

200 22 731 EO  
SCP/SVE/STA

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 6. Februar 2023**

Verwaltungsrichter Schütz, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Jakob, Verwaltungsrichter Knapp  
Gerichtsschreiberin Schwitter

**A. \_\_\_\_\_ GmbH**  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

**Ausgleichskasse GastroSocial**  
Buchserstrasse 1, Postfach, 5001 Aarau  
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2022



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Mit in Rechtskraft erwachsenen Verfügungen vom 3. und 12. November 2021 forderte die Ausgleichskasse GastroSocial (Beschwerdegegnerin) von der A.\_\_\_\_\_ GmbH (Beschwerdeführerin) zu Unrecht bezogene Corona-Erwerbersatzentschädigung für den Zeitraum vom 17. September 2020 bis zum 31. August 2021 im Betrag von total Fr. 21'981.70 zurück (vgl. Akten der Ausgleichskasse GastroSocial, Antwortbeilage [AB] 32 ff. und 44 ff. i.V.m. AB 58 ff., 62 f.). Nachdem die A.\_\_\_\_\_ GmbH am 5. April 2022 um Erlass dieser Rückforderungssumme ersucht hatte (AB 64), wies die Ausgleichskasse GastroSocial das Gesuch mit Verfügung vom 4. August 2022 (AB 67) ab. Daran hielt sie auf Einsprache (AB 68) hin mit Entscheid vom 28. Oktober 2022 (AB 69) fest.

### **B.**

Hiergegen erhob die A.\_\_\_\_\_ GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 29. November 2022 Beschwerde. Sie beantragt sinngemäss, in Aufhebung des Einspracheentscheides vom 28. Oktober 2022 sei die Bezahlung des Rückforderungsbetrages von Fr. 21'981.70 zu erlassen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Beschwerdegegnerin schliesst mit Beschwerdeantwort vom 5. Januar 2023 auf Abweisung der Beschwerde.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. 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. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 1 des Bundesgesetzes vom 25. September 1952 über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende und bei Mutterschaft [EOG; SR 834.1] i.V.m. Art. 58 ATSG; vgl. zur Zuständigkeitsordnung für die Beurteilung von Beschwerden betreffend die Erwerbsausfallentschädigung aufgrund der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall BGE 147 V 423 E. 1 S. 426). 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 28. Oktober 2022 (AB 69). Streitig und zu prüfen ist der Erlass unrechtmässig bezogener Corona-Erwerbsersatzentschädigung vom 17. September 2020 bis zum 31. August 2021 im Betrag von Fr. 21'981.70.

Nicht zu prüfen ist die Rückforderung als solche und deren Höhe; die diesbezüglichen Rückforderungs- und Verrechnungsverfügungen sind in Rechtskraft erwachsen (vgl. AB 32 ff. und 44 ff. i.V.m. AB 58 ff., 62 f.).

**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** 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). Massgebend ist der gute Glaube während des Bezugs der unrechtmässigen Leistung (SVR 2018 EL Nr. 7 S. 17 E. 1.1).

**2.2** Wer einen Rechtsmangel kennt, gilt diesbezüglich nicht als gutgläubig. Sodann darf sich derjenige nicht auf seinen guten Glauben berufen, dem der Mangel bei Anwendung zumutbarer Aufmerksamkeit erkennbar gewesen wäre. Dabei ist diejenige Aufmerksamkeit geboten, die nach den Umständen verlangt werden kann. Diese zivilrechtlichen Grundsätze gelten gleichermassen für den Bereich des Sozialversicherungsrechts (BGE 120 V 319 E. 10a S. 335).

Nach ständiger Rechtsprechung ist der gute Glaube als Erlassvoraussetzung nicht schon mit der Unkenntnis des Rechtsmangels gegeben. Vielmehr darf sich die Leistungsempfängerin oder der Leistungsempfänger nicht nur keiner böswilligen Absicht, sondern auch keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht haben. Daraus erhellt einerseits, dass der gute Glaube von vornherein entfällt, wenn die zu Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- oder Auskunftspflichtverletzung zurückzuführen ist. Andererseits kann sich die rückerstattungspflichtige Person auf den guten Glauben berufen, wenn ihr fehlerhaftes Verhalten nur eine leichte Fahrlässigkeit darstellt. Wie in anderen Bereichen beurteilt sich das Mass der erforderlichen Sorgfalt nach einem objektiven Massstab, wobei aber das den Betroffenen subjektiv Mögliche und Zumutbare (Urteilsfähigkeit, Gesundheitszustand, Bildungsgrad usw.) nicht ausgeblendet werden darf (BGE 138 V 218 E. 4 S. 220; SVR 2022 EL Nr. 7 S. 22 E. 3.1).

**2.3** Eine grosse Härte im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ATSG liegt vor, wenn die vom Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) anerkannten Ausgaben und die zusätzlichen Ausgaben nach Abs. 4 die nach ELG anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11]). Massgebend für die Beurteilung, ob eine grosse Härte vorliegt, ist der Zeitpunkt, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden ist (Art. 4 Abs. 2 ATSV).

**2.4** Guter Glaube und grosse Härte sind kumulativ geforderte Voraussetzungen für den Erlass einer Rückzahlung unrechtmässig bezogener Leistungen (BGE 126 V 48 E. 3c S. 53; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 13. Juni 2019, 8C\_213/2019, E. 4.4).

**2.5** Die Erlassmöglichkeit steht auch juristischen Personen offen (BGE 122 V 270 E. 4 S. 274; ARV 2006 S. 314 E. 3).

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerin bezweckt unter anderem den Betrieb eines ..., das Erbringen von Dienstleistungen im ... und die Durchführung von ... (Events; vgl. zum Zweck <[www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)>). Aufgrund der Akten erstellt und zwischen den Parteien unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin vom 17. September 2020 bis zum 31. August 2021 Corona-Erwerbsersatzentschädigung für ihre beiden Angestellten mit arbeitgeberähnlicher Stellung, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ (Versicherte), in der Höhe von je Fr. 35'646.--, total Fr. 71'292.--, bezog (vgl. AB 3 f., 7 f., 12, 14, 18 f., 22 f., 69). Nachdem die Beschwerdegegnerin Kenntnis darüber hatte, dass die Beschwerdeführerin bereits ab September 2020 den Betrieb des E.\_\_\_\_\_ aus Gründen, die nicht auf Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus zurückzuführen waren, eingestellt hatte (AB 29 f.), berechnete sie den Anspruch auf Corona-Erwerbsersatzentschädigung vom 17. September 2020 bis zum 31. August 2021 – unter Berücksichtigung des Wegfalls der aus dem Betrieb des ... resultierenden Lohnanteile der Versicher-

ten – neu. Daraus resultierte die zurückzuerstattende Forderung von insgesamt Fr. 21'981.70, über deren Erlass vorliegend zu entscheiden ist.

**3.2** Zwischen den Parteien ist zu Recht unbestritten, dass auch juristischen Personen die Möglichkeit des Erlasses offensteht (vgl. E. 2.5 hier vor). Umstritten ist hingegen, ob die Voraussetzungen für einen Erlass (insbesondere grosse Härte; vgl. E. 2.1 hier vor) erfüllt sind.

**3.2.1** Was zunächst die (kumulative) Voraussetzung der grossen Härte betrifft (vgl. E. 2.3 hier vor), ging die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Entscheid davon aus, bei juristischen Personen bedürfe es zur Bejahung einer solchen in analoger Anwendung der Rechtsprechung von Art. 40 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) einer eingetretenen bzw. einer unmittelbar drohenden Überschuldung, wobei gemäss Art. 24 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 2020 über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz, Covid-19-SBüG; SR 951.26) ein Covid-19-Kredit als Eigenkapital und nicht als Fremdkapital zu berücksichtigen sei. Vorliegend fehle es deshalb an einer (drohenden) Überschuldung (vgl. AB 69; Beschwerdeantwort S. 1). Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, es treffe zwar zu, dass eine Überschuldung noch nicht eingetreten sei, weil der ihr gewährte Covid-19-Kredit von Fr. 52'000.-- gemäss Art. 24 Covid-19-SBüG in der Bilanz nicht als Fremdkapital, sondern als Eigenkapital ausgewiesen werde. Allerdings blieben Covid-19-Kredite gemäss Rechnungslegung Fremdkapital (Beschwerde S. 4 Ziff. 12 mit Hinweis auf Botschaft zum Covid-19-SBüG [BBI 2020 8477 8525]).

Ob vorliegend der der Beschwerdeführerin gewährte Covid-19-Kredit als Eigen- oder als Fremdkapital zu gelten hat und infolgedessen von einer bestehenden oder drohenden Überschuldung auszugehen ist, kann mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen offengelassen werden. Denn die Argumentation der Beschwerdegegnerin mit Hinweis auf Art. 40 AHVV bezieht sich auf einen Erlass von nachgeforderten *Beiträgen*, wohingegen vorliegend der Erlass von unrechtmässig bezogenen *Leistungen* in Frage steht. Eine diesbezügliche Differenzierung ist deshalb geboten, weil gemäss Eidgenössischem Versicherungsgericht (EVG; heute BGer) in Be-

zug auf den Erlass von unrechtmässig bezogenen *Leistungen* durchaus Gründe bestehen können, aufgrund welcher die Voraussetzung der grossen Härte schon dann als erfüllt gilt, wenn noch keine Überschuldung besteht oder unmittelbar droht, die Rückerstattung die Gesellschaft jedoch in ernste finanzielle Schwierigkeiten bringen würde. Dabei wird bereits eine den Reingewinn geringfügig übersteigende Rückforderung als geeignet erachtet, die Gesellschaft in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten zu bringen (SVR 2003 IV Nr. 4 S. 10 f. E. 4).

Bei der Corona-Erwerbsentschädigung handelt es sich um eine der Kurzarbeitsentschädigung nachgebildete Leistung insbesondere für arbeitgeberähnliche Personen, welche grundsätzlich keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung beanspruchen können. Dementsprechend rechtfertigt es sich, an den Erlass von zu Unrecht bezogenen Entschädigungen nicht strengere Anforderungen zu stellen, als sie für die Rückerstattung von zu Unrecht bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen gelten. Gemäss den Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft - SECO ist bei der Beurteilung der grossen Härte im Rahmen des Erlasses der Rückzahlung von unrechtmässig bezogenen *Leistungen* auf die durchschnittlichen Reingewinne (Positiv-Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung/Betriebsrechnung) der letzten drei Jahre abzustellen. Dabei wird das Vorliegen einer grossen Härte bereits dann bejaht, wenn die Rückforderungssumme 20 % des durchschnittlichen Reingewinns von drei Jahren übersteigt (vgl. AVIG-Praxis RVEI [Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso] Rz. C7; vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen für das Gericht [BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82, 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228]).

Den Erfolgsrechnungen der Beschwerdeführerin der vier letzten Jahre lassen sich per 31. Dezember 2019 ein Verlust von Fr. 3'530.42 (AB 64), per 31. Dezember 2020 ein Verlust von Fr. 33'214.59 (AB 64), per 31. Dezember 2021 ein Gewinn von Fr. 1'545.05 (AB 66) sowie per 31. Dezember 2022 ein Verlust von Fr. 15'346.90 (AB 66) entnehmen. Aufgrund der ausgewiesenen Verluste und des kaum nennenswerten Gewinns würde eine Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Corona-Erwerbsersatzentschädigung im Betrag von Fr. 21'981.70 die Beschwerdeführerin offensichtlich in grosse finanzielle Schwierigkeiten bringen. Entgegen der Auf-

fassung der Beschwerdegegnerin muss damit die für den Erlass erforderliche Voraussetzung der grossen Härte nach dem hiavor Dargelegten als klar erfüllt gelten.

**3.2.2** Ob die (kumulative) Voraussetzung des guten Glaubens erfüllt war (vgl. E. 2.4 hiavor), prüfte die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid (AB 69) hinsichtlich der Rückforderungstatbestände (Tätigkeit für das ... E. \_\_\_\_\_ und das ...) weder umfassend noch einlässlich, hielt jedoch unter anderem fest, das Mietverhältnis für das ... habe nicht mehr weitergeführt werden können, weil der Eigentümer gemäss Angaben der Beschwerdeführerin Eigenbedarf angemeldet habe (vgl. hierzu auch AB 30; wonach es im ... E. \_\_\_\_\_ ab dem 1. September 2020 keine Geschäftstätigkeit mehr gegeben habe). Zudem könne für eine Tätigkeit, die nicht mehr ausgeübt werde, keine Entschädigung für Lohnausfall beansprucht werden (vgl. hierzu auch Beschwerdeantwort S. 1). Demgegenüber bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe das ... pandemiebedingt schliessen müssen und die Leistungen in gutem Glauben empfangen. Überdies hätte sie, sofern der Vermieter tatsächlich Eigenbedarf angemeldet hätte, eine Fristerstreckung nach Art. 272 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) verlangen können (Beschwerde S. 8 Ziff. 31).

Die genauen Kündigungsmodalitäten sind vorliegend nicht von Relevanz. Entscheidend sind vielmehr die betrieblichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin während der vorliegend interessierenden Rückforderungsperiode, d.h. ob sie sich in der Absicht, das ... weiterzuführen, etwa rechtzeitig und ernsthaft um Ersatzlokalitäten bemüht hatte. Damit erweist sich der Sachverhalt als nicht genügend abgeklärt, um die für den Erlass kumulativ erforderliche Voraussetzung des guten Glaubens zu beurteilen. Folgedessen ist die Sache zur ergänzenden Abklärung – insbesondere der betrieblichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin während der Rückforderungsperiode – an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie im Anschluss an die Abklärung die Voraussetzung des guten Glaubens neu prüfe.

#### 4.

Zusammenfassend ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2022 (AB 69) aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist, damit sie – nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen – neu verfüge. Soweit weitergehend ist die Beschwerde abzuweisen.

## **5.**

**5.1** Da es sich beim hier streitigen Erlass einer Rückforderung nicht um eine Leistungsstreitigkeit handelt (vgl. Beschluss der erweiterten Abteilungskonferenz des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. November 2006; BGE 122 V 221 E. 2 S. 222), ist das vorliegende Verfahren kostenpflichtig (Art. 61 Ingress ATSG i.V.m. Art. 102 ff. VRPG und Art. 1 des Dekrets vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret; VKD; BSG 161.12]; vgl. auch BBI 2018 1639). Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 Satz 1 VRPG). Die Behörde setzt die Gebühr gestützt auf die gesetzliche Gebührenordnung nach pflichtgemäsem Ermessen fest (Art. 103 Abs. 2 VRPG). Die Gebühren für die Beurteilung von Streitigkeiten durch das Verwaltungsgericht betragen auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts Fr. 200.-- bis Fr. 2'500.-- (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 lit. e VKD).

Die Verfahrenskosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 800.--, hat bei diesem Ausgang des Verfahrens die unterliegende Beschwerdegegnerin zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Der von D.\_\_\_\_\_ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.-- ist ihm nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zurückzuerstatten.

**5.2** 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 beantragt 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 25. Januar 2023 macht Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ ein Honorar von Fr. 2'011.30 (7.1833 Stunden à Fr. 280.--) zuzüglich Auslagen von Fr. 67.20 und Mehrwertsteuer von Fr. 160.05 (7.7 % von Fr. 2'078.50), total Fr. 2'238.55, geltend, was sich nach dem gebotenen Aufwand als angemessen erweist. Demnach ist die Parteientschädigung auf Fr. 2'238.55 (inkl. Auslagen und MWST) festzusetzen; diesen Betrag hat die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin zu ersetzen.

#### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Ausgleichskasse GastroSocial vom 28. Oktober 2022 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie – nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen – neu verfüge. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt.
3. Der von dem D.\_\_\_\_\_ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.-- wird ihm nach Rechtskraft des Urteils zurückerstattet.

4. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 2'238.55 (inkl. Auslagen und MWST), zu ersetzen.
5. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. der Beschwerdeführerin
  - Ausgleichskasse GastroSocial
  - Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Kammerpräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**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.