur, SR 442.15, nicht mehr in Kraft) wurde der Begriff noch insofern präzisiert, als der Bezug zur Absage einer Veranstaltung explizit in den Rechtstext aufgenommen wurde. Der Begriff "Schaden" fand sich darin explizit (Art. 8 Abs. 1 Covid-Verordnung Kultur):

"Kulturunternehmen und Kulturschaffende erhalten auf Gesuch Finanzhilfen für den namentlich mit der Absage oder Verschiebung von Veranstaltungen und Projekten oder mit Betriebsschliessungen verbundenen finanziellen Schaden, sofern dieser durch staatliche Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) verursacht wurde"

30 Daraus kann zwar nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass der Begriff "Ausfallentschädigung" in Art. 11 Abs. 2 Covid-19-Gesetz heute weiter zu verstehen ist; mindestens ist eine solche Absicht des Gesetzgebers soweit ersichtlich nicht in den Materialien zu finden. Der heutige Wortlaut des Gesetzes verwendet aber nur den Begriff "Ausfallentschädigen", ohne dass dieser Begriff auf Gesetzesstufe eingeschränkt würde. Es fehlen der Hinweis auf konkrete Absagen und auf die Kausalität zu staatlichen Massnahmen. Der Begriff "Ausfallentschädigung" beinhaltet diese Elemente nicht einfach *ex lege*, so dass eine andere Umsetzung auf Verordnungsstufe möglich sein sollte.

2. Systematik

31 In systematischer Hinsicht ist auffallend, dass die Ausfallentschädigungen nach Art. 11 Covid-19-Gesetz offener formuliert sind als etwa die Härtefallmassnahmen nach Art. 12 Covid-19-Gesetz. Dort hat der Gesetzgeber den Härtefall numerisch definiert (Art. 12 Abs. 1^{bis} Covid-19-Gesetz), die Überlebensfähigkeit des Unternehmens gefordert (Art. 12 Abs. 2^{bis} Covid-19-Gesetz) und einen Mindestumsatz verlangt (Art. 12 Abs. 4 Covid-19-Gesetz). Ähnliches hat der Bundesrat zur Abgrenzung von Kulturunternehmen und Laienbereich auf Verordnungsstufe eingeführt (Art. 4 Abs. 4 Covid-19-Kulturverordnung).

32 Gegenüber dem Vorentwurf (vgl. Art. 7 VE Covid-19-Gesetz, <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2020.html>) ist Art. 11 Covid-19-Gesetz zwar etwas präziser geworden. Der Ordnungsgeber verfügt aber unvermindert über einen weiten Spielraum, gerade im Vergleich zu anderen Bestimmungen des Gesetzes.

3. Entstehungsgeschichte

33 Die Änderung von Art. 11 Abs. 2 Covid-19-Gesetz per 18. Dezember 2020 macht klar, dass der Gesetzgeber eine Unterstützung der Kulturschaffenden auch in der Form von Ausfallentschädigungen wollte (vgl. oben Ziff. 11 ff.). Von den Gegnern wurde die Gefahr der Überentschädigung geltend gemacht – wie sie unter der Geltung der Covid-Verordnung Kultur im Wesentlichen durch das Zusammentreffen mehrerer Anspruchsgrundlagen, nicht Pauschalisierungen, bestanden hatte (vgl. Eidgenössische Finanzkontrolle EFK, COVID-19-Prüfungen, Dritter Zwischenbericht Massnahmen des Bundes, 31. Juli 2020, S. 24 ff.).

34 Das Zusammentreffen mehrerer Leistungen dürfte auch der Grund gewesen sein, dass der Bund bei der ursprünglichen Fassung von Art. 11 Covid-19-Gesetz (dort: Art. 8 E Covid-19-Gesetz, BBl 2020 6625 ff.) eine Vereinfachung anstrebte. Wörtlich hielt der Bundesrat fest (Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020, BBl 2020 6563 ff., 6607):

"Gestützt auf die bisherigen Erfahrungen beim Vollzug der COVID-Verordnung Kultur sowie massgeblichen Stellungnahmen aus der Vernehmlassung sollen die Massnahmen im Kulturbereich in Zukunft vereinfacht werden: Erstens wird die Anzahl der Instrumente reduziert. In Zukunft steht für jede Anspruchsgruppe (Kulturunternehmen, Kulturschaffende und Kulturvereine im Laienbereich) noch je eine Fördermassnahme zur Verfügung. Damit wird die im Vollzug anspruchsvolle Abhängigkeit zwischen den bisher zwei Massnahmen für Kulturschaffende beseitigt."

35 An gleicher Stelle tritt der Bundesrat dezidiert für eine einfache Umsetzung ein:

"Zweitens wird die Ausgestaltung der Massnahmen zur Unterstützung der Kulturunternehmen vereinfacht. In Zukunft erhalten die Kantone über eine Leistungsvereinbarung Bundesmittel ausgerichtet, die sie für die Unterstützung der Kulturunternehmen einsetzen können. Die Kantone müssen bei der Mittelverwendung nicht zwingend wie bisher komplexe Schadensberechnungen vornehmen. Für die Ausfallentschädigungen an Kulturschaffende gelten dieselben Anspruchsvoraussetzungen wie für die Kulturunternehmen. Zur Reduktion des administrativen Aufwandes der Kantone sollen auf Praxisebene möglichst einfache Lösungen zur Berechnung und Ausrichtung der Ausfallentschädigung an Kulturschaffende angestrebt werden."

"Komplexe Schadensberechnungen" sind also möglich, aber keinesfalls erwünscht. Mindestens aus den vorstehend zitierten Rechtsgrundlagen ist nicht ersichtlich, weshalb (deutliche) Vereinfachungen auf Verordnungsstufe nicht möglich sein sollten – im Gegenteil.

- 36 Pauschalisierungen wurden soweit ersichtlich nicht bei den Ausfallentschädigungen, sondern der *Soforthilfe* thematisiert. Gefordert wurde in der Vernehmlassung etwa (https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3137/Covid-19-Gesetz_Ergebnisbericht_de.pdf, S. 31):

"Die Soforthilfe ist für den Kanton BL so auszubauen, dass selbständige Kulturschaffende in einem einfachen Verfahren eine pauschale Grundleistung im Bereich eines Tagessatzes von mindestens 70 Franken erhalten können. Das würde ihrer aktuellen Situation besser Rechnung tragen und auch den unverhältnismässigen Aufwand für die Gesuchsbearbeitung senken. Auch der Kanton ZH schlägt eine Pauschalentschädigung vor (max. 2'000 Franken pro Monat)."

- 37 Der Bundesrat hat eine Pauschalisierung in der Botschaft in Bezug auf die *Nothilfe* abgelehnt (BBl 2020 6563 ff., 6609, zu Art. 8 Abs. 4):

"Eine Ausrichtung von Pauschalen ohne Prüfung der tatsächlichen Vermögens- und Einkommensverhältnisse – wie teilweise im Rahmen der Vernehmlassung beantragt – schliesst der Bundesrat aus."

Daraus lässt sich für die Ausfallentschädigungen aber wenig ableiten. Auf jeden Fall wäre sorgfältig zu prüfen, ob die Bedenken gegen eine Pauschalisierung weiterhin gültig sind, insbesondere mit Blick auf die zunehmenden Schwierigkeiten, einen eigentlichen Schaden glaubhaft zu machen, wenn die Aktivität im Kultursektor massgeblich zurückgegangen ist.

4. Zielsetzung

- 38 Gemäss Art. 1 lit. a u. c Covid-19-Kulturverordnung sollen die wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19-Epidemie für Kulturschaffende abgemildert und eine nachhaltige Schädigung der Schweizer Kulturlandschaft verhindert werden (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 Covid-19-Gesetz). Welches Modell auf Verordnungsstufe dieser Zielsetzung am besten entspricht, kann im Rahmen eines rechtlichen Gutachtens nicht beurteilt werden. Unbestritten ist aber, dass der Gesetzgeber eine rasche und nachhaltige Hilfe zugunsten der Kulturschaffenden wollte. Diese Hilfe soll auch "möglichst einfach" sein, wie in den Erläuterungen des BAG ausgeführt wird. Eine breite Verordnungskompetenz des Bundesrates zur Suche nach der besten Lösung entspricht dem Gesetzeszweck besser als eine Verengung auf ein einziges mögliches Entschädigungsmodell.

- 39 Es ist fraglich, ob das geltende Verordnungsrecht dieser Vorgabe gerecht wird. Zumindest ist aus den vorliegenden Unterlagen nicht ersichtlich, dass die Gesetzesänderung vom 18. Dezember 2020 zu einer Prüfung geführt hat, ob das bisherige Konzept der Verordnung unter der Erweiterung der Ausfallentschädigungen wirklich sinnvoll (und rechtlich zwingend) ist.

5. Föderalistische Gesichtspunkte

40 Verfassungsrechtlich sind für den Bereich der Kultur die Kantone zuständig (Art. 69 Abs. 1 BV). Bei der Umsetzung der COVID-Verordnung Kultur ist den Kantonen "ein grosser Ermessensspielraum" zugestanden worden (ANDREA RASCHÈR/KAI-PETER UHLIG/MARCO NEESER, Kultur, in: COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise [Helbing Lichtenhahn Verlag Hrsg.], Basel 2020, S. 247 ff., Rz. 51).

41 Es ist nicht ersichtlich, welche Gründe dafür sprechen, dass der Bund bei der Ausgestaltung der Unterstützung den Kantonen nicht einen weiten Spielraum lässt. Der Bund nimmt seine Interessen in der Leistungsvereinbarung wahr, welche er mit den Kantonen abschliesst (Art. 11 Abs. 2 Covid-19-Gesetz). Dies spricht in der Tendenz für offene Rechtsgrundlagen auf Verordnungsstufe.

6. Fazit

42 Aus diesen Überlegungen ist nicht ersichtlich, dass die Ausfallentschädigungen für Kulturschaffende zwingend mit Schadensberechnungen verbunden sein müssen. Der Begriff "Ausfallentschädigung" steht dieser Lesart nicht entgegen. Im Gegensatz zu anderen Bestimmungen ist Art. 11 Abs. 2 Covid-19-Gesetz offener formuliert und überlässt die Konkretisierung dem Bundesrat. Die Notwendigkeit einer einfachen Lösung wurde anlässlich der Ausdehnung der Ausfallentschädigungen auf Kulturschaffende im Dezember 2020 durchwegs betont. Für die Abkehr von einer einzig möglichen Lösung auf Verordnungsstufe sprechen auch föderalistische Gesichtspunkte.

43 Aus diesen Überlegungen komme ich zu folgendem Schluss: Das Gesetz lässt dem Bundesrat ausreichenden Spielraum, um Verordnungsgrundlagen zu schaffen, die mit einem stark pauschalisierten Entschädigungsmodell wie im Kanton Zürich diskutiert kompatibel sind.

IV. AUSGESTALTUNG DER VERORDNUNG

44 Das geltende Verordnungsrecht ist, auch nach dem Einschluss von Kulturschaffenden durch die Änderung des Covid-19-Gesetzes am 18. Dezember 2020, stark auf Unternehmen ausgerichtet. Mit Blick auf die Tatsache, dass unter der Pandemie die Planungen im Kulturbereich gar nicht mehr regulär stattfinden, dürfte es für Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller (noch) schwieriger geworden sein, den "finanziellen Schaden, der aus der Absage, Verschiebung oder eingeschränkten Durchführung von Veranstaltungen und Projekten oder aufgrund betrieblicher Einschränkungen infolge der Umsetzung staatlicher Massnahmen" entstanden ist, glaubhaft zu machen (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 18 Covid-19-Kulturverordnung). Dies wirft die Frage auf, ob die Verordnung nicht grundlegend konzeptionell zu überdenken ist.

45 Versucht man eine bloss punktuelle Ergänzung in der Covid-19-Kulturverordnung, könnte der Bundesrat anstelle der Schadensberechnung eine Alternative bei der Berechnung der Ausfallentschädigung vorsehen, etwa als Art. 5a Covid-19-Kulturverordnung:

Art. 5a Pauschalisierte Ausfallentschädigung

¹ *Anstelle eines Beitrages zur Deckung ihres Schadens können Kulturschaffende eine pauschalisierte Ausfallentschädigung beantragen, sofern dies im betreffenden Kanton vorgesehen ist.*

² *Die Kantone bestimmen die Höhe der Ausfallentschädigung.*

³ *Sie berücksichtigen bei der Ausrichtung der Ausfallentschädigung anderweitige Einnahmen, namentlich aus Erwerbstätigkeit, Sozialversicherungen, Sozialhilfe und aus Leistungen nach dem Covid-19-Gesetz.*

Art. 22a Übergangsbestimmung zu den pauschalisierten Ausfallentschädigungen

Soweit ein Kanton pauschalisierte Ausfallentschädigungen nach Art. 5a dieser Verordnung ausrichtet, passen Bund und Kantone ihre Leistungsvereinbarungen an.

46 Mit dem Begriff "pauschalisierte Ausfallentschädigung" wird klargestellt, dass es sich nicht um einen Schaden handelt und damit Art. 4, 5 und Art. 18 Covid-19-Kulturverordnung nicht einschlägig sind. "Ausfallentschädigung" ist der Begriff des Gesetzes. Zu überlegen wäre, ob auch der Begriff "Schäden" in Art. 6 Covid-19-Kulturverordnung durch den allgemeineren Begriff der Ausfallentschädigung zu ersetzen wäre.

47 Die Kantone sind gemäss Art. 5a Abs. 1 Covid-19-Kulturverordnung frei, ob sie pauschalisierte Ausfallentschädigungen vorsehen wollen oder nicht. Sie bestimmen auch die Höhe (Art. 5a Abs. 2 Covid-19-Kulturverordnung). Da aber der Bund die Hälfte dieser Kosten mitträgt, erscheint es richtig, dass er diesbezüglich

mitbestimmen kann. Vorgeschlagen wird, dass dies mittels einer Anpassung der Leistungsvereinbarung geschieht. Diese Bestimmung gehört ins Übergangsrecht (Art. 22a Covid-19-Kulturverordnung).

- 48 Zu vermeiden ist eine Überentschädigung der Betroffenen. Aus diesem Grund ist bundesrechtlich vorzuschreiben, dass anderweitige Einnahmen zu berücksichtigen sind (Art. 5a Abs. 3 Covid-19-Kulturverordnung). Die Kantone sollten anstreben, dass auch bei einer pauschalisierten Ausfallentschädigung ein Teil der Mindereinnahmen von den Betroffenen zu tragen ist. Bei einer Schadensberechnung sind maximal 80 % des finanziellen Schadens gedeckt (Art. 5 Abs. 2 Covid-19-Kulturverordnung). Dies ist bei der Festsetzung der Höhe zu berücksichtigen (Art. 5a Abs. 2 Covid-19-Kulturverordnung).

* * *



Prof. Dr. Felix Uhlmann