

200 21 403 EO  
LOU/ISD/WSI

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 4. November 2021**

Verwaltungsrichter Loosli  
Gerichtsschreiber Isliker

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

gegen

**Ausgleichskasse HOTELA**  
Rechtsdienst, Rue de la Gare 18, Postfach 1251, 1820 Montreux 1  
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 3. Mai 2021



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der 1951 geborene A.\_\_\_\_\_ (Versicherter bzw. Beschwerdeführer) ist geschäftsführender Inhaber des Einzelunternehmens C.\_\_\_\_\_ in ... (vgl. [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)) und bei der HOTELA Ausgleichskasse (HOTELA bzw. Beschwerdegegnerin) als Selbstständigerwerbender angeschlossen (Akten der HOTELA, Antwortbeilage [AB] 30/1 Ziff. I/1). Am 6. April 2020 meldete er sich zum Bezug von Erwerbsausfallentschädigung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) an (AB 1). In der Folge richtete die HOTELA unter anderem für den Zeitraum zwischen 17. März und 16. September 2020 eine Erwerbsausfallentschädigung aus (AB 4-9). Am 8. Oktober 2020 ging bei der HOTELA die definitive Steuermeldung für das Jahr 2018 ein (AB 10/3). Gestützt darauf ersuchte der Versicherte am 15. Oktober 2020 telefonisch um Neuberechnung seines Anspruchs auf Erwerbsausfallentschädigung (AB 10/1 f.). Die HOTELA lehnte jedoch mit Verfügung vom 21. Oktober 2020 (AB 11) ein Zurückkommen auf die ausgerichteten Leistungen ab. Am 9. November 2020 meldete sich der Versicherte ferner zum Bezug von Erwerbsausfallentschädigung ab 17. September 2020 an (AB 12, vgl. auch AB 14, 15, 19, 21). Gegen die Verfügung vom 21. Oktober 2020 (AB 13) erhob der Versicherte am 19. November 2020 Einsprache (AB 13). Nach Korrespondenz zwischen den Parteien teilte die HOTELA mit einer weiteren Verfügung vom 8. Februar 2021 (AB 24) abermals mit, dass sie hinsichtlich des Leistungsanspruchs zwischen dem 17. März und dem 16. September 2020 keine Anpassung der Berechnungsgrundlagen vornehme. Diese Verfügung nahm sie indes mit E-Mail vom 1. März 2021 (AB 27/3) während der laufenden Rechtsmittelfrist formlos zurück. Schliesslich wies sie die Einsprache vom 19. November 2020 (AB 13) mit Einspracheentscheid vom 3. Mai 2021 (AB 30) ab.

### **B.**

Hiergegen erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 3. Juni 2021 Beschwerde und beantragte

die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Ausrichtung der gesetzlich geschuldeten Leistungen.

Mit Beschwerdeantwort vom 28. Juni 2021 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen (Art. 1 der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus [Covid-19]; nachfolgend: Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall [SR 830.31]; UELI KIESER, Covid-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [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. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er 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 3. Mai 2021 (AB 30). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf

Leistungen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit Covid-19 für den Zeitraum vom 17. März bis 16. September 2020. Demgegenüber bilden ein allfälliger Leistungsanspruch für die Zeit ab dem 17. September 2020 sowie die Frage der hierfür massgeblichen Grundlagen (vgl. dazu die mit E-Mail vom 1. März 2021 [AB 26] formlos zurückgenommene Verfügung vom 8. Februar 2021 [AB 24]) nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

**1.3** Ausgehend von den im interessierenden Zeitraum vom 17. März bis 16. September 2020 bezogenen Taggeldern von brutto Fr. 16'928.-- (AB 4-9) und dem im selben Zeitraum höchstmöglichen Taggeld von Fr. 36'064.-- (Fr. 196.-- [Art. 5 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall] x 184 Tage) beträgt der Streitwert höchstens Fr. 19'136 (Fr. 36'064.-- ./ Fr. 16'928.--). Der Streitwert liegt daher unter Fr. 20'000.--, 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** Gemäss Art. 1 Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall sind die Bestimmungen des ATSG auf die Entschädigungen gemäss dieser Verordnung anwendbar, soweit nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorgesehen ist.

**2.2** Für den vorliegend strittigen Zeitraum vom 17. März bis 16. September 2020 richtet sich ein allfälliger Anspruch Selbstständigerwerbender auf Corona-Erwerbsausfallentschädigung nach Art. 2 Abs. 3 oder 3<sup>bis</sup> Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall in den bis 16. September 2020 gültig gewesenen Fassungen (vgl. Änderungen vom 16. April 2020 [AS 2020 1257] bzw. vom 19. Juni 2020 [AS 2020 2223], beide rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft gesetzt und befristet bis 16. September 2020). Dabei sind gemäss Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall unter anderem Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG, die nicht unter Art. 2 Abs. 3

Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall fallen, 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 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall gilt auch für diese Selbstständigerwerbenden.

## **2.3**

**2.3.1** Nach dem Grundsatz von Art. 49 Abs. 1 ATSG hat der Versicherungsträger über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, schriftlich Verfügungen zu erlassen (UELI KIESER, ATSG Kommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 51 N. 5 f.). Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die nicht unter Art. 49 Abs. 1 ATSG fallen, können in Anwendung von Art. 51 Abs. 1 ATSG in einem formlosen Verfahren behandelt werden. Die betroffene Person kann gemäss Art. 51 Abs. 2 ATSG den Erlass einer Verfügung verlangen. Im Bereich der Erwerbsausfall-Entscheidung setzen die Ausgleichskassen gemäss Art. 18 Abs. 2 EOG die Entschädigung im formlosen Verfahren nach Art. 51 Abs. 1 ATSG fest. Dies gilt in Abweichung von Art. 49 Abs. 1 ATSG – wie im übrigen Erwerbsersatzrecht (vgl. Art. 18 Abs. 2 2. Satz EOG; vgl. auch Bundesamt für Sozialversicherungen [BSV], Wegleitung zur Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende und Mutterschaft [WEO], Rz. 9010) – auch für erhebliche Entschädigungen (Art. 8 Abs. 5 Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall).

**2.3.2** Wird ein – gemäss Art. 51 Abs. 1 ATSG oder einer betreffenden spezialgesetzlichen Bestimmung (hier: Art. 8 Abs. 5 Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall) – zulässigerweise formlos ergangener Verwaltungsakt von der betroffenen Person innert angemessener Frist (vgl. dazu BGE 134 V 145 E. 5.3.1; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 10. Juli 2009, 8C\_673/2009, E. 3.1) nicht gerügt, wird er rechtsbeständig (BGE 132 V 412 E. 5 S. 417 f., 129 V 110 E. 1.2.2 S. 111 f.; Entscheid des BGer vom 19. Oktober 2015, 8C\_554/2015, E. 3.4; KIESER, a.a.O., Art. 51 N. 10). Die Rechtsbeständigkeit gilt bei Zulässigkeit formloser Verfügungen als eingetreten, wenn anzunehmen ist, eine versicherte Person habe sich mit einer

getroffenen Regelung abgefunden, was dann der Fall ist, wenn die nach den Umständen zu bemessende Überlegungs- und Prüfungsfrist abgelaufen ist, welche der versicherten Person zusteht, um sich gegen das faktische Verwaltungshandeln zu verwahren (BGE 132 V 412 E. 5 S. 418 mit Hinweisen).

**2.3.3** Im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen des ATSG, des EOG und der Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall sowie der – für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlichen (BGE 144 V 195 E. 4.2 S. 198 ) – Verwaltungsweisungen der WEO bzw. des Kreisschreibens des BSV über die Rechtspflege in der AHV, der IV, der EO und bei den EL (KSRP) hat der Gesetzgeber bzw. die Verwaltung auf die Festlegung der Frist, innerhalb welcher die versicherte Person ein Begehren um Erlass einer formellen Verfügung zu stellen hat, verzichtet (BGE 134 V 145 E. 5.3.1 S. 151 mit Hinweisen). Allerdings wurde im Rahmen der Erarbeitung des ATSG festgehalten, dass eine Frist von ungefähr einem Jahr der bisherigen Praxis und Rechtsprechung entspreche (KIESER, a.a.O., Art. 51 N. 20 f.). Gemäss KIESER sei auf die Verhältnisse im betreffenden Versicherungszweig sowie auf die Umstände des konkreten Falls abzustellen, wobei als allfällige Richtschnur eine Frist von 90 Tagen gelten könne – entsprechend der Frist, innert welcher allgemein ein Revisionsgesuch einzureichen sei (KIESER, a.a.O., Art. 51 N. 22). LOCHER/GÄCHTER gehen demgegenüber davon aus, dass die im Einzelfall massgebende Frist auf jeden Fall länger als die 30-tägige Rechtsmittelfrist sei und wohl mehrere Monate nicht übersteigen könne (LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl. 2014, § 67 N. 27). Sodann bestehen gemäss Lehre und Rechtsprechung zwischen verschiedenen Zweigen des Sozialversicherungsrechts unterschiedliche Fristen (vgl. etwa BGE 134 V 145 E. 5.3.1 am Ende; Entscheide des BGer vom 16. Mai 2019, 8C\_340/2018, E. 4.2 mit Hinweis auf SVR 2007 ALV Nr. 24 S. 75 E.3.2, und vom 13. April 2011, 8C\_14/2011, E. 5).

### 3.

**3.1** Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer als von den behördlichen Massnahmen gemäss Art. 35 und 40 des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101) im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie betroffener Selbstständigerwerbender unter anderem im vorliegend interessierenden Zeitraum vom 17. März bis 16. September 2020 (vgl. E. 1.2 hiervor) grundsätzlich Anspruch auf Erwerbsausfallentschädigung nach den Bestimmungen der Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall (vgl. dazu E. 2.3 hiervor) hat. Strittig sind indes die Höhe der Entschädigung und in diesem Zusammenhang die massgebende Berechnungsgrundlage. Hierauf kann aus den nachfolgenden verfahrensrechtlichen Überlegungen jedoch gegenwärtig (noch) nicht abschliessend eingegangen werden.

**3.2** Die Ausrichtung der Erwerbsausfallentschädigung im vorliegend zu betrachtenden Zeitraum erfolgte gestützt auf Art. 8 Abs. 5 Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall (vgl. E. 2.3.2 hiervor) jeweils mittels formloser Mitteilung (AB 4-9) im Sinne von Art. 51 Abs. 1 ATSG. Nachdem der Beschwerdeführer am 15. Oktober 2020 telefonisch eine Neuberechnung des Anspruchs auf Erwerbsausfallentschädigung verlangte (AB 10/1 f.), lehnte die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 21. Oktober 2020 (AB 11) ein Zurückkommen auf die ausgerichteten Erwerbsausfallentschädigungen ab. Dabei geht aus der Begründung der Verfügung eindeutig hervor, dass die Beschwerdegegnerin nicht über den Leistungsanspruch an sich verfügte, sondern sich einzig auf die Frage eines Zurückkommens auf die formlos ausgerichteten Erwerbsausfallentschädigungen bezog. Indessen ist das fristgerecht erfolgte (vgl. E. 2.3.3 hiervor) Ersuchen des Beschwerdeführers um Erhöhung der Erwerbsausfallentschädigung nach den Umständen und angesichts der bis dahin fehlenden Beurteilung des grundsätzlichen Leistungsanspruchs mittels formeller Verfügung sinngemäss als Gesuch um Erlass einer formellen Verfügung im Sinne von Art. 51 Abs. 2 ATSG zu qualifizieren. Dem ist die Beschwerdegegnerin bis anhin nicht nachgekommen respektive hat dies mit dem Erlass der Ablehnungsverfügung vom 21. Oktober 2020 (AB 11) bzw. dem diese ersetzenden Einspracheent-

scheid vom 3. Mai 2021 (AB 30) unzulässigerweise übersprungen. Denn die Frage eines Zurückkommens setzt vorliegend voraus, dass vorgängig über den Leistungsanspruch verfügungsweise befunden wurde, weshalb der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. Mai 2021 (AB 30) zu Unrecht ergangen ist. Vor Beantwortung der Frage eines allfälligen Zurückkommens auf die ausgerichteten Entschädigungen hat die Beschwerdegegnerin vielmehr – im Sinne des Begehrens des Beschwerdeführers – vorgängig über den streitigen Leistungsanspruch formell zu verfügen. Ob sie dabei (wiederum) auf das provisorische Jahreseinkommen für das Jahr 2019 oder auf das Einkommen gemäss der – gegebenenfalls noch einzuholenden – definitiven Steuerveranlagung pro 2019 abstellt, kann hier offen bleiben. Ebenso kann offen bleiben, ob mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall i.V.m. Art. 11 Abs. 1 EOG überhaupt auf die Steuerangaben für das Beitragsjahr 2018 abgestellt werden kann oder vielmehr das im Jahr 2019 erzielte Einkommen massgebend ist. Hiermit wird sich die Beschwerdegegnerin im Rahmen der weiteren Abklärungen mit der diesbezüglichen kantonalen respektive höchstrichterlichen Rechtsprechung auseinanderzusetzen haben.

**3.3** Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. Mai 2021 (AB 30) in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie gesamthaft über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Erwerbsausfallentschädigung für den Zeitraum zwischen 17. März und 16. September 2020 im Rahmen einer formellen Verfügung im Sinne von Art. 51 Abs. 2 ATSG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) befinde.

#### **4.**

**4.1** In Anwendung von Art. 1 Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall i.V.m. Art. 61 lit. <sup>fbis</sup> ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

## 4.2

**4.2.1** Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten (Art. 61 lit. g ATSG). Nach der Rechtsprechung gilt es unter dem Gesichtspunkt des (bundesrechtlichen) Anspruchs auf eine Parteientschädigung im Streit um eine Sozialversicherungsleistung bereits als Obsiegen, wenn die versicherte Person ihre Rechtsstellung im Vergleich zu derjenigen nach Abschluss des Administrativverfahrens insoweit verbessert, als sie die Aufhebung einer ablehnenden Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu ergänzender Abklärung und neuer Beurteilung erreicht (BGE 137 V 57 E. 2.1 S. 61). Dies gilt unabhängig davon, ob die Rückweisung beantragt oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wird (SVR 2017 KV Nr. 9 S. 43 E. 9.1).

**4.2.2** Mit Kostennote vom 13. Juli 2021 machte Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ bei einem zeitlichen Aufwand von 7.41 Stunden und einem Stundenansatz von Fr. 250.-- ein Honorar von Fr. 1'867.50, Auslagen von Fr. 35.50 und Mehrwertsteuer (MWSt.) von Fr. 146.50, mithin gesamthaft Kosten von Fr. 2'049.50 geltend. Dabei betreffen die Aufwandpositionen vom 15. Februar und 4. sowie 11. März 2021 von total 1.08 Stunden das Einspracheverfahren und sind mangels ausgewiesener besonderer Umstände nicht zu entschädigen (Art. 52 Abs. 3 ATSG; vgl. dazu vgl. dazu Entscheid des BGer vom 21. März 2017, 9C\_485/2016, 9C\_486/2016, E. 4.1 mit Hinweisen; siehe auch BGE 130 V 571 E. 2.3.2 S. 573; SUSANNE GENNER, in: FRÉSARD-FELLAY/KLETT/LEUZINGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, Art. 52 N. 71). Der für das Verwaltungsgerichtsverfahren gebotene zeitliche Aufwand ist folglich auf 6.33 Stunden, entsprechend einem Honorar von Fr. 1'582.50 (6.33 x Fr. 250.--) festzulegen. Die geltend gemachten Auslagen sind nicht zu beanstanden. Die MWSt. beträgt Fr. 124.60 (Fr. 1'618.-- x 0.077). Die Parteikosten sind demnach auf insgesamt Fr. 1'742.60 (inkl. Auslagen und MWSt.) festzusetzen. Diesen Betrag hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer zu ersetzen.

**Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Ausgleichskasse HOTELA vom 3. Mai 2021 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen vorgehe und anschliessend neu verfüge.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 1'742.60 (inkl. Auslagen und MWSt.), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. des Beschwerdeführers
  - Ausgleichskasse HOTELA
  - Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

**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.