

GR_GERICHTE S 2022 83 vom 29. August 2023

GR Gerichte, 2023-08-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_S_2022_83

FR: GR_GERICHTE S 2022 83 du 29 août 2023

IT: GR_GERICHTE S 2022 83 del 29 agosto 2023

Regeste

Leistungen nach EOG (Covid-19-VO Erwerbsausfall) | Ergänzungsleistungen/EOG

Erwägungen

E. 1

A._____ ist Geschäftsführer und einziger Verwaltungsrat der B._____ AG in C._____. Wie der Webseite der B._____ AG zu entnehmen ist, ist das Hotel bereits seit über 20 Jahren ausschliesslich während der Wintersaison (Ende November bis Anfangs Mai) offen.

E. 1.1

Gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) in Verbindung mit Art. 49 Abs. 2 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) beurteilt das Verwaltungsgericht als kantonales Versicherungsgericht Be-

- 5 - schwerden gegen Einspracheentscheide und Verfügungen in Sozialversicherungssachen.

E. 1.2

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestimmt sich nach der in Art. 24 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz (EOG; SR 834.1) statuierten Ordnung, welches kantonale Versicherungsgericht für die Beurteilung der Beschwerde betreffend die Erwerbsausfallsentschädigung aufgrund der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19; Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall; SR 830.31) örtlich zuständig ist. Das heisst, dass gemäss dem seit 1. Januar 2003 – gleichzeitig mit dem ATSG – in Kraft getretenen Art. 24 Abs. 1 EOG über Beschwerden gegen Verfügungen und Einspracheentscheide kantonaler Ausgleichskassen in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG das Versicherungsgericht am Ort der Ausgleichskasse entscheidet. Dies gilt nicht für Entscheide von Verbandsausgleichskassen. Dafür ist nach Art. 1 EOG i.V.m. Art. 58 Abs. 1 ATSG das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig, in dem die versicherte Person oder beschwerdeführende Dritte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz haben (BGE 147 V 423 E.1). Der Beschwerdeführer hat Wohnsitz in C._____, wo auch der Sitz der Beschwerdeführerin liegt. Damit ist das angerufene Gericht örtlich zuständig.

E. 1.3

Die Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung des Einspracheentscheides einzureichen (Art. 60 ATSG). Gemäss Art. 61 lit. b ATSG muss eine Beschwerde eine gedrängte Darstellung des Sachverhaltes, ein Rechtsbegehren und eine kurze Begründung enthalten. Die eingereichte Beschwerdeschrift ist weder bezüglich Frist

noch Form zu be- anstanden. 1.4.1. Gemäss Art. 59 ATSG ist zur Beschwerde legitimiert, wer durch die ange- fochtene Verfügung oder den Einspracheentscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung hat. Vorlie-

- 6 - gend wird die Beschwerde im Namen von A._____, einziger Verwaltungs- rat und Geschäftsführer der B.____ AG, und der B.____ AG gemeinsam geführt. Hierzu wird in der Beschwerdeschrift ausgeführt, dass Adressatin der mit Einsprache angefochtenen Verfügung die B.____ AG sei. Es gehe um die EO-Entschädigung, auf welche A.____ gestützt auf die Co- vid-19-Verordnung Erwerbsausfall Anspruch habe. Die Leistungsabrech- nungen seien jeweils an A.____ persönlich gegangen, wobei die Auszah- lung auf das Konto der B.____ AG erfolgt sei und die Rückerstattung gemäss Verfügung vom 25. Januar 2022 ausschliesslich von ihr verlangt werde. Die Einsprache sei sowohl im Namen der B.____ AG als auch des betroffenen Arbeitnehmers A.____ erhoben worden. Korrekter Ver- fügungsadressat wäre A.____ gewesen. Der Einspracheentscheid sei für die Arbeitgeberin und den Arbeitnehmer erlassen worden. Verfahrenspar- teien seien die Adressatin der Verfügung vom 25. Januar 2022 und auch des Einspracheentscheids, zumal die Einsprache abgewiesen worden sei, sowie A.____, da er aus der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall Rechte ableite und einen direkten Forderungsanspruch habe (Art. 34 ATSG). Die Beschwerde werde somit im Namen der B.____ AG und von A.____ erhoben. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist kein Anhaltspunkt ersicht- lich, dass der Ordnungsgeber für den Corona-Erwerbsersatz etwas an- deres als das für die Bemessung der Beiträge der AHV massgebende Ein- kommen berücksichtigen wollte. Dementsprechend bezweckt der Corona- Erwerbsersatz gemäss Art. 2 Abs. 3bis und 3ter Covid-19-Verordnung Er- werbsausfall nicht, den Umsatz- oder Gewinnrückgang eines Betriebes abzufedern, sondern den bei den versicherten Personen eingetretenen Er- werbs- resp. Lohnausfall (weitgehend) auszugleichen (BGE 148 V 265 E. 5.3.4.3). Die Arbeitgeberin wird in der Covid-19-Verordnung Erwerbsaus- fall nicht als anspruchsberechtigte Person genannt (vgl. BGE 148 V 265 E.1.2.2 m.H.a. Urteil des Bundesgerichts 9C_448/2021 vom 10. Mai 2022

- 7 - E.1.3.1). Der Corona-Erwerbsersatz ist laut Art. 7 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall durch die Leistungsberechtigten (Abs. 1) oder, bei Lohn- fortzahlung des Arbeitgebers, durch diesen geltend zu machen (Abs. 2). Die Entschädigung wird an die anspruchsberechtigte Person ausbezahlt (Art. 8 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Indessen kommen Taggelder und ähnliche Entschädigungen in dem Ausmass dem Arbeitge- ber zu, als er der versicherten Person trotz der Taggeldberechtigung Lohn zahlt (Art. 19 Abs. 2 ATSG i.V.m. Art. 1 Covid-19-Verordnung Erwerbsaus- fall; Rz. 1006 Kreisschreiben über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus – Corona-Erwerbsersatz [KS CE] des Bun- desamts für Sozialversicherungen BSV, Stand: 19. Januar 2022 bzw. glei- chermassen Stand 17. Februar 2022). 1.4.2. Strittig ist eine Rückforderung von Erwerbsersatzentschädigung im Zu- sammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus. Die Verfügung richtet sich gegen die juristische Person der B.____ AG (Beschwerdeführerin), die die Leistung für A.____ und damit eine versi- cherte Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung (Beschwerdeführer) gel- tend gemacht hat. Wie bei jedem staatlichen Akt, der in eine Rechtsposi- tion eingreift, muss auch hinsichtlich dieser Rückerstattungsverfügung Rechtsschutz bestehen: Bei Rechtsstreitigkeiten hat jede Person von Ver- fassungs wegen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde (Urteil des Bundesgerichts

9C_432/2022 vom 20. April 2023 E.3.4). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Rückforderungsverfügung formell beschwert und jedenfalls befugt, rückforderungsspezifische Rügen zu erheben, d.h. solche, die sie als Empfängerin der strittigen Leistungen betreffen. Die vorliegende Ausgangslage erfordert nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung denn auch ein Beschwerderecht in der Sache selbst. Die auf Anmeldung durch den Arbeitgeber an diesen erfolgte Auszahlung entsprach zum Zeitpunkt der Leistung einer verbreiteten Praxis. Entsprechendes ergibt sich auch aus dem Vorbehalt in BGE 148 V 265 E.1.4.3, wonach

- 8 - der Arbeitgeber (vom Regelfall abweichend) ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Anmeldung und Beschwerde haben kann, wenn er beispielsweise in einem besonderen Näheverhältnis zum Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung steht oder das Anmelde- und Beschwerde-recht des Arbeitgebers sich aufgrund einer Verpflichtung zur Lohnnachzahlung aufdrängt. Von einer derartigen Ausnahme ist in Entschädigungsfällen, die vor Mitteilung des BSV an die Ausgleichskassen vom 21. Januar 2022 über den Arbeitgeber abgewickelt worden sind, generell auszugehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_432/2022 vom 20. April 2023 E.3.4 f.). Die Legitimation des Beschwerdeführers ergibt sich aus der Tatsache, dass er der Anspruchsberechtigte einer Erwerbsausfallsentschädigung ist. Von Seiten der Beschwerdegegnerin wird nichts vorgebracht, was gegen die Bejahung der Legitimation beider Beschwerdeführer spricht und es sind keine entsprechenden Anhaltspunkte ersichtlich. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer ergibt sich aus deren Stellung als Adressat bzw. Adressatin der Verfügung vom 25. Januar 2022 sowie des Einspracheentscheids vom 11. August 2022 und aus deren Berührtsein und Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 59 ATSG).

E. 1.5

Auf die Beschwerde ist somit entsprechend den vorstehenden Ausführungen - mit Vorbehalt von nachfolgender Erwägung 2 - einzutreten. 2. Die Beschwerdeführer beantragen, der Einspracheentscheid vom 11. August 2022 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass keine Verpflichtung zur Rückerstattung des Betrages gemäss der Verfügung vom 25. Januar 2022 bestehe. Dementsprechend sei auch die Verfügung vom 25. Januar 2022 aufzuheben. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 11. August 2022, mit welchem die Beschwerdegegnerin die Einsprache der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers abgewiesen hat und die Rückerstattung der zu Unrecht erhaltenen Entschädigung bestätigt hat, stellt ein taugliches Anfechtungsobjekt dar. Unzulässig ist indes der Antrag der Beschwerdeführer, auch die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom

- 9 - 25. Januar 2022 aufzuheben. Die genannte Verfügung ist durch den Einspracheentscheid vom 11. August 2022 ersetzt worden, weshalb insoweit auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann (BGE 131 V 407 E.2.1.2.1; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_543/2019 vom 20. Januar 2020 E.1.2). 3. Streitgegenstand bildet vorliegend die Frage, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht die Rückerstattung der EO-Entschädigung für die Periode vom 17. September 2020 bis zum 30. November 2020 respektive vom 1. Mai 2021 bis zum 31. August 2021 verlangt. Zur Beantwortung dieser Frage ist einerseits zu prüfen, ob ein Zurückkommen auf die ausbezahlten Corona-Erwerbsersatzentschädigungen zulässig war und ob die Berechnungen und Vorbringen der Beschwerdegegnerin im Lichte der anwendbaren Bestimmungen zur Corona-Erwerbsersatzentschädigung rechtskonform sind. 4. Gemäss einer allgemeinen

prozessualen Grundregel wird das anwendbare Recht durch den Zeitpunkt der Verfügung respektive – sofern diese angefochten wird – den Zeitpunkt des Einspracheentscheids bestimmt (vgl. BGE 147 V 278 E.2.1 und 5.1). Bei Sachverhalten mit intertemporalem Bezug greift diese Grundregel jedoch zu kurz. In solchen Konstellationen sind weitere Aspekte mit zu berücksichtigen. So stellt sich insbesondere die Frage nach dem zeitlichen Geltungs- sowie dem zeitlichen Anwendungsbereich einer Bestimmung. Der zeitliche Geltungsbereich ist die "Lebensdauer" einer Rechtsnorm. Diese wird durch deren In- und Ausserkrafttreten bestimmt. Die eingangs genannte prozessuale Grundregel bezieht sich vorab auf den zeitlichen Geltungsbereich. Davon zu unterscheiden ist der zeitliche Anwendungsbereich einer Norm; dieser bestimmt den Zeitraum, in dem sich die vom Tatbestand erfassten Sachverhalte ereignet haben müssen (BGE 148 V 162 E.3.2.1).

- 10 -

E. 2

Am 1. März 2021 reichte A._____ ein Gesuch um Gewährung der Corona Erwerbsersatzentschädigung bei Erwerbsausfällen (nachfolgend: EO-Entschädigung) für den Monat Dezember 2020 ein, ein weiteres Gesuch folgte am 3. März 2021 für den Monat Januar 2021, ein drittes Gesuch hat er am 22. März 2021 für die Zeit vom 17. September bis zum 31. Oktober 2020 eingereicht und dann weitere Gesuche für die folgenden Monate.

E. 3

Mit jeweils separaten Leistungsabrechnungen vom 23. März 2021 teilte die D._____ AHV-Ausgleichskasse der B._____ AG mit, dass für den Zeitraum vom 17. September 2020 bis zum 31. Oktober 2020 sowie vom 1. November 2020 bis zum 30. November 2020 eine Entschädigung geleistet wird. Für die Monate Dezember 2020 und Januar 2021 verneinte die Ausgleichskasse den Anspruch jedoch. Gegen die Ablehnungsverfügungen vom 23. März 2021 betreffend die Monate Dezember 2020 und Januar 2021 hat A._____ bzw. die B._____ AG keine Einsprache erhoben.

E. 4

Gemäss weiteren Leistungsabrechnungen zu Gunsten von A._____ vom Juli 2021 bis September 2021 erhielt er für die Monate Mai 2021 bis August 2021 Corona-Erwerbsersatzentschädigungen zugesprochen.

E. 4.1

In einem ersten Schritt ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung jeweils zu prüfen, ob die anwendbare Rechtsgrundlage Kollisionsnormen enthält. Fehlen solche, kommen auch hier allgemeine Grundsätze zur Anwendung. Diesbezüglich besagt der intertemporale Hauptsatz, dass in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben. Für zeitlich offene Dauersachverhalte bedeutet dies, dass sie grundsätzlich nach den jeweils geltenden rechtlichen Grundlagen zu beurteilen sind. Es ist somit bis zum Inkrafttreten einer Rechtsänderung das alte Recht und danach (ex nunc et pro futuro) - sofern die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind - das neue Recht anwendbar (unechte Rückwirkung; vgl. BGE 146 V 364 E.7.1 sowie BGE 148 V 70 E.5.3.2).

E. 4.2

Die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall regelt, unter welchen Voraussetzungen während einer gewissen Periode Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz besteht. Bei dem zu Rechtsfolgen führenden Tatbestand des Erwerbsausfalls handelt es sich um einen zeitlich offenen Dauersachverhalt. Eine Sacheinheit liegt nicht vor. Eingesetzt hat der Dauersachverhalt im vorliegenden Fall frühestens am 17. September 2020 (Zeitpunkt, für welchen der Beginn des Erwerbsausfalls geltend gemacht wurde). Ein intertemporaler Bezug besteht sodann, weil in der Folge zahlreiche weitere Gesuche eingereicht wurden und sich die Anspruchsvoraussetzungen ab diesem Zeitpunkt bis zum Entscheid darüber mit Einspracheentscheid vom

E. 4.3

In der Version vom 17. September 2020 sind Ansprüche auf Erwerbsausfälle lediglich für Selbständigerwerbende bei Betriebsschliessungen und Veranstaltungsverböten vorgesehen (Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall Stand: 17. September 2020). Mit der nächsten Revision wurde die Entschädigung auch für Selbständigerwerbende 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 Insol-

- 11 - venzentschädigung (AVIG; SR 837.0) eingeführt, welche durch die Massnahmen massgeblich eingeschränkt sind (Art. 2 Abs. 3bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, Stand: 8. Oktober 2020). Diese Bestimmung ist in sämtlichen nachfolgenden und rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft tretenden Versionen enthalten, wobei der Prozentsatz in Abs. 3ter, welcher die Massgeblichkeit der Einschränkung definiert, jeweils ändert (vgl. nachfolgende Erwägungen).

E. 4.4

Anwendbar sind somit die einschlägigen Normen, soweit deren zeitlicher Anwendungsbereich (zum Teil rückwirkend) in den Zeitraum vom 17. September 2020 (Gesuch um Entschädigung des Erwerbsausfalls ab diesem Datum) bis zum 11. August 2022 (Einspracheentscheid) fällt. 5. Gemäss Art. 1 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall sind die Bestimmungen des ATSG auf die Entschädigungen gemäss dieser Verordnung anwendbar, soweit die Verordnung keine ausdrücklichen Abweichungen vom ATSG vorsehen. In Abweichung von Art. 49 Abs. 1 ATSG sieht die Verordnung – wie von der Beschwerdegegnerin ausgeführt – vor, dass die Entschädigung im formlosen Verfahren nach Art. 51 ATSG festgesetzt wird (Art. 8 Abs. 5 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Dies wird von den Beschwerdeführern auch nicht bestritten. Strittig ist vorliegend lediglich, ob Entscheide im formlosen Verfahren voraussetzungslos in Wiedererwägung gezogen werden können.

E. 5

April 2021 bis zum 24. November 2021 geschlossen gewesen ist, die EO-Entschädigungen vom 17. September 2020 bis zum 31. August 2021

- 3 - zu Unrecht vergütet worden seien. Gleichzeitig teilte die D._____ AHV-Ausgleichskasse der B._____ AG bzw. A._____ mit, dass ein Rückforderungsschreiben für die zu Unrecht erhaltene Entschädigung in Höhe von CHF 39'434.30 ergehen werde.

E. 5.1

Diesbezüglich bringen die Beschwerdeführer vor, dass der Versicherungsträger, der einen formlosen Entscheid erlassen hat, diesen nur innerhalb einer Frist von 30 Tagen

voraussetzungslos abändern könne. Sobald diese Frist verstrichen sei, müsse sich der Versicherungsträger auf einen Wiedererwägungs- oder Revisionsgrund nach Art. 53 ATSG berufen können. Die entsprechenden Ausführungen in der Beschwerdeschrift sind korrekt (vgl. KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts – ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf

- 12 - 2020, Art. 51 Rz. 31). Entsprechend hält KIESER fest, dass es dem Versicherungsträger nach Eintritt der Rechtskraft benommen ist, voraussetzungslos auf den formlosen Entscheid zurückzukommen, und er muss sich dafür auf einen Rückkommenstitel nach Art. 53 ATSG berufen können (KIESER, a.a.O., Art. 51 Rz. 29; vgl. auch BGE 148 V 427 E.4.1). Die im formlosen Verfahren erlassenen Leistungsabrechnungen datieren vom 23. März 2021, 21. Juni 2021, 16. August 2021, 7. September 2021 sowie vom 22. September 2021, damit waren zum Zeitpunkt der Verfügung betreffend Rückforderung am 25. Januar 2022 sämtliche Leistungsabrechnungen rechtskräftig.

E. 5.2

Der Verfügung vom 25. Januar 2022 ist zu entnehmen, dass die EO-Entschädigungen zu Unrecht ausgerichtet worden seien, da die Beschwerdeführer bestätigt hätten, dass das Hotel vom 1. März 2020 bis zum 11. Dezember 2020 und vom 5. April 2021 bis zum 24. November 2021 geschlossen gewesen sei. Zu prüfen ist folglich, ob sich daraus ein Rückkommenstitel im Sinne von Art. 53 ATSG ableiten lässt. 6. Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die Wiedererwägung betrifft die Ausgangslage, dass ein Entscheid, der im Verwaltungsverfahren gefällt wurde, anfänglich unrichtig ist; dabei kann sich die Unrichtigkeit auf den zugrunde gelegten Sachverhalt oder auf die Rechtsanwendung beziehen (KIESER, a.a.O., Art. 53 Rz. 46). Vorausgesetzt für eine Wiedererwägung ist also eine zweifellose Unrichtigkeit. Wann die Unrichtigkeit zweifellos ist, beurteilt sich nicht nach der Grobheit des Fehlers. Massgebend muss vielmehr das Ausmass der Überzeugung sein, wonach die bisherige Entscheidung unrichtig war. Es darf kein vernünftiger Zweifel daran möglich sein, dass eine Unrichtigkeit vorliegt; es ist also nur ein einziger Schluss – eben derjenige der Unrichtigkeit – möglich. Dies schliesst beispielsweise aus, bei einer unzutreffen-

- 13 - den Ermessensbetätigung eine zweifellose Unrichtigkeit anzunehmen. Die Frage der Unrichtigkeit beurteilt sich dabei nach dem im Zeitpunkt des Erlasses der fraglichen Verfügung herrschenden Rechtszustand, dieser schliesst auch die damalige Rechtspraxis ein (KIESER, a.a.O., Art. 53 Rz. 59). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung scheidet die Annahme zweifelloser Unrichtigkeit aus, soweit ermessensgeprägte Teile der Anspruchsprüfung vor dem Hintergrund der Sach- und Rechtslage einschliesslich der Rechtspraxis im Zeitpunkt der rechtskräftigen Leistungszusprechung in vertretbarer Weise beurteilt worden sind (BGE 141 V 405 E. 5.2).

E. 6

Gegen diese Verfügung erhoben die B._____ AG und A._____ am 16. Februar 2022 Einsprache und reichten am 30. März 2022, nach Sichtung der erhaltenen Unterlagen, eine Einspracheergänzung nach.

E. 6.1

Die Unrichtigkeit ergibt sich vorliegend aus der Nichtberücksichtigung der Tatsache, dass der Erwerbsausfall in den Sommermonaten nicht auf die Coronamassnahmen, sondern vielmehr auf die saisonale Betriebsschliessung zurückzuführen ist. Entsprechend liegt eine Unrichtigkeit vor, weil die Ausrichtung einer Erwerbsausfallsentschädigung sowohl dem Wortlaut der gesetzlichen Grundlage (Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Gesetz; SR 818.102] und Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall) entgegen steht und auch von den vom BSV zur Verfügung gestellten Hilfsmitteln und Kreisschreiben nicht erfasst wird.

E. 6.2

Des Weiteren kann die Wiedererwägung nur vorgenommen werden, wenn die infrage stehende Korrektur erheblich ist. Dies wird von der Rechtsprechung so verstanden, dass eine korrekte Beurteilung hinsichtlich der konkreten Frage zu einem anderen, in bestimmter Weise abweichenden Ergebnis geführt hätte. Die Erheblichkeit kann sich insbesondere aus der Höhe des konkreten Entschädigungsbetrages oder der grossen Anzahl analoger Fälle ergeben (KIESER, a.a.O., Art. 53 Rz. 65 ff.).

E. 6.3

Von einer derartigen Erheblichkeit kann vorliegend sowohl hinsichtlich des konkreten Entschädigungsbetrages als auch aufgrund der grossen Anzahl

- 14 - analoger Fälle ausgegangen werden. Es handelt sich immerhin um eine Rückforderung in Höhe von fast CHF 40'000.--. Während der Corona-Pandemie mussten die Ausgleichskassen unzählige Erwerbsausfallsentschädigungsgesuche in möglichst einfachen Verfahren behandeln, wozu – wie im Übrigen auch aus dem Mailverkehr zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin hervorgeht – temporäre Mitarbeitende eingestellt wurden. Hinzu kommen die ständig wechselnden gesetzlichen Grundlagen, Weisungen und für die Entschädigung kausalen Massnahmen. Vor diesem Hintergrund würde es geradezu überspitzt formalistisch und unverhältnismässig erscheinen, hätten die Ausgleichskassen nicht die Möglichkeit, nachträglich festgestellte Fehler mittels Wiedererwägung erneut zu behandeln und zu korrigieren.

E. 6.4

Diesbezüglich ist anzumerken, dass diese Möglichkeit sowohl auf dem Anmeldeformular als auch auf den jeweiligen Leistungsabrechnungen explizit erwähnt wird. Die Ausgleichskassen behalten sich vor, nachträgliche Prüfungen und Stichproben vorzunehmen sowie Zusatzdokumente einzufordern. Zu Unrecht bezahlte Entschädigungen sind zurückzuerstatten (vgl. bspw. beschwerdegegnerische Akten [Bg-act.] 4 und 8 S. 5 bzw. Bg-act. 11, 12, 17, 22, 25, 28). Folglich ist die Wiedererwägung vorliegend zu Recht erfolgt. 7. Art. 15 des Covid-19-Gesetzes wurde gemäss Art. 21 Abs. 3 des Covid-19-Gesetzes rückwirkend auf den 17. September 2020 in Kraft gesetzt und mehrmals angepasst. Nach jener Bestimmung kann der Bundesrat die Ausrichtung von Entschädigungen des Erwerbsausfalls bei Personen vorsehen, die ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von Massnahmen im Zusammenhang mit der Bewältigung der Covid-19-Epidemie unterbrechen oder massgeblich einschränken müssen.

- 15 -

E. 7

Mit Einspracheentscheid vom 11. August 2022 wies die D._____ AHV- Ausgleichskasse die Einsprache ab und bestätigte die Verfügung vom 25. Januar 2022.

E. 7.1

Entsprechend enthält die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (sämtliche Versionen zwischen dem 8. Oktober 2020 bis zum 1. April 2022) folgende Bestimmung: Art. 2 Anspruchsberechtigte (Abs. 3bis und 3ter) 3bis Selbständigerwerbende im Sinne von Artikel 12 ATSG und Personen nach Artikel 31 Absatz 3 Buchstaben b und c AVIG, die nicht unter Absatz 3 fallen, sind unter der Voraussetzung von Absatz 1bis Buchstabe c anspruchsberechtigt, wenn: a. ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie massgeblich einschränkt ist; b. sie einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden; und c. sie im Jahr 2019 für diese Tätigkeit ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen von mindestens 10 000 Franken erzielt haben; diese Voraussetzung gilt sinn- gemäss, wenn die Tätigkeit nach dem Jahr 2019 aufgenommen wurde; wurde die Tätigkeit nicht während eines vollen Jahres ausgeübt, so gilt diese Voraussetzung proportional zu deren Dauer. 3ter Die Erwerbstätigkeit gilt als massgeblich eingeschränkt, wenn pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 Prozent 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 Erwerbs- dauer massgebend. Personen, die ihre Erwerbstätigkeit nach dem Jahr 2019 auf- genommen haben, müssen nachweisen, dass pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 Prozent im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz von min- destens drei Monaten vorliegt; massgebend ist der Durchschnitt der drei Monate mit den höchsten Umsätzen. Der Prozentsatz ab welchem die Erwerbstätigkeit als massgeblich einge- schränkt gilt, ändert je nach Version der Verordnung. So musste vom 17. September 2020 bis zum 18. Dezember 2020 eine Umsatzeinbusse von 55% nachgewiesen werden, während vom 19. Dezember 2020 bis zum 31. März 2021 nur noch eine Umsatzeinbusse von 40% vorliegen musste und ab dem 1. April 2021 bereits 30% ausreichten.

E. 7.2

Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG sind mitarbeitende Ehegat- ten des Arbeitgebers (lit. b) und Personen, die in ihrer Eigenschaft als Ge- sellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (lit. c). In der Beschwerdeschrift wird ausgeführt, dass es sich beim Beschwerde- führer um eine Person in arbeitgeberähnlicher Stellung handle; dies ergibt - 16 - sich auch aus dem Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin. Gemäss KS CE gelten als solche, Personen, die ein Einkommen als Ar- beitnehmende erzielen, und einen massgeblichen Einfluss auf die Ent- scheidfindung des Betriebs haben. Dies in ihrer Eigenschaft als Gesell- schafter oder Mitglied eines obersten Entscheidgremiums oder als am Be- trieb finanziell Beteiligte (Ziff. 1025.2 11/20 KS CE Stand: 19. Januar 2022 und gleichermassen 17. Februar 2022). Folglich ist der Beschwerdeführer nach Art. 2 Abs. 3bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall anspruchsbere- rechtigt, sofern er die genannten Voraussetzungen erfüllt. Als erstes wird vorausgesetzt, dass Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) obligatorisch versichert sind. Dass der Beschwerdeführer diese Voraussetzung erfüllt, ist vorlie- gend unbestritten.

E. 7.3

Nach dem Gesagten haben also Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, was der Beschwerdeführer unbestrittenermassen ist, Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz. Nach obgenannter Bestimmung weiter vorausgesetzt wird, dass (a.) die Erwerbstätigkeit der Betroffenen aufgrund behördlich angeordneter Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie massgeblich eingeschränkt ist, (b.) sie einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden, und (c.) sie im Jahr 2019 für diese Tätigkeit ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen von mindestens Fr. 10'000.- erzielt haben; diese Voraussetzung gilt sinngemäss, wenn die Tätigkeit nach dem Jahr 2019 aufgenommen wurde; wurde die Tätigkeit nicht während eines vollen Jahres ausgeübt, so gilt diese Voraussetzung proportional zu deren Dauer (Urteil des Bundesgerichts 9C_432/2022 vom 20. April 2023 E.5.1).

E. 7.4

Wie der Beschwerdeschrift zu entnehmen ist, sei die Beschwerdeführerin durch die behördlich angeordneten Massnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie stark betroffen gewesen. Als reiner Wintersaisonbetrieb habe sie – im Unterschied zu Mitbewerbern – die im Winter wegge-

- 17 - brochenen Umsätze im Sommer nicht wettmachen können. Sie habe für den Winter 2020/2021 zahlreiche Annullationen hinnehmen müssen, da die Restaurants mit Ausnahme der Hotelrestaurants für die eigenen Gäste geschlossen gewesen seien und sie neben Frühstück keine Mahlzeiten anbieten könne. Viele Gäste hätten sich deshalb für ein anderes Hotel entschieden oder seien dem Ort ganz ferngeblieben.

E. 7.5

Aus den Weisungen des Bundesrates (vgl. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html#-967923035>) ergeben sich vom 17. September 2020 bis zum 31. August 2021 die folgenden Massnahmen: • 09.12.2020: In Restaurants müssen die Kontaktdaten eines Gastes pro Gästegruppe bzw. Tisch obligatorisch erhoben werden. Der Abstand zwischen den Gästegruppen muss eingehalten werden. Ausserdem wird in der Silvesternacht die Sperrstunde von 23 Uhr auf 1 Uhr verlängert. • 09.12.2020: Die Skigebiete benötigen eine Bewilligung des Kantons und müssen strenge Schutzkonzepte vorlegen. In allen geschlossenen Transportmitteln, also z.B. in Kabinen und Gondeln dürfen nur zwei Drittel der Plätze besetzt werden. • 12.12.2020: Gastronomiebetriebe müssen zwischen 19 Uhr und 6 Uhr geschlossen bleiben. Ausnahmen bestehen für Gastronomiebetriebe in Hotels (nur für Hotelgäste), für Takeaway-Betriebe und Mahlzeitlieferdienste sowie für Feiertage: Am 24. Dezember und für Silvester gilt die Sperrstunde erst ab 1 Uhr. 12.12.2020: Die Bevölkerung wird [weiterhin] dazu aufgefordert, zu Hause zu bleiben. Die Menschen sollen ihre sozialen Kontakte auf ein Minimum beschränken sowie auf nicht notwendige Reisen und auf Ausflüge verzichten.

- 18 - • 22.12.2020: Gastronomiebetriebe werden geschlossen. Offenbleiben dürfen nur Betriebskantinen, Schulkantinen sowie Restaurants für Hotelgäste. Takeaway-Angebote und Lieferdienste bleiben weiterhin erlaubt. • 19.04.2021: Bestuhlte Aussenbereiche von Restaurants, Bars und Takeaway-Betrieben sind wieder offen. • 31.05.2021: Innenbereiche von Restaurants und Bars sind wieder offen. Hinzu kommt, dass im Kanton Graubünden die

Lage in den Spitälern stark überwacht wurde und bei einer zu hohen Belastung die Skigebiete geschlossen worden wären. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Umsatzeinbussen der Beschwerdeführerin während den Betriebsmonaten auf die Restaurantschliessungen, die Einreisebeschränkungen und die generell unsichere Lage bezüglich Skigebiete aber auch allgemein zurückzuführen ist. Dies scheint zwischen den Parteien auch nicht strittig zu sein.

E. 7.6

Aufgrund von Art. 2 Abs. 3bis und 3ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ergibt sich, dass das Erfordernis des Erwerbs- resp. Lohnausfalls (Art. 2 Abs. 3bis lit. b Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall) nicht bereits mit der bei der Arbeitgeberin eingetretenen Umsatzeinbusse erfüllt ist. Bei einer versicherten Person in arbeitgeberähnlicher Stellung ist vielmehr entscheidend, ob sie selbst einen Lohnausfall erlitten hat. Mit anderen Worten ausgedrückt: Ihr Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz ist subsidiär zur Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin (BGE 148 V 265 E.5.3.5). Zur Voraussetzung des Erwerbs- bzw. Lohnausfalls macht der Beschwerdeführer geltend, dass er seit dem 1. Mai 2021 keinen Lohn mehr bezogen habe und auf die EO-Entschädigung angewiesen sei (Bg-act. 31), weshalb diese Voraussetzung ebenfalls erfüllt sei. Der Beschwerdeschrift ist zu entnehmen, es stehe fest, dass A._____ keinen Lohn mehr bezogen habe (Rz. 11), wobei eine zeitliche Angabe fehlt. Der Beschwerdeführer bringt keine

- 19 - Beweise vor, welche den geltend gemachten Lohnausfall belegen würden. Vielmehr sind auch die diesbezüglichen Ausführungen teilweise widersprüchlich: Der Einsprache vom 16. Februar 2022 (Bg-act.42) ist zu entnehmen, der "gesamte Unterhalt und die Reparaturen wurden und werden während des Sommers von A._____, der seinen Jahreslohn von CHF 84'000.- aufgeteilt auf 12 Monate ausbezahlt erhält, ausgeführt" (Rz. 11). Jedenfalls für das Jahr 2020 erfuhr der Beschwerdeführer unbestrittenermassen keinen Lohnausfall; für das Jahr 2021 ab Mai ist ein Lohnausfall des Beschwerdeführers nicht mit dem notwendigen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt. Damit entfällt die Anspruchsvoraussetzung von Art. 2 Abs. 3bis lit. b Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall.

E. 7.7

Weiter wird vorausgesetzt, dass die betroffene Person, vorliegend der Beschwerdeführer, im Jahr 2019 ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen von mindestens CHF 10'000.-- erzielt hat. Der von der Beschwerdegegnerin erstellten sowie dem Gericht vorliegenden Jahresabrechnung 2019 ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer ein Einkommen von CHF 84'000.-- generiert hat (Bg-act. 6), womit er in dem Bereich liegt, der einen Anspruch auf Entschädigung erzeugt. Die Voraussetzung gemäss Art. 2 Abs. 3bis lit. c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall bezüglich im Jahr 2019 generiertem Jahreseinkommen ist vorliegend zweifelsohne erfüllt. 8. Auf die Kausalität zwischen den von den Behörden angeordneten Massnahmen und den daraus entstandenen Einschränkungen in der Erwerbstätigkeit (gemäss Art. 2 Abs. 3bis lit. a Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall) ist im Folgenden näher einzugehen.

E. 8

Am 29. August 2022 erhoben A._____ und die B._____ AG (nachfolgend: der Beschwerdeführer und die Beschwerdeführerin bzw. die Beschwerdeführer) Beschwerde

am Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und stellten die folgenden Rechtsbegehren: 1. Der Einspracheentscheid vom 11. August 2022 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass keine Verpflichtung zur Rückerstattung des Betrages gemäss der Verfügung vom 25. Januar 2022 besteht. Dem- entsprechend sei auch die Verfügung vom 25. Januar 2022 aufzuhe- ben. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zulasten der Vorinstanz.

E. 8.1

Die Entschädigung beträgt grundsätzlich 80% des durchschnittlichen Er- werbseinkommens, welches die jeweilige anspruchsberechtigte Person unmittelbar vor dem Unterbruch der Erwerbstätigkeit erzielt hat. Für die Berechnung des Taggeldes wird das monatliche AHV-pflichtige Einkom- men - gemäss den geltenden Berechnungsvorschriften im Bereich der

- 20 - EO/MSE - durch 30 geteilt. Bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sowie mitarbeitenden Ehegatten oder eingetragenen Partnern von Selbst- ständigerwerbenden oder Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung be- trägt die Entschädigung 80 Prozent des Lohnausfalls im entsprechenden Monat (Ziff. 1058 03/21 KS CE Stand: 19. März 2021).

E. 8.2

Anspruchsberechtigte, die im Monat Dezember 2020 einen Umsatzrück- gang von mindestens 40% aber weniger als 55% vorweisen, haben ab 19. Dezember 2020 Anspruch auf eine Entschädigung auf dieser Grundlage. Für den Umsatzrückgang wird der ganze Monat berücksichtigt. Personen mit einem Umsatzrückgang im Dezember 2020 von mindestens 55%, ha- ben für den ganzen Kalendermonat Anspruch auf die Entschädigung (Ziff. 1041.8 12/20 KS CE Stand: 19. Januar 2022). Für den Anspruch auf die Entschädigung von Januar bis März 2021 ist ein Umsatzrückgang von mindestens 40% entscheidend. Wenn alle Anspruchsvoraussetzungen er- füllt sind, besteht der Anspruch jeweils für einen vollen Kalendermonat (Ziff. 1041.8a 03/21 KS CE Stand: 19. Januar 2022). Für Ansprüche ab April 2021 ist ein Umsatzrückgang von mindestens 30% massgebend. Sind sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, so besteht der An- spruch jeweils für einen ganzen Kalendermonat (Ziff. 1041.9 03/21 KS CE Stand: 19. Januar 2022). Die Erwerbstätigkeit gilt als massgeblich einge- schränkt, wenn pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 30 Pro- zent im Vergleich zum durchschnittlichen monatlichen Umsatz der Jahre 2015–2019 vorliegt (Art. 2 Abs. 3ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).

E. 8.3

Gemäss den dem Gericht vorliegenden Unterlagen zeigt sich im Fall der Beschwerdeführerin folgendes Bild: Umsatz in CHF 2020 2019 2018 2017 2016 2015 pro Jahr 478'897.25 818'672.15 863'307.68 865'964.66 819'617.51 734'555.42 pro Monat 39'908.10 68'222.68 71'942.31 72'163.72 68'301.46 61'212.95 Daraus ergibt sich folgende Umsatzeinbusse im Jahr 2020:

- 21 - Umsatz in CHF Durchschnitt (2015-2019) Im Jahr 2020 Differenz (Umsatzeinbusse) pro Jahr 820'423.48 478'897.25 341'526.23 pro Monat 68'368.62 39'908.10 28'460.52 Geht man vom durchschnittlichen Jahresumsatz der Jahre 2015-2019, also CHF 820'423.48, aus ist dieser im Vergleich zum Jahr 2020 in wel- chem ein Umsatz von CHF 478'897.25 erzielt wurde, um CHF 341'526.23 zurückgegangen, was einer Reduktion um 41.63% entspricht.

Für das Jahr 2021 liegen dem Gericht keine Zahlen vor.

E. 8.4

Aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 3bis und 3ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ergibt sich jedoch, dass die monatlichen Umsatzeinbussen massgebend sind. Aus den eingereichten Unterlagen ergeben sich folgende monatliche Umsätze: Monatsumsatz in CHF Durchschnitt 2020 Differenz (Umsatz) in Prozent Januar 68'368.62 164'118.52 -95'749.9 Februar 68'368.62 202'470.05 -134'101.43 März 68'368.62 63'065.14 5'303.48 7.76 April 68'368.62 0 68'368.62 100 Mai 68'368.62 0 68'368.62 100 Juni 68'368.62 0 68'368.62 100 Juli 68'368.62 0 68'368.62 100 August 68'368.62 0 68'368.62 100 September 68'368.62 0 68'368.62 100 Oktober 68'368.62 0 68'368.62 100 November 68'368.62 0 68'368.62 100 Dezember 68'368.62 49'243.53 19'125.09 27.97 Kontrolle 820'423.44 478'897.24 -341'526.20

E. 8.5

Wie dies auch aus den Leistungsabrechnungen der Beschwerdegegnerin ersichtlich ist, erhält man bei dieser Berechnungsweise in den (für das vorliegende Verfahren relevanten) Monaten September, Oktober und November 2020 jeweils eine Umsatzreduktion von 100%, was – betrachtet man nur die Umsatzeinbusse – klarerweise zur Erwerbsausfallsentschädigung berechtigt. Nun bringt die Beschwerdegegnerin aber vor, dass dieser fehlende Umsatz nicht auf die vom Bund angeordneten Massnahmen zur - 22 - Bekämpfung des Coronavirus zurückzuführen ist, sondern vielmehr darauf, dass das Hotel während den Sommermonaten jeweils geschlossen wird. Infolge dessen hat die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 25. Januar 2022 die Rückerstattung des geleisteten Erwerbsersatzes für diese Monate verlangt. Dasselbe gilt für die Zeit zwischen dem 1. Mai 2021 und dem 31. August 2021, wobei dem Gericht für diese Zeit keine entsprechenden Daten vorliegen.

E. 8.6

Es ist also festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2020 im Vergleich zum Durchschnitt der Jahre 2015-2019 eine Umsatzeinbusse von 41.63% erlitten hat; für das Jahr 2021 liegen keine Umsatzzahlen vor. Nach der Berechnung der Beschwerdegegnerin ist der Beschwerdeführer nicht anspruchsberechtigt, da die Beschwerdeführerin in den Monaten, in welchen der Betrieb geöffnet war, aufgrund des erzielten Monatsumsatzes nicht anspruchsberechtigt war und es in den anderen Monaten an den Einschränkungen fehlte, welche auf die behördlichen Massnahmen zurückzuführen waren, was ebenfalls eine Anspruchsberechtigung ausschliesst. Damit steht der Beschwerdeführer vor dem Ergebnis, dass er trotz starker Umsatzeinbusse der Beschwerdeführerin im Jahr 2020 von durchschnittlich leicht über 40%, was grundsätzlich eine Anspruchsberechtigung spätestens ab 19. Dezember 2020 zur Folge hätte, aufgrund der, wie sich zeigen wird, nicht zu beanstandenden Berechnungsweise keine Entschädigung für den erlittenen Erwerbsausfall geltend machen kann. 9. Mittels Auslegung ist zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin das Recht korrekt angewendet hat und es der Absicht des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers entspricht, dass Saisonbetriebe u.U. trotz erheblichen Umsatzeinbussen nicht auf die Erwerbsersatzentschädigung zurückgreifen können.

E. 9

Begründend fügten die Beschwerdeführer im Wesentlichen an, die Verfügungen betreffend die Monate September bis November 2020 und Mai bis August 2021 würden in unzulässiger Weise in Wiedererwägung gezogen. Abgesehen davon sei auch in der Sache selbst von einem Fehlentscheid auszugehen. A. _____ erfülle grundsätzlich die Voraussetzungen zum Bezug einer EO-Entschädigung im Zusammenhang mit den behördlich an-

- 4 - geordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie. Infrage stehe nur, ob der vom Verordnungsgeber definierte Umsatzrückgang für die Monate, welche von der Rückforderung betroffen sind, vorliege. Einerseits den Jahresumsatz auf 12 Monate herunterzubrechen, um den Umsatzrückgang während den Betriebsmonaten zu ermitteln, und andererseits zu behaupten, dass der fehlende (durchschnittliche) Umsatz in den Sommermonaten während der Betriebsschliessung nicht auf Corona-Massnahmen zurückzuführen sei, sei unhaltbar und gehe gänzlich an der Sache vorbei. Damit werde A. _____ schlechter gestellt als Betriebe, welche ganzjährig geöffnet sind und sein können, wodurch das Gleichbehandlungsgebot verletzt werde. Breche nun der Winterumsatz infolge der Pandemie und der dadurch angeordneten behördlichen Massnahmen weg, werde die Betriebsführung gefährdet. Zur Betriebsführung gehöre A. _____ mit dem vereinbarten Gehalt, dem bei der Verweigerung der EO-Entschädigung das Einkommen entzogen werde.

E. 9.1

Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung bildet der Wortlaut einer Bestimmung (grammatikalisches Element). Ist dieser klar, d.h. eindeutig und

- 23 - unmissverständlich, so darf davon nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am "wahren Sinn", d.h. am Rechtssinn, der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), deren Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisch) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, welches der Gesetzgeber so nicht gewollt haben kann (BGE 145 V 289 E.4.1, 144 V 327 E.3, 142 V 402 E.4.1, je mit Hinweisen). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetzen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 147 V 297 E.6.1, 146 V 224 E.4.5.1).

E. 9.2

Auf Gesetzesebene bestimmt das Covid-19-Gesetz (im entsprechenden Artikel mit Ausnahme der massgebenden prozentualen Umsatzeinbussen gleichlautend in sämtlichen Fassungen zwischen dem 26. September 2020 [der hier einschlägige Art. 15 trat gemäss Art. 21 Abs. 3 rückwirkend per 17. September 2020 in Kraft] und dem 1. Juli 2022 [in Kraft bis 31. Dezember 2022]) Folgendes: Art. 15 Massnahmen zur Entschädigung des Erwerbsausfalls 1 Der Bundesrat kann die Ausrichtung von Entschädigungen des Erwerbsausfalls bei Personen vorsehen, die ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von Massnahmen im Zusammenhang mit der Bewältigung der Covid-19-Epidemie unterbrechen oder massgeblich einschränken müssen. Nur Personen mit einem Erwerbs- oder Lohnausfall, die in ihrer Unternehmung eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 (Anm. des Gerichts: resp. 40; resp. 30) Prozent im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz in den Jahren 2015–2019 haben, gelten in ihrer Erwerbstätigkeit als massgeblich eingeschränkt.

Auf Gesetzesebene wird folglich nichts über die Berechnung ausgeführt, wonach der Umsatz der einzelnen Monate und nicht derjenige des ganzen Jahres zu berücksichtigen ist. Dies wird erst in der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall konkretisiert: Art. 2 Anspruchsberechtigte (Abs. 3ter)

- 24 - 3ter Die Erwerbstätigkeit gilt als massgeblich eingeschränkt, wenn pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 (Anm. des Gerichts: resp. 40; resp. 30) Prozent 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 Prozent im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz von mindestens drei Monaten vorliegt; massgebend ist der Durchschnitt der drei Monate mit den höchsten Umsätzen. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich demnach die von der Beschwerdegegnerin angewendete Berechnungsweise. 9.3.1. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat sich im Urteil EO/21/526 vom 17. November 2021 mit einer vergleichbaren Konstellation befasst. Im konkreten Fall verneinte die Versicherung den Anspruch auf eine Corona-Erwerbsersatzentschädigung für die Monate Oktober und November 2020 mit der Begründung, die Versicherte habe infolge der saisonalen Schliessung des Betriebs einen Erwerbsausfall erlitten, d.h. die Schliessung sei nicht aufgrund von behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus erfolgt. Für die Monate September und Dezember 2020 sowie Februar 2021, in welchen normalerweise viel Umsatz generiert wird, verneinte die Ausgleichskasse die Anspruchsberechtigung mit der Begründung, die Umsatzeinbusse betrage weniger als 55% resp. 40% verglichen mit dem durchschnittlichen Monatsumsatz. Die entsprechende Verfügung wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Bern gestützt, welches in E.3.3 ausführte: "Die Einwände der Beschwerdeführerin sind zwar verständlich, vermögen aber angesichts der klaren Regelung nichts zu ändern. Sinn und Zweck der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ist das Kompensieren von Erwerbsausfällen, welche auf die behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie zurückzuführen sind. Dass die Erwerbsausfälle in den Monaten Oktober und November 2020 nicht aufgrund von besagten Massnahmen entstanden sind, ist - wie bereits ausgeführt (...) - aufgrund der Akten erwiesen. Nicht weiter helfen der Beschwerdeführerin die Vorbringen betreffend die Berechnung des durchschnittlichen Umsatzes (...). Die von der Beschwerdegegnerin

- 25 - vorgenommene Berechnung des durchschnittlichen Umsatzes (...) entspricht den verordnungsrechtlichen Vorgaben sowie den Ausführungsbestimmungen im KS CE (...) und gibt zu keinen Beanstandungen Anlass. Die durch die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall geschaffene Regelung lässt die zusätzliche Berücksichtigung eines saisonal geführten Betriebs, wie es die Beschwerdeführerin verlangt (...), nicht zu." 9.3.2. Zum selben Ergebnis gelangte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern im späteren Urteil EO/22/21 vom 31. März 2022, in welchem der Anspruch auf Erwerbsausfallsentschädigung verneint wurde, da ein Unternehmen im Monat vor einer grossen Veranstaltung mangels Einnahmen keinen Umsatz generierte und in den Monaten der Veranstaltung nicht auf die vorgeschriebene Umsatzeinbusse von 40% kam.

E. 9.4

Gestützt auf den klaren Wortlaut der Verordnung sowie in Anlehnung an die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern ist vorliegendfalls die

Berechnungsweise der Beschwerdegegnerin nicht zu beanstanden. 10. Zu prüfen ist weiter, ob die Regelung des Corona-Erwerbsersatzes von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung gemäss Art. 2 Abs. 3bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall im Hinblick auf den vorliegenden Fall eines Hotelbetreibers in arbeitgeberähnlicher Stellung gegen die Verfassung, insbesondere die Rechtsgleichheit, das Willkürverbot und die Wirtschaftsfreiheit verstösst (vgl. BGE 147 V 423 E.5 ff., in welchem das Bundesgericht sich mit dem Fall einer selbständig erwerbenden Ärztin befasst hat, bei welcher der Anspruch gestützt auf Art. 2 Abs. 3 und 3bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall verneint wurde).

E. 10

Mit Stellungnahme vom 13. September 2022 beantragte die D. _____ AHV-Ausgleichskasse (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerde und verzichtete unter Verweis auf den Einspracheentscheid vom 11. August 2022 auf die Einreichung einer Vernehmlassung. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften und die übrigen Akten wird, soweit erforderlich in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

E. 10.1

Ein Erlass ist willkürlich im Sinne von Art. 9 BV, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist. Er verletzt das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), wenn er rechtliche

- 26 - Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze ein weiter Gestaltungsspielraum, den das Bundesgericht nicht durch eigene Gestaltungsvorstellungen schmälert (BGE 140 I 77 E. 5.1; BGE 139 I 242 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 9C_209/2019 vom 22. Juli 2019 E.5.3.1). Vorliegend ergibt sich aus der Verordnung klar, dass die Erwerbsausfallsentschädigung dem Kompensieren von Erwerbseinschränkungen durch behördlich angeordnete Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus dienen soll und nicht die Ausgleichung saisonaler Schwankungen bezweckt. Folglich ist die Bestimmung in Art. 2 Abs. 3ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall weder willkürlich noch verletzt sie das Rechtsgleichheitsgebot. Vielmehr liegt es im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, die Anspruchsberechtigung von Saison-Betrieben nach den gleichen Grundsätzen zu prüfen, wie von Betrieben, die das ganze Jahr über geöffnet sind und Umsatz generieren.

E. 10.2

Die Wirtschaftsfreiheit, welche grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistungen vermittelt (vgl. BGE 138 II 191 E. 4.4.1 mit Hinweisen), ist durch Art. 27 Abs. 1 BV gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Während Art. 27 BV den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit schützt, gewährleistet Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit (BGE 142 I 162 E. 3.2.1 insb. mit Hinweis auf BGE 138 I 378 E. 6.1).

E. 10.3

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden geht weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV. Danach

- 27 - sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenzverhältnissen verzerren und dadurch nicht wettbewerbsneutral sind (BGE 142 I 162 E. 3.7.2; BGE 141 V 557 E. 7.2). Der angesprochene Grundsatz gilt aber nicht absolut und schliesst gewisse Differenzierungen, etwa aus Gründen der Sozialpolitik, des Umweltschutzes oder der Kulturpolitik nicht aus (BGE 142 I 162 E. 3.7.2). Als grundsatzkonform gelten Massnahmen, die dem Polizeigüterschutz dienen, sowie sozialpolitische Vorschriften und andere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die nicht wirtschaftspolitisch motiviert sind (BGE 143 I 403 E. 5.2 mit Hinweisen; Urteil 2C_60/2018 vom 31. Mai 2019 E. 6.1). Eine entsprechend begründete Ungleichbehandlung muss jedoch verhältnismässig sein und soll spürbare Wettbewerbsverzerrungen vermeiden. Erforderlich ist eine Interessenabwägung (BGE 142 I 162 E. 3.7.2 mit Hinweisen). Gestützt auf diese Interessenabwägung gelangt man vorliegend zum Schluss, dass keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit vorliegt. Die Beschwerdeführer waren nicht von einer Hotelschliessung betroffen und es war ihnen möglich, ihre jahrelang geübte Praxis, das Hotel saisonal bedingt über die Sommermonate zu schliessen, auch in den Jahren 2020 und 2021 weiter zu führen. Der Umsatzrückgang im Jahr 2020 unter gleichzeitiger Verwehrung eines Anspruchs auf Erwerbsausfallsentschädigung ist somit auch im Lichte der Wirtschaftsfreiheit nicht anspruchrelevant.

E. 11

Mit der Ergänzung zur Einsprache (Bg-act. 47) beantragten der Beschwerdeführer und die Beschwerdeführerin, es sei für die Monate Dezember 2020 und Januar 2021 die EO-Entschädigung im Rahmen einer Wiedererwägung der damaligen ablehnenden Verfügungen zuzusprechen. Hierzu gilt es, folgendes festzustellen: Der Umsatz für den Monat Dezember 2020 liegt gemäss Umsatzstatistik bei CHF 49'243.53 (Bg-act. 47), also lediglich knapp 28% unter dem durchschnittlichen Monatsumsatz der Jahre 2015-2019 von CHF 68'368.62. Wie bereits ausführlich dargelegt, setzte die Anspruchsberechtigung bis zum 18. Dezember 2020 eine Um-

- 28 - satzeinbusse von 55% und ab dem 19. Dezember 2020 von 40% voraus. Diese Werte werden vorliegend nicht erfüllt. Zudem liegt der Umsatz von CHF 49'243.53 gar CHF 9'335.43 über dem durchschnittlichen Jahresumsatz 2020 von CHF 39'908.10 (Bg-act. 47) und wird im Übrigen in Bg-act. 4 noch höher, nämlich mit CHF 53'106.59 angegeben. Abgesehen von der nicht überprüfbaren Angabe eines Umsatzes von CHF 70'031.40 im Anmeldeformular (Bg-act. 8), fehlt es für den Januar 2021 an entsprechenden Unterlagen. Es kann aber festgehalten werden, dass der behauptete Umsatz von CHF 70'031.40 über dem massgebenden monatlichen Umsatz der Jahre 2015-2019 von CHF 68'368.62 liegt und folglich ein Anspruch ohnehin zu verneinen wäre. Eine wiedererwägungsweise Zuspreechung einer Erwerbsausfallsentschädigung kommt allein aus diesen Gründen nicht in Betracht. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer in den genannten Monaten gemäss eigenen Aussagen seinen Lohn von CHF 7'000.- bezogen hat und damit auch keine Lohneinbusse zu gewärtigen hatte.

E. 12

Abschliessend ist festzuhalten, dass der Einspracheentscheid vom 11. August 2022 nicht zu beanstanden und die Beschwerde dagegen abzuweisen ist. Somit ist mit Verfügung vom 25. Januar 2022 zu Recht festgestellt worden, dass die Erwerbsersatzentschädigungen für die Periode 17. September 2020 bis 31. August 2021 zu Unrecht ausgerichtet wurden und diese Entschädigungen in der Höhe von CHF 39'434.30 zurückzuerstatten sind. 13.1. Nach Art. 61 lit. f bis ATSG ist das kantonale Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Sieht das Einzelgesetz keine Kostenpflicht bei solchen Streitigkeiten vor, so kann das Gericht einer Partei, die sich mutwillig oder leichtsinnig verhält, Gerichtskosten auferlegen. Da weder das EOG noch die einschlägige Covid-19-Gesetzgebung eine Kostenpflicht statuiert und Mutwilligkeit oder

- 29 - Leichtsinns vorliegend verneint werden können, sind den Beschwerdeführern keine Kosten aufzuerlegen. 13.2. Der obsiegenden Beschwerdegegnerin steht kein Anspruch auf Ersatz der Parteikosten zu (vgl. Art. 61 lit. g ATSG). III. Demnach erkennt das Gericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.