

200 20 826 EO  
LOU/FRN/LAB

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 14. Juli 2021**

Verwaltungsrichter Loosli  
Gerichtsschreiberin Franzen

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch B. \_\_\_\_\_ AG, Rechtsanwalt Dr. iur. C. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

**Ausgleichskasse GastroSocial**  
Buchserstrasse 1, Postfach 2203, 5001 Aarau  
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 7. Oktober 2020



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die 1971 geborene A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) ist verheiratet mit D.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Ehemann), der Eigentümer ist der beiden Unternehmen E.\_\_\_\_\_ (Einzelunternehmen; Handelsregister-Nr. \_\_\_\_\_ und der F.\_\_\_\_\_ GmbH (Handelsregister-Nr. \_\_\_\_\_ [beide abrufbar unter: [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)]). Bei letzterer ist er einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift. Am 13. August 2020 meldete sich die Versicherte per E-Mail unter Eingabe eines Lohnausweises für 2019 bei der Ausgleichskasse GastroSocial (GastroSocial bzw. Beschwerdegegnerin) zum Bezug von Corona-Erwerbsersatz vom 1. Juni bis 16. September 2020 an (Akten der GastroSocial [act. II] 1). Mit Verfügung vom 14. August 2020 verneinte die GastroSocial einen Leistungsanspruch mit der Begründung, als Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung gälten Personen, die ein Einkommen als Arbeitnehmende erzielten und einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes hätten. Dies in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums oder als am Betrieb finanziell Beteiligte. Als mitarbeitende Ehegatten des Arbeitgebers gälten die Ehepartnerin resp. der Ehepartner oder der eingetragene Partner oder die eingetragene Partnerin der oben genannten Personen (act. II 2). Die dagegen erhobene Einsprache (act. II 3) wies die GastroSocial mit Entscheid vom 7. Oktober 2020 ab, wobei sie insbesondere ausführte, der Ehemann der Beschwerdeführerin gelte als Selbständigerwerbender und falle gestützt auf das Kreis Schreiben über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus – Corona Erwerbsersatz (KS CE) nicht in den Bezügerkreis (act. II 4).

### **B.**

Mit Eingabe vom 3. November 2020 erhob die Versicherte, vertreten durch Dr. iur. Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_, Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 7. Oktober 2020. Sie stellt die folgenden Anträge:

1. Der Einspracheentscheid vom 7. Oktober 2020 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei die Corona-Erwerbsersatzentschädigung für die Dauer vom 1. Juni 2020 bis zum 16. September 2020 vollumfänglich zu entrichten.
2. Eventualiter sei die Angelegenheit unter Aufhebung des Einspracheentscheides vom 7. Oktober 2020 zu einem neuen Entscheid in der Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.  
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -

Mit Beschwerdeantwort vom 4. Dezember 2020 schliesst die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde.

Mit prozessleitender Verfügung vom 22. Juni 2021 ersuchte der Instruktionsrichter die Parteien, bis am 6. Juli 2021 eine Stellungnahme einzureichen und klarzustellen und mit geeigneten Unterlagen zu belegen, ob die Beschwerdeführerin vom 1. Juni bis 16. September 2020 für die F.\_\_\_\_\_  
GmbH tätig gewesen sei.

Mit Eingaben vom 28. Juni bzw. 6. Juli 2021 wiesen beide Parteien darauf hin, dass die Beschwerdeführerin in der fraglichen Zeit nicht für die F.\_\_\_\_\_  
GmbH sondern für das Einzelunternehmen E.\_\_\_\_\_  
tätig gewesen sei.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen (vgl. Art. 1 der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19]; COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall [SR 830.31] – nachfolgend zitiert als COVID-19-V Erwerbsausfall; UELI KIESER, COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [nachfolgend AJP] 2020 S. 557). Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 58 ATSG). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 7. Oktober 2020 (act. II 4). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Leistungen bei Erwerbsausfall vom 1. Juni bis 16. September 2020 im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (sog. "Corona-Erwerbssersatz").

**1.3** Der Streitwert erreicht mit streitigen Erwerbsausfallsentschädigungen für die Zeit vom 1. Juni bis 16. September 2020 den Grenzwert von Fr. 20'000.-- zweifellos nicht (vgl. Lohnausweis 2019 [act. II 1]), weshalb die

Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 Abs. 1 GSOG).

**1.4** Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

## **2.**

### **2.1**

**2.1.1** Mit Verordnung vom 28. Februar 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) traf der Bundesrat im Rahmen der sog. besonderen Lage gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz [EpG; SR 818.101]) "Massnahmen gegenüber der Bevölkerung zur Verminderung des Übertragungsrisikos des Coronavirus" (Art. 1; AS 2020 573). Am 13. März 2020 hob er diese Verordnung auf und erliess die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19 [COVID-19-Verordnung 2 – nachfolgend zitiert als COVID-19-V 2; AS 2020 773]), mit welcher der Bundesrat "Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen sowie den Kantonen zur Verminderung des Übertragungsrisikos und zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19)" anordnete (Art. 1). Diese Verordnung wurde in der Folge wiederholt und in hohem Rhythmus angepasst (vgl. AS 2020 783, 841, 863, 867, 1059, 1065, 1101, 1131, 1137, 1155, 1199, 1245, 1249, 1333, 1401, 1501, 1505, 1585, 1751, 1815, 1823, 1835, 2097, 2099).

**2.1.2** Am 27. Mai 2020 fällte der Bundesrat den Entscheid zur Rückkehr von der ausserordentlichen Lage nach Art. 7 EpG zur besonderen Lage nach Art. 6 EpG. Gleichzeitig hob er die COVID-19-V 2 per 22. Juni 2020 auf (AS 2020 2205). Die weiterhin notwendigen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie überführte er in vereinfachter und reduzierter Weise in die Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-

Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Gesetz; BBl 2020 6569]).

**2.2** Die Verordnung COVID-19-V 2 wurde für den Bereich des Sozialversicherungsrechts durch verschiedene Verordnungen wohlfahrtsstaatlicher Ausrichtung ergänzt, welche der Linderung der sozialen und wirtschaftlichen Folgen der Pandemiemassnahmen dienten. Dazu gehörte u.a. die hier interessierende, rückwirkend ab 17. März 2020 in Kraft gesetzte und für eine Geltungsdauer von sechs Monaten bzw. bis zum 16. September 2020 befristete COVID-19-V Erwerbsausfall (vgl. deren Art. 11 Abs. 2 [AS 2020 874, 1259]). Durch diese Verordnung wurde – in Entsprechung zum System der Erwerbsersatzordnung gemäss Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1; vgl. KIESER, AJP, S. 554) – eine neue Sozialversicherungsleistung geschaffen, und zwar ein Anspruch auf Leistungen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit Corona-Massnahmen (vgl. KURT PÄRLI, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall, in SZS 2020 S. 127).

### **2.3**

**2.3.1** Die einzelnen Leistungsansprüche wurden in qualitativer und quantitativer Hinsicht in den Art. 2 – 5 der COVID-19-V Erwerbsausfall ausführlich geregelt. Unter dem Titel "Anspruchsberechtigte" bestimmte Art. 2 COVID-19-V Erwerbsausfall in der Fassung vom 20. März 2020 (mit rückwirkender Inkraftsetzung auf den 17. März 2020) unter anderem Folgendes (AS 2020 871 f.):

Abs. 3: Anspruchsberechtigt sind Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG, die aufgrund einer Massnahme nach Art. 6 Abs. 1 und 2 der COVID-19-V 2 vom 13. März 2020 einen Erwerbsausfall erleiden.

Abs. 4: Die Entschädigung ist subsidiär zu sämtlichen Leistungen von Sozialversicherungen und Versicherungen nach dem Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908 sowie zu Lohnfortzahlungen von Arbeitgebern.

**2.3.2** Anlässlich seiner Sitzungen vom 16. April und 1. Juli 2020 weitete der Bundesrat den Anspruch auf "Corona-Erwerbsersatz" auf (als solche bezeichnete) Härtefälle im Sinne von indirekt von den behördlichen Pandemiemassnahmen Betroffene aus. Art. 2 COVID-19-V Erwerbsausfall wurde im hier interessierenden Zusammenhang (mit rückwirkender Inkraftsetzung per 17. März 2020) wie folgt geändert bzw. (u.a. durch Einfügung von Abs. 3<sup>bis</sup> und Abs. 3<sup>ter</sup>) ergänzt (AS 2020 1258 und 2020 2729):

Abs. 3: Anspruchsberechtigt sind Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG, die aufgrund einer Massnahme nach Art. 6 Abs. 1 und 2 der COVID-19-V 2 einen Erwerbsausfall erleiden. Die Voraussetzung von Abs. 1<sup>bis</sup> lit. c gilt auch für diese Selbstständigerwerbenden.

Abs. 3<sup>bis</sup>: Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG, die nicht unter Abs. 3 fallen, sind anspruchsberechtigt, wenn sie aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Erwerbsausfall erleiden und ihr für die Bemessung der Beiträge der AHV massgebendes Einkommen für das Jahr 2019 zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 90'000.-- liegt. Die Voraussetzung von Abs. 1<sup>bis</sup> lit. c gilt auch für diese Selbstständigerwerbenden.

Abs. 3<sup>ter</sup>: Anspruchsberechtigt sind Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982, die im Veranstaltungsbereich tätig sind, sofern sie die Einkommensvoraussetzungen gemäss Abs. 3<sup>bis</sup> erfüllen und in der AHV obligatorisch versichert sind.

**2.3.3** Gemäss Art. 31 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; AS 837.0) haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung:

- a. Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist;
- b. der mitarbeitende Ehegatte des Arbeitgebers;
- c. Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

**2.3.4** Mit per 17. September 2020 in Kraft getretener Änderung der COVID-19-V Erwerbsausfall vom 11. September 2020 wurden Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> und 3<sup>ter</sup> aufgehoben (AS 2020 3706). Indirekt betroffene Selbstständigerwerbende hatten – entsprechend dem zeitlichen Geltungsbereich der Verordnung – ab dem 17. September 2020 somit keinen Anspruch mehr auf eine Entschädigung (vgl. Erläuterungen zu diesen Verordnungsbestimmungen im Anhang zur Medienmitteilung vom 11. September 2020, abruf-

bar unter <[www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch)>, Rubrik: Publikationen & Service / Medienmitteilungen). Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG blieben anspruchsberechtigt, wenn sie zufolge basierend auf Art. 6 Abs. 2 lit. a oder b COVID-19-V Erwerbsausfall oder auf Art. 40 EpG angeordneten Betriebsschliessungen oder Veranstaltungsverböten ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen mussten (AS 2020 3706). Die Geltungsdauer wurde insoweit bis am 31. Dezember 2021 verlängert (Art. 11 Abs. 4 COVID-19-V Erwerbsausfall [AS 2020 3707]). In der Medienmitteilung des Bundesrats vom 11. September 2020 wurde hierzu festgehalten, das Parlament entscheide im Rahmen des Covid-19-Gesetzes über Unterstützung für Selbstständigerwerbende und Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, deren Tätigkeit erheblich eingeschränkt sei. Bis der Entscheid gefällt sei, werde dieser Punkt in der Verordnung noch nicht geregelt.

**2.4** Am 26. September 2020 trat das (für dringlich erklärte, vgl. Art. 165 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) Bundesgesetz vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) in Kraft. Dieses Gesetz regelt die gezielte Fortführung von Massnahmen zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Bekämpfung der Pandemie. Nach dem bereits rückwirkend auf den 17. September 2020 in Kraft gesetzten (vgl. Art. 21 Abs. 3) Art. 15 Covid-19-Gesetz wurde unter dem Titel "Massnahmen zur Entschädigung des Erwerbsausfalls" – soweit vorliegend von Interesse – Folgendes bestimmt (AS 2020 3842):

Abs. 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 Prozent im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz in den Jahren 2015–2019 haben, gelten in ihrer Erwerbstätigkeit als massgeblich eingeschränkt.

Abs. 2: Zu den Anspruchsberechtigten gehören insbesondere auch Selbstständige nach Art. 12 ATSG sowie Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung.

**2.5** Den verschiedenen Versionen des KS CE ist, soweit hier interessierend, Folgendes zu entnehmen:

**2.5.1** KS CE Version 6 vom 3. Juli 2020 (gültig ab 17. März 2020):

Anspruchsberechtigt sind Personen, die im Zeitpunkt der Unterbrechung der Erwerbsfähigkeit Arbeitnehmende im Sinne von Art. 10 ATSG oder selbständig Erwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG sind und obligatorisch im Sinne des AHVG versichert sind (Rz. 1019). Diese Anspruchsvoraussetzungen sind kumulativ zu erfüllen (Rz. 1018).

Als selbstständig Erwerbende gelten Personen, die Einkommen erzielen, welches nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt (Rz. 1024). Bei selbstständig Erwerbenden ist entscheidend, ob sie von der Ausgleichskasse als solche anerkannt sind. Die Tatsache, dass die versicherte Person bei der Ausgleichskasse als selbstständig Erwerbend angeschlossen ist, ist dafür ausreichend (Rz. 1025).

Als Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung gelten Personen, die ein Einkommen als Arbeitnehmende erzielen, und einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes haben. Dies in ihrer Eigenschaft als:

- Gesellschafter; oder
- Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums; oder
- als am Betrieb finanziell Beteiligte (Rz.1025.1).

Als mitarbeitende Ehegatten des Arbeitgebers gelten die Ehepartnerin resp. der Ehepartner oder der eingetragene Partner oder die eingetragene Partnerin der oben genannten Personen (Rz. 1025.2).

Dieser Personenkreis entspricht demjenigen, welcher gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. b und c AVIG vom Bezug einer Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen ist (Rz. 1025.3).

## **2.5.2 KS CE Version 9 vom 27. November 2020 (gültig ab 17. September 2020):**

Als Selbstständigerwerbende gelten Personen, die Einkommen erzielen, welches nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt (Rz. 1024). Bei Selbstständigerwerbenden ist entscheidend, ob sie von der Ausgleichskasse als solche anerkannt sind. Die Tatsache, dass die versicherte Person bei der Ausgleichskasse als selbstständig Erwerbend angeschlossen ist, ist dafür ausreichend (Rz. 1025).

Als mitarbeitende Ehegatten gelten die Ehepartnerin resp. der Ehepartner oder der eingetragene Partner oder die eingetragene Partnerin der selbstständigerwerbenden Person, die tatsächlich im Betrieb mitarbeiten und aus dieser Tätigkeit ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen deklarieren. Dies entspricht dem Personenkreis, welcher gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. b AVIG zum Bezug einer Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen ist (Rz. 1025.1).

Anspruchsberechtigt sind selbstständigerwerbende Personen, Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sowie deren mitarbeitende Ehegatten oder eingetragene Partner, die aufgrund einer Massnahme nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b und Art. 40 EpG von einem Verbot betroffen sind oder aber vom zuständigen Kanton resp. vom Bund keine Bewilligung für die Durchführung erhalten und dadurch einen Erwerbsausfall erlitten haben (Rz. 1037).

**2.6** Als Arbeitgeber gilt nach der Definition von Art. 11 ATSG, wer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt. Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten gemäss Art. 10 ATSG Personen, die in unselbstständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen. Da der massgebende Lohn Grundlage für die Beiträge und Leistungen der jeweiligen Sozialversicherungsgesetze bildet, ist Arbeitgeber im Sinne dieser Bestimmung, wer den Lohn bezahlt und entsprechend zur Leistung von Sozialversicherungsabgaben verpflichtet ist (BGE 145 III 63 E. 2.2.2). Dies bedeutet allerdings nicht, dass als beitragspflichtiger Arbeitgeber auch zu betrachten ist, wer den Lohn im Auftrag einer Drittperson auszahlt. Als Arbeitgeber gilt in solchen Fällen vielmehr derjenige, der die Arbeitnehmenden tatsächlich beschäftigt und entlohnt (UELI KIESER, Kommentar zum ATSG, 4. Aufl. 2020, Art. 11 N. 7, 10; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 30. April 2021, 8C\_538/2020 und 8C\_564/2020 [zur Publikation vorgesehen], E. 7.3)

### 3.

**3.1** Erstellt und zu Recht unbestritten ist, dass D. \_\_\_\_\_ der Ehemann der Beschwerdeführerin und Eigentümer des Einzelunternehmens E. \_\_\_\_\_ und er als Selbständigerwerbender einzustufen und als solcher Arbeitgeber der Beschwerdeführerin ist. Des Weiteren steht unbestritten fest, dass dieses Unternehmen in der Veranstaltungsbranche tätig ist (Zweck: "Erbringen von Dienstleistungen im Bereich ...- und ..., ..., ... sowie ...", vgl. Handelsregisterauszug sowie KS CE, Version 6, Anhang I). Am 13. August 2020 meldete sich die Beschwerdeführerin per E-Mail zum Bezug von "Corona-Erwerbsersatz" vom 1. Juni bis 16. September 2020 an (act. II 1). Anhand dieser Anmeldung und der rechtlichen Grundlagen ist davon auszugehen, dass sie bis am 31. Mai 2020 Kurzarbeitsentschädigung bezog unter dem Titel des mitarbeitenden Ehegatten gestützt auf Art. 1 der Verordnung vom 20. März 2020 über die Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19; COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033), Stand am 17. März 2020, welche Bestimmung per 1. Juni 2020 aufgehoben wurde (vgl. Art. 1 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in der

Fassung vom 1. Juni 2020). Die Beschwerdeführerin beantragt vorliegend – weiterhin unter dem Titel des mitarbeitenden Ehegatten – rückwirkend ab dem 1. Juni 2020 Leistungen gestützt auf die COVID-19-V Erwerbsausfall.

**3.2** Vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 140 V 41 E. 6.3.1 S. 44, 132 V 215 E. 3.1.1 S. 220; BGE 146 V 364 E. 7.1 S. 370; SVR 2018 KV Nr. 2 S. 14 E. 2). Somit sind für die Beurteilung des streitigen Leistungsgesuchs vorliegend insbesondere die (für die Zeit vom 17. März bis 16. September 2020 gültigen) Bestimmungen der COVID-19-V Erwerbsausfall (vgl. E. 2.3.2 hiervor) massgebend.

**3.3** Zu den hier interessierenden Anspruchsberechtigten für eine Entschädigung des Erwerbsausfalls gehören grundsätzlich Selbständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG (vgl. Art. 2 Abs. 3 der ersten Fassung der Covid-19-V Erwerbsausfall vom 17. März 2020). Die Umschreibung der Anspruchsberechtigten wurde in der Folge zunehmend ausgeweitet (Version vom 23. April 2020 mit zusätzlichem Abs. 3<sup>bis</sup> [in der bis 16. September 2020 geltenden Fassung] und Version vom 6. Juli 2020, mit der Abs. 3<sup>ter</sup> eingeführt wurde [in der bis 16. September 2020 geltenden Fassung], der auf Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG verweist und rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft gesetzt wurde; vgl. E. 2.3.2 hiervor). Der anspruchsberechtigte Personenkreis von Art. 31 Abs. 3 AVIG umfasst indessen nicht nur die als unselbständige Arbeitnehmer in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, und ihre mitarbeitenden Ehegatten (lit. c). Vielmehr bezieht sich diese Bestimmung in lit. b ausdrücklich auch auf die mitarbeitenden Ehegatten des Arbeitgebers. Für die Beschwerdeführerin als mitarbeitende Ehegattin der E.\_\_\_\_\_, die im Veranstaltungsbereich tätig ist (vgl. E. 3.1 hiervor), ist somit ein Anspruch im Rahmen des mit Art. 2 Abs. 3<sup>ter</sup> Covid-19-V Erwerbsausfall eingeführten anspruchsberechtigten Personenkreises gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG grundsätzlich zu bejahen.

**3.4** Entsprechend den zahlreichen laufenden Anpassungen der Covid-19-V Erwerbsausfall wurde das KS CE fortlaufend angepasst (abrufbar unter: <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/12721>). Das KS CE enthält erstmals in der Version 6 vom 3. Juli 2020 Ausführungsbestimmungen für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, die ein Einkommen als Arbeitnehmende erzielen, und für deren mitarbeitende Ehegatten im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (Rz. 1025.1; vgl. E. 2.5.1 hiervor). Zum hier interessierenden Personenkreis der Ehegatten von Arbeitgebern gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG erliess das zuständige Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) hingegen (damals noch) keine direkte Regelung. Eine solche erfolgte erst mit KS CE in der Version 9 vom 27. November 2020: Das KS CE wurde dahingehend angepasst, als ein Anspruch auch für mitarbeitende Ehegatten von Selbständigerwerbenden explizit aufgenommen wurde (Rz. 1024 ff.; vgl. E. 2.5.2 hiervor). Grundlage bildete dabei das bis dahin auf Notrecht (Art. 185 Abs. 3 BV) basierende und neu gestützt auf das als ordentliches Gesetzesrecht erlassene Covid-19-Gesetz bzw. die – gestützt auf dessen rückwirkend per 17. September 2020 in Kraft gesetzten Art. 15 – erlassene Covid-19-Verordnung.

**3.5** Die Beschwerdegegnerin verneint gestützt auf Rz. 1024-1025.3 KS CE, Version 6 (vgl. E. 2.5.1 hiervor), einen Leistungsanspruch der Beschwerdeführerin, da ihr Ehemann weder Gesellschafter noch Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidgremiums noch am Betrieb finanziell Beteiligter sei und in einer solchen arbeitgeberähnlichen Funktion kein Einkommen als Arbeitnehmer erziele (act. II 4).

Es trifft zu, dass D. \_\_\_\_\_ Eigentümer des Einzelunternehmens E. \_\_\_\_\_ und als solcher nicht Arbeitnehmer, sondern selbständig Erwerbender und Arbeitgeber seiner Ehefrau ist (vgl. E. 2.6, 3.1 hiervor), zumal er von der Beschwerdegegnerin als angeschlossenes Kassenmitglied behandelt und demnach als Selbständigerwerbender anerkannt wird (vgl. CS CE Rz. 1025 und E. 2.5.1 hiervor), was unbestritten blieb.

Entgegen der Beschwerdegegnerin handelt es sich dabei aber nicht um einen Tatbestand, der unter Rz. 1024-1025.3 KS CE, Version 6, zu subsumieren ist, regeln doch diese Bestimmungen - wie gesagt - die Anspruchsberechtigung von Personen (und deren mitarbeitenden Ehegatten), die im

Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten Entscheidgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers wohl bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, dessen ungeachtet jedoch den Status von *Arbeitnehmern* und nicht etwa von Arbeitgebern haben.

Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG hingegen bezieht sich auf mitarbeitende Ehegatten des *Arbeitgebers*.

Weil sich das BSV in Ziff. 3 (Titel: Anspruch) und Ziff. 3.1.2 (Titel: Selbständig Erwerbende) des KS CE, Version 6, nicht zur Anspruchsberechtigung von Ehegatten von selbständigerwerbenden Arbeitgebern äussert, fehlt es an einer entsprechenden Verwaltungsweisung. Auch wenn die Rz. 1025.2 und 1025.3 KS CE, Version 6 (vgl. E. 2.5.1 hiavor), auf eine Anspruchsberechtigung von Ehegatten von selbständigerwerbenden Arbeitgebern hindeuten könnten, kann bei näherer Betrachtung aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen keine solche hergeleitet werden: Erstere Regelung nennt zwar explizit den mitarbeitenden Ehegatten des Arbeitgebers, verweist aber sogleich – insofern widersprüchlich – einschränkend auf die «oben genannten» Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung gemäss Rz. 1025.1, die ausschliesslich Arbeitnehmende betrifft. Rz. 1025.3 bezieht sich sodann auf «diesen Personenkreis» (gemäss Rz. 1025.1), der demjenigen von Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG entspreche, was wiederum zueinander im Widerspruch steht. Keine Klarheit ergibt auch die systematische Betrachtung der Regelungen: Unter dem Titel 3. (Anspruch) äussert sich die KS CE, Version 6, zur hier interessierenden Frage nach der Anspruchsberechtigung von Ehegatten von selbständig Erwerbenden weder unter dem Zwischentitel 3.1.1 (Arbeitnehmende) noch unter dem Zwischentitel 3.1.2 (Selbständig Erwerbende), sondern allein unter Zwischentitel 3.1.3 (Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung und mitarbeitende Ehegatten) in der oben aufgezeigten widersprüchlichen Weise. Insofern lässt sich der KS CE, Version 6, keine widerspruchsfreie Regelung entnehmen, auf die abgestellt werden könnte.

Dass in der Version 9 des KS CE vom 27. November 2020 (Rz. 1024 ff.; E. 2.5.2 hiavor) bei bis dahin materiell unveränderter Verordnungsbestimmung der Anspruch auf Corona-Erwerbssersatz für mitarbeitende Ehegatten

von selbständigwerbenden Personen anerkannt wurde, ändert daran nichts.

Demzufolge lassen die einschlägigen Bestimmungen des KS CE, Version 6, keine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren Verordnungsbestimmungen zu, die dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, genügend Rechnung tragen könnte (BGE 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228), weshalb das Gericht, für das Verwaltungsweisungen nicht verbindlich sind, diese vorliegend nicht zur Anwendung bringt. Die Covid-19-V Erwerbsausfall (in der bis 16. September 2020 geltenden Fassung) ist hier direkt anwendbar.

#### 4.

Zusammengefasst ist D.\_\_\_\_\_ nach dem Dargelegten Eigentümer des im Veranstaltungsbereich tätigen Einzelunternehmens E.\_\_\_\_\_ und war als solcher und Ehepartner der Beschwerdeführerin für den hier fraglichen Zeitraum deren Arbeitgeber. Insofern sind die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 2 Abs. 3<sup>ter</sup> Covid-19-V Erwerbsausfall erfüllt. Somit besteht grundsätzlich und unter Vorbehalt der erfüllten weiteren Anspruchsvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-V Erwerbsausfall ein Anspruch auf Entschädigung des Erwerbsausfalls.

Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid vom 7. Oktober 2020 aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen (Rechtzeitigkeit der Anmeldung, Subsidiarität [Art. 2 Abs. 4 Covid-19-V Erwerbsausfall], Härtefall [Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-V Erwerbsausfall]) prüfe. Anschliessend hat die Beschwerdegegnerin über den Leistungsanspruch neu zu verfügen.

#### 5.

**5.1** In Anwendung von Art. 1 COVID-19-V Erwerbsausfall i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG (in der bis Ende 2020 geltenden Fassung; vgl. Art. 82a ATSG) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**5.2** Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG).

In der Kostennote vom 13. Dezember 2020 hat Dr. iur. Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ einen Aufwand von insgesamt 10 Stunden à Fr. 250.-- (ausmachend Fr. 2'500.--) geltend gemacht. Dies ist nicht zu beanstanden. Die geltend gemachte Auslagenpauschale für Porti und Kopien in der Höhe von Fr. 100.-- erweist sich mit Blick auf den kleinen Aktenumfang als zu hoch. Unter Einbezug der Eingabe vom 6. Juli 2021 wird die Parteien-schädigung auf pauschal Fr. 3'000.-- inkl. Mehrwertsteuer festgelegt.

**Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Ausgleichskasse GastroSocial vom 7. Oktober 2020 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen neu verfüge.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 3'000.-- (inkl. Auslagen und MWST), zu ersetzen.

4. Zu eröffnen (R):

- B. \_\_\_\_\_ AG z.H. der Beschwerdeführerin
- Ausgleichskasse GastroSocial
- Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.