



Fall-Nr.:	B 2021/272
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	29.04.2022
Entscheiddatum:	30.03.2022

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 30.03.2022**

**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 (in der bis 31. Dezember 2021 gültigen Fassung AS 2021 884), Art. 3 Abs. 1 lit. e des Gesetzes über die wirtschaftliche Unterstützung von Unternehmen sowie von durch die öffentliche Hand geführten Institutionen der familienergänzenden Kinderbetreuung in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (sGS 571.3). Das befristete Verbot des Betriebs von Restaurationslokalen stellt keine Verletzung der Eigentumsgarantie und damit keine materielle Enteignung (Art. 26 BV, SR 101), aber eine zulässige Verletzung der Wirtschaftsfreiheit dar (Art. 27 Abs. 2 BV). Den Kantonen ist es erlaubt, für die Anspruchsberechtigung zusätzliche Kriterien zu den bundesrechtlichen Vorgaben aufzustellen. Das Kriterium der Überschuldung in Art. 3 Abs. 1 lit. e des kantonalen Covid-Gesetzes erweist sich im Hinblick auf die Ausrichtung nicht rückzahlbarer Beiträge als zielgerichtet und sinnvoll. Es sollen keine Unternehmen unterstützt werden, die bereits vor Ausbruch der Covid-19-Epidemie in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet waren, wie dies im Fall einer Überschuldung der Bilanz per Ende 2019 der Fall ist. Der Nachweis der nachträglichen vollständigen Behebung der per Stichtag 31. Dezember 2019 bestehenden Überschuldung mittels Forderungsverzichten und Rangrücktritten wurde von der Beschwerdeführerin vorliegend nicht erbracht. Nach dem Stichtag realisierte Gewinne können nicht berücksichtigt werden. Abweisung der Beschwerde (Verwaltungsgericht, B 2021/272). Auf eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 2. November 2022 nicht ein (Verfahren 2C\_401/2022).**

**Entscheid vom 30. März 2022**

Besetzung



## St.Galler Gerichte

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

Verfahrensbeteiligte

**A.\_\_ AG,**

**Beschwerdeführerin,**

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.\_\_ AG mit Sitz in B.\_\_ bezweckt hauptsächlich die Führung gastronomischer Betriebe und Veranstaltungen ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)). Sie betreibt die zwei Restaurants C.\_\_ in B.\_\_ und D.\_\_ in E.\_\_. Mit Gesuch vom 21. Januar 2021 beantragte die Gesellschaft eine finanzielle Härtefallunterstützung im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie in der Höhe von CHF 600'000. Mit Schreiben vom 12. Februar 2021 teilte das Amt für Wirtschaft und Arbeit der Gesuchstellerin mit, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine finanzielle Unterstützung nicht erfüllt seien. Nachdem die A.\_\_ AG eine beschwerdefähige Verfügung verlangt hatte, wies das Volkswirtschaftsdepartement das Gesuch um wirtschaftliche Unterstützung im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie mit Verfügung vom 18. Mai 2021 ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass per 31. Dezember 2019 mit einem negativen Eigenkapital von CHF 469'807.59 eine Überschuldung vorliege.



### **B.**

Die dagegen von der A.\_\_ AG am 1. Juni 2021 erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht mit Entscheid B 2021/128 vom 14. September 2021 gutgeheissen und die Angelegenheit zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zu neuer Verfügung an das Volkswirtschaftsdepartement zurückgewiesen. Im Entscheid wurde festgestellt, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Gesuchstellerin verletzt habe, weil sie auf die vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen zur Beseitigung der Überschuldung nicht eingegangen sei.

### **C.**

In der Folge forderte das Amt für Wirtschaft und Arbeit die A.\_\_ AG auf, Unterlagen für die in Aussicht gestellten Sanierungsmassnahmen beizubringen, worauf diese vorab eine Stellungnahme zur Thematik, dass eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung vorliege, verlangte. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit ging darauf nicht näher ein. Am 15. Oktober 2021 reichte die A.\_\_ AG zusätzliche Unterlagen ein. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2021 wies das Volkswirtschaftsdepartement das Gesuch um wirtschaftliche Unterstützung im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie ab, da der Nachweis der rückwirkenden Beseitigung der Überschuldung per 31. Dezember 2019 nach wie vor nicht erbracht worden sei. Die Gebühr für die Verfügung wurde auf CHF 250 festgesetzt (act. 2).

### **D.**

Mit Eingabe vom 28. Dezember 2021 erhob die A.\_\_ AG (Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die ablehnende Verfügung des Volkswirtschaftsdepartements (Vorinstanz) mit den Anträgen, die Vorinstanz sei anzuweisen, ihr ohne Verzug eine Entschädigung wegen materieller Enteignung in der Höhe von CHF 415'445.90 oder nach Ermessen des Gerichts auszubezahlen; eventualiter sei ihr ohne Verzug eine Härtefallunterstützung in der Höhe von CHF 202'658 oder subeventualiter CHF 180'600 als nicht rückzahlbarer Beitrag auszuzahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde seitens des Gerichtes vorläufig verzichtet.

Mit Vernehmlassung vom 24. Januar 2022 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin reichte am 28. Januar 2022 eine weitere Stellungnahme ein.

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<sup>bis</sup> 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 28. Dezember 2021 rechtzeitig erhoben und erfüllt formal wie inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

#### 2.

##### 2.1.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die beiden Lockdown-Phasen vom 16. März bis 11. Mai 2020 und vom 22. Dezember 2020 bis 31. Mai 2021 stellten eine materielle Enteignung nach Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) dar. Sie sei Rechtsträgerin der Eigentumsrechte an ihren beiden Betriebsstätten, insbesondere an deren Einrichtungen. Gegenstand der Eigentumsgarantie seien sämtliche Vermögenswerte des Privatrechts sowie das wohlerworbene Recht auf den Besitz. Um eine materielle Enteignung könne es sich auch bei der Beschränkung der Verfügungs- und Nutzungsbefugnisse handeln. Das Verbot während der zwei Lockdownphasen, die Restaurationsbetriebe zu führen und zu nutzen, stelle eine zeitlich befristete, zwingend entschädigungspflichtige materielle Enteignung dar. Der Gastrobranche sei jede wirtschaftliche Nutzung ihrer Betriebsstätten verwehrt gewesen. Zugunsten der Allgemeinheit habe sie ein Opfer erbringen müssen, das nicht mehr entschädigungslos hinzunehmen sei. Die Entschädigung umfasse dabei auch den Verdienstausschlag, falls die Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit ausnahmsweise nicht zugemutet werden könne.

Bei den Härtefallentschädigungen handle es sich nicht um Subventionen. Jene umfassten teleologisch die Förderung und Erhaltung einer bestimmten, grundsätzlich funktionierenden Tätigkeit im Interesse der Allgemeinheit. Die Gastronomie gehöre nicht zu den Branchen, welche mittels Subventionen gefördert werden müssten. Der Lockdown habe weder mit der Förderung noch mit der Erhaltung der Restaurationsbetriebe zu tun, weshalb es sich bei den ausgeschütteten Geldern nicht um Subventionen, sondern um eine Entschädigung für die befristete materielle Enteignung handle. Deren Höhe sei anhand der Bruttogewinne II der Jahre 2018 und



2019 zu ermitteln, woraus sich eine Entschädigung in der Höhe von CHF 415'445.90 ergebe.

### 2.2.

#### 2.2.1.

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 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, 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 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) 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).

### **2.2.2.**

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, 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 berechnete 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 Härtefallgeldern Zurückhaltung aufzuerlegen, indem es in Fragen, die durch die Rechtsmittelbehörden 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 denn auch 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).

### **2.2.3.**

Das Eigentum ist gewährleistet (Art. 26 Abs. 1 BV). Nach Art. 26 Abs. 2 BV werden Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, voll entschädigt. Eine materielle Enteignung liegt vor, wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls einzelne Personen so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der



Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (sog. Sonderopfer; BGE 131 II 728 E. 2, BGer 1C\_275/2018 vom 15. Oktober 2019 E. 2.1). Gegenstand der Eigentumsgarantie sind sämtliche Vermögenswerte des Privatrechts, wozu auch die obligatorischen Rechte und der Besitz zählen. Somit kann sich grundsätzlich auch der Mieter eines Grundstücks auf die Eigentumsgarantie berufen (vgl. BGE 105 Ia 43 E. 1c). Die Eigentumsgarantie gilt nicht absolut. Voraussetzung für die Beschränkung der aus dem Eigentum fließenden Rechte sind eine genügende gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse sowie die Wahrung der Verhältnismässigkeit und des Kerngehalts (vgl. Art. 36 BV). Öffentliche Eigentumsbeschränkung aus polizeilich motivierten Gründen sind grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen (vgl. zum Ganzen Vallender/Hettich, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N 15, 20, 39 ff. zu Art. 26 BV mit Hinweisen).

### 2.3.

Die Beschwerdeführerin ist nicht Eigentümerin der Liegenschaften, in denen sie ihre zwei Restaurants betreibt. Sie kann sich aber grundsätzlich auf die Eigentumsgarantie berufen, wenn sie durch einen Eingriff in das Eigentum in ihren Rechten als Mieterin oder Pächterin beschränkt wird. Mit dem Verbot des Betriebs von Restaurationslokalen vom 16. März bis 11. Mai 2020 und vom 22. Dezember 2020 bis 31. Mai 2021 wurde ihr indessen nicht der Gebrauch der Mietobjekte an sich in dem Sinne untersagt, dass diese nicht mehr hätten benutzt oder betreten werden dürfen. Vorübergehend verboten wurde die Nutzung der Räumlichkeiten als Restaurationsbetrieb mit Konsumation vor Ort und damit die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit. Weiterhin erlaubt blieb die Zubereitung von Mahlzeiten als Takeaway-Angebot. Die Beschwerdeführerin war damit nicht in ihren Rechten als Mieterin oder Pächterin betroffen. Selbst wenn man noch von einer Eigentumsbeschränkung ausgehen wollte, wäre diese polizeilich motiviert gewesen und hätte auch nicht übermässig lange gedauert. Tangiert war die Beschwerdeführerin durch die behördliche Schliessung der Gastrobetriebe indes in ihrer Wirtschaftsfreiheit. Diese umfasst die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV; vgl. dazu auch Häner/Bundi, Rechtsgutachten im Auftrag des Verbands Gastrosuisse vom 12. April 2021 über die Rechtmässigkeit der vom Bundesrat festgelegten Kriterien und Richtwerte für Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie unter besonderer Betrachtung der Restaurantschliessungen, S. 17). Auch hier müssen die Voraussetzungen von Art. 36 BV für eine Einschränkung erfüllt sein.



Das grundsätzliche Verbot des Betriebs von Restaurants stützt sich auf Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (SR 818.101, Epidemiengesetz) und damit auf ein Gesetz im formellen Sinn ab. Die Massnahmen des Bundesrats gegenüber privaten Gastrounternehmen wie die Anordnung der Schliessung des Betriebs sind sodann gesundheitspolizeilich motiviert; sie dienen dem Schutz des Menschen vor dem Coronavirus als übertragbarem Krankheitserreger. Insoweit liegt ein legitimes öffentliches Interesse vor, welches eine Grundrechtsbeschränkung grundsätzlich zu rechtfertigen vermag. Zu den damaligen Zeitpunkten war die Massnahme der Schliessung der Restaurants zwecks Reduktion von Ansteckungen mit Covid-19 und damit Gewährleistung der öffentlichen Gesundheit und einer funktionierenden Gesundheitsversorgung offenkundig geeignet und erforderlich. Trotz des schwerwiegenden staatlichen Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit erweist sich dieser angesichts der damaligen Notlage und der zeitlichen Befristung sowie mit Blick auf die übergeordneten Interessen als zulässig und zumutbar; entsprechend zieht er keine Entschädigungspflicht nach sich.

Bund und Kantone haben indessen gesetzliche Grundlagen geschaffen, um Unternehmen, die aufgrund der Natur ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit von den Folgen von Covid-19 besonders betroffen sind, in Härtefällen finanziell zu unterstützen. Ob die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen dafür erfüllt, ist im Folgenden zu prüfen (vgl. unter E. 3).

### **2.4.**

Zusammenfassend ist der Hauptantrag der Beschwerdeführerin, aufgrund der befristeten materiellen Enteignung sei ihr eine Entschädigung in der Höhe von CHF 415'445.90 oder nach Ermessen des Gerichts ausbezahlt, abzuweisen.

### **3.**

#### **3.1.**

Zur Begründung ihres Eventualantrages bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, eine Bilanzsanierung sei stets ein Ergebnis von nachträglichen Handlungen. Es sei nachgerade absurd, Rangrücktritte für Forderungen zu verlangen, die per 31. Dezember 2019 bestanden hätten, mittlerweile aber ganz oder teilweise bezahlt worden seien. Gewinne nach dem 31. Dezember 2019 müssten selbstverständlich berücksichtigt werden. Erzielte Gewinne seien das effektivste Mittel der Bilanzsanierung, zeigten sie doch direkt, dass das fragliche Unternehmen effiziente Massnahmen zur Beseitigung der Überschuldung umgesetzt habe. Schliesslich müssten Gewinne zwingend mit Vorjahresverlusten verrechnet werden. In weiser



Voraussicht habe sie eine Epidemievericherung abgeschlossen, wodurch die Folgen der Pandemie im Jahr 2020 hätten abgemildert werden können. In den Jahren 2020 und 2021 sei es zu einer massiven Verbesserung des Eigenkapitals gekommen. So belaufe sich im Jahre 2020 der Reingewinn auf CHF 150'089.07 und im Jahr 2021 bis am 30. September 2021 auf CHF 137'837.03. Das negative Eigenkapital betrage per 30. September 2021 noch CHF 181'881.49. Es lägen Rangrücktritte über insgesamt CHF 201'544.90 vor, womit die Überschuldung beseitigt sei. Es könne nicht sein, dass von ihr verlangt werde, CHF 199'553.69 auf ein Gesellschaftskonto einzuzahlen, um danach allenfalls maximal CHF 180'000 als Härtefallenentschädigung zu erhalten.

### 3.2.

#### 3.2.1.

Nach Art. 12 Abs. 1 des Covid-19-Gesetzes kann der Bund auf Antrag eines oder mehrerer Kantone Massnahmen für 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<sup>bis</sup> 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<sup>bis</sup> (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).

### 3.2.2.

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 und per 30. September 2020 Arbeitsplätze im Umfang von wenigstens 100 Stellenprozenten 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).

### 3.3.

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen gemäss Art. 2 ff. der Covid-19-Härtefallverordnung wie auch Art. 3 Abs. 1 lit. b und c 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.

Umstritten ist indessen, ob die Beschwerdeführerin die per 31. Dezember 2019 bestehende Überschuldung rückwirkend beheben konnte. Die bundesrechtlichen Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 der Covid-19-Härtefallverordnung sind erfüllt. Die Beschwerdeführerin befindet sich weder in Konkurs noch in Liquidation und am Stichtag (15. März 2020) auch in keinem Betreibungsverfahren für Sozialversicherungsbeiträge. Das kantonale Covid-Gesetz nennt jedoch noch weitere Voraussetzungen. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. e darf die Gesellschaft per 31. Dezember 2019 nicht überschuldet gewesen sein. Das Kriterium der Überschuldung erweist sich gerade im Hinblick auf die Ausrichtung nicht rückzahlbarer Beiträge als zielgerichtet und sinnvoll. Es sollen keine Unternehmen unterstützt werden, die bereits vor Ausbruch der Covid-19-Epidemie in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet waren. Nach Art. 725 des Schweizerischen Obligationenrechts (SR 220, OR) beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist. Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat das Gericht zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR). Eine überschuldete Gesellschaft darf von Gesetzes wegen nicht



## St.Galler Gerichte

weiter am Geschäftsverkehr teilnehmen (H. Wüstiner, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N 1 zu Art. 725 OR). Der Richter eröffnet auf Benachrichtigung hin den Konkurs (Art. 725a Abs. 1 Satz 1 OR).

Per 31. Dezember 2019 war die Beschwerdeführerin überschuldet. Aktiven in der Höhe von CHF 811'671.38 standen Passiven in der Höhe von 1'281'478.97 (ohne Eigenkapital) gegenüber. Die Überschuldung belief sich auf CHF 469'807.59, was die Beschwerdeführerin nicht bestreitet, und machte damit mehr als die Hälfte der vorhandenen Aktiven aus. Die Voraussetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. e des kantonalen Covid-Gesetzes erfüllte die Beschwerdeführerin somit klar nicht. Bereits per 31. Dezember 2018 lag eine massive Überschuldung vor (im Umfang von CHF 421'712.73). Die Ergreifung von Sanierungsmassnahmen oder die Verständigung des Richters, welche von Gesetzes wegen die Konkursöffnung nach sich gezogen hätte, erfolgten aber trotzdem nicht. Gemäss Praxis der Vorinstanz wurde betroffenen Gesuchstellern, so auch der Beschwerdeführerin, die Möglichkeit eingeräumt, die Überschuldung nachträglich zu beheben mittels Rangrücktritten auf bestehenden Darlehen, nachträglichen Einlagen in bar mit Rangrücktritt oder Auflösung vorhandener stiller Reserven. Ausgangspunkt der Beurteilung der Überschuldung ist und bleibt indessen gemäss der klaren gesetzlichen Vorgabe der 31. Dezember 2019, weshalb nach dem Stichtag realisierte Gewinne nicht berücksichtigt werden können. Die Vermögenssituation per Ende 2020 oder per 30. September 2021 kann daher nicht massgebend sein, wobei anzumerken ist, dass bei der Beschwerdeführerin auch per 30. September 2021 noch eine Überschuldung (im Umfang von CHF 199'535.90) vorlag. Die Berücksichtigung des weiteren Geschäftsgangs würde auch im Vergleich zu anderen Gesuchstellern eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung darstellen. Von Belang für die Behebung der Überschuldung per 31. Dezember 2019 sind somit die Rangrücktritte von F.\_\_ über CHF 50'000 (act. 10/3.6.6), der G.\_\_ AG über CHF 13'000 (act. 7/3.6.5) und der H.\_\_ AG über CHF 117'144.90 (act. 3.6.7). Nicht zu berücksichtigen ist der Rangrücktritt von I.\_\_ über CHF 25'000 (act. 7/3.6.4), da dieses Darlehen am 31. Dezember 2019 noch gar nicht bestand. Eine Einbringung von privaten Mitteln durch den Aktionär K.\_\_, wie noch vor Erlass der ersten ablehnenden Verfügung im Umfang von CHF 120'000 angekündigt (act. 7/1.4.3), kam nicht zustande. Dass sich die Einbringung privater Mittel angesichts der in der Folge zu erwartenden Auszahlung der Härtefallentschädigung generell als widersinnig erweisen würde, trifft nicht zu. Im Fall einer Überschuldung der Gesellschaft ist davon auszugehen, dass das Unternehmen sowohl die privat eingeschossenen Mittel als auch die Gelder der Härtefallunterstützung für ihren Geschäftsbetrieb benötigt und damit nicht gleich das Darlehen des Aktionärs wieder zurückzahlt. Unter Hinzurechnung des



in der Bilanz ausgewiesenen Warendrittels von CHF 65'109 betragen die Sanierungsmassnahmen insgesamt CHF 245'253.90, was zum Ausgleich der Überschuldung per 31. Dezember 2019 von CHF 469'807.59 nicht ausreicht. Selbst wenn man noch sämtliche langfristigen Verbindlichkeiten der H.\_\_\_ AG von damals 156'480.40, worin das mittlerweile nicht mehr existierende "L.\_\_\_-Bar" enthalten war, für den Rangrücktritt berücksichtigen würde, würde dies nicht ausreichen, die Überschuldung per Stichdatum zu beheben.

Hinzu kommt, dass auch fraglich erscheint, ob die Beschwerdeführerin als überlebensfähig im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. f des kantonalen Covid-Gesetzes gelten kann. Danach muss das Unternehmen über einen Nachweis der Überlebensfähigkeit verfügen, der glaubhaft aufzeigt, dass seine Finanzierung mit der Härtefallmassnahme gesichert werden kann. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft der Regierung vom 19. Januar 2021 (ABI 2021-00-037.159, S. 31, Botschaft) liegt der Focus im Zusammenhang mit der Voraussetzung der Überlebensfähigkeit auf der Profitabilität der Geschäftstätigkeit in den Jahren 2018 und 2019. Das Beweismass ist erreicht, wenn die Geschäftstätigkeit in den Jahren 2018 und 2019 grundsätzlich profitabel war, d.h. dass die Jahresrechnungen 2018 und 2019 keine strukturellen Verluste aus dem operativen Geschäft ausgewiesen haben. In den Jahren 2018 und 2019 erzielte die Beschwerdeführerin indes Verluste von CHF 194'162.54 (2018) und CHF 48'094.86 (2019). Innerhalb von rund vier Jahren (seit der Gründung im Herbst 2015 bis Ende 2019) resultierte zudem ein Verlustvortrag von insgesamt CHF 769'807.59. Von einem profitablen Unternehmen kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden, weshalb auch unter diesem Aspekt ernsthafte Zweifel an der Erfüllung der Voraussetzung der Überlebensfähigkeit bestehen.

### 3.4.

Der Nachweis der rückwirkenden Behebung der per 31. Dezember 2019 bestehenden Überschuldung ist unter diesen Umständen nicht erbracht, womit die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. e des kantonalen Covid-Gesetzes für die Ausrichtung eines nicht rückzahlbaren Beitrages nicht erfüllt. Auch das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin ist daher abzuweisen. Auf die Ausführungen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin zur Höhe einer allfälligen Entschädigung braucht folglich nicht mehr eingegangen zu werden. – Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

### 4.

In Streitigkeiten hat jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden (Art. 95 Abs. 1 VRP). Auf die Erhebung von amtlichen



Kosten wird jedoch in der Regel gestützt auf Art. 97 VRP verzichtet, wenn eine Rechtsfrage in einem Verfahren erstmals entscheiden wird (R. von Rappard-Hirt, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], a.a.O., N 7 zu Art. 97 VRP). Dem Verfahrensausgang entsprechend wären die amtlichen Kosten – angemessen ist vorliegend eine Entscheidgebühr von CHF 1'500 (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12) – der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Da im Zusammenhang mit Härtefallmassnahmen für Unternehmen aufgrund der Covid-19-Gesetzgebung erst wenige Entscheide des Verwaltungsgerichts ergangen und publiziert worden sind, rechtfertigt es sich, auf die Erhebung der Kosten zu verzichten.

Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98<sup>bis</sup> VRP). Der Vorinstanz steht sodann kein Kostenersatz zu (vgl. VerwGE B 2017/59 vom 23. März 2018 E. 7 mit Hinweis auf R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St. Gallen 2004, S. 176 ff.). Sie hat denn auch zu Recht keinen Entschädigungsantrag gestellt.

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 1'500 werden der Beschwerdeführerin auferlegt; auf die Erhebung der Kosten wird verzichtet.

**3.**

Für das Beschwerdeverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.