Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-3548/2008
{T 0/2}

Urteil vom 26. Mai 2009

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz), Richter Philippe Weissenberger, Richter Ronald Flury,
Gerichtsschreiberin Kinga Jonas.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stephan Netzle,
Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Pro Helvetia,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Tomas Poledna,
Vorinstanz.

Gegenstand

Defizitgarantie.

Sachverhalt:

A.
Am 31. Januar 2008 stellte das Management der G._____Band, A._____, (Beschwerdeführerin) bei der Vorinstanz ein Gesuch um eine Defizitgarantie in der Höhe von Fr. (...) für die Russland-Tournee der G._____Band im Herbst 2008.

Mit Verfügung vom 18. März 2008 wies die Vorinstanz dieses Gesuch ab. Zur Begründung brachte sie vor, bei der Unterstützung von Auslandtourneen von Jazz-Bigbands würden die gleichen Regeln gelten wie für Orchester der E-Musik. Ausschlaggebend seien grundsätzlich die Qualität von Ensemble und Programm. Des Weiteren müssten der Komponist sowie die Mehrzahl der Interpreten Schweizer sein oder in der Schweiz arbeiten, die Kompositionen müssten einen innovativen Charakter besitzen und der Stil müsse sich von dem anderer internationaler Bigbands signifikant unterscheiden. Da der Stiftung bei einer Gesuchssumme von insgesamt 1.4 Millionen Franken für Grossprojekte in der zweiten Jahreshälfte 2008 lediglich Fr. 270'000.- zur Verfügung stünden, davon rund zwei Drittel für Projekte im Ausland, sei es nicht zu verantworten, einen substantiellen Beitrag zu sprechen für die Russlandtournee einer zweifellos hervorragenden, mit Ausnahme des Bandleaders aber ausschliesslich mit Musikern aus dem Ausland besetzten Bigband.

Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 27. März 2008 bei der Vorinstanz ein Gesuch um Wiedererwägung ein. Sie machte geltend, den öffentlich zugänglichen Informationen der Vorinstanz sei nicht zu entnehmen, dass es sich bei den unterstützungswürdigen Formationen um solche mit ausschliesslich Schweizer Besetzung handeln müsse. Vielmehr sei in der Wegleitung für Gesuchstellende die Rede von Konzerten ausländischer Ensembles internationalen Ranges, die wichtige Schweizer Werke aufführten. Die G._____Band sei ein schweizerisches, fest institutionalisiertes Orchester, das 1972 von fünf Schweizern gegründet worden sei und seither auf den weltweiten Tourneen zu 70-90% Schweizer Kompositionen spiele. Seit 36 Jahren stammten sämtliche Arrangements vom Bandleader und Dirigenten G._____. An den Tourneen spielten immer wieder Schweizer Musiker mit, so auch im Jahre 2008. Die Band sei qualitativ und quantitativ ein Schweizer Orchester.

Mit Verfügung vom 29. April 2008 wies die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin ab. Zur Begründung führte sie an, die Kompositionen und Arrangements der G._____Band unterschieden sich zu wenig von denjenigen anderer internationaler Bigbands und versuchten kaum, neue Wege aufzuzeigen. Dies sei insbesondere im Vergleich mit der jungen Band E._____ der Fall, bei der eine eigene Identität in der Dramaturgie der Programme zu erkennen sei. Deshalb sei diese Bigband der G._____Band vorgezogen worden, deren Musiker im Ausland arbeiteten und nur für das in Frage stehende Projekt angestellt worden seien.

B.
Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 30. Mai 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und ihr sei die beantragte Defizitgarantie zu gewähren. Zur Begründung bringt sie vor, die Wiedererwägungsverfügung der Vorinstanz enthalte eine neue, von der ursprünglichen Abweisung ihres Gesuchs abweichende Begründung.

C.
Mit Vernehmlassung vom 29. September 2008 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung macht sie geltend, die Beschwerdeführerin bringe einzig vor, dass die Begründung der Wiedererwägungsverfügung von derjenigen der ursprünglichen Verfügung abweiche, substantiiere jedoch nicht, inwiefern darin eine Rechtsverletzung zu erblicken sei. Im Übrigen rüge die Beschwerdeführerin keinen inhaltlichen Mangel der angefochtenen Verfügung. Die in Frage stehenden Verfügungen seien deckungsgleich, eine Rechtsverletzung sei bei einer Gegenüberstellung nicht ersichtlich. Die Wiedererwägungsverfügung vertiefe lediglich einzelne Aspekte der ersten Verfügung. Deshalb seien die beiden Entscheide in ihrer Gesamtheit zu beurteilen. Die Kernaussagen, dass es bei der G._____Band am innovativen Ansatz fehle sowie dass die begrenzten finanziellen Mittel der Stiftung diese zu einer Selektion zwingen würden, seien in beiden Verfügungen enthalten. Die Beschwerdeführerin bringe nichts vor, was die Rechtmässigkeit dieser Argumente in Frage stelle.

Mit Replik vom 24. November 2008 macht die Beschwerdeführerin, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stephan Netzle und Rechtsanwältin Rafaela Stadelmann, geltend, die in Frage stehende

Russlandtournee habe mit einem ausgewiesenen Defizit von Fr. (...) stattgefunden, weshalb sie anstelle der ursprünglich beantragten Defizitgarantie in der Höhe von Fr. (...) nunmehr lediglich um die Gewährung dieser Summe ersuche. Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung des Gesuchs der G._____Band die massgebenden Vorschriften unrichtig angewendet, ihr Ermessen missbraucht und die Band wegen des Alters von G._____ diskriminiert.

Mit Duplik vom 17. Dezember 2008 macht die Vorinstanz, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Tomas Poledna, geltend, auf eine Beschwerde gegen ihre Ablehnungsverfügung vom 18. März 2008 sei infolge Fristablaufs nicht einzutreten. Im Übrigen sei diese Verfügung durch die Wiedererwägungsverfügung ersetzt worden und bilde deshalb kein Objekt für eine Beschwerde. Die Beschwerdeführerin lege nicht dar, inwiefern bei der Beurteilung ihres Gesuchs trotz geringem Schweizerbezug und geringer Innovationskraft der G._____Band ein Ermessensmissbrauch ersichtlich sei. Das Alter von G._____ habe kein Beurteilungskriterium dargestellt. Der Zeitablauf könne insofern einen Einfluss auf die Beurteilung haben, als es zum Nachlassen der Innovation führen oder Zeichen einer nachlassenden Innovation sein könne, wenn sich ein Künstler über eine lange Zeit mit demselben Thema befasse.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 S. 45).

1.1 Die Wiedererwägungsverfügung der Vorinstanz vom 29. April 2008 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar.

Verfügungen der Stiftung Pro Helvetia über Entscheide bezüglich Beitragsgewährung unterliegen gemäss Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) sowie gemäss Bundesgesetz betreffend die Stiftung Pro Helvetia vom 17. Dezember 1965 (Bundesgesetz Pro Helvetia, SR 447.1) der Beschwerde an das Bundesverwaltungs-

gericht (Art. 11*a* Abs. 2 Bundesgesetz Pro Helvetia sowie Art. 31, Art. 33 Bst. h und Art. 37 VGG i.V.m. Art. 44 VwVG).

1.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihre Beschwerde richte sich umfassend gegen die Ablehnung ihres Beitragsgesuchs, und zwar unabhängig davon, ob die jeweiligen Ablehnungsgründe im ersten Entscheid oder in der Wiedererwägungsverfügung enthalten seien. Deshalb seien sowohl die Verfügung vom 18. März 2008 als auch die Wiedererwägungsverfügung vom 29. April 2008 aufzuheben.

Die Vorinstanz hat auf das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 27. März 2008 hin deren Beitragsgesuch erneut materiell umfassend überprüft und eine ablehnende Wiedererwägungsverfügung erlassen. Damit tritt dieser Entscheid an die Stelle der Verfügung vom 18. März 2008. Ergeht auf Grund eines Wiedererwägungsgesuchs ein neuer Sachentscheid, steht gegen diesen der ordentliche Rechtsmittelweg offen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1834). Aus diesen Gründen kann nur noch die Wiedererwägungsverfügung vom 29. April 2008 Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens bilden. Soweit weitergehend, kann auf die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werden.

1.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, mittlerweile sei das effektive Tourneedefizit ausgewiesen, weshalb sie nunmehr anstelle der Defizitgarantie von Fr. (...), lediglich einen Beitrag von Fr. (...) beantrage. Trotz bereits abgeschlossener Tournee ist das Begehren der Beschwerdeführerin damit nicht gegenstandslos geworden. Auch handelt es sich nicht um ein neues, sondern vielmehr um ein angepasstes, reduziertes Begehren.

1.4 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und ist Adressatin des angefochtenen Entscheids. Sie ist durch diesen besonders berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. a - c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

Eingabefrist und -form sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist demnach teilweise einzutreten.

2.
Gemäss Art. 11*a* Abs. 1 Bundesgesetz Pro Helvetia ordnet die Vorinstanz das Verfahren zur Beurteilung und Entscheidung von Gesuchen in einem Reglement, das vom Bundesrat genehmigt werden muss. Unter Wahrnehmung dieser Pflicht hat die Vorinstanz die Beitragsverordnung Pro Helvetia vom 22. August 2002 (Beitragsverordnung, SR 447.12) erlassen. Nach dem in Art. 1 Beitragsverordnung aufgeführten Zweck gewährt die Vorinstanz Beiträge an Projekte und Werke, die dem Kulturschaffen und der Kulturvermittlung in der Schweiz, der Pflege des schweizerischen kulturellen Erbes, dem kulturellen Austausch zwischen den Schweizer Sprachregionen oder der Pflege der kulturellen Beziehungen mit dem Ausland dienen. Art. 2 Beitragsverordnung hält ausdrücklich fest, dass kein Anspruch auf Beiträge besteht. Projektbeiträge können in Form von nicht rückzahlbaren Geldleistungen oder Defizitgarantien gewährt werden. In Form von Defizitgarantien werden sie gewährt, wenn Aussicht auf eine ausreichende Eigenfinanzierung besteht (Art. 3 Abs. 2 und 3 Beitragsverordnung).

3.
Die allgemeinen Voraussetzungen für die Beitragsgewährung sind in Art. 5 Beitragsverordnung geregelt, der wie folgt lautet:

"[1] Die Stiftung unterstützt im Rahmen der bewilligten Kredite Projekte und Werke, wenn diese:
a. dem Stiftungszweck entsprechen;
b. qualitativ überzeugen;
c. professionell umgesetzt werden;
d. ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen;
e. von nationaler oder internationaler Bedeutung sind oder Pilotcharakter haben; und
f. der Öffentlichkeit zugänglich sind.

[2] Sie unterstützt Projekte und Werke nur, wenn diese zudem:
a. von Kulturschaffenden mit Wohnsitz in der Schweiz umgesetzt werden;
b. von Schweizerinnen oder Schweizern geschaffen wurden oder werden;
c. wichtige Themen des kulturellen Lebens der Schweiz behandeln;
d. den kulturellen Austausch zwischen den Sprachregionen der Schweiz fördern; oder

e. dem Kulturaustausch zwischen der Schweiz und anderen Ländern dienen.

[3] Projekte und Werke im Inland unterstützt die Stiftung nur, wenn sie auch von anderen Geldgebern unterstützt werden."

Damit Beiträge gesprochen werden können, müssen die Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a bis f Beitragsverordnung kumulativ erfüllt sein. Demgegenüber müssen die Vorgaben gemäss Art. 5 Abs. 2 Beitragsverordnung nicht kumulativ vorliegen, was sowohl aus dem Wortlaut ("oder") als auch aus Art. 6 (wonach "mehrere Kriterien" erfüllt sein müssen) hervorgeht.

Als besondere Voraussetzung für Beiträge im Bereich der nicht volkstümlichen Musik bedarf es gemäss Art. 9 Bst. a Beitragsverordnung eines innovativen Projekts bzw. Werks. Diese Bestimmung ist somit als Ergänzung der kumulativen Voraussetzungen von Art. 5 Beitragsverordnung zu verstehen; sie muss zwingend erfüllt sein, damit Beiträge ausgerichtet werden können.

4.

Gemäss Art. 2 Beitragsverordnung besteht kein Rechtsanspruch auf Beiträge der Pro Helvetia. Diese Beiträge stellen daher keine Anspruchs-, sondern Ermessenssubventionen dar. Begriffswesentlich für diese Art von Subventionen ist, dass es im Entschliessungsermessen der verfügenden Behörde liegt, ob sie im Einzelfall eine Subvention zusprechen will oder nicht (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 431, BARBARA SCHAERER, Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht, Diss. Zürich 1992, S.178). Der Vorinstanz wird dadurch ein Spielraum für den Entscheid im Einzelfall eingeräumt. Dies bedeutet aber nicht, dass sie in ihrer Entscheidung völlig frei ist. Sie hat innerhalb ihres Entscheidungsspielraums unter Berücksichtigung der Rechtsgrundsätze der Ermessensausübung die zweckmässigste Lösung zu treffen. Sie ist dabei an die Verfassung gebunden und hat insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu befolgen. Die öffentlichen Interessen sind zu wahren und Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten, namentlich die das betreffende Gebiet beherrschenden Rechtsgrundsätze. Der Entscheid darf ferner nicht willkürlich sein (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 441).

Können wegen beschränkter finanzieller Mittel nicht alle Projekte berücksichtigt werden, welche grundsätzlich die Anforderungen für die Zusprechung einer Ermessenssubvention erfüllen würden, sind die zuständigen Behörden verpflichtet, Prioritätenordnungen aufzustellen (vgl. Art. 13 Abs. 1 und 2 des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990 [SuG, SR 616.1]). Die Behörde hat nach pflichtgemässem Ermessen – neben den in der Verordnung vorgegebenen absoluten Kriterien – weitere, relative Kriterien festzulegen, die es erlauben, die Anzahl der an sich subventionierbaren Gesuche nach dem Grad ihrer Subventionswürdigkeit sachgerecht zu priorisieren. Durch derartige einheitliche Beurteilungskriterien soll eine rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung der Beitragsgesuche gewährleistet werden.

In Bezug auf die Beiträge von Pro Helvetia hat der Stiftungsrat in Art. 6 Beitragsverordnung derartige Priorisierungskriterien vorgesehen. Demnach unterstützt die Stiftung bei Mittelknappheit vorrangig Projekte und Werke, die mehrere Kriterien nach Art. 5 Abs. 2 Beitragsverordnung erfüllen und eine nachweislich grössere Wirkung haben (Art. 6 Beitragsverordnung).

Diese Priorisierungskriterien sind indessen nicht abschliessend zu verstehen. Dies ergibt sich bereits aus dem gesetzlichen Auftrag der Stiftung, wonach diese bei der Verwendung ihrer Mittel auch die Sprachgebiete und Kulturkreise zu berücksichtigen hat (vgl. Art. 12 Abs. 2 Bundesgesetz Pro Helvetia). Darüber hinaus ergibt sich sowohl aus Sinn und Zweck der Stiftung und ihrem kulturpolitischen Auftrag sowie aus der Qualifizierung ihrer Beiträge als Ermessenssubventionen, dass die Kriterien nach Art. 5 und 9 Beitragsverordnung nicht nur die Funktion von absoluten Beitragsvoraussetzungen haben, wie der Wortlaut an sich suggeriert, sondern bei Mittelknappheit zusätzlich auch relative Auswahlkriterien darstellen können.

5.

Mit der Beschwerde gegen den Entscheid einer Bundesbehörde kann grundsätzlich nicht nur eine Verletzung von Bundesrecht oder eine unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sondern auch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Indessen auferlegen sich die Rechtsmittelinstanzen praxisgemäss bei der Überprüfung von Verfügungen eine gewisse Zurückhaltung, sofern der Vorinstanz ein eigentlicher Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zusteht.

5.1 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den dargelegten Bestimmungen der Beitragsverordnung, dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid über eine Beitragsgewährung insofern über einen derartigen Beurteilungsspielraum verfügt, als sie in Bezug auf die allgemeinen und spezifischen Beitragsvoraussetzungen unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen hat (vgl. Art. 5 und 9 Beitragsverordnung).

Unbestimmte Rechtsbegriffe gebieten eine auf den Einzelfall bezogene Auslegung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet deren Auslegung und Anwendung eine Rechtsfrage, die grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist. Nach konstanter Praxis und Lehrmeinung ist bei der Überprüfung der Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen jedoch Zurückhaltung auszuüben und der rechtsanwendenden Behörde ist dann ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht oder über spezifische Fachkenntnisse verfügt. Der Richter hat so lange nicht einzugreifen, als die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 445 ff., m.w.H.).

5.2 Eine noch grössere Zurückhaltung ist dort angezeigt, wo Zweckmässigkeitsüberlegungen in Frage stehen und der Vorinstanz ein eigentlicher Ermessensspielraum zusteht. Dies ist nach dem Gesagten insbesondere bei der Priorisierung der verschiedenen, an sich subventionierbaren Projekte der Fall, insbesondere in Bezug auf das Kriterium der "nachweislich grösseren Wirkung" (vgl. Art. 6 Beitragsverordnung).

Steht einer Behörde ein Ermessensspielraum zu, soll der Richter eine Rechtsfolge, die weder völlig unangemessen noch gänzlich unzweckmässig erscheint, bestehen bleiben lassen und sein Ermessen nicht an Stelle desjenigen der mit besonderen Sachkenntnissen ausgestatteten Behörde setzen (vgl. FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 154, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 446d; FABIAN MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, Diss., Basel 2006, S. 213, je m.w.H.).

Soweit der Vorinstanz ein derartiger Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zusteht, hebt das Bundesverwaltungsgericht deren Entscheid demnach nur auf, wenn der Beschwerdeführer konkrete Anhaltspunkte vorbringen kann, welche den Entscheid als fehlerhaft oder

völlig unangemessen erscheinen lassen, beispielsweise weil er nicht nachvollziehbar begründet ist, weil die Vorinstanz sich von sachfremden Beurteilungskriterien hat leiten lassen oder ihr Ermessen rechtsungleich ausgeübt hat.

5.3 Die dargelegte Zurückhaltung gilt jedoch nur, wo ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum der Vorinstanz zu respektieren ist. Sind hingegen die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmängel in der Vergabepraxis gerügt, hat die Rechtsmittelbehörde die erhobenen Einwendungen mit uneingeschränkter Kognition zu prüfen.

6.
Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht geltend, der angefochtene Entscheid enthalte eine neue Begründung, die von derjenigen der Abweisungsverfügung vom 18. März 2008 abweiche.

Die Vorinstanz verweist in der Wiedererwägungsverfügung auf ihren ursprünglichen Entscheid und hält fest, dass der negative Entscheid vom 18. März 2008 „bestätigt“ werde. Deshalb sind im Folgenden bei der Prüfung der Frage, ob die Vorinstanz das Beitragsgesuch der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen hat, die Begründungen beider Verfügungen in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Ein Vergleich der beiden Verfügungen der Vorinstanz zeigt, dass die wesentlichen Elemente der Gesuchsprüfung deckungsgleich aufgeführt sind, wobei in der Wiedererwägungsverfügung zusätzlich das Kriterium der Innovation näher ausgeführt und dargelegt wird, weshalb die Vorinstanz in dieser Hinsicht das Projekt einer anderen Band vorgezogen hat.

7.
Zusammengefasst begründet die Vorinstanz die Abweisung des Beitragsgesuchs der Beschwerdeführerin wie folgt: In der zweiten Jahreshälfte 2008 hätten der Stiftung lediglich Fr. 270'000.- für Grossprojekte zur Verfügung gestanden, davon rund zwei Drittel für Projekte im Ausland. Sie habe daher unter den verschiedenen Projekten eine Auswahl treffen müssen. Im Vergleich mit Projekten kleinerer Jazz-Formationen bestehe für die Auslandtournee einer Bigband ein wesentlich grösserer Finanzbedarf, weshalb die Subventionierung angesichts der begrenzten Mittel weniger sinnvoll sei. Die G._____Band sei zwar zweifellos eine herausragende Bigband. Ihre Kompositionen und Arrangements unterschieden sich jedoch verglichen mit denjenigen der

bevorzugten Band E._____ zu wenig von anderen internationalen Bigbands und versuchten kaum, neue Wege aufzuzeigen. Zudem sei die G._____Band mit Ausnahme von G._____ ausschliesslich mit Musikern aus dem Ausland besetzt.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe der G._____Band zu Unrecht abgesprochen, dass sie innovativ sei. Sie legt mehrere Presseberichte ins Recht, welche belegen sollen, dass die G._____Band weltweit höchstes Lob ernte und als eigenständig und innovativ wahrgenommen werde. Kritiker und Konzertbesucher auf der ganzen Welt bestätigten immer wieder, wie spannungsgeladen Konzerte der G._____Band abliefen. Die Band verdanke dieses Attribut ihrem Leiter, der gerade aus diesem Grund weltberühmt geworden sei. Die Band sei bereits allein auf Grund ihres langjährigen Bestehens als einmalig zu betrachten. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz seien rhythmische Wechsel auch im Programm der G._____Band zu finden. Zwei der acht Titel des Repertoires 2007/2008 seien basisch mischmetrisch konzipiert. Ein Titel basiere auf drei verschiedenen, sich abwechselnden Grundrhythmen. Keine Bigband der Welt habe sich bislang je an eine derart komplexe Komposition herangewagt. G._____ habe dieses Stück für seine Band orchestriert. Kein einziger Titel des aktuellen Repertoires lasse sich als nicht innovativ und eigenständig bezeichnen. Es handle sich um Auszüge aus den Jazz-Opern von G._____, Reflektionen seiner kammermusikalischen Arbeiten, eigene Kompositionen der Bandmitglieder oder um neue Sichtungen alter Standards.

7.1 Die Vorinstanz hat der G._____Band die Gewährung eines Beitrags nicht aus dem Grunde verweigert, weil sie das hohe musikalische Niveau oder die Professionalität der Band an sich in Zweifel gezogen hätte. Vielmehr gesteht sie der G._____Band ausdrücklich zu, dass sie eine im internationalen Vergleich herausragende Bigband sei, die qualitativ hochwertigen Jazz anbiete.

Die Beschwerdeführerin andererseits bestreitet nicht, dass die Vorinstanz angesichts der beschränkten finanziellen Mittel nur entweder der G._____Band oder der Band E._____ einen Beitrag ausrichten konnte und sich daher zwischen den beiden Projekten entscheiden musste. Sie macht auch nicht geltend, das vorgezogene Projekt der Band E._____ sei bezüglich Qualität oder Professionalität nicht oder deutlich weniger subventionswürdig als dasjenige der G._____Band.

Auf die Frage, ob bzw. in welchem Ausmass die G._____Band die Voraussetzungen "Qualität" und "Professionalität" (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b und c Beitragsverordnung) erfüllt, braucht daher im vorliegenden Verfahren nicht weiter eingegangen zu werden. Auch die Zweckmässigkeitsüberlegung der Vorinstanz, die Subventionierung der Auslandtournee einer Bigband sei angesichts der begrenzten Mittel weniger sinnvoll als diejenige von Projekten kleinerer Jazz-Formationen, weil bei ersteren ein wesentlich grösserer Finanzbedarf bestehe, wird von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet. Deshalb kann dieser Teil der Begründung der angefochtenen Verfügung ebenfalls als unbestritten betrachtet werden.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit lediglich die Frage, ob es nachvollziehbar ist, wenn die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, dass das Projekt der G._____Band weniger innovativ sei als dasjenige der Band E._____ und dass die G._____Band das Kriterium von Art. 5 Abs. 2 Bst. a Beitragsverordnung (Umsetzung durch Kulturschaffende mit Wohnsitz in der Schweiz) nicht bzw. weniger als die Band E._____ erfülle.

7.2 Bei der Formulierung „innovative Projekte“ (vgl. Art. 9 Bst. a Beitragsverordnung) handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Vorinstanz konkretisiert diesen Begriff wie folgt: Unter künstlerischer Innovation sei eine Weiterentwicklung bestehender Traditionen in Konzeption und Umsetzung zu verstehen. Dabei müsse sich eine Kombination bestehender und neuer Elemente von der künstlerischen Sprache vergleichbarer Akteure klar absetzen. Auch im Werk des jeweiligen Künstlers müsse sich ein neues Werk gestalterisch und inhaltlich von den vorherigen erkennbar unterscheiden, um als innovativ wahrgenommen zu werden.

Es ist fraglich, ob es nicht etwas weit geht, wenn die Vorinstanz verlangt, dass sich ein Werk, um die Anforderung von Art. 9 Beitragsverordnung zu erfüllen, nicht nur von denjenigen vergleichbarer Akteure, sondern auch von den bisherigen Werken des betreffenden Künstlers deutlich unterscheiden müsse. Diese Frage kann indessen offen gelassen werden. Einerseits, weil die Beschwerdeführerin diese Auslegung durch die Vorinstanz gar nicht beanstandet. Andererseits, und vor allem aber, weil diese zusätzliche Anforderung jedenfalls ein taugliches Priorisierungskriterium darstellen kann. Sind die verfügbaren Mittel knapp und erfüllen zwei Projekte die Voraussetzung, dass sie sich von

den Werken der übrigen Künstler unterscheiden, so ist es nachvollziehbar, dass die Vorinstanz dasjenige als innovativer und damit als subventionswürdiger einstuft, das sich auch von den bisherigen Werken des gleichen Künstlers abhebt.

7.3 Diesbezüglich führt die Vorinstanz aus, G._____ habe zwar lange zu den Pionieren des Schweizer Jazz gehört. Seine Arbeit verharre jedoch seit längerem am selben Punkt, er entwickle innerhalb seines eigenen Werks nur mehr geringe Innovationskraft. Er sei der Vollender des klassischen Bigband-Jazz; diese Entwicklung sei jedoch seit langem abgeschlossen und werde nicht mehr weiter geführt, sondern auf hohem Niveau verharrend gepflegt. Demgegenüber sei bei der Band E._____ eine eigene Identität in der Dramaturgie der Programme, in den überraschenden rhythmischen Wechseln sowie in den unkonventionellen Eigenheiten der Instrumentation zu erkennen. Aus diesem Grunde sei diese Bigband der G._____Band vorgezogen worden.

Mit diesen Ausführungen legt die Vorinstanz zwar eher knapp, jedoch schlüssig dar, weshalb sie bezüglich der Innovationskraft dem Projekt der Band E._____ den Vorzug gegeben hat.

Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente und die von ihr und von der Vorinstanz eingereichten Pressekritiken sind nicht geeignet, ernsthafte Zweifel an dieser Beurteilung zu wecken. Insgesamt bestätigen sie, dass es sich bei der G._____Band um eine sehr bekannte Bigband handelt, die seit Jahrzehnten Darbietungen auf sehr hohem Niveau präsentiert, während es sich bei der Band E._____ um eine kleinere, noch relativ unbekannte Band handelt, welche sich ebenfalls durch hohe Qualität, zusätzlich aber auch durch neue und ungewöhnliche Ideen auszeichnet. Die an einem Konzert der zur Subventionierung angemeldeten Russlandtournee der G._____Band dargebotene Musik wird in einer Kritik ausdrücklich als "klassisch", ohne "avantgardistische Subtilitäten" bezeichnet. Dem Argument der Vorinstanz, dass hervorragende Kritiken zwar eine Folge der hohen Qualität einer Darbietung, jedoch kein Beleg für deren Innovativität seien, kann deshalb gefolgt werden.

7.4 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das Alter von G._____ habe den Entscheid der Vorinstanz massgeblich mitbeeinflusst. Dies werde durch den „Strauss von halbherzigen und objektiv unzutreffenden Argumenten“ in der Begründung der Vorinstanz deutlich gemacht,

deren Exponenten sich mehrfach in diesem Sinne geäussert hätten. Da das Alter der Kulturschaffenden kein Kriterium für die Beitragsgewährung sei, verstosse der angefochtene Entscheid gegen das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot.

Dem hält die Vorinstanz entgegen, das Alter eines Gesuchstellers sei für sie kein Kriterium bei der Beurteilung von Gesuchen; sie folge streng den gesetzlichen Vorgaben.

Grundsätzlich erscheint es als einleuchtend, dass das Alter eines Künstlers bei der Beurteilung, wie innovativ sein Werk ist, insofern eine Bedeutung haben kann, als es für einen Künstler mit der Zunahme der Anzahl seiner Werke immer schwieriger wird, sich nicht nur von den Werken vergleichbarer anderer Künstler, sondern auch von allen früheren eigenen Werken abzuheben. Ein automatischer Rückschluss vom Alter des Künstlers auf einen Mangel an Innovativität wäre jedoch ohne Zweifel nicht zulässig. Dass die Vorinstanz einem derartigen Rückschluss erlegen wäre, lässt sich indessen weder den Akten noch den von der Beschwerdeführerin eingereichten Belegen entnehmen.

7.5 Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die von der Beschwerdeführerin angerufenen Beweismittel nicht geeignet sind, die Beurteilung der Vorinstanz, das von ihr vorgezogene Projekt sei innovativer als dasjenige der Beschwerdeführerin, als offensichtlich fehlerhaft erscheinen zu lassen. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz bei ihrem Entscheid unter anderem auf diese Beurteilung abgestellt hat.

8.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe ihre Verfügung zu Unrecht mit dem Argument begründet, die G._____Band sei mit Ausnahme von G._____ ausschliesslich mit Musikern aus dem Ausland besetzt und weise daher einen geringeren Schweizbezug auf als die Band E._____. Die G._____Band sei qualitativ und quantitativ ein Schweizer Orchester. Sie sei 1972 von fünf Schweizern gegründet worden und spiele seither auf den weltweiten Tourneen zu 70-90% Schweizer Kompositionen. Seit 36 Jahren stammten sämtliche Arrangements vom schweizerischen Bandleader und Dirigenten G._____. Die Musik der Band werde in der Schweiz verlegt. Bei den Tourneen spielten immer wieder Schweizer Musiker mit, so auch im

Jahre 2008. Anlässlich der Russlandtournee sei ein Schweizer Nachwuchstalent vorgestellt worden. Die Musiker dieser Tournee hätten ihren Wohnsitz zwar mehrheitlich nicht in der Schweiz. Trotzdem werde die G._____Band im Ausland klar als schweizerisches Orchester wahrgenommen. Auf der Tournee sei das Orchester als „internationale, in der Schweiz beheimatete Band“ vorgestellt worden. Die Fachpresse belege, dass die Band als Schweizer Kulturexport par exellence gelte. Massgebend sei die Wahrnehmung des Projekts als schweizerisch.

8.1 Die Bestimmung von Art. 5 Abs. 2 Bst. a Beitragsverordnung (von Kulturschaffenden mit Wohnsitz in der Schweiz umgesetzt) ist keine zwingende Subventionsvoraussetzung, da die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 Beitragsverordnung nicht kumulativ gegeben sein müssen. Hingegen stellt der Umstand, dass ein Projekt mehr dieser Kriterien erfüllt als ein anderes, einen Priorisierungsgrund dar (vgl. Art. 6 Beitragsverordnung).

8.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass beide in Frage stehenden Projekte die Anforderungen von Bst. b (von Schweizern geschaffen) sowie von Bst. e (dem Kulturaustausch dienend) erfüllen. Umstritten ist indessen, ob bzw. in welchem Umfang das Projekt der Beschwerdeführerin auch die Voraussetzung von Art. 5 Abs. 2 Bst. a Beitragsverordnung (von Kulturschaffenden mit Wohnsitz in der Schweiz umgesetzt) erfüllt.

Gemäss der von der Beschwerdeführerin mit ihrem Beitragsgesuch eingereichten Musikerliste („Potential Personnel 2008“) waren für die Russlandtournee der G._____Band – abgesehen vom Bandleader G._____ – keine weiteren Schweizer oder in der Schweiz tätigen Musiker vorgesehen. Die Beschwerdeführerin räumt denn auch ein, dass die Musiker der Russlandtournee ihren Wohnsitz mehrheitlich nicht in der Schweiz hatten. Die Vorinstanz weist ferner zu Recht darauf hin, dass für die Beurteilung des Beitragsgesuchs der Beschwerdeführerin nicht die Vergangenheit der Band, sondern einzig die Russlandtournee, für die die Defizitgarantie beantragt wurde, massgebend sei. Deshalb ist der Umstand, dass die Band von Schweizern gegründet worden ist, unbeachtlich. Ebenso unbeachtlich ist das Argument der Beschwerdeführerin, dass die G._____Band und ihr Projekt als schweizerisch wahrgenommen würden: Die Wahrnehmung durch das Publikum ersetzt den effektiven Wohnsitz in der Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a Beitragsverordnung nicht.

Unbestritten ist demgegenüber, dass das Projekt der Band E._____ ausschliesslich durch Musiker mit Wohnsitz in der Schweiz umgesetzt wurde.

Es ist aus diesen Gründen nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz auch dieses Kriterium als Priorisierungskriterium mitgewichtet und in der Folge das Projekt der Band E._____ demjenigen der Beschwerdeführerin vorgezogen hat.

9.
Die Beschwerde erweist sich damit insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

10.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), und es ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

11.
Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Schweizerische Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 82 i.V.m. Art. 83 Bst. k des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]); er ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'300.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 700.- wird der Beschwerdeführerin aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteieinschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Rückforderungsformular, Beschwerdebeilagen);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. D2008-CH2-60118 B; Einschreiben; Beilage: Vorakten).

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Eva Schneeberger	Kinga Jonas

Versand: 4. Juni 2009