



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 20. Mai 2021 (750 21 117 / 135)

Erwerbsersatzentschädigung

Lohnausfall als Anspruchsvoraussetzung: Buchhalterisch und wirtschaftlich stammen die monatlichen Zahlungen nicht aus Mitteln der GmbH, sondern aus den Eigenmitteln des Versicherten. Damit ist aber die Qualifikation der Zahlungen als Lohnzahlungen ausgeschlossen, womit ein Lohnausfall vorliegt.

_____ Besetzung Präsidentin Doris Vollenweider, Kantonsrichter Daniel Noll, Kantons-
richterin Susanne Afheldt, Gerichtsschreiberin Christina Markiewicz

_____ Parteien **A.**_____, Beschwerdeführerin

gegen

Ausgleichskasse Wirtschaftskammer 114, Viaduktstrasse 42,
Postfach, 4002 Basel, Beschwerdegegnerin

_____ Betreff Corona-Erwerbsersatzentschädigung

A. B._____, Gesellschafter und Geschäftsführer der A._____, beantragte am 4. Dezember 2020 als arbeitgeberähnliche Person die Ausrichtung von Erwerbsersatzentschädigung. Aus dem entsprechenden Formular «Meldebeleg Corona Erwerbsersatz Arbeitgeber» geht hervor, dass er

bis 31. Mai 2020 Kurzarbeitsentschädigung und ab Juni 2020 bis 16. September 2020 Erwerbsersatzentschädigung erhalten hat. Dem Antrag legte er Belege für die Lohnzahlungen September bis November 2020 bei, namentlich einen Zahlungsauftrag mit dem Vermerk «Lohn September 2020» sowie eine Lohnabrechnung Oktober 2020 und eine Lohnabrechnung November 2020.

Mit Verfügung vom 8. Februar 2021 und Einspracheentscheid vom 26. Februar 2021 lehnte die Ausgleichskasse Wirtschaftskammer 114 (Kasse) einen Anspruch von B.____ auf Erwerbsersatzentschädigung für den Monat November 2020 ab mit der Begründung, dass als gesetzliche Voraussetzung für einen Leistungsanspruch ein Lohnausfall erforderlich sei. B.____ habe aber offenbar trotz erheblicher Umsatzeinbusse den Lohn weiterhin erhalten und somit keinen Lohnausfall erlitten. Der Einwand, bei den Zahlungen habe es sich um blossе Vorschussleistungen gehandelt, sei nicht belegt.

B. Dagegen erhob B.____ mit Eingabe vom 24. März 2021 Beschwerde ans Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht. Er beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Ausrichtung von Erwerbsersatzleistungen rückwirkend per Mitte September 2020. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Lohnabrechnungen der Anmeldung beigelegt worden seien unter der Annahme, dass Erwerbsersatzleistungen weiterhin ausgerichtet würden und die beigelegten Abrechnungen als Akonto-Lohnabrechnungen zu betrachten seien. Aufgrund zahlreicher Medienmitteilungen sei früh bekannt gewesen, dass im Parlament über eine Anschlusslösung für arbeitgeberähnliche Personen aus der Veranstaltungsbranche für die Zeit nach dem 16. September 2020 diskutiert würde und mit einer rückwirkenden Auszahlung von Erwerbsersatzentschädigung per Mitte September 2020 gerechnet werden könne. Nach dem ersten negativen Bescheid der Kasse seien die Lohnabrechnungen September bis Dezember 2020 wieder gelöscht und die ausbezahlten Geldbeträge als Darlehensrückzahlungen gebucht worden, da die GmbH den Gesellschaftern noch Geld aus den Vorjahren geschuldet habe. Diese Vorgehensweise sei von der Kasse nicht akzeptiert worden. Aus Sicht der Kasse hätten somit die Gesellschafter ab Mitte September 2020 keinen einzigen Franken aus der Firma nehmen dürfen. Ohne Geldbezüge hätten aber die laufenden privaten Kosten nicht beglichen werden können.

C. Mit Vernehmlassung vom 12. April 2021 beantragte die Kasse die Abweisung der Beschwerde. Im vorliegenden Fall sei einzig umstritten, ob es im November 2020 zu einem Lohnausfall gekommen sei. Gemäss den mit dem Antrag auf Ausrichtung von Erwerbsersatzentschädigung vom 4. Dezember 2020 eingereichten Unterlagen sei dies nicht der Fall. Erst im Verlauf des Verfahrens seien die Buchhaltungsunterlagen abgeändert, die Lohnmeldung an die Kasse «angepasst» und die Zahlungen, welche auch einmal gänzlich bestritten worden seien, als Vorschussleistungen bezeichnet worden. Das Vorgehen der beschwerdeführenden Partei sei unter dem Gesichtspunkt, dass der Bundesrat Ende 2020 rückwirkend Entschädigungen für vorangehende Lohnausfälle zugesprochen habe, insoweit verständlich. Denn habe ein Arbeitgeber trotz Umsatzeinbruchs die vollen Löhne an die Arbeitnehmer aus knappen Reserven gezahlt, obwohl dies der Geschäftsverlauf eigentlich nicht zugelassen habe, sei mangels Lohnausfalls kein Anspruch auf Erwerbsersatzleistungen entstanden. Darin liege gegenüber jenen Arbeitgebern oder auch Geschäftsinhabern, welche auf eine Lohnzahlung ganz oder teilweise verzichtet hätten und dementsprechend Anspruch auf Ersatzleistungen erheben könnten, eine den Betroffenen schwer

zu erklärende Ungerechtigkeit vor. Dies ändere aber nichts daran, dass sich die Kasse an die Gesetzesbestimmungen zu halten habe. Corona-Erwerbsersatzentschädigung gebe es nur, wenn keine oder nicht die gesamten Lohnzahlungen geleistet worden seien.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Nach Art. 56 Abs. 1 und Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, dessen Bestimmungen gemäss Art. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 1 der Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall) vom 20. März 2020 vorliegend anwendbar sind, kann gegen Einspracheentscheide der Ausgleichskassen beim zuständigen kantonalen Versicherungsgericht Beschwerde erhoben werden. Zuständig ist nach Art. 58 Abs. 1 ATSG das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit der Beschwerdeerhebung ihren Wohnsitz hat. Vorliegend befindet sich dieser in C._____, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Basel-Landschaft zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Es ist somit auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde vom 24. März 2021 ist demnach einzutreten.

2.1 Am 20. März 2020 hat der Bundesrat ein Paket mit diversen Coronavirus bedingten Verordnungen bzw. Verordnungsänderungen verabschiedet, unter anderem die Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Diese Verordnung wurde rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft gesetzt (vgl. Art. 9 Abs. 1 der Verordnung) und brachte insbesondere in Bezug auf die Kurzarbeit diverse (vorübergehende) Verfahrenserleichterungen und Anspruchserweiterungen mit sich (insb. den Wegfall der Karenztage und eine Ausdehnung des Anspruches auf einen weiteren Personenkreis [arbeitgeberähnliche Personen]). Der Versicherte bezog gestützt auf die Ausnahmebestimmung als arbeitgeberähnliche Person Kurzarbeitsentschädigung. Der Anspruch war bis 31. Mai 2020 befristet.

2.2 Im Anschluss daran, ab 1. Juni 2020, bestand Anspruch auf Erwerbsersatzentschädigung befristet bis 16. September 2020 gestützt auf Art. 2 Abs. 3^{ter} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (vgl. Verordnungsänderung vom 1. Juli 2020). Dieser Absatz wurde hinzugefügt, um der besonderen Situation von Personen Rechnung zu tragen, die im Veranstaltungsbereich arbeiten und sich in einer arbeitgeberähnlichen Stellung befinden, aber den Status eines Arbeitnehmers haben. Während die vom Veranstaltungsverbot betroffenen Selbständigerwerbenden weiterhin Erwerbsausfallentschädigung erhielten, schien es nicht gerechtfertigt, Firmenchefs, die sich in der gleichen Situation befanden, allein aufgrund ihres Arbeitnehmerstatus von Leistungen auszuschliessen. Als Voraussetzung für einen Leistungsanspruch musste das jährliche ahv-pflichtige Einkommen im Jahr 2019 zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 90'000.-- liegen.

2.3 Mit Verordnungsänderung vom 11. September 2020 wurde Art. 2 Abs. 3^{ter} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall mit Wirkung ab 17. September 2020 aufgehoben. Gemäss Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. September 2020 werde die Unterstützung für Selbständigerwerbende und Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, deren Tätigkeit nach wie vor wegen des Veranstaltungsverbots erheblich eingeschränkt sei, im Parlament im Rahmen der Debatten zum Covid-19-Gesetz diskutiert. Bis der Entscheid gefällt sei, werde dieser Punkt in der Verordnung noch nicht geregelt. Das Gesetz werde voraussichtlich Ende September 2020 in Kraft treten. Je nachdem, was das Parlament beschliesse, könnten die Leistungen für die erwähnten Gruppen von Anspruchsberechtigten rückwirkend per 17. September 2020 eingeführt werden.

2.4 Am 25. September 2020 verabschiedete das Parlament das Covid-19-Gesetz und erklärte es als dringlich, so dass es sofort in Kraft gesetzt wurde. In Art. 15 des Gesetzes sind die Massnahmen zur Entschädigung des Erwerbsausfalls geregelt. In Abs. 2 werden Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung ausdrücklich als Anspruchsberechtigte aufgeführt und in Abs. 3 werden die Details zur Bemessung des Anspruchs auf den Verordnungsweg verwiesen. Die entsprechende Verordnungsbestimmung erliess der Bundesrat am 4. November 2020. Die für den vorliegenden Fall einschlägige Bestimmung befindet sich in Art. 2 Abs. 3^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. Danach sind Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung (AVIG) vom 25. Juni 1982 dann anspruchsberechtigt, wenn ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie massgeblich eingeschränkt ist, wenn sie einen Lohnausfall erleiden und wenn sie im Jahr 2019 für diese Tätigkeit ein ahv-pflichtiges Einkommen von mindestens Fr. 10'000.-- erzielt haben. Gemäss Abs. 3^{ter} gilt die Erwerbstätigkeit als massgeblich eingeschränkt, wenn pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 % im Vergleich zum durchschnittlichen monatlichen Umsatz der Jahre 2015-2019 vorliegt. Die Höhe der Umsatzeinbusse wurde seither zweimal angepasst, indem ab 19. Dezember 2020 bis 31. März 2021 eine Umsatzeinbusse von mindestens 40 % und ab 1. April 2021 eine solche von mindestens 30 % verlangt wird.

3. Im gegebenen Fall verneinte die Kasse eine Anspruchsberechtigung mit der Begründung, dass der Versicherte im fraglichen Monat November 2020 keinen Lohnausfall erlitten habe. In der Tat sind für die Monate September bis November 2020 Belege in den Akten, die auf Lohnzahlungen schliessen lassen: ein Zahlungsauftrag mit dem Vermerk «Lohn September» vom 25. September 2020 sowie eine Lohnabrechnung vom 26. Oktober 2020 und eine Lohnabrechnung vom 20. November 2020 jeweils über den Betrag von Fr. 4'000.--. Aufgrund dieser Unterlagen durfte die Kasse grundsätzlich davon ausgehen, dass der Versicherte im hier strittigen Monat November 2020 keinen Lohnausfall erlitten hat. In der Einsprache vom 9. Februar 2021 machte der Versicherte dann aber geltend, dass die Lohnabrechnungen automatisch generiert worden seien. Seit September 2020 seien aber effektiv keine Lohnzahlungen mehr erfolgt. Die falschen Lohnabrechnungen seien im Lohnprogramm storniert und die berichtigte beitragspflichtige Lohnsumme der Kasse gemeldet worden. Diesbezüglich befindet sich eine Bestätigung der Kasse vom 29. Januar 2021 in den Akten. Aus dem «Nachtrag Lohnmeldung» geht die Reduktion der beitragspflichtigen Lohnsumme um Fr. 34'000.-- hervor. Die Kasse bemerkte dazu, dass die

Löhne September bis Dezember 2020 storniert worden seien, da sie fälschlicherweise automatisch generiert worden seien, obwohl keine Lohnzahlungen stattgefunden hätten. Die Reduktion von Fr. 34'000.-- entspricht denn auch der Summe der Löhne des Versicherten sowie seiner Schwester, welche Mitinhaberin der Firma A.____ ist, für die Zeit September bis Dezember 2020. Den Geschäftskontoauszügen der Postfinance der A.____ GmbH ist demgegenüber zu entnehmen, dass von September 2020 bis Dezember 2020 jeweils der Betrag von Fr. 4'000.-- auf das Konto des Versicherten bei der Bank D.____ überwiesen worden ist. Dies wird von ihm grundsätzlich nicht bestritten, er wendete aber zunächst ein, dass es sich bei diesen Zahlungen nicht um Lohnzahlungen, sondern um Vorschüsse auf die zu erwartenden Corona-Erwerbsersatzentschädigungen gehandelt habe. Im weiteren Verlauf des Verfahrens brachte er vor, die Zahlungen seien Rückzahlungsleistungen aus einem Darlehen, das er der Gesellschaft gewährt habe.

4.1 Der Verordnungstext nach Art. 2 Abs. 3^{bis} lit. a Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall setzt – im Gegensatz zur bis 16. September 2020 in Kraft gewesenen Bestimmung von Art. 2 Abs. 3^{ter}, wonach eine Anspruchsberechtigung gegeben war, sofern das massgebende Einkommen im Jahr 2019 zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 90'000.-- lag – neben einer Umsatzeinbusse auch einen Lohnausfall voraus. Damit wollte der Gesetzgeber diejenigen arbeitgeberähnlichen Personen von einem Leistungsanspruch ausnehmen, die über genügend Mittel in ihrem Unternehmen verfügen, um sich ihren Lohn auszuzahlen.

4.2 Nicht jede Zahlung, die von der Firma an einen Gesellschafter bzw. Geschäftsführer erfolgt, darf ohne weiteres als Lohn qualifiziert werden. Im vorliegenden Fall ist zwar auf den ersten Blick zu vermuten, dass die monatlichen Überweisungen von Fr. 4'000.-- auf das Konto des Versicherten Lohnzahlungen darstellen, da die Überweisungen jeweils Ende Monat unter dem Titel Lohn erfolgten und genau dem Betrag entsprachen, den er der Kasse als ahv-pflichtigen Lohn gemeldet hatte. Dem Betroffenen muss aber die Möglichkeit offenstehen, diese Vermutung zu widerlegen. Indem der Versicherte vorbringt, dass die Zahlungen eine Darlehensrückzahlung darstellen, beruft er sich auf den Erhalt von Mitteln, die wirtschaftlich gar nicht der Firma, sondern ihm selbst gehören. In diesem Fall könnte nicht von Lohnzahlungen gesprochen werden.

4.3 Zu prüfen ist, ob ihm der Nachweis der Darlehensrückzahlung gelingt. Die A.____ verbuchte die Zahlungen September bis Dezember 2020 zunächst zwar als Lohnzahlungen, korrigierte aber die Buchungen in der Folge und wies gegenüber der Kasse mittels Lohnkontoauszug aus, dass seit September 2020 keine Lohnzahlungen mehr getätigt worden sind. Die Kasse scheint diese Korrektur auch insofern akzeptiert zu haben, als sie die entsprechende Lohnsummenreduktion am 29. Januar 2021 bestätigte. Nachdem somit aus der korrigierten Buchhaltung nachvollziehbar hervorgeht, dass an den Versicherten im September, Oktober und auch im hier strittigen Monat November 2020 sowie im Dezember 2020 keine Zahlung unter dem Titel «Lohn» erfolgte, stellt sich die Frage, welchen wirtschaftlichen Hintergrund die Zahlungen von jeweils Fr. 4'000.-- haben, die er von September bis Dezember 2020 erhielt. Den eingereichten Buchhaltungsunterlagen ist zu entnehmen, dass die A.____ für den Versicherten ein Kontokorrentkonto (Nr. 2260) führt, nach welchem das Konto nachträglich per 25. September 2020, per 26. Oktober 2020, per 26. November 2020 sowie per 24. Dezember 2020 mit jeweils Fr. 4'000.-- belastet wurde. Buchhalterisch und wirtschaftlich stammen die Zahlungen somit nicht aus Mitteln der

GmbH, sondern aus den Eigenmitteln des Versicherten. Damit ist aber die Qualifikation der Zahlungen bzw. der hier strittigen Zahlung November 2020 als Lohnzahlung ausgeschlossen.

5. Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass die Kasse aufgrund der ursprünglich eingereichten Unterlagen von einem Lohnfluss an den Versicherten ausgehen durfte und dass die nachträgliche Korrektur der Buchungen zu Lasten des Kontokorrentkontos auf den ersten Blick ungewöhnlich erscheint, aber als zulässig zu betrachten ist, da für die Qualifikation einer Zahlung letztlich nur massgeblich sein kann, wie sie nach aktueller Buchung ausgewiesen ist. In diesem Zusammenhang ist ferner zu beachten, dass der Versicherte bereits für die Zeit ab 1. Juni 2020 bis 16. September 2020 unter der damals geltenden Bestimmung Art. 2 Abs. 3^{ter} Covid-19-Verordnung Erwerbsersatz als arbeitgeberähnliche Person in der Veranstaltungsbranche Erwerbsersatzentschädigung erhielt und gemäss Medienmitteilung vom 11. September 2020 eine Anschlusslösung für die Veranstaltungsbranche diskutiert und in Aussicht gestellt wurde. Er verfuhr in Bezug auf die monatlichen Zahlungen deshalb gleich wie während der Zeit bis 16. September 2020. Die neuen Anspruchsbestimmungen gemäss Art. 2 Abs. 3^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsersatz (Umsatzeinbusse und Lohneinbusse) waren erst nach Erlass am 4. November 2020 bekannt, traten aber rückwirkend per 17. September 2020 in Kraft. In Berücksichtigung dieses Sachverhalts ist es nachvollziehbar, dass der Versicherte aufgrund seiner bisherigen Erfahrungen mit Erwerbsersatzleistungen erstmals weiterhin Vorschusszahlungen leistete in der Annahme, dass die Erwerbsersatztaggelder nachträglich ausgerichtet würden. Schliesslich war in der vorherigen Regelung bis 16. September 2020 kein Lohnausfall vorausgesetzt gewesen.

Demzufolge ist die Beschwerde in dem Sinne gutzuheissen, als der Einspracheentscheid vom 26. Februar 2021 aufzuheben und festzustellen ist, dass ein Lohnausfall vorliegt. Die Angelegenheit ist sodann zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen an die Kasse zurückzuweisen.

6. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Nach § 20 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 ist der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos. Es sind deshalb keine Verfahrenskosten zu erheben.

7.1 Gemäss Art. 90 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) vom 17. Juni 2005 ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen. Selbständig eröffnete Zwischenentscheide sind - mit Ausnahme der Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (vgl. Art. 92 BGG) - nur mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei einem Rückweisungsentscheid an den Versicherungsträger zur Aktenergänzung und anschliessenden Neuverfügung nicht um einen Endentscheid, sondern um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG. Dies gilt auch für einen Rückweisungsentscheid, mit

dem eine materielle Teilfrage (z.B. eine von mehreren materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen) beantwortet wird (BGE 133 V 481 f. E. 4.2).

7.2 Beim vorliegenden Rückweisungsentscheid handelt es sich somit um einen Zwischenentscheid im Sinne des BGG. Demnach ist gegen ihn eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 Abs. 1 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Die nachstehende Rechtsmittelbelehrung erfolgt unter diesem ausdrücklichen Vorbehalt.

Demgemäss wird **erkannt** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid vom 26. Februar 2021 aufgehoben und festgestellt wird, dass ein Lohnausfall vorliegt. Die Angelegenheit wird zur weiteren Beurteilung sowie zur anschliessenden Neuverfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>