

RECHTSDIENST DES REGIERUNGSRATES
BASEL-LANDSCHAFT

An die
Finanzkommission des Landrates
z.Hd. Herrn Präsidenten Marc Joset

im Hause

Liestal, 18. Oktober 2004 BP

030 04 21

Rückforderung der Auszahlung an die basel sinfonietta / Gutachten

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Bei der Beratung der Staatsrechnung 2003 haben Sie sich mit der Auszahlung an die basel sinfonietta von total Fr. 250'000.-- befasst. Dabei sind Sie aufgrund der Ihnen vorliegenden Unterlagen zum Schluss gelangt, dass die Zahlungen gegen die Kompetenzregelung des Finanzhaushaltsgesetzes verstossen haben. In der Folge haben Sie uns mit Schreiben vom 24. Juli 2004 gebeten, bis zum 20. September 2004 abzuklären, ob die Rückforderung möglich und mit den Rechtsgrundsätzen von "Treu und Glauben" und dem "Vertrauensschutz" vereinbar ist. Da sich zur Beantwortung Ihrer Fragen umfangreiche Sachverhaltsabklärungen als notwendig erwiesen haben, war es uns nicht möglich, das Gutachten zu einem früheren Zeitpunkt fertig zu stellen. Wir danken Ihnen daher für die gewährte Fristerstreckung bis zum 11. Oktober 2004 und bitten Sie höflich, die Verzögerung zu entschuldigen.

Gerne nehmen wir im Folgenden zu Ihren Fragen Stellung wie folgt:

A. Vorbemerkung

Bei der Beantwortung der von Ihnen gestellten Fragen ist von zentraler Bedeutung, wie sich der Sachverhalt in Bezug auf die umstrittenen Auszahlungen an die basel sinfonietta verhält. Wir haben daher mit den Verantwortlichen bei der Bildungs-, Kultur- und Sportdirektion (BKSD) Kontakt aufgenommen und in je einem ausführlichen Gespräch mit Herrn Niggi Ullrich, Leiter



REGIERUNGSGEBÄUDE, RATHAUSSTRASSE 2
POSTFACH, 4410 LIESTAL
TEL 061/925 57 38 FAX 061/925 69 45
JUSTIZ-, POLIZEI- UND MILITÄRDIREKTION

Hauptabteilung kulturelles.bl, sowie mit Herrn Regierungsrat Urs Wüthrich, Direktionsvorsteher BKSD, versucht, den massgeblichen Sachverhalt zu eruieren. Die Gespräche fanden am 31. August 2004 und am 30. September 2004 statt. Des Weiteren hat Herr RR Wüthrich in Zusammenarbeit mit Herrn Ullrich mit Schreiben vom 27. September 2004 und 30. September 2004 diverse Fragen (Beilagen 1 und 2) schriftlich beantwortet (Beilagen 3 und 4). Trotz dieser Gespräche und der schriftlichen Beantwortung diverser Fragen ist es uns nicht gelungen, den Sachverhalt vollständig und durchwegs nachvollziehbar zu eruieren. Unseres Erachtens sind an der einen oder anderen Stelle der Sachverhaltsdarstellung daher zumindest Fragezeichen angebracht.

Vorliegend sind wir bei der Beantwortung der sich stellenden rechtlichen Fragen (dennoch) vom Sachverhalt ausgegangen, wie ihn uns die BKSD geschildert und - in (teilweiser) Beantwortung unseres Fragenkataloges - auch schriftlich festgehalten hat, auch wenn sich in den Gesprächen und aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen gewisse Widersprüche oder Unklarheiten zu dieser Darstellung ergeben haben. Wir erachten uns indessen nicht als befugt, hier weitergehende Abklärungen zu tätigen. Aus diesem Grund haben wir etwa auch keine Gespräche mit der basel sinfonietta oder allfällig beteiligten Dritten geführt.

Nachfolgend werden wir in einem ersten Schritt den (für die von Ihnen gestellten Fragen relevanten) Sachverhalt skizzieren, wie er uns von den Verantwortlichen der BKSD dargelegt worden ist. Ein anderer Sachverhalt lässt sich offenbar nicht belegen bzw. beweisen. In einem nächsten Schritt werden wir die rechtlichen Grundlagen erläutern, die vorliegend von Relevanz sind, um dann schliesslich die von Ihnen gestellten Fragen zu beantworten. Da deren Beantwortung indessen wesentlich vom zu Grunde liegenden Sachverhalt abhängt, weisen wir darauf hin, dass sich je nach Sachverhalt natürlich auch das Ergebnis verändern kann. Dementsprechend steht unsere rechtliche Einschätzung unter dem Vorbehalt, dass sich am Sachverhalt nichts ändert.

B. Sachverhalt (Darstellung BKSD; ergänzt durch Akten)

I. Ausgangslage

Die basel sinfonietta hat bis Ende Jahr 2003 vom Kanton Basel Stadt auf der Basis eines Subventionsvertrages (gültig bis 2005) jährliche Subventionen in der Höhe von Fr. 305'000.-- erhalten. Die Beiträge vom Kanton Basel-Landschaft beliefen sich bis zum Jahr 2002 auf Fr. 50'000.-- jährlich. Dieser Betrag wurde aus der Kulturvertragspauschale entrichtet (in Form von Saisonbeiträgen: Geschäftsjahr Juli bis Juni). Dies seit dem Inkrafttreten des Kulturvertrages im Jahr 1997; vorher erfolgten die Zahlungen auf der Basis einer Subventionsvereinbarung. Die letzte schriftliche Verfügung der BKSD betreffend die basel sinfonietta aus der Kulturvertragspauschale hatte eine Laufzeit von zwei Jahren: 2001 und 2002. Diese Verfügungen wurden jeweils in Absprache mit dem Erziehungsdepartement Basel-Stadt erlassen.

Schon seit längerer Zeit war klar, dass der Proben- und Konzertbetrieb der basel sinfonietta nicht mehr weiter geführt werden konnte, wenn die Basisfinanzierung nicht erhöht würde. Bis zum Jahr 2001 sorgten überdurchschnittlich hohe Spenden von Privaten und Gönnern im Rahmen von Überbrückungshilfen dafür, dass die Rechnung noch einigermaßen ausgeglichen war. Die Bilanz verschlechterte sich. Eine Überschuldung zeichnete sich ab - ein Phänomen, das auch bei anderen Orchestern mit ähnlicher Betriebsführung und vergleichbar hoher künstlerischer Reputation zu beobachten war. In Absprache mit dem Erziehungsdepartement Basel-Stadt wurde im Sinne einer Aufgabenteilung in Aussicht genommen, dass die Basisfinanzierung ab dem Jahr 2003 durch den Kanton Basel-Landschaft mit einer Subventionsvereinbarung - auf der Grundlage eines Leistungsauftrages - erhöht werden sollte. Ab dem Jahr 2004 sollte der Kanton Basel-Landschaft allein verantwortlich für die Subventionierung der basel sinfonietta sein. Im geplanten Leistungsauftrag waren Gegenleistungen enthalten, die im Rahmen der ordentlichen Zusicherungen aus der Kulturvertragspauschale normalerweise nicht eingefordert werden können.

II. Landratsvorlage 1 (Frühjahr 2003)

Bereits im Februar 2003 war die ursprüngliche, von der Hauptabteilung kulturelles.bl ausgearbeitete Landratsvorlage (Subventionen für die Jahre 2003 bis 2006) bereit und sollte für die Regierungsratssitzung vom 1. April 2003 traktandiert werden. Die Landratsvorlage war im Bericht des Regierungsrates an den Landrat vom 10. September 2002 betreffend Voranschlag im Zusammenhang mit dem Budgetposten Subvention 2003 an die basel sinfonietta in der Höhe von Fr. 305'000.-- (bei der Differenz von Fr. 40'000.-- zum Betrag in der Landratsvorlage von Fr. 345'000.-- soll es sich um einen Druckfehler handeln) denn auch vorbehalten worden; das heisst, der im ordentlichen Budget eingestellte Betrag in der Höhe von Fr. 305'000.-- war vom Landrat nur unter dem ausdrücklichen Vorbehalt einer Landratsvorlage genehmigt worden (diese sollte dem Landrat im 1. Semester 2003 unterbreitet werden). Ein entsprechendes Budgetpostulat der SD-Fraktion (2002/216-05) zur Streichung der Subvention in der Höhe von Fr. 305'000.-- wurde vom Landrat mit dem Hinweis auf die Beratung der erwähnten separaten Vorlage im Landrat abgelehnt.

Im März 2003 wurden die Entwürfe einer Subventionsvereinbarung und einer Landratsvorlage betreffend Subventionierung des Orchesters basel sinfonietta für die Jahre 2003 bis 2006 dem Rechtsdienst des Regierungsrates zum Mitbericht unterbreitet. Der Rechtsdienst hielt in seinem Mitbericht unter anderem fest, es sei korrekt, dass die Ausgaben, die die geplante Subventionsvereinbarung auslöse, vom Landrat beschlossen werden müssten und dem fakultativen Finanzreferendum unterstünden, da es sich bei diesen Ausgaben zweifellos um neue Ausgaben im Sinne der Gesetzgebung handle. Der Entwurf der Subventionsvereinbarung zwischen dem Kanton Basel-Landschaft und dem Verein basel sinfonietta, vertreten durch die damalige Präsidentin und den damaligen Geschäftsführer, sah für das Jahr 2003 einen Betriebsbeitrag von Fr. 345'000.-- und für die Jahre 2004 bis 2006 einen solchen von je Fr. 650'000.-- vor. In Ziffer

6.2. der Subventionsvereinbarung wurde sodann festgehalten, dass die Vereinbarung nach der Unterzeichnung rückwirkend auf den 1. Januar 2003 in Kraft trete, *sofern der Landrat dem Abschluss dieser Subventionsvereinbarung zustimme* (korrekterweise muss der Landrat und allenfalls das Volk nur die Ausgaben bewilligen, nicht aber die Subventionsvereinbarung genehmigen). Im Mitbericht wurde sodann klar darauf hingewiesen, sollte die Zusprechung der Subvention doch mit einer Verfügung erfolgen (in der zu prüfenden Subventionsvereinbarung waren beide Formen Vertrag/Verfügung noch vermischt worden), müsste der Gesamtregierungsrat (nicht die Erziehungs- und Kulturdirektion [heute: BKSD]) die entsprechende Verfügung erlassen.

Im April 2003 zeichnete sich ab, dass der ursprünglichen Landratsvorlage (enthaltend auch die Subventionen für das Jahr 2003) zu diesem Zeitpunkt keine grosse Chance beschieden wäre. Das Geschäft wurde daher von der BKSD zurückgestellt (auf Sommer/Herbst 2003). Der Zeitpunkt der tatsächlichen Beratung durch den Regierungsrat und die Überweisung an das Kantonsparlament standen gemäss Angaben des heutigen Direktionsvorstehers BKSD in Zusammenhang mit den Einschätzungen der politischen Rahmenbedingungen durch die BKSD und dem Vorsteherwechsel. Die basel sinfonietta sei in die Terminplanung des Regierungsrates zu keinem Zeitpunkt einbezogen gewesen (siehe hierzu aber das Mail vom 9./10. April 2003 vom ehemaligen Geschäftsführer der basel sinfonietta, welches eine andere Betrachtungsweise zulässt; Beilage 5).

III. Auszahlung Tranche 1 an basel sinfonietta (Juli 2003)

Im Juni 2003 wurden die Beiträge an die aus der Kulturvertragspauschale begünstigten Basler Institutionen turnusgemäss ausbezahlt. Gemäss BKSD stand die basel sinfonietta "ohne Verschulden ohne rechtskräftige BL-Subvention da" (siehe Beilage 6). Die basel sinfonietta benötigte zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten der zu Ende gehenden Spielzeit 2002/2003 einen Anteil der budgetierten Subvention 2003 im Sinne eines Liquiditätszuschusses. Der Leiter Hauptabteilung kulturelles.bl gewährte daraufhin der basel sinfonietta nach Rücksprache mit dem scheidenden Direktionsvorsteher Peter Schmid eine Zahlung in der Höhe von Fr. 150'000.--. In einem Schreiben vom 3. Juli 2003 an den damaligen Geschäftsführer der basel sinfonietta (Beilage 7) verwies der Leiter Hauptabteilung kulturelles.bl auf ein Gespräch mit Herrn Regierungsrat Peter Schmid im Frühling 2003, anlässlich dessen vereinbart worden sei, dass die BKSD der basel sinfonietta per Mitte Juli einen Anteil der für das Jahr 2003 vorgesehenen Subvention in der Höhe von Fr. 150'000.-- ausbezahlen werde. Im Sinne einer Rechtsmittelbelehrung wurde festgehalten, dass die Subvention 2003 "streng rechtlich in der Höhe von Fr. 345'000.-- bewilligt" sei. Was zur Zeit noch ausstehe sei aber der Entscheid von Regierungsrat und gegebenenfalls Landrat zur Subventionierung der basel sinfonietta über das Jahr 2003 hinaus. Dieser Entscheid erfolge im Rahmen der Behandlung einer Landratsvorlage im Herbst 2003. Somit stelle die Auszahlung des obigen Betrages kein Präjudiz dar, sondern habe den Charakter einer Rate an einen auf das Jahr 2003 fixierten Beitrag. Die Verbuchung des Beitrages erfolgte auf dem Konto der BKSD für Subventionen. Der Betrag wurde nicht der Kulturvertragspauschale belastet.

Mit dem Hinweis "streng rechtlich bewilligt" sollte die basel sinfonietta gemäss Schreiben der BKSD vom 27. September 2004 darauf hingewiesen werden, dass der Kanton für das Jahr 2003 in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Subventionspraxis (siehe unten) und im Rahmen der bewilligten Budgetmittel eine Übergangssubvention leisten konnte; diese Leistungen würden aber wegen der fehlenden politischen Entscheide durch Regierungsrat und Landrat kein Präjudiz für die in den Jahren 2004 bis 2006 in Aussicht genommene Subventionierung durch den Kanton Basel-Landschaft darstellen. Die BKSD betonte in diesem Schreiben ausdrücklich, dass in der erwähnten Beitragszusicherung auf den Budgetrahmen von Fr. 345'000.-- hingewiesen worden sei. Der geltend gemachte Vorbehalt habe sich ausdrücklich nicht auf Leistungen für das Jahr 2003 bezogen, sondern auf die Folgejahre, in denen der Kanton Basel-Landschaft als alleiniger Subventionsgeber vorgesehen gewesen sei. In Übereinstimmung mit der (unzutreffenden) Beurteilung der Rechtslage durch die BKSD (siehe unten) seien gegenüber der basel sinfonietta keinerlei zusätzliche Vorbehalte gemacht worden.

Die BKSD führte in ihrem Schreiben vom 27. September 2004 weiter aus, ein schriftlicher Subventionsvertrag zwischen der basel sinfonietta und dem Kanton Basel-Landschaft existiere nicht. Auch liege bis heute keine von der basel sinfonietta unterschriebene Subventionsvereinbarung vor. Weder sei die ursprüngliche Fassung von spätestens März 2003, in welcher der Betrag von Fr. 345'000.-- sowie der Vorbehalt der Genehmigung durch den Landrat enthalten waren, noch eine andere, spätere Fassung je unterschrieben worden. Die Aussage des Leiters Hauptabteilung kulturelles.bl anlässlich des Gesprächs vom 31. August 2004, die erste Subventionsvereinbarung mit der basel sinfonietta sei von dieser bereits im März 2003 unterschrieben worden, habe sich im Nachhinein auf ausdrückliche Nachfrage des Direktionsvorstehers beim Leiter als falsch erwiesen (siehe hierzu Beilagen 4 und 8). Gegenstand der Verhandlungen zwischen der basel sinfonietta und der BKSD hätten lediglich die Höhe der Subventionsleistungen und die von der basel sinfonietta zu erbringenden Leistungen gegenüber dem Kanton Basel-Landschaft gebildet. Ein allfälliger Vorbehalt für die Subvention für das Jahr 2003 (nach der Rückstellung der ursprünglichen Landratsvorlage) sei nie Gegenstand von Gesprächen mit der basel sinfonietta gewesen. Über diese Gespräche bestünden zudem keine Aktennotizen. Es könne nicht belegt oder rekonstruiert werden (keinerlei schriftliche Unterlagen über allfällige Aktenzustellung), ob den Verantwortlichen der basel sinfonietta die erwähnten Entwürfe je vollständig unterbreitet wurden. Die BKSD sei nicht in der Lage, beweiskräftig zu belegen, dass die basel sinfonietta von den ursprünglichen Vertragsentwürfen sowie vom Vorbehalt "die Vereinbarung tritt nach der Unterzeichnung...in Kraft, sofern der Landrat dem Abschluss dieser Subventionsvereinbarung zustimmt" Kenntnis gehabt habe.

IV. Praxis der BKSD betreffend Subventionen

Laut Angaben der BKSD stützte sich die Ausrichtung der Übergangssubvention für das Jahr 2003 auf folgende Praxis, wie sie sich in den letzten Jahren entwickelt und gefestigt habe. (Der Text wird im Original wiedergegeben; siehe Beilage 3.)

"Bis zum Jahr 2001 galt für die Subventionierung von Kulturveranstaltern die Regelung, die sich direkt aus der Kantonsverfassung ableitet

- Subventionen auf Vertragsebene ab CHF 50'000.-- pro Jahr erfordern die Genehmigung durch den Landrat. Der entsprechende Vertrag wurde vom Regierungspräsidenten bzw. von der Regierungspräsidentin und dem Landschreiber unterzeichnet.

- Einmalige Beiträge bis CHF 500'000.-- pro Jahr wurden in eigener Kompetenz der Hauptabteilungsleitung bewilligt unter dem Vorbehalt, dass der entsprechende Betrag im Budget eingestellt war. Die entsprechende Beitragszusicherung wurde durch die Leitung der Hauptabteilung kulturelles.bl unterzeichnet.

Auf Weisung der Finanzverwaltung wurde ab 2001 folgende neue Praxis eingeführt:

- Für Subventionen auf Vertragsebene ab CHF 500'000.-- war die Genehmigung durch den Landrat erforderlich. Der Subventionsvertrag wurde vom Vorsteher der EKD/BKSD unterzeichnet.

- Subventionen zwischen CHF 10'000.-- bis Fr. 500'000.-- mussten lediglich durch den Regierungsrat genehmigt werden, sofern der entsprechende Betrag im Budget eingestellt war. Auch diese Subventionsvereinbarungen wurden vom Vorsteher der EKD/BKSD unterzeichnet.

- Mehrjährige Beitragszusicherungen unter CHF 10'000.-- erfolgten in eigener Kompetenz der Hauptabteilung kulturelles.bl und wurden von der Leitung dieser Organisationseinheit unterzeichnet. Auch für die Beiträge galt der Vorbehalt, dass die erforderlichen Mittel ordentlich im Budget eingestellt waren.

- Unter dem Vorbehalt, dass der entsprechende Beitrag im Budget eingestellt und durch das Parlament bewilligt war, konnten **einmalige** Beiträge bis CHF 500'000.-- in eigener Kompetenz durch die Hauptabteilung kulturelles.bl gesprochen werden. Die Beitragszusicherungen wurden von der Leitung dieser Hauptabteilung unterzeichnet. Dies entspricht dem Vorgang für die im Jahr 2003 an die basel sinfonietta ausbezahlten Beiträge. Der ausgerichtete Beitrag bewegt sich innerhalb der festgelegten Kompetenzsumme und war im Budget 2003 enthalten.

Diese gestützt auf entsprechende Instruktionen durch die Finanzverwaltung der FKD gelebte Praxis wurde weder von der Direktionsleitung der BKSD noch von der Finanzkontrolle beanstandet."

V. Landratsvorlage 2 (Herbst 2003)

Am 11. November 2003 bewilligte der Regierungsrat eine Subventionsvereinbarung 2004 bis 2006 für die basel sinfonietta in der Höhe von Fr. 650'000.-- jährlich und eine entsprechende Landratsvorlage. In dieser war die einmalige Übergangssubvention (bezeichnet als provisorische Subvention!) in der Höhe von Fr. 345'000.-- noch vermerkt; im Entwurf des beantragten Landratsentscheides war sie indessen nicht mehr enthalten. Gemäss BKSD schien es gestützt auf die bisherige Praxis (siehe oben) nicht mehr erforderlich, den im Budget eingestellten und vom

Landrat bewilligten Betrag (dieser Betrag war vom Landrat eben gerade nicht bewilligt worden; er ist es bis heute nicht) im Rahmen der konkreten Vorlage durch das Parlament legitimieren zu lassen.

Am 4. und 18. Dezember 2003 beriet die landrätliche Erziehungs- und Kulturkommission (EKK) die regierungsrätliche Vorlage, verabschiedete sie mit kleinen Abänderungen zuhanden des Landrates und empfahl sie zur Annahme. An beiden Sitzungen waren der Direktionsvorsteher BKSD, der Generalsekretär BKSD sowie der Leiter Hauptabteilung kulturelles.bl für die Beantwortung von Fragen anwesend. Im Bericht der EKK vom 19. Januar 2004 wurde unter Ziffer 3.2. "Finanzielles" darauf hingewiesen, dass der Sonderbeitrag des Kantons Basel-Landschaft für das Jahr 2003, *unter Vorbehalt der Zustimmung zur Landratsvorlage*, Fr. 345'000.-- beträgt. Unklar ist, weshalb die EKK diese Formulierung wählte, obwohl die Verantwortlichen der BKSD zu diesem Zeitpunkt offenbar noch davon ausgingen, der Sonderbeitrag 2003 benötige keine (zusätzliche) Genehmigung durch den Landrat.

VI. Auszahlung Tranche 2 an basel sinfonietta (Dezember 2003)

Im Dezember 2003 benötigte die basel sinfonietta zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten des ersten Teils der Spielzeit 2003/2004 einen Anteil der budgetierten Subvention 2003 im Sinne eines Liquiditätszuschusses. Der Leiter Hauptabteilung kulturelles.bl gewährte daraufhin der basel sinfonietta nach Rücksprache mit dem heutigen Direktionsvorsteher BKSD eine weitere Zahlung in der Höhe von Fr. 100'000.--. Das entsprechende Schreiben vom 19. Dezember 2003 an den neuen Präsidenten der basel sinfonietta (Beilage 9) ist in den wesentlichen Punkten deckungsgleich mit dem Schreiben vom 3. Juli 2003, enthält indessen eine markante Abweichung. So hält der Leiter Hauptabteilung kulturelles.bl in Bezug auf den Sonderbeitrag 2003 fest: "Somit stellt die Auszahlung des obigen Betrages kein Präjudiz dar, sondern hat den Charakter einer Rate an einen auf das Jahr 2003 fixierten Beitrag, *dem aber noch die politische Legitimation fehlt.*"

Gemäss Auskunft der BKSD in deren Schreiben vom 27. September 2004 hat diese unterschiedliche Formulierung (im Vergleich zum Schreiben vom 3. Juli 2003) jedoch keine Bedeutung. Die beiden Subventionszusicherungen vom 3. Juli 2003 und vom 19. Dezember 2003 seien materiell deckungsgleich. Auch im Dezember 2003 seien die zuständigen Stellen der BKSD noch davon ausgegangen, dass die im Budget eingestellte Übergangssubvention ohne zusätzliche Rechtsgrundlage und politische Abstützung korrekterweise ausgerichtet werden konnte. Diese Auffassung werde durch die Tatsache bestätigt, dass in der Landratsvorlage zwar die Übergangssubvention offen deklariert sei, aber keinerlei formellen Beschlussanträge dazu gestellt würden. Die Verantwortlichen der basel sinfonietta seien zu diesem Zeitpunkt im Besitz der Landratsvorlage gewesen und hätten sich davon überzeugen können, dass diese keinerlei Vorbehalte im Zusammenhang mit den Beitragsleistungen für das Jahr 2003 enthalten habe (siehe hierzu aber den Terminus "provisorische Subvention" in der entsprechenden Landratsvorlage, der unseres

Erachtens auch einen anderen Rückschluss zulässt). Im Schreiben vom 19. Dezember 2003 werde in keiner Weise darauf hingewiesen, dass seit der Beitragszusicherung vom 3. Juli 2003 neue Erkenntnisse oder gewandelte Sachverhalte zu einer veränderten Beurteilung der Rechtssituation geführt hätten. Daran vermöge die sprachlich missverständliche Formulierung nichts zu ändern, insbesondere weil erneut der Begriff "Präjudiz" verwendet werde, der ausschliesslich prospektiv für die Folgejahre habe gemeint sein können.

Die BKSD führte weiter aus, die Verantwortlichen hätten erst im Rahmen der direktionsinternen Rechnungsanalyse die Problematik erkannt, dass für die Auszahlung der Beiträge für das Jahr 2003, gestützt auf den entsprechenden Budgetkommentar und in Übereinstimmung mit den Aussagen der Direktionsleitung im Zusammenhang mit der Budgetberatung 2003, eine Landratsvorlage auch für die Subvention für das Jahr 2003 erforderlich gewesen wäre. Dass diese Beurteilung der Rechtssituation nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt erkannt und gegenüber Dritten kommuniziert worden sei, werde im Schreiben des Direktionsvorstehers BKSD vom 31. März 2004 an Herrn Landrat Dieter Völlmin bestätigt. Auch die schriftliche Stellungnahme zu den Fragen von Herrn Landrat Dieter Völlmin im Rahmen der Fragestunde vom 19. Februar 2004 würden zeigen, dass die BKSD zu diesem Zeitpunkt ganz offensichtlich immer noch davon ausgegangen sei, die Auszahlung der Übergangssubvention für das Jahr 2003 sei korrekterweise ohne besondere Landratsvorlage erfolgt.

C. Rechtliches

I. Ist die Rückforderung des Betrages von Fr. 250'000.-- an die basel sinfonietta rechtlich möglich?

Vorbemerkung: Die umstrittenen Subventionszahlungen benötigen als Ausgaben im Sinne des Finanzhaushaltsgesetzes grundsätzlich zwei Rechtsgrundlagen. Einerseits die generelle Rechtsgrundlage gestützt auf § 3 FHG (hier der Beschluss des Landrates; siehe auch § 66 Buchstabe a der Kantonsverfassung = KV), die vorliegend unbestrittenermassen nicht gegeben ist. Andererseits benötigen die einzelnen Auszahlungen zusätzlich auch eine konkrete Rechtsgrundlage, etwa in Form einer Verfügung oder eines verwaltungsrechtlichen Vertrages.

Bevor aufgezeigt werden soll, welche Voraussetzungen für eine allfällige Rückforderung vorliegen müssen, ist daher vorgängig zu klären, auf welcher konkreten Rechtsgrundlage die umstrittenen Subventionszahlungen geleistet worden sind. Diese Qualifikation ist auch für die Modalitäten bei einer allfälligen Rückforderung von erheblicher Bedeutung. Eine Auszahlung von Geld - auch wenn sie ohne Einschränkungen im Sinne der Betroffenen liegt - kann nie als reine Tat handlung ohne jeglichen Verfügungscharakter bezeichnet werden, denn der Empfänger der Geldleistung wird Eigentümer derselben. Von der Auszahlung geht somit eine unmittelbare

Rechtswirkung aus (Luzius Müller, Die Rückerstattung rechtswidriger Leistungen als Grundsatz des öffentlichen Rechts, Basel und Stuttgart 1978, Seite 64, N 121).

1. Qualifikation der konkreten Rechtsgrundlage der Subventionszahlungen

1.1. Verwaltungsrechtlicher Vertrag

Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist eine auf übereinstimmende Willenserklärungen von zwei oder mehreren Rechtssubjekten beruhende Vereinbarung, welche die Regelung einer konkreten verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung zum Gegenstand hat (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2002, Randziffer 1052). Wie beim privatrechtlichen Vertrag sind die Parteien auch beim verwaltungsrechtlichen Vertrag frei in der Entscheidung, ob sie einen Vertrag abschliessen wollen, wer der Vertragspartner sein, wann der einmal begründete Vertrag aufgehoben und welchen Inhalt der angestrebte Vertrag haben soll. Letztere Freiheit kann aber unter Umständen eingeschränkt sein. Für die Privatautonomie des Gemeinwesens bleibt nämlich - ausserhalb der administrativen Hilfstätigkeiten - dort kein Raum, wo eine Beziehung überhaupt nicht rechtsgeschäftlicher Gestaltung zugänglich ist, wo vielmehr das Verhalten der Beteiligten durch objektives Gesetzesrecht bestimmt wird (Max Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958, Seite 62). Im Gegenzug anerkennen Lehre und Rechtsprechung aber die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge, sofern es zweckmässiger erscheint, ein Verwaltungsrechtsverhältnis durch Vertrag statt durch Verfügung zu regeln. Zum Abschluss eines derartigen Vertrages bedarf es zudem keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, es genügt, wenn das Gesetz Raum für eine vertragliche Regelung lässt (Häfelin/Müller, a.a.O., Randziffer 1069). Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag kann schliesslich - in Übereinstimmung mit den Regeln des Privatrechts und damit unter Vorbehalt allfälliger Formvorschriften - formlos geschlossen werden.

Wenn das Gesetz bezüglich der Voraussetzungen für die Gewährung und der Bemessung von Subventionen Spielraum lässt, so wird das Rechtsverhältnis zwischen dem subventionierenden Gemeinwesen und dem Empfänger des Staatsbeitrages durch verwaltungsrechtlichen Vertrag ausgestaltet, sofern diese Rechtsform nach Sinn und Zweck des Gesetzes geeigneter ist als eine Regelung durch Verfügung (Häfelin/Müller, a.a.O., Randziffer 1095).

1.2. Verfügung

Dem verwaltungsrechtlichen Vertrag steht die Verfügung als einseitiger und hoheitlicher Verwaltungsakt gegenüber. Auf dessen inhaltliche Gestaltung hat die betroffene Privatperson oder das Gemeinwesen wenig oder gar keinen Einfluss. Die Form, in der eine Verfügung erlassen und gegenüber den Betroffenen eröffnet werden muss, bestimmt sich nach den massgeblichen Verfahrensgesetzen. Aus der Verletzung von Formvorschriften darf den Beteiligten keinerlei Nachteil

erwachsen. Daraus kann geschlossen werden, dass eine ausschliesslich begünstigende Verfügung grundsätzlich auch ohne Einhaltung der formellen Vorgaben zulässig sein kann. Unter Umständen kann auch konkludentes Verhalten einer Behörde eine Verfügung darstellen (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, Seite 216).

1.3. Mitwirkungsbedürftige Verfügung

Die mitwirkungsbedürftige Verfügung kann ohne Zustimmung des Betroffenen nicht rechtswirksam werden. Das Fehlen der Zustimmung hat die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge. In der Regel wird die mitwirkungsbedürftige Verfügung erst auf Gesuch hin erlassen; das Gesuch enthält bereits die Zustimmung. Die mitwirkungsbedürftige Verfügung enthält zwar Elemente des Vertrages, ist von diesem aber zu unterscheiden. Während sich beim Abschluss eines Vertrages Private und Verwaltungsbehörden als gleichberechtigte Partner gegenüberstehen, die sich im Rahmen einer offenen, unbestimmten gesetzlichen Regelung auf einen Vertragsinhalt einigen und eine auf gegenseitige, auf Dauer angelegte Bindung anstreben, setzen die Verwaltungsbehörden bei Erlass einer mitwirkungsbedürftigen Verfügung autoritativ nach Massgabe der anwendbaren Gesetze die Rechte und Pflichten der Privaten fest (Häfelin/Müller, a.a.O., Randziffer 898 f.). Die mitwirkungsbedürftige Verfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich weder in seinen späteren Abänderungsmöglichkeiten noch in seinen sonstigen rechtlichen Auswirkungen von anderen Verfügungen unterscheidet.

1.4. Subsumtion

a) Im vorliegenden Fall fanden zwischen der BKSD und der basel sinfonietta bereits lange vor der ersten Subventionsauszahlung im Juli 2003 Vertragsverhandlungen statt. Gegenstand der Verhandlungen, die offenbar noch im Zusammenhang mit der ursprünglichen Landratsvorlage standen, bildeten gemäss BKSD lediglich die Höhe der Subventionsleistungen und die von der basel sinfonietta zu erbringenden Leistungen gegenüber dem Kanton, nicht aber ein Vorbehalt der Genehmigung der Subventionen durch den Landrat. Aktennotizen über diese Verhandlungen gibt es gemäss BKSD keine. Es ist unklar, ob die basel sinfonietta den ursprünglichen Entwurf der Subventionsvereinbarung (erste Fassung von spätestens März 2003; diese betraf die ursprüngliche Landratsvorlage, in welcher der umstrittene Betrag für das Jahr 2003 dem Landrat zur Bewilligung auch noch hätte unterbreitet werden sollen) je erhalten hat. Unterschrieben hat sie die Vereinbarung (erste Fassung), welche die basel sinfonietta im Gegenzug zur Subvention zu konkreten Leistungen verpflichtet hätte, gemäss den Angaben des Direktionsvorstehers BKSD nie. Ob vorliegend allenfalls ein mündlicher Vertrag geschlossen worden ist, kann aufgrund der fehlenden Aktennotizen und der nicht ganz schlüssigen Aussagen der BKSD nicht abschliessend beantwortet werden. Zwar sieht das Finanzhaushaltsgesetz (siehe § 6 FHG) grundsätzlich vor, dass Subventionen mittels Verfügung gewährt werden, schliesst indessen den Abschluss einer Subventionsvereinbarung nicht à priori aus, sofern der verwaltungsrechtliche

Vertrag geeigneter ist als eine Regelung durch Verfügung. Dies wäre ursprünglich der Fall gewesen, hätte die basel sinfonietta durch den Abschluss der Subventionsvereinbarung ja zu Leistungen verpflichtet werden sollen, die im Rahmen von ordentlichen Zusicherungen (etwa aus der Kulturvertragspauschale) mittels Verfügung nicht hätten eingefordert werden können.

b) In Bezug auf die hier zur Diskussion stehende Subvention für das Jahr 2003 ist einzig belegt, dass im Rahmen eines Gesprächs zwischen dem Geschäftsführer der basel sinfonietta und den damaligen Verantwortlichen der BKSD (RR Schmid und Herr Ullrich) im Frühling 2003 vereinbart worden war, einen Anteil der für das Jahr 2003 vorgesehenen Subvention auszusahlen (siehe hierzu Schreiben vom 3. Juli 2003; Beilage 7); dies offenbar unabhängig vom Schicksal der (abgeänderten) Landratsvorlage (Subventionen 2004 bis 2006; zu diesem Zeitpunkt war bereits bekannt, dass diese Vorlage dem Landrat in der ursprünglichen Fassung nicht vorgelegt würde). Bei den "Verhandlungen" über diesen "Sonderbeitrag" für das Jahr 2003 waren die Gegenleistungen der basel sinfonietta aber kein Thema; zumindest wurde es versäumt, solche Gegenleistungen in schriftlicher und damit durchsetzbarer Form festzuhalten. Vielmehr ging es offenbar darum, kurzfristig den Liquiditätsengpass der basel sinfonietta zu decken, der unter anderem gerade dadurch entstanden war, dass die Landratsvorlage nicht rechtzeitig überwiesen worden war (der Beitrag aus der Kulturvertragspauschale von Fr. 50'000.-- wurde mit Blick auf die vorgesehene Subvention nicht ausbezahlt). Wurden aber (mit Verfügung nicht "erzwingbare") Gegenleistungen nicht - zumindest nicht in rechtsgenügender und auch durchsetzbarer Form - vereinbart, ist nicht ersichtlich, weshalb für diese Subventionszahlung die Form des (mündlichen) verwaltungsrechtlichen Vertrages hätte gewählt werden sollen. Hier hätte unseres Erachtens gar kein Raum für eine Regelung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag bestanden.

c) Vorliegend ist aufgrund der uns bekannten Ausgangslage somit davon auszugehen, dass die konkrete Rechtsgrundlage der beiden Auszahlungen bzw. die beiden Schreiben vom 3. Juli und 19. Dezember 2003 als Verfügungen zu qualifizieren sind, die auf Gesuch und im Einvernehmen mit der basel sinfonietta erlassen worden sind (sogenannte mitwirkungsbedürftige Verfügungen). Hierauf weist denn auch ein Passus in den beiden Schreiben vom 3. Juli 2003 bzw. 19. Dezember 2003 hin, der im Ansatz eine Rechtsmittelbelehrung enthält: "Im Sinne einer Rechtsmittelbelehrung möchten wir folgendes festhalten. Text folgt" (siehe Beilagen 7 und 9).

2. Pflicht zur Rückerstattung grundlos erbrachter Leistungen als allgemeiner Rechtsgrundsatz

2.1. Allgemeines

Zuwendungen bzw. Leistungen, die ohne jeden gültigen Grund und im Irrtum über die Leistungspflicht oder die aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund erbracht werden, sind zurückzuerstatten. Dieser Grundsatz, welcher für das Privatrecht in den Artikeln 62

ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) festgehalten ist, gilt auch im öffentlichen Recht im Sinne eines allgemeinen, auf dem Legalitätsprinzip beruhenden Rechtsgrundsatzes (Bundesgerichtsentscheid = BGE 105 Ia 214, Erwägung 5; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt am Main 1990, Seite 93). Das Legalitätsprinzip gilt für die gesamte Verwaltungstätigkeit, das heisst sowohl für die Eingriffs- als auch für die Leistungsverwaltung. Daraus folgt das Postulat, dass staatliche Leistungen bzw. Zuwendungen eines hinreichenden Rechtsgrundes bedürfen; öffentlich-rechtliche Leistungen, welche ohne entsprechenden Rechtsgrund ausgerichtet werden, stellen eine Verletzung des Legalitätsprinzips dar und schaffen einen rechtswidrigen Zustand. Um die materielle Rechtsordnung wieder herzustellen, muss die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung rückgängig gemacht werden. Dies geschieht in der Weise, dass ohne Rechtsgrund erbrachte Leistungen vom leistenden Gemeinwesen zurückzufordern bzw. vom Empfänger zurückzuerstatten sind, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht (Häfelin/Müller, a.a.O., Randziffer 760). Von der Rückforderung rechtswidrig erbrachter Leistungen kann nur abgesehen werden, wenn besondere Gründe - wie etwa Verjährung, Treu und Glauben bzw. besondere rechtliche Bestimmungen usw. - entgegenstehen (Luzius Müller, a.a.O., Seiten 43 ff., 59 ff., 77 ff.).

2.2. Sind die umstrittenen Subventionsleistungen ohne gültigen Rechtsgrund erbracht worden?

a) *Frage der Nichtigkeit*

aa) Leistungen bzw. Zuwendungen, die aufgrund einer formell rechtskräftigen Verfügung oder eines gültigen verwaltungsrechtlichen Vertrages erbracht worden sind, beruhen auf einem gültigen Rechtsgrund, es sei denn, die Verfügung oder der verwaltungsrechtliche Vertrag sei nicht bloss anfechtbar, sondern nichtig (siehe in Bezug auf die Verfügung: Rhinow/Krähenmann, a.a.O.; Seite 93). Nichtig ist eine Verfügung oder ein verwaltungsrechtlicher Vertrag nur dann, wenn der ihr oder ihm anhaftende Mangel besonders schwer wiegt und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird (Häfelin/Müller, a.a.O., Randziffern 956, 1115 f.). Die blosse Fehlerhaftigkeit einer rechtskräftigen Verfügung oder eines verwaltungsrechtlichen Vertrages ändert somit grundsätzlich nichts daran, dass die Leistung bzw. Zuwendung geschuldet wird.

bb) Im vorliegenden Fall ist mittlerweile unbestritten, dass die Subventionszahlungen für das Jahr 2003 an die basel sinfonietta klar gegen die Kompetenzregelung der Kantonsverfassung (siehe § 66 Buchstabe a KV) sowie gegen das Finanzhaushaltsgesetz (siehe etwa § 3 Absatz 1 FHG) verstossen haben, wurden sie doch vom Landrat im Rahmen der Budgetberatung wegen des Vorbehalts einer Landratsvorlage eben gerade nicht bewilligt. Sowohl für die erste Tranche von Fr. 150'000.-- (Auszahlung vom 3. Juli 2003) als auch für die zweite Tranche von Fr. 100'000.-- (Auszahlung vom 19. Dezember 2003) lag somit kein entsprechender Beschluss des Landrates

vor. Die Subventionszahlungen waren im Übrigen auch nicht vom Gesamtregierungsrat beschlossen worden.

cc) Der Verstoss gegen zwingende Rechtsnormen (vorliegend das Fehlen der generellen Rechtsgrundlage für die Ausgabe, nämlich eines Beschlusses des für die Ausgabenbewilligung zuständigen Organs) ist indessen in der Regel kein so schwerer und offensichtlicher Fehler, dass er zur Nichtigkeit der Verfügung (oder des Vertrages) führen würde (Häfelin/Müller, a.a.O., Randziffer 1116). Insbesondere kann unseres Erachtens vorliegend nicht davon gesprochen werden, dass der Verstoss gegen die Kompetenzregelung der Kantonsverfassung und das Finanzhaushaltsgesetz für sämtliche Betroffenen offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar gewesen ist. Hinzu kommt, dass auch die erforderliche Abwägung zwischen dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung und dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Schutz des Vertrauens - die letzten beiden dienen auch den Interessen der Betroffenen -, vorliegend gegen eine Nichtigkeit der konkreten Rechtsgrundlagen für die Auszahlungen - die den Auszahlungen zugrunde liegenden Verfügungen vom 3. Juli und 19. Dezember 2003 - sprechen (zum Thema Vertrauensschutz siehe im Detail weiter unten).

dd) Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Verfügungen nicht nichtig sind, das heisst, dass die Leistungen bzw. Zuwendungen an die basel sinfonietta für das Jahr 2003 in der Höhe von Fr. 250'000.-- nicht ohne gültigen Rechtsgrund im Sinne von Artikel 62 OR erbracht worden sind. Dies gilt im Übrigen auch für den Fall, dass die konkrete Rechtsgrundlage der Zahlungen als verwaltungsrechtlicher Vertrag qualifiziert worden wäre.

b) Widerruf der Subventionsverfügungen

Allgemeines

Die Rückforderung von Leistungen bzw. Zuwendungen ist unter bestimmten Voraussetzungen nun aber auch dann möglich, wenn eine formell rechtskräftige Verfügung vorliegt. Diese Rückforderung setzt voraus, dass ein Grund gegeben ist, um auf die formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen, etwa wegen einer Gesetzesänderung, Wiedererwägung oder Revision (Rhinow/Krähemann, a.a.O.; Seite 94).

Voraussetzungen

aa) Verwaltungsbehörden können Verfügungen, selbst wenn sie in formelle Rechtskraft erwachsen sind, unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen oder ändern. Die Voraussetzungen des Widerrufs richten sich in erster Linie danach, ob die Verfügung an einem ursprünglichen Mangel leidet oder ob sie rechtmässig erlassen und erst nachträglich fehlerhaft geworden ist. Das Ge-

setz kann die Voraussetzungen des Widerrufs ausdrücklich regeln. Liegt keine gesetzliche Regelung vor, so muss die Widerrufbarkeit aufgrund allgemeiner Kriterien beurteilt werden. Es ist eine Interessenabwägung erforderlich. Dabei ist zwischen dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz andererseits abzuwägen. Das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts spricht für die Möglichkeit des Widerrufs einer fehlerhaften Verfügung; die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz, die beide auch den Interessen der Betroffenen dienen, sprechen gegen einen Widerruf (Häfelin/Müller, a.a.O., Randziffer 997).

bb) Das kantonale Recht (siehe hierzu §§ 39 und 40 des Verwaltungsverfahrensgesetzes = VwVG) regelt die Voraussetzungen nicht, unter denen die Behörde eine Verfügung in Wiedererwägung ziehen kann. § 39 Absatz 2 VwVG hält zwar fest, dass das Wiedererwägungsverfahren vor der erstinstanzlich zuständigen Behörde auch von Amtes wegen durchgeführt werden kann. § 40 Absatz 1 regelt in der Folge indessen nur, wann die zuständige Behörde auf ein Wiedererwägungsbegehren eintreten *muss*, nicht aber, welche Voraussetzungen für eine Wiedererwägung von Amtes wegen zu beachten sind. Daher muss die Widerrufbarkeit von Verfügungen unseres Erachtens vorliegend aufgrund der allgemeinen Kriterien beurteilt werden.

cc) Anderer Ansicht ist offenbar das Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, welches sich in einem Urteil ebenfalls mit den Voraussetzungen zu befassen hatte, unter welchen eine Behörde eine Verfügung von Amtes wegen widerrufen kann (siehe hierzu Urteil des Verwaltungsgerichts [heute Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht], Nr. 122 vom 24. Mai 2000). Das Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, wandte in seinem Urteil § 40 VwVG direkt an: Gemäss § 40 VwVG könne eine Verfügung - durch die Behörde von Amtes wegen - dann in Wiedererwägung gezogen werden, wenn die der Verfügung zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage sich nachträglich zugunsten einer Partei wesentlich geändert habe oder wenn ein Revisionsgrund vorliege, die Verfügung also beispielsweise mit einem schweren und offensichtlichen Rechtsmangel behaftet sei (§ 40 Absatz 2 Buchstabe d VwVG; im Gegensatz hierzu muss für die Nichtigkeit ein besonders schwerer Rechtsmangel vorliegen). Sei eine dieser Voraussetzungen erfüllt, seien nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zudem die für und gegen einen Widerruf sprechenden Interessen in jedem Einzelfall gegeneinander abzuwägen (vgl. Imboden/Rhinow, a.a.O., Seite 250 f). Schliesslich halte § 40 Absatz 3 VwVG fest, dass Wiedererwägungs- und Revisionsbegehren grundsätzlich innerhalb von 90 Tagen seit Entdeckung des Wiederaufnahmegrundes gestellt werden müssten. Trotz der Formulierung habe sich - im Interesse der Rechtssicherheit - auch die Behörde an diese Frist zu halten. Verpasse sie diese, überwiege das Interesse des Betroffenen an der Rechtssicherheit dasjenige der Verwaltungsbehörde am Widerruf ihrer Verfügung auf jeden Fall.

Subsumtion

aa) Unabhängig davon, ob die Widerrufbarkeit vorliegend aufgrund der allgemeinen Kriterien oder aber aufgrund der Voraussetzungen in § 40 VwVG beurteilt wird, ist der Widerruf der beiden Verfügungen und demnach auch die Rückforderung der ausbezahlten Subventionen unseres Erachtens nicht möglich:

bb) Beurteilung aufgrund der Voraussetzungen in § 40 VwVG (Praxis Kantonsgericht):

- Die Verfügungen sind zwar mit einem schweren Rechtsmangel behaftet (klarer Verstoss gegen die Kompetenzregelung der Kantonsverfassung und das Finanzhaushaltsgesetz). Wie bereits bei der Frage der Nichtigkeit ausgeführt worden ist, kann dieser Rechtsmangel indessen nicht - zumindest aus der Sicht der basel sinfonietta - als offensichtlich bezeichnet werden. Er ist insofern auch nicht leicht erkennbar, als sich aus der Kantonsverfassung und dem Finanzhaushaltsgesetz allein nicht zwingend die Konsequenz ergibt, dass die umstrittene Subvention in der Höhe von Fr. 345'000.-- (bzw. Fr. 305'000.--), die ordentlich ins Budget eingestellt worden war, noch der Bewilligung des Landrats bedurft hätte. Dieser Vorbehalt ergab sich vielmehr erst dadurch, dass im Voranschlag 2003 bei der entsprechenden Budgetposition 2581 der Vorbehalt angebracht worden ist, eine Landratsvorlage folge. Wäre die Ausgabe im Voranschlag nicht besonders bezeichnet worden ("LRV folgt"), wäre die Ausgabe mit der Genehmigung des Budgets durch den Landrat durchaus bewilligt worden. Dann hätte die Ausgabe auch die erforderliche Rechtsgrundlage gemäss § 3 FHG aufgewiesen. So aber (mit dem Vorbehalt) hätte der Landrat die Ausgabe mit der Genehmigung des Budgets nur bewilligen können, indem er den Vorbehalt gestrichen hätte. Dies hat er indessen - sogar ausdrücklich - nicht getan. Weil also die Ausgabe im Voranschlag besonders bezeichnet worden ist ("LRV folgt") und der Landrat das Budget nur mit diesem Vorbehalt genehmigt hat, fehlt den hier in Frage stehenden Subventionsverfügungen (noch heute) die erforderliche Rechtsgrundlage gemäss § 3 FHG (siehe hierzu auch § 23 FHG).
- Hinzu kommt, dass selbst beim Vorliegen eines schweren und offensichtlichen Rechtsmangels eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Wie weiter unten im Detail darzulegen sein wird, spricht insbesondere der Vertrauensschutz der betroffenen basel sinfonietta gegen einen Widerruf.
- Schliesslich ist festzuhalten, dass die 90-tägige Frist seit Entdeckung des Wiederaufnahmegrundes längst verstrichen ist. Die "Unkorrektheit" wurde von der BKSD offenbar in Zusammenhang mit der BKSD-internen Analyse der Jahresrechnung 2003 im März 2004 festgestellt. Die Frist lief somit spätestens Ende Juni 2004 ab.

cc) Beurteilung aufgrund der allgemeinen Kriterien (Praxis Regierungsrat):

- Das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts spricht zwar für die Möglichkeit des Widerrufs der fehlerhaften Verfügungen. Wie weiter unten indessen auf-

zuzeigen sein wird, sind das Interesse an der Rechtssicherheit und das Vertrauensschutzinteresse der basel sinfonietta in der vorzunehmenden Interessenabwägung höher zu gewichten.

c. Annahme eines verwaltungsrechtlichen Vertrages als konkrete Rechtsgrundlage

aa) Selbst wenn die konkrete Rechtsgrundlage, aufgrund welcher die umstrittenen Zahlungen geleistet worden sind, als verwaltungsrechtlicher Vertrag qualifiziert würde, ergäbe sich nach bundesgerichtlicher Auffassung das gleiche Resultat: Den Verstoss von verwaltungsrechtlichen Verträgen gegen zwingende Rechtsnormen beurteilt das Bundesgericht analog der Widerrufbarkeit von Verfügungen. Ein Vertrag kann demnach nur dann aufgehoben werden, wenn das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit und am Schutz des Vertrauens in den Bestand des Vertrages überwiegt (BGE 105 Ia 207, 210 ff.; BGE 103 Ia 505, 514 ff.). Der Grundsatz "pacta sunt servanda" (Verträge sind zu halten) gebietet, dass vertraglich übernommene Verpflichtungen vom Gemeinwesen und vom Privaten auch zu erfüllen sind, falls sich der Vertrag als rechtswidrig erweist, sofern es sich dabei nicht um einen gravierenden Mangel handelt. Das Vertrauensschutzinteresse des Privaten ist dann besonders gewichtig, wenn er durch den Vertrag begünstigt wird (Häfelin/Müller, a.a.O., Randziffer 1117). Dies ist beim vorliegenden Sachverhalt eindeutig der Fall.

bb) Ein Teil der Lehre vertritt entgegen der Meinung des Bundesgerichts die Ansicht, dass Verwaltungsbehörden nicht befugt seien, einen verwaltungsrechtlichen Vertrag einseitig zu widerrufen; nur der Richter dürfe einen Vertrag für ungültig erklären (siehe hierzu Häfelin/Müller, a.a.O., Randziffer 1112, mit weiteren Hinweisen). Dieser Auffassung scheint auch das Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, zu folgen, indem es in seinem Urteil vom 24. Mai 2000 sinngemäss ausführt, wenn die Grundlage der Leistung bzw. Zuwendung als Vertrag qualifiziert werde, müsse dieser für eine Rückforderung in einem ersten Schritt - analog zum Privatrecht - aufgrund rechtswidrigen Inhalts (Verstoss gegen zwingende Rechtsnormen) angefochten werden. Verwaltungsrechtliche Verträge, die schon bei ihrem Abschluss gegen Rechtsvorschriften verstossen, seien nämlich - anders als privatrechtliche Verträge (vgl. Artikel 20 OR) - nicht ohne weiteres nichtig. Der Verstoss gegen zwingende Rechtsnormen sei in der Regel kein so schwerer und offensichtlicher Fehler, dass er zur Nichtigkeit des Vertrages führen würde. Gemäss § 50 Absatz 1 Buchstabe a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) seien solche "Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen" beim Kantonsgericht als einziger Instanz mittels Klage anhängig zu machen.

cc) Wollte der Kanton Basel-Landschaft den Vertrag (als konkrete Rechtsgrundlage der Zahlungen) also anfechten, hätte er den Klageweg zu beschreiten und in diesem Rahmen gleichzeitig auch die Rückforderung der rechtsgrundlos erbrachten Leistung (nach erfolgreicher Anfechtung wird die Leistung wieder rechtsgrundlos) in analoger Anwendung von Artikel 62 OR zu verlangen. Auch im Rahmen dieser Prüfung müsste aber letztlich eine Interessenabwägung stattfinden.

Dabei erscheint das Interesse der basel sinfonietta am Vertrauen in den Bestand des Vertrages sehr gewichtig, liegt es doch im Wesen des Vertrages, Vertrauen im Hinblick auf das zukünftige Verhalten des Vertragspartners zu begründen.

d. Ergebnis

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass unserer Auffassung nach eine Rückforderung der umstrittenen Subventionsleistungen gestützt auf den uns bekannten Sachverhalt nicht möglich ist.

II. Ist eine allfällige Rückforderung des Betrages von Fr. 250'000.-- mit den Rechtsgrundsätzen "Treu und Glauben" und "Vertrauensschutz" vereinbar"?

1. Allgemeines/Abgrenzung

Auch wenn ein Widerruf der Subventionsverfügungen bzw. des verwaltungsrechtlichen Vertrages möglich wäre bzw. der verwaltungsrechtliche Vertrag vom Kantonsgericht als rechtswidrig aufgehoben würde, stünde der Rückforderung der ausgeschütteten Subventionsleistungen für das Jahr 2003 an die basel sinfonietta gemäss dem von der BKSD geschilderten Sachverhalt der Schutz des guten Glaubens der basel sinfonietta in das Verhalten der Verantwortlichen der BKSD entgegen.

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (Artikel 9 Bundesverfassung = BV; vgl. auch § 4 Absatz 3 KV) bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden. In Zusammenhang mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes steht auch das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens der Verwaltungsbehörden gegenüber den Privaten. Widersprüchliches Verhalten verstösst gegen das Prinzip von Treu und Glauben (Artikel 5 Absatz 3 BV). Wenn die Privaten auf das ursprüngliche Verhalten der Behörden vertraut haben, stellt ein widersprüchliches Verhalten dieser Behörden eine Verletzung des Vertrauensschutzprinzips dar, das als Grundrecht dem rechtsstaatlichen Prinzip von Treu und Glauben vorgeht. Die beiden Kategorien bilden somit keine Gegensätze. Für das rechtsstaatliche Prinzip von Treu und Glauben bei widersprüchlichem Behördenverhalten bleibt somit nur Raum, wenn der konzisere grundrechtliche Vertrauensschutz nicht zu prüfen ist (Beatrice Weber-Dürler, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht = ZBl 103 [2002], Seite 281 f.). Da die Prüfung des Vertrauensschutzes nachfolgend (mit einem positiven Ergebnis für die basel sinfonietta) durchgeführt wird, kann vorliegend die weitere Prüfung, ob auch das rechtsstaatliche Prinzip von Treu und Glauben verletzt worden ist, unterbleiben.

2. Voraussetzungen des Vertrauensschutzes im Einzelnen

Um sich erfolgreich auf den Vertrauensschutz berufen zu können, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein (siehe zum Ganzen Häfelin/Müller a.a.O., Randziffern 631 ff.). Primär muss ein Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst. Weiter kann sich auf den Vertrauensschutz nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch bei gehöriger Sorgfalt nicht hätte kennen sollen. Dabei ist auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der sich auf den Vertrauensschutz berufenden Personen abzustellen. Eigentliche Nachforschungen über die Richtigkeit behördlichen Handelns werden von den Privaten nicht erwartet, sondern sie dürfen sich grundsätzlich darauf verlassen. Anlass zur Überprüfung, etwa durch eine Rückfrage bei der Behörde, besteht einzig dort, wo die Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage leicht erkennbar ist, z.B. bei Unklarheiten einer Verfügung. Zudem kann Vertrauensschutz nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. In Ausnahmefällen, insbesondere bei Rücknahme oder Widerruf von Verfügungen, ist Vertrauensschutz allerdings auch denkbar, ohne dass die Betroffenen bereits irgendwelche nachteiligen Dispositionen getroffen haben. Zwischen Vertrauen und Disposition muss sodann ein Kausalzusammenhang gegeben sein. Dieser fehlt, wenn anzunehmen ist, dass die Disposition auch ohne ein Vertrauen begründendes behördliches Verhalten bzw. bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Vertrauensbasis vorgenommen worden wäre. Schliesslich können sich Private, selbst wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind, nicht darauf berufen, falls ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht. Unter Umständen kann bei überwiegendem öffentlichen Interesse aber ein finanzieller Ersatz des Vertrauensschadens in Betracht kommen.

3. Subsumtion

Mit den beiden Zahlungen bzw. den beiden Schreiben vom 3. Juli und 19. Dezember 2003 betreffend Subventionszusicherung liegt zunächst die notwendige Vertrauensgrundlage in Form einer Verfügung vor. Davon ausgehend, dass die basel sinfonietta bzw. deren verantwortlicher damaliger Geschäftsführer zum Zeitpunkt der ersten Auszahlung keine Kenntnis vom Entwurf der ursprünglichen Subventionsvereinbarung mit dem Vorbehalt betreffend Genehmigung durch den Landrat hatte, ist weiter anzunehmen, dass die basel sinfonietta die Fehlerhaftigkeit der ersten Verfügung nicht kannte und auch bei gehöriger Sorgfalt nicht hätte kennen müssen. Bei der zweiten Auszahlung im Dezember 2003 hätte der nunmehr involvierte neue Präsident der basel sinfonietta unseres Erachtens aufgrund der widersprüchlichen Formulierung im Schreiben vom 19. Dezember 2003 stutzig werden müssen, wird die Subvention 2003 zwar als streng rechtlich bewilligt deklariert, andererseits aber darauf hingewiesen, dass dem auf das Jahr 2003 fixierten Beitrag noch die politische Legitimation fehle. Die bei dieser Unklarheit angebrachte Rückfrage

bei der Behörde hätte indessen nichts Neues ergeben, will doch die BKSD trotz der abweichenden Formulierung materiell keinen Unterschied ausmachen. Der Verfasser dieses Schreibens sei vielmehr auch bei der Auszahlung der zweiten Tranche im Dezember 2003 nach wie vor davon ausgegangen, dass keine (zusätzliche) Bewilligung der Subvention durch den Landrat mehr erforderlich sei. Eine stichhaltige Erklärung für die abweichende Formulierung wurde nicht beigebracht. Bei dieser Ausgangslage kann unseres Erachtens der basel sinfonietta aber der Vertrauensschutz für die zweite Tranche nicht mit dem Hinweis verwehrt werden, sie hätte die Fehlerhaftigkeit der Verfügung bei der nötigen Sorgfalt erkennen können. Schliesslich hat die basel sinfonietta gestützt auf die Subventionsauszahlungen finanzielle Dispositionen getätigt bzw. hat es unterlassen, die Finanzierung auf anderem Wege - sofern überhaupt möglich - sicherzustellen. Diese Dispositionen bzw. die Unterlassung der Beschaffung zusätzlicher Mittel wären so dann nicht oder nicht im gleichen Umfang vorgenommen bzw. unterlassen worden, wenn die Subventionen nicht zugesichert und ausbezahlt worden wären. Bereits der Rückbehalt der dritten Tranche von Fr. 95'000.-- (Differenz zwischen den ausbezahlten Fr. 250'000.-- und den ins Budget eingestellten Fr. 345'000.-- [richtig wohl eher 305'000.--]) hat die basel sinfonietta gemäss BKSD in eine existentielle Liquidationskrise gebracht, die nur durch den Verzicht auf Produktionen und insbesondere eine einmalige Spendenaktion habe überwunden werden können. Es ist somit festzuhalten, dass aufgrund des uns dargelegten Sachverhaltes die basel sinfonietta die entsprechenden Beträge gutgläubig entgegennahm und die Mittel zur Finanzierung der laufenden Produktionen investierte. Sie kann sich daher vorliegend auf den Vertrauensschutz berufen.

D. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich gestützt auf den von der BKSD dargelegten Sachverhalt unseres Erachtens bei den vorliegenden Auszahlungen bzw. Schreiben an die basel sinfonietta vom 3. Juli und 19. Dezember 2003 um formell rechtskräftige (mangelhafte) Verfügungen handelt. Die Zahlungen können mangels Widerrufbarkeit der Verfügungen nicht zurückgefordert werden. Auch im Falle einer Widerrufbarkeit wäre aber der Schutz des Vertrauens der basel sinfonietta in das Verhalten der BKSD im Zusammenhang mit den geleisteten Subventionszahlungen höher zu bewerten als das Interesse des Kantons Basel-Landschaft an einer korrekten Rechtsanwendung. Dies gilt auch für den Fall, dass die konkrete Rechtsgrundlage der Auszahlungen als verwaltungsrechtlicher Vertrag qualifiziert würde.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben. Für allfällige weitere Auskünfte stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung (Tel. 061 / 925 58 06).

Mit freundlichen Grüssen

lic. iur. Beatrix Pongracz
akademische Adjunktin

Dr. Beat Feigenwinter
Leiter Rechtsdienst

Beilagen siehe Beilagenverzeichnis
Kopie an Frau RR Sabine Pegoraro
Herrn RR Urs Wüthrich