

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2022 54 vom 9. Oktober 2023**

BE Verwaltungsgericht, 2023-10-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2022\\_54](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2022_54)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2022 54 du 9 octobre 2023

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2022 54 del 9 ottobre 2023

## **Regeste**

Sofortunterstützung im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (Entscheid der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern vom 19. Januar 2022; H2021-028) | Subventionen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 17 der Kantonalen Verordnung vom 18. Dezember 2020 über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie [Kantonale Härtefallverordnung; BSG 901.112]). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutz- würdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.2**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

### **E. 2**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet das Gesuch der Beschwerdeführerin um Ausrichtung von Sofortunterstützung gemäss den Bestimmungen über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie.

### **E. 2.1**

Nach aArt. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) konnte der Bund auf Antrag eines oder mehrerer Kantone Härtefallmassnahmen dieser Kantone unterstützen für Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder juristische Personen mit Sitz in der Schweiz (Unternehmen), die vor dem 1. Oktober 2020 gegründet worden waren oder ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen hatten, am 1. Oktober 2020 ihren Sitz im jeweiligen Kanton hatten, aufgrund der Natur ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit von den Folgen von Covid-19 besonders betroffen waren und einen Härtefall darstellten, ins-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 4 besondere Unternehmen in der Wertschöpfungskette der Eventbranche, Schausteller, Dienstleister der Reisebranche, Gastronomie- und Hotellerie- betriebe sowie touristische Betriebe (Änderung vom 19.3.2021 [AS 2021 153]; in Kraft bis 31.12.2022; zum zeitlich massgebenden Recht hinten E. 2.4). Das Covid-19-Gesetz normierte die Voraussetzungen der Härtefall- massnahmen für Unternehmen nur grob. Einzelheiten regelte die Verordnung vom 25. November 2020 über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Härtefallverord- nung; SR 951.262; seit 8.2.2022: Covid-19-Härtefallverordnung 2020, HFMV 20 [AS 2022 61]; vgl. aArt. 12 Abs. 4 Covid-19-Gesetz [Änderung vom 18.12.2020; AS 2020 S. 5821; in Kraft bis 31.12.2022]; Erläuterungen der Eidgenössischen Finanzverwaltung [EFV] vom 4.11.2020 zur HFMV 20, S. 2, einsehbar unter: <www.seco.admin.ch>, Rubriken «Das SECO/ Medienmitteilungen 2020/04.11.2020 Bund will Härtefallprogramme der Kantone rasch unterstützen und eröffnet Vernehmlassung zur Härtefallverordnung/Dokumente» [nachfolgend Erläuterungen EFV 4.11.2020]).

## **E. 2.2**

Die Kantone waren zunächst frei, ob sie Härtefallmassnahmen er- greifen und wie sie diese gegebenenfalls ausgestalten (Erläuterungen EFV 4.11.2020, S. 2 f. und 3 f. [Erläuterungen zu Art. 1]). Im März 2021 führte der Bundesgesetzgeber mit aArt. 12 Abs. 1quater und Abs. 1sexies Covid-19-Gesetz (AS 2021 153; in Kraft vom 20.3.2021 bis 31.12.2022; im Folgenden ist je- weils diese Fassung gemeint) eine neue Finanzierungsstruktur ein. Fortan hingen die bundesrechtliche (Mit-)Finanzierung und die Kompetenz zur rechtlichen Ausgestaltung von Härtefallmassnahmen vom Umsatz der be- troffenen Unternehmen ab: Härtefallmassnahmen zugunsten von Unterneh- men mit einem Jahresumsatz von mehr als fünf Millionen Franken finanzierte der Bund vollständig (aArt. 12 Abs. 1quater Bst. b Covid-19-Gesetz). Die An- spruchsvoraussetzungen des Bundesrechts müssen für diese sog. «grossen Unternehmen» in allen Kantonen unverändert eingehalten werden (aArt. 12 Abs. 1sexies zweiter Satz Covid-19-Gesetz, auch zum Folgenden; zum Begriff des «grossen Unternehmens» aArt. 3 Abs. 5 Kantonale Härtefallverordnung [BAG 21-041]; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021). Die HFMV 20 enthält inso- weit zwingende Vorgaben. Vorbehältlich weitergehender Härtefallmassnah- men eines Kantons, die dieser vollständig selber finanziert, gilt für diese Un-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 5 ternehmen mithin schweizweit eine einheitliche Regelung (vgl. die einschlä- gige Botschaft des Bundesrats in BBl 2021 285, S. 26 f.; Erläuterungen der EFV zur Änderung der HFMV 20 vom 31. März 2021, S. 2 f., einsehbar un- ter: <www.seco.admin.ch>, Rubriken «Das SECO/Medienmitteilungen 2021/ 31.03.2021 Coronavirus: Bundesrat passt Härtefallverordnung sowie Verordnung zum Erwerbsausfall an/Dokumente» [nachfolgend Erläuterun- gen EFV 31.3.2021], auch zum Folgenden). Demgegenüber leistet der Bund den Kantonen einen Finanzierungsanteil von 70 % an ihre Härtefallmass- nahmen für Unternehmen mit einem Jahresumsatz bis fünf Millionen Fran- ken (vgl. aArt. 12 Abs. 1quater Bst. a Covid-19-Gesetz; gemäss aArt. 3 Abs. 4 Kantonale Härtefallverordnung [BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021] sog. «kleine Unternehmen»). Voraussetzung für diese Unter- stützung ist, dass die Mindestanforderungen des Bundes eingehalten wer- den (aArt. 12 Abs. 1sexies erster Satz Covid-19-Gesetz). Darüber hinaus ver- fügen die Kantone beim Erlass von Härtefallmassnahmen jedoch über einen

Regelungsspielraum, um besonderen Gegebenheiten auf ihrem Kantonsgebiet Rechnung zu tragen. So können sie die in den Abschnitten zwei und drei der HFMV 20 geregelten Mindestvoraussetzungen bei Bedarf weiter verschärfen oder eingrenzen (Botschaft des Bundesrats zu Änderungen des Covid-19-Gesetzes und des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes, in BBl 2020 S. 8819 ff., 8824; Erläuterungen EFV 4.11.2020, S. 2 f. und 4 [Erläuterungen zu Art. 1]; vgl. auch Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 4 [Erläuterungen zu Art. 1]; ferner Vortrag der WEU zur Kantonalen Härtefallverordnung, S. 4, einsehbar unter: <www.rr.be.ch>, Rubriken «Beschlüsse/Beschlüsse suchen», Suchbegriff: «1524/2020» [nachfolgend Vortrag WEU 18.12.2020]; zum Ganzen auch Vortrag der WEU zur Änderung der Kantonalen Härtefallverordnung vom 7.4.2021, S. 1, einsehbar unter: <www.rr.be.ch>, Rubriken «Beschlüsse/Sitzungen/2021/Regierungssitzung vom 7.4.2021/WEU-Einzelgeschäfte/2021.WEU.37/Unterlagen» [nachfolgend Vortrag WEU 7.4.2021]; Vortrag der WEU zur Änderung der Kantonalen Härtefallverordnung vom 5.5.2021, S. 1 und 2 f. [Erläuterungen zu Art. 12-12c], einsehbar unter: <www.rr.be.ch>, Rubriken «Beschlüsse/Sitzungen/2021/Regierungssitzung vom 5. Mai 2021/WEU-Einzelgeschäfte/2021.WEU.37/Unterlagen» [nachfolgend Vortrag WEU 5.5.2021]; BGer 2C\_8/2022 vom 28.9.2022, in SJZ 2023 S. 156 E. 1.3.4).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 6

### **E. 2.3**

Um Konkurse von Unternehmen zu verhindern und Arbeitsplätze zu erhalten, erliess der Regierungsrat des Kantons Bern gestützt auf die bundesrechtlichen Vorgaben und Art. 15 des Wirtschaftsförderungsgesetzes vom 12. März 1997 (WFG; BSG 901.1) am 18. Dezember 2020 die Kantonale Härtefallverordnung (vgl. Vortrag WEU 18.12.2020, S. 1). Diese trat gleichentags in Kraft; einzelne Bestimmungen galten bis zum 31. Dezember 2021, andere sind noch bis zum 31. Dezember 2031 in Kraft (vgl. Art. 18 Kantonale Härtefallverordnung; Änderung vom 23.12.2021 [BAG 21-131]).

#### **E. 2.3.1**

Die kantonale Unterstützung erfolgte zunächst im Rahmen von zwei unterschiedlichen Verfahren. In einem ersten Verfahren («Sofortunterstützung») sollten die Unternehmen ausschliesslich à-fonds-perdu-Beiträge erhalten. In einem zweiten, zeitlich verzögert angebotenen Verfahren («Bürgschaften») konnten die Unternehmen ausschliesslich von kantonalen Bürgschaften profitieren. Nach Einführung der neuen Finanzierungsstruktur (vorher E. 2.2) sah der Regierungsrat keinen Bedarf mehr für ein Bürgschaftsprogramm, weshalb er die diesbezüglichen Bestimmungen aufhob (zum Ganzen Vortrag WEU 7.4.2021, S. 1 und 2 [Erläuterungen zu Art. 8, 13 und 15]). Gemäss Art. 1 (BAG 20-139; in Kraft bis 31.12.2021) bezweckte die Kantonale Härtefallverordnung, die Beteiligung des Kantons an den Härtefallmassnahmen des Bundes für Unternehmen sowie den Vollzug zu regeln (Abs. 1) und die Anforderungen an Unternehmen sowie den Umfang der Unterstützung zu konkretisieren (Abs. 2). Mit den Unterstützungsprogrammen sollten sogenannte Härtefälle abgedeckt werden, die direkt oder indirekt auf behördliche Massnahmen zurückzuführen waren (Vortrag WEU 18.12.2020, S. 2).

#### **E. 2.3.2**

Für kleine Unternehmen waren gemäss Praxis der WEU drei Formen von Sofortunterstützung vorgesehen (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.3; zum Begriff des kleinen Unternehmens vorne E. 2.2; die nachfolgend zitierten Bestimmungen der Kantonalen Härtefallverordnung waren in Kraft bis 31.12.2021): Wenn sie eine Umsatzeinbusse von mehr als 40 % in zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten zwischen dem 1. Januar 2020 bis zum 30. Juni 2021 erlitten hatten, konnten sie erstens ein «Gesuch Härtefall 1» einreichen (vgl. aArt. 12 Abs. 1 [Änderung vom 5.5.2021; BAG 21-041] i.V.m. aArt. 9 Abs. 2 Bst. c [Änderung vom 30.6.2021; BAG 21-055] und Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 7 aArt. 3 [Änderung vom 5.5.2021; BAG 21-041] Kantonale Härtefallverordnung). Mussten sie aufgrund von Massnahmen des Bundes oder des Kantons zur Eindämmung der Covid-19-Epidemie ihren Betrieb im Zeitraum vom 1. November 2020 bis 30. Juni 2021 für mindestens 40 Tage schliessen, war zweitens das «Gesuch Härtefall 2» möglich (vgl. aArt. 12 Abs. 1a [Änderung vom 30.6.2021; BAG 21-055] i.V.m. aArt. 4a [Änderung vom 7.4.2021; BAG 21-031] Kantonale Härtefallverordnung). Drittens konnten sie ein «Gesuch Härtefall 3» stellen, wenn sie im Jahr 2020 eine Umsatzeinbusse von mehr als 40 % erlitten hatten und seit dem 1. November 2020 für mindestens 40 Tage schliessen mussten (kumulative Sofortunterstützung; vgl. aArt. 12 Abs. 1b [Änderung vom 5.5.2021; BAG 21-041] i.V.m. Abs. 1 und 1a [in den voranstehend genannten Fassungen] Kantonale Härtefallverordnung).

### **E. 2.3.3**

Das Bundesrecht räumte den Unternehmen keinen Anspruch auf Härtefallmassnahmen ein, sondern überliess es den Kantonen, ob und unter welchen Voraussetzungen Härtefallmassnahmen gewährt werden (grundlegend BGer 2C\_8/2022 vom 28.9.2022, in SJZ 2023 S. 156 E. 1.3.4 und 1.4; jüngst BGer 2C\_757/2022 vom 4.5.2023 E. 1.3.4). Auch nach kantonalem Recht bestand gemäss der klaren Regelung von aArt. 2 Kantonale Härtefallverordnung (BAG 20-139; in Kraft bis 31.12.2021) kein Rechtsanspruch auf Unterstützung (Abs. 3). Solche wurde zudem nur im Rahmen der verfügbaren Finanzmittel gewährt (Abs. 1). Sind die Voraussetzungen bzw. Bedingungen für eine Sofortunterstützung im Einzelfall erfüllt, entscheidet die zuständige Behörde nach pflichtgemässen Ermessen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Mittel ausgerichtet werden. Die massgebenden Rechtsnormen legen mithin lediglich bestimmte, für die Gesuchsbeurteilung bedeutsame Kriterien und Gesichtspunkte fest, ohne die zuständige kantonale Behörde zu verpflichten, dem Gesuch bei erfüllten Anforderungen zu entsprechen (vgl. auch etwa BVR 2013 S. 183 E. 2.1, 2012 S. 109 E. 2.4, 2012 S. 121 E. 3.6, je mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

Seit die Beschwerdeführerin das Gesuch am 17. April 2021 eingereicht hat, sind die bundes- sowie kantonale Bestimmungen über die Härtefallmassnahmen für Unternehmen mehrfach geändert worden; einige davon sind inzwischen nicht mehr in Kraft (vgl. Art. 21 Abs. 2 Covid-19-Gesetz; Art. 23 Abs. 2 HFMV 20; Art. 18 Abs. 2 Kantonale Härtefallverordnung).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 8 (nung). Massgebend ist hier auf beiden föderalen Stufen das im Zeitpunkt des Einspracheentscheids vom 21. Juli 2021 geltende (materielle) Recht (VGE 2022/52 vom

26.4.2023 E. 2.4 mit Hinweisen).

### **E. 3**

Die Parteien sind sich uneinig, ob die Beschwerdeführerin die Voraussetzung nach aArt. 7 Abs. 1 Bst. a Kantonale Härtefallverordnung erfüllt (Änderung vom 7.4.2021 [BAG 21-031]; in Kraft bis 31.12.2021; wo im Folgenden nicht anders angegeben, ist diese Fassung gemeint).

#### **E. 3.1**

Nach dieser Bestimmung muss das Unternehmen nachweisen, dass es einen massgebenden Umsatz von mindestens Fr. 50'000.-- erzielt hat. Der massgebende Umsatz bemisst sich aufgrund des Verweises in aArt. 7 Abs. 1 Bst. a nach den Vorgaben gemäss aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung. Diesen zufolge gilt grundsätzlich der durchschnittliche Umsatz der Jahre 2018 und 2019 als massgebender Umsatz (Abs. 1 [BAG 20-139; in Kraft bis 31.12.2021]). Für Unternehmen, deren Geschäftsjahr sich nicht mit dem Kalenderjahr deckt, gilt als massgebender Umsatz der durchschnittliche Jahresumsatz der letzten zwei Geschäftsjahre, die vor dem 1. März 2020 geendet haben (Abs. 1a [BAG 21-003; in Kraft vom 18.1. bis 31.12.2021]). Ist das Unternehmen zwischen dem 31. Dezember 2017 und dem 29. Februar 2020 gegründet worden, so ist nach Abs. 2 (BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021) der zwischen der Gründung und dem 29. Februar 2020 (Bst. a) bzw. der zwischen der Gründung und dem 31. Dezember 2020 (Bst. b) erwirtschaftete Umsatz massgebend, jeweils berechnet auf zwölf Monate. Wurde das Unternehmen zwischen dem 29. Februar 2020 und dem 30. September 2020 gegründet, gilt als massgebender Umsatz der gesamte Umsatz, der von der Gründung bis zum 31. Dezember 2020 erzielt worden ist, wiederum berechnet auf zwölf Monate (Abs. 3 [BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021]; wo im Folgenden nicht anders angegeben, sind jeweils die vorstehend genannten Fassungen von aArt. 3 Abs. 1-3 Kantonale Härtefallverordnung gemeint).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 9

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat erwogen, aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung stelle – in Übereinstimmung mit den aufgrund von Art. 15 WFG einzuhaltenen bundesrechtlichen Vorgaben – klar und im Sinn der ratio legis jedenfalls für juristische Personen eindeutig auf den Gründungszeitpunkt des Unternehmens ab. Es sei nicht (mehr) der Zeitpunkt massgebend, in dem die Geschäftstätigkeit aufgenommen worden sei, wie dies das kantonale Recht bzw. das Bundesrecht bis zur Revision im Frühjahr 2021 noch vorgesehen hätten. Wohl könne dieser Regelung ein gewisser Schematismus nicht abgesprochen werden. Dieser sei mit Blick darauf, dass eine rasch und einfach vollziehbare Härtefallunterstützung beabsichtigt worden sei, jedoch unumgänglich. Vom Gründungszeitpunkt und damit vom Wortlaut von aArt. 3 Abs. 2 i.V.m. aArt. 7 Abs. 1 Bst. a Kantonale Härtefallverordnung könne nicht abgewichen werden (angefochtener Entscheid E. 4.2-4.4, 5.3). Weiter hat die Vorinstanz festgestellt, die Beschwerdeführerin sei am 6. März 2012 in das Handelsregister eingetragen und am 19. März 2020 sei die Firma geändert sowie der Sitz (innerhalb des Kantons Bern) verlegt worden. Im Sommer 2020 sei die Geschäftstätigkeit mit dem streitbetroffenen Restaurant unstrittig nicht durch ein neu gegründetes, sondern durch ein seit 2012 bestehendes Unternehmen aufgenommen worden, das in den Jahren 2018 und 2019 mangels Geschäftstätigkeit keinen Umsatz erzielt

habe (angefochtener Entscheid E. 5.1 f.). Die Beschwerdeführerin sei auf dieses, von ihr gewählte Vorgehen zu behaften und erreiche folglich die für die Sofortunterstützung erforderliche Mindestumsatzschwelle von Fr. 50'000.-- nicht, wie das AWI zutreffend festgehalten habe (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.3).

### **E. 3.3**

Dem hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen entgegen, bei der Anwendung von aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung gelte seit dessen Inkrafttreten eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nach dem Grundsatz «substance over form». Der Wortlaut der Bestimmung sei zwar insoweit geändert worden, als der Begriff «Geschäftstätigkeit» durch denjenigen der «Gründung» ersetzt worden sei. Diese Änderung habe jedoch keine Formalisierung der Betrachtungsweise in dem Sinn bezweckt, dass ausnahmslos auf den formalen Gründungszeitpunkt abzustellen sei. Es sollten lediglich die Beurteilungsregeln ausdifferenziert werden für den massgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Umsatzschwelle. Die Beschwerdeführerin bestehe zwar schon seit 2012, sei zwischen April 2017 und Juni 2020 jedoch ohne Ge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 10 schäftstätigkeit gewesen. Im Juni 2020 habe sie mit dem «B. \_\_\_\_\_ Restaurant & Take Away» eine solche wiederaufgenommen und bis Ende 2020 einen Umsatz von über Fr. 130'000.-- erzielt. Damit erfülle sie offensichtlich die Anforderung von aArt. 7 Abs. 1 Bst. a i.V.m. aArt. 3 Abs. 3 Kantonale Härtefallverordnung (vgl. Beschwerde Rz. 1, 8, 10-15).

### **E. 4**

Umstritten ist, ob die Umsatzschwelle von aArt. 7 Abs. 1 Bst. a Kantonale Härtefallverordnung hier nach Abs. 1 oder Abs. 3 von aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung zu bemessen ist (Umsatz 2018/2019 oder Umsatz 2020, berechnet auf zwölf Monate).

#### **E. 4.1**

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut (grammatikalisches Auslegungselement). Ist der Normtext nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (systematische, historische und teleologische Auslegung) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Gleich wie das Bundesgericht lässt sich das Verwaltungsgericht von einem pragmatischen Methodenpluralismus leiten, der keinem Auslegungselement einen grundsätzlichen Vorrang einräumt. Es muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode oder Methodenkombination zu der Lösung führt, die im normativen Gefüge und mit Blick auf die Wertentscheidungen des Gesetzgebers am meisten überzeugt (statt vieler BGE 148 V 265 E. 5.3.3, 143 I 272 E. 2.2.3; BVR 2023 S. 109 E. 4.1, 2021 S. 312 E. 2.1).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz ist zutreffend zum Schluss gelangt, dass der Wortlaut von aArt. 3 Abs. 3 Kantonale Härtefallverordnung insofern klar ist, als zur Bemessung des massgebenden Umsatzes grundsätzlich an den Zeitpunkt der Gründung anzuknüpfen ist (angefochtener Entscheid E. 4.2). Nichts anderes lässt sich der französischen Fassung entnehmen (« Pour une entreprise créée entre le 29 février 2020 et le 30 septembre 2020, est considéré comme déterminant l'ensemble du chiffre d'affaires réalisé entre la création de l'entreprise et le 31

décembre 2020, calculé sur douze mois »). Fraglich ist indes, ob (triftige) Gründe vorliegen, die eine vom eindeutigen Wortlaut

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 11 abweichende Rechtsanwendung gebieten. Soweit aArt. 3 Abs. 3 Kantonale Härtefallverordnung inhaltlich mit den bundesrechtlichen Vorgaben übereinstimmt bzw. sich keine kantonale Verschärfung oder Eingrenzung der bundesrechtlichen Mindestvoraussetzungen feststellen lässt, sind dabei auch diese und die diesbezüglichen Gesetzesmaterialien zu berücksichtigen (VGE 2022/52 vom 26.4.2023 E. 4.2; zum entsprechenden Regelungsspielraum der Kantone auch vorne E. 2.2).

### **E. 4.3**

In historischer und systematischer Hinsicht ergibt sich Folgendes:

#### **E. 4.3.1**

Die ursprünglichen Fassungen von aArt. 12 Abs. 1 Covid-19-Gesetz (AS 2020 S. 3835, 5821; in Kraft vom 26.9.2020 bis 19.3.2021) stellten keine Anforderungen hinsichtlich eines bestimmten Zeitpunkts, bis zu welchem ein Unternehmen gegründet worden sein oder es eine Geschäftstätigkeit aufgenommen haben muss. Allerdings verpflichtete die diese Vorgaben konkretisierende und präzisierende HFMV 20 die gesuchstellenden Unternehmen zum Nachweis, dass das Unternehmen vor dem 1. März 2020 in das Handelsregister eingetragen bzw. (bei fehlendem Handelsregistereintrag) gegründet worden sein und im Durchschnitt der Jahre 2018 und 2019 einen Umsatz von mindestens Fr. 100'000.-- bzw. (ab 19.12.2020) Fr. 50'000.-- erzielt haben musste (vgl. aArt. 3 Abs. 1 Bst. a und b; AS 2020 S. 4919, 5849; in Kraft vom 1.12.2020 bis 31.3.2021). Nahm das Unternehmen die Geschäftstätigkeit auf den 1. Januar 2020 oder später auf oder wurde es 2019 oder 2018 gegründet und sind darum die Geschäftsjahre 2019 oder 2018 überlang, so galt als durchschnittlicher Umsatz nach Abs. 1 Bst. b der Umsatz, der zwischen dem 1. Januar 2018 und dem 29. Februar 2020 erzielt wurde, berechnet auf zwölf Monate (aArt. 3 Abs. 2 HFMV 20 [AS 2020 S. 4919]; in Kraft vom 1.12.2020 bis 31.3.2021). Der Regierungsrat hat diese bundesrechtlichen Vorgaben weitgehend unverändert in verschiedene Bestimmungen der Kantonalen Härtefallverordnung überführt (aArt. 3 Abs. 2 [Bemessung des massgebenden Umsatzes; BAG 20-139; in Kraft vom 18.12.2020 bis 5.5.2021], aArt. 5 Bst. c [Nachweis des Gründungs- bzw. Eintragungsdatums; BAG 20-139, 21-031; in Kraft vom 18.12.2020 bis 5.5.2021] und aArt. 7 Abs. 1 Bst. a [Umsatzschwelle von Fr. 100'000.-- bzw. 50'000.--; BAG 20-139, 21-031; in Kraft vom 18.12.2020 bzw. 8.4.2021 bis

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 12 31.12.2021]; zur Übereinstimmung mit der HFMV 20 vgl. Vortrag WEU 18.12.2020, S. 5 f. [Erläuterungen zu Art. 3, 5, 7]).

#### **E. 4.3.2**

Am 4. März 2021 und damit kurz nach der zweiten Welle der Corona-Pandemie beschloss der Ständerat (Erstrat) abweichend vom Entwurf des Bundesrats, der (noch) nichts Entsprechendes vorsah (vgl. BBl 2021 286, S. 1), dass nur Unternehmen in den Genuss von Härtefallhilfen kommen sollten, die «vor dem 1. Oktober 2020 gegründet worden sind oder ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen haben». Im Rahmen der Debatte gab diese Änderung zu keinen Diskussionen Anlass, weshalb sich auch deren Hintergründe nicht

aus den Materialien erschliessen lassen (zum Ganzen Mehrheitsantrag der Kommission, dem kein Minderheitsantrag gegenüberstand, in AB S 2021 S. 90-92, 99). In der Folge beschloss der Nationalrat, dass Unternehmen «unabhängig ihres Gründungsdatums» Härtefallhilfen erhalten sollten; dies, um «Diskriminierungen» zu vermeiden (AB N 2021 S. 241, 243; ferner AB N 2021 S. 235 [Votum Regazzi], 238 [Votum Friedli], 240 [Votum Bendahan]). Damit stellte er sich gegen den Bundesrat, der eine gesetzlich verankerte fixe Datumsgrenze inzwischen aus zwei Gründen für sinnvoll hielt: Zum einen ging er davon aus, dass wer nach dem 1. Oktober 2020 ein Unternehmen gründete, mit dem Risiko pandemiebedingter Einbussen rechnen und die Situation einschätzen musste. Zum anderen hätte der Verzicht auf eine fixe Datumsgrenze erhebliche Mehrkosten zur Folge gehabt (zum Ganzen AB N 2021 S. 237 [Votum Bundesrat Maurer]). Der Ständerat hielt im weiteren Verlauf der Debatte an seiner Änderung fest, wobei sich den Wortmeldungen wiederum nichts zu den Hintergründen entnehmen lässt (Mehrheitsantrag der Kommission in AB S 2021 S. 184, dem wiederum kein Minderheitsantrag gegenüberstand). Der Nationalrat stimmte in der Folge dem Beschluss des Ständerats zu (vgl. AB N 2021 S. 421, 423). Gemäss dem entsprechend geänderten aArt. 12 Abs. 1 Covid-19-Gesetz (AS 2021 153; in Kraft vom 20.3. bis 31.12.2022; wo im Folgenden nicht anders angegeben, ist diese Fassung gemeint) kann sich der Bund an kantonalen Härtefallmassnahmen für Unternehmen beteiligen, die u.a. vor dem 1. Oktober 2020 gegründet worden sind oder ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen haben (vgl. auch vorne E. 2.1).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 13

### **E. 4.3.3**

Der Bundesrat hat aArt. 3 Abs. 1 HF MV 20 in der Folge insofern angepasst, als das Unternehmen neu die Gründung bzw. Eintragung ins Handelsregister vor dem 1. Oktober 2020 (Bst. a) sowie einen durchschnittlichen Umsatz der Jahre 2018 und 2019 von mindestens Fr. 50'000.-- nachzuweisen hat (Bst. b; Änderung vom 31.3.2021 [AS 2021 184]; in Kraft vom 1.4. bis 31.12.2021; soweit nicht anders angegeben, ist im Folgenden diese Fassung gemeint). Zugleich hat er in Abs. 2 das Kriterium der Aufnahme der Geschäftstätigkeit aufgehoben und stattdessen Folgendes geregelt: Art. 3 Zeitpunkt der Gründung und Umsatz 1 [...] 2 Als durchschnittlicher Jahresumsatz nach Absatz 1 Buchstabe b gilt: a. für ein Unternehmen, das zwischen dem 31. Dezember 2017 und dem 29. Februar 2020 gegründet wurde: 1. der durchschnittliche Umsatz, der von der Gründung bis zum 29. Februar 2020 erzielt wurde, berechnet auf 12 Monate, oder 2. der durchschnittliche Umsatz, der von der Gründung bis zum 31. Dezember 2020 erzielt wurde, berechnet auf 12 Monate; b. für ein Unternehmen, das zwischen dem 1. März 2020 und dem 30. September 2020 gegründet wurde: der durchschnittliche Umsatz, der von der Gründung bis zum 31. Dezember 2020 erzielt wurde, berechnet auf 12 Monate. 3 [...]. Aus den Materialien geht hervor, dass diese Regelung für Unternehmen gelten soll, die nach dem 31. Dezember 2017 gegründet worden sind und deshalb keine zwei vollen Umsatzjahre vor Covid-19 aufweisen (Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 6 [Erläuterungen zu Art. 3], zum Folgenden auch S. 5). Entgegen der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Rz. 11) sehen die Materialien im Anwendungsbereich von aArt. 3 Abs. 2 HF MV 20 keine wirtschaftliche Betrachtungsweise nach dem Prinzip «substance over form» vor. Im Gegenteil ist daraus zu schliessen, dass diese (grundsätzlich) nur im Zusammenhang mit dem Nachweis des Gründungsdatums, also im Anwendungsbereich von Abs. 1 Bst. a

zulässig ist (in diesem Sinn auch Beschwer- deantwort S. 1 f.). Der Bund wollte mit dieser Bestimmung seine Beteiligung an kantonalen Härtefallbeiträgen auch in Bezug auf Unternehmen ermögli- chen, die zwar vor dem 1. Oktober 2020 gegründet worden waren, sich zu- folge einer Änderung der Rechtsform aber erst nach dem 1. Oktober 2020 in das Handelsregister eintragen lassen durften bzw. mussten. Als Beispiel ist

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 14 ein Einzelunternehmen genannt, das nicht im Handelsregister eingetragen war, bevor es sich im Winter 2020 zu einer GmbH umgewandelt hat. Der Handelsregistereintrag datiert in diesem Fall nach dem 1. Oktober 2020, das Unternehmen existierte jedoch tatsächlich schon länger (Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 5 [Erläuterungen zu Art. 3]). Im Kern ging es u.a. darum, Här- tefallgesuche solcher Unternehmen nicht schon am obligatorischen Nach- weis des Handelsregistereintrags scheitern zu lassen (zum Gründungszeit- punkt als sog. «harter Fakt» die einschlägige Botschaft des Bundesrats in BBI 2021 285, S. 21; ferner Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 18 [Erläuterun- gen zu Art. 18]).

#### **E. 4.3.4**

Aus dem Gesagten folgt, dass eine wirtschaftliche Betrachtungs- weise bei der Bemessung des durchschnittlichen Jahresumsatzes, wie sie die Beschwerdeführerin geltend macht, bundesrechtlich nie vorgesehen war. Damit konnte sich bei der Änderung von aArt. 3 Abs. 2 HFMV 20 vom 31. März 2021 die Frage gar nicht erst stellen, ob von einer derartigen Be- trachtung abzuweichen ist oder nicht (in diesem Sinn aber Beschwerde Rz. 11, 13). Im Übrigen ist fraglich, ob das Kriterium der Geschäftsaufnahme in aArt. 12 Abs. 1 Covid-19-Gesetz eine eigenständige Bedeutung hat (dazu vorne E. 4.3.2). Wohl lassen sich allenfalls aus dem Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftstätigkeit Rückschlüsse ziehen auf den Gründungszeitpunkt, wenn sich das Gründungsdatum mangels Eintragungspflicht nicht aus dem Handelsregister ergibt. Ist dieses aber – wie hier – bekannt, muss gemäss eindeutigen Wortlaut der konkretisierenden Verordnungsbestimmung und mangels gegenteiliger Hinweise in den Materialien ohne weiteres darauf ab- gestellt werden (zum Ganzen auch angefochtener Entscheid E. 4.2 f.).

#### **E. 4.3.5**

Der Regierungsrat hat den Regelungsgehalt des geänderten aArt. 3 Abs. 2 HFMV 20 per 6. Mai 2021 in aArt. 3 Abs. 2 und 3 Kantonale Härtefall- verordnung übernommen. Dabei hielt er fest, für die Berechnung des mass- gebenden Umsatzes sei auf den Gründungszeitpunkt abzustellen, wie es das Bundesrecht neu explizit vorschreibe (Vortrag WEU 5.5.2021, S. 2 [Er- läuterungen zu Art. 3], auch zum Folgenden). War eine wirtschaftliche Be- trachtungsweise nach dem Prinzip «substance over form» bei der Bemessung des massgebenden Umsatzes bundesrechtlich gar nie vorgesehen, lässt sich aus der Änderung von aArt. 3 Abs. 2 Kantonale Härtefallverord-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 15 nung nicht ableiten, «auch» der Regierungsrat habe eine wirtschaftliche Be- trachtungsweise für massgeblich erachtet (anders Beschwerde Rz. 12). Viel- mehr deuten die Materialien darauf hin, dass eine solche auch auf kantonalen Ebene allein für den Nachweis des Gründungsdatums bei fehlendem Han- delsregistereintrag, d.h. im Anwendungsbereich von aArt. 5 Bst. c Kantonale Härtefallverordnung (Änderung vom 5.5.2021 [BAG 21-041]; in Kraft bis 31.12.2021), zulässig ist.

#### **E. 4.4**

Die Härtefallprogramme bzw. die diesbezüglichen Rechtsgrundlagen hingen von dem zum jeweiligen Entstehungs- bzw. Änderungszeitpunkt herrschenden, pandemiebedingten Ausnahmezustand ab. Die nämlichen Regelungen sind vergleichsweise jung und teilweise schon wieder ausser Kraft (vgl. vorne E. 2.4). Die aArt. 7 Abs. 1 Bst. a i.V.m. aArt. 3 Abs. 3 Kantonale Härtefallverordnung zugrundeliegenden Wertungen können daher keine anderen sein, als sie sich aus der systematischen und historischen Auslegung von Gesetz und Verordnungen ergeben. Im Rahmen des teleologischen Auslegungselements erscheint darüber hinaus zwar bedeutsam, dass mit aArt. 7 Abs. 1 Bst. a Kantonale Härtefallverordnung bzw. der Umsatzschwelle von Fr. 50'000.-- nur Kleinunternehmen von Härtefallhilfen ausgeschlossen werden sollten (vgl. Beschwerde Rz. 14; zum entsprechenden Sinngehalt der Bestimmung: Erläuterungen der EFV zur Änderung der HFMV 20 vom 18.12.2020, S. 1 [Erläuterungen zu Art. 3], einsehbar unter: <[www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch)>, Rubriken «Das SECO/Medienmitteilungen 2020/ 18.12.2020 Coronavirus: Bundesrat passt Härtefallverordnung sowie Verordnung zum Erwerbsausfall an/Dokumente»; Vortrag WEU 7.4.2021, S. 2 [Erläuterungen zu Art. 7]; vgl. auch die nationalrätliche Debatte zu aArt. 12 Abs. 4 Covid-19-Gesetz in AB N 2020 S. 2134-2139 [Voten Paganini, Ryser, Schneeberger, Grossen, Maurer, Regazzi, Friedli]). Als grundsätzlich unterstützungsberechtigte Unternehmen gelten demgegenüber Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder juristische Personen mit Sitz in der Schweiz, die über eine Unternehmens-Identifikationsnummer (UID-Nummer) verfügen (aArt. 12 Abs. 1 Covid-19-Gesetz; aArt. 2 HFMV 20 [AS 2020 S. 4919; in Kraft vom 1.12.2020 bis 31.12.2021]; aArt. 5 Bst. a, a1 [Änderungen vom 24.2.2021; BAG-21-014; in Kraft vom 25.2. bis 31.12.2021] und b [BAG 20-139; in Kraft vom 18.12.2020 bis 31.12.2021] Kantonale Härtefallverordnung). Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 16 stellt einzig die Beschwerdeführerin als solche ein Unternehmen in diesem Sinn dar, das gegebenenfalls sofortunterstützungsberechtigt ist, nicht aber das Restaurant, das sie seit Juni 2020 betreibt (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.3). Mangels einer anderslautenden (kantonalen) Regelung ist damit für die Bemessung des massgebenden Umsatzes auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem die Beschwerdeführerin gegründet wurde, und nicht auf jenen, in dem sie mit dem B.\_\_\_\_\_ Restaurant & Take Away wieder eine Geschäftstätigkeit aufgenommen hat (so auch BGer 2C\_996/2022 vom 23.5.2023 E. 3.7 betreffend ein Restaurant im Kanton Genf).

#### **E. 4.5**

Zusammengefasst vermitteln die historische, systematische und teleologische Auslegung keine Gründe für eine vom klaren Wortlaut von aArt. 3 Abs. 3 Kantonale Härtefallverordnung abweichende Interpretation. Steht fest, wann ein Unternehmen gegründet bzw. in das Handelsregister eingetragen wurde, ist es demnach nicht zulässig, bei der Bemessung des massgebenden Umsatzes auf einen anderen als diesen Zeitpunkt abzustellen, z.B. auf den (späteren) Zeitpunkt der Geschäftsaufnahme.

#### **E. 5**

Die tatsächlichen Umstände sind, soweit relevant, unbestritten (vgl. auch vorne E. 3.2 f.) und im Licht der voranstehenden Rechtsgrundlagen (vorne E. 4.2-4.5) wie folgt zu würdigen: Die Beschwerdeführerin ist unstreitig mit dem Eintrag ins Handelsregister am 6. März 2012 gegründet worden (vgl. auch Art. 779 Abs. 1 des Schweizerischen

Obligationenrechts [OR; SR 220]). Die Änderung der Firma am 19. März 2020 und Sitzverlegungen gleichentags sowie am 5. Juni 2020 innerhalb des Kantons Bern vermögen am Gründungszeitpunkt nichts zu ändern (zum Ganzen Beschwerde Rz. 5 f.; angefochtener Entscheid E. 5.1). Gleich verhält es sich mit allfälligen Wechseln der Inhaberschaft seit der Gründung, wobei ohnehin davon auszugehen sein dürfte, dass stets dieselbe Person Inhaber war (vgl. Beschwerde Rz. 7 f., 15; Beschwerdebeilage 2; anders wohl angefochtener Entscheid E. 5.2). So oder anders steht fest, dass ein bestehendes und nicht ein neu gegründetes Unternehmen mit dem B.\_\_\_\_\_ Restaurant & Take Away im Juni 2020 wieder eine Geschäftstätigkeit aufgenommen hat. Wurde

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 17 dieses Unternehmen bereits im Jahr 2012 gegründet, gilt als massgebender Umsatz der durchschnittliche Umsatz der Jahre 2018 und 2019 (aArt. 3 Abs. 1 Kantonale Härtefallverordnung; zum Ganzen vorne E. 4). Nachdem die Beschwerdeführerin in diesen Jahren zufolge der späteren Geschäftsaufnahme keinen Umsatz erzielt hat, beträgt der massgebende Umsatz Fr. 0.--. Damit hat sie die Umsatzschwelle von Fr. 50'000.-- gemäss aArt. 7 Abs. 1 Bst. a i.V.m. aArt. 3 Abs. 1 Kantonale Härtefallverordnung nicht erreicht. Der angefochtene Entscheid hält der Rechtskontrolle stand.

#### **E. 6**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 17 Abs. 3 Kantonale Härtefallverordnung i.V.m. Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 17 Abs. 3 Kantonale Härtefallverordnung i.V.m. Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

#### **E. 7**

Nach Art. 83 Bst. k des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) ist die Beschwerde an das Bundesgericht unzulässig gegen Entscheide betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht. Der strittige Beitrag stellt wohl keine Anspruchssubvention dar (zur Rechtsnatur der Sofortunterstützung nach kantonalem Recht vorne E. 2.3.3; zur Rechtsnatur der bundesrechtlichen Härtefallhilfen grundlegend BGer 2C\_8/2022 vom 28.9.2022, in SJZ 2023 S. 156 E. 1.3.4 und 1.4; jüngst BGer 2C\_757/2022 vom 4.5.2023 E. 1.3.4). Gegen den vorliegenden Entscheid dürfte somit lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offenstehen, weshalb in der Rechtsmittelbelehrung auf diese verwiesen wird. Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2022.54U, Seite 18 Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.