



<b>Fall-Nr.:</b>	EO 2021/15
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	EO - Erwerbsersatz für Dienstleistende in Armee, Zivildienst, Zi
<b>Publikationsdatum:</b>	28.02.2023
<b>Entscheiddatum:</b>	12.01.2023

### **Entscheid Versicherungsgericht, 12.01.2023**

**Art. 2 Abs. 3ter und Art. 3 Abs. 3bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (Stand am 6. Juli 2020). Art. 25 Abs. 1 ATSG. Corona-Erwerbsausfallentschädigung für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung. Erlass der Rückerstattung. Guter Glaube. Der Beschwerdeführer war bis zum 5. Juli 2020 in selbstständiger Stellung erwerbstätig. Per 6. Juli 2020 wandelte er seine Einzelunternehmung (nach eigenen Angaben rückwirkend per 1. Januar 2020) in eine GmbH um. Die Beschwerdegegnerin forderte in der Folge die bereits ausbezahlte Corona-Erwerbsersatzentschädigung für den gesamten Zeitraum vom 17. März 2020 bis zum 16. September 2020 zurück, da er als arbeitgeberähnliche Person (Inhaber einer GmbH) keinen Anspruch darauf gehabt habe. Der Beschwerdeführer liess die Rückforderung in Rechtskraft erwachsen, macht aber geltend, die Entschädigung in gutem Glauben bezogen zu haben. Guter Glaube bejaht für den Zeitraum vor der Geschäftsumwandlung, da während der Ausübung der selbstständigen Erwerbstätigkeit tatsächlich ein Anspruch auf Corona-Erwerbsersatzentschädigung bestanden hat (E. 2.2). Dagegen ist der gute Glaube für den Zeitraum ab dem Eintrag der GmbH in das Tagebuch des Handelsregisters zu verneinen, da der Beschwerdeführer nicht ohne Weiteres davon hätte ausgehen dürfen, dass die Änderung der Rechtsform seiner wirtschaftlichen Tätigkeit und damit seines sozialversicherungsrechtlichen Status keinen Einfluss auf den Entschädigungsanspruch haben würde (E. 2.4) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. Januar 2023, EO 2021/15). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 9C\_205/2023.**

**Entscheid vom 12. Januar 2023**

Besetzung



## St.Galler Gerichte

Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann (Vorsitz), Marie Löhner und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Geschäftsnr.

EO 2021/15

Parteien

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

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Johannes Roelli, Scheffelstrasse 2, 9000 St. Gallen,

gegen

**Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen**, Ausgleichskasse,  
Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen,

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

**Erwerbsausfallentschädigung (Corona Erwerb ersatz; Erlass Rückforderung)**

**Sachverhalt**

**A.**

**A.a.** A.\_\_\_\_ war seit dem 1. Oktober 2016 bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse (im Folgenden: Ausgleichskasse), als Selbstständigerwerbender erfasst (act. G 5.1/6). Am 24. März 2020 stellte er einen Antrag auf EO-Corona-Entschädigung (act. G 5.1/39). In der Folge wurden ihm für den Zeitraum vom 17. März 2020 bis zum 16. September 2020 Taggelder, basierend auf



einem Tagesansatz von Fr. 103.20, ausgerichtet (act. G 5.1/45, 46, 49, 53, 58, 59 und 61).

**A.b.** Am 27. Juli 2020 meldete der Versicherte, dass er seine Einzelunternehmung B.\_\_\_\_ rückwirkend per 1. Januar 2020 in eine GmbH umgewandelt habe (B.\_\_\_\_ gmbh [act. G 5.2/3]). Auf Rückruf des Versicherten wies ihn die Ausgleichskasse am 14. August 2020 darauf hin, dass er die bezogene Corona-Erwerbsausfallentschädigung zurückerstatten müsse, wenn die Umwandlung rückwirkend per 1. Januar 2020 erfolge, und bot ihm an, mit seiner Buchhaltung abzuklären, ob das Umwandlungsdatum verschoben werden könnte. Zudem wies sie ihn darauf hin, dass er betreffend Kurzarbeitsentschädigung bei der Arbeitslosenkasse nachfragen solle. Es wurde vereinbart, dass sich der Versicherte in zwei bis drei Wochen wieder melden werde (Telefonnotiz Sachbearbeitung vom 14. August 2020 [act. G 5.2/10]). Auf entsprechendes Begehren vom 17. August 2020 - er brauche etwas Schriftliches - teilte ihm die Ausgleichskasse gleichentags mit, er habe keinen Anspruch mehr auf Corona-Erwerbsausfallentschädigung, da er seine GmbH rückwirkend per 1. Januar 2020 angemeldet habe. Eventuell seien die Daten seiner Anmeldung für die Abklärung der Kurzarbeitsentschädigung relevant (E-Mail-Verkehr [act. G 5.2/5 f.]). Mit E-Mail vom 7. Oktober 2020 erkundigte sich die zuständige Sachbearbeiterin der Ausgleichskasse nach dem Stand der Dinge und setzte dem Versicherten eine Frist bis 7. November 2020, um ihr mitzuteilen, auf wann die Umwandlung der Einzelunternehmung in eine GmbH definitiv vorgenommen werden solle (act. G 5.2/7). Mit Antwort vom 8. Oktober 2020 monierte der Versicherte, aus dem Gespräch vom 14. August 2020 sei für ihn nichts Konkretes hervorgegangen. Auch habe er die angebehrte schriftliche Stellungnahme mit einer konkreten Fragestellung nicht erhalten. Mit E-Mail vom 17. August 2020 sei ihm lediglich beschieden worden, dass er keinen Anspruch mehr habe. Seine Abklärungen sowohl bei der Arbeitslosenkasse (betreffend Kurzarbeitsentschädigung) als auch bei seinem Anwalt hätten lediglich ergeben, dass er nichts unternehmen müsse (act. G 5.2/9). Am 9. Oktober 2020 erfasste die Ausgleichskasse die B.\_\_\_\_ gmbh rückwirkend per 1. Januar 2020 als Arbeitgeberin und hob das Abrechnungskonto von A.\_\_\_\_ auf (act. G 5.1/65 und 5.2/8).

**A.c.** Mit Verfügungen vom 12. Oktober 2020 forderte die Ausgleichskasse von A.\_\_\_\_ die für den Zeitraum vom 17. März 2020 bis zum 16. September 2020 bezogene



Corona-Erwerbsausfallentschädigung im Umfang von insgesamt Fr. 17'987.15 (netto) zurück (act. G 5.1/68 f.).

**A.d.** Mit Einsprache vom 11. November 2020 führte A.\_\_\_\_ aus, er habe nach Eintritt der Coronapandemie im März 2020 sowohl mit der SVA St. Gallen als auch mit dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen seine Situation besprochen, um seinen Anspruch auf Unterstützungszahlungen zu prüfen. Dabei habe er ausdrücklich erwähnt, dass er gedenke, seine Einzelunternehmung im Laufe des Jahres aus strukturellen Gründen rückwirkend auf den 1. Januar 2020 in eine GmbH umzuwandeln. Sowohl die SVA St. Gallen wie auch das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen hätten ausgeführt, dass zum damaligen Zeitpunkt einzig die Möglichkeit bestehe, bei der SVA Unterstützung bezüglich des Erwerbsausfalls anzufordern. Zu keinem Zeitpunkt hätten ihn die zuständigen Amtsstellen auf mögliche negative Konsequenzen als Folge der Umwandlung seiner Einzelunternehmung in eine GmbH hingewiesen. Er habe die fragliche Erwerbsersatzentschädigung von der SVA St. Gallen in gutem Glauben und nach allen notwendigen Abklärungen erhalten. Diese finanzielle Unterstützung sei für ihn und sein Unternehmen existenziell gewesen und er habe damit den Betrieb knapp aufrechterhalten können. Die Mittel seien jedoch aufgebraucht. Eine Rückforderung würde für ihn eine äusserst grosse Härte bedeuten. Die Situation sei für ihn schwer nachvollziehbar, hätten doch gemäss aktueller Massnahmenübersicht des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) auch im eigenen Betrieb angestellte Führungskräfte Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz. Unter den geschilderten Umständen sei die Rückforderungsverfügung aufzuheben und der geforderte Betrag sei zu erlassen (act. G 5.1/71).

**A.e.** Mit Entscheid vom 16. März 2021 wies die Ausgleichskasse die Einsprache ab. Mit der ab Januar 2020 rückwirkenden Anmeldung der GmbH und der damit verbundenen Aufhebung seiner Erwerbstätigkeit als Selbstständigerwerbender sei die Rechtsgrundlage für die Ausrichtung der Corona-Erwerbsausfallentschädigung an den Einsprecher entfallen. Es stehe dem Einsprecher jedoch frei, spätestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Einspracheentscheids bzw. eines allfälligen Urteils ein Erlassgesuch zu stellen. Auf diesen Antrag sei nicht zum jetzigen Zeitpunkt einzutreten (act. G 5.1/76).



**A.f.** Mit Verfügung vom 19. Mai 2021 wies die Ausgleichskasse das in der Einsprache vom 11. November 2020 enthaltene Erlassgesuch ab. Der Versicherte habe am 30. Juli 2020 die Anmeldung seiner GmbH, rückwirkend per 1. Januar 2020, eingereicht. Zu diesem Zeitpunkt sei ihm bekannt gewesen, dass eine Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit Konsequenzen für die Corona-Erwerbsausfallentschädigung zur Folge habe. Er sei telefonisch darüber aufgeklärt worden, dass die Entschädigung zurückzuerstatten sei, wenn die Umwandlung der Einzelunternehmung in eine GmbH rückwirkend auf den 1. Januar 2020 vollzogen werde. Ebenfalls sei ihm angeboten worden, den Zeitpunkt der Umwandlung auf einen späteren Zeitpunkt zu legen. Es sei dem Versicherten theoretisch möglich gewesen, die Umwandlung per 1. Juli 2020 zu vollziehen. Spätestens ab diesem Zeitpunkt sei ihm bewusst gewesen, dass der Anspruch auf eine Corona-Erwerbsausfallentschädigung an den Status eines Selbstständigerwerbenden gekoppelt sei und die rückwirkende Aufgabe der Selbstständigkeit eine Rückforderung der Entschädigung zur Folge habe. Es sei somit nicht vom guten Glauben des Versicherten auszugehen (act. G 5.1/77).

**A.g.** Am 28. Mai 2021 reichte der Versicherte seinerseits ein (weiteres) Erlassgesuch ein. Die Rückforderung der Corona-Entschädigung sei im gesamten Betrag von Fr. 18'988.80 zu erlassen. Er wies nochmals darauf hin, dass er sich sowohl bei der SVA St. Gallen als auch beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen erkundigt habe und ihm mitgeteilt worden sei, dass er einzig die Möglichkeit habe, bei der SVA Unterstützung bezüglich des Erwerbsausfalls anzufordern. Er sei jedoch von keiner Amtsstelle auf mögliche negative Konsequenzen einer Geschäftsumwandlung hingewiesen worden. Insbesondere sei er nie über die heute offenbar problematische Differenzierung zwischen selbstständiger Erwerbstätigkeit und alleiniger Geschäftsführung bei einer juristischen Person aufgeklärt worden. Dies wäre zentral gewesen für eine Auskunft suchende Person ohne spezifische Kenntnisse in diesem Bereich. Die Rückwirkung der Umwandlung sei ausschliesslich aus praktischen Überlegungen erfolgt und habe faktisch nichts an seiner Situation als Selbstständigerwerbender geändert. Er habe sich bei den zuständigen Stellen erkundigt und sein Handeln sei als richtig beurteilt worden. Darauf habe er in gutem Glauben vertraut. Auch aus dem Mailverkehr mit der Ausgleichskasse sei zu keinem Zeitpunkt ersichtlich gewesen, weshalb die rein buchhalterische Rückwirkung der



Gründung einen Einfluss auf seine Erwerbsausfallentschädigung haben sollte. Es sei ihm nicht bewusst gewesen, dass die Veränderung seiner strukturellen Arbeitsgrundlage eine Veränderung seiner Ansprüche bewirken könne. Zudem hätte nach der Massnahmenübersicht des BSV vom 4. November 2020 auch in seinem Fall Anspruch auf die Entschädigung bestanden (act. G 5.1/79).

**A.h.** Am 18. Juni 2021 erhob der Versicherte Einsprache gegen die Verfügung vom 19. Mai 2021. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, gemäss Rechtsmittelbelehrung des Einspracheentscheids vom 16. März 2021 betreffend Rückforderung könne innert 30 Tagen nach dessen Rechtskraft ein Erlassgesuch gestellt werden. Unter Berücksichtigung dieses Fristenlaufs und des Fristenstillstands vor und nach Ostern habe er das Erlassgesuch vom 28. Mai 2021 rechtzeitig eingereicht. Die angefochtene Verfügung sei somit innert laufender Frist und entgegen den gesetzlichen Bestimmungen sowie den Ausführungen im Einspracheentscheid vom 16. März 2021 ergangen (act. G 5.1/80).

**A.i.** Mit Entscheid vom 3. November 2021 wies die Ausgleichskasse die Einsprache ab. Aus der Beurteilung des in der Einsprache vom 11. November 2020 enthaltenen Erlassgesuchs sei dem Einsprecher kein Rechtsnachteil erwachsen. In materieller Hinsicht führte sie aus, der Einsprecher habe gestützt auf die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, die für Selbstständigerwerbende eine Entschädigung vorgesehen habe, am 24. März 2020 eine Anmeldung für den Corona-Erwerbsersatz eingereicht. Mit Auflösung seiner Einzelunternehmung und Gründung einer GmbH sei für ihn der Anspruch auf Erwerbsersatz erloschen. Auf der Anmeldung für den Corona-Erwerbsersatz habe er explizit erklären müssen, dass er selbstständig erwerbend und nicht als Arbeitnehmer tätig gewesen sei. Nach der Gründung der B.\_\_\_\_ gmbh habe er nicht mehr als Selbstständigerwerbender gegolten, was ihm hätte bekannt sein sollen. Als der Einsprecher die Löschung seiner Einzelfirma der Ausgleichskasse gemeldet habe, habe er gewusst, dass auch sein Status als Selbstständigerwerbender erlöschen und dies Konsequenzen für die Corona-Entschädigung haben würde. Er sei darauf aufmerksam gemacht worden, dass diese an den Status als Selbstständigerwerbender gekoppelt sei. Er sei somit beim Bezug der zu viel bezogenen Leistungen nicht gutgläubig gewesen (act. G 5.1/86).



**A.j.** Am 6. Dezember 2021 reichte der Versicherte bei der Ausgleichskasse ein Gesuch ein mit dem Begehren, den Einspracheentscheid vom 16. März 2021 betreffend Rückforderung in Wiedererwägung zu ziehen. Der fragliche Einspracheentscheid sei zweifellos unrichtig, nachdem dort ausgeführt werde, auf die Corona-Entschädigung hätten nach Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall nur Selbstständigerwerbende im Sinn von Art. 12 ATSG Anspruch, nicht jedoch unselbstständig Erwerbende. Vielmehr hätten seit der Regelung vom 8. Oktober 2020, die rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft getreten sei, ausdrücklich auch unselbstständig erwerbende Gesellschafter wie der Beschwerdeführer Anspruch auf die Corona-Erwerbsausfallentschädigung. Im Weiteren sei beim fraglichen Rückforderungsbetrag die Erheblichkeit der Korrektur gegeben (act. G 5.1/87). Mit Verfügung vom 19. Januar 2022 trat die Ausgleichskasse auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft (act. G 5.1/92).

### **B.**

**B.a.** Mit Beschwerde vom 6. Dezember 2021 beantragt der Versicherte die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 3. November 2021. Die Rückforderung der bezogenen Corona-Entschädigungen vom 17. März 2020 bis zum 16. September 2020 von insgesamt Fr. 17'987.15 (netto) sei zu erlassen. Eventualiter sei die Rückforderung der bezogenen Corona-Entschädigung vom 17. März 2020 bis zum 30. Juni 2020 von insgesamt Fr. 10'362.10 (richtig: Fr. 10'362.20) zu erlassen. Die Beschwerdegegnerin gehe fehl in der Annahme, dass er um die Konsequenzen gewusst habe, als er seine Einzelunternehmung gelöscht habe, und dass er darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass dies eine Rückforderung der erhaltenen Entschädigung zur Folge haben würde. Massgebender Zeitpunkt, in welchem der gute Glaube vorgelegen haben müsse, sei der Erhalt der Leistung. Er habe die Entschädigungen seit März 2020, als er noch den Status eines Selbstständigerwerbenden innegehabt habe, monatlich jeweils zum Monatsende bekommen. Zu diesem Zeitpunkt sei der Bezug rechtmässig gewesen, womit keine Bösgläubigkeit vorliegen könne. Er habe sich zu einem früheren Zeitpunkt mit der Möglichkeit befasst, seine Einzelunternehmung in eine GmbH umzuwandeln. Dies habe er bereits bei der Anmeldung zum Leistungsbezug angesprochen bzw. die Ausgleichskasse darüber in Kenntnis gesetzt.



## St.Galler Gerichte

Verständlicherweise habe das keine Konsequenzen gehabt und er sei auch nicht über solche orientiert worden. Der Leistungsbezug sei somit jederzeit rechtmässig gewesen. Weiter sei zu beachten, dass ein gewichtiges öffentliches Interesse daran bestehe, dass nicht nur unselbstständig (gemeint wohl: selbstständig) Erwerbende für ihren Erwerbsausfall entschädigt werden sollten, sondern auch jene erwerbstätigen Personen, die von der Kurzarbeitsentschädigung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes ausgeschlossen seien. Hervorzuheben sei, dass am 8. Oktober 2020 Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft getreten sei. Gemäss Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall in Verbindung mit Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG seien Selbstständigerwerbende und versicherte 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 könnten, anspruchsberechtigt, wenn sie ihre Erwerbstätigkeit auf Grund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie unterbrechen müssten und einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden würden. Der Beschwerdeführer sei als einziger Gesellschafter und als Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ gmbh im Handelsregister eingetragen und gelte somit als arbeitgeberähnliche Person. Aus heutiger Sicht betrachtet, hätte er sowohl als Selbstständigerwerbender wie auch als Gesellschafter einer GmbH Anspruch auf die erhaltene Corona-Entschädigung gehabt. Er sei damit gutgläubig gewesen. Die angepassten rechtlichen Bestimmungen machten die Leistungen ebenso rückwirkend rechtmässig, wie die rückwirkende Umgründung den Anspruch als Selbstständigerwerbender habe wegfallen lassen. Zur grossen Härte wird ausgeführt, dass die Rückforderung gemäss Verfügung vom 12. Oktober 2020 für sein Kleinunternehmen zusätzliche massive finanzielle Schwierigkeiten nach sich ziehen würde. Er habe den Betrieb knapp aufrechterhalten können und die Rückzahlung der erhaltenen Entschädigungen würde für ihn eine äusserst grosse Härte bedeuten. Zusammengefasst seien damit die Voraussetzungen für den Erlass der Rückforderung gegeben. Die Rückforderung sei im vollen Umfang von Fr. 17'987.15 zu erlassen. Sollte der gute Glaube ab Juli 2020 verneint werden, seien lediglich die Vergütungen ab dem 1. Juli 2020, mithin für 78 Tage (1. Juli 2020 bis 16. September 2020), zurückzuerstatten (act. G 1).



## St.Galler Gerichte

**B.b.** Nach erfolgtem Nichteintreten der Beschwerdegegnerin auf das Wiedererwägungsgesuch macht der Beschwerdeführer mit Ergänzung vom 15. Februar 2022 nochmals geltend, dass die Rückforderung auf der alten Fassung von Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall beruhe (act. G 3).

**B.c.** Mit Eingabe vom 14. März 2022 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und verweist zur Begründung auf den angefochtenen Einspracheentscheid vom 3. November 2021 (act. G 5).

**B.d.** Mit Schreiben vom 12. April 2022 verzichtet der Beschwerdeführer auf weitere Ausführungen und hält vollumfänglich an den in der Beschwerde gemachten Anträgen und Ausführungen fest (act. G 10).

## Erwägungen

### 1.

**1.1.** Nach Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer jedoch Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. Die Rückerstattung kann somit nur erlassen werden, wenn die beiden Voraussetzungen des gutgläubigen Empfangs und der grossen Härte kumulativ erfüllt sind.

**1.2.** Die Rechtsordnung geht grundsätzlich von der Vermutung des guten Glaubens aus (vgl. Art. 3 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [ZGB; SR 210]). Ein gutgläubiger Bezug einer Sozialversicherungsleistung liegt vor, wenn das Bewusstsein über den unrechtmässigen Leistungsbezug fehlt, sofern dieses Fehlen in einer objektiven Betrachtungsweise unter den konkret gegebenen Umständen entschuldbar ist. Er besteht insbesondere dann, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2020, Art. 25 Rz 65).

**1.3.** Der gute Glaube als Erlassvoraussetzung ist nicht schon dann gegeben, wenn der Rechtsmangel der leistungsbeziehenden Person unbekannt war. Nach der Rechtsprechung ist bezüglich der Erlassvoraussetzungen zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage zu unterscheiden, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann bzw. ob



er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen (BGE 122 V 221 E. 3 mit Hinweisen). Massgeblich ist der gute Glaube während des Leistungsbezuges (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 25 Rz 65). Wer einen Rechtsmangel kennt oder bei Anwendung der zumutbaren Aufmerksamkeit kennen könnte, gilt diesbezüglich nicht als gutgläubig. Dabei ist diejenige Aufmerksamkeit geboten, die nach den Umständen verlangt werden kann. Dies lässt sich nur im Einzelfall in Würdigung aller Gegebenheiten beurteilen, wobei von objektiven Kriterien auszugehen ist (Art. 3 Abs. 2 ZGB analog; BGE 120 V 319 E. 10a mit Hinweisen). Eine leichte Verletzung der Melde- oder Auskunftspflicht schliesst dabei eine Berufung auf den guten Glauben noch nicht aus (BGE 138 V 218 E. 4 mit Hinweisen; BGE 110 V 176 E. 3c). Das Verhalten, das den guten Glauben ausschliesst, braucht nicht in einer Melde- oder Anzeigepflichtverletzung zu bestehen. Auch ein anderes Verhalten, z.B. die Unterlassung, sich bei der Verwaltung zu erkundigen, fällt in Betracht (Urteile des Bundesgericht 8C\_178/2018 vom 6. August 2018 E. 3.1; 9C\_184/2015 vom 8. Mai 2015 E. 2; C 257/97 vom 23. Dezember 1997 E. 4b, in: ARV 1998 Nr. 41 S. 234).

## 2.

**2.1.** Die Beschwerdegegnerin verneinte die vorliegend umstrittene Erlassvoraussetzung des guten Glaubens im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer bei der Umwandlung seiner Einzelunternehmung in eine GmbH gewusst habe, dass damit auch sein Status als Selbstständigerwerbender erlöschen und dies Konsequenzen für die Corona-Entschädigung haben werde. Er sei darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Corona-Entschädigung an den Status als Selbstständigerwerbender gekoppelt sei und die Aufgabe der Selbstständigkeit eine Rückforderung zur Folge haben werde. Demgegenüber begründet der Beschwerdeführer seinen guten Glauben im Wesentlichen damit, dass er aus heutiger Sicht sowohl als Selbstständigerwerbender wie auch als Gesellschafter einer GmbH Anspruch auf Corona-Erwerb ersatzentschädigung gehabt hätte und der Leistungsbezug somit jederzeit rechtmässig erfolgt sei. Damit könne keine Bösgläubigkeit vorliegen.

**2.2.** Tatsächlich wurde die B.\_\_\_\_ gmbh erst am 6. Juli 2020 in das Tagebuch des Handelsregisters des Kantons St. Gallen eingetragen (Handelsregisterauszug, abgerufen am 17. Juni 2022 und 13. Januar 2023). Die Gesellschaft erlangte die Rechtspersönlichkeit somit erst an diesem Datum (Art. 779 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; abgekürzt OR; SR 220]). Auch in Bezug auf den sozialversicherungsrechtlichen Status des Beschwerdeführers ist auf das Tagebuchdatum des Eintrags der übernehmenden GmbH im Handelsregister



abzustellen. Dies gilt selbst dann, wenn die Übernahme von Aktiven und Passiven der Einzelfirma durch die neue Gesellschaft rückwirkend erfolgt (Rz 1062 der Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherungen über die Selbstständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen [WSN], Fassung vom 1. Januar 2020). Nachdem grundsätzlich niemand bei einer juristischen Person angestellt sein kann, die (noch) gar nicht existiert, ist unbeschadet der nachmaligen Umwandlung der Einzelunternehmung in eine GmbH davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zumindest bis zum 5. Juli 2020 den sozialversicherungsrechtlichen Status eines Selbstständigerwerbenden innehatte und damit zweifellos ab 17. März 2020 Anspruch auf Corona-Erwerbsersatzentschädigung hatte. Da der im Zeitpunkt des Bezugs der Taggeldleistungen bis 5. Juli 2020 bestehende gute Glaube grundsätzlich nicht rückwirkend dahinfallen kann, wäre der Beschwerdeführer selbst dann als gutgläubig anzusehen, wenn die Steuerbehörde eine rückwirkende Umwandlung der Einzelunternehmung in eine GmbH anerkannt hätte (vgl. Rz. 1062.1, in den Fassungen ab 1. Januar 2021). Anders wäre höchstens zu entscheiden, wenn der Beschwerdeführer die Umwandlung der Rechtsform bewusst rückwirkend veranlasst hätte, um unrechtmässig in den Genuss von Corona-Erwerbsersatzentschädigung zu gelangen, womit aber nicht der gute Glaube rückwirkend zerstört würde, sondern von Anfang an kein solcher bestanden hätte. Für solche unlauteren Absichten gibt es aber vorliegend keine Anhaltspunkte, auch wenn sich der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben zu einem früheren Zeitpunkt mit der Möglichkeit befasst habe, seine Einzelunternehmung in eine GmbH umzuwandeln, und diesen Umstand bereits bei der Anmeldung angesprochen habe (act. G 1 Ziff. B.5, S. 7, act. G 5.1/71.1). Damit ist die Erlassvoraussetzung des guten Glaubens für die bis 5. Juli 2020 erhaltenen Taggelder als erfüllt anzusehen. Der Beschwerdeführer meldete der Beschwerdegegnerin die Umwandlung am 27. Juli 2020 (act. G 5.2/3). Die Abrechnung für den Juli 2020 datiert erst am 31. Juli 2020 und die Auszahlung der Taggelder wurde darin für die nächsten Tage angekündigt (act. G 5.1/58). Demnach kann dem Beschwerdeführer der gute Glaube für die Juli-Taggelder nicht mehr zuerkannt werden. Jener für die Juni-Taggelder jedoch schon, da die entsprechende Abrechnung am 30. Juni 2020 erfolgte und die Zahlungen kurz danach (act. G 5.1/53).

**2.3.** Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers bestand dagegen für den Zeitraum ab Juli 2020 bis zum 16. September 2020 kein Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz mehr. Zwar wurde mit der Novelle der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall vom 1. Juli 2020 per 1. Juni 2020 u.a. ein Anspruch von Personen nach Artikel 31 Absatz 3 lit. c AVIG (Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgeber bestimmen oder massgeblich beeinflussen können,



sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten [arbeitgeberähnliche Personen]) unter den Bedingungen eingeführt, dass sie die Einkommensvoraussetzungen gemäss Abs. 3<sup>bis</sup> erfüllen (das für die Bemessung der AHV-Beiträge massgebende Einkommen für das Jahr 2019 liegt zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 90'000.--) und in der AHV obligatorisch versichert sind. Anders als bei den Selbstständigerwerbenden galt der Anspruch für arbeitgeberähnliche Personen jedoch nur für solche im Veranstaltungsbereich (Art. 2 Abs. 3<sup>ter</sup> und Art. 3 Abs. 3<sup>bis</sup> der Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19]; SR 830.31; abgekürzt: Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, in der Fassung vom 6. Juli 2020 [Änderung vom 1. Juli 2020, AS 2020 2729]). Zwar richtete die Beschwerdegegnerin die an den Beschwerdeführer geleistete Entschädigung vom 17. März 2020 bis zum 16. September 2020 durchgehend unter dem Titel "annulierte Veranstaltungen" aus (act. G 5.1/45, 46, 49, 53, 58, 59 und 61). Indessen ist der Beschwerdeführer bzw. seine GmbH ab Juli 2020 nicht als "im Veranstaltungsbereich" tätig anzusehen, wenn sein Geschäftsmodell auch gewisse Veranstaltungselemente beinhalten mag (Mitarbeiterschulungen in kleineren Gruppen [bis 20 Personen], aber auch Angebote, die sich an Unternehmens- oder Ergonomieverantwortliche richten [vgl. Website der B.\_\_\_ gmbh [[www.B.\\_\\_\\_.ch](http://www.B.___.ch)], unter: Dienstleistungen für Unternehmungen, abgerufen am 13. Januar 2023]). Ab der Rückstufung der ausserordentlichen in die besondere Lage per 22. Juni 2020 waren zudem nur noch Grossveranstaltungen mit über 1000 Besucherinnen und Besuchern bzw. mitwirkenden Personen verboten, wovon der Beschwerdeführer ohnehin nicht unmittelbar betroffen war (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26; abgekürzt: Covid-19-Verordnung besondere Lage] in den vom 20. Juni 2020 bis 30. September 2020 gültig gewesenen Fassungen). Die von ihm in der Beschwerde zitierte Änderung von Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall vom 8. Oktober 2020, die den Anspruch sowohl für Selbstständigerwerbende als auch für arbeitgeberähnliche Personen auf solche beschränkt, die ihre Erwerbstätigkeit auf Grund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie unterbrechen **müssen**, ist demgegenüber auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, da diese erst am 17. September 2020 in Kraft trat (Stand am 8. Oktober 2020 [Änderung vom 4. November 2020, AS 2020 4571]). Im Übrigen waren auch ab dem 17. September 2020 Veranstaltungen mit bis zu 1000 Personen generell erlaubt; bei Veranstaltungen mit mehr als 1000 Besucherinnen und Besuchern bzw. Mitwirkenden bedurfte es einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 6 und 6a Covid-19-Verordnung besondere Lage, in den ab 1. Oktober 2020 gültig gewesenen Fassungen). Der Beschwerdeführer musste somit auch gemäss dieser



Bestimmung bzw. nach dem 17. September 2020 seine Tätigkeit nicht auf Grund von gesetzlichen Vorgaben unterbrechen.

**2.4.** Nachdem der Beschwerdeführer ab der Umwandlung seiner Einzelunternehmung in eine GmbH gemäss vorstehenden Erwägungen keinen Anspruch auf eine Corona-Erwerbsersatzentschädigung mehr hatte, stellt sich die Frage, ob ihm für deren Bezug im Zeitraum ab 6. Juli 2020 der gute Glaube zugebilligt werden kann. Diesbezüglich ist entscheidend, ob er im Zeitpunkt der Eintragung der GmbH in das Tagebuch des Handelsregisters per 6. Juli 2020 in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass sein bereits anerkannter Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz für Selbstständigerwerbende von dieser Vorkehr unberührt bleibt. Dies ist zu verneinen. Zwar meldete der Beschwerdeführer die Umwandlung seiner Einzelunternehmung in eine GmbH am 27. Juli 2020 - und damit innert nützlicher Frist - der Beschwerdegegnerin (act. G 5.2/3). Diesbezüglich liegt demnach keine Meldepflichtverletzung vor, wie auch die Beschwerdegegnerin einräumt (act. G 5.1/86.4). Indessen muss von einer selbstständigerwerbenden bzw. arbeitgeberähnlichen Person erwartet werden können, dass sie sich zumindest darüber Rechenschaft ablegt, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit in verschiedenen Rechtsformen ausgeübt werden kann (im Wesentlichen Einzelunternehmung, Personengesellschaft, Kapitalgesellschaft). Wenn auch keine juristischen Detailkenntnisse vorausgesetzt zu werden brauchen, muss ihr zumindest bewusst sein, dass die einzelnen Rechtsformen je unterschiedliche Rechtswirkungen und grundsätzlich Einfluss auf den sozialversicherungsrechtlichen Status und daraus abgeleitete Leistungen haben können. Der Beschwerdeführer durfte somit nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass eine Änderung der Rechtsform seiner wirtschaftlichen Tätigkeit keinerlei Auswirkungen auf den Anspruch auf eine Corona-Erwerbsersatzentschädigung haben werde. Wenn er eine solche Änderung trotzdem ohne vorgängige Konsultation der Beschwerdegegnerin in das Handelsregister eintragen lässt, nimmt er das Risiko eines Anspruchsverlusts in Kauf. Für mangelhafte private Beratung hat sodann nicht die Beschwerdegegnerin einzustehen. Die von ihm noch in der Einsprache vom 11. November 2020 gegen die Rückforderungsverfügung und im Erlassgesuch vom 28. Mai 2021 geltend gemachte Rüge der falschen bzw. unterlassenen Auskunft durch die Beschwerdegegnerin, wonach eine Geschäftsumwandlung keinen Einfluss auf die Corona-Erwerbsausfallentschädigung habe (act. G 5.1/71.1 f., und 79.1 f.), blieb in der Folge unbewiesen und wird im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr (substantiiert) vorgebracht. Auf entsprechende weitere Abklärungen kann deshalb verzichtet werden. Auch aus den Akten ergeben sich keine echtzeitlichen Belege dafür, dass der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin bereits anlässlich der Anmeldung im März 2020 in einer Weise



auf die vorgesehene Umwandlung der Unternehmensform aufmerksam gemacht hat, die eine Beratungspflicht nach Art. 27 Abs. 1 ATSG ausgelöst hätte. Vielmehr ergibt sich aus den Akten ein schriftlicher (E-Mail) und telefonischer Kontakt erst am 14. und 17. August 2020 sowie am 7. und 8. Oktober 2020 als Reaktion auf die am 27. Juli 2020 gemeldete Umwandlung der Unternehmensform (act. G 5.2/5 ff. und 9 f.). Dabei bleibt etwas unklar, ob die Beschwerdegegnerin der Ansicht war, dass bei einer nicht rückwirkenden Unternehmensumwandlung (etwa per 1. Juli 2020 [vgl. act. G 5.1/77.2]) der Anspruch weiterhin (oder bis zur Umwandlung?) bestanden hätte (act. G 5.2/5 f. und 9 f.). Auf Grund dieser Korrespondenz, wonach der Beschwerdeführer den Zeitpunkt der Geschäftsumwandlung nochmals abklären und sich später wieder melden werde, wurde die Entschädigung denn auch weiterhin ausgerichtet. Daraus kann der Beschwerdeführer nun im vorliegenden Zusammenhang keinen Vertrauenstatbestand (bzw. "ein Indiz der Gutgläubigkeit" [vgl. act. G 1, Ziff. B.6, S. 7]) beim weiteren Bezug der Leistungen ableiten, zumal ihm insbesondere auch nach dem telefonischen Kontakt mit der Beschwerdegegnerin vom 14. August 2020 (vgl. Telefonnotiz vom 14. August 2020 [act. G 5.2/10]) hätte bewusst sein müssen, dass die Umwandlung der rechtlichen Betriebsform seinen Anspruch auf eine Corona-Erwerbsersatzentschädigung gefährden könnte. Für die nach dem Eintrag der B.\_\_\_\_ gmbh in das Tagebuch des Handelsregisters erhaltenen Taggelder für die Zeit 1. Juli bis zum 16. September 2020 kann sich der Beschwerdeführer folglich nicht mehr auf den guten Glauben berufen.

### 3.

**3.1.** Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer der gute Glaube beim Empfang der mit rechtskräftigem Einspracheentscheid vom 16. März 2021 zurückgeforderten Leistungen vom 17. März 2020 bis zum 30. Juni 2020 zuzugestehen ist. Dieses Resultat entspricht dem Eventualantrag. Die Beschwerde ist deshalb teilweise gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. November 2021 ist aufzuheben. Nachdem sich die Beschwerdegegnerin noch nicht zur kumulativ zu erfüllenden Bedingung der grossen Härte geäussert hat und diese anhand der vorliegenden Akten auch nicht durch das Gericht beurteilt werden kann, ist die Streitsache zur Beurteilung der grossen Härte - der nunmehr deutlich kleineren Rückforderung - und anschliessender neuen Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

**3.2.** Gerichtskosten sind keine zu erheben, nachdem in der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall keine solchen vorgesehen sind (Art. 1 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall in Verbindung mit Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG).



**3.3.** In Bezug auf die Parteientschädigung gilt der vorliegende Verfahrensausgang als vollständiges Obsiegen. Die obsiegende beschwerdeführende Partei hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird 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). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Nachdem es sich vorliegend um einen durchschnittlichen Fall handelt, erscheint eine Parteientschädigung, wie in vergleichbar aufwändigen Fällen, von Fr. 3'300.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als sachangemessen.

### Entscheid

#### 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. November 2021 aufgehoben und festgestellt, dass der Beschwerdeführer beim Bezug der Corona-Erwerbsausfallentschädigung betreffend den Zeitraum vom 17. März 2020 bis zum 30. Juni 2020 als gutgläubig anzusehen ist. Die Streitsache ist zwecks Beurteilung der weiteren Erlassvoraussetzung der grossen Härte und anschliessender neuen Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

#### 2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

#### 3.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'300.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.