



|                           |  |
|---------------------------|--|
| <b>Fall-Nr.:</b>          | EO 2023/1  |
| <b>Stelle:</b>            | Versicherungsgericht   |
| <b>Rubrik:</b>            | EO - Erwerbsersatz für Dienstleistende in Armee, Zivildienst, Zi |
| <b>Publikationsdatum:</b> | 29.09.2023   |
| <b>Entscheiddatum:</b>    | 28.08.2023   |

### **Entscheid Versicherungsgericht, 28.08.2023**

**Art. 2 Abs. 3bis lit. b Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. Art. 25 Abs. 1 und 2 ATSG. Lohnausfall. Rückerstattung. Anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle wurde festgestellt, dass die Beschwerdeführerin (GmbH) ihrem Geschäftsführer (Person in arbeitgeberähnlicher Stellung) für die fragliche Periode den Lohn ausgerichtet hat. Die bereits für den nämlichen Zeitraum bezogene Corona-Erwerbsersatzentschädigung ist demnach mangels Lohnausfalls zurückzuerstatten (E. 3) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. August 2023, EO 2023/1).**

#### **Entscheid vom 28. August 2023**

Besetzung

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

Geschäftsnr.

EO 2023/1

Parteien

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

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Mark A. Glavas, Advokatur Glavas AG,  
Dorfstrasse 33, 9313 Muolen,



## St.Galler Gerichte

gegen

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

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

**Erwerbsausfallentschädigung (Corona Erwerbsersatz; Rückforderung)**

### Sachverhalt

#### A.

**A.a.** Die im Bereich Reinigungsdienstleistungen, Räumungen und Entsorgungen etc. tätige A.\_\_\_\_ GmbH ist seit 2005 der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Ausgleichskasse) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen (vgl. Sachverhalt im angefochtenen Einspracheentscheid vom 17. November 2022 [act. G 3.1/31 Ziff. I./1] und Online-Handelsregisterauszug, abgerufen am 7. Juni 2023). Mit Anmeldung vom 29. April 2021 beantragte die Gesellschaft für Januar 2021 EO-Corona-Entschädigung für Personen in arbeitgeberähnlichen Stellung, konkret für ihren Gesellschafter und Geschäftsführer B.\_\_\_\_, da infolge Homeoffice-Pflicht und der Schliessung von Betrieben (Kunden) eine Umsatzeinbusse von mindestens 40 % entstanden sei. Dabei gab der Geschäftsführer an, der effektiv ausbezahlte AHV-pflichtige Lohn habe im Januar 2021 Fr. 6'696.15 betragen (act. G 3.1/1). In der Folge beantragte die A.\_\_\_\_ GmbH mit ähnlicher Begründung auch für die Monate Februar bis - soweit ersichtlich - November 2021 eine Corona-Erwerbsersatzentschädigung, wobei der Geschäftsführer hier jeweils angab, keinen Lohn erhalten zu haben (act. G 3.1/2 - 5, 7, 10 - 14). Die Ausgleichskasse zahlte dem Geschäftsführer auf dessen Konto von Januar bis Mai 2021 ein Taggeld in der Höhe von Fr. 179.20 aus, während die weiteren Gesuche infolge zu geringer Umsatzeinbussen der Gesellschaft abgewiesen wurden (act. G 3.1/8, 15 - 19; Abrechnungen vom 30. April 2021, 18. Mai 2021 und 28. Juni 2021 [act. G 10.1 - 10.6]).



**A.b.** Mit Schreiben vom 23. August 2021 und vom 11. Januar 2022 kündigte die Ausgleichskasse der Arbeitgeberin an, dass am 15. Februar 2022 durch die Revisionsstelle der Sozialversicherungsanstalt im Auftrag des Bundes eine Überprüfung der Corona-Erwerbsersatzentschädigung stattfindet (act. G 3.1/9 und 20.5 f.). Im Bericht über die Stichprobenkontrolle vom 4. April 2022 wurde festgehalten, dass der Geschäftsführer der A.\_\_\_\_ GmbH im Zeitraum von Januar bis Mai 2021 einen Lohn ausbezahlt erhalten habe. Zudem habe es noch Unfalltaggelder der SUVA in Höhe von Fr. 5'187.-- sowie die vollen monatlichen Spesen von Fr. 400.-- gegeben. Demnach habe er gemäss Lohnzahlungen Januar bis Mai 2021 keine Lohneinbusse von mindestens 20 % gehabt. Der Geschäftsführer habe die EO-Corona-Entschädigungen privat beantragt und erhalten. Dass er diese in der Zwischenzeit an die A.\_\_\_\_ GmbH bezahlt habe, spiele keine Rolle (act. G 3.1/20.1).

**A.c.** Mit Verfügungen vom 2. Mai 2022 forderte die Ausgleichskasse die gesamte ausbezahlte Corona-Erwerbsersatzentschädigung für den Zeitraum vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Mai 2021 im Umfang von insgesamt Fr. 25'327.35 (netto) zurück (act. G 3.1/24 - 28).

**A.d.** Mit dagegen gerichteter Einsprache vom 19. Mai 2022 machte der Geschäftsführer geltend, die Entschädigung sei irrtümlich auf sein Privatkonto ausbezahlt worden. Er habe die Entschädigung im Dezember 2021 an die Arbeitgeberin überwiesen und nachträglich einen Lohn für sich abgerechnet. Um die definitive Höhe des Lohns feststellen zu können, müsse noch der Jahresabschluss 2021 erstellt werden. Vermutlich werde sich daraus ein Jahresverlust ergeben, weshalb der Lohn nach unten korrigiert werden müsse, um keinen Verlust auszuweisen (act. G 3.1/23.1).

**A.e.** Mit Entscheid vom 17. November 2022 wies die Ausgleichskasse die Einsprache ab, da dem Geschäftsführer von der Einsprecherin im fraglichen Zeitraum Januar bis Mai 2021 weiterhin ein Bruttolohn von Fr. 7'300.-- (inkl. Spesen) ausgerichtet worden sei, wobei in den Monaten April und Mai 2021 der Lohn teilweise durch Unfalltaggelder der SUVA ersetzt worden sei. Damit habe der Geschäftsführer als arbeitgeberähnliche Person keinen wesentlichen Lohnausfall erlitten. Vielmehr sei es der Einsprecherin trotz Umsatzeinbusse möglich gewesen, dem Geschäftsführer den Lohn im üblichen Umfang weiter auszurichten. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der



Geschäftsführer der Einsprecherin die Entschädigung nachträglich überwiesen habe. Ausserdem sei die in Aussicht gestellte Lohnkorrektur bis heute nicht bei der Ausgleichskasse eingegangen und habe die Einsprecherin mit Lohndeklaration vom 11. Februar 2022 für den Geschäftsführer eine beitragspflichtige Lohnsumme von Fr. 71'500.-- abgerechnet. Die Differenz zum im Jahr 2019 erzielten jährlichen Erwerbseinkommen ergebe sich jedoch nicht aus einer massnahmenbedingten Lohneinbusse, sondern aus den vom Geschäftsführer bezogenen Unfalltaggeldern der SUVA, die nicht beitragspflichtig seien (act. G 3.1/31).

### **B.**

**B.a.** Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 3. Januar 2023 mit dem Antrag auf dessen Aufhebung. Die Beschwerdeführerin sei im Zeitraum von Januar bis Mai 2021 in ihrer Erwerbstätigkeit relevant eingeschränkt gewesen, weshalb diese Voraussetzung von der Beschwerdegegnerin zu Recht nicht bestritten werde. Einzig umstritten sei, ob der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin einen Lohnausfall erlitten habe. Dieser habe im Jahr 2019 ein Jahreseinkommen von Fr. 80'600.-- erzielt. Da die genauen Umsatzzahlen (2021) noch nicht bekannt gewesen seien, habe sich der Geschäftsführer am 1. Februar 2021 für den Januar 2021 den bisherigen Monatslohn von Fr. 6'696.15 als Akontolohn überwiesen. Für den Februar 2021 habe er sich denselben Lohn überweisen lassen. Die Zahlungen für März 2021 von Fr. 330.78 (richtig: Fr. 3'930.78), für April 2021 von Fr. 1'965.37 und für Mai 2021 von Fr. 6'296.15 seien erst am 16. Dezember 2021 erfolgt. Zwischenzeitlich habe sich nach dem Jahresverlust von 2020 gezeigt, dass die ausgerichteten Löhne an den Geschäftsführer zu hoch gewesen seien, weshalb diese rückwirkend angepasst und die zu hohen Lohnzahlungen zurückgefordert werden müssten. Da der Treuhänder gesundheitlich angeschlagen gewesen sei, habe sich die Revision bzw. der Jahresabschluss 2021 hinausgezögert und es fehle noch immer die endgültige Erfolgsrechnung 2021. Allerdings habe sich gezeigt, dass der Beschwerdeführer auf einen Jahresbruttolohn von Fr. 48'200.-- (exklusiv der SUVA-Taggelder von 10'745.--) Anspruch habe. Dieser Jahreslohn setze sich unter anderem aus den Bruttomonatslöhnen von Fr. 3'000.-- für die Monate Januar, Februar und Mai 2021 zusammen. Sodann seien im März 2021 SUVA-Taggelder von Fr. 2'778.75 und im April 2021 solche von Fr. 2'408.25 ausgerichtet worden. Es habe sich deshalb



bestätigt, dass die Akontolöhne an den Geschäftsführer viel zu hoch gewesen seien, was auch dazu führen müsse, dass eine Lohnanpassung bei der Beschwerdegegnerin vorzunehmen sei. Im Vergleich zum Jahr 2019 habe der Geschäftsführer somit Fr. 32'400.-- weniger erzielt, was einer Differenz von 40 % entspreche. Im fraglichen Zeitraum von Januar bis Mai 2021 habe der Lohnausfall durch die pandemiebedingte Umsatzeinbusse bei über 50 % gelegen (act. G 1).

**B.b.** Mit Beschwerdeantwort vom 25. Januar 2023 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und verweist zur Begründung auf die Erwägungen im Einspracheentscheid (act. G 3).

**B.c.** Mit Replik vom 16. Februar 2023 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und Ausführungen fest und reicht den Jahresabschluss 2021 ein. Dazu führt sie aus, diesem könnten nicht nur die korrigierten Löhne entnommen werden. Es sei auch zu beachten, dass im Jahr 2021 ein Verlust von Fr. 7'954.90 entstanden sei. Die bereits vorgenommene Lohnkorrektur habe erfolgen müssen, da der zu hohe Lohn von der Beschwerdeführerin nicht habe getragen werden können. Der massive Lohnausfall des Geschäftsführers im Jahr 2021 sei somit zweifellos ausgewiesen, weshalb auch die Rückforderungen der Beschwerdegegnerin ungerechtfertigt seien (act. G 7).

**B.d.** Mit E-Mail vom 16. Juni 2023 fordert das Gericht bei der Beschwerdegegnerin weitere Unterlagen, unter anderem betreffend die Lohndeklaration 2021, an (act. G 9). Mit Schreiben vom 21. Juni 2023 reicht die Beschwerdegegnerin die verlangten Unterlagen ein. Zudem führt sie aus, dass bis dato keine Lohnkorrektur gemeldet worden sei (act. G 10). Am 23. Juni 2023 wird der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur allfälligen Stellungnahme gegeben (act. G 11). Mit Stellungnahme vom 13. Juli 2023 hält deren Rechtsvertreter an den Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 3. Januar 2023 und den bisher gemachten Ausführungen fest. Im Weiteren führt er aus, dass der Treuhänder der Beschwerdeführerin fälschlicherweise vergessen habe, die Lohnkorrektur 2021 einzureichen, was er aber nachgeholt habe. Aus der Beilage geht hervor, dass der Treuhänder der Beschwerdegegnerin am 4. Juli 2023 eine korrigierte, nicht formalisierte Lohnabrechnung betreffend den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin eingereicht hat (act. G 12 und 12.1).



### Erwägungen

#### 1.

**1.1.** Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 1 der Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus [SR 830.31; abgekürzt: Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, alle Fassungen] in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] und Art. 4 f. der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11]). Der Rückforderungsanspruch erlischt drei Jahre, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre seit der Auszahlung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 ATSG, in der seit dem 1. Januar 2021 gültigen, vorliegend anwendbaren Fassung). Die Unrechtmässigkeit einer bereits bezogenen Leistung kann sich aus verschiedenen Gründen ergeben: einer Wiedererwägung der leistungszusprechenden Verfügung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG, einer Revision der leistungszusprechenden Verfügung im Sinne von Art. 53 Abs. 1 ATSG, einer Leistungsanpassung nach Art. 17 Abs. 1 ATSG, einer Leistungsausrichtung unter einer in der Folge nicht erfüllten Bedingung oder eines gänzlichen Fehlens einer leistungszusprechenden Verfügung und insoweit versehentlichen Gewährung der Leistung (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 25 N 27).

**1.2.** Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger wiedererwägungsweise auf formell rechtskräftige Verfügungen zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Bei formlos zugesprochenen Leistungen ist für die Verwaltung eine ohne Bindung an die Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision erfolgende Rückforderung nur während eines Zeitraums möglich, welcher der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht. Zu einem späteren Zeitpunkt bedarf die Rückforderung eines der vorgenannten Rückkommenstitels in Form einer Wiedererwägung oder einer prozessualen Revision (BGE 129 V 110 E. 1.2.3).



### 2.

**2.1.** Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung bzw. des streitigen Einspracheentscheids eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 144 V 210 E. 4.3.1 und 148 V 162 E. 3.2.1). In intertemporalrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben (BGE 146 V 364 E. 7.1 und 144 V 210 E. 4.3.1, je mit Hinweisen).

**2.2.** Anspruch auf Corona-Erwerbsausfallentschädigung haben unter anderem Personen nach Artikel 31 Absatz 3 Buchstaben b und c des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0; abgekürzt: AVIG [Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung]), die im Sinne des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10; abgekürzt: AHVG) obligatorisch versichert sind, wenn ihre Erwerbstätigkeit auf Grund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie massgeblich eingeschränkt ist (lit. a), sie einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden (lit. b) und sie im Jahr 2019 für diese Tätigkeit ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen von mindestens 10'000 Franken erzielt haben (lit. c [Art. 15 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie [SR 818.102; abgekürzt: Covid-19-Gesetz], in den Fassungen gültig ab 19. Dezember 2020 [AS 2020 5821; BBI 2020 8819], in Verbindung mit Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, in der vorliegend anwendbaren Fassung gemäss Ziff. I der Verordnung vom 4. November 2020, in Kraft seit 17. September 2020 [AS 2020 4571; Stand am 19. Dezember 2020])). Die Erwerbstätigkeit gilt als massgeblich eingeschränkt, wenn pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 40 Prozent (ab 1. April 2021: 30 Prozent) im Vergleich zum durchschnittlichen monatlichen Umsatz der Jahre 2015 - 2019 vorliegt (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 Covid-19-Gesetz [Stand am 19. Dezember 2020 und am 1. April 2021] in Verbindung mit Art. 2 Abs. 3<sup>ter</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, in den Fassungen gemäss Ziff. I der Verordnung vom 18. Dezember 2020, in Kraft seit 19. Dezember 2020 [AS 2020 5829], Stand ab 19. Dezember 2020, und gemäss Ziff. I der Verordnung vom 31. März 2021, in Kraft seit 1. April 2021 [AS 2021 183], Stand ab 1. April 2021).

**2.3.** Nach Art. 8 Abs. 5 der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (alle Fassungen) wird die Entschädigung im formlosen Verfahren nach Art. 51 ATSG festgesetzt. Dies gilt in Abweichung von Art. 49 Abs. 1 ATSG auch für erhebliche Entschädigungen.



### 3.

**3.1.** Strittig ist die Rechtmässigkeit der Rückforderung. Vorab zu prüfen ist, ob der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum von Januar bis Mai 2021 einen Lohnausfall im Sinn von Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> lit. b Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall erlitten hat. Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, der bereits an den Geschäftsführer ausbezahlte Lohn sei lediglich als Akonto-Zahlung erfolgt. Da der inzwischen vorliegende Jahresabschluss 2021 einen Verlust ausweise, müsse der Lohn rückwirkend angepasst und die zu hohen Lohnzahlungen entsprechend zurückgefordert werden. Dabei habe der Geschäftsführer im Jahr 2021 Anspruch auf einen Lohn von Fr. 48'200.-- (exkl. SUVA-Taggelder von Fr. 10'745.--), welcher Lohn sich unter anderem aus den Bruttomonatslöhnen von Fr. 3'000.-- für die Monate Januar, Februar und Mai 2021 ergebe. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Lohnzahlungen für die Monate Januar und Februar 2021 vom 1. Februar 2021 und 2. März 2021 gemäss Lohnabrechnungen echtzeitlich und vorbehaltlos erfolgt sind. Der Bruttolohn betrug demnach je Fr. 6'500.--. Die für die Monate März bis Mai 2021 erfolgten Lohnzahlungen wurden dagegen erst nachträglich mit Abrechnungen vom 16. Dezember 2021 ausbezahlt, wobei für die Monate März und April 2021 lediglich ein Bruttolohn von Fr. 4'333.35 und Fr. 2'166.65 (= Fr. 6'500.--) ausbezahlt wurde, während der Rest unbestrittenermassen (zu 80 % [Taggeld Fr. 5'187.-- : Fr. 6'500.-- x 100]) über SUVA-Taggelder abgegolten wurde (act. G 1.4, vgl. auch act. G 1.6 und G 20.4). Dasselbe geht aus dem anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 30. März 2022 dem Revisor der Beschwerdegegnerin vorgelegten (undatierten) Lohnblatt hervor. Daraus geht zudem hervor, dass der AHV-pflichtige Lohn des Geschäftsführers im Jahr 2021 (Januar bis November; inkl. 13. Monatslohn; exkl. nicht beitragspflichtiges Unfall-Taggeld [vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. b der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [SR 831.101; abgekürzt: AHVV]]) Fr. 71'500.-- betrug, was wiederum mit der Lohnmeldung 2021 vom 11. Februar 2022 - offenbar nach Rücksprache mit dem Treuhänder betreffend Lohnsumme - übereinstimmt (act. G 3.1/20.4 und 9.7). Es ist somit davon auszugehen, dass der Geschäftsführer in der vorliegend fraglichen Zeit von Januar bis Mai 2021 den ihm zustehenden Lohn - der im Übrigen höher war, als der im Jahr 2019 bezogene Bruttolohn von Fr. 6'200.-- (x 13 = Fr. 80'600.-- [act. G 3.1/20.2]) - bezogen und demnach keinen Lohnausfall im Sinn von Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> lit. b Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall erlitten hat.

**3.2.** Dies bestreitet die Beschwerdeführerin denn auch nicht grundsätzlich. Sie macht indessen geltend, der Lohn sei nach Vorliegen des Jahresabschlusses 2021 infolge



eines Jahresverlusts von Fr. 7'954.90 reduziert worden. Dazu reicht sie im vorliegenden Verfahren den Lohnausweis 2021 betreffend ihren Geschäftsführer sowie eine neue (wiederum undatierte) Lohntabelle ein. Daraus geht nunmehr für 2021 ein Einkommen von Fr. 48'200.-- hervor, wobei der Unterschied zu den vorangehenden Unterlagen im Wesentlichen darauf beruht, dass jetzt für die Monate Januar bis Juni 2021 nur noch ein Lohn von Fr. 3'000.--, bzw. für die Monate März und April 2021 nur noch die SUVA-Entschädigung (von nach wie vor Fr. 5'187.--, jedoch offenbar anders auf die beiden Monate verteilt), ausgerichtet worden sein soll (act. G 1.5 f.). Die SUVA-Entschädigung für die Monate März und April 2021 (und wohl auch für Dezember 2021 [Fr. 5'557.50; act. G 1.6]) beruht offenbar nach wie vor auf einem Monatslohn von Fr. 6'500.--. Aus dem nachgereichten Jahresabschluss 2021 ist weder eine gravierende Umsatzeinbusse noch ein signifikanter Rückgang der Lohnsumme gegenüber den beiden Vorjahren ersichtlich. So ergibt sich aus der Erfolgsrechnung 2019 für das Gesamtjahr ein Umsatz von rund Fr. 182'000.--, der im Krisenjahr 2020 auf rund Fr. 155'000.-- gefallen ist, um sich im vorliegend massgebenden Jahr 2021 wieder auf rund Fr. 194'000.-- - und damit über Vorkrisenniveau - zu erholen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 16. Februar 2023 (act. G 7) können der Erfolgsrechnung 2021 keine "korrigierten" Löhne entnommen werden, zeigt doch der Lohnaufwand lediglich einen leichten Rückgang von rund Fr. 108'000.-- im Jahr 2019 auf rund Fr. 107'000.-- (2020) und rund Fr. 102'000.-- (2021), was ebenfalls nicht für einen nennenswerten Lohnausfall des Geschäftsführers spricht, zumal nicht geltend gemacht wird, der verbuchte Lohn sei nicht ausbezahlt worden. Zudem enthält der in der Erfolgsrechnung erfasste Lohnaufwand auch die Löhne anderer Mitarbeitenden (vgl. Lohnmeldung 2021 vom 22. Februar 2022 [act. G 9.7]). Demgegenüber müsste sich nach eigenen Angaben der Beschwerdeführerin gegenüber 2020 allein beim Geschäftsführer eine Reduktion um Fr. 23'300.-- ergeben (Fr. 71'500.-- - Fr. 48'200.-- [vgl. act. G 1.6 und 3.1/20.4]). Auf Ebene Betriebsgewinn resultierte schliesslich bereits im Vorkrisenjahr 2019 ein Verlust (vor Finanzerfolg und Steuern sowie periodenfremdem Ertrag von Fr. 32'766.81) von Fr. 21'745.71, im Jahr 2020 ein solcher von Fr. 53'844.61 und im Jahr 2021 noch ein solcher von Fr. 6'110.30 (act. G 1.3 und G 7.1). Aus diesen Zahlen erhellt, dass die Beschwerdeführerin 2021 jedenfalls nicht signifikant schlechter dastand als 2019, wenn sie auch teilweise von der Substanz "gelebt" haben mag (Abnahme der flüssigen Mittel von rund Fr. 155'000.-- (2019) auf rund Fr. 70'000.-- (2020) mit nur leichter Erholung im 2021 auf rund Fr. 78'000.-- (act. G 1.3 und G 7.1), was nach der Rechtsprechung jedoch nicht von Bedeutung ist (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Mai 2022 [9C\_448/2021] E. 4.2.1 2. Abschnitt am Schluss).



**3.3.** Ein bei der Beschwerdeführerin in den Monaten Januar bis Mai 2021 eingetretener Geschäftsrückgang (Umsatzeinbusse, die sich regelmässig - aber nicht zwangsläufig - auf den Geschäftserfolg auswirkt) reicht für die Ausrichtung einer Corona-Erwerbsersatzentschädigung nicht aus, ist doch kumulativ zu einer Mindesteinbusse des Umsatzes bei der Arbeitgeberin auch ein Erwerbs- resp. Lohnausfall der arbeitgeberähnlichen Person vorausgesetzt. Damit soll verhindert werden, dass sich ein Inhaber oder eine Inhaberin einer AG oder GmbH trotz Umsatzeinbusse weiterhin den unveränderten Lohn auszahlt und gleichzeitig Corona-Erwerbsersatz beziehen kann (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Mai 2022 [9C\_448/2021] E. 4.2.1; vgl. auch BGE 148 V 265 E. 5.3.5). Demgegenüber spiegelt sich die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte nachträgliche Lohnreduktion nicht nur nicht in der eingereichten Erfolgsrechnung 2021 wider. Es wird auch nicht ausgeführt geschweige denn belegt, dass der Geschäftsführer den zu viel bezogenen Lohn tatsächlich wie angekündigt zeitnah an die Beschwerdeführerin zurückgezahlt hätte. Gemäss den Angaben der Beschwerdegegnerin vom 21. Juni 2023 erfolgte ausserdem bis zu diesem Zeitpunkt keine Lohnkorrektur betreffend das Jahr 2021 gegenüber der Ausgleichskasse (act. G 9). Eine solche wurde nach eigenen Angaben der Beschwerdeführerin erst anlässlich der Gehörgewährung vom 23. Juni 2023 zu den vom Gericht bei der Beschwerdegegnerin eingeholten Akten, und damit unter dem Eindruck des vorliegenden Verfahrens, vorgenommen (Schreiben des Treuhänders der Beschwerdeführerin vom 4. Juli 2023 [act. G 12.1]). Eine erst nach Erlass des angefochtenen Einspracheentscheids vom 17. November 2022 ergangene Sachverhaltsentwicklung entzieht sich jedoch der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis (vgl. vorstehende Erwägung 2.1). Die betreffende, nicht formalisierte Lohnmeldung vom 4. Juli 2023 ist demnach im vorliegenden Verfahren unbeachtlich. Damit kann offenbleiben, ob ein solches Vorgehen überhaupt zulässig wäre. Davon ist wohl nicht auszugehen, wäre es doch bei "normalen" Arbeitnehmenden nicht zulässig, dass ihnen die Arbeitgebenden nachträglich nach Vorliegen des Jahresergebnisses den Lohnanspruch kürzen und die Rückerstattung von bereits ausgerichteten Lohnbeträgen verlangen könnten. Bei arbeitgeberähnlichen Personen ist zu beachten, dass "ihre" GmbH ein selbständiges Rechtssubjekt mit eigener Rechtspersönlichkeit ist und sie bei dieser angestellt und auch entsprechend zu behandeln sind (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 18. August 2021, EE.2021.00024, E. 3.3). Es hat somit sein Bewenden dabei, dass die Beschwerdeführerin offensichtlich in der Lage war, den Lohn ihres Geschäftsführers betreffend die fragliche Periode von Januar bis Mai 2021 - wenn auch teilweise verzögert - zu bezahlen, wobei die Verzögerung auch andere Gründe haben kann (etwa noch ungeklärte Ansprüche gegenüber der Unfallversicherung). Am Ergebnis des



fehlenden Anspruchs vermag schliesslich nichts zu ändern, dass der Geschäftsführer die auf Grund des von ihm irrtümlich angegebenen eigenen Kontos an ihn persönlich ausgerichtete Corona-Erwerbsersatzentschädigung im Dezember 2021 an die Beschwerdeführerin überwiesen hat (act. G 3.1/23.2 - 23.7). Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Bezug der Corona-Erwerbsersatzentschädigung in den Monaten Januar bis Mai 2021 unrechtmässig erfolgt war und damit - vorbehältlich des Vorliegens eines Rückkommenstitels - rückerstattungspflichtig ist (vgl. nachstehende Erwägung 4).

#### 4.

Die fraglichen Corona-Erwerbsersatzentschädigungen wurden mit formlosen, an die Beschwerdeführerin adressierten, Abrechnungen vom 30. April 2021, 18. Mai 2021 und 28. Juni 2021 ausgerichtet (act. G 10.1- 10.6). Die der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entsprechende Zeitspanne von 30 Tagen war zum Zeitpunkt des Erlasses der Rückforderungsverfügungen vom 2. Mai 2022 somit bereits abgelaufen, weshalb es für sämtliche Rückforderungsbefehle eines Rückkommenstitels bedarf (vgl. vorstehende Erwägung 1.2). Betreffend die Abrechnungsperioden Februar bis Mai 2021 liegt ein solcher in Form des Ergebnisses der Arbeitgeberkontrolle vom 30. März 2022 vor. Daraus geht - wie im vorliegenden Verfahren bestätigt - hervor, dass die Beschwerdeführerin ihrem Geschäftsführer für den fraglichen Zeitraum jeweils den Lohn ausgerichtet hat (act. G 3.1/20). Dabei handelt es sich um eine neue Tatsache im Sinn von Art. 53 Abs. 1 ATSG und damit um einen prozessualen Revisionsgrund. Die Beschwerdegegnerin hat die Rückforderungsverfügungen sodann innert 90 Tagen nach Entdeckung des Revisionsgrundes (vgl. Art. 67 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren [SR 172.021; abgekürzt: VwVG], welche Bestimmung für die prozessuale Revision ebenfalls anwendbar ist [vgl. Kieser, a.a.O., Art. 53 N 39]) erlassen, womit zugleich auch die relative 3-jährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG eingehalten worden ist. Schliesslich erfolgte die Rückforderung innert fünf Jahren nach Ausrichtung der einzelnen Leistungen (vgl. vorstehende Erwägung 1.1). In Bezug auf die Abrechnungsperiode Januar 2021 liegt zwar keine neue Tatsache vor, nachdem die Beschwerdeführerin im Antrag vom 29. April 2021 korrekt angegeben hatte, der effektiv ausbezahlte Lohn habe Fr. 6'696.15 betragen (act. G 3.1/1.3). Indessen sind dafür die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung gegeben, war doch die Ausrichtung einer Corona-Erwerbsersatzentschädigung für diesen Monat zweifellos unrichtig und ist die Berichtigung von erheblicher Bedeutung (vgl. vorstehende Erwägung 1.2).



**5.**

**5.1.** Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

**5.2.** Gerichtskosten sind keine zu erheben, nachdem das Covid-19-Gesetz und die Covid-19-Verordnung Erwerbsersatz keine solchen vorsieht (Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG).

### **Entscheid**

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.