

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 79 vom 9. Oktober 2023**

BE Verwaltungsgericht, 2023-10-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2023\\_79](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2023_79)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 79 du 9 octobre 2023

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 79 del 9 ottobre 2023

## **Regeste**

Sofortunterstützung im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (Entscheid der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern vom 25. Januar 2023; H2022-018) | 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-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 4 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 Art. 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, insbesondere Unternehmen in der Wertschöpfungskette der Eventbranche, Schausteller, Dienstleister der Reisebranche, Gastronomie- und Hotelleriebetriebe 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 Härtefallmassnahmen 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-Härtefallverordnung; 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 5 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 ergreifen 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 jeweils diese Fassung gemeint) eine neue Finanzierungsstruktur ein. Fortan hingen die bundesrechtliche (Mit-)Finanzierung und die Kompetenz zur rechtlichen Ausgestaltung von Härtefallmassnahmen vom Umsatz der betroffenen Unternehmen ab: Härtefallmassnahmen zugunsten von Unternehmen mit einem Jahresumsatz von mehr als fünf Millionen Franken finanzierte der Bund vollständig (aArt. 12 Abs. 1quater Bst. b Covid-19-Gesetz). Die Anspruchs Voraussetzungen 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; wo im Folgenden nicht anders angegeben, ist diese Fassung gemeint). Die HFMV 20 enthält insoweit zwingende Vorgaben. Vorbehältlich weitergehender Härtefallmassnahmen eines Kantons, die dieser vollständig selber finanziert, gilt für diese Unternehmen mithin schweizweit eine einheitliche Regelung (vgl. die einschlägige Botschaft des Bundesrats in BBl 2021 285, S. 26 f.; Erläuterungen der EFV vom 31.3.2021 zur Änderung der HFMV 20, S. 2 f., einsehbar unter: <www.seco.admin.ch>, Rubriken «Das SECO/Medienmitteilungen 2021/31.03.2021 Coronavirus: Bundesrat passt Härtefallverordnung sowie Verordnung zum Erwerbsausfall an/Dokumente» [nachfolgend Erläuterungen EFV 31.3.2021], auch zum Folgenden). Demgegenüber leistet der Bund den Kantonen einen Finanzierungsanteil von 70 % an ihre Härtefallmassnahmen für Unternehmen mit einem Jahresumsatz bis fünf Millionen Franken (vgl. aArt. 12 Abs. 1quater Bst. a Covid-19-Gesetz; gemäss aArt. 3 Abs. 4

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 6 Kantonale Härtefallverordnung [BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021] sog. «kleine Unternehmen»). Voraussetzung für diese Unterstützung ist, dass die

Mindestanforderungen des Bundes eingehalten werden (aArt. 12 Abs. 1 sexies erster Satz Covid-19-Gesetz). Darüber hinaus verfügen 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 5.5.2021/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).

### **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]; wo im Folgenden nicht anders angegeben, ist diese Fassung gemeint).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 7

#### **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 (vorne 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 aArt. 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**

Um Sofortunterstützung zu erhalten, müssen grosse Unternehmen eine Umsatzeinbusse von mehr als 40 % in zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten ab Januar 2020 bis zum 30. Juni 2021 erlitten haben (vgl. aArt. 12a Abs. 1 Bst. a [BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021] i.V.m. aArt. 9 Abs. 2 Bst. c [Änderung vom 30.6.2021; BAG 21-055; in Kraft bis 31.12.2021] i.V.m. aArt. 3 [Änderung vom 5.5.2021; BAG 21-041; in Kraft bis 31.12.2021] Kantonale Härtefallverordnung; wo im Folgenden nicht anders angegeben, sind jeweils diese Fassungen gemeint). Hinzuzählen können sie den Umsatzrückgang für diejenigen Monate von Januar bis Juni 2021, die nicht in diese Berechnung eingeflossen sind; dabei bemisst sich der Umsatzrückgang im Vergleich zu den entsprechenden Perioden des massgebenden Umsatzes (aArt. 12a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 [BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021] Kantonale Härtefallverordnung). Antragsberechtigt sind grundsätzlich auch grosse Unternehmen, die aufgrund von Massnahmen des Bundes oder des Kantons zur Eindämmung der Covid-19-Epidemie ihren Betrieb zwischen dem 1. November 2020 und dem 30. Juni 2021 für mindestens 40 Tage schliessen mussten, wobei sie diesfalls vom Nachweis der Umsatzeinbusse von mehr als 40 % entbunden sind (aArt. 9 Abs. 2a Bst. b

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 8 [BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021] i.V.m. aArt. 4a [BAG 21-003, 21-031; in Kraft vom 18.1. bis 31.12.2021] Kantonale Härtefallverordnung; wo im Folgenden nicht anders angegeben, sind jeweils diese Fassungen gemeint). Für die Bemessung der Sofortunterstützung ist ein Nachweis des Umsatzrückgangs so oder anders unerlässlich (Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 8 [Erläuterungen zu Art. 5b], 11 [Erläuterungen zu Art. 8b]; in diesem Sinn wohl auch Vortrag WEU 5.5.2021, S. 2 [Erläuterungen zu Art. 12a]).

### **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 (grundsätzlich BGer 2C\_8/2022 vom 28.9.2022, in SJZ 2023 S. 156 E. 1.3.4 und 1.4; betreffend grosse Unternehmen auch BGer 2C\_757/2022 vom 4.5.2023 E. 1.3.4 mit Hinweis). 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 2. Juni 2021 eingereicht hat, sind die bundes- sowie kantonalrechtlichen 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; ferner Art. 20 Abs. 2 und 3 der Verordnung vom 2. Februar 2022 über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie im Jahr 2022 [HFMV 22; SR 951.264] und die Kantonale Verordnung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 9 über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie im Jahr 2022 [Kantonale Härtefallverordnung 2022; BSG 901.113]). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach dem zeitlich anwendbaren Recht. – Vorbehältlich einer anderslautenden übergangsrechtlichen Regelung ist die Rechtmässigkeit einer Verfügung bzw. – sofern diese angefochten wird – eines Einspracheentscheids nach der Rechtslage im Zeitpunkt des Ergehens zu beurteilen. Später eingetretene Rechtsänderungen sind nur ausnahmsweise zu berücksichtigen, wenn zwingende Gründe für die sofortige Anwendung des neuen Rechts sprechen (BGE 144 II 326 E. 2.1.1, 139 II 243 E. 11.1, je mit Hinweisen; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 25 N. 8; vgl. auch BGE 148 V 162 E. 3.2.1 a.A. [betreffend Corona-Erwerbsersatz]).

#### **E. 2.4.1**

Der Einspracheentscheid erging hier am 28. Juli 2022 und damit zu einem Zeitpunkt, in dem aArt. 12 Covid-19-Gesetz noch in Kraft, die konkretisierenden (materiellen) Bestimmungen der Kantonalen Härtefallverordnung und der HFMV 20 indes weitgehend aufgehoben waren. Diese enthalten für derartige Konstellationen keine übergangsrechtlichen Regelungen. Die Vorinstanz hat deshalb hilfsweise auf die im Zeitpunkt der Verfügung des AWI vom 21. Juli 2021 geltenden Bestimmungen abgestellt (angefochtener Entscheid E. 1.2). Dies erscheint sachgerecht, änderte die Rechtslage zwischen dem 21. Juli und 31. Dezember 2021 doch soweit hier interessierend nicht mehr. Gemäss den Materialien ging der Regierungsrat sodann irrtümlich davon aus, dass alle erstinstanzlichen Verfahren bis Ende 2021 abgeschlossen sein würden (Vortrag der WEU zur Änderung der Kantonalen Härtefallverordnung vom 22.12.2021, S. 1, einsehbar unter: <www.rr.be.ch>, Rubriken «Beschlüsse/Sitzungen/2021/Regierungssitzung vom 22.12.2021/WEU-Einzelgeschäfte/2021.WEU.3753/Unterlagen»). Es dürfte sich also um ein Versehen handeln, dass er für noch hängige Verwaltungsverfahren keine übergangsrechtliche Regelung erliess.

#### **E. 2.4.2**

Vor diesem Hintergrund darf ohne Weiteres angenommen werden, dass der Regierungsrat in Kenntnis des noch hängigen Einspracheverfahrens eine Beurteilung der Einsprache nach altem Recht vorgesehen hätte. Dies umso mehr, weil die Kantonale Härtefallverordnung 2022 sowie die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 10 HFMV 22 nicht anwendbar sind, wenn – wie hier – Sofortunterstützung betreffend die Jahre 2020 und 2021 im Streit steht (vgl. Vortrag der WEU zur Kantonalen Härtefallverordnung 2022, S. 1 f., einsehbar unter: <www.rr.be.ch>, Rubriken «Beschlüsse/Sitzungen/2022/Regierungssitzung vom 23.2.2022/WEU-Einzelgeschäfte/2022.WEU.100/Unterlagen»; Erläuterungen der EFV zur HFMV 22, S. 2 f., einsehbar unter: <www.seco.admin.ch>, Rubriken «Das

SECO/Medienmitteilungen 2022/ 02.02.2022 Coronavirus: Bundesrat verabschiedet Härtefallverordnung 2022/Dokumente»). Hätte der Regierungsrat hingegen eine Weitergeltung der hier einschlägigen (materiellen) Bestimmungen der Kantonalen Härtefall- verordnung beschlossen, wären für die Bemessung der Sofortunterstützung weiterhin Umsatzeinbussen massgebend, die zwischen dem 1. Januar 2020 und 30. Juni 2021 entstanden sind (vgl. aArt. 5 Abs. 1bis HFMV 20 [Änderung vom 31.3.2021; AS 2021 184; in Kraft bis 31.12.2021]; zur Umsetzung dieser Bestimmung im Rahmen der Kantonalen Härtefallverordnung Vortrag WEU 5.5.2021, S. 3 [Erläuterungen zu Art. 15]; ferner Vortrag der WEU zur Ände- rung der Kantonalen Härtefallverordnung vom 30.6.2021, S. 2 [Erläuterun- gen zu Art. 9 und 12 Abs. 1a], einsehbar unter: <[www.rr.be.ch](http://www.rr.be.ch)>, Rubriken «Beschlüsse/Sitzungen/2021/Regierungssitzung vom 30.6.2021/WEU- Einzelgeschäfte/2021.WEU.37/Unterlagen»). Dem entspricht im Ergebnis auch der angefochtene Entscheid, weshalb er hinsichtlich der Frage nach dem zeitlich anwendbaren Recht nicht zu beanstanden ist.

### **E. 3**

Strittig ist die Höhe der auszurichtenden Sofortunterstützung.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin ist ein grosses Unternehmen im Sinn von aArt. 3 Abs. 5 Kantonale Härtefallverordnung. Für solche bemisst sich die Sofortunterstützung u.a. nach der Umsatzeinbusse, wie sie gestützt auf aArt. 9 Abs. 2 Bst. c Kantonale Härtefallverordnung zu ermitteln ist (vgl. aArt. 12a Abs. 1 Bst. a Kantonale Härtefallverordnung und vorne E. 2.3.2). Nach dieser Bestimmung muss das Unternehmen nachweisen, dass sein Umsatz in zwölf aufeinanderfolgenden Monaten im Zeitraum vom 1. Januar 2020 bis zum 30. Juni 2021 in Zusammenhang mit behördlich angeordneten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 11 Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie unter 60 % des Um- satzes gemäss aArt. 3 liegt (Nachweis einer Umsatzeinbusse von mehr als 40 %). aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung regelt den sog. massgebenden Umsatz eines Unternehmens. Als solcher gilt grundsätzlich der durchschnitt- liche Umsatz der Jahre 2018 und 2019 (Abs. 1 [BAG 20-139; in Kraft bis 31.12.2021]). Für Unternehmen, deren Geschäftsjahr sich nicht mit dem Ka- lenderjahr deckt, gilt als massgebender Umsatz der durchschnittliche Jah- resumsatz der letzten zwei Geschäftsjahre, die vor dem 1. März 2020 geen- det 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 der zwischen der Gründung und dem 29. Februar 2020 bzw. der zwischen der Gründung und dem 31. Dezember 2020 erwirt- schaftete Umsatz massgebend, jeweils berechnet auf zwölf Monate (Abs. 2 Bst. a bzw. b [BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021]). 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 die vorstehend genannten Fassungen von aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung gemeint).

#### **E. 3.2**

Grundsätzlich ist unbestritten, dass das Unternehmen der Beschwer- deführerin vor 2018 gegründet wurde und sich sein massgebender Umsatz daher nach aArt. 3 Abs. 1 bzw. 1a

Kantonale Härtefallverordnung bemessen würde. In den vorinstanzlichen Verfahren war jedoch im Wesentlichen strittig, wie aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung im Zusammenhang mit der Bemessung der Sofortunterstützung anzuwenden ist bzw. ob die mit dem Bergrestaurant B. \_\_\_\_\_, Restaurant C. \_\_\_\_\_ und Alpinhotel D. \_\_\_\_\_ zwischen Juni 2019 und 31. Dezember 2020 erzielten Umsätze als massgebende Umsätze im Sinn von aArt. 3 Abs. 2 bzw. 3 Kantonale Härtefallverordnung gelten und bei der Bemessung der Umsatzeinbusse bzw. der Sofortunterstützung zu berücksichtigen sind:

### **E. 3.2.1**

Das AWI hatte der Beschwerdeführerin im Gesuchsverfahren mitgeteilt, das Restaurant C. \_\_\_\_\_ könne «nicht als Neugründung angerechnet werden». Da so der Umsatzrückgang für das Gesamtunternehmen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 12 nicht erreicht werde, könne «die Härtefallunterstützung bloss für die Sparte Gastronomie / Restaurant geprüft werden» (Vorakten AWI [act 4B] pag. 169; zur Voraussetzung der Umsatzeinbusse von mehr als 40 % vorne E. 2.3.2, 3.1). Hierauf gab die Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch ergänzend an, dass das Unternehmen mehrere Tätigkeitsbereiche aufweise, die durch Spartenrechnung abgegrenzt seien (vorne Bst. A; Vorakten AWI [act. 4B] pag. 166 [im Vergleich dazu das ursprüngliche Gesuch ohne entsprechenden Hinweis, pag. 46]). Sowohl im Gesuchs- als auch im Einspracheverfahren reichte sie weitere Unterlagen nach, so etwa den Auszug aus einer Jahresrechnung, enthaltend Zahlen der Erfolgsrechnungen 2017/2018 und 2018/2019 (Vorakten AWI [act. 4B] pag. 175-187, 251-349, 369-403, auch zum Folgenden). Darin hat die Beschwerdeführerin ihre Erträge und Aufwände nach den einzelnen Betrieben aufgeschlüsselt (pag. 283-311). Weiter finden sich in den Akten diverse Tabellen; so etwa eine Tabelle «Total nach Sparten» mit Angaben zu den 2018-2021 erzielten Umsätzen, welche die Beschwerdeführerin wie folgt aufgeteilt hat: «Restauration reine Restaurantbetriebe (F. \_\_\_\_\_, G. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_, I. \_\_\_\_\_, J. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_, L. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_)», «Restauration in Hotelbetrieben (M. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_, N. \_\_\_\_\_, O. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_)», «Beherbergung Hotel (M. \_\_\_\_\_, N. \_\_\_\_\_, O. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_)», «Beherbergung Gruppenunterkünfte, Massenzimmer, Mehrbettzimmer (P. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_)», «Catering, Frühstück & Schulklassenverpflegung (P. \_\_\_\_\_)» sowie «C. \_\_\_\_\_ Aufrechnung» (pag. 313-345, 369-399, 445-473).

### **E. 3.2.2**

In der Folge stellte das AWI aber auf die Aufteilung nach Betrieben ab und sprach der Beschwerdeführerin auch für jene Hotels (mit oder ohne Restaurant) Sofortunterstützung zu, die eine Umsatzeinbusse von mehr als 40 % erlitten hatten. Hingegen verweigerte es Sofortunterstützung für ein (behördlich geschlossenes) Restaurant, da dieses eine Umsatzeinbusse von weniger als 40 % erlitten hatte (so für das J. \_\_\_\_\_; Vorakten AWI [act. 4B] pag. 409-419, 483-529). Die Vorinstanz hat dieses Vorgehen im Ergebnis nicht beanstandet und erwogen, der Entscheidung des AWI, die «beantragte Spartenberechnung» der Beschwerdeführerin zu akzeptieren, erscheine «wohlwollend». Sämtliche Betriebe der Beschwerdeführerin seien «Gastgewerbebetriebe», weshalb nicht gesagt werden könne, sie sei «in

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 13 verschiedenen Branchen tätig». Zwar betreibe die Beschwerdeführerin Restaurants und Hotels, welche als Beispiele für eine zulässige Spartenrechnung genannt würden. Die vorliegende Spartenrechnung erfolge jedoch nicht entlang der Trennlinie zwischen Hotels und Restaurants, sondern zwischen den einzelnen Betrieben der Beschwerdeführerin. Bei einem Teil dieser Betriebe handle es sich aber wiederum um Hotels mit Restaurant. An dieser Stelle solle jedoch der «für die Beschwerdeführerin günstige Entscheidung des AWI nicht weiter hinterfragt werden» (angefochtener Entscheid E. 4.4.1). Mit Blick auf das Gründungsdatum und die Geschäftsperioden der Beschwerdeführerin ist die Vorinstanz mit dem AWI davon ausgegangen, der massgebende Umsatz bestimme sich nach aArt. 3 Abs. 1a Kantonale Härtefallverordnung, also anhand der Jahresrechnungen 2017/2018 und 2018/2019. Da die Beschwerdeführerin mit dem Bergrestaurant B.\_\_\_\_\_, dem Restaurant C.\_\_\_\_\_ und dem Alpinhotel D.\_\_\_\_\_ im entsprechenden Zeitraum vom 1.6.2017-31.5.2019 keine Umsätze erzielt habe, habe das AWI den massgebenden Umsatz zu Recht auf jeweils Fr. 0.-- beziffert. Für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise bleibe kein Raum, da nach dem 1. Oktober 2020 weder die Rechtsform geändert habe noch Teile des Unternehmens in eine Auffanggesellschaft übertragen worden seien. Eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots oder des Willkürverbots sei nicht auszumachen. Auch liege keine Gesetzeslücke vor, die zu füllen wäre (angefochtener Entscheid E. 4.5, 5.1; zu Gründungsdatum und Geschäftsperioden der Beschwerdeführerin auch Vorakten AWI [act. 4B] pag. 53, 131, 185). Zusammenfassend berechnete die WEU die Sofortunterstützung, abgesehen von der E.\_\_\_\_\_, wie bereits das AWI im Einspracheentscheid vom 28. Juli 2022 (Vorakten AWI [act. 4B] pag. 515 ff., 517) wie folgt:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 14 Tätigkeitsbereich Betrieb Beherbergung Gastronomie Sofortunterstützung [Fr.]  
P.\_\_\_\_\_ x 87'189.-- Berghotel M.\_\_\_\_\_ x x 53'684.-- E.\_\_\_\_\_ x x 37'823.--  
Berghaus F.\_\_\_\_\_ x 259'617.-- Rest. & Pub G.\_\_\_\_\_ x 113'946.-- Berghaus  
I.\_\_\_\_\_ x x 124'251.-- Rest. H.\_\_\_\_\_ x x 28'547.-- N.\_\_\_\_\_ x x 0.-- J.\_\_\_\_\_  
x 0.-- K.\_\_\_\_\_ x 132'950.-- Panoramarest. Q.\_\_\_\_\_ x 114'967.-- Hotel O.\_\_\_\_\_  
x x 0.-- Bergrest. B.\_\_\_\_\_ x 0.-- Alpinhotel D.\_\_\_\_\_ x x 0.-- Rest. C.\_\_\_\_\_ x x  
0.-- Total 952'974.--

### **E. 3.2.3**

Dem hält die Beschwerdeführerin nun entgegen, die massgebenden Umsätze seien nach Sparten zu bemessen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten Unternehmen, die noch nicht seit zwei Jahren Umsatz generierten, unabhängig von ihrem formellen Gründungsdatum Sofortunterstützung erhalten können. Vor diesem Hintergrund sei aArt. 3 Abs. 2 Kantonale Härtefallverordnung entgegen dessen klaren Wortlaut entsprechend auszu-legen bzw. zu verstehen. Gleiches gelte für ein Unternehmen, das in einer Sparte eine Umsatzeinbusse erlitten und die betreffende Tätigkeit erst nach dem 1. Januar 2018 aufgenommen habe, ansonsten sich keine zuverlässige Aussage über den Umsatzrückgang der Beschwerdeführerin machen lasse (Beschwerde Rz. 35-43, 46). Die massgebenden Umsätze des Restaurants C.\_\_\_\_\_ und des Bergrestaurants B.\_\_\_\_\_ seien demzufolge nach aArt. 3 Abs. 2 Bst. a und jener des Alpinhotels D.\_\_\_\_\_ nach aArt. 3 Abs. 3 Kantonale Härtefallverordnung zu bemessen (Beschwerde Rz. 47- 52).

### **E. 3.3**

Zu den Einwänden der Beschwerdeführerin ist vorab Folgendes zu bemerken:

### **E. 3.3.1**

Gemäss aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung (Änderung vom 5.5.2021 [BAG 21-041]; in Kraft bis 31.12.2021; wo im Folgenden nicht an-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 15 ders angegeben, ist diese Fassung gemeint) können Unternehmen, deren Tätigkeitsbereiche durch Spartenrechnung klar abgegrenzt werden, beantragen, dass u.a. die Anforderungen nach aArt. 9 Abs. 2 Bst. c und aArt. 12a für einzelne oder mehrere Sparten separat beurteilt werden. Daraus folgt, dass es genügen kann, den Nachweis einer Umsatzeinbusse von mehr als 40 % bloss für eine oder mehrere Sparten zu erbringen (vgl. auch Erläuterungen der EFV zur Änderung der HFMV 20 vom 18.12.2020, S. 1 [Erläuterungen zu Art. 2a], 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» [nachfolgend Erläuterungen EFV 18.12.2020]; Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 4 [Erläuterungen zu Art. 2a]; zum Regelungsgehalt von aArt. 9 Abs. 2 Bst. c und aArt. 12a Kantonale Härtefallverordnung vorne E. 2.3.2, 3.1). In diesem Sinn verweist aArt. 2a auf aArt. 12a, der in Abs. 1 Bst. a auf aArt. 9 Abs. 2 Bst. c und dieser wiederum auf aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung verweist. Für die separate Bemessung der Umsatzeinbusse ist demgemäss auch der massgebende Umsatz der jeweiligen Sparte separat zu ermitteln, wie die Beschwerdeführerin an sich zutreffend vorbringt. Ähnlich verhält es sich, wenn ein (grosses) Unternehmen teilweise schliessen musste: Liess sich der geschlossene Bereich im Sinn von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung klar von den übrigen Tätigkeitsbereichen abgrenzen, konnte das Unternehmen beantragen, dass die Schliessung je Sparte separat beurteilt wird (vgl. aArt. 4a Kantonale Härtefallverordnung sowie den insofern etwas klareren aArt. 5b Abs. 2 i.V.m. aArt. 2a HFMV 20 [jeweilige Änderung vom 31.3.2021; AS 2021 184; in Kraft bis 31.12.2021; wo im Folgenden nicht anders angegeben, ist jeweils die soeben genannte Fassung gemeint]; zur Massgeblichkeit des Bundesrechts vorne E. 2.2). Das Unternehmen konnte mithin zum Härtefallprogramm zugelassen werden, auch wenn es eine Umsatzeinbusse von weniger als 40 % erlitt (vgl. etwa AB N 2020 S. 2561 [Votum Paganini]; AB N 2021 S. 229, 233 [Voten Bundesrat Maurer; Regazzi]). Konsequenterweise musste dann aber der a-fonds-perdu-Beitrag auf die geschlossene Sparte beschränkt bleiben, so wie sich auch die prozentualen Höchstgrenzen für Härtefallhilfen nach dem Spartenumsatz bestimmten (wohingegen sich die in diesen Bestimmungen genannten nominellen Obergrenzen auf die gesamte Unternehmung bezogen; zum Ganzen Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 4 f. [Erläuterungen zu Art. 2a], 7

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 16 [Erläuterungen zu Art. 5], 10 f. [Erläuterungen zu Art. 8a], 12 ff. [Erläuterungen zu Art. 8c und 8d], 22 [Berechnungsbeispiele für Höchstgrenzen bei Unternehmen mit Spartenrechnungen]; zu den prozentualen Höchstgrenzen aArt. 12 Abs. 1 [Änderung vom 5.5.2021; BAG 21-041; in Kraft bis 31.12.2021], 1a [Änderung vom 30.6.2021; BAG 21-055; in Kraft bis 31.12.2021], 1c [BAG 21-055; in Kraft vom 1.7. bis 31.12.2021] und aArt. 12a Abs. 4 f. [BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021] Kantonale Härtefallverordnung sowie aArt. 8a, 8c und 8d HFMV 20 [AS 2021 184, 356; in Kraft vom 1.4. bzw. 19.6. bis 31.12.2021]). Bei der Ermittlung der Umsatzeinbusse bzw. des massgebenden (Sparten-)Umsatzes zwecks Bemessung der Sozialunterstützung kam damit wiederum

aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung zum Tragen (vgl. aArt. 4a Kantonale Härtefallverordnung sowie den in- sofern etwas klareren aArt. 5b Abs. 2 i.V.m. aArt. 2a HF MV 20; Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 5 [Erläuterungen zu Art. 2a], 9 [Erläuterungen zu Art. 5b]; zur Massgeblichkeit des Bundesrechts bei grossen Unternehmen vorne E. 2.2 und zur Pflicht der Unternehmen, eine Umsatzeinbusse auch im Fall einer [Teil-]Schliessung nachzuweisen, vorne E. 2.3.2).

### **E. 3.3.2**

Die Verfahrensbeteiligten scheinen davon auszugehen, dass die streitbetroffenen Betriebe Bergrestaurant B.\_\_\_\_\_, Restaurant C.\_\_\_\_\_ und Alpinhotel D.\_\_\_\_\_ je als Sparte im Sinn von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung gelten und die von der Beschwerdeführerin eingereichten Auszüge aus den Jahresrechnungen (vorne E. 3.2.1) Spartenrechnungen im Sinn von aArt. 2a bzw. Spartenaufteilungen nach aArt. 12c Abs. 1 Bst. d Kantonale Härtefallverordnung (BAG 21-041; in Kraft vom 6.5. bis 31.12.2021; wo im Folgenden nicht anders angegeben, ist diese Fassung gemeint) darstellen. Die strittige Höhe der Sofortunterstützung hängt entscheidend davon ab, ob diese Sichtweise geteilt werden kann (in diesem Sinn wohl auch angefochtener Entscheid E. 4.4.1, entsprechend wiedergegeben vorne in E. 3.2.2) oder aber ein davon abweichendes Verständnis des Sparten-Begriffs zugrunde zu legen ist. Wie der in aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung verwendete Begriff «Sparte» zu verstehen ist, berührt damit – entgegen der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Rz. 26-28) – den Streitgegenstand als solchen. Die Frage ist deshalb im Folgenden von Amtes wegen zu prüfen, ohne dass damit eine Erweiterung des Streitgegenstands einhergeht (Art. 17 Abs. 3 Kantonale

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 17 Härtefallverordnung i.V.m. Art. 20a Abs. 1 VRPG; Michel Daum, a.a.O., Art. 20a N. 22).

### **E. 4**

Was als Sparte im Sinn von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung gilt, ist durch Auslegung zu ermitteln.

#### **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**

Im Rahmen der Auslegung erscheint zunächst bedeutsam, dass die bundesrechtlichen Vorgaben bezüglich grosser Unternehmen für die Kantone grundsätzlich verbindlich sind (vorne E. 2.2). In Bezug auf den Kanton Bern finden sich keine Hinweise darauf, dass er für grosse Unternehmen rein kantonale Härtefallmassnahmen erlassen und insoweit auf

Bundesbeiträge verzichten wollte. Im Gegenteil ging der Regierungsrat davon aus, dass der Kanton Bern die bundesrechtlichen Bestimmungen für grosse Unternehmen zwingend in kantonales Recht überführen muss (Vortrag WEU 5.5.2021, S. 1). Die bundesrechtlichen Vorgaben und die dazugehörigen Materialien sind daher bei der nachfolgenden Auslegung entsprechend mit zu berücksichtigen.

### E. 4.3

Sowohl aus dem deutschen als auch aus dem französischen Wortlaut von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung folgt, dass die Sparten nach Tä-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 18 tigkeitenbereichen zu bilden und damit die beiden Begriffe synonym zu verstehen sind: Art. 2a Spartenrechnung Unternehmen, deren Tätigkeitsbereiche durch Spartenrechnung klar abgegrenzt werden, können beantragen, dass die Anforderungen gemäss den Artikeln 4, 6 Absatz 1 Buchstaben a und b, 7 Absatz 1 Buchstabe a, 9 Absatz 2 Buchstaben b und c, 10 Absatz 1 Buchstabe d, 12 Absätze 1 und 1a sowie 12a für einzelne oder mehrere Sparten separat beurteilt werden, sofern die betroffenen Sparten zusammen mehr als 25 Prozent des gemäss Artikel 3 berechneten Unternehmensumsatzes ausmachen. Art. 2a Comptabilité par secteur Les entreprises dont les domaines d'activité sont clairement délimités au moyen d'une comptabilité par secteur peuvent demander que le respect des exigences énoncées aux articles 4, 6, alinéa 1, lettres a et b, 7, alinéa 1, lettre a, 9, alinéa 2, lettres b et c, 10, alinéa 1, lettre d, 12, alinéas 1 et 1a ainsi que 12a soit vérifié séparément pour certains ou plusieurs de leurs secteurs, pour autant que les secteurs concernés pris ensemble représentent plus de 25 pour cent du chiffre d'affaires de l'entreprise calculé conformément à l'article 3. Gleiches ergibt sich aus den bundesrechtlichen Vorgaben gemäss aArt. 12 Abs. 2ter Covid-19-Gesetz (AS 2020 S. 5821; in Kraft vom 19.12.2020 bis 31.12.2022; wo im Folgenden nicht anders angegeben, ist diese Fassung gemeint) und aArt. 2a HFMV 20, welchen aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung weitgehend entspricht. Nach aArt. 12 Abs. 2ter Covid-19-Gesetz muss es ermöglicht werden, verschiedene Arten von Beihilfen zu gewähren, sofern die Tätigkeiten eines Unternehmens klar abgegrenzt sind und es keine Überlappungen gibt (« Si les activités d'une entreprise sont clairement délimitées [...] »; « Se le attività di un'impresa sono chiaramente distinte [...] »). Der Begriff «Sparte» ist bundesrechtlich zwar nicht auf Gesetzesstufe, so aber in aArt. 2a HFMV 20 verankert. Dieser lautet wie folgt: Art. 2a Unternehmen mit klar abgrenzbaren Tätigkeitsbereichen Unternehmen, deren Tätigkeitsbereiche mittels Spartenrechnung klar abgegrenzt werden, können beantragen, dass die Anforderungen nach den Artikeln 3 Absatz 1 Buchstabe c, 4 Absatz 1 Buchstabe c, 5, 5a und 8–8c je Sparte separat beurteilt werden. Art. 2a Entreprises dont les domaines d'activité sont clairement délimités Les entreprises dont les domaines d'activité sont clairement délimités au moyen d'une comptabilité par secteur peuvent demander que le respect des exigences énoncées aux art. 3, al. 1, let. c, 4, al. 1, let. c, 5, 5a et 8 à 8c soit vérifié séparément pour chaque secteur.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 19 Art. 2a Imprese con settori di attività chiaramente delimitabili Le imprese i cui settori di attività sono chiaramente delimitabili mediante una contabilità per settore possono chiedere che i requisiti di cui agli articoli 3 capoverso 1 lettera c, 4 capoverso 1 lettera c, 5, 5a e 8–8c siano valutati separatamente per ogni settore. Insbesondere der italienische Wortlaut von aArt. 2a HFMV 20 verdeutlicht, dass die Begriffe «Tätigkeitsbereiche» (« settori di attività ») und «Sparte» (« settore ») auch auf Bundesebene synonym zu verstehen sind.

#### **E. 4.4**

Die vorab in aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung und HFMV 20 verwendeten Begriffe «Sparte» bzw. «Tätigkeitsbereiche» werden weder von diesen Erlassen noch von aArt. 12 Abs. 2ter Covid-19-Gesetz definiert. Aus den Materialien geht jedoch klar hervor, dass sie unter Berücksichtigung von aArt. 12 Abs. 2bis Covid-19-Gesetz (AS 2020 S. 5821; in Kraft vom 19.12.2020 bis 31.12.2022) und aArt. 4 Abs. 1 Bst. c HFMV 20 (AS 2021 8; in Kraft vom 14.1. bis 31.12.2021) bzw. aArt. 9 Abs. 2 Bst. b Kantonale Härtefallverordnung (BAG 21-003; in Kraft vom 18.1. bis 31.12.2021; wo im Folgenden nicht anders angegeben, sind jeweils die soeben genannten Fassungen gemeint) zu konkretisieren sind. Die Spezialregelung für Unternehmen mit klar abgrenzbaren Tätigkeitsbereichen (bzw. Sparten) ist vor dem Hintergrund zu verorten, dass der Gesetzgeber Doppelsubventionierungen verhindern wollte. Vom Bezug von Härtefallhilfen ausgeschlossen werden sollen jene Unternehmen, die Anspruch auf branchenspezifische Covid-19-Finanzhilfen des Bundes in den Bereichen Kultur, Sport, öffentlicher Verkehr oder Medien haben (dazu und zum Folgenden AB N 2020 S. 2135 f. [Voten Ryser, Grossen], 2138 f. [Voten Regazzi, Friedli]; Erläuterungen EFV 18.12.2020, S. 1 [Erläuterungen zu Art. 2a]; Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 4 f. [Erläuterungen zu Art. 2a], 7 [Erläuterungen zu Art. 4]; Vortrag der WEU zur Änderung der Kantonalen Härtefallverordnung vom 15.1.2021, S. 2 [Erläuterungen zu Art. 2a], 3 [Erläuterungen zu Art. 4a], einsehbar unter: <[www.rr.be.ch](http://www.rr.be.ch)>, Rubriken «Beschlüsse/Sitzungen/2021/Regierungssitzung vom 15.1.2021/WEU-Einzelgeschäfte/2021.WEU.7/Unterlagen» [nachfolgend Vortrag WEU 15.1.2021]; Vortrag der WEU zur Änderung der Kantonalen Härtefallverordnung vom 3.2.2021, S. 2 [Erläuterungen zu Art. 2a]; Vortrag WEU 7.4.2021, S. 2 [Erläuterungen zu Art. 4a]; zum Doppelsubventionsverbot ferner Erläuterungen EFV 4.11.2020, S. 4 [Erläuterungen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 20 zu Art. 4]; Vortrag WEU 18.12.2020, S. 7 [Erläuterungen zu Art. 9]). Problematisch kann der Ausschluss aber für Unternehmen sein, die auch in Bereichen tätig sind, für welche ein Unternehmen keine derartigen Covid-19-Finanzhilfen beanspruchen kann (z.B. Restaurationsbetrieb mit Kulturbühne oder Reiseveranstalter, das im regionalen Personenverkehr tätig ist und gleichzeitig Ausflugsfahrten anbietet). Das Parlament hat aArt. 12 Covid-19-Gesetz deshalb mit Abs. 2ter ergänzt.

#### **E. 4.5**

Als Sparten im Sinn von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung gelten mithin grundsätzlich Tätigkeitsbereiche, für die das Unternehmen keine branchenspezifischen Covid-19-Finanzhilfen des Bundes erhalten könnte. Will ein Unternehmen solche Sparten gestützt auf aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung separat beurteilen lassen, hat es sie klar von den übrigen, in aArt. 9 Abs. 2 Bst. b Kantonale Härtefallverordnung genannten Bereichen abzugrenzen (insoweit gleich die verbindlichen bundesrechtlichen Vorgaben gemäss aArt. 12 Abs. 2bis Covid-19-Gesetz und aArt. 4 Abs. 1 Bst. c HFMV 20). Entsprechendes gilt, wenn ein Unternehmen teilweise in Bereichen tätig ist, die zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vorübergehend behördlich geschlossen waren. Gemäss aArt. 5b Abs. 2 HFMV 20 können Unternehmen mit klar abgrenzbaren Tätigkeitsbereichen nach aArt. 2a beantragen, dass die Schliessung je Sparte beurteilt wird («dont les domaines d'activité sont clairement délimités selon l'art. 2a peuvent demander

que la fermeture soit vérifiée par secteur »; « con settori di attività chiaramente delimitabili secondo l'articolo 2a possono chiedere che la chiusura sia valutata per ogni settore »). Der betroffene Unternehmensteil muss indes für sich alleine als behördlich geschlossen gelten, damit das Unternehmen insoweit vom Nachweis der Umsatzeinbusse entbunden ist (Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 9 [Erläuterungen zu Art. 5b]). Andernfalls liegt kein klar abgrenzbarer Tätigkeitsbereich im Sinn von aArt. 2a HFMV 20 vor. Hiervon ist auch im Anwendungsbereich von aArt. 2a und 4a Kantonale Härtefallverordnung auszugehen, zumal sich in Bezug auf Teilschliessungen von grossen Unternehmen weder aus aArt. 5b Abs. 2 HFMV 20 noch den Materialien ein Regelungsspielraum der Kantone ableiten lässt (von daher möglicherweise missverständlich Vortrag WEU 15.1.2021, S. 3 [Erläuterungen zu Art. 4a], wo die Wendung «Unternehmen, die mehrere Sparten (Betriebe) führen» zum Fehlschluss verleiten könnte, «Betrieb» sei umgangssprachlich Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 21 und damit abweichend vom [bundesrechtlichen] Begriff «Tätigkeitsbereiche» zu verstehen).

#### **E. 4.6**

In formeller Hinsicht setzt aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung voraus, dass die Unternehmen ihre Tätigkeitsbereiche mittels Spartenrechnung klar voneinander abgrenzen (« domaines d'activité sont clairement délimités au moyen d'une comptabilité par secteur »). Insofern normiert aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung – wie auch aArt. 2a HFMV 20 – eine verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht (vgl. auch Art. 20 VRPG). Wohl ist es einem Unternehmen mit mehreren Betrieben nicht grundsätzlich verwehrt, für sämtliche Betriebe je eine Sparte zu bilden. Für eine separate Beurteilung nach aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung hat es jedoch – allenfalls betriebsübergreifend – eine Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche nach den soeben dargelegten Kriterien vorzunehmen. Die Kantone sind entsprechend gehalten, eine Spartenrechnung gemäss den bundesrechtlichen Vorgaben zu verlangen – eine reine Selbstdeklaration genügt hier nicht (aArt. 8f Bst. d HFMV 20 [AS 2021 184; in Kraft vom 1.4. bis 31.12.2021]; Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 14 [Erläuterungen zu Art. 8f], 18 [Erläuterungen zu Art. 18]; s. auch aArt. 12c Abs. 1 Bst. d Kantonale Härtefallverordnung und vorne E. 2.3.2).

#### **E. 4.7**

Zusammenfassend sind als Sparten im Sinn von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung jene Tätigkeitsbereiche eines Unternehmens anzusehen, für die dieses keine branchenspezifischen Covid-19-Finanzhilfen des Bundes beanspruchen könnte oder die für sich allein als behördlich geschlossen galten (vorne E. 4.4 f.). Beantragt ein grosses Unternehmen gestützt auf aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung eine separate Beurteilung einzelner Tätigkeitsbereiche, hat es diese mittels Spartenrechnung im Sinn von aArt. 2a bzw. Spartenaufteilung nach aArt. 12c Abs. 1 Bst. d Kantonale Härtefallverordnung klar von den übrigen (nicht unterstützungsberechtigten) Tätigkeitsbereichen abzugrenzen (E. 4.6 hiervoor). Die bundesrechtlichen Vorgaben gemäss HFMV 20 sind von den zuständigen kantonalen Behörden zu beachten. Auch zur Vermeidung von Doppelsubventionierungen und zur Verhinderung von Missbräuchen ist aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung entsprechend eng auszulegen (zum nämlichen Zweck von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung vorne E. 4.3 bzw. zur nämlichen Pflicht der Kan-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 22 tone Art. 11 Abs. 1 Bst. c HFMV 20; Erläuterungen EFV 31.3.2021, S. 16 [Erläuterungen zu Art. 11]). Von einer Spartenrechnung bzw. -aufteilung im härtefallrechtlichen Sinn lässt sich bei einem teilgeschlossenen grossen Unternehmen daher nur sprechen, wenn es darin ausschliesslich die geschlossenen Bereiche dokumentiert und diese dadurch klar von den übrigen, nicht von einer Schliessung betroffenen Tätigkeitsbereichen abgrenzt.

## **E. 5**

Unter Berücksichtigung des soeben Ausgeführten bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dass die streitbetroffenen Betriebe Bergrestaurant B.\_\_\_\_\_, Restaurant C.\_\_\_\_\_ und Alpinhotel D.\_\_\_\_\_ für sich allein Sparten im Sinn von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung darstellen.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz stellte fest, dass die Betriebe der Beschwerdeführerin allesamt Gastgewerbebetriebe seien, weshalb nicht gesagt werden könne, sie sei in verschiedenen Bereichen tätig (angefochtener Entscheid E. 4.4.1; vgl. vorne E. 3.2.2). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Beschwerdeführerin betreibt unstreitig im Rahmen von Pachtverhältnissen mehrere Restaurants und Hotels (mit oder ohne Restaurant). Restaurants, die nicht nur Hotelgästen zur Verfügung standen, waren im Gegensatz zu Hotels (mit oder ohne Restaurant) von einer Schliessung im Sinn von aArt. 4a Kantonale Härtefallverordnung bzw. aArt. 5b HFMV 20 betroffen (vgl. Art. 1 und insb. Art. 5a der [ersten] Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [erste Covid-19-Verordnung besondere Lage; AS 2020 S. 2213; in Kraft bis 25.6.2021]; Änderung vom 18.12.2020; in Kraft vom 22.12.2020 bis 31.5.2021 [AS 2020 S. 5813; AS 2021 6, 110, 157, 213]). In härtefallrechtlicher Hinsicht stellt die Beschwerdeführerin damit ein grosses Unternehmen mit verschiedenen Tätigkeitsbereichen im Sinn von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung dar.

### **E. 5.2**

Daran vermag entgegen der Vorinstanz (angefochtener Entscheid E. 4.4.1, auch zum Folgenden) nichts zu ändern, dass die Spartenrechnung der Beschwerdeführerin nicht entlang der Trennlinie zwischen Hotels und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 23 Restaurants erfolgte, sondern zwischen den einzelnen Betrieben. Wohl war die Beschwerdeführerin verpflichtet, eine Spartenrechnung bzw. Spartenaufteilung zu erstellen und einzureichen. Hierbei stand es ihr jedoch nicht frei, beliebig Sparten (nach Betrieben) zu bilden (vorne E. 4.6). Die Vorinstanz ging demnach zu Unrecht davon aus, dass das zuständige AWI die von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen als Spartenrechnungen im Sinn von aArt. 2a bzw. als Spartenaufteilungen nach aArt. 12c Abs. 1 Bst. d Kantonale Härtefallverordnung entgegennehmen durfte, selbst wenn dies der Beschwerdeführerin zugutekam. So können gerade auch das streitbetroffene Bergrestaurant B.\_\_\_\_\_, Restaurant C.\_\_\_\_\_ und Alpinhotel D.\_\_\_\_\_ nicht je für sich allein als Sparten im härtefallrechtlichen Sinn verstanden werden.

### **E. 5.3**

Soweit die Vorinstanz davon ausging, die (streitbetroffenen) Betriebe der Beschwerdeführerin gälten als Sparten im härtefallrechtlichen Sinn, erweist sich der angefochtene Entscheid somit als rechtsfehlerhaft. Es ist nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, als erste Instanz die Sparten der Beschwerdeführerin entsprechend den rechtlichen Vorgaben zu bilden und die Sofortunterstützung bezüglich der von einer Schliessung betroffenen Sparte(n) neu zu bemessen. Die Sache ist zu diesem Zweck im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen, der es unbenommen bleibt, die Streitigkeit ihrerseits an das AWI zurückzuweisen (Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 9). Im Rahmen der neuen Beurteilung wird insbesondere mit Blick auf die Disco im Restaurant & Pub G.\_\_\_\_\_ zunächst zu prüfen sein, welche Sparten zu bilden sind. Die von einer behördlichen Schliessung betroffenen Tätigkeitsbereiche werden sodann unter Mitwirkung der Beschwerdeführerin von den übrigen Tätigkeitsbereichen abzugrenzen sein, allenfalls gestützt auf die von der Beschwerdeführerin bereits eingereichten Unterlagen (hierzu vorne E. 3.2.1; zu den Tätigkeitsbereichen vorne E. 3.2.2). Die entsprechenden Spartenrechnungen bzw. -aufteilungen dürfen nur Umsätze der für sich allein behördlich geschlossenen Tätigkeitsbereiche enthalten, andernfalls es an einer klaren Abgrenzung im Sinn von aArt. 2a Kantonale Härtefallverordnung fehlt. Liegen in diesem Sinn rechtskonforme Spartenrechnungen bzw. -aufteilungen vor, wird die Vorinstanz anhand dieser die Höhe der Sofortunterstützung für die behördlich geschlossenen Tätigkeitsbereiche nach

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 24 aArt. 12a Kantonale Härtefallverordnung neu zu bemessen haben (vorne E. 3.3.1). Hierbei wird auch abzuklären sein, inwieweit die Anwendung von aArt. 3 Kantonale Härtefallverordnung überhaupt noch umstritten ist. Schliesslich wird bei der neuen Festsetzung der Sofortunterstützung gegebenenfalls zu beachten sein, dass die Beschwerdeführerin gemäss dem auch im weiteren Verfahren geltenden Verschlechterungsverbot (vgl. Art. 84 Abs. 2 VRPG) nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn das Verwaltungsgericht ihre Beschwerde abgewiesen hätte (BVR 2016 S. 261 E. 4.8, 2010 S. 169 E. 4.1; VGE 2014/284/285 vom 30.6.2015 E. 3.5; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 84 N. 21 ff.).

### **E. 6.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen nur teilweise durch. Sie hat auch im Kostenpunkt als nur teilweise obsiegend zu gelten, da nach dem Gesagten kaum davon auszugehen ist, dass die infolge Rückweisung vorzunehmende Neubemessung der Sofortunterstützung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann. Nur in diesem Fall wäre nach der Praxis des Verwaltungsgerichts im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen (BVR 2020 S. 455 E. 5.1, 2016 S. 222 E. 4.1; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 6). Unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigt es sich, die Beschwerdeführerin für die Kostenverlegung als zur Hälfte obsiegend zu betrachten. Die Kosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind ihr damit zur Hälfte aufzuerlegen, während der Kanton Bern (WEU) keine Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Dieser hat der Beschwerdeführerin jedoch die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten zur Hälfte zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht für das Verfahren vor Verwaltungsgericht

ein Honorar von Fr. 11'800.-- geltend (zzgl. Auslagen und MWSt; vgl. Kostennote vom 15.8.2023, act. 6A1). Gemäss Art. 41 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostensatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.--

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 25 bis 11'800.-- pro Instanz, zuzüglich allfälliger Zuschläge nach Art. 11 Abs. 2 und Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV, wobei sich der Parteikostensatz innerhalb dieses Rahmentarifs nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses bemisst (Art. 41 Abs. 3 KAG). Das geltend gemachte Honorar erscheint im Licht dieser Kriterien als deutlich überhöht. Wohl ist die Bedeutung der Streitsache gemessen am Streitwert eher überdurchschnittlich. Indes standen in rechtlicher Hinsicht keine Fragestellungen von hoher Komplexität zur Diskussion. Es war daher kein überdurchschnittlicher Zeitaufwand geboten, zumal die zu sichtenden Akten von durchschnittlichem Umfang sind und sich die Instruktion in einem einfachen Schriftenwechsel erschöpfte. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint deshalb ein Honorar von Fr. 7'000.-- angemessen, zzgl. Auslagen von Fr. 80.--, ausmachend total Fr. 7'080.--. Hier von hat der Kanton Bern (WEU) die Hälfte zu ersetzen. Da die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist (vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <[www.uid.admin.ch](http://www.uid.admin.ch)>), ist bei der Festlegung ihres Parteikostensatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6).

## **E. 6.2**

Die aufgrund des vorliegenden Rückweisungsentscheids erneut mit der Angelegenheit befasste WEU wird die im vorinstanzlichen Verfahren entstandenen Kosten gemäss dem Ausgang der Neuprüfung verlegen (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 7)

## **E. 7**

Rückweisungsentscheide wie der vorliegende gelten nach der Regelung des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) als Zwischenentscheide. Sie können nur unter einer der (zusätzlichen) Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG mit dem in der Hauptsache zur Verfügung stehenden Rechtsmittel selbständig angefochten werden (statt vieler BGE 144 V 280 E. 1.2, 134 II 124 E. 1.3). Insoweit ist Art. 83 Bst. k BGG zu beachten, wonach die Beschwerde an das Bundesgericht unzulässig ist, wenn sie sich gegen Entscheide betreffend Subventionen richtet, auf die kein Anspruch besteht. Der strittige Beitrag

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 09.10.2023, Nr. 100.2023.79U, Seite 26 stellt wohl keine Anspruchssubvention dar (BGer 2C\_8/2022 vom 28.9.2022, in SJZ 2023 S. 156 E. 1.3.4 und 1.4; betreffend grosse Unternehmen auch BGer 2C\_757/2022 vom 4.5.2023 E. 1.3.4 mit Hinweis; ferner vorne E. 2.3.3). 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 (vgl. Art. 116 BGG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

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