



Bildungs- und Kulturdirektion

Sulgeneckstrasse 70
3005 Bern
+41 31 633 84 31
www.bkd.be.ch

Unsere Referenz: 2021.BKD.21967 / 1051675

Beschwerdeentscheid vom 8. Juni 2022

A___ GmbH,
handelnd durch Geschäftsführer B___,

gegen

Amt für Kultur,
Sulgeneckstrasse 70, 3005 Bern

Beschwerde gegen die Verfügung vom 10. November 2021 (Ausfallentschädigung)

Ausgangslage

A.

Die A___ GmbH hat am 18. Mai 2020 ein Gesuch um Ausfallentschädigung beim Amt für Kultur eingereicht. Mit Schreiben vom 13. Juli 2020 lehnte das Amt für Kultur das Gesuch ab. Am 17. September 2021 verlangte die A___ GmbH den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Mit Verfügung vom 10. November 2021 lehnte das Amt für Kultur das Gesuch um Ausfallentschädigung ab.

B.

Gegen diese Verfügung erhob die A___ GmbH am 6. Dezember 2021 Beschwerde bei der Bildungs- und Kulturdirektion. Sie beantragte sinngemäss, die Verfügung sei aufzuheben und der A___ GmbH sei eine Ausfallentschädigung zuzusprechen.

C.

Am 6. Januar 2022 reichte das Amt für Kultur seine Stellungnahme und die Vorakten ein. Es beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen.

D.

Die A___ GmbH reichte am 21. Februar 2022 Bemerkungen ein und hielt an ihrer Beschwerde fest.

E.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 25. Februar 2022 wurde den Parteien der Entscheid der Bildungs- und Kulturdirektion in Aussicht gestellt.

Rechtliche Prüfung und Begründung

1. Sachurteilsvoraussetzungen

1.1 Anfechtungsobjekt

Vorliegend hat die A___ GmbH am 18. Mai 2020 ein Gesuch um Ausfallentschädigung beim Amt für Kultur eingereicht. Dieses wurde am 13. Juli 2020 durch das Amt für Kultur mit (fehlerhafter) Verfügung abgelehnt. Da diese Verfügung zu Unrecht keine Rechtsmittelbelehrung enthielt (vgl. BGE 147 I 333),

wurde dem Gesuchsteller die Möglichkeit geboten, eine korrekte Verfügung mit Rechtsmittel zu erhalten, wovon die A___ GmbH Gebrauch machte (Schreiben der A___ GmbH vom 17. September 2021 [Beilage zur Stellungnahme des Amtes für Kultur vom 6. Januar 2022]). Am 10. November 2021 verfügte das Amt für Kultur in korrekter Form über die Ausfallentschädigung. Diese Verfügung bildet vorliegend das Anfechtungsobjekt.

1.2 Zuständigkeit

Weiter ist zu prüfen, ob zu Recht das Amt für Kultur die Verfügung vom 10. November 2021 erlassen hat.

Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung vom 10. November 2021 war die Einführungsverordnung vom 25. November 2020 zur eidgenössischen Covid-19 Gesetzgebung im Kulturbereich in der Fassung vom 28. Oktober 2021 (EV Covid-19 Kultur; BSG 423.411.2 [Version in Kraft vom 28. Oktober 2021 bis 28. Februar 2022]; aktuell ausser Kraft) in Kraft. Die Zuständigkeit für die Gewährung von Beiträgen und die Ablehnung von Beitragsgesuchen richtet sich nach dem beantragten Beitrag (Art. 4 Abs. 2 EV Covid-19 Kultur). Zuständig ist (a) für Beiträge bis 10'000 Franken die zuständige Abteilung des Amtes für Kultur, (b) für Beiträge über 10'000 bis 50'000 Franken das Amt für Kultur, (c) für Beiträge über 50'000 bis 500'000 Franken die Bildungs- und Kulturdirektion (Art. 4 Abs. 3 EV Covid-19 Kultur). Da die A___ GmbH im Gesuch einen Schaden von 467'135 Franken angegeben hatte, wäre auf Grund dieser Bestimmung die Bildungs- und Kulturdirektion zuständig gewesen, die angefochtene Verfügung zu erlassen.

Jedoch war am 13. Juli 2020, als das Amt für Kultur das Gesuch mit (fehlerhafter) Verfügung abgelehnt hatte, die Verordnung vom 8. April 2020 über die Unterstützungsmassnahmen zur Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (CKKV; BSG 101.5 [vgl. BAG 20-028 und 20-062]; aktuell ausser Kraft) in Kraft. Zu diesem Zeitpunkt war ausschliesslich das Amt für Kultur zuständig, über die Gesuche zu entscheiden (Art. 5 CKKV).

Verfahrensvorschriften sind grundsätzlich ab dem Tag des Inkrafttretens vollumfänglich auf alle hängigen Verfahren anwendbar (BGE 144 II 273 E. 2.2.4, 137 II 409 E. 7.4.5). Dieser Umstand spricht dafür, dass die EV Covid-19 Kultur anwendbar ist. Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass der A___ GmbH aus dem Fehlen der Rechtsmittelbelehrung auf der Verfügung vom 13. Juli 2020 kein Rechtsnachteil erwachsen darf (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1080; Art. 44 Abs. 6 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Würde im vorliegenden Fall auf die Verfahrensvorschriften der EV Covid-19 Kultur abgestellt, würde der A___ GmbH der Rechtsnachteil erwachsen, dass ihr eine Beschwerdeinstanz weniger zur Verfügung stehen würde als im Zeitpunkt der ursprünglichen Verfügung. In diesem Fall hätte die Bildungs- und Kulturdirektion verfügen müssen und

als erste (und einzige) kantonale Rechtsmittelinstanz würde das Verwaltungsgericht zur Verfügung stehen. Deshalb hat das Amt für Kultur zu Recht für die Zuständigkeit auf Art. 5 CKKV abgestellt. Das Amt für Kultur war somit zuständig, die angefochtene Verfügung vom 10. November 2021 zu erlassen.

1.3 Beschwerdebefugnis

Die A___ GmbH hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 65 Abs. 1 VRPG).

B___ ist gemäss Handelsregisterauszug Geschäftsführer der A___ GmbH und mit Einzelunterschrift zeichnungsberechtigt (www.zefix.ch → "A___ GmbH" im Suchfeld Suche nach Firma / Name eingeben; zuletzt besucht am 3. Juni 2022). Er kann die A___ GmbH demnach rechtmässig vertreten (Art. 809 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR; SR 220]).

1.4 Form, Frist und Überprüfungsbefugnis

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 67 VRPG).

Die Überprüfungsbefugnis der Bildungs- und Kulturdirektion ist umfassend und richtet sich nach Art. 66 VRPG.

2. Materielles

Umstritten ist, ob die A___ GmbH zu Recht keine Ausfallentschädigung erhalten hat. Es ist zu prüfen, ob die ausgefallenen Veranstaltungen kulturelle Ereignisse darstellen (Ziffer 2.3.2) und ob der Anspruch auf Gleichbehandlung verletzt wurde (Ziffer 2.3.3).

2.1 Argumente der A___ GmbH

Die A___ GmbH macht geltend, die Veranstaltungsreihe "C___ Festival" sei eine Veranstaltung im kulturellen Sektor. Es sei ein Event, der im Zentrum einer Gemeinde oder einer Stadt umgesetzt werden solle. Der Fokus sei die künstlerische Darbietung. Es seien mehrere Zonen an den Festivals geplant und in jeder Zone gäbe es spezifische künstlerische Darbietungen. Es seien jeweils zwei bis drei Bühnen für Musikkünstler geplant. Bei der A___ GmbH hätten zwei Personen ausschliesslich für das Entertainment-Programm gearbeitet und weitere Personen seien für die Logistik (Bühne, Ton und Licht) zuständig gewesen. Weiter seien im Sommer 2020 zwei Testveranstaltungen durchgeführt und "Bändeli" verkauft worden, um die Kunstaufführungen zu finanzieren. 80 Prozent der Besucherinnen

und Besucher hätten ein "Bändeli" gekauft. Daraus sei ersichtlich, dass die Veranstaltung nicht nur den Zweck des geselligen Zusammenseins erfülle, sondern sich auf die künstlerischen Darbietungen konzentriert habe. Auf diesen Fokus weise auch der Name "C___ Festival" hin. Die A___ GmbH sei eine Tochtergesellschaft von D___ GmbH. Die Unterschiede seien enorm. Die A___ GmbH sei eine Veranstalterin von Public Events und die D___ GmbH sei die Organisation mit den personellen Ressourcen in der Organisation. Sie würden auch Openairs unterstützen, die jedoch eine Entschädigung erhalten würden. Die A___ GmbH jedoch nicht. Es sei unverständlich, dass Technikfirmen und Künstler eine Entschädigung erhalten würden, aber Veranstalter wie die A___ GmbH nicht. Zusammenfassend hält die A___ GmbH fest, dass sie ein Kulturunternehmen im Sinne der COVID-Verordnung Kultur sei, ihr ein Schaden entstanden sei durch die Absage des C___ Festivals, das als kulturelle Veranstaltung gelten müsse. Deshalb habe sie Anspruch auf eine Ausfallentschädigung.

In den Bemerkungen vom 21. Februar 2022 hält die A___ GmbH erneut fest, dass die Musik im Zentrum des C___ Festivals stehe. Sie verfüge auch über ein Eventkonzept von über 70 Seiten. Dieses diene jedoch ausschliesslich der internen Organisation. Das C___ Festival sei wie ein Musikfestival mit verschiedenen Bereichen konzipiert worden und mit dem "E___" im Namen sei der Fokus der Veranstaltung definiert worden. Erst in zweiter Priorität sei die Verpflegung und in dritter die Schausteller definiert worden. Sie habe schon bei der Konzeptionierung gewusst, dass sie nicht an allen Standorten Platz haben würde, um Schausteller zu platzieren oder den Taste-Trail vollständig umzusetzen. Der grösste Platz sei immer für den Sound Square eingeplant worden. Der Fokus der Veranstaltung sei gewesen, den Besucherinnen und Besuchern eine kostenlose künstlerische Darbietung zu erleben. Deshalb habe sie auch keine national bekannten Künstlerinnen und Künstler engagieren können und somit hätten die Aufwände für das Entertainment nicht 30 Prozent ausgemacht. Sonst hätte sie Eintritt verlangen müssen, was jedoch nicht dem Konzept entsprochen hätte. Der organisatorische Aufwand für die künstlerischen Darbietungen seien enorm hoch gewesen. Der finanzielle Aufwand für die Künstlergagen sei im Budget deshalb mit nur sechs Prozent ausgewiesen. Der logistische Anteil für die Bühne sowie Ton, Lichttechnik und Infrastruktur mit 15 Prozent. Zusammen mache dies 21 Prozent des Aufwands aus. Wenn nun auch die Mitarbeitenden der A___ GmbH, die als "Booking-Verantwortliche" gearbeitet hätten, in diesen Aufwand eingerechnet würden, würde die Musik einen wesentlichen Teil des Budgets ausmachen. Aus den Testveranstaltungen im Jahr 2020 lasse sich der Fokus der Veranstaltung gut ablesen. Auf Grund der Einschränkungen in Bezug auf die Besucheranzahl (300 pro Zone) seien zwei Zonen umgesetzt worden mit je einer Bühne und zwei Essenständen. Die A___ GmbH hält zusammenfassend fest, dass das Amt für Kultur damit den Sachverhalt unrichtig und unvollständig festgestellt habe. Es habe die Bestimmungen des Bundesrechts verletzt, weil es das Gesuch der A___ GmbH abgelehnt habe. Zudem habe das Amt Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens gemacht, weil es sich von willkürlichen, unverhältnismässigen und sachfremden Kriterien habe leiten lassen. Schliesslich macht die A___ GmbH geltend, dass sie im Vergleich mit anderen Unternehmungen ungleichbehandelt werde. Dazu würden keine sachlichen Gründe vorliegen.

2.2 Argumente des Amts für Kultur

In der angefochtenen Verfügung begründete das Amt für Kultur die Ablehnung einer Ausfallentschädigung wie folgt. Bei den C___ Festivals stehe das kulturelle Ereignis nicht im Zentrum der Veranstaltung. Deshalb würden diese Festivals nicht in den Geltungsbereich der COVID-Verordnung Kultur fallen. Damit könnten sie auch nicht mit Finanzhilfen unterstützt werden.

Das Amt für Kultur hält fest, dass der Bundesrat in den Erläuterungen zur COVID-Verordnung Kultur genauer definiert habe, wer Empfängerinnen und Empfänger von Ausfallentschädigungen sein können. Weiter hätten Bund und Kantone gemeinsam Regeln zur Umsetzung aufgestellt, die in den FAQ (Frequently Asked Questions) abgebildet worden seien. Diese seien auf der Webseite der kantonalen Kulturförderung einsehbar gewesen.

Bei der Beurteilung, ob das C___ Festival eine Veranstaltung im Kultursektor sei, habe sich das Amt für Kultur auf die FAQ 18 abgestützt. Ein Fest gelte damit als kulturelle Veranstaltung, wenn das kulturelle Ereignis bzw. die kulturelle Darbietung im Zentrum stehen bzw. Anlass der Veranstaltung sei (z. B. Musikfest, Theaterfest). Wenn das Fest hauptsächlich Anlass für das gesellige Zusammensein sei, in dessen Rahmen auch kulturelle Veranstaltungen stattfinden würden (z. B. Stadt-/Quartierfest, Vereins- oder Verbandsfest, wie z. B. Schützen- und Turnfest, Winzerfest etc.), handle es sich nicht um eine Veranstaltung im Kultursektor.

Bei der Beurteilung habe sich das Amt für Kultur auf das von der A___ GmbH eingereichte Kurzkonzept des C___ Festivals gestützt. Gemäss dem Kurzkonzept sei das Festival in drei Zonen aufgeteilt. Dabei handle es sich um Fahrgeschäfte, Konzerte sowie Bereiche zum Entspannen und Geniessen. Von diesen drei Bereichen falle nur der Teilbereich Konzerte in den Geltungsbereich der COVID-Verordnung Kultur. Aus dem Konzept gehe keine unterschiedliche Gewichtung der drei Bereiche hervor, die darauf schliessen liesse, dass das kulturelle Ereignis im Zentrum der Veranstaltung stehen würde. Zudem betrage der Anteil der Kosten im Zusammenhang mit dem Entertainment gemäss eigereichtem Budget für das Jahr 2020 lediglich fünf Prozent am Gesamtaufwand für die C___ Festivals. Gemäss Begleitschreiben zum Gesuch handelt es sich beim Entertainment sowohl um Kosten für die Musiker als auch für die Schausteller, was den Aufwand für die Konzerte am Gesamtaufwand noch einmal reduziere. Im Vergleich dazu würden Festivals, die in den Geltungsbereich fallen würden, in der Regel einen Anteil von 20 bis 30 Prozent an Kosten im Zusammenhang mit dem Engagement von Künstlerinnen und Künstler in Bezug auf den Gesamtaufwand ausweisen.

Die Anzahl Bühnen für Konzertauftritte liefere für sich alleine keine schlüssige Plausibilisierung für den inhaltlichen Fokus der Veranstaltung. Von den erwähnten verschiedensten Partnerschaften mit Künstleragenturen für das Konzertprogramm sei im Gesuch zudem lediglich eine nachgewiesen. Der als Nachweis für den kulturellen Fokus eingebrachte umfangreiche Erwerb von Festival-Bändeli beziehe sich zudem nicht auf die ursprünglich geplante (und als Schaden eingereichte) Durchführung der C___

Festivals, sondern auf zwei neu konzipierte Testveranstaltungen im Sommer 2020. Diese Angaben liessen daher keine Rückschlüsse auf einen inhaltlichen Schwerpunkt der Veranstaltung zu, wie sie im Rahmen des Gesuchs vom 18. Mai 2020 zu beurteilen gewesen sei.

2.3 Würdigung

2.3.1 Rechtliche Grundlagen

Nach der Praxis des Bundesgerichts haben Rechtsmittelinstanzen grundsätzlich das zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids in Kraft stehende Recht anzuwenden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 293 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Das Interesse am Schutz des Vertrauens der Betroffenen auf die Weitergeltung des bisherigen Rechts und an der Rechtssicherheit wird am besten gewahrt, wenn das im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens geltende Recht angewendet wird (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 292). Deshalb wird im Folgenden auf die materiellen Bestimmungen zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens bzw. der ersten Ablehnung des Gesuchs am 13. Juli 2020 abgestellt. Somit sind die Verordnung vom 20. März 2020 über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor in der Fassung vom 21. Mai 2020 (COVID-Verordnung Kultur; SR 442.15 [vgl. AS 2020 855 und 2020 1583]) sowie die CCKV anwendbar.

Die COVID-Verordnung Kultur hat zum Ziel, die durch die Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor entstandenen wirtschaftlichen Auswirkungen abzufedern, eine nachhaltige Schädigung der Schweizer Kulturlandschaft zu verhindern sowie zum Erhalt der kulturellen Vielfalt beizutragen (Art. 1 Abs. 1 COVID-Verordnung Kultur). Die Massnahmen nach dieser Verordnung kommen nur da zur Anwendung, wo nicht bereits andere Massnahmen des Bundes in Zusammenhang mit der Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen des Coronavirus (COVID-19) im Kulturbereich zur Anwendung kommen (Art. 1 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur). Die folgenden Ausdrücke bedeuten: (a) Kultursektor: die Bereiche darstellende Künste, Design, Film, visuelle Kunst, Literatur, Musik und Museen; (b) Veranstaltung: ein zeitlich begrenztes, in einem definierten Raum oder Perimeter stattfindendes und geplantes kulturelles Ereignis, an dem mehrere Personen teilnehmen; (c) Kulturunternehmen: juristische Person, die im Kultursektor tätig ist; ausgenommen sind staatliche Verwaltungseinheiten und öffentlich-rechtliche Personen; (d) Kulturschaffende: natürliche Personen, die als Selbstständigerwerbende hauptberuflich im Kultursektor tätig sind und in der Schweiz ihren Wohnsitz haben; (e) Kulturverein im Laienbereich: Verein nicht professionell tätiger Kulturschaffender aus den Sparten Musik und Theater (Art. 2 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 (Art. 8 Abs. 1

COVID-Verordnung Kultur). Die Ausfallentschädigung deckt höchstens 80 Prozent des finanziellen Schadens (Art. 8 Abs. 2 COVID-Verordnung Kultur). Die Soforthilfen an Kulturunternehmen und an Kulturschaffende werden an die Ausfallentschädigungen angerechnet (Art. 8 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur). Ein allenfalls entgangener Gewinn wird nicht abgegolten (Art. 8 Abs. 4 COVID-Verordnung Kultur). Gesuche sind bei den von den Kantonen bezeichneten zuständigen Stellen einzureichen (Art. 9 Abs. 1 COVID-Verordnung Kultur). Die Kantone entscheiden über die Gesuche (Art. 9 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur). Die CKKV regelt den Vollzug von Ausfallentschädigungen für Kulturunternehmen und für Kulturschaffende nach COVID-Verordnung Kultur (Art. 1 CKKV).

In den "FAQ zu den Unterstützungsmassnahmen für den Kultursektor im Kanton Bern gemäss der COVID-Verordnung Kultur" (Stand: 18. Mai 2020) (nachfolgend: FAQ; Beilage zur Stellungnahme des Amts für Kultur vom 6. Januar 2022) wurde die Vollzugspraxis festgehalten. Darin wurden Fragen zum Thema "kulturelles Ereignis" wie folgt beantwortet (vgl. auch "Fragen und Antworten [FAQ] zu den Unterstützungsmassnahmen gemäss Covid-19-Gesetz des Bundes im Kulturbereich" [Stand: 1.5.2022], abrufbar unter www.bak.admin.ch → Themen → COVID-19 → Kulturunternehmen → FAQ zu Ausfallentschädigungen, zuletzt besucht am 3. Juni 2022):

16	Wie gross muss der Anteil von kulturellen Veranstaltungen am Gesamtprogramm einer Institution / Organisation sein, damit sie als Kulturunternehmung gilt?	Entweder erwirtschaftet die Institution 50 % der Einnahmen mit kulturellen Angeboten gemäss COVID-Verordnung Kultur oder ihr Programm weist mindestens 50 % Kulturangebote gemäss COVID-Verordnung Kultur aus. Ausnahmen können gemacht werden bei Unternehmen, (etwa Gastro-Betrieben oder ähnliches), die seit mehreren Jahren regelmässig ein eigenes Kulturprogramm mit mindestens vier Veranstaltungen zusammenstellen. Diese Unternehmen können für den Kulturteil eine Ausfallentschädigung beantragen, Kulturinstitutionen von regionaler Bedeutung gelten in jedem Fall als Kulturunternehmen.
17	Sind auch Lokale gesuchsberechtigt, die keinerlei Kuration / Programmation machen, sondern rein Infrastruktur zur Verfügung stellen (Raumvermietung)?	Ja, wenn das Lokal mindestens 50 % der Einnahmen mit Kulturveranstaltungen gemäss COVID-Verordnung Kultur erwirtschaftet oder 50 % der Veranstaltungen als kulturell gemäss COVID-Verordnung Kultur zu verstehen sind.

18	Sind Feste/Festivals, die auch kulturelle Programme anbieten, antragsberechtigt?	Wenn bei einem Fest das kulturelle Ereignis / die kulturelle Darbietung im Zentrum steht bzw. Anlass der Veranstaltung ist (z. B. Musikfest, Theaterfest), ist der Veranstalter als Kulturunternehmer im Sinne von Art. 2 COVID-Verordnung Kultur zu verstehen und entsprechend antragsberechtigt. In diesem Fall können sämtliche entgangenen Einnahmen als Schaden geltend gemacht werden. Wenn das Fest hauptsächlich Anlass für das gesellige Zusammensein ist, in dessen Rahmen auch kulturelle Veranstaltungen stattfinden (Stadt-/Quartierfest, Bar- & Pubfest, Vereins- und Verbandsfest wie z. B. Schützen- und Turnfest, Winzerfest etc.), handelt es sich nicht um eine Veranstaltung im Kultursektor. In diesem Fall ist der Veranstalter nicht gesuchsberechtigt, jedoch können die Kulturschaffenden eine Ausfallentschädigung für die entgangenen Gagen beantragen.
----	--	--

Die FAQ waren unbestrittenermassen öffentlich zugänglich. Die FAQ mit Stand vom 1. Januar 2022 sind weiterhin im Internet zugänglich (abrufbar unter www.bkd.be.ch → Themen → Kultur → Kulturförderung → Infopoint COVID → Covid-19-Hilfen für Kulturunternehmen → FAQ – Ausfallentschädigungen, zuletzt besucht am 3. Juni 2022) und beantworten die hier aufgeführten Fragen 16 bis 18 unter den Ziffern 39 bis 41 in ähnlicher Weise.

Die Regelung durch die FAQ kann als so genannte Verwaltungsverordnung qualifiziert werden (vgl. Felix Uhlmann/Iris Binder, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, in: Leges 2009 S. 152 f.) und dient dazu, eine einheitliche Handhabung des Verwaltungsermessens sicherzustellen. Grundlage der Rechte und Pflichten bleiben aber allemal die einschlägigen Gesetze und Verordnungen (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, S. 391 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Folglich müssen sich solche FAQ auf eine rechtliche Grundlage stützen, wie vorliegend die COVID-Verordnung Kultur. Allerdings sollen die Beschwerdeinstanzen die Verwaltungsverordnungen bei ihrer Entscheidung berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Ein Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsverordnungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen (René Wiederkehr/Kaspar Plüss, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2020, Rz. 2603 mit Hinweis auf BGE 139 V 122 E. 3.3.4).

2.3.2 Kulturelles Ereignis

Die bundesrechtlichen Normen setzen für den Erhalt einer Ausfallentschädigung voraus, dass die Veranstaltung, die abgesagt oder verschoben werden musste, ein "kulturelles Ereignis" darstellt (Art. 8 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Bst. b COVID-Verordnung Kultur). Es ist deshalb zu prüfen, ob die "C___ Festivals" als solche kulturellen Ereignisse gelten.

Dabei ist der rechtserhebliche Sachverhalt weitgehend unbestritten.

Im Gesuch vom 18. Mai 2020 machte die A___ GmbH geltend, es sei ihr ein Schaden entstanden aus der Absage von zwölf Veranstaltungen, die zwischen dem 24. April und dem 30. August 2020 hätten stattfinden sollen (Beilage zur Stellungnahme des Amtes für Kultur vom 6. Januar 2022). Die Veranstaltungen unter dem Namen "C___ Festival" würden eine ansprechende und zeitgemässe Plattform für Stände, Gastronomen und Künstler bieten. Dieses Festival konzentrierte sich verstärkt auf lokale Bands, Artisten und Sänger. Dem Gesuch beigelegten Kurzkonzert (Beilage zur Stellungnahme des Amtes für Kultur vom 6. Januar 2022) ist zur Idee Folgendes zu entnehmen:

Das C___ Festival vereint verschiedene Event-Arten unter einem gemeinsamen Dach. Die kleinen Konzepte werden zu einem grossen Event und bieten damit ein einheitliches Erscheinungsbild für die Besucher. Künstlerisches Flair wird durch ansprechende und ausgefallene Dekoration vermittelt. Die Event-Arten werden von drei Zonen repräsentiert: Fahrgeschäfte an der Light Lane, Konzerte am Sound Square und Bereiche zum Entspannen und Geniessen am Taste Trail. Alle Zonen werden dabei mit passenden Food Ständen aufgewertet (Kurzkonzert, S. 2).

Weiter reichte die A___ GmbH ein Betriebsbudget für das Jahr 2020 ein (Beilage zur Stellungnahme des Amtes für Kultur vom 6. Januar 2022). Dabei wurden für die Einnahmen aller Projekte 2'241'900 Franken und für die Ausgaben 2'238'600 Franken veranschlagt. Bei den Ausgaben wurde für "Entertainment" ein Betrag von 111'200 Franken eingesetzt. Weiter reichte die A___ GmbH eine Liquiditätsplanung für 2020 ein, die eine Unterdeckung ausweist (Beilage zur Stellungnahme des Amtes für Kultur vom 6. Januar 2022). Dem Vertrag vom 5. Februar 2020 zwischen der A___ GmbH und der D___ GmbH ist zu entnehmen (Beilage zur Stellungnahme des Amtes für Kultur vom 6. Januar 2022), dass die A___ die gesamte Umsetzung vor Ort übernimmt und als Veranstalter der C___ Festival Tour auftritt. Der Gewinn oder Verlust geht zu Gunsten von A___. Weiter wurde ein Vertrag vom 14. Februar 2020 mit der F___ eingereicht (Beilage zur Stellungnahme des Amtes für Kultur vom 6. Januar 2022). In diesem Vertrag wurde unter anderem vereinbart, dass die F___ jeweils den Headliner für Freitagabend (Budget 2'500 Franken), den Mainact für Samstag (Budget 1'200 Franken) und den Solo-Künstler für Sonntag (Budget 600 Franken) an den jeweiligen C___ Festivals buche. Weiter legte die A___ GmbH eine Vereinbarung vom 25. Februar 2020 mit der G___ GmbH bei, die für die C___ Festivals jeweils die Umsetzung des Festivals mit einem Bereichsleiter und fünf Promotoren unterstützen bzw.

sicherstellen soll. Ebenfalls beigelegt wurde der Beleg über den gewährten Covid-19-Kredit vom 26. März 2020 (Beilage zur Stellungnahme des Amts für Kultur vom 6. Januar 2022). Dem Begleitschreiben der A___ GmbH vom 15. Mai 2020 zum Gesuch (Beilage zur Stellungnahme des Amts für Kultur vom 6. Januar 2022) kann unter anderem Folgendes entnommen werden:

Die neuen C___ Festivals sollten nun erstmals dieses Jahr [2020] stattfinden und sich verstärkt auf lokale Bands, Artisten und Sänger konzentrieren. Zusammen mit der F___ sollten auch schweizweit bekannte Künstler gebucht werden. Mit dieser musikalischen Vielfalt und dem breiten Angebot an internationalen Gerichten wollen wir mit dem C___ Festival eine neue und attraktive Veranstaltung im kulturellen Bereich lancieren.

Die Firma D___ GmbH ist für die Konzeption, die Organisation und die Planung der C___ Festival Tour 2020 zuständig. Nach Ende der Tour im Sommer 2019 begann die D___ mit der Planung der Tour 2020. D___ besteht aus einem Team von neun festangestellten Personen, welche fast ausschliesslich für Aufträge von A___ tätig sind. A___ ist währenddessen für die Ausführungen aller Public Events verantwortlich. A___ trägt damit das gesamte Risiko jeder einzelnen Veranstaltung.

Das C___ Festival setzt auch auf Gratiseintritte um kostenlos einer breiten Bevölkerungsschicht ein kulinarisches und musikalisches Angebot zu bieten. Einnahmen werden über Standgebühren und den Getränkeverkauf erzielt. Damit wird die gesamte Organisation, aber auch das Entertainment wie Musiker oder Schausteller bezahlt werden können. Unsere direkten Einnahmen wie die Vermietung von Standplätzen, der Getränkeverkauf, die C___ Bändeli (welche am Festival gekauft werden können) oder diverse Sponsoringleistungen werden nur bei einer Durchführung des Events erwirtschaftet oder geleistet. Deshalb kann die A___ GmbH bis das Veranstaltungsverbot aufgehoben wird keine Einnahmen erzielen.

Aus diesen Akten schliesst die Bildungs- und Kulturdirektion zunächst, dass die A___ GmbH für das Jahr 2020 Veranstalter der C___ Festivals ist. Zudem muss aus dem Betriebsbudget und der Liquiditätsplanung geschlossen werden, dass dies die einzigen Veranstaltungen sind, die die A___ 2020 veranstaltet hat bzw. geplant hat zu veranstalten. Damit ist die Einordnung, ob die Veranstaltung ein kulturelles Ereignis darstellt auch gleichzeitig entscheidend, ob die A___ als Kulturunternehmen zu verstehen ist (Art. 8 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Bst. c COVID-Verordnung Kultur; vgl. Frage 16 FAQ).

Die COVID-Verordnung Kultur regelt nicht detailliert, was unter einem kulturellen Ereignis im Sinn von Art. 2 Bst. b COVID-Verordnung Kultur zu verstehen ist. Damit liegt ein unbestimmter Rechtsbegriff vor, der die Voraussetzung der Rechtsfolge in offener, unbestimmter Weise umschreibt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 413). Nach der neueren Lehre räumen alle offenen Normen Ermessen ein (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 415). Bei offenen Normen bezieht sich der Freiraum in der Regel auf die

Rechtsanwendung und soll ermöglichen, den konkreten Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen oder die Sachrichtigkeit der Entscheidung zu gewährleisten (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 394).

Mit Blick auf die Definition des Kultursektors (Art. 2 Bst. a COVID-Verordnung Kultur) ergibt sich, dass die Veranstaltung mindestens einem der aufgezählten Bereiche muss zugeordnet werden können. Dies ist die erste Anforderung, um eine Veranstaltung als kulturelles Ereignis einzuordnen. Das C___ Festival bietet unbestrittenermassen auch Darbietungen im Bereich Musik an (vgl. Zone Sound Square [Kurzkonzept, S. 2]).

Als zweite Anforderung wird verlangt, dass die kulturelle Darbietung (vorliegend: Musik) der hauptsächliche Anlass für die Veranstaltung ist bzw. diese Darbietung im Zentrum des Anlasses steht (vgl. Fragen 16 und 18 FAQ). Die Anforderung selbst wird von der A___ GmbH nicht in Frage gestellt. Damit ist zu prüfen, ob dieser Anteil (Zone Sound Square) an musikalischer Darbietung am gesamten Festival genügt, um das gesamte Festival als kulturelles Ereignis im Sinn der COVID-Verordnung Kultur einzuordnen. Um diese Beurteilung vorzunehmen, ist vom eingereichten Konzept der Festivals auszugehen (Kurzkonzept [Beilage zur Stellungnahme des Amtes für Kultur vom 6. Januar 2022]). Ein anderes Konzept, zum Beispiel von den durchgeführten Testveranstaltungen im Jahr 2020, hat die A___ GmbH nicht eingereicht. Deshalb ist vom eingereichten und in den Vorakten vorhandenen Kurzkonzept auszugehen.

Die Zone Sound Square ist eine von drei Zonen am C___ Festival. Dem Kurzkonzept ist tatsächlich nicht zu entnehmen, dass ein Fokus auf die Zone Sound Square gelegt wird oder dass diese der hauptsächliche Anlass des Festivals ist. Im Kurzkonzept wird klar festgehalten, dass verschiedene Event-Arten unter einem gemeinsamen Dach angeboten werden sollen. Die musikalische Darbietung bzw. das kulturelle Ereignis ist damit eine der insgesamt drei Event-Arten. Dies bedeutet gleichzeitig, dass kein klarer Fokus auf die Musik erkennbar ist, auch wenn dies im Begleitschreiben zum Gesuch von der A___ GmbH so dargestellt wird. Zwar deutet der Begriff "E___" im Titel des Festivals darauf hin, dass Musik ein Teil des Festivals ist, aber dem Konzept kann dieser klare Fokus nicht entnommen werden. Der Titel alleine vermag diesen Fokus nicht zu begründen. Weitere Beweismittel, wie das ausführliche Eventkonzept des Festivals, hat die A___ GmbH nicht eingereicht. Wer aus einem Begehren eigene Rechte ableitet, ist verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 20 VRPG). Deshalb kann auch nicht auf das Eventkonzept abgestellt werden. Wie bereits festgehalten, kann aus den zwei durchgeführten Testveranstaltungen im Jahr 2020 nicht auf das Konzept der nicht durchgeführten Festivals geschlossen werden. Für die nicht durchgeführten Festivals ist das Konzept massgebend, welches mit dem Gesuch um Ausfallentschädigung eingereicht wurde. Wie das Amt für Kultur zu Recht vorbringt, gibt auch das Betriebsbudget keinen Hinweis darauf, dass die musikalische Darbietung der hauptsächliche Anlass der Veranstaltung ist. Zwar macht die A___ GmbH geltend, dass 21 Prozent des Gesamtaufwands für die Künstlergagen (6 Prozent) sowie den logistischen Anteil für Bühne, Ton, Lichttechnik und Infrastruktur (15 Prozent) verwendet werde. Dies sei ein

vergleichbarer Anteil, wie ihn Musikfestivals aufweisen würden, die mit Ausfallentschädigungen unterstützt würden. Jedoch ergibt sich aus den Akten nicht klar, welche Posten des Betriebsbudgets oder des Projektbudgets nun die Künstlergagen, den logistischen Anteil für Bühne, Ton, Lichttechnik und Infrastruktur ausweisen. Es ist einzig klar, dass es sich nicht ausschliesslich um den Posten "Entertainment" handelt. Dieser macht im Betriebsbudget in Bezug auf den Gesamtaufwand (Summe Ausgaben) gerundet fünf Prozent aus. In der "Zusammenstellung Einzel Aufwand, pro Festival" machen die Posten "Marketing Tourkosten", "Tourkosten Infra für TSF 2020", "Organisationskosten Staff Suplier", "Organisationskosten Entertainment Booking" und "Sonstiger Betriebsaufwand, A___" zusammen rund 21 Prozent des Gesamtaufwands von 38'62.70 Franken pro Festival aus. Doch in den Posten "Marketing Tourkosten", "Organisationskosten Staff Suplier" und "Sonstiger Betriebsaufwand, A___" sind auch Kosten enthalten, die sich auf die zwei anderen Zonen (Fahrgeschäfte an der Light Lane; Entspannen und Geniessen am Taste Trail) beziehen und keinen Bezug zur musikalischen Darbietung haben. Somit kann nicht ohne Weiteres aus dem Aufwand auf den Fokus der Veranstaltung geschlossen werden. Da die A___ GmbH keine weiteren und konkreten Angaben zu den Kosten für die musikalische Darbietung macht, kann sie aus dem geltend gemachten Aufwand nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Zusammenfassend hat das Amt für Kultur zu Recht auf die Angaben im Kurzkonzept abgestellt und daraus geschlossen, dass es sich bei den C___ Festivals nicht um kulturelle Ereignisse im Sinne der COVID-Verordnung Kultur handelt und damit bei der A___ GmbH nicht um ein Kulturunternehmen.

2.3.3 Anspruch auf Gleichbehandlung

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]). Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind. Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Gleichheitsprinzip verbietet einerseits unterschiedliche Regelungen, denen keine rechtlich erheblichen Unterscheidungen zu Grunde liegen. Andererseits untersagt es aber auch die rechtliche Gleichbehandlung von Fällen, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Die Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber oder die rechtsanwendende Behörde ist allerdings nicht nur dann geboten, wenn zwei Tatbestände in allen ihren tatsächlichen Elementen absolut identisch sind, sondern auch, wenn die im Hinblick auf die zu erlassende oder anzuwendende Norm relevanten Tatsachen gleich sind. In diesem Zusammenhang ist von interner Verwirklichung des Gleichheitsgedankens die Rede. Eine andere Situation liegt vor, wenn eine Regelung, die Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt, notwendig ist, um das Ziel der Regelung zu erreichen, und die Bedeutung des Ziels die Gleich- oder Ungleichbehandlung rechtfertigt (sog. extern begründete Gleich-

oder Ungleichbehandlung). Es wird eine Art Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen, wobei abgewogen werden muss zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 572 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

Die A___ GmbH legt dar, dass Technikunternehmen und Künstlerinnen und Künstler Ausfallentschädigungen erhalten würden, sie als Veranstalterin hingegen nicht. Für diese Unterscheidung würden keine sachlichen Gründe vorliegen.

Aus den rechtlichen Grundlagen ist ersichtlich, dass Kulturunternehmen, die im Kultursektor tätig sind, grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Ausfallentschädigungen fallen (Art. 2 Bst. c in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 COVID-Verordnung Kultur). Darunter fallen auch Veranstalter von kulturellen Ereignissen. Somit werden nicht alle Veranstaltungsunternehmen vom Erhalt von Ausfallentschädigungen ausgeschlossen. Es trifft zu, dass auch die Erbringung von Dienstleistungen für Darstellende Künste und Musik (inklusive Musikagenten, Tourmanager etc.) unter die Definition von "Kultursektor" fallen (Erläuterungen des Bundesamts für Kultur vom 13. Mai 2020 zur COVID-Verordnung Kultur, S. 1 [Beilage zur Stellungnahme des Amts für Kultur vom 6. Januar 2022], nachfolgend: Erläuterungen; vgl. Art. 2 Bst. a COVID-Verordnung Kultur). Dennoch gelten auch für diese Dienstleistungsunternehmen dieselben Anforderungen, um als Kulturunternehmen qualifiziert zu werden wie für die A___ GmbH als Veranstaltungsunternehmen: Sie müssen entweder (mindestens) 50 Prozent der Einnahmen mit Kulturveranstaltungen gemäss COVID-Verordnung Kultur erwirtschaften oder ihr Programm muss (mindestens) 50 Prozent Kulturangebote gemäss COVID-Verordnung Kultur ausweisen (vgl. Frage 16 FAQ). Damit liegt keine Ungleichbehandlung vor zwischen der A___ GmbH und Technikfirmen.

Kulturschaffende unterscheiden sich hingegen in tatsächlicher Hinsicht von Kulturunternehmen. Der Unterschied liegt in erster Linie darin, dass es sich bei den Kulturschaffenden um natürliche Personen handelt (im Gegensatz zu den Kulturunternehmen, die als juristische Personen definiert sind). Eine Ungleichbehandlung lässt sich somit nur schon durch diesen Unterscheid sachlich begründen. Zudem darf berücksichtigt werden, dass die Qualifikation als Kulturschaffende wie diejenige von Kulturunternehmen von weiteren Voraussetzungen abhängig ist. So müssen Kulturschaffende als Selbstständigerwerbende hauptberuflich im Kultursektor tätig sein und in der Schweiz ihren Wohnsitz haben (Art. 2 Bst. d COVID-Verordnung Kultur). Als hauptberuflich im Kultursektor tätig gelten Personen, die mit ihrer kulturellen Tätigkeit mindestens die Hälfte ihres Lebensunterhaltes finanzieren oder mindestens die Hälfte der Normalarbeitszeit für die kulturelle Tätigkeit einsetzen (Erläuterungen, S. 2; dies entspricht der Definition in Art. 6 Abs. 2 der Verordnung vom 23. November 2011 über die Förderung der Kultur [KFV; SR 442.11]). Somit besteht auch für die Kulturschaffenden eine vergleichbare (wenn auch nicht identische) Anforderung wie für die Kulturunternehmen (vgl. FAQ 16). Damit ist nicht belegt, dass der Anspruch auf Gleichbehandlung verletzt wurden.

Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen.

3. Verfahrenskosten

Infolge Unterliegens im Beschwerdeverfahren hat die A___ GmbH die Verfahrenskosten, bestimmt auf 400 Franken, zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung [GebV; BSG 154.21]). Sie werden separat in Rechnung gestellt.

Aus diesen Gründen entscheidet die Bildungs- und Kulturdirektion:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Kosten des Verfahrens vor der Bildungs- und Kulturdirektion, bestimmt auf 400 Franken, werden der A___ GmbH zur Bezahlung auferlegt.

3.

Zu eröffnen:

- A___ GmbH, Geschäftsführer B___ (Einschreiben)
- Amt für Kultur

und mitzuteilen:

- Amt für zentrale Dienste, Abteilung Finanzdienstleistungen (zur Rechnungsstellung und Kontrolle des Zahlungseingangs)

Bildungs- und Kulturdirektion

Christine Häsler
Regierungspräsidentin

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Zustellung schriftlich und begründet beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, Beschwerde geführt werden