

200 22 483 EO  
WIS/LUB/WSI

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 24. Juli 2023**

Verwaltungsrichterin Wiedmer, Kammerpräsidentin  
Verwaltungsrichter Furrer, Verwaltungsrichter Kölliker  
Gerichtsschreiber Lüthi

**A. \_\_\_\_\_ GmbH**

Beschwerdeführerin 1

**B. \_\_\_\_\_**

Beschwerdeführer 2

**C. \_\_\_\_\_**

Beschwerdeführerin 3

alle vertreten durch D. \_\_\_\_\_, Rechtsanwältin E. \_\_\_\_\_

gegen

**Ausgleichskasse des Kantons Bern**

Abteilung Beiträge und Zulagen, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern

Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 3. August 2022



## Sachverhalt:

### A.

Die A.\_\_\_\_\_ GmbH (Beschwerdeführerin 1) bezweckt das Betreiben, ... und das ... (vgl. <www.zefix.ch>) und ist der Ausgleichskasse des Kantons Bern (AKB bzw. Beschwerdegegnerin) angeschlossen. Auf entsprechende Anmeldungen hin (act. II 9, 12, 15, 18, 21, 24, 27, 30, 33, 36, 39, 42, 44, 47, 50) richtete die AKB der A.\_\_\_\_\_ GmbH zugunsten der beiden Gesellschafter und Geschäftsführer, B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer 2) und C.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin 3), Corona-Erwerbsersatzentschädigungen für die Zeit vom 24. Oktober 2020 bis 31. Mai 2021 (act. II 10, 13 f., 17, 19 f., 22 f., 25 f., 28 f., 31 f., 34 f., 37 f.) sowie für die Monate August, September, November und Dezember 2021 aus (act. II 40, 43, 45 f., 48 f., 51 f.).

Mit Verfügung vom 1. Juni 2022 forderte die AKB von der A.\_\_\_\_\_ GmbH die in der erwähnten Zeit ausgerichteten Entschädigungen betreffend B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ im Betrag von total Fr. 92'859.85 (Fr. 1'136.95 + Fr. 4'263.50 + Fr. 4'405.65 + Fr. 21'464.70 + Fr. 8'671.15 + Fr. 8'671.15 + Fr. 8'925.30 + Fr. 19'536.75 + Fr. 7'892.35 + 7'892.35) zurück (act. II 1). An dieser Rückforderung hielt sie auf Einsprache hin (act. II 2) mit Entscheid vom 3. August 2022 (act. II 3) fest.

### B.

Mit Eingabe vom 25. August 2022 erhoben die A.\_\_\_\_\_ GmbH, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, alle vertreten durch die D.\_\_\_\_\_, Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_, Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons Bern vom 3. August 2022 sei aufzuheben und von der Rückforderung der Corona-Erwerbsersatzentschädigung für die Zeit vom 24. Oktober 2020 bis 31. Mai 2021 sowie für die Monate August, September, November und Dezember 2021 sei abzusehen.

2. Eventualiter sei die Angelegenheit unter Aufhebung des Einspracheentscheid vom 3. August 2022 zu einem neuen Entscheid in der Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
3. Subeventualiter sei der Rückforderungsbetrag zu erlassen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -

Mit Beschwerdeantwort vom 24. Oktober 2022 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen (vgl. Art. 1 der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus [Covid-19; Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall; SR 830.31]; UELI KIESER, Covid-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in: AJP 2020 S. 557). Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer 2 und die Beschwerdeführerin 3 sind im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt sind (Art. 59 ATSG). Die Beschwerdeführerin 1 als Arbeitgeberin ist mit Blick auf das Erfordernis eines Lohnausfalls der Arbeitnehmenden in arbeitgeberähnlicher Stellung selber grundsätzlich nicht anmelde- und beschwerdeberechtigt (vgl. BGE 148 V 265 E. 1.4.3 S. 270 f.). Da vorliegend die Auszahlung sämtlicher hier zur Diskussion stehenden Corona-Erwerbssersatzentschädigungen jedoch vor

der Mitteilung Nr. 448 des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) an die AHV-Ausgleichskassen vom 21. Januar 2022 (abrufbar unter <sozialversicherungen.admin.ch> Rubrik: AHV/Mitteilungen) an die Beschwerdeführerin 1 (act. II 10, 13 f., 17, 19 f., 22 f., 25 f., 28 f., 31 f., 34 f., 37 f., 40, 43, 45 f., 48 f., 51 f.) erfolgte und sich zudem die Rückforderung gegen sie richtet, ist sie ebenfalls beschwerdelegitimiert (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 20. April 2023, 9C\_432/2022, E. 3.4; vgl. auch E. 2.3.4 hiernach). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. September 1952 über die Erwerbersatzordnung für Dienstleistende und bei Mutterschaft [EOG; SR 834.1]; vgl. zur Zuständigkeitsordnung für die Beurteilung von Beschwerden betreffend die Erwerbsausfallentschädigung aufgrund der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall: BGE 147 V 423 E. 1 S. 425 f.). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 3. August 2022 (act. II 3). Streitig und zu prüfen ist die Rückforderung der Corona-Erwerbersatzentschädigungen für die Zeit vom 24. Oktober 2020 bis 31. Mai 2021 sowie für die Monate August, September, November und Dezember 2021.

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

**1.4** Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

## **2.**

**2.1** Aufgrund der Akten erstellt und unbestritten ist, dass C.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin 3) und B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer 2) mit ihrer Tätigkeit für die A.\_\_\_\_\_ GmbH als unselbstständig Erwerbende Einkommen (von je über Fr. 10'000.--) erzielt (act. II 6/20 [= Beleg 8]) und als

einzigste Gesellschafter und Zeichnungsberechtigte einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung der Beschwerdeführerin 1 hatten (vgl. act. II 2/13; <[www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)>). Der Beschwerdeführer 2 und die Beschwerdeführerin 3 sind in der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Terminologie deshalb als Arbeitnehmende in arbeitgeberähnlicher Stellung i.S.v. Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) zu qualifizieren, die dieser Bestimmung zufolge keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben. Damit sind die auf Angestellte zugeschnittenen Vorschriften des AVIG wie auch die Bestimmungen der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033; AS 2020 877, AS 2020 1201, AS 2020 1777) betreffend arbeitgeberähnliche Personen und die daraus resultierenden Leistungen in den zur Diskussion stehenden Zeiten nicht einschlägig. Arbeitnehmende in arbeitgeberähnlicher Stellung sind im Zusammenhang mit den Covid-19-Sonderregelungen allein den Vorschriften für Selbstständigerwerbende unterstellt. Die vorliegende Angelegenheit ist nach den im Bereich der EO erlassenen Sondervorschriften für Selbstständigerwerbende zu behandeln (vgl. Kreisschreiben des BSV über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus – Corona-Erwerbsersatz [KS CE], Vorwort zur Version 8).

**2.2** Nach Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102; Stand am 19. Oktober 2021, in Kraft ab 1. April 2021 [AS 2021 153] bis 31. Dezember 2022 [AS 2021 878]) 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. Gemäss Abs. 2 gehören zu den Anspruchsberechtigten insbesondere auch Selbstständige nach Art. 12 ATSG sowie Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung. Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat Gebrauch gemacht, indem er unter anderem die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall erliess.

**2.3** Vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 146 V 364 E. 7.1 S. 370, 144 V 210 E. 4.3.1 S. 213). Massgeblich ist deren zum Zeitpunkt der erstmaligen Verfügung über den Leistungsanspruch in Kraft stehende Fassung, da sich die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses beurteilt (BGE 147 V 278 E. 2.1 S. 280). Dies gilt insbesondere auch für die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (BGE 148 V 162 E. 3.2.1 S. 165, 147 V 423 E. 3.1 S. 426).

Die Beschwerdegegnerin richtete mit Abrechnungen vom 1., 10. und 28. Dezember 2020 (act. II 10, 13 f., 17), 7. und 15. Januar 2021 (act. II 19 f., 22 f.), 8. Februar 2021 (act. II 25 f.), 3. März 2021 (act. II 28 f.), 12. April 2021 (act. II 31 f.), 10. Mai 2021 (act. II 34 f.), 10. Juni 2021 (act. II 37 f.), 14. und 27. September 2021 (act. II 40, 43), 18. Oktober 2021 (act. II 45 f.), 10. Dezember 2021 (act. II 48 f.) und 21. Januar 2022 (act. II 51 f.) die Leistungen für die hier interessierende Zeit vom 24. Oktober 2020 bis 31. Mai 2021 sowie für die Monate August, September, November und Dezember 2021 aus. Daher sind die vom Bundesrat am 4. November 2020 rückwirkend per 17. September 2020 bzw. am 18. Dezember 2020 per 19. Dezember 2020 und am 31. März 2021 per 1. April 2021 in Kraft gesetzten Art. 2 Abs. 3 (AS 2020 4571), Abs. 3<sup>bis</sup> (AS 2020 4571) und Abs. 3<sup>ter</sup> (AS 2020 4571, AS 2020 5829, AS 2021 183) Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall anwendbar (vgl. E. 2.3.1 ff. hiernach).

**2.3.1** Gemäss Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (in der hier massgeblichen Fassung [vgl. E. 2.3 hiervor]) sind Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG unter der Voraussetzung von Abs. 1<sup>bis</sup> lit. c (d.h. obligatorisch versichert gemäss dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10]) anspruchsberechtigt, wenn sie:

- a. ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie unterbrechen müs-

- sen (resp. von behördlich angeordneten Betriebsschliessungen betroffen sind); und
- b. einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden.

**2.3.2** Nach Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (in der hier massgeblichen Fassung [vgl. E. 2.3 hiervor]) sind Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG, die nicht unter Abs. 3 fallen (und damit nicht von einer behördlich angeordneten Betriebsschliessung betroffen sind), unter der Voraussetzung von Abs. 1<sup>bis</sup> lit. c anspruchsberechtigt, wenn:

- a. ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten 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 Fr. 10'000.-- erzielt haben.

**2.3.3** Die Erwerbstätigkeit gilt als massgeblich eingeschränkt, wenn pro Monat eine (im Verlauf vom Verordnungsgeber angepasste) bestimmte minimale Umsatzeinbusse im Vergleich zum durchschnittlichen monatlichen Umsatz der Jahre 2015-2019 eingetreten ist (Art. 2 Abs. 3<sup>ter</sup> Satz 1 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall [in der hier jeweils massgeblichen Fassung; vgl. E. 2.3 hiervor]). Es galten folgende minimalen Umsatzeinbussen:

- mindestens 55 % vom 17. September 2020 (AS 2020 4571) bis 18. Dezember 2020 (vgl. AS 2020 5829)
- mindestens 40 % vom 19. Dezember 2020 (AS 2020 5829) bis 31. März 2021 (vgl. AS 2021 183)
- mindestens 30 % ab dem 1. April 2021 (AS 2021 183)

**2.3.4** Im Urteil BGer 9C\_432/2022, E. 3.4, wurde ausgeführt, das BSV habe in seiner Mitteilung an die Ausgleichskassen vom 21. Januar 2022 festgehalten, im Fall von Arbeitnehmern in arbeitgeberähnlicher Stellung müsse der Corona-Erwerbsersatz zwar direkt an die natürliche Person und nicht an den Arbeitgeber (juristische Person) ausbezahlt werden. Eine Datenanalyse habe indessen ergeben, dass die Leistung "in grosser Anzahl" an die Arbeitgeber ausbezahlt werde. Diese Auszahlungsart bedinge, dass

der Arbeitgeber die erhaltene Entschädigung doch noch als Lohn ausbezahle und darauf Sozialversicherungsbeiträge bezahle. Dies führe zum Problem, dass die Lohneinbusse in der Lohnbuchhaltung nicht mehr sichtbar sei. Das Bundesamt habe die Ausgleichskassen beauftragt, dort, wo an Arbeitgeber ausbezahlt wurde, die Lohnmeldungen von Arbeitnehmern in arbeitgeberähnlicher Stellung gezielt zu kontrollieren und sicherzustellen, dass der Corona-Erwerbsersatz und ein allenfalls deklarerter Restlohn in der Jahreslohnmeldung enthalten sei. In diesen Fällen dürfe die Verbuchung als Lohn nicht zu einem Wegfall des Leistungsanspruchs führen. Inskünftig aber dürfe Corona-Erwerbsersatz für Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung nicht mehr an Arbeitgeber ausbezahlt werden. Weiter hielt das BGer fest, dass es bis zur Mitteilung Nr. 448 des BSV vom 21. Januar 2022 Praxis gewesen sei, einen Erwerbs- oder Lohnausfall nach Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall anzuerkennen, wenn die Arbeitgeber eine an sie ausbezahlte Entschädigung als Lohn an einen Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung weiterleiteten resp. diesem den Lohn in Erwartung der Corona-Entschädigung vorschossen. Für die Zeit bis zu dieser Weisung vom 21. Januar 2022 habe die Aufsichtsbehörde eine in diesem Sinn verdeckte, faktische Lohneinbusse ausdrücklich genügen lassen; die – trotz erheblicher Umsatzeinbusse (Art. 2 Abs. 3<sup>ter</sup> der Verordnung) erfolgte – Lohnfortzahlung habe den Leistungsbezug insoweit nicht gehindert. Erst in der Folgezeit sei den Durchführungsstellen und den Arbeitgebern und -nehmern klar gewesen, dass eine derartige Auslegung von Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall unzulässig sei. Schliesslich wies das BGer die Ausgleichskasse an, die Vorgaben in der Mitteilung des BSV vom 21. Januar 2022 u.a. bei der Prüfung der Anspruchs- und Rückforderungsvoraussetzungen zu berücksichtigen (BGer 9C\_432/2022, E. 6.2).

**2.4** Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 ATSG).

Zu Unrecht bezogene Geldleistungen, die auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhen, können, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind,

nur zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichterung; Art. 53 Abs. 2 ATSG) oder die für die prozessuale Revision (wegen vorbestandener neuer Tatsachen oder Beweismittel; Art. 53 Abs. 1 ATSG) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 142 V 259 E. 3.2 S. 260, 130 V 318 E. 5.2 S. 320; SVR 2019 UV Nr. 3 S. 10 E. 3.1; in BGE 147 V 417 nicht publ. E. 4.2).

### 3.

**3.1** Die Beschwerdeführerin 1 musste in der Zeit vom 24. Oktober 2020 (längstens) bis zum 31. Mai 2021 teilweise aufgrund von behördlich angeordneten Massnahmen die Geschäftstätigkeit unterbrechen (vgl. Art. 5a lit. d der Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26] in der Fassung vom 12. Dezember 2020 bzw. Art. 5d Covid-19-Verordnung besondere Lage in der Fassung vom 22. Dezember 2020; Art. 4c Abs. 1 lit. h der kantonalen Verordnung vom 9. Juli 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Massnahmen-Verordnung; BSG 815.123] in der Fassung vom 24. Oktober 2020] bzw. Art. 16 Abs. 1 lit. g Covid-19-Massnahmen-Verordnung in der Fassung vom 5. November 2020; vgl. auch Medienmitteilung des Bundesrates vom 23. Juni 2021 [abrufbar unter <[www.admin.ch](http://www.admin.ch)>, Rubrik: Dokumentationen/Medienmitteilungen]), womit für die Zeit des Erwerbsunterbruchs Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall und für die Zeit der Einschränkung der Erwerbstätigkeit Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall mit den jeweils darin festgehaltenen (kumulativen) Voraussetzungen (vgl. E. 2.3.1 f. hiavor) als Anspruchsgrundlage in Frage kommen.

Was die Voraussetzung gemäss Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> lit. c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall betrifft (AHV-pflichtiges Mindesteinkommen der Beschwerdeführenden 2 und 3 im Jahr 2019 von Fr. 10'000.--), ist diese nach der Aktenlage erfüllt (act. II 6/20 [= Beleg 8]). Was die ebenfalls gemäss Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall i.V.m. Abs. 3<sup>ter</sup> Satz 1 der-

selben Bestimmung vorausgesetzte Umsatzeinbusse anbelangt, ist auch zu Recht unbestritten, dass eine solche im jeweils relevanten Umfang eingetreten ist (durchschnittlicher monatlicher Umsatz der Jahre 2015 bis 2019: Fr. 55'750 [Fr. 3'345'000.-- / 60; act. II 6/21; vgl. Rz. 1041.3 KS CE]; im Vergleich dazu betrug der Umsatz im November 2020 Fr. 19'133.-- (act. II 6/80, 15/7), Dezember 2020 Fr. 14'878.-- (act. II 16/4, 7), Januar 2021 Fr. 0.-- (act. II 24), Februar 2021 Fr. 0.-- (act. II 27), März 2021 Fr. 0.-- (act. II 30), April 2021 Fr. 15'721.70 (act. II 33/5), Mai 2021 Fr. 33'914.55 (act. II 36/5), August 2021 Fr. 30'849.-- (act. II 39/3, 42/4), September 2021 Fr. 8'739.70 (act. II 44/4), November 2021 Fr. 12'621.-- (act. II 47/4) und Dezember 2021 Fr. 12'379.-- (act. II 50/4). Umstritten ist dagegen, ob die kumulative Voraussetzung des Erwerbs- bzw. Lohnausfalls nach Art. 2 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (jeweils lit. b) erfüllt ist.

### **3.2**

**3.2.1** Die Beschwerdegegnerin geht davon aus, dass es sich bei den Zahlungen der Beschwerdeführerin 1 an die Beschwerdeführenden 2 und 3 in der fraglichen Zeit um Lohnzahlungen gehandelt hat und letztere keinen Lohnausfall erlitten haben (act. II 3/2 f.; Beschwerdeantwort S. 7). Die Beschwerdeführenden machen dagegen geltend, dass es sich nicht um Lohnzahlungen, sondern um Vorbezüge der Corona-Erwerbsersatzentschädigungen gehandelt habe (Beschwerde S. 4 Ziff. III B 12; act. II 2/2).

**3.2.2** Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin 1 den Beschwerdeführenden 2 und 3 seit Oktober 2020 durchgehend Beträge ausbezahlt hat, welche ihrem vollen Nettolohn entsprochen haben. Nachdem in den Monaten Januar 2020 bis April 2020 den Beschwerdeführenden 2 und 3 jeweils netto Fr. 3'283.75 (basierend auf einem AHV-pflichtigen Monatslohn von jeweils Fr. 3'715.--) ausbezahlt worden waren, wurden ihnen ab Mai 2020 desselben Jahres jeweils netto Fr. 4'214.45 (basierend auf einem AHV-pflichtigen Monatslohn von jeweils Fr. 4'715.--) ausbezahlt (act. II 6/11, 13 f. [= Beleg 5, 6]); diese Angaben korrelieren mit dem gegenüber der AKB deklarierten "AHV/IV/EO-massgebenden" Jahreslohn von je Fr. 52'580.-- (act. II 53 [beim Beschwer-

deführer 2 beinhaltet der dort deklarierte Lohn die Familienzulagen von Fr. 5'520.--, welche in Abzug zu bringen sind]). Im Jahr 2021 wurden den Beschwerdeführenden 2 und 3 pro Monat jeweils netto Fr. 4'163.25 ausbezahlt (basierend auf einem AHV-pflichtigen Monatslohn von jeweils wiederum Fr. 4'715.--). Zudem wurde den Beschwerdeführenden 2 und 3 je eine Gratifikation von netto Fr. 14'040.-- ausbezahlt (act. II 6/12 [= Beleg 5 Rückseite]; act. II 6/15-17 [= Beleg 6]). Unter Berücksichtigung dieser Gratifikationen (brutto je Fr. 15'000.--) entspricht das AHV-pflichtige Monatseinkommen in den besagten Monaten des Jahres 2021 jeweils Fr. 5'965.-- (Fr. 4'715.-- + 1/12 von Fr. 15'000.--) bzw. das Jahreseinkommen Fr. 71'580.-- (Fr. 5'965.-- x 12), was wiederum mit dem gegenüber der AKB deklarierten "AHV/IV/EO-massgebenden Jahreslohn" korreliert (act. II 4/1 [beim Beschwerdeführer 2 beinhaltet der dort deklarierte Lohn jedoch zusätzlich Fr. 12'000.-- {infolge Falschangabe}, welche in Abzug zu bringen sind; vgl. act. II 6/1 und 8 {= Beleg 3}]). Dies ergibt einen Nettolohn von monatlich Fr. 5'333.25.

Weiter ergibt sich aus den Akten, dass die Beschwerdeführerin 1 für die Beschwerdeführerin 3 und den Beschwerdeführer 2 folgende Corona-Erwerbsersatzentschädigungen (exkl. AHV/IV/EO/ALV-Beiträge) erhielt: Für den Monat Oktober 2020 Fr. 972.80 und Fr. 1'068.80 (Fr. 64.-- + 1'004.80; Abrechnungen [Abr.] vom 1. und 10. Dez. 2020; act. II 10, 13 f.), November 2020 Fr. 3'648.-- und Fr. 4'008.-- (Fr. 240.-- + Fr. 3'768.--; Abr. v. 28. Dez. 2020 und 7. Jan. 2021; act. II 17, 19 f.), Dezember 2020 Fr. 3'769.60 und Fr. 4'141.60 (Abr. v. 15. Jan. 2021; act. II 22 f.), Januar 2021 Fr. 3'769.60 und Fr. 4'141.60 (Abr. v. 8. Feb. 2021; act. II 25 f.), Februar 2021 Fr. 3'404.80 und Fr. 3'740.80 (Abr. v. 3. Mär. 2021; act. II 28 f.), März 2021 Fr. 3'769.60 und Fr. 4'141.60 (Abr. v. 12. Apr. 2021; act. II 31 f.), April 2021 Fr. 3'648.-- und Fr. 4'008.-- (Abr. v. 10. Mai 2021; act. II 34 f.), Mai 2021 Fr. 3'769.60 und Fr. 4'141.60 (Abr. v. 10. Jun. 2021; act. II 37 f.), August 2021 Fr. 3'769.60 und Fr. 4'141.60 (Abr. v. 14. und 27. Sep. 2021; act. II 40, 43), September 2021 Fr. 3'648.-- und Fr. 4'008.-- (Abr. v. 18. Okt. 2021; act. II 45 f.), November 2021 Fr. 3'648.-- und Fr. 4'008.-- (Abr. 10. Dez. 2021; act. II 48 f.) sowie Dezember 2021 Fr. 3'769.60 und Fr. 4'141.60 (Abr. v. 21. Jan. 2022; act. II 51 f.).

Aus den Abrechnungen ist ersichtlich, dass die Corona-Erwerbsersatzentschädigungen auf der Grundlage unterschiedlicher durchschnittlicher Erwerbseinkommen (des Jahres 2019) der Beschwerdeführenden 2 und 3 berechnet wurden (Beschwerdeführer 2: 80 % von Fr. 60'100.--; Beschwerdeführerin 3: 80 % von Fr. 54'580.--). In den jeweiligen Anmeldungen für Corona-Erwerbsersatzentschädigungen wurden beim zu deklarierenden AHV-pflichtigen Erwerbseinkommen des Jahres 2019, welches die Grundlage für die Höhe und Bemessung der obigen Entschädigungen bildete (vgl. Art. 5 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall), beim Beschwerdeführer 2 wohl ebenfalls irrtümlicherweise die Familienzulagen (im Betrag von monatlich Fr. 460.--; vgl. vorheriger Absatz) aufgerechnet; konkret wurde bei der Beschwerdeführerin 3 jeweils Fr. 4'548.-- und beim Beschwerdeführer 2 jeweils Fr. 5'008.-- (= Fr. 4'548.-- + Fr. 460.-- [Familienzulagen]) im Formular eingegeben. Dies bekräftigen auch die Angaben der Beschwerdeführenden in der Zusammenstellung "Übersicht der Löhne für das Jahresende 2020" wie auch für das Folgejahr (act. II 6/11 f. [= Beleg 5 Vor- und Rückseite]) sowie die hiervoor erwähnte Falschdeklaration betreffend Familienzulagen. Damit ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführenden 2 und 3 bereits im Jahr 2019 das gleich hohe durchschnittliche AHV-pflichtige Erwerbseinkommen gehabt hatten und folglich die Corona-Erwerbsersatzentschädigungen für beide auf identischer Grundlage zu berechnen gewesen wären bzw. sind. Dies gilt es nachfolgend zu berücksichtigen.

**3.2.3** Gemäss BGer 9C\_432/2022, E. 3.4, ist bis zur Mitteilung Nr. 448 des BSV vom 21. Januar 2022 praxisgemäss ein Lohnausfall i.S.v. lit. b der Art. 2 Abs. 3 und Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall auch dann anzuerkennen, wenn die Arbeitgeber den Lohn in Erwartung der Corona-Erwerbsersatzentschädigung vorschossen; der Grund hierfür liegt darin, dass die Aufsichtsbehörde bis zur besagten Mitteilung des BSV eine in diesem Sinn verdeckte, faktische Lohneinbusse ausdrücklich genügen liess (vgl. E. 2.3.4 hiervoor). Da vorliegend die zu beurteilende Auszahlung sämtlicher Corona-Erwerbsersatzentschädigungen vor bzw. bis zur Mitteilung des BSV vom 21. Januar 2022 direkt an die Beschwerdeführerin 1 erfolgte und letztere den Beschwerdeführenden 2 und 3 den Lohn weiterhin ausrichtete (vgl. E. 3.2.2 hiervoor), ist gestützt auf die erwähnte höchstrichterli-

che Rechtsprechung grundsätzlich von einem verdeckten Lohnausfall auszugehen. Dass nicht nur 80 % des Lohnes, sondern der ganze Lohn ausbezahlt wurde, ändert am Entschädigungsanspruch als solchem nichts (BGer 8C\_432/2022, E. 6.1 i.V.m. E. 4.1; zum Masslichen siehe sogleich).

Mit Blick auf die in den vorliegend strittigen Monaten von der Beschwerdeführerin 1 an die Beschwerdeführenden 2 und 3 ausgerichteten Zahlungen (vgl. E. 3.2.2 hiervor und Tabelle hiernach) ist ersichtlich, dass ihnen jeweils wesentlich mehr als 80 % des Lohnes bzw. als die bei einem vollumfänglichen Lohnausfall zu erwartende Corona-Erwerbsersatzentschädigungen ausbezahlt wurden (vgl. Art. 5 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Damit kann es sich nicht bei den gesamten von der Beschwerdeführerin 1 ausbezahlten Beträgen um Vorschüsse gehandelt haben. Vielmehr ist einerseits davon auszugehen, dass es sich bei den vorliegend zur Diskussion stehenden Zahlungen der Beschwerdeführerin 1 hauptsächlich um Vorschüsse der Corona-Erwerbsersatzentschädigungen gehandelt hat. Andererseits ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin 1 den Beschwerdeführenden 2 und 3 in den fraglichen Monaten einen Teil des Lohnes bezahlt hat, indem sie die Differenz zwischen den zu erwartenden Corona-Erwerbsersatzentschädigungen und dem vollen Lohn ausglich. Bei der Differenz zwischen dem Nettolohn und der bei einem vollumfänglichen Lohnausfall zu erwartenden Corona-Erwerbsersatzentschädigung (vgl. act. II 14, 20, 23, 26, 28), 32, 35, 38, 40, 43, 46, 49, 52) handelte es sich um effektive Lohnzahlungen. Als Lohnausfall gemäss lit. b der Art. 2 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall kann lediglich die Differenz zwischen dem monatlichen AHV-pflichtigen Lohn im Jahr 2019 (vgl. E. 3.2.2 hiervor) und diesen Lohnzahlungen, aufgerechnet auf das AHV-pflichtige Einkommen, angerechnet werden. Für die fraglichen Monate ergeben sich pro Person folgende tatsächlich ausbezahlte Netto-Löhne:

Monat	Nettolohn	Corona-Erwerbsersatzentschädigung bei vollumfänglichem Lohnausfall exkl. AHV/IV/EO/ALV-Beiträge	Tatsächlich ausbezahlter Lohn netto
Okt. 20	4'214.45	972.80	3'241.65
Nov. 20	4'214.45	3'648.00	566.45
Dez. 20	4'214.45	3'769.60	444.85
Jan. 21	5'333.25	3'769.60	1'563.65
Feb. 21	5'333.25	3'404.80	1'928.45
Mär. 21	5'333.25	3'769.60	1'563.65

Apr. 21	5'333.25	3'648.00	1'685.25
Mai 21	5'333.25	3'769.60	1'563.65
Aug. 21	5'333.25	3'769.60	1'563.65
Sep. 21	5'333.25	3'648.00	1'685.25
Nov. 21	5'333.25	3'648.00	1'685.25
Dez. 21	5'333.25	3'769.60	1'563.65

Nach dem Dargelegten ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie den Anspruch auf Corona-Erwerbsersatzentschädigungen und die Rückforderung auf der Basis dieser tatsächlich ausbezahlten Netto-Löhne neu berechnet und anschliessend erneut verfügt.

**3.3** Bei den zu viel ausbezahlten Corona-Erwerbsersatzentschädigungen handelt es sich um zu Unrecht bezogene Leistungen, welche gestützt auf die formlosen (vgl. Art. 8 Abs. 5 der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall i.V.m. Art. 49 Abs. 1 und Art. 51 ATSG) Abrechnungen vom 1. und 10. Dezember 2020 (betreffend Oktober 2020; act. II 10, 13 f.), 28. Dezember 2020 und 7. Januar 2021 (betreffend November 2020; act. II 17, 19 f.), 15. Januar 2021 (betreffend Dezember 2020; act. II 22 f.), 8. Februar 2021 (betreffend Januar 2021; act. II 25 f.), 3. März 2021 (betreffend Februar 2021; act. II 28 f.), 12. April 2021 (betreffend März 2021; act. II 31 f.), 10. Mai 2021 (betreffend April 2021; act. II 34 f.), 10. Juni 2021 (betreffend Mai 2021; act. II 37 f.), 14. und 27. September 2021 (betreffend August 2021; act. II 40, 43), 18. Oktober 2021 (betreffend September 2021; act. II 45 f.), 10. Dezember 2021 (betreffend November 2021; act. II 48 f.) und 21. Januar 2022 (betreffend Dezember 2021; act. II 51 f.) erfolgten. Zum Zeitpunkt der Rückerstattungsverfügung vom 1. Juni 2022 (act. II 1) war die Rechtsmittelfrist, die bei einer formellen Verfügung 30 Tage betragen hätte (Art. 52 Abs. 1 ATSG), bereits verstrichen. Demzufolge bedarf die Rückforderung der Corona-Erwerbsausfallentschädigungen eines Rückkommenstitels in Form einer Wiedererwägung oder prozessualen Revision (vgl. E. 2.4 hiavor).

Die Beschwerdegegnerin erhielt erst im Zusammenhang mit der Anmeldung für die Corona-Erwerbsausfallentschädigungen für den Monat Februar 2022, das heisst gestützt auf mit Schreiben vom 10. April 2022 zugestellte Unterlagen bzw. Angaben (act. II 6), Kenntnis von den effektiv ausbezahlten AHV-pflichtigen Löhnen in der fraglichen Zeit. Indem die Be-

schwerdegegnerin hiervon erst nachträglich, mithin nach der erfolgten Ausrichtung der Corona-Erwerbsausfallentschädigungen, erfuhr, besteht in diesem Umfang eine die prozessuale Revision begründende neue (erhebliche) Tatsache (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute BGer] vom 11. Oktober 2004, C 85/04, E. 1.3). Die Rückforderung ist unter Berücksichtigung der Verfügung vom 1. Juni 2022 (act. II 1) nicht verwirkt (vgl. Art. 25 Abs. 2 ATSG). Die Beschwerdegegnerin durfte somit auf die ausgerichteten Corona-Erwerbsausfallentschädigungen für die Zeit vom 24. Oktober 2020 bis 31. Mai 2021 sowie für die Monate August, September, November und Dezember 2021 zurückkommen (Art. 53 Abs. 1 ATSG, vgl. E. 2.4 hiavor).

**3.4** Schliesslich machen die Beschwerdeführenden eine Verletzung des Vertrauensschutzes (vgl. Art. 9 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) geltend. Anlässlich einer telefonischen Auskunft anfangs Dezember 2020 sei den Beschwerdeführenden 2 und 3 mitgeteilt worden, dass sie unter der Rubrik Nettolohn eine Null einfügen sollten, da es sich nicht um Lohn, sondern einen Vorbezug der Corona-Erwerbsausfallentschädigungen aus dem Geschäftsvermögen handle (Beschwerde S. 6 Ziff. III lit. C 23; vgl. auch act. II 2/3).

Gemäss den E-Mails der Beschwerdeführenden 2 und 3 vom 4. und 30. Dezember 2020 (act. II 12/6, 6/69, 85) und den handschriftlichen Bemerkungen auf den Anmeldeformularen für die Monate Oktober und November 2020, auf welchen insbesondere bei der Position "Ausbezahltes AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen im Antragsmonat" der maschinenschriftlich angegebene Betrag jeweils handschriftlich durchgestrichen und "0.--" hingeschrieben wurde (act. II 12/1-4, 18/1-6), haben die Beschwerdeführenden die Auskunft erhalten, nachdem sie zunächst für die beiden besagten Monate einen AHV-pflichtigen Lohn deklariert hatten und der Anspruch auf Corona-Erwerbsausfallentschädigungen verneint worden war (act. II 11, 16). Damit scheint sich die Auskunft jedoch einzig auf den Vorbezug der Corona-Erwerbsausfallentschädigung bezogen zu haben, und es lässt sich nichts in Bezug auf den anzugebenden AHV-pflichtigen Lohn ableiten, welchen die Beschwerdeführenden 2 und 3 erhalten hatten. Es liegt kein Verhalten der Beschwerdegegnerin betreffend das im jeweiligen

Antragsmonat zu deklarierende ausbezahlte AHV-pflichtige Erwerbseinkommen vor, welches einen Vertrauensschutz begründen würde. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer 2 in den jeweiligen Anmeldungen, wie bereits ausgeführt (vgl. E. 3.2.2 hiervor), beim AHV-pflichtigen Lohn offenbar jeweils die Familienzulage einrechnete mit der Folge, dass jeweils zu hohe Corona-Erwerbsausfallentschädigungen ausbezahlt wurden, was ebenfalls gegen den Vertrauensschutz spricht.

**3.5** Zusammenfassend ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. August 2022 (act. II 3) aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare (vgl. E. 3.2.3 hiervor) und neu verfüge. Soweit weitergehend ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **4.**

**4.1** In Anwendung von Art. 1 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall i.V.m. Art. 61 lit. <sup>f</sup>bis ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**4.2** Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG).

Nach der Rechtsprechung gilt es unter dem Gesichtspunkt des (bundesrechtlichen) Anspruchs auf eine Parteientschädigung im Streit um eine Sozialversicherungsleistung bereits als Obsiegen, wenn die versicherte Person ihre Rechtsstellung im Vergleich zu derjenigen nach Abschluss des Administrativverfahrens insoweit verbessert, als sie die Aufhebung einer ablehnenden Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu ergänzender Abklärung und neuer Beurteilung erreicht (BGE 137 V 57 E. 2.1 S. 61). Dies gilt unabhängig davon, ob die Rückweisung bean-

trägt oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wird (SVR 2020 KV Nr. 23 S. 112 E. 11.1).

Mit Kostennote vom 31. Oktober 2022 macht Rechtsanwältin E. \_\_\_\_\_ der D. \_\_\_\_\_ ein Honorar von Fr. 4'000.-- (16 Stunden à Fr. 250.--) zuzüglich Auslagen von Fr. 100.-- und Mehrwertsteuer von Fr. 315.70 (7.7 % von Fr. 4'100.--), total Fr. 4'415.70, geltend, was nicht zu beanstanden ist. Demnach ist die Parteientschädigung auf Fr. 4'415.70 (inkl. Auslagen und MWST) festzusetzen; diesen Betrag hat die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführenden zu ersetzen.

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons Bern vom 3. August 2022 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie sie im Sinne der Erwägungen verfare und neu verfüge. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 4'415.70 (inkl. Auslagen und MWST), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwältin E. \_\_\_\_\_ z.H. der Beschwerdeführenden
  - Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen
  - Bundesamt für Sozialversicherungen

Die Kammerpräsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.