

S1 24 40-43

**URTEIL VOM 12. SEPTEMBER 2024**

**Kantonsgericht Wallis  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung**

Besetzung: Michael Steiner, Präsident; Candido Prada und Dr. Thierry Schnyder,  
Kantonsrichter; Petra Stoffel, Gerichtsschreiberin

**in Sachen**

**V** \_\_\_\_\_, Beschwerdeführerin 1

**W** \_\_\_\_\_, Beschwerdeführer 2

**X** \_\_\_\_\_, Beschwerdeführerin 3

**Y** \_\_\_\_\_, Beschwerdeführer 4

alle vertreten durch Rechtsanwalt Christian Perrig, Brig-Glis

**gegen**

**AUSGLEICHSKASSE DES KANTONS WALLIS**, Beschwerdegegnerin

**und**

**Z** \_\_\_\_\_ **AG**, betroffene Dritte,

(Rückforderung Erwerbssersatzentschädigung; Covid 19)

Beschwerde gegen die Entscheide vom 23. Januar 2024

## Verfahren

**A.** Im Juli 2020 liess die Z \_\_\_\_\_ AG (fortan: Arbeitgeberin) die Beschwerdeführer 1-4 bei der Beschwerdegegnerin zum Bezug von Erwerbsersatzentschädigungen aufgrund der Corona-Pandemie ab 1. Juni 2020 anmelden (vgl. Akten der Beschwerdegegnerin act. 1 ff.). Mit periodischen Abrechnungen ab Oktober 2020 (act. 3 ff.) überwies die Beschwerdegegnerin die Corona-Erwerbsersatzentschädigungen für den Zeitraum vom 1. Juni 2020 bis zum 30. November bzw. Dezember 2021 auf das Konto der Arbeitgeberin (act. 3 und 30).

Am 27. September 2021 liess die Beschwerdegegnerin eine Stichprobenkontrolle der Konten der Arbeitgeberin durchführen. Der betreffende Revisor stellte fest, den Beschwerdeführern 1-4 seien die Löhne, wie bis anhin, monatlich weiter ausbezahlt und in der Lohnbuchhaltung entsprechend auch erfasst worden (act. 31). Sie hätten somit keinen direkten Erwerbsausfall erlitten. Gemäss Kontrolltabelle BSV bestehe deshalb für alle Gesellschafter eine «Überentschädigung». Wären demgegenüber dieselben Lohnzahlungen über ein Privatkonto ausbezahlt worden, hätte dies keine Auswirkungen auf die Berechnung bei der Überentschädigung gehabt.

**B.** Mit Verfügungen vom 29. September 2022 (act. 32) forderte die Beschwerdegegnerin die für den Zeitraum vom 1. Juni bzw. 17. September 2020 bis zum 30. November bzw. 31. Dezember 2021 gewährte Corona-Erwerbsersatzentschädigung von insgesamt CHF 18'190.10 betreffend die Beschwerdeführerin 1, CHF 37'299.95 betreffend den Beschwerdeführer 2, CHF 26'408.15 betreffend die Beschwerdeführerin 3 und CHF 28'714.60 betreffend den Beschwerdeführer 4 von der Arbeitgeberin zurück.

Die dagegen eingereichten Einsprachen der Arbeitgeberin vom 27. Oktober 2022 wies die Ausgleichskasse mit vier an diese gerichteten Entscheiden vom 23. Januar 2024 ab. Zur Begründung legte sie im Wesentlichen dar, es seien Monatslöhne von CHF 3'000.00, 6'000.00, 7'000.00 und 8'000.00 für den Zeitraum vom Juni 2000 bis November bzw. Dezember 2021 verbucht und bezahlt worden, weshalb die Voraussetzungen für den Bezug der Erwerbsausfallentschädigung nicht erfüllt seien. Es müsse eine Rückforderung sämtlicher Corona-Erwerbsersatzentschädigungen vorgenommen werden.

**C.** Mit jeweils separaten Beschwerden 23. Februar 2024 beantragen die Beschwerdeführer 1-4 unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Gutheissung der Beschwerden

und die Aufhebung der Einspracheentscheide. Eventualiter ersuchen sie um ganz oder teilweisen Erlass der Rückforderungen.

Mittels Beschwerdeantworten und Verfügungen vom 8. Mai 2024 reduzierte bzw. erhöhte die Beschwerdegegnerin pendente lite die Rückforderungssummen, verband ihre neuen Rechtsbegehren teilweise mit einer Schlechterstellung der betroffenen Versicherten und beschränkte insgesamt die Rückforderung auf den Zeitraum vom 17. September 2020 bis zum 30. November bzw. 31. Dezember 2021.

Replizierend hielten die Beschwerdeführer 1-4 am 20. Juni 2024 an den in ihren Beschwerden geltend gemachten Rechtsbegehren fest. Mit Duplik vom 21. August 2024 bestätigte die Beschwerdegegnerin ihre Rechtsbegehren vom 8. Mai 2024 und beantragte die Abweisung der Beschwerden.

Auf die Ausführungen der Parteien wird im Folgenden, soweit erforderlich, eingegangen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Die Beschwerden (S1 24 40-43) stützen sich im Grundsatz auf den gleichen Sachverhalt, weshalb sie im Beschwerdeverfahren miteinander verbunden wurden. Den Beschwerdeführern 1-4 erwächst daraus kein Nachteil, da trotz Verbindung die in allen Rechtsmitteln erhobenen Einwände zu prüfen sind.

**1.2** Anfechtungsgegenstand bilden die Einspracheentscheide vom 23. Januar 2024. Strittig ist eine Rückforderung von Erwerbssersatzentschädigungen im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus. Die Verfügungen und Entscheide richten sich gegen die Arbeitgeberin als juristische Person, die die Leistung für vier versicherte Personen geltend gemacht hat.

Am 20. März 2020 hat der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV die Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall) erlassen und rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft gesetzt. Am 25. September 2020 hat das Parlament das Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) verabschiedet. Seither beruht die Verordnung auf Art. 15 Covid-19-Gesetz. Die Geltungsdauer der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall wurde

mehrfach bis zum 31. Dezember 2022 verlängert (vgl. Art. 11 der Verordnung). Diese Verordnung sieht unter bestimmten Voraussetzungen Entschädigungen für Personen vor, welche durch behördliche Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) Einkommensverluste erlitten.

Gemäss Art. 1 der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall sind die Bestimmungen des ATSG anwendbar, soweit die nachstehenden Bestimmungen nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsehen. In Bezug auf das Verfahren enthält die Verordnung keine eigene Regelung. Die Beschwerdegegnerin hat daher zu Recht eine Verfügung (Art. 49 ATSG) und einen Einspracheentscheid (Art. 52 ATSG) erlassen. Die sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts ist zur Beurteilung der dagegen erhobenen Beschwerden sachlich, örtlich und funktionell zuständig (vgl. Art. 56 ff. ATSG).

**1.3** Mit Blick auf Corona-Erwerbsersatz anspruchsberechtigt sind laut Art. 2 Abs. 3<sup>ter</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG, die im Verwaltungsbereich tätig sind, sofern sie die Einkommensvoraussetzungen gemäss Abs. 3<sup>bis</sup> erfüllen und in der AHV obligatorisch versichert sind. Erfasst sind somit der mitarbeitende Ehegatte des Arbeitgebers (lit. b) und Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten (lit. c). Für diese Personen entsteht der Anspruch auf Entschädigung am 1. Juni 2020 und endet am 16. September 2020 (vgl. BGE 148 V 265 E. 1.2.2).

Art. 15 Covid-19-Gesetz wurde gemäss Art. 21 Abs. 3 Covid-19-Gesetz rückwirkend auf den 17. September 2020 in Kraft gesetzt und ebenfalls mehrmals angepasst. Nach jener Bestimmung kann der Bundesrat die Ausrichtung von Entschädigungen des Erwerbsausfalls bei Personen vorsehen, die ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von Massnahmen im Zusammenhang mit der Bewältigung der Covid-19-Epidemie unterbrechen oder massgeblich einschränken müssen. Nur Personen mit einem Erwerbs- oder Lohnausfall, die in ihrer Unternehmung eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 bzw. 40 bzw. 30 Prozent im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz in den Jahren 2015 bis 2019 haben, gelten in ihrer Erwerbstätigkeit als massgeblich eingeschränkt (Art. 15 Abs. 1 Covid-19-Gesetz in den vom 17. September bis zum 18. Dezember 2020 resp. vom 19. Dezember 2020 bis zum 31. März 2021 resp. ab dem 1. April 2021 geltenden Fassungen). Zu den Anspruchsberechtigten gehören insbesondere auch Selbstständige nach Art. 12 ATSG sowie Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung (Art. 15 Abs. 2 Covid-19-Gesetz; BGE

148 V 265 E. 1.2.2, vgl. Bundesgerichtsurteile 9C\_432/2022 vom 20. April 2023 E. 5.1 und 9C\_448/2021 vom 10. Mai 2022 E. 1.2.2, je mit Hinweisen).

Gegenstand der hier strittigen Verfahren sind die Ansprüche der Verwaltungsratsmitglieder und der im Betrieb mitarbeitenden Ehefrau eines Verwaltungsratsmitgliedes auf Corona-Erwerbsersatz ab dem 17. September 2020. Fest steht, dass die Beschwerdeführer 1-4 Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG und in der AHV obligatorisch versichert sind. Damit sind sie grundsätzlich anspruchsberechtigte Personen im Sinne von Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. Gemäss Mitteilung des BSV an die AHV-Ausgleichskassen und EL-Durchführungsstellen Nr. 448 vom 21. Januar 2022 hätte die Entschädigung im Übrigen direkt an den Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin als Privatperson bezahlt bzw. verfügt werden sollen (Mitteilung des BSV vom 21. Januar 2022; <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/f/5595>). Entsprechende Verfügungen sind von der Beschwerdegegnerin nicht erlassen worden. Eine fehlerhafte Vorgehensweise der Kasse kann jedoch nicht dazu führen, dass ein Entscheid just wegen dieses Mangels keiner gerichtlichen Beurteilung zugeführt werden kann. Da die Beschwerdeführer 1-4 ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchführung des Beschwerdeverfahrens begründen und sie in ihren Rechten berührt sind, sind sie beschwerdebefugt.

**1.4** Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, womit auf die Beschwerden einzutreten ist.

**2.** In der jeweiligen Beschwerde werden vorab formelle Mängel geltend gemacht.

**2.1** So hätten die Verwaltungsakte keinen Hinweis auf die Möglichkeit eines Erlasses der Rückforderung gemäss Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG i.V.m. Art. 3 Abs. 2, Art. 4 und 5 ATSV enthalten. Im Übrigen wird in der Beschwerdeschrift eventualiter der Antrag gestellt, die Forderung sei ganz oder teilweise zu erlassen, da die Leistungen in gutem Glauben empfangen worden seien.

Diese Fragen können nicht im Rahmen des vorliegenden Urteils erörtert werden. Denn Gegenstand des hier strittigen Verfahrens ist die Frage, ob den Beschwerdeführern 1-4 Corona-Erwerbsersatzentschädigungen geschuldet sind bzw. jene der Rückerstattung allenfalls zu Unrecht bezogener Entschädigungen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG, nicht aber die Frage eines allfälligen Erlasses der Rückerstattungspflicht, die gegebenenfalls erst nach Rechtskraft des Rückerstattungsentscheids zu prüfen ist (vgl. Art. 4 Abs. 4 ATSV; DORMANN, in: Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, N. 92 f. zu Art. 25 ATSG; Bundesgerichtsurteil 9C\_199/2023 vom 11.

Dezember 2023 E. 4.1.2). Es wird somit Sache der Beschwerdegegnerin sein, die Frage des Erlasses der Rückerstattungspflicht ab Rechtskraft des Rückerstattungsentscheides zu untersuchen und zu behandeln. In diesem Sinne erweist sich der Eventualantrag der Beschwerdeführer 1-4 als verfrüht. Nach dem Dargelegten bewirkt sodann das Fehlen des Hinweises auf die Möglichkeit eines Erlassgesuches keine Nichtigkeit.

**2.2** Die Beschwerdeführer 1-4 monieren weiter eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Art. 29 Abs. 2 BV garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör; er stellt einen Teilgehalt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV dar (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., 2013, N. 214). Aus Art. 29 Abs. 2 BV folgt insbesondere auch ein Mindestanspruch auf Begründung eines hoheitlichen Aktes. Der Sinn und Zweck der Begründungspflicht liegt darin, dass der Bürger wissen soll, warum eine Behörde entgegen seinen Anträgen entschieden hat. Die Motivation eines Entscheids muss deshalb so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft geben und es in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt von der Behörde, dass sie die Vorbringen der Betroffenen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt. Dies gilt für alle form- und fristgerechten Äusserungen, Eingaben und Anträge, die zur Klärung der konkreten Streitfrage geeignet und erforderlich erscheinen. Die Begründung des Entscheids muss die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Sie muss sich jedoch nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen (BGE 148 III 30 E. 3.1 mit Hinweisen, 136 I 184 E. 2.2.1; Bundesgerichtsurteil 8C\_460/2020 vom 4. September 2020 E. 5.1; Kantonsgerichtsurteil A1 18 174 vom 8. Februar 2019 E. 4.1). Die Dichte und der Umfang der Begründung richten sich nach den Umständen (STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 4. A., 2023, N. 65 zu Art. 29 BV).

Die Beschwerdeführer 1-4 machen geltend, die Begründung der angefochtenen Verwaltungsakte sei nicht nachvollziehbar und hinsichtlich der Lohndifferenzen bzw. des Anspruchs betreffend die Corona-Erwerbsersatzentschädigung nicht ausreichend. Die Beschwerdeführer 1-4 haben jedoch zusammen mit den Akten der Beschwerdegegnerin die Tragweite der Einspracheentscheide offensichtlich erkennen können und sind in der

Lage gewesen, diese sachgerecht anzufechten und darzulegen, inwiefern bzw. aus welchen Gründen sie diese und die Verfügungen für falsch halten. Eine rudimentäre Begründung ihrer Akte hat die Vorinstanz vorgenommen. Sie wies die Betroffenen auf die monatlich erfolgten Lohnzahlungen für den Zeitraum vom Juni bzw. September 2020 bis November bzw. Dezember 2021 hin und stellte eine Abrechnung als integrierter Bestandteil der Verfügungen zu. Sie hat damit – wenn auch knapp – der Begründungspflicht Genüge getan, zumal sie nicht jedes einzelne Vorbringen der Beschwerdeführer 1-4 ausdrücklich widerlegen muss. Ob die Begründung rechtlich zutreffend und haltbar ist, ist wiederum keine Frage des formellen Anspruchs auf rechtliches Gehör, sondern der materiellen Beurteilung der Streitfrage.

### **3.**

**3.1** In der Sache strittig sind die Corona-Entschädigungsansprüche. Die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Entscheidung bildet, geht mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über. Die Vorinstanz kann jedoch bis zum Versand ihrer Antwort bzw. bis zum Abschluss des Schriftenwechsels den angefochtenen Entscheid nochmals überprüfen (BGE 130 V 138 E. 4.2, 127 V 228 E. 2b/bb; Bundesgerichtsurteil 2C\_617/2022 vom 21. März 2024 E. 3.3.1). In diesem Fall behandelt das Gericht die Beschwerde weiter, sofern sie durch den neuen Entscheid nicht gegenstandslos geworden ist. Ist mit dem neuen Entscheid eine Schlechterstellung des Versicherten (*reformatio in peius*) verbunden, kommt diesem lediglich der Charakter eines Antrages an den Richter zu (vgl. Kreisschreiben über die Rechtspflege, Rz. 2046 mit Hinweisen).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass im Beschwerdeverfahren noch die Rückforderungen für den Zeitraum vom 17. September 2020 bis zum 30. November bzw. 31. Dezember 2021 strittig sind. Auf die Rückforderungen vom 1. Juni bis zum 16. September 2020 hat die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Vernehmlassung verzichtet. Darauf ist sie zu behaften. In Bezug auf die geltend gemachten Rückforderungsbeträge kommt demgegenüber den neuen, im Rahmen der Beschwerdeantworten beantragten höheren Rückforderungen lediglich der Charakter von neuen Anträgen gleich. Sie sind für das Gericht nicht verbindlich. Anders verhält es sich lediglich in Bezug auf die Beschwerdeführerin 1, deren Betrag zu ihren Gunsten auf CHF 14'605.70 herabgesetzt wurde. Der Rückforderungsanspruch gegenüber ihr wird auf maximal diesen Betrag begrenzt. Unerheblich ist, dass die neuen «Verfügungen vom 8. Mai 2024» abermals nur an die Arbeitgeberin gesandt wurden; sie sind – insoweit sie eine Schlechterstellung bewirken – in jedem Fall nichtig (vgl. KIESER, Kommentar ATSG, 2020, N. 90 zu Art. 53

ATSG; MOSER-SZELESS, Commentaire Romand LPGA, 2018, N. 107 f. zu Art. 53 ATSG; Kreisschreiben über die Rechtspflege, Rz. 2046 mit Hinweisen).

**3.2** Die Vorinstanz erwog, es seien Monatslöhne von CHF 3'000.00, 6'000.00, 7'000.00 und 8'000.00 für den beantragten Zeitraum verbucht und bezahlt worden, weshalb die Voraussetzungen für den Bezug der Erwerbsausfallentschädigung nicht erfüllt seien. Da keine Einkommenseinbussen bestanden hätten, müsse eine Rückforderung der für diesen Zeitraum ausgerichteten Corona-Erwerbsersatzentschädigungen vorgenommen werden.

**3.3** Die Beschwerdeführer 1-4 machen demgegenüber geltend, die Erhöhung der Löhne sei von der Geschäftsleitung im November 2019 beschlossen worden, da ein Geschäftsführer per 2020 ausgeschieden sei. Für alle Leistungsträger habe sich daher das Arbeitsvolumen massiv erhöht, obwohl der Umsatz eingebrochen sei. In Bezug auf den angeblich fehlenden Lohnverlust führen sie aus, die Lohneinbussen seien in der Lohnbuchhaltung nicht sichtbar. Praxisgemäss seien nämlich die Entschädigungen bis am 21. Januar 2022 direkt an die Arbeitgeberin bezahlt worden. Eine Lohneinbusse sei auch anzuerkennen, wenn die Arbeitgeberin eine an sie ausbezahlte Entschädigung als Lohn an einen Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung weiterleite. Die Verbuchung der Entschädigung als Lohn dürfe nicht zu einem Wegfall des Leistungsanspruchs führen. Die Rückforderungen würden Entschädigungen betreffen, die vor der Weisung des BSV vom 21. Januar 2022 verbucht worden seien. Hinsichtlich der Rückforderung sei sodann die Verwirkungsfrist zu prüfen.

#### **4.**

**4.1** Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall kommt hier in der ebenfalls rückwirkend auf den 17. September 2020 in Kraft gesetzten und bis zum 22. Februar 2022 geltenden Fassung zur Anwendung. Danach haben Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und (arbeitgeberähnliche) Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG, die nach AHVG obligatorisch versichert sind, Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz. Vorausgesetzt ist, dass (a.) die Erwerbstätigkeit der Betroffenen aufgrund behördlich angeordneter Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie massgeblich eingeschränkt ist, (b.) sie einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden, und (c.) sie im Jahr 2019 für diese Tätigkeit ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen von mindestens CHF 10'000.00 erzielt haben; diese Voraussetzung gilt sinngemäss, wenn die Tätigkeit nach dem Jahr 2019 aufgenommen wurde; wurde die Tätigkeit nicht während eines vollen Jahres ausgeübt, so gilt diese Voraussetzung proportional zu deren

Dauer (vgl. Bundesgerichtsurteile 9C\_432/2022 vom 20. April 2023 E. 5.1 und 9C\_448/2021 vom 10. Mai 2022 E. 1.2.2).

**4.2** Die Entschädigung beträgt grundsätzlich 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches die jeweilige anspruchsberechtigte Person unmittelbar vor dem Unterbruch der Erwerbstätigkeit erzielt hat. Für die Berechnung des Taggeldes wird das monatliche AHV-pflichtige Einkommen – gemäss den geltenden Berechnungsvorschriften im Bereich der EO/MSE – durch 30 geteilt. Bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sowie mitarbeitenden Ehegatten oder eingetragenen Partnern von Selbstständigerwerbenden beträgt die Entschädigung 80 Prozent des Lohnausfalls im entsprechenden Monat (Kreisschreiben des BSV über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus - Corona-Erwerbsersatz [KS CE], Rz. 1058, gültig ab 17. September 2020, Version 7).

**4.3** Die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ist personen- und nicht unternehmensbezogen. Sie kompensiert den finanziellen Erwerbsausfall einer einzelnen Person, nicht aber den Verlust des Unternehmens. Daraus lässt sich aber nicht der Schluss ziehen, dass in jedem Fall der Anspruch auf einen Covid-19-Erwerbsersatz ausgeschlossen bleibt, wenn und solange die betroffenen Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung oder mitarbeitende Ehegatten ihr monatliches Salär durch ihre Arbeitgeberin weiterhin ausgerichtet erhalten. Vorbehalten bleibt insbesondere bis zum 21. Januar 2022 ein missbräuchlicher Bezug, der seine Grenze jedoch einzig in Form des Doppelbezuges in der Person der betroffenen Arbeitnehmer findet (Bundesgerichtsurteil 9C\_432/2022 vom 20. April 2023 E. 3.4; Versicherungsgericht des Kanton Solothurn VSBES.2022.265 vom 13. November 2023 E. 3.3.3).

**4.4** Nach Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

## **5.**

**5.1** Gestützt auf den Handelsregisterauszug ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführer 2-4 den A \_\_\_\_\_ betrieb als Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung führen. Die Beschwerdeführerin 1 wiederum ist sodann als mitarbeitende Ehegattin im Unternehmen tätig. Damit sind die Genannten als grundsätzlich anspruchsberechtigte Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG zu qualifizieren. Nicht streitig ist weiter, dass die Arbeitgeberin im hier interessierenden Zeitraum von einem Veranstaltungsver-

bot tangiert war, die Voraussetzungen des Umsatzrückgangs erfüllt waren und die betroffenen Personen im Jahr 2019 AHV-pflichtige Erwerbseinkommen von über CHF 10'000 erzielten (vgl. Bericht des Revisors). Zu prüfen ist, ob die betroffenen Personen im fraglichen Zeitraum einen Lohnausfall im Sinne von Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> lit. b Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall erlitten haben.

**5.2** Im Bericht des Revisors vom 19. November 2021 über die vorgenommene Kontrolle vom 27. September 2021 wurde festgestellt, dass den Gesellschaftern die Löhne, wie bis anhin, monatlich weiter ausbezahlt und in der Lohnbuchhaltung entsprechend auch erfasst worden seien. Die Gesellschafter hätten somit keinen direkten Erwerbsausfall erlitten. Gemäss Kontrolltabelle BSV bestehe deshalb für alle Beteiligten eine Überentschädigung. Hätte man dieselben Lohnzahlungen aber wie bei einem Selbstständigerwerbenden über ein Privatkonto ausbezahlt – hätte dies keine Auswirkung auf die Berechnung bei der Überentschädigung zur Folge gehabt. Dies führe zu einer Ungleichbehandlung, die rational nicht begründet werden könne. Er empfahl, trotz kalkulierter Überentschädigung die Covid-Entschädigung zu belassen, und ordnete eine Abklärung beim BSV an.

Nachdem das BSV festgestellt hatte, dass die Ausgleichskassen den Corona-Erwerbsersatz für Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung in vielen Fällen an die Arbeitgeber statt direkt an die Arbeitnehmer ausbezahlten, hatte es im Januar 2022 aufsichtsrechtlich angeordnet, diese Leistung sei «ab sofort» nicht mehr an den Arbeitgeber zu bezahlen. Die beanstandete Auszahlungspraxis bedingte, dass der Arbeitgeber die erhaltenen Entschädigungen doch noch als Lohn ausbezahlte und darauf Sozialversicherungsbeiträge bezahlte. Dies führte zum Problem, dass die Lohneinbussen in der Lohnbuchhaltung nicht mehr sichtbar waren. Wo jedoch die Lohnmeldung von Arbeitnehmern in arbeitgeberähnlicher Stellung bereits Corona-Erwerbsersatz enthielt, durfte die Verbuchung als Lohn nicht zu einem Wegfall des Leistungsanspruchs führen (vgl. E. 1.3 und die dort zitierte Mitteilung des BSV vom 21. Januar 2022).

Das Bundesgericht hat in BGE 148 V 265 seinerseits festgehalten, Art. 19 Abs. 2 ATSG sehe vor, dass Taggelder und ähnliche Entschädigungen in dem Ausmass dem Arbeitgeber zukommen, als er der versicherten Person trotz der Taggeldberechtigung Lohn zahle; nach Art. 7 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall könne der Arbeitgeber die Entschädigung geltend machen, wenn eine Lohnfortzahlung stattfinde. Diese Bestimmungen würden im Fall von Corona-Erwerbsersatz für versicherte Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung jedoch nicht zum Tragen kommen, weil hier eine Lohneinbusse

Anspruchsvoraussetzung sei. Die Auslegung von Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> und 3<sup>ter</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ergebe, dass das Erfordernis des Erwerbs- resp. Lohnausfalls nicht bereits mit der bei der Arbeitgeberin eingetretenen Umsatzeinbusse erfüllt sei. Bei einer versicherten Person in arbeitgeberähnlicher Stellung sei vielmehr entscheidend, ob sie selbst einen Lohnausfall erlitten habe. Ihr Anspruch auf Corona-Erwerbssersatz sei mit anderen Worten subsidiär zur Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber (BGE 148 V 265 E. 5.3.5). In den parlamentarischen Beratungen von Art. 10 Abs. 1 des Entwurfs zum Covid-19-Gesetz (später Art. 15 Abs. 1 Covid-19-Gesetz) wurde herausgestrichen, dass der Anspruch auf Corona-Erwerbssersatz kumulativ zu einer Mindesteinbusse des Umsatzes auch einen Erwerbs- resp. Lohnausfall voraussetzt. Demnach kann die bei der Gesellschaft eingetretene Umsatzeinbusse resp. Verschlechterung des Betriebserfolgs nicht mit einer Lohneinbusse gleichgesetzt werden. Für einen Anspruch gemäss Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ist somit nicht nur ein erheblicher Umsatzrückgang bei der Arbeitgeberin, sondern auch ein Lohnausfall bei den versicherten Personen selbst erforderlich.

**5.3** Aus den vorliegend ins Recht gelegten Akten geht hervor, dass die Arbeitgeberin im Sommer 2020 die versicherten Personen über eine Treuhandfirma bei der Beschwerdegegnerin zum Bezug der Entschädigung anmelden liess. Dabei wurde die Auszahlung der Entschädigung auf das Konto der Arbeitgeberin verlangt (vgl. IBAN). Die Beschwerdegegnerin gewährte in der Folge für die versicherten Personen die Corona-Erwerbssersatzentschädigungen, wobei diese vollumfänglich auf das Konto der Arbeitgeberin überwiesen wurden (vgl. act. 3). Damit lag, wie die Beschwerdeführer 1-4 geltend machen, die Situation gemäss Mitteilung des BSV vom 21. Januar 2022 vor. Laut hinterlegter Abrechnung zahlte die Beschwerdegegnerin der Arbeitgeberin für die versicherten Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung (Beschwerdeführer 2-4) bzw. für die mitarbeitende Ehegattin (Beschwerdeführerin 1) im Zeitraum vom 1. Juni 2020 bis zum 31. Dezember 2021 Corona-Erwerbssersatzentschädigungen von insgesamt CHF 110'612.30 (inkl. Sozialversicherungsbeiträge) aus (S. 18 von act. 33), welche mit Einspracheentscheiden vom 23. Januar 2024 (Beschwerdeführerin 1: CHF 18'190.10, Beschwerdeführer 2: CHF 37'299.45; Beschwerdeführerin 3: CHF 26'408.15; Beschwerdeführer 4: CHF 28'714.60) vollumfänglich zurückgefordert wurden.

Die Beschwerdegegnerin behauptet, den beteiligten Personen seien für den strittigen Zeitraum Löhne ausbezahlt worden. Entsprechende Lohnausweise fehlen in den Akten und wurden von der Beschwerdegegnerin auch nicht eingeholt. Es fehlen sodann Aus-

züge des Kontokorrentkontos der Arbeitgeberin, mit welchen allfällige Lohn(anteil)zahlungen hätten überprüft werden können. Im Weiteren liegen keine Lohnabrechnungen in den Akten, denen hätte entnommen werden können, für welchen Zeitraum bzw. welche Nettolöhne bezahlt worden waren. Auch die Lohnmeldungen an die Beschwerdegegnerin oder die IK-Einträge der Jahre 2020 und 2021 der betreffenden Personen wurden nicht beigezogen. Mithin lassen sich keine Rückschlüsse auf die Vorgänge hinsichtlich der Auszahlung der Löhne ziehen. Insbesondere kann nicht ermittelt werden, zu welchem Zeitpunkt allfällige Löhne an die betroffenen Personen ausbezahlt wurden. Gemäss externem Revisorenbericht ist lediglich von monatlichen Auszahlungen und Erfassungen in der Lohnbuchhaltung die Rede, wobei für September 2020 bis Juni 2021 Auszahlungen betragsmässig erfasst wurden. Dies allein führt jedoch – wie oben dargelegt – für den Zeitraum vor dem 21. Januar 2022 nicht zu einem Wegfall des Leistungsanspruchs. Vielmehr war es gemäss Aufsichtsbehörde bis zur Mitteilung am 21. Januar 2022 Praxis, einen Lohnausfall nach Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall anzuerkennen, wenn die Arbeitgeberin eine an sie ausbezahlte Entschädigung als Lohn an einen Arbeitnehmer/in weiterleitete resp. vorschoss.

Ob dies auch für den vorliegenden Fall zutrifft, kann aufgrund der vorliegenden Akten nicht abschliessend beurteilt werden. Offen bleibt, inwiefern eine allfällige Lohnzahlung mit Blick auf eine Erwerbsersatzentschädigung an eine arbeitgeberähnliche Person vorgängig ausgerichtet wurde, die nachträgliche Auszahlung der Entschädigung jedoch dem Betrieb gutgeschrieben und auch bei diesem verbucht und belassen wurde. In einer solchen Vorgehensweise läge gemäss Dargelegtem kein Doppelbezug bei der Person in arbeitgeberähnlicher Stellung und damit auch kein Missbrauch vor, welcher den Erwerbsersatz ausschliessen würde. Vorbehalten bleibt ein missbräuchlicher Bezug, der seine Grenze jedoch einzig in Form eines Doppelbezuges in der Person der betroffenen Arbeitnehmenden findet. Ob ein derart missbräuchlicher Doppelbezug vorliegt, lässt sich erst mit dem Vorliegen der Jahresrechnung des Betriebes, den Lohnabrechnungen, den Lohnausweisen, den Lohnmeldungen 2020 und 2021 bzw. den entsprechenden IK-Einträgen feststellen. Wurden nämlich in der Erfolgsrechnung die Lohnausfallentschädigungen und die vom Betrieb weiterhin ausgerichteten Löhne separat ausgewiesen, wobei die Entschädigungen dem Betrieb gutgeschrieben und bei diesem entsprechend verbucht wurden, würde jedenfalls kein Hinweis für einen missbräuchlichen Doppelbezug bestehen. Die Beschwerdegegnerin liess in ihrer Vorgehensweise die Mitteilung des BSV vom 21. Januar 2022 ausser Acht, wonach es bis zum 21. Januar 2022 Praxis war, einen Lohnausfall nach Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall anzuerkennen, wenn die Arbeitgeberin eine an sie ausbezahlte Entschädigung als Lohn an einen

Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung bzw. mitarbeitenden Ehegatten weiterleitet bzw. diesem den Lohn in Erwartung der Corona-Entschädigung vorschossen. Für die Zeit bis zur Weisung vom 21. Januar 2022 lässt die Aufsichtsbehörde eine in diesem Sinn verdeckte, faktische Lohneinbusse ausdrücklich genügen; die – trotz erheblicher Umsatzeinbusse erfolgte – Lohnfortzahlung hindert den Leistungsbezug insoweit nicht (Bundesgerichtsurteil 9C\_432/2022 vom 20. April 2023 E. 3.4 und 6.1). Mithin hat die Beschwerdegegnerin, die die Revision durch eine Drittperson durchführen liess, die hier massgebenden Lohnmeldungen, die Buchhaltungsunterlagen des Betriebes, die Lohnausweise sowie die Auszüge der Kontokorrentkonten einzuholen und den Rückforderungsanspruch im Sinne der bis zum 21. Januar 2022 geltenden Weisung des BSV zu prüfen. Sie hat alsdann sicherzustellen, dass der Corona-Erwerbsersatz und der allenfalls deklarierte Restlohn in der Jahreslohnmeldung enthalten sind. Wie erwähnt, darf die Verbuchung als Lohn nicht zu einem Wegfall des Leistungsanspruchs führen. Allfällige von der Arbeitgeberin an die hier betreffenden Personen ausgerichteten «Löhne» hindern den Corona-Entschädigungsanspruch nicht.

**5.4** Der Vollständigkeit halber sei noch ergänzt, dass nicht nachvollziehbar ist, inwiefern eine reduzierte Periode (ab dem 17. September 2020 statt 1. Juni 2020) zu massiv höheren Rückforderungen führen soll (Beschwerdeführer 2: von CHF 37'299.45 auf CHF 87'394.85; Beschwerdegegnerin 3: von CHF 26'408.15 auf CHF 80'579.75; Beschwerdeführer 4: von CHF 28'714.60 auf CHF 98'219.35. Abgesehen davon würden die neu geltend gemachten Rückforderungen zusammengezählt (Beschwerdegegnerin 1 CHF 14'605.70 + Beschwerdeführer 2 CHF 87'394.85 + Beschwerdegegnerin 3 CHF 80'579.75 + Beschwerdeführer 4 CHF 98'219.35 = CHF 280'799.65) die gemäss Abrechnung tatsächlich bezahlten Entschädigungen von insgesamt CHF 110'612.30 bei weitem übertreffen. Auch diesbezüglich besteht Erklärungsbedarf.

**5.5** Nach dem Gesagten ist die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts bzw. zur Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer Corona-Erwerbsersatzentschädigung und zum Erlass allfälliger detailliert begründeter Rückerstattungsverfügungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin hat im Sinne der Erwägungen die Lohnzahlungen abzuklären und die Lohnmeldungen der Arbeitgeberin für die Jahre 2020 und 2021 im Sinne der Mitteilung des BSV vom 21. Januar 2022 zu prüfen. Sie hat auch im Rahmen einer detaillierteren Abrechnung aufzuzeigen, welche Leistungen für welche Perioden erbracht und welche allfälligen Rückforderungen geschuldet wären. Die von der Beschwerdegegnerin mit Entscheiden vom 23. Januar 2024 angeordneten Rückerstattungen der für den Zeitraum vom 17. September 2020 bis

31. Dezember 2021 ausbezahlten Corona-Erwerbsersatzentschädigung kann ohne die vorerwähnten, noch vorzunehmenden Sachverhaltsabklärungen nicht bestätigt werden. Die vorliegend angefochtenen Einspracheentscheide der Beschwerdegegnerin, worin die Rückerstattung der Corona-Erwerbsersatzentschädigungen bestätigt wurden, sind somit aufzuheben. Die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens am 8. Mai 2024 erlassenen Verfügungen der Beschwerdegegnerin sind sodann nichtig. Die von den Beschwerdeführern 1-4 beantragten Einvernahmen erübrigen sich nach dem Dargelegten. Zusammenfassend sind die Beschwerden daher gutzuheissen.

Soweit die Beschwerdeführer 1-4 eine allfällige Verwirkung des Rückforderungsanspruchs geltend machen, sei hier lediglich ergänzend dargelegt, dass die Beschwerdegegnerin mit Revisoren-Bericht vom 19. November 2021 Kenntnis von einem allfälligen Rückforderungsanspruch erhalten hatte. Mit Erlass der Verfügungen vom 29. September 2022 wurde somit grundsätzlich die Verwirkungsfristen (relative und absolute) gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG gewahrt.

## **6.**

**6.1** Nach der Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung selbst bei noch offenem Ausgang des Verfahrens kosten- und entschädigungsrechtlich als vollständiges Obsiegen, unabhängig davon, ob die Rückweisung beantragt wird oder nicht (BGE 137 V 210 E. 7.1). Den rechtsanwaltlich vertretenen Beschwerdeführern 1-4 steht somit eine ordentliche Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdegegnerin zu.

Mangels Einreichung einer Honorarnote setzt das Gericht die Parteientschädigung unter Würdigung der Bedeutung und Schwierigkeit der Streitsache, des Umstandes, des Umfangs der Arbeitsleistung sowie der durch den Rechtsstreit entstandenen Auslagen für alle vier Verfahren auf insgesamt CHF 3'200.00 (bzw. je CHF 800.00 inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) fest (Art. 61 lit. g ATSG; Art. 4 GTar).

**6.2** In Beschwerdeverfahren betreffend die Anwendung der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 1 der Verordnung i.V.m. Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG).

**Das Kantonsgericht erkennt:**

1. Die Beschwerden werden in dem Sinne gutgeheissen, dass die Einspracheentscheide vom 23. Januar 2024 aufgehoben und die Angelegenheiten an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen werden, damit sie im Sinne der Erwägungen den Sachverhalt vervollständigt und die Anspruchsvoraussetzungen sowie eine allfällige Rückforderung der ausbezahlten Corona-Erwerbsentschädigungen prüfe und darüber neu entscheide.
2. Auf die Erlassgesuche wird nicht eingetreten.
3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern 1-4 eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 3'200.00 (bzw. je CHF 800.00 inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

Sitten, 12. September 2024