



Fall-Nr.: B 2021/227
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.07.2022
Entscheiddatum: 05.04.2022

Entscheid Verwaltungsgericht, 05.04.2022

Finanzielle Unterstützung im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie, Art. 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (SR 951.262), Art. 3 Abs. 1 lit. e und f des Gesetzes über die wirtschaftliche Unterstützung von Unternehmen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (sGS 571.3). Im Hinblick auf die gesetzgeberische Zielsetzung, lediglich profitablen und überlebensfähigen Unternehmen nicht rückzahlbarer Beiträge auszurichten, erweisen sich die Kriterien, der Überschuldung und Überlebensfähigkeit im Grundsatz als zielgerichtet und sinnvoll. Der Fokus bei der Überlebensfähigkeit liegt dabei auf der Profitabilität der Geschäftstätigkeit in den Jahren 2018 und 2019 und nicht bei der Kapitalsituation (Verwaltungsgericht, B 2021/227).

Entscheid vom 5. April 2022

Besetzung

Abteilungspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;
Gerichtsschreiberin Schmid Etter

Verfahrensbeteiligte

A.__ GmbH,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. David Ackermann, Forrer Lenherr Bögli & Partner,
Toggenburgerstrasse 31, 9532 Rickenbach b. Wil,



gegen

Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen, Davidstrasse 35,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

Gegenstand

Finanzielle Unterstützung im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

Die A.___ GmbH mit Sitz in X.___ bezweckt den Betrieb einer Gaststätte sowie den Handel mit Waren aller Art (www.zefix.ch). Sie betreibt das Restaurant B.___ in X.___. Mit Gesuch vom 5. Februar 2021 beantragte die Gesellschaft eine finanzielle Härtefallunterstützung im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie in der Höhe von CHF 90'000. Mit Schreiben vom 1. April 2021 teilte das Amt für Wirtschaft und Arbeit der Gesuchstellerin mit, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine finanzielle Unterstützung nicht erfüllt seien, da die ausstehenden Forderungen gegenüber dem Inhaber höher seien als das Eigenkapital der Gesellschaft. Mit Eingabe vom 6. April 2021 verlangte die A.___ GmbH eine beschwerdefähige Verfügung. Nach weiteren Abklärungen verlangte die Gesuchstellerin abermals eine anfechtbare Verfügung. Mit Verfügung vom 11. Oktober 2021 wies das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen, vertreten durch das Amt für Wirtschaft und Arbeit, das Gesuch um wirtschaftliche Unterstützung im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, per 31. Dezember 2019 habe ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorgelegen, was der Überlebensfähigkeit des Unternehmens widerspreche. Der Nachweis, dass die Kontokorrentschuld des Inhabers mittlerweile "cash-wirksam" reduziert worden sei, sei nicht erbracht worden. Die Gebühr für die Verfügung wurde auf CHF 250 festgesetzt.

B.

Mit Eingabe vom 26. Oktober 2021 und Ergänzung vom 24. November 2021 erhob die A.___ GmbH (Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die ablehnende Verfügung des



Volkswirtschaftsdepartements (Vorinstanz) vom 11. Oktober 2021 mit den Anträgen, diese sei aufzuheben und ihr sei ein nicht rückzahlbarer Beitrag in der Höhe von CHF 90'000 ausbezahlt, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde seitens des Gerichtes vorläufig verzichtet.

Mit Vernehmlassung vom 3. Januar 2022 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin reichte am 21. Januar 2022 eine weitere Stellungnahme ein. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Äusserung dazu.

Auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung und die Ausführungen der Beteiligten zur Begründung ihrer Anträge sowie die Akten wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1.

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Als Adressatin der ablehnenden Verfügung der Vorinstanz ist die Beschwerdeführerin zur Ergreifung des Rechtsmittels berechtigt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 26. Oktober 2021 rechtzeitig erhoben. Zusammen mit der Ergänzung vom 24. November 2021 erfüllt die Beschwerdeeingabe formal wie inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Obschon sie seit 6. April 2021 wiederholt und eindringlich den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt habe, sei die Vorinstanz diesem Ersuchen bis zum 11. Oktober 2021 nicht nachgekommen.

2.2.

Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Der gleichlautende Anspruch ist auch konventionsrechtlich



garantiert (vgl. Art. 6 Ziff. 1 Satz 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101, EMRK). Nach Art. 77 Abs. 3 der Verfassung des Kantons St. Gallen (sGS 111.1, KV) gewährleisten Rechtspflegeverfahren und Gerichtsorganisation, dass rasch und verlässlich Recht gesprochen wird. Besteht keine gesetzliche Frist, wird der Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist verletzt, wenn eine Sache über Gebühr verschleppt wird und die Gesamtdauer des Verfahrens nicht mehr angemessen ist. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer beurteilt sich nach der Art des Verfahrens und den konkreten Umständen einer Angelegenheit (vgl. auch die Übersicht von G. Steinmann, in: Ehrenzeller/Schindler/ Schweizer/Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, N 22 ff. zu Art. 29 BV, BGE 135 I 265 E. 4.4). Innerhalb dieses Kreises ist auf den Umfang und die Komplexität der aufgeworfenen Sachverhalts- und Rechtsfragen abzustellen. Von den Behörden kann zudem nicht verlangt werden, dass sie sich ständig einem einzigen Fall widmen. Nach Abschluss des Verfahrens kann eine nachträglich durch die Rechtsmittelinstanz konstatierte Rechtsverzögerung nicht mehr beseitigt werden. In diesem Fall fällt die blosser Feststellung als Wiedergutmachung in Betracht (Steinmann, a.a.O., N 25 f. zu Art. 29 BV). Die Rechtsverzögerung kann und soll im Dispositiv förmlich festgestellt werden. Darüber hinaus kann der Verfassungsverletzung mit einer vorteilhaften Kostenregelung Rechnung getragen werden (BGE 138 II 513 E. 6.5, BGer 1C_370/2013 vom 14. Oktober 2013 E. 6).

2.3.

Nachdem das Amt für Wirtschaft und Arbeit mit Schreiben vom 1. April 2021 mitgeteilt hatte, dass das Gesuch um Härtefallmassnahmen abgewiesen werden müsse, beantragte die Beschwerdeführerin am 6. April 2021 eine anfechtbare Verfügung. Die Vorinstanz bestätigte den Eingang des Antrags und wies darauf hin, dass die Ausfertigung der Verfügung aufgrund der zahlreichen Anträge einige Zeit in Anspruch nehmen könne, was die Beschwerdeführerin umgehend beanstandete (act. 10/3.1). Am 28. April 2021 fragte die Beschwerdeführerin nach. Am 5. Mai 2021 wies die Vorinstanz die Beschwerdeführerin auf das ihrer Ansicht nach verletzte Verbot der Einlagenrückgewähr hin und eröffnete ihr gleichzeitig die Möglichkeit nachzuweisen, dass der Verstoss in der Zwischenzeit behoben worden sei (act. 10/3.3). In der Folge versuchte die Beschwerdeführerin, den Nachweis für die Beseitigung des Verstosses gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu erbringen. Sie teilte mit E-Mail vom 12. Mai 2021 mit, dass die Kontokorrentschuld des Gesellschafters per Ende April 2021 noch CHF 16'111.85 betrage und der Verstoss damit behoben sei (act. 10/3.4). Zudem reichte sie die schriftliche Bestätigung ein, dass in den kommenden drei Jahren kein Darlehen an den Eigentümer gewährt werde (act. 10/3.5). Am 2. Juni 2021 teilte



die Vorinstanz mit, dass sie den Verstoss gegen die Einlagenrückgewähr nicht als bereinigt erachte und ersuchte um Beantwortung zusätzlicher Fragen (act. 10/3.6), worauf die Beschwerdeführerin weitere Unterlagen einreichte (act. 10/3.7), welche der Vorinstanz jedoch nicht genügten. Als diese erneut zusätzliche Fragen stellte, nahm der von der Beschwerdeführerin unterdessen beigezogene Rechtsvertreter am 30. Juni 2021 dazu Stellung (act. 10/3.9). Die Vorinstanz antwortete darauf am 7. Juli 2021 und teilte gleichzeitig mit, dass sie ohne Rückmeldung bis 31. Juli 2021 davon ausgehe, dass keine anfechtbare Verfügung verlangt werde (act. 10/3.10). Die Beschwerdeführerin ersuchte in der Folge um Fristerstreckung bis Ende August 2021 (act. 10/3.11). Der damalige Rechtsvertreter teilte der Vorinstanz am 26. August 2021 mit, dass keine Verfügung zu erlassen sei, was von der Treuhandfirma der Beschwerdeführerin jedoch noch gleichentags widerrufen wurde. Am 11. Oktober 2021 erging schliesslich die ablehnende Verfügung der Vorinstanz.

Angesichts der finanziellen Notlage, in welcher sich Restaurationsbetriebe während des Lockdown und auch noch danach befanden, erscheint eine Dauer von insgesamt acht Monaten von der Gesuchseinreichung bis zum Erlass der Verfügung als eher lang. Der Beschwerdeführerin wurde vor dem Erlass der Verfügung indes die Möglichkeit eingeräumt, die zwischenzeitliche Beseitigung des Verstosses gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nachzuweisen, was in ihrem Interesse lag. Sie reichte dazu mehrere Male Dokumente ein, die es zu prüfen galt. Dabei stand nicht von vornherein fest, dass diese am fehlenden Nachweis der Überlebensfähigkeit nach Ansicht der Vorinstanz letztlich nichts zu ändern vermöchten. Mit E-Mail vom 28. Juli 2021 ersuchte die Beschwerdeführerin zudem um Fristerstreckung bis Ende August 2021 für ihren Entscheid, ob sie nun eine anfechtbare Verfügung verlange oder nicht (act. 10/3.11).

Ferner ist zu berücksichtigen, dass bei der Vorinstanz insgesamt über 1'900 Gesuche um Härtefallunterstützungen eingingen, die zu bearbeiten waren und von denen rund 1'500 ganz oder teilweise gutgeheissen wurden. Grundsätzlich ist eine hohe Zahl an Verfahren kein Grund für eine längere Verfahrensdauer, da sich der Staat entsprechend zu organisieren hat. Angesichts der ausserordentlichen Lage war jedoch nicht im Voraus absehbar, wie viele Gesuche innert welcher Zeit eingereicht werden würden. Seit dem E-Mail der Beschwerdeführerin vom 26. August 2021, worin sie definitiv eine anfechtbare Verfügung verlangt hatte, vergingen bis zu deren Erlass rund eineinhalb Monate. Dies mag aus Sicht der Gesuchstellerin zwar begreiflicherweise lang erscheinen, kann im Lichte der Gesamtsituation aber noch nicht als Rechtsverzögerung beanstandet werden.

3.



3.1.

In der Sache macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, sie habe sich am 31. Dezember 2019 nachweislich in keinem Konkurs- oder Betreibungsverfahren befunden. Der Begriff der Überlebensfähigkeit gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. f des damaligen Gesetzes über die wirtschaftliche Unterstützung von Unternehmen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (in der im Verfügungszeitpunkt gültigen Fassung nGS 2021-011, seit 1. Dezember 2021 Gesetz über die wirtschaftliche Unterstützung von Unternehmen sowie von durch die öffentliche Hand geführten öffentlichen Institutionen der familienergänzenden Kinderbetreuung in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie, sGS 571.3, kantonales Covid-Gesetz) werde im Gesetz nicht näher definiert. Gemäss den Erläuterungen zur bis 17. Februar 2021 gültigen kantonalen Verordnung werde für die Definitionen der Überlebensfähigkeit und Profitabilität auf Art. 4 Abs. 2 der bundesrechtlichen Verordnung über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (in der bis 31. Dezember 2021 gültigen Fassung AS 2021 884, Covid-19-Härtefallverordnung) verwiesen. Zudem werde dort ausgeführt, dass in den Jahresrechnungen 2018 und 2019 keine strukturellen Verluste aus dem operativen Geschäft ausgewiesen werden dürften, was bei ihr der Fall gewesen sei. In den Jahren 2018 und 2019 habe sie stabile Gewinne erzielt und damit den Verlustvortrag aus früheren Jahren beinahe tilgen können. Folglich lägen keine strukturellen Verluste, sondern stabile gewinnbringende Einnahmen vor. Die Kontokorrentforderung gegenüber dem Gesellschafter rühre von der jährlichen Verbuchung der Naturalbezüge von jeweils knapp CHF 20'000 her. Diese Schuld sei vom Gesellschafter per 30. April 2021 auf CHF 16'111.85 reduziert und per Ende 2021 ganz zurückbezahlt worden. Damit sei der Nachweis erbracht, dass der Gesellschafter über liquide Mittel verfüge. Das Unternehmen existiere seit April 2012 und trotz Corona bis heute. Das kantonale Covid-Gesetz verlange den glaubhaften Nachweis, dass die Finanzierung des Unternehmens mit der Härtefallmassnahme gesichert werden könne. Durch die ausgewiesenen Umsatz- und Vermögenszahlen sei mehr als glaubhaft dargetan, dass die Beschwerdeführerin profitabel und überlebensfähig sei. Die Vorinstanz beziehe sich zu Unrecht auf die Gläubigerschutzbestimmungen von Art. 680 Abs. 2 bzw. Art. 793 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (SR 220, OR). Dafür, dass diese für den Nachweis der Überlebensfähigkeit zur Anwendung gelangten, existiere kein entsprechender Verweis in den massgeblichen Bestimmungen des Bundes und des Kantons und damit keine gesetzliche Grundlage. Selbst wenn dem so wäre, läge kein Grund für die Ablehnung der Härtefallunterstützung vor. Der Gesellschafter habe bei der Gründung Anteilscheine im Umfang von CHF 20'000 gezeichnet und voll liberiert. Er habe nie die Absicht gehegt, dass ihm dieses Kapital sogleich oder zu einem späteren Zeitpunkt zurückerstattet werde. Diesen Schluss lasse



auch das aufgrund der Verbuchung der Privatbezüge über die Jahre schwankende Kontokorrentkonto nicht zu. Trotz dieses Guthabens sei die Gesellschaft stets solvent gewesen und habe sämtliche Verbindlichkeiten gegenüber Dritten erfüllt.

3.2.

Dem hält die Vorinstanz entgegen, der Rechtsbegriff der Überlebensfähigkeit sei unbestimmt. Zu seiner Auslegung könne nicht auf die Erläuterung zur früheren kantonalen Verordnung abgestellt werden, zumal jene dringlich habe erlassen werden müssen und noch nicht sämtliche Vollzugsfragen hätten antizipiert werden können. Im Rahmen ihres Entschliessungsermessens habe sie in konstanter Praxis keine Härtefallmassnahmen gewährt, wenn die Forderungen gegenüber Nahestehenden das Eigen- oder Stammkapital eines Unternehmens überstiegen hätten. Derartige Bezüge führten zum Verdacht auf zweckfremde Verwendung einer allfälligen Finanzhilfe. Gemäss obligationenrechtlichen Vorschriften sei das Stammkapital als Haftungssubstrat zu betrachten. Da die Forderung der Beschwerdeführerin gegenüber dem Gesellschafter höher sei als das gesamte ausgewiesene Eigenkapital, liege ein krasser Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor. Per Stichtag 31. Dezember 2019 sei dies in der Höhe von rund CHF 25'000 der Fall gewesen. Die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft werde bei dieser Ausgangslage nicht automatisch verneint, sondern abhängig gemacht vom Rückzahlungswillen und vor allem von der Rückzahlungsfähigkeit des Gesellschafters. Sei dieser dazu nicht in der Lage, müsse hinsichtlich des aktivierten Darlehens theoretisch eine Wertberichtigung erfolgen und je nach deren Höhe wäre die Gesellschaft überschuldet. Für die nachträgliche Heilung des Verstosses gegen die Einlagenrückgewähr mittels Verbesserung der finanziellen Lage der Gesellschaft sei die Reduktion des Aktivsaldos durch Verursachen von Unternehmensaufwand (Lohn) oder durch direkte oder indirekte Drittfinanzierung mit Verpflichtung zur Rückzahlung nicht akzeptabel. Die Mittel zur rückwirkenden Beseitigung müssten daher in bar und von aussen in die Gesellschaft einfließen. Die Nachvollziehbarkeit der Quelle diene der Verhinderung von Missbräuchen. Die Beschwerdeführerin habe die Mittel zur Reduktion des Darlehens jedoch aus der Gesellschaft selbst bezogen, was aus den genannten Gründen nicht akzeptiert werden könne.

4.

4.1.

4.1.1.

Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen geltend gemacht werden. Die



Beschwerdeführerin kann sich auch darauf berufen, die angefochtene Verfügung oder der angefochtene Entscheid beruhe auf einem unrichtig oder unvollständig festgestellten Sachverhalt (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Die Kognition des Verwaltungsgerichts ist auf Rechtsverletzungen beschränkt. Falls einer Behörde beim entsprechenden Entscheid ein Ermessensspielraum zukommt, hat das Verwaltungsgericht diesen zu respektieren (Looser/Looser-Herzig, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2020, N 3 und 5 zu Art. 61 VRP).

Art. 1 der Covid-19-Härtefallverordnung in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für die Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (SR 818.102, Covid-19-Gesetz) hält den Grundsatz fest, wonach sich der Bund im Rahmen des von der Bundesversammlung bewilligten Verpflichtungskredits an den Kosten und Verlusten beteiligt, die einem Kanton aus seinen Härtefallmassnahmen für Unternehmen entstehen, sofern die kantonale Regelung die Mindestvoraussetzungen dieser Verordnung bezüglich der Anspruchsberechtigung der Unternehmen sowie der Ausgestaltung der Massnahmen erfüllt (vgl. Art. 2 bis 6 der Covid-19-Härtefallverordnung).

Der Kanton St. Gallen hat für die Ausgestaltung der Härtefallmassnahmen auf Grundlage der bundesrechtlichen Bestimmungen gemäss Covid-19-Gesetz und Covid-19-Härtefallverordnung das kantonale Covid-Gesetz erlassen. Die Härtefallmassnahmen sind begrenzt auf die Mittel des Bundes, die er für Härtefallmassnahmen bereitstellt, und jene des Kantons, die maximal 95 Millionen Franken betragen (Art. 2 des kantonalen Covid-Gesetzes). Gemäss Art. 3 Abs. 1 des kantonalen Covid-Gesetzes kann der Kanton Unternehmen unter gewissen Voraussetzungen Härtefallmassnahmen, darunter auch nicht rückzahlbare Beiträge, gewähren. Die Unternehmen können keinen Anspruch auf Finanzhilfen geltend machen (Art. 5 Abs. 3 des kantonalen Covid-Gesetzes).

4.1.2.

Bundesrechtlich geregelt ist damit lediglich, unter welchen Bedingungen sich der Bund an kantonalen Unterstützungsmassnahmen für Härtefälle beteiligt. Die Federführung liegt allein bei den Kantonen. Sie definieren die Härtefallmassnahmen. Dabei liegt der Entscheid, ob und in welchem Umfang Härtefallmassnahmen ergriffen werden, in deren alleiniger Zuständigkeit. Die Kantone entscheiden also – zumindest für Unternehmen



mit einem Jahresumsatz von unter 5 Millionen Franken – frei, ob sie Massnahmen ergreifen und, falls ja, wie sie diese ausgestalten. Damit sind die Rahmenbedingungen dafür geschaffen, dass die Härtefallmassnahmen zum einen den unterschiedlichen Gegebenheiten in den Kantonen gerecht werden und ihnen zum andern ein gewisser Ermessensspielraum zukommt (Erläuterungen der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 31. März 2021 zur Covid-19-Härtefallverordnung, act. 7/9, S. 2, nachfolgend: Erläuterungen EFV). Die Verwendung des Begriffs "gewisser Ermessensspielraum" rührt dabei von den bundesrechtlichen Vorgaben für eine finanzielle Beteiligung in der Covid-19-Härtefallverordnung her, hat aber nichts mit der Freiheit der Kantone zu tun, die Ausgestaltung der Entschädigungen, insbesondere deren Höhe, selber bestimmen zu können.

Das zur Verfügung stehende Gesamtvolumen an finanziellen Mitteln wie auch die Ausgestaltung als Kann-Vorschrift schränken die Rechtsansprüche auf die nicht rückzahlbaren Beiträge ein oder schliessen solche nachgerade aus. Die staatlichen Unterstützungen haben trotz und auch gerade wegen der besonderen gesundheitlichen und gesellschaftlichen Situation der Bevölkerung den Charakter von Hilfestellungen (und damit von Subventionen). Daran ändert nichts, dass Unternehmen, welche die Voraussetzungen für die Gewährung von finanziellen Garantien und nicht rückzahlbaren Beiträgen erfüllen, die Leistungen auch einfordern können. Wenn die Voraussetzungen gegeben sind, entstehen zwar "Ansprüche"; deren Erfüllung geschieht jedoch im Rahmen der vom Kantonsrat bewilligten Mittel (Art. 2 des kantonalen Covid-Gesetzes). Somit wird deutlich, dass es sich nicht um klassische Ansprüche, begründet auf durchsetzbaren Rechten, handelt, sondern vielmehr um berechtigte Erwartungen gegenüber dem Gemeinwesen, das Unternehmen innerhalb der verfügbaren Mittel zu unterstützen, wobei einerseits die Behandlung der Gesuche einer Verteilgerechtigkeit unterliegt und es andererseits um eine angemessene Ausschüttung von Geldern, bezogen auf die konkreten Verhältnisse des einzelnen Unternehmens, geht. In diesem Sinn ist Art. 5 Abs. 3 des kantonalen Covid-Gesetzes, wonach kein Anspruch auf Finanzhilfen geltend gemacht werden kann, zu verstehen.

Das bedeutet, dass der Kanton bei der Umsetzung der Covid-Massnahmen, insbesondere im Rahmen der finanziellen Unterstützung von Betroffenen, analog dem Subventionsrecht einen weiten Ermessensspielraum genießt. Ähnlich den Subventionen beziehen sich die Covid-Härtefallunterstützungen auf Spezialgebiete, und die Rechtsmittelbehörden verfügen über keine eigenen Fachkenntnisse. Eine freie Überprüfung der Praxis der Vorinstanz würde – wie bei den Subventionen – auch die



Gefahr von Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten gegenüber anderen Antragsstellenden in sich bergen (vgl. zur Überprüfung von Subventionsentscheiden BVGer A-1851/2013 vom 20. August 2013 E. 2 und B-8207/2010 vom 22. März 2011 E. 2.2 mit Hinweisen; im Allgemeinen BGE 133 II 35 E. 3). Das Verwaltungsgericht hat sich daher bei der Überprüfung der Gewährung von sog. Ermessenssubventionen Zurückhaltung aufzuerlegen, indem es in Fragen, die durch die Justizbehörden naturgemäss schwer überprüfbar sind, nicht ohne Not von den Beurteilungen des erstinstanzlichen Fachgremiums abweicht. Insbesondere bei der Bewertung und Einstufung der in den Rechtsgrundlagen definierten Kriterien ist ein erheblicher Beurteilungsspielraum vorhanden (vgl. analog zum Vergaberecht BGE 139 II 185 E. 9.3, VerwGE B 2020/29 vom 13. März 2020 E. 2.3.2). Diesen Ermessensbereich hat das Gericht zu respektieren, soweit nicht frei zu prüfende Rechtsfragen zur Diskussion stehen. Hat eine fachkundige Behörde, wie hier das vom Kanton bestellte Fachgremium (Art. 11 Abs. 4 des kantonalen Covid-Gesetzes), eine Empfehlung abgegeben, ist substantiiert darzulegen, inwiefern das Ermessen überschritten oder allenfalls unterschritten ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.3).

4.2.

4.2.1.

Nach Art. 12 Abs. 1 des Covid-19-Gesetzes kann der Bund auf Antrag eines oder mehrerer Kantone Massnahmen für Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder juristische Personen mit Sitz in der Schweiz (Unternehmen) unterstützen, die vor dem 1. Oktober 2020 gegründet worden sind oder ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen haben, am 1. Oktober 2020 ihren Sitz im jeweiligen Kanton hatten, aufgrund der Natur ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit von den Folgen von Covid-19 besonders betroffen sind und einen Härtefall darstellen, insbesondere Unternehmen in der Wertschöpfungskette der Eventbranche, Schausteller, Dienstleister der Reisebranche, Gastronomie- und Hotelleriebetriebe sowie touristische Betriebe. Ein Härtefall liegt vor, wenn der Jahresumsatz unter 60 Prozent des mehrjährigen Durchschnitts liegt. Die gesamte Vermögens- und Kapitalsituation ist zu berücksichtigen sowie der Anteil an nicht gedeckten Fixkosten (Art. 12 Abs. 1^{bis} des Covid-19-Gesetzes). Der Bundesrat regelt die Einzelheiten in einer Verordnung, wobei er Unternehmen berücksichtigt, die im Durchschnitt der Jahre 2018 und 2019 einen Umsatz von mindestens CHF 50'000 erzielt haben (Art. 12 Abs. 4 des Covid-19-Gesetzes). Für Unternehmen, die aufgrund von Massnahmen des Bundes oder der Kantone zur Eindämmung der Covid-19-Epidemie ihren Betrieb ab dem 1. November 2020 für mehrere Wochen schliessen müssen oder die während dieser Dauer in der betrieblichen Tätigkeit erheblich



eingeschränkt werden, kann der Bundesrat die Anspruchsvoraussetzungen für die Unternehmen nach diesem Artikel lockern (Art. 12 Abs. 5 des Covid-19-Gesetzes).

In Bezug auf die Vermögens- und Kapitalsituation muss das Unternehmen gegenüber dem Kanton belegt haben, dass es profitabel und überlebensfähig ist (Art. 4 Abs. 1 lit. a der Covid-19-Härtefallverordnung). Dies ist dann der Fall, wenn sich das Unternehmen zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht in einem Konkursverfahren oder in Liquidation befindet und sich am 15. März 2020 nicht in einem Betreibungsverfahren für Sozialversicherungsbeiträge befunden hat, es sei denn, zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs liege eine vereinbarte Zahlungsplanung vor oder das Verfahren sei durch Zahlung abgeschlossen (Art. 4 Abs. 2 der Covid-19-Härtefallverordnung). Nach Art. 5 Abs. 1 der Covid-19-Härtefallverordnung muss das Unternehmen gegenüber dem Kanton belegt haben, dass sein Jahresumsatz 2020 im Zusammenhang mit behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie unter 60 Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes der Jahre 2018 und 2019 liegt. Das Unternehmen hat gegenüber dem Kanton sodann zu bestätigen, dass aus dem Umsatzrückgang erhebliche ungedeckte Fixkosten resultieren (Art. 5a der Covid-19-Härtefallverordnung; sog. Typ 1-Unternehmen). Für Unternehmen, die aufgrund von Massnahmen des Bundes oder der Kantone zur Eindämmung der Covid-19-Epidemie ihren Betrieb zwischen dem 1. November 2020 und dem 30. Juni 2021 für insgesamt mindestens 40 Tage schliessen müssen, entfallen bei einem durchschnittlichen Jahresumsatz der Jahre 2018 und 2019 bis 5 Millionen Franken die Anspruchsvoraussetzungen nach den Art. 4 Abs. 1 lit. b (Nachweis der Ergreifung von Massnahmen zum Schutz der Liquidität und der Kapitalbasis), Art. 5 Abs.1 und 1^{bis} (Nachweis des Umsatzrückgangs um mindestens 40 Prozent) sowie Art. 5a (Nachweis ungedeckter Fixkosten; Art. 5b Abs. 1 lit. a der Covid-19-Härtefallverordnung; sog. Typ 3-Unternehmen).

4.2.2.

Nach Art. 3 Abs. 1 des kantonalen Covid-Gesetzes kann Unternehmen eine Härtefallmassnahme gewährt werden, wenn sie die Vorgaben nach dem zweiten Abschnitt der Covid-19-Härtefallverordnung erfüllen (lit. a), ihren Umsatz zu wenigstens 75 Prozent in einer Branche nach Art. 4 dieses Erlasses (insbesondere Gastronomie, Hotellerie, Reisen und Tourismus, Märkte und Messen, Freizeit und Veranstaltungen sowie Tierparks) erzielen (lit. b), per 1. Oktober 2020 ihren Sitz im Kanton St. Gallen haben, eine operative Geschäftstätigkeit im Kanton ausüben und per 30. September 2020 Arbeitsplätze im Umfang von wenigstens 100 Stellenprozent in der Schweiz



aufweisen (lit. c), keinen Anspruch auf branchenspezifische Covid-19-Finanzhilfen des Bundes oder des Kantons St. Gallen in den Bereichen Kultur, Sport, öffentlicher Verkehr oder Medien haben (lit. d), per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet waren (lit. e), über einen Nachweis der Überlebensfähigkeit verfügen, der glaubhaft aufzeigt, dass die Finanzierung des Unternehmens mit der Härtefallmassnahme gesichert werden kann (lit. f) und sich am 15. März 2020 nicht in einem Betreibungsverfahren für steuerrechtliche Forderungen befunden haben, das nicht bereits durch eine Zahlung abgeschlossen oder für das noch keine Zahlungsplanung vereinbart werden konnte (lit. g). Die Härtefallmassnahmen können gewährt werden in Form von Solidarbürgschaften, nicht rückzahlbaren Beiträgen oder einer Kombination von beidem. Für ungedeckte Fixkosten werden nicht rückzahlbare Beiträge gewährt (Art. 5 Abs. 1 und 2 des kantonalen Covid-Gesetzes). Härtefallmassnahmen werden auf Gesuch hin gewährt (Art. 11 Abs. 1 des kantonalen Covid-Gesetzes).

5.

5.1.

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen gemäss Art. 2 ff. der Covid-19-Härtefallverordnung wie auch Art. 3 Abs. 1 lit. b bis d des kantonalen Covid-Gesetzes zum Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens, zur Umsatzhöhe, zum Umsatzrückgang und zur Anzahl Stellenprozente erfüllt. Fest steht ferner, dass sie der anspruchsberechtigten Branche der Gastronomie angehört. Als zwischen dem 1. November 2020 und 30. Juni 2021 für insgesamt mindestens 40 Tage behördlich geschlossener Betrieb (Typ 3-Unternehmen) entfällt der Nachweis eines Umsatzrückgangs von mindestens 40 Prozent sowie von ungedeckten Fixkosten. Die bundesrechtlichen Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 der Covid-19-Härtefallverordnung zur Profitabilität und Überlebensfähigkeit werden von ihr ebenfalls erfüllt. Sie befindet sich weder in Konkurs noch in Liquidation. Es ist auch kein Bertreibungsverfahren für Sozialversicherungsbeiträge hängig.

5.2.

Umstritten ist indessen, ob die Beschwerdeführerin als überlebensfähig im Sinn des kantonalen Covid-Gesetzes gilt. Den Kantonen ist es erlaubt, zusätzliche Kriterien für die Anspruchsberechtigung aufzustellen. Art. 3 Abs. 1 lit. e und f des kantonalen Covid-Gesetzes schreiben vor, dass die Gesellschaft per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet gewesen sein darf und dass sie über einen Nachweis der Überlebensfähigkeit verfügen muss, der glaubhaft aufzeigt, dass die Finanzierung des Unternehmens mit der Härtefallmassnahme gesichert werden kann. Diese zwei Bestimmungen hängen inhaltlich zusammen. Während das Kriterium der fehlenden



Überschuldung per 31. Dezember 2019 klar formuliert ist, handelt es sich beim Nachweis der Überlebensfähigkeit um eine auslegungsbedürftige Bestimmung.

In der ersten Fassung der von der Regierung erlassenen dringlichen Verordnung über die wirtschaftliche Unterstützung von Unternehmen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie vom 15. Dezember 2020 (nGS 2020-122) waren in Art. 3 (Anforderungen an die Unternehmen / Allgemeines) die Bestimmungen zur Überschuldung und zum Nachweis der Überlebensfähigkeit nicht enthalten, da diese Voraussetzungen dazumal noch auf Bundesebene in Art. 4 Abs. 2 lit. a und d der damals gültigen Fassung der Covid-19-Härtefallverordnung enthalten waren (AS 2020 4919). Nachdem diese zwei Bestimmungen per 14. Januar 2021 aus der Covid-19-Härtefallverordnung gestrichen worden waren (AS 2021 8), wurden sie mit Nachtrag vom 19. Januar 2021 als Art. 3 Abs. 1 lit. d^{bis} (Überschuldung) und d^{ter} (Überlebensfähigkeit) neu in die kantonale Verordnung aufgenommen (nGS 2021-004). Am 18. Februar 2021 wurde die kantonale Verordnung durch das kantonale Covid-Gesetz ersetzt. In der dazugehörigen Botschaft der Regierung vom 19. Januar 2021 (ABI 2021-00.037.159, S. 9, Botschaft) wurde ausgeführt, der Gesetzesentwurf sehe vor, die (auf Bundesebene) bis 13. Januar 2021 geltenden strengeren Anforderungen aufrechtzuerhalten und die per 14. Januar 2021 aufgehobenen Art. 4 Abs. 2 lit. a und d der Covid-19-Härtefallverordnung als zusätzliche Voraussetzungen in das kantonale Recht zu überführen. Damit solle sichergestellt werden, dass von der Härtefallregelung nur grundsätzlich überlebensfähige und profitable Unternehmen profitieren könnten. Das Unternehmen müsse demnach weiterhin belegen, dass die Geschäftstätigkeit in den Jahren 2018 und 2019 grundsätzlich profitabel gewesen sei, d.h. dass die Jahresrechnungen 2018 und 2019 keine strukturellen Verluste aus dem operativen Geschäft ausweisen würden. Um die Überlebensfähigkeit nachzuweisen, müsse das Unternehmen über eine Finanzplanung verfügen, die glaubhaft aufzeige, dass die Finanzierung des Unternehmens mit der Härtefallmassnahme über die Epidemie hinaus gesichert werden könne. Bei den Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs wird in der Botschaft präzisierend ausgeführt, dass das Beweismass erreicht sei, wenn die Geschäftstätigkeit in den Jahren 2018 und 2019 grundsätzlich profitabel gewesen sei (Botschaft, S. 31).

Die beiden Kriterien der Überschuldung und Überlebensfähigkeit erweisen sich im Hinblick auf die Ausrichtung nicht rückzahlbarer Beiträge im Grundsatz als zielgerichtet und sinnvoll. Es sollen keine Unternehmen unterstützt werden, die bereits vor Ausbruch der Covid-19-Epidemie in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet waren. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft liegt der Fokus im Zusammenhang mit der



Voraussetzung der Überlebensfähigkeit auf der Profitabilität der Geschäftstätigkeit in den Jahren 2018 und 2019 vor der Pandemie und nicht in erster Linie bei der Kapitalsituation. In jenem Bereich ist gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. e des kantonalen Covid-Gesetzes massgebend, dass per 31. Dezember 2019 keine Überschuldung vorlag. Diese Auslegung deckt sich mit den eigenen Erläuterungen der Vorinstanz auf ihrer Website. Unter der Rubrik "Fragen und Antworten" ist zur Frage *"Ein Unternehmen muss überlebensfähig sein, damit es von den Härtefallhilfen profitieren kann. Was heisst das konkret?"* folgende Antwort zu finden: *"Der Nachweis der Überlebensfähigkeit muss mindestens aufzeigen, dass unter der Annahme einer Aufhebung der gesundheitspolizeilichen Massnahmen spätestens ab Mitte 2021 die erwarteten Einnahmen und Ausgaben zusammen mit der beantragten Härtefallmassnahme einen Fortbestand der Unternehmung und – bei rückzahlbaren Hilfen – deren Rückzahlung realistisch erscheinen lassen"* (www.awa.sg.ch, konsultiert am 25. März 2022). Auch hier wird auf den (künftigen) geschäftlichen Erfolg und nicht auf die Vermögenslage des Unternehmens verwiesen.

5.3.

Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Beschwerdeführerin nicht überlebensfähig im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. f des kantonalen Covid-Gesetzes sei. Bei ihr habe am 31. Dezember 2019 ein Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäss Art. 793 Abs. 2 OR vorgelegen. Damals sei ein Eigenkapital von CHF 18'913.09 vorhanden gewesen bei einer Kontokorrentforderung der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter von CHF 43'703.57. Eine nachträgliche Heilung in Form von Bareinschüssen sei nicht erfolgt. Dieser Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr widerspreche der Überlebensfähigkeit des Unternehmens deutlich.

Das für die GmbH in Art. 793 OR verbriefte Verbot der Einlagenrückgewähr besagt, dass die Gesellschafter zur Leistung einer dem Ausgabebetrag ihrer Stammanteile entsprechenden Einlage verpflichtet sind. Die Einlagen dürfen nicht zurückerstattet werden. Diese Bestimmung bezweckt die Sicherstellung des wirtschaftlichen Rückhalts der Gesellschaft und dient dem Gläubigerschutz (Amstutz/Chappuis, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N 1 zu Art. 793 OR). Das Stammkapital stellt gebundenes, unkündbares, den Gläubigern verhaftetes Eigenkapital dar. Die GmbH ist daher verpflichtet, es im erklärten Umfang intakt zu erhalten. Alle Transaktionen, die dieses Vermögen mindern, werden erfasst, d.h. alle Leistungen an die Gesellschafter, die als Einlagerückgewähr zu qualifizieren sind (Amstutz/Chappuis, a.a.O., N 9 f. zu Art. 793 OR). Zu denken ist etwa an Darlehen an



Gesellschafter, die weder durch ungebundenes noch durch anderweitig als durch Art. 793 Abs. 2 OR gebundene Mittel und damit nur noch durch das gesperrte Kapital gedeckt sind. In der Literatur ist umstritten, in welchen Fällen solche Darlehen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen. Sofern eine nie ernst zu nehmende Rückzahlungsabsicht bestand oder der Aktionär von Anfang an nicht in der Lage war, das Darlehen zurückzuzahlen, wird in der Regel ein Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr angenommen. Demgegenüber sind zu Marktkonditionen gewährte Darlehen im Hinblick auf den Kapitalschutz grundsätzlich zulässig (H.U. Vogt, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], a.a.O., N 22 zu Art. 680 OR, der für die Aktiengesellschaft dieselbe Vorschrift wie Art. 793 OR regelt).

5.4.

Die Beschwerdeführerin erzielte in den Jahren 2018 und 2019 Gewinne in der Höhe von CHF 26'419 und CHF 32'826. In der Bilanz per 31. Dezember 2019 standen Aktiven von CHF 34'153.73 Passiven von CHF 15'240.54 (ohne Eigenkapital) gegenüber (act. 10/1.3.2). Das Eigenkapital betrug CHF 18'913.19. Eine Überschuldung per 31. Dezember 2019 lag damit nicht vor. Die Vorinstanz macht nicht geltend, das Kontokorrentguthaben der Beschwerdeführerin gegenüber dem Gesellschafter von damals CHF 43'704 sei nicht werthaltig und es müsse deswegen eine Wertberichtigung erfolgen, die zu einer Überschuldung führen würde. Auch strukturelle Verluste aus dem operativen Geschäft sind keine erkennbar. Von daher ist der gemäss Botschaft erforderliche Nachweis einer gewinnbringenden Geschäftstätigkeit in den Jahren 2018 und 2019 erbracht.

Ob das von der Vorinstanz angeführte Kriterium einer unzulässigen Einlagenrückgewähr im Sinn des Obligationenrechts dem Nachweis der Überlebensfähigkeit einer Unternehmung entgegensteht, erscheint vor dem Hintergrund, dass es gemäss Botschaft in erster Linie um die bisherige und künftige Profitabilität des Unternehmens und nicht um die Kapitalsituation geht – dort ist die Überschuldung massgebend –, als fraglich. Angesichts folgender Überlegungen kann diese Frage aber offengelassen werden. Es trifft zwar zu, dass sich die Kontokorrentschuld des Gesellschafters von CHF 43'704 im Jahr 2019 auf CHF 58'872 im Jahr 2020 erhöhte (act. 10/1.3.3). Aus den Akten geht sodann nicht hervor, ob für das dem Gesellschafter gewährte Darlehen ein schriftlicher Vertrag oder anderweitige Abmachungen existieren. Auch über allfällige Sicherheiten oder die Leistung von Zinsen ist nichts bekannt. Entscheidend für die Frage nach dem Vorliegen eines Verstosses gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ist indessen, ob ein ernst zu nehmendes Darlehen vorliegt und der Gesellschafter in der Lage ist, dieses



zurückzuzahlen. Die Vorinstanz räumte der Beschwerdeführerin daher die Möglichkeit ein, das Kontokorrentguthaben in der Höhe des Verstosses von CHF 25'000 vom Gesellschafter einzufordern (act. 10/3.3). Dieser Aufforderung kam die Beschwerdeführerin nach. Gemäss einer Zwischenbilanz per 30. April 2021 betrug das Kontokorrentdarlehen des Gesellschafters noch CHF 16'111.85. Die Reduktion erfolgte gemäss Kontoblatt 2260 grösstenteils durch Verrechnung mit den Löhnen der Monate Dezember 2020, Januar, Februar und April 2021 des Gesellschafters und seiner Ehefrau (insgesamt CHF 22'205.85) und Bezahlung der Geschäftsmieten der Monate Januar bis April 2021 durch den Gesellschafter unter Anrechnung auf seine Kontokorrentschuld (CHF 14'400, act. 10/3.5). Einlagen des Gesellschafters in die Kasse oder auf das Bankkonto erfolgten im Umfang von CHF 5'987.61. Die Forderung der Vorinstanz, dass die Rückzahlung des Darlehens durch den Gesellschafter zwingend in bar und von aussen zu erfolgen habe, trifft nicht uneingeschränkt zu. Es ist nicht so, dass sämtliche Transaktionen aus der Gesellschaft einen negativen Effekt auf das Jahresergebnis haben. Dies wäre nur bei Verursachen von ausserordentlichem Aufwand zulasten des Kontokorrentkontos der Fall. Mit der Verrechnung der ordentlichen Löhne wie auch der Bezahlung der Geschäftsmiete durch den Gesellschafter wurde jedoch grundsätzlich derselbe Effekt ohne negative Auswirkungen auf den Erfolg erzielt, wie wenn der Gesellschafter das Geld zuerst bar einbezahlt und die Gesellschaft damit die ordentlichen Aufwendungen (Lohn, Miete) beglichen hätte. Dass die verrechneten Löhne (rund CHF 22'000 für vier Monate) überhöht waren, scheint nicht der Fall zu sein. Im Umfang von rund CHF 6'000 erfolgten sodann Einlagen des Gesellschafters in bar. Gemäss Bilanz per 31. Dezember 2021 besteht mittlerweile kein Darlehen der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter mehr (act. 13). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, wonach der Gesellschafter die Mittel zur Reduktion des Darlehens aus der Gesellschaft selbst bezogen habe, erweist sich somit als unzutreffend.

Der Gesellschafter hat damit seinen Rückzahlungswillen und seine Rückzahlungsfähigkeit in die Tat umgesetzt. Auch wenn die Herkunft der Mittel beim Gesellschafter letztlich nicht offengelegt wurde, ist eine Tilgung der Kontokorrentschuld zumindest im Umfang von CHF 25'000, wie von der Vorinstanz gefordert, erfolgt, womit kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr mehr vorliegt. Hinzu kommt, dass das Beweismass für den Nachweis der Überlebensfähigkeit gemäss Ausführungen in der Botschaft (S. 31) mit der profitablen Geschäftsführung in den Jahren 2018 und 2019 erreicht ist. Ebenso liegt eine plausible Finanzplanung für die kommenden Jahre vor, wonach eine Sicherung der Finanzierung über die Epidemie hinaus als glaubhaft erscheint (act. 10/1.2). Die Beschwerdeführerin hat damit im Sinn



von Art. 3 Abs. 1 lit. f des kantonalen Covid-Gesetzes glaubhaft aufgezeigt, dass die Finanzierung ihres Unternehmens mit der Härtefallmassnahme gesichert werden kann. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanz lässt sich unter diesen Umständen nicht halten. Somit hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich Anspruch auf Ausrichtung eines nicht rückzahlbaren Beitrags, weshalb die angefochtene Verfügung vom 11. Oktober 2021 aufzuheben ist.

6.

Für die nach den vorinstanzlichen Kriterien zu ermittelnde konkrete Höhe der Entschädigung ist die Sache gestützt auf Art. 64 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass für das Jahr 2020 fraglich erscheint, ob ein Anspruch auf einen nicht rückzahlbaren Beitrag besteht (vgl. dazu nachfolgend).

6.1.

Gleich wie die Covid-19-Härtefallverordnung sieht das kantonale Covid-Gesetz für Unternehmen mit einem Umsatz von unter 5 Millionen Franken keine pauschale Fixkostenentschädigung vor. Es werden nicht einfach sämtliche während der Schliessungszeiten der Betriebe anfallenden Fixkosten, sondern lediglich die ungedeckten Fixkosten entschädigt. Nach der gerichtsnotorischen Praxis der Vorinstanz werden auf der Basis der vom Unternehmen eingereichten und plausibilisierten Zahlen der Erfolgsrechnung 2020 die ungedeckten Fixkosten für das Kalenderjahr 2020 und für die Zeit bis Juni 2021 ermittelt. Zum in der Jahresrechnung 2020 ausgewiesenen Jahresergebnis werden die getätigten, liquiditätsunwirksamen Abschreibungen hinzugerechnet (sog. indirekter Cashflow) und anschliessend die Hälfte der durchschnittlichen Abschreibungen der Jahre 2018/2019 in Abzug gebracht. Die Annahme, dass ein Unternehmen, welches mit dieser Berechnungsmethode im Jahr 2020 einen Gewinn ausweist, in der Regel keine ungedeckten Fixkosten hatte, erweist sich dabei im Grundsatz als sachgerecht.

6.2.

Die Beschwerdeführerin weist in der Jahresrechnung 2020 einen Verlust von CHF 39'051 aus. Auffällig ist dabei allerdings, dass bei einem Ertrag von CHF 383'929 (Vorjahr CHF 466'889) ein Personalaufwand von CHF 187'304 (Vorjahr CHF 125'294) und ein Unternehmerlohn von CHF 71'250 (Vorjahr CHF 56'991) ausgewiesen werden. Obschon der Ertrag um 18 Prozent zurückging, stiegen die Löhne Dritter gleichzeitig um 50 Prozent und der Unternehmerlohn um 25 Prozent. Auf Nachfrage der Vorinstanz nach der Ursache für diese unerklärlichen Lohnanstiege gab die Beschwerdeführerin an, die Löhne Dritter seien lediglich um CHF 7'414 angestiegen. Sie habe aber die



Kurzarbeitsentschädigung von CHF 54'596 hinzurechnen müssen, damit alles aufgehe (act. 10/3.7). Die Vorinstanz wird dies zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren haben, was voraussichtlich zu einem Gewinn im Geschäftsjahr 2020 und damit für jene Zeit zu keinem Anspruch auf einen nicht rückzahlbaren Beitrag führen wird.

Für die Monate Januar bis Mai 2021 erfolgt die Berechnung auf andere Weise, anhand des entsprechenden für 2021 prognostizierten übrigen Aufwands (Betriebsaufwand, Finanzaufwand und ausserordentlicher Aufwand), abzüglich der Hälfte der durchschnittlichen Abschreibungen der Jahre 2018/2019. Auch diese Angaben der Beschwerdeführerin sind von der Vorinstanz zu prüfen.

7.

Zusammenfassend ist die Beschwerde somit gutzuheissen, die angefochtene Verfügung vom 11. Oktober 2021 aufzuheben und die Streitsache zu weiteren Abklärungen im Sinn der Erwägungen und zu neuer Verfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

8.

8.1.

Zwar führt die Gutheissung der Beschwerde nicht dazu, dass das Gericht der Beschwerdeführerin ihrem Hauptantrag entsprechend eine Härtefallentschädigung zusprechen kann. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Praxis des Verwaltungsgerichts gilt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz mit offenem Ausgang für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung jedoch als vollständiges Obsiegen, unabhängig davon, ob sie beantragt oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wird (vgl. BGer 5A_845/2016 vom 2. März 2018 E. 3.2 mit Hinweisen, VerwGE B 2019/273 vom 9. August 2020 E. 2.3 und B 2019/38 vom 19. August 2019 E. 3.2). Die amtlichen Kosten sind somit der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 2 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'500 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung von amtlichen Kosten wird jedoch in der Regel gestützt auf Art. 97 VRP verzichtet, wenn eine Rechtsfrage in einem Verfahren erstmals entschieden wird (R. von Rappard-Hirt, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], a.a.O., N 7 zu Art. 97 VRP). Da erst wenige Entscheide des Verwaltungsgerichts im Zusammenhang mit Härtefallmassnahmen für Unternehmen aufgrund der Covid-19-Gesetzgebung ergangen und publiziert worden sind und stets neue Aspekte zu beurteilen sind, rechtfertigt es sich, auf die Erhebung der Kosten bei der unterliegenden Vorinstanz zu verzichten.



8.2.

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf volle ausseramtliche Entschädigung für das Beschwerdeverfahren (Art. 98 Abs. 1 VRP in Verbindung mit Art. 98^{bis} VRP). Ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar pauschal CHF 1'500 bis CHF 15'000 vor Verwaltungsgericht (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung; sGS 963.75, HonO). Innerhalb dieses Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten bemessen (Art. 19 HonO). Mit Blick auf vergleichbare Verfahren und unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse ist vorliegend eine Entschädigung der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit CHF 2'500 zuzüglich 4 Prozent Barauslagen (= CHF 100; Art. 28^{bis} Abs. 1 HonO) angemessen. Die Beschwerdeführerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig (vgl. www.uid.admin.ch), weshalb sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. statt vieler VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012, E. 6; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194), trotz ausdrücklichem, aber nicht begründetem Antrag auf Mehrwertsteuerzuschlag (Art. 29 HonO).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 11. Oktober 2021 aufgehoben.

2.

Die Streitsache wird zur weiteren Abklärung im Sinn der Erwägungen und zu neuer Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Der Staat (Vorinstanz) trägt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 1'500. Auf die Erhebung der Kosten wird verzichtet.

4.

Der Staat (Vorinstanz) entschädigt die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit CHF 2'600, ohne Mehrwertsteuer.

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte

