



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. Adrian Willimann, Vorsitz
Dr. iur. Matthias Suter und lic. iur. Sarah Schneider
Gerichtsschreiberin: MLaw Andrea Henggeler

U R T E I L vom 29. November 2023 *[rechtskräftig]*
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____ GmbH
Beschwerdeführerin

gegen

Ausgleichskasse Zug, Baarerstrasse 11, Postfach, 6302 Zug
Beschwerdegegnerin

betreffend

Erwerbsersatz gemäss COVID-19-Verordnung
(Rückforderung)

S 2023 28

A. Die A. _____ GmbH mit Sitz in B. _____, deren statutarischer Zweck in der Ausübung kommerzieller, finanzieller, sozialer und dienstleistender Tätigkeiten sowie im Betrieb und Förderung gemeinschaftlicher, therapeutischer, gesundheitlicher, wirtschaftlicher, ökologischer und spiritueller Alternativen und Projekte und Betriebe zum Wohle der Menschen, aller Wesen und der Natur besteht, bezog seit dem 1. Juni 2020 für ihre Angestellte C. _____, Ehefrau des Gesellschafters und Geschäftsführers der A. _____ GmbH, D. _____, Corona-Erwerbsersatzentschädigung infolge Ausfalls von Veranstaltungen. Mit Verfügung vom 9. November 2022 forderte die Ausgleichskasse Zug von der A. _____ GmbH die für die Periode vom 17. September 2020 bis 31. Mai 2021 ausgerichtete Corona-Erwerbsersatzentschädigung über total Fr. 18'373.80 zurück, weil eine Stichprobe ergeben habe, dass die A. _____ GmbH nicht vollumfänglich im Veranstaltungsbereich tätig sei und die erforderlichen Umsatzeinbussen in den betreffenden Monaten nicht erreicht worden seien (AK-act. 43). Die dagegen erhobene Einsprache (AK-act. 44) wies die Ausgleichskasse mit Einspracheentscheid vom 13. Januar 2023 ab (AK-act. 46).

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 4. Februar 2023 (Poststempel 7. Februar 2023) liess die A. _____ GmbH die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 13. Januar 2023 und den Verzicht auf die Rückforderung beantragen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die A. _____ GmbH sei in verschiedenen Berufsbereichen tätig; C. _____ im Gastgewerbe/Catering und ihr Ehemann D. _____ im Therapie- und Coachingbereich. Der aus dem Geschäftsbereich von C. _____ generierte Umsatz sei infolge der Covid-19-Pandemie um 100 % eingebrochen, sodass sich der Umsatz der A. _____ GmbH während der Pandemie auf Einnahmen aus dem Gesundheitssektor beschränkt habe. Wäre C. _____ eine Einzelfirma gewesen, wäre sie zweifelsohne voll für die Erwerbsersatzentschädigung berechtigt gewesen. Nur weil C. _____ und D. _____ verheiratet seien und sie entschieden hätten, ihre beiden Geschäftsbereiche in einer GmbH zusammenzufassen, würden sie schlechter gestellt als Ehepaare, die zwei Einzelfirmen hätten, was zu einer Rechtsungleichheit führe (act. 1).

C. Mit Vernehmlassung vom 28. Februar 2023 schloss die Ausgleichskasse Zug auf Abweisung der Beschwerde (act. 3).

D. Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren Anträgen und Begründungen fest (act. 5 und 7). Auf den Inhalt der Eingaben wird – soweit notwendig – erwägungsweise einzugehen sein.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1. Gegen Einspracheentscheide kann gemäss Art. 56 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) Beschwerde erhoben werden. Der angefochtene Einspracheentscheid wurde von der Ausgleichskasse des Kantons Zug erlassen, so dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerden örtlich zuständig ist (analog Art. 24 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz [EOG; SR 834.1]; vgl. dazu eingehend BGE 147 V 423 E. 1; BGer 9C_738/2020 vom 7. Juni 2021 E. 3; VGer ZG S 2020 69 vom 16. September 2020 E. 1). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 77 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1), wonach das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung beurteilt, für die das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht. Die Beschwerdegegnerin erliess den angefochtenen Entscheid am 13. Januar 2023. Die Beschwerdeschrift wurde am 7. Februar 2023 der Post übergeben, womit die gemäss Art. 60 Abs. 1 ATSG vorgesehene 30-tägige Beschwerdefrist gewahrt wurde. Als Anspruchsberechtigte kommt lediglich C._____ als natürliche Person, nicht aber die A._____ GmbH als Arbeitgeberin in Frage (vgl. Mitteilungen an die AHV-Ausgleichskassen und EL-Durchführungsstellen Nr. 448 vom 21. Januar 2022 des BSV). Artikel 7 Abs. 2 der Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19; Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall; SR 830.31), gemäss welchem bei Lohnfortzahlung des Arbeitgebers dieser die Entschädigung geltend machen kann, betrifft nicht Art. 2 Abs. 3 und 3^{bis}, sondern Konstellationen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis}. Dementsprechend wäre C._____ Empfängerin der ausbezahlten Taggelder (vgl. zum Ganzen SVGer ZH EE.2021.00049 vom 21. Februar 2022 E. 2). Wie aus den Abrechnungen jedoch hervorgeht, erfolgte die Auszahlung an die A._____ GmbH. Entsprechend ist die A._____ GmbH auch Adressatin der Rückerstattungsverfügung vom 9. November 2022. Da sich die Rückforderung gegenüber der A._____ GmbH richtet, ist die Beschwerdeführerin in der Sache direkt betroffen und folglich zur Beschwerde legitimiert. Ihre Beschwerdeschrift erfüllt weiter die formellen Voraussetzungen, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

2.

2.1 Der Bundesrat hat am 20. März 2020 die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (rückwirkend in Kraft getreten auf den 17. März 2020) erlassen und in der Folge mehrmals rückwirkend angepasst. Diese Verordnung sieht unter bestimmten Voraussetzungen Entschädigungen für Personen vor, welche durch behördliche Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus Einkommensverluste erleiden. Am 25. September 2020 hat das Parlament das Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) verabschiedet und es als dringlich erklärt, so dass es sofort in Kraft gesetzt wurde. Seither beruht die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall auf Art. 15 Covid-19-Gesetz. In Abs. 2 dieser Bestimmung werden Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung ausdrücklich als Anspruchsberechtigte aufgeführt.

2.2 Als Anspruchsgrundlage kommt – insoweit unbestritten – grundsätzlich die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall in Frage. In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 130 V 445 E. 1.2.1). Weiter stellt das Gericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 131 V 242 E. 2.1; 121 V 362 E. 1b). Demnach ist die rechtliche Beurteilung des angefochtenen Einspracheentscheids anhand der bis 13. Januar 2023 gültig gewesenen Rechtsvorschriften vorzunehmen. Ausschlaggebend ist sodann, dass der Einspracheentscheid die Rückforderung der im Zeitraum vom 17. September 2020 bis 31. Mai 2021 ausgerichteten Taggeldzahlungen betrifft. Es sind entsprechend das Covid-19-Gesetz und die vom Bundesrat am 4. November 2020 rückwirkend per 17. September 2020 in Kraft gesetzten Art. 2 Abs. 3, 3^{bis} und 3^{ter} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall anwendbar, und zwar nach den in den Monaten September 2020 bis Mai 2021 gültig gewesenen Vorschriften. Soweit nicht anders vermerkt, werden sie nachfolgend in dieser Fassung zitiert.

2.3

2.3.1 Gemäss Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (in der ab 17. September 2020 gültigen Fassung) sind Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) anspruchsberechtigt, wenn sie ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten Massnah-

men zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie unterbrechen müssen (lit. a) und einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden (lit. b).

2.3.2 Nach Art. 2 Abs. 3^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall 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, unter der Voraussetzung von Abs. 1^{bis} lit. c anspruchsberechtigt, wenn ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie massgeblich eingeschränkt ist, sie einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden und sie im Jahr 2019 für diese Tätigkeit ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen von mindestens Fr. 10'000.– erzielt haben.

2.3.3 Laut Art. 2 Abs. 3^{ter} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall gilt die Erwerbstätigkeit als massgeblich eingeschränkt, wenn pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 % (ab 19. Dezember 2020 mindestens 40 % und ab 1. April 2021 mindestens 30 %) im Vergleich zum durchschnittlichen monatlichen Umsatz der Jahre 2015–2019 vorliegt. Wurde die Tätigkeit nach 2015 und vor 2020 aufgenommen, so ist der Durchschnitt der entsprechenden Erwerbsdauer massgebend. Personen, die ihre Erwerbstätigkeit nach dem Jahr 2019 aufgenommen haben, müssen nachweisen, dass pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 % (ab 19. Dezember 2020 mindestens 40 % und ab 1. April 2021 mindestens 30 %) im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz von mindestens drei Monaten vorliegt; massgebend ist der Durchschnitt der drei Monate mit den höchsten Umsätzen.

3. Zu prüfen ist die Rückforderung einer gestützt auf die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ausgerichteten Corona-Erwerbsausfallentschädigung.

3.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall i.V.m. Art. 25 Abs. 1 erster Satz ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Diese Rückforderung ist nur unter den für die Wiedererwägung oder die prozessuale Revision formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen zulässig. Nach einem allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts kann die Verwaltung eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, in Wiedererwägung ziehen, wenn sie zweifellos unrichtig ist und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG). Zu unterscheiden ist die Wiedererwägung von der prozessualen Revision von Verwaltungsverfügungen bzw. Einspracheentscheiden. Danach ist die Verwaltung verpflichtet, auf eine formell rechts-

kräftige Verfügung zurückzukommen, wenn nach deren Erlass neue Tatsachen oder neue Beweismittel entdeckt werden, deren Beibringung zuvor nicht möglich war und zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen (vgl. Art. 53 Abs. 1 ATSG). Wird eine solche rückwirkende Korrektur einer Verfügung vorgenommen, entfällt die rechtliche Grundlage für die zugesprochenen Leistungen. Diese werden damit im Nachhinein zu unrechtmässigen Leistungen (BGE 122 V 134).

3.2 Die bei der Beschwerdeführerin durchgeführte Stichprobenkontrolle (vgl. AK-act. 33) ergab, dass die A._____ GmbH nicht – wie ursprünglich angenommen – vollumfänglich im Veranstaltungsbereich tätig ist und sie in den anderen Bereichen während der Covid-19-Pandemie weiterhin Umsätze generieren konnte. Der Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz konnte sich somit nicht infolge des Veranstaltungsverbots ergeben, weshalb das Kriterium der Umsatzeinbusse zu prüfen war. Dem entsprechenden Bericht der E._____ AG vom 5. Juli 2022 ist hierzu zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten September 2020 bis Mai 2021 folgende Umsätze erzielt hat: September 2020: Fr. 7'684.–; Oktober 2020: Fr. 9'950.–; November 2020: Fr. 10'609.–; Dezember 2020: Fr. 10'241.–; Januar 2021: Fr. 11'075.–; Februar 2021: Fr. 9'757.–; März 2021: Fr. 8'642.–; April 2021: Fr. 5'484.– und Mai 2021: Fr. 10'208.–. Im Vergleich zum durchschnittlichen monatlichen Umsatz der Jahre 2015 bis 2019 von Fr. 7'335.– wurden damit die erforderlichen Umsatzeinbussen (vgl. E. 2.3.3 hiervor) nicht erreicht. Angesichts dessen ist mit der Beschwerdegegnerin einig zu gehen, dass für die Monate September 2020 bis Mai 2021 die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.

Daran vermögen auch die Einwände der Beschwerdeführerin nichts zu ändern. Insbesondere kann ihr in Bezug auf das geltend gemachte "Umsatzsplitting" nicht gefolgt werden. Zunächst scheint die Beschwerdeführerin bei ihrer Argumentation zu übersehen, dass für eine allfällige Erwerbsausfallentschädigung kumulativ einerseits ein Erwerbs- oder Lohnausfall der betreffenden Person (Selbständigerwerbende oder Person in arbeitgeberähnlicher Stellung) sowie andererseits eine Mindestumsatzeinbusse der Unternehmung vorausgesetzt wird. Wie das Bundesgericht darauf hingewiesen hat, kann der Erwerbsausfall eines Selbständigerwerbenden nicht mit einem Umsatzrückgang gleichgesetzt werden, auch wenn ein solcher oft – aber eben nicht zwangsläufig – zu einem Gewinnrückgang und insoweit zu einem Erwerbsausfall führt. Bei Versicherten in arbeitgeberähnlicher Stellung mag sich die bei ihrer Arbeitgeberin eingetretene Umsatzeinbusse wohl regelmässig auf deren Betriebserfolg auswirken; dessen (allfällige) Verschlechterung hat indessen nicht zwingend einen Lohnausfall der versicherten Person zur Folge (BGE 148 V 265

E. 5.3.4.2). Der Beschwerdegegnerin ist somit zuzustimmen, dass die bei der Arbeitgeberin eingetretene Umsatzeinbusse und das Erfordernis des Erwerbs- bzw. Lohnausfalls der betreffenden Person nicht vermischt werden dürfen. Wie die Beschwerdegegnerin sodann zutreffend aufgezeigt hat, entspricht die Prüfung des Umsatzrückgangs dem des Unternehmens und ist nicht personenbezogen (vgl. vom BSV publizierte Fragen und Antworten zur Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, Nr. 05-24 [AK-act. 47]). Während also die Grundlagen zur Berechnung einer allfälligen Lohneinbusse unterschiedlich sind, bleibt die Prüfung des Umsatzrückgangs für C._____ und D._____ gleich, ist doch gerade die Umsatzeinbusse der gesamten Gesellschaft massgebend. In diesem Zusammenhang kann auch auf die zutreffenden Ausführungen der Beschwerdegegnerin verwiesen werden, wonach die Corona-Erwerbssersatzentschädigung als Nothilfe ausgestaltet ist und es entgegen derer Sinn und Zweck wäre, wenn die A._____ GmbH ohne Umsatzeinbusse einen Entschädigungsanspruch für ihre Angestellte C._____ geltend machen könnte (act. 3 S. 3). Wie aus der Beschwerde hervorgeht, war die A._____ GmbH als Arbeitgeberin denn auch in der Lage, C._____ den vollen Lohn von monatlich Fr. 2'500.– weiterhin auszubezahlen. Entgegen den Angaben in den Anmeldeformularen hat die Arbeitnehmerin somit auch keinen Lohnausfall erlitten. Es ist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen, wonach ein Anspruch auf Corona-Erwerbssersatz subsidiär zur Lohnfortzahlung des Arbeitgebers ist (BGE 148 V 265 E. 5.3.5). Mangels Umsatz- und Lohneinbusse besteht für die Monate September 2020 bis Mai 2021 demnach kein Anspruch auf Corona-Erwerbssersatz.

Daran ändert zu guter Letzt auch der Einwand der Beschwerdeführerin, die Rechtsanwendung führe zu einer Ungleichbehandlung gegenüber Ehepaaren, die zwei Einzelfirmen hätten, nichts. Vielmehr ist mit der Beschwerdegegnerin einig zu gehen, dass es gerade zum Unternehmerrisiko gehört, dass je nach gewählter Form der Unternehmensgestaltung kein Anspruch auf Corona-Erwerbssersatz besteht. Der Beschwerdegegnerin ist zuzustimmen, dass sich D._____ und C._____ bewusst dafür entschieden haben, die Tätigkeit von C._____ über die A._____ GmbH laufen zu lassen, was auch gewisse Vorteile mit sich brachte bzw. bringt.

3.3 Nach dem soeben Ausgeführten war die Ausrichtung der Corona-Erwerbsausfallentschädigung an die A._____ GmbH betreffend die Tätigkeit von C._____ für die Monate September 2020 bis Mai 2021 zweifellos unrichtig, weshalb die erste Voraussetzung für eine Wiedererwägung gegeben ist. Auch die zweite Voraussetzung für eine Wiedererwägung ist vorliegend erfüllt, nachdem der in Frage stehende Betrag von

Fr. 18'373.80 durchaus als erheblich zu bezeichnen ist (vgl. dazu BGE 107 V 180 E. 2b; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 53 N 66). Die Ausgleichskasse hat daher die Leistungsausrichtung zu Recht in Wiedererwägung gezogen und die Rückerstattung der zu Unrecht ausbezahlten Corona-Erwerbsersatzentschädigung für die Periode vom 17. September 2020 bis 31. Mai 2021 angeordnet.

3.4 Die Höhe der Rückforderung von insgesamt Fr. 18'373.80 ergibt sich aus der Summe der einzelnen Rückforderungsverfügungen vom 9. November 2022 (AK-act. 34–43). Die jeweiligen Abrechnungen sind dabei – soweit ersichtlich – korrekt erstellt worden. Die Beschwerdeführerin stellt die Rückforderung von insgesamt Fr. 18'373.80 in betraglicher Hinsicht denn auch gar nicht in Frage. Weiterungen zur Forderung in masslicher Hinsicht sind folglich nicht indiziert.

4. Zusammenfassend erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 13. Januar 2023 als rechtmässig, weshalb die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen ist.

5. Bei sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten über Leistungen ist das Verfahren kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist (Art. 61 lit. ^{fbis} ATSG). Eine solche Kostenpflicht ist im Bereich des Covid-19-Erwerbsausfalls nicht vorgesehen, so dass das Verfahren für die Parteien kostenlos ist. Eine Parteientschädigung ist bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zuzusprechen (Art. 61 lit. g ATSG).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Luzern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.
5. Mitteilung an die Beschwerdeführerin (mit ausführlicher Rechtsmittelbelehrung), an die Ausgleichskasse Zug sowie an das Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern.

Zug, 29. November 2023

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin

versandt am