

200 22 163 EO
FUE/ISD/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 24. November 2022

Verwaltungsrichter Furrer
Gerichtsschreiber Isliker

A. _____ AG
handelnd durch B. _____
vertreten durch C. _____, Rechtsanwalt D. _____
Beschwerdeführerin

gegen

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

E. _____
Beigeladene

betreffend Einspracheentscheid vom 10. Februar 2022



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ AG (Beschwerdeführerin) mit Sitz in ... bezweckt namentlich den Betrieb des gleichnamigen ... (vgl. Handelsregisterauszug; abrufbar: www.zefix.ch) und ist der Ausgleichskasse HOTELA (HOTELA bzw. Beschwerdegegnerin) angeschlossen. Nachdem ein erstes Entschädigungsgesuch vom 8. Februar 2021 im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Akten der HOTELA [act. II] 1-14) betreffend die Monate Oktober und November 2020 abgewiesen worden war (vgl. act. II 15), meldete die A. _____ AG mit E-Mail vom 17. September 2021 (act. II 16-31) E. _____ (Beigeladene) als mitarbeitende Ehegattin des einzigen Mitglieds des Verwaltungsrates, B. _____, erneut zum Bezug von Erwerbsausfallentschädigung (Corona-Erwerbssersatz) an; dieses Mal für die Monate April, Juni und Juli 2021. Mit Verfügung vom 28. September 2021 (act. II 32) verneinte die HOTELA einen Anspruch auf Corona-Erwerbssersatz mit der Begründung, für die Beigeladene sei im Jahr 2019 kein Einkommen deklariert worden, sodass keine Lohnneinbusse vorliege und die Bedingungen für den Bezug der beantragten Entschädigung nicht erfüllt seien. Die dagegen erhobene Einsprache (act. II 33) wies die HOTELA mit Einspracheentscheid vom 10. Februar 2022 ab (act. II 37/1-3).

B.

Hiergegen erhob die A. _____ AG, handelnd durch B. _____, Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift, vertreten durch Rechtsanwalt D. _____, mit Eingabe vom 14. März 2022 Beschwerde und beantragte, in Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sei der Beschwerdeführerin zuhanden der Beigeladenen für die Monate April, Juni und Juli 2021 Corona-Erwerbssersatz auf der Basis des Durchschnittslohnes der Beigeladenen im Jahr 2020 auszurichten. Eventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Mit Beschwerdeantwort vom 19. Mai 2022 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde.

Mit Verfügung vom 13. Juni 2022 wurde E. _____ (Beigeladene) zum Verfahren beigeladen. Gleichzeitig ordnete der Instruktionsrichter Beweissmassnahmen an und forderte die Parteien zur Einreichung verschiedener Unterlagen sowie die Steuerverwaltung des Kantons Freiburg zur Edition der Steuererklärung der Beigeladenen pro 2020 und 2021 (inkl. Lohnausweise) auf.

Mit Schreiben vom 22. Juni 2022 teilte die Steuerverwaltung des Kantons Freiburg mit, die Beigeladene habe die Steuererklärung pro 2020 und 2021 bisher nicht ausgefüllt. Zudem sei sie nicht im Besitz der Lohnausweise der Jahre 2020 und 2021. Ferner reichte die Steuerverwaltung eine vom 17. März 2022 datierende Veranlagungsanzeige (Veranlagung nach Ermessen) ein (Akten der Steuerverwaltung des Kantons Freiburg [act. III] 1).

Mit Eingabe vom 30. Juni 2022 reichte die Beschwerdegegnerin die Lohndeklarationen für die Jahre 2020 und 2021 (Akten der Beschwerdegegnerin [act. IIA] 2 f.) und einen Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) der Beigeladenen (act. IIA 4) ein und machte weitere Ausführungen.

Mit Eingabe vom 30. Juni 2022 reichte die Beschwerdeführerin Unterlagen über die Lohnbuchhaltung für die Jahre 2020 und 2021 betreffend die Beigeladene (act. I 8.1-9.4), zuhanden der Beschwerdegegnerin erstellte Lohnschlussabrechnungen für die Jahre 2020 und 2021 (act. I 10 f.) und Deklarationen betreffend Unfallversicherung für die Jahre 2020 und 2021 (act. I 12 f.) ein.

Mit Verfügung vom 14. Juni (recte: Juli) 2022 erwog der Instruktionsrichter, gestützt auf eine vorläufige und unpräjudizielle erste Würdigung der edierten Akten dürfte ein Abstellen auf das im Jahr 2020 von der Beigeladenen erzielte beitragspflichtige Erwerbseinkommen zulässig sein. Daraus folgend forderte er die Beschwerdegegnerin auf, eine Stellungnahme einzureichen, und wies gleichzeitig auf die Möglichkeit hin, den angefochtenen Einspracheentscheid allenfalls in Wiedererwägung zu ziehen.

Mit Eingabe vom 8. August 2022 teilte die Beschwerdegegnerin mit, den angefochtenen Einspracheentscheid nicht in Wiedererwägung zu ziehen, da die Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen weitere Abklärungen erfordern würde.

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]; UELI KIESER, COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in: 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.

Hinsichtlich des Anspruchs auf Corona-Erwerbssersatz ergibt sich die Anmelde- und Beschwerdebefugnis der Arbeitgeberin in erster Linie aus Art. 7 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall i.V.m. Art. 19 Abs. 2 ATSG, wobei Art. 7 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ("Bei Lohnfortzahlung des Arbeitgebers kann dieser die Entschädigung geltend machen.") insoweit nicht auf die hier interessierende Konstellation zugeschnitten ist, weil diese als Anspruchsvoraussetzung eine Lohneinbusse voraussetzt (vgl. BGE 148 V 265 E. 1.4.3 S. 269 und E. 5.3.5 S. 275). Die Beschwerdeführerin ist indessen als Arbeitgeberin gemäss Art. 324 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) insoweit zur Lohnfortzahlung verpflichtet, als die Beigeladene als Arbeitnehmerin aufgrund der Covid-19-Epidemie und der diesbezüglichen behördlichen Massnahmen ihre Arbeit nicht im gewohnten

Umfang erbringen konnte, und es sich bei den Folgen der Pandemie um ein von der Arbeitgeberin zu tragendes Betriebsrisiko handelt (vgl. SZS 2020 S. 127; siehe auch PORTMANN/RUDOLPH, in: WIDMER LÜCHIGER/OSER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 7. Aufl. 2020, Art. 324 N. 4). Von dieser Lohnfortzahlungspflicht ist die Arbeitgeberin insoweit befreit, als ein Anspruch der Arbeitnehmenden auf Corona-Erwerbssersatz besteht. Folglich hat die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeberin – analog zur Beschwerdelegitimation der Arbeitgeberin etwa im Bereich der Arbeitslosenversicherung oder der Unfallversicherung, soweit der angefochtene Verwaltungsakt Einfluss auf eine allfällige Lohnfortzahlungspflicht hat (vgl. SUSANNE BOLLINGER, in: FRÉSARD-FELLAY/KLETT/LEUZINGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, Art. 59 N. 19) – ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeerhebung. Sie ist ferner im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen und durch den angefochtenen Entscheid wirtschaftlich berührt, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist.

Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich nicht um eine kantonale Ausgleichskasse im Sinne von Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10), sondern um eine Verbandsausgleichskasse (vgl. www.ahv-iv.ch, Rubrik: Kontakte/Verbandsausgleichskassen). Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts richtet sich deshalb nicht nach Art. 84 AHVG, sondern nach der allgemeinen Regel von Art. 58 ATSG, wonach das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig ist, in dem die versicherte Person oder – hier relevant – der beschwerdeführende Dritte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz bzw. ihren Sitz hat. Der Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in ..., Kanton Bern (vgl. Handelsregisterauszug; abrufbar: www.zefix.ch). Zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist damit das Verwaltungsgericht des Kantons Bern örtlich zuständig (vgl. BGE 147 V 423). 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 VRPG) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 10. Februar 2022 (act. II 37/1-3). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz für die Monate April, Juni und Juli 2021.

1.3 Der Streitwert liegt angesichts des umstrittenen Corona-Erwerbsersatzes für drei Monate (April, Juni und Juli 2021) und dem aktenkundigen AHV-pflichtigen Lohn der Beigeladenen von Fr. 3'391.25 (vgl. act. II 16) 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 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 146 V 364 E. 7.1 S. 370, 144 V 210 E. 4.3.1 S. 213). Massgeblich ist deren zum Zeitpunkt der erstmaligen Verfügung über den Leistungsanspruch in Kraft stehende Fassung, da sich die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses beurteilt (BGE 147 V 278 E. 2.1 S. 280). Dies gilt insbesondere auch für die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (BGE 147 V 423 E. 3.1 S. 426). Denn beim Erwerbsausfall im Rahmen der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall handelt es sich um einen zeitlich offenen Dauersachverhalt ohne Sacheinheit (BGE 148 V 162 Regeste a). Somit ist der umstrittene Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz für die Monate April, Juni und Juli 2021 nach dem im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 28. September 2021 (act. II 32) geltenden Recht zu prüfen.

2.2 Nach Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes 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 seit 1. April 2021 [AS 2021 153]) 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. Nur Personen mit einem Erwerbs- oder Lohnausfall, die in ihrer Unternehmung eine Umsatzeinbusse von mindestens 30 % im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz in den Jahren 2015-2019 haben, gelten in ihrer Erwerbstätigkeit als massgeblich eingeschränkt. Gemäss Art. 15 Abs. 2 Covid-19-Gesetz gehören zu den Anspruchsberechtigten insbesondere auch Selbstständige nach Art. 12 ATSG sowie Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung.

Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat Gebrauch gemacht, indem er die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall erliess und die Anspruchsvoraussetzungen wie folgt präzisierte:

2.2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 3^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (in der im streitbetroffenen Zeitraum gültig gewesenen und hier anwendbaren Fassung vom 20. September 2021; vgl. vorne E. 2.1) sind Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) unter der Voraussetzung von Art. 2 Abs. 1^{bis} lit. c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall anspruchsberechtigt, wenn sie:

- a. ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten 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.

2.2.2 Gemäss Art. 2 Abs. 3^{ter} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall gilt die Erwerbstätigkeit als massgeblich eingeschränkt, wenn pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 30 % im Vergleich zum durchschnittlichen monatlichen Umsatz der Jahre 2015 bis 2019 vorliegt (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 Satz 2 Covid-19-Gesetz). 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 30 % im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz von mindestens drei Monaten vorliegt; massgebend ist der Durchschnitt der drei Monate mit den höchsten Umsätzen.

2.3 Als Personen in arbeitgeberähnlichen Stellung gelten Personen, die ein Einkommend als Arbeitnehmende erzielen, und in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter oder Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums oder als am Betrieb finanziell Beteiligte einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebs haben (vgl. Bundesamt für Sozialversicherungen [BSV], Kreisschreiben über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus – Corona-Erwerbssersatz [KS CE] Rz. 1025.2; gültig ab 17. September 2020, Stand: 2. Februar 2022; zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen vgl. BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82, 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228). Als mitarbeitende Ehegatten gilt unter anderem die Ehepartnerin einer vorgenannten Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung, die tatsächlich im Betrieb mitarbeitet und aus dieser Tätigkeit ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen deklariert (Rz. 1025.3 KS CE).

2.4 Für die Ermittlung des massgebenden durchschnittlichen Einkommens des mitarbeitenden Ehegatten wird auf das für das Jahr 2019 deklarierte AHV-pflichtige Erwerbseinkommen abgestellt. Wurde die Erwerbstätigkeit im Jahr 2020 aufgenommen, so wird für die Bemessung der Entschädigung auf das durchschnittliche Einkommen des Jahres 2020 gemäss den Lohnabrechnungen abgestützt (vgl. Rz. 1069.1-3 KS CE).

3.

3.1 Aufgrund der Akten erstellt und zwischen den Parteien unbestritten ist, dass der Ehegatte der Beigeladenen, B. _____, als einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift der Beschwerdeführerin (vgl. Handelsregisterauszug; abrufbar: www.zefix.ch) eine Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung i.S.v. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ist (vgl. auch vorne E. 2.3). Die Beigeladene als dessen im Betrieb mitarbeitende Ehegattin ist folglich gestützt auf Art. 2 Abs. 3^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall grundsätzlich anspruchsberechtigt, sofern die Voraussetzungen (vgl. vorne E. 2.2.1) kumulativ erfüllt sind (vgl. Rz. 1018 KS CE). Weiter steht fest, dass die Beschwerdeführerin in den hier streitigen Monaten April, Juni und Juli 2021 (vgl. vorne E. 1.2) ihren Betrieb nicht aufgrund einer behördlich angeordneten Massnahmen unterbrechen bzw. ihre Tätigkeit einstellen musste. Der zu beurteilende Sachverhalt fällt folglich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (vgl. vorne E. 2.2), was denn auch zwischen den Parteien unbestritten ist.

Die Beigeladene wurde von der Beschwerdeführerin per 1. Januar 2020 als Arbeitnehmerin mit einem AHV-pflichtigen Lohn von Fr. 3'391.25 pro Monat angestellt und entsprechend in der Lohnbuchhaltung erfasst (vgl. act. II 1 f., act. I 8.1). Diese Anstellung wurde der Beschwerdegegnerin anlässlich der Lohnschlussabrechnung für das Jahr 2020 am 29. Januar 2021 zur Kenntnis gebracht (vgl. act. IIA 2). Die Beigeladene wurde zudem in der Deklaration und Unfallversicherungsabrechnung der Beschwerdeführerin für das Jahr 2020 vom 29. Januar 2021 (act. I 12; vgl. auch act. I 13 betreffend das Deklarationsjahr 2021) aufgeführt. Im Auszug des Individuellen Kontos (IK) der Beigeladenen ab dem Jahr 2020 eine beitragspflichtige Beschäftigung im Betrieb der Beschwerdeführerin mit einem Bruttolohn von Fr. 33'912.-- aufgeführt (act. IIA 4/11). Gemäss dem Lohnausweis vom 10. Februar 2021 (act. I 8.4) wurde ihr für das Jahr 2020 ein Bruttolohn (inkl. "KA/SW-Entschädigung") von Fr. 32'009.80 ausbezahlt.

3.2 Die Beschwerdegegnerin ging im angefochtenen Einspracheentscheid davon aus, die Beigeladene habe bereits vor 2020 im Betrieb der Beschwerdeführerin gearbeitet, weshalb gemäss Art. 2 Abs. 3^{bis} lit. c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall respektive Rz. 1069.1 KS CE für die Ermitt-

lung des massgebenden durchschnittlichen Erwerbseinkommens auf das Jahr 2019 abzustellen sei (act. II 37/3 Ziff. III/4). Dem kann nicht gefolgt werden. Auf ein im Jahr 2019 erzielttes Einkommen kann gemäss dem unmissverständlichen Wortlaut des ersten Teilsatzes von Art. 2 Abs. 3^{bis} lit. c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall und Rz. 1069.1 KS CE einzig dann abgestellt werden, wenn es sich hierbei um ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen handelt, das heisst, soweit eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Eine solche setzt definitionsgemäss voraus, dass eine (persönliche) Tätigkeit ausgeübt wird, die auf die Erzielung von Einkommen gerichtet ist und durch welche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöht wird. Dabei muss eine (behauptete) Erwerbsabsicht aufgrund der konkreten wirtschaftlichen Tatsachen nachgewiesen sein. Wesentliches Merkmal einer Erwerbstätigkeit ist sodann eine planmässige Verwirklichung der Erwerbsabsicht in der Form von Arbeitsleistung, welches Element ebenfalls rechtsgenügend erstellt sein muss. Entsprechend der Legaldefinition besteht damit ein direkter Zusammenhang zwischen der Erwerbstätigkeit der versicherten Person und dem daraus resultierenden Zufluss von geldwerten Leistungen (BGE 143 V 177 E. 3.1 S. 183, 139 V 12 E. 4.3 S. 15; BSV, Wegleitung über die Beiträge der Selbstständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen in der AHV, IV und EO [WSN] Rz. 2004, gültig ab 1. Januar 2008).

Die vor 2020 von der Beigeladenen geleistete gelegentliche Mithilfe im Betrieb der Beschwerdeführerin war unbestritten unbezahlt, womit es bereits an der Ausrichtung eines Erwerbssentgelts mangelt. Vielmehr erfolgte die Mithilfe nach den insoweit glaubhaften und unwidersprochen gebliebenen Angaben der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde S. 5 Ziff. 13 f.) im Rahmen und Umfang der unentgeltlichen ehelichen Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]). Die Beigelande bezog im Jahr 2019 denn auch keinen Lohn (vgl. act. II 16, 18). Ebenso lässt sich weder den Akten noch den Angaben der Parteien eine planmässige Verwirklichung der Erwerbsabsicht, etwa in Form einer regelmässig wiederkehrenden Tätigkeit oder einer anderweitig betriebsorganisatorisch geregelten Einsatzplanung, erkennen, womit auch dieses Merkmal einer Erwerbstätigkeit nicht erstellt ist.

Im Einklang mit der sozialversicherungsrechtlichen Definition der Erwerbstätigkeit, wie er namentlich Art. 4 Abs. 1 AHVG zugrunde liegt, werden von KS CE Rz. 1025.3 als mitarbeitende Ehegatten nur diejenigen Personen erfasst, welche tatsächlich im Betrieb mitarbeiten und aus dieser Tätigkeit ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen deklarieren (vgl. vorne E. 2.3), wobei insbesondere Letzteres in Bezug auf die Tätigkeit der Beigeladenen für die Zeit vor dem 1. Januar 2020 nicht der Fall war. Mangels einer entsprechenden AHV-pflichtigen Erwerbstätigkeit im Jahr 2019 zählt die Beigeladene nicht zu den vom ersten Teilsatz von Art. 2 Abs. 3^{bis} lit. c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall erfassten Personenkreis. Ein Abstellen auf ein Erwerbseinkommen aus dem Jahr 2019 fällt daher ausser Betracht.

3.3 Nachfolgend ist zu prüfen, ob für das Jahr 2020 die Aufnahme einer bezahlten und beitragspflichtigen Erwerbstätigkeit der Beigeladenen als Grundlage für einen allfälligen Anspruch auf Corona-Erwerbssersatz erstellt ist (vgl. zweiter Teilsatz von Art. 2 Abs. 3^{bis} lit. c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, dass für sie absehbar geworden sei, dass sie längerfristig mehr Personal benötigen würde, weshalb die Beigeladene ab dem 1. Januar 2020 nunmehr als reguläre Arbeitnehmerin beschäftigt worden sei (Beschwerde S.6 Ziff. 14).

3.3.1 Da arbeitgeberähnliche Personen sowie deren im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten grundsätzlich von der Anspruchsberechtigung der Arbeitslosenversicherung ausgeschlossen sind (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG; BGE 142 V 263 E. 4.1 S. 266 f.; Staatssekretariat für Wirtschaft [SECO], AVIG-Praxis ALE, Ziff. B21 ff.) und die Ausweitung der Anspruchsberechtigung durch Art. 2 Abs. 3^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall auf Personen im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hierzu eine (befristete) Ausnahmebestimmung bildet, besteht insoweit ein nicht unerhebliches Missbrauchsrisiko, was umso mehr gilt, wenn wie hier eine erst im Jahr 2020 aufgenommene Erwerbstätigkeit im Raum steht. Zur Bejahung eines Leistungsanspruchs muss daher die Gefahr eines missbräuchlichen Leistungsbezugs ausgeschlossen werden können (vgl. auch FAQ [Frequently Asked Questions] des BSV, Frage Nr. 01-03-05 [act. II 39]).

3.3.2 Ausweislich der Lohnbuchhaltung der Beschwerdeführerin betreffend die Beigeladene für die Jahre 2020 (act. I 8.1 f.) und 2021 (act. I 9.1 f.)

sowie der damit im Wesentlichen korrespondierenden Kontoführungsunterlagen der Beschwerdegegnerin von der F. _____ bzw. der G. _____ (vgl. act. I 8.3, 9.3) ist für den Zeitraum von Januar 2020 bis August 2021 ein tatsächlicher Lohnfluss zugunsten der Beigeladenen erstellt. Dabei wurden zwar entgegen dem Grundsatz, wonach der Lohn am Ende des jeweiligen Arbeitsmonats auszurichten ist (vgl. Art. 323 Abs. 1 OR), die Lohnzahlungen wiederholt nachträglich zum jeweils korrespondierenden Arbeitsmonat geleistet; so wurde der erste Monatslohn von Januar 2020 per Valuta 6. Februar 2020 bezahlt und die nachfolgenden Löhne wurden ebenfalls meist jeweils ein bis zwei Monate verspätet ausgerichtet (vgl. act. I 8.3, 9.3). Dies ändert jedoch nichts daran, dass über einen längeren Zeitraum regelmässige Lohnzahlungen erfolgten. Dabei stimmen auch die buchhalterischen Bruttolohnsummen der Jahre 2020 und 2021 (act. I 8.1 bzw. 9.1, "IST, Bruttolohn Payroll, Total") mit den in den Lohnausweisen deklarierten Bruttojahreslöhnen pro 2020 und 2021 (act. 8.4, 9.4) überein.

3.3.3 Weiter ist festzustellen, dass die Auszahlung der Löhne für Januar und Februar 2020 am 6. Februar bzw. 6. März 2020 (vgl. act. I 8.3/1 f.) in einem Zeitpunkt erfolgte, in welchem weder der Verlauf bzw. die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie voraussehbar noch (weitreichende) behördliche Anordnungen zur Pandemiebekämpfung erlassen noch die entsprechenden finanziellen Abfederungsmassnahmen in Form der hier streitigen Leistungen absehbar waren (zum zeitlichen Ablauf der behördlichen Massnahmen und zu den sozialversicherungsrechtlichen Verordnungen vgl. BVR 2021 S. 25; www.bsv.admin.ch > Sozialversicherungen > Erwerbssersatzordnung [EO] > Grundlagen & Gesetze > Corona-Erwerbssersatz > "Massnahmenübersicht/Corona-Erwerbssausfallentschädigung"; zu den Lockerungen und Verschärfungen ab dem 27. April 2020 bzw. ab dem 1. Dezember 2020 vgl. www.bag.ch > Krankheiten > Infektionskrankheiten: Ausbrüche, Epidemien, Pandemien > Aktuelle Ausbrüche und Epidemien > Coronavirus > Massnahmen und Verordnungen > "Tabelle Lockerungen und Verschärfungen der nationalen Massnahmen", "Tabelle Änderung der nationalen Massnahmen"). Zu diesen Zeitpunkten galt vielmehr, dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sowie deren Ehegatten – insbesondere auch im Bereich der (damals einzig in Frage kommenden) Kurzarbeitsentschädigung – von einem Leistungsanspruch von vornherein ausge-

schlossen waren (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG; BGE 142 V 263 E. 4.1 S. 266 f.; AVIG-Praxis ALE Ziff. B21 ff.; vgl. auch THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2349 N. 275). Unter diesen Umständen kann mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, dass der per 1. Januar 2020 vollzogene Wechsel der Beigeladenen von einer unbezahlten gelegentlichen Mithilfe im Betrieb zur entlohnten Tätigkeit als Arbeitnehmerin in der missbräuchlichen Absicht erfolgte, um von (zukünftigen) Leistungen der Sozialversicherungen profitieren zu können.

3.4 Die Beigeladene ist dem Voranstehenden zufolge erst ab dem 1. Januar 2020 als mitarbeitende Ehegattin i.S.v. Rz. 1025.3 KS CE zu qualifizieren und ein missbräuchlicher Wechsel der Beitragspflicht ist auszuschliessen. Folglich ist hier entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin (vgl. act. II 37/3; Beschwerdeantwort S. 6) der zweite Satz von Art. 2 Abs. 3^{bis} lit. c Covid-19-Erwerbsausfall anzuwenden, wonach die Voraussetzungen gemäss Satz 1 sinngemäss gelten, wenn die Erwerbstätigkeit nach dem Jahr 2019 aufgenommen wurde. Für die Beurteilung der erwerblichen Anspruchsvoraussetzungen ist daher auf das im Jahr 2020 durchschnittlich erzielte AHV-pflichtige Erwerbseinkommen abzustellen (vgl. vorne E. 2.4). Dieses übersteigt die massgebende Schwelle von Fr. 10'000.-- (Rz. 1041.2 KS CE) offenkundig (vgl. act. I 8.4), sodass das Kriterium des versicherten Mindesteinkommens erfüllt ist.

3.5 Die weiteren Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 2 Abs. 3^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, dies sind eine massgebliche Einschränkung der Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie entsprechend einer Umsatzeinbusse von mindestens 30 % (vgl. Art. 2 Abs. 3^{ter} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall) und ein tatsächlich erlittener Lohnausfall, wurden durch die Verwaltung bisher nicht geprüft. Die erstmalige Prüfung dieser Voraussetzungen sowie allfällige in diesem Zusammenhang erforderlichen Abklärungen (vgl. Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 8. August 2022) obliegen der Beschwerdegegnerin als dem hierfür originär zuständigen Versicherungsträger (Art. 43 Abs. 1 ATSG; vgl. auch KS CE Rz. 1015)

und nicht dem angerufenen Gericht. Die Sache ist daher zur Prüfung respektive weiteren Abklärung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen und zum anschliessenden Erlass einer neuen Verfügung zurückzuweisen.

Zu bemerken bleibt im Zusammenhang mit der Voraussetzung des Lohnausfalls was folgt: Aufgrund der gerichtlichen Beweismassnahmen ist für das Jahr 2020 erstellt und insoweit auch anerkannt (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin vom 30. Juni 2022 S. 2), dass unter anderem die Löhne der Beigeladenen für die Monate November und Dezember 2020 nicht zeitnah bezahlt wurden (vgl. Art. 323 Abs. 1 OR), sondern erst im Jahr 2021. Bei den Lohnzahlungen ab Januar 2021 wurde indes von der Beschwerdeführerin als Schuldnerin nicht deklariert, welche Schuld aus dem Arbeitsverhältnis mit den einzelnen Überweisungen getilgt werden soll (vgl. act. I 9.3). Desgleichen liegt keine Erklärung der Beigeladenen vor, an welche Schuld die erhaltenen Zahlungen anzurechnen seien (vgl. Art. 86 Abs. 1 und 2 OR). Soweit weder eine gültige Erklärung der Zahlungsempfängerin über die Tilgung noch eine Bezeichnung der Zahlenden in der Quittung vorliegt, ist gemäss Art. 87 Abs. 1 OR die Zahlung bei mehreren fälligen jedoch (noch) nicht betriebenen Schulden auf die früher verfallene anzurechnen. Dies hat zur Folge, dass die Zahlungen vom 7. Januar 2021 pro November 2020, vom 10. Februar 2021 pro Dezember 2020, vom 9. März 2021 pro Januar 2021, vom 29. März 2021 pro Februar 2021, vom 7. Mai 2021 pro März 2021, vom 31. Mai 2021 pro April 2021, vom 29. Juni 2021 pro Mai 2021 und vom 2. August 2021 pro Juni 2021 anzurechnen sind (vgl. act. I 9.3). Folglich ist – jedenfalls basierend auf den im Recht liegenden Beweismitteln – für die hier strittigen Monate April und Juni 2021 (vgl. vorne E. 1.2) kein massgebender Lohn- bzw. Erwerbsausfall der Beigeladenen ersichtlich.

4.

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid vom 10. Februar 2022 (act. II 37/1-3) aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen

ist, damit sie Sinne der Erwägungen verfare und anschliessend neu verfüge.

5.

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

5.2

5.2.1 Die obsiegende Beschwerdeführerin 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). 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 2020 KV Nr. 23 S. 112 E. 11.1).

Die Bemessung der Parteientschädigung beurteilt sich nach kantonalem Recht (BGE 125 V 408 E. 3a S. 409; SVR 2019 KV Nr. 7 S. 51 E. 9.2). Nach Art. 13 der kantonalen Parteikostenverordnung vom 17. Mai 2006 (PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in sozialversicherungsrechtlichen Klage- und Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz. Praxisgemäss ist dem Gericht bei der Festsetzung der Parteientschädigung ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen. Im Rahmen seines Ermessens hat das Gericht für die Bestimmung der Höhe des Anwaltshonorars die Wichtigkeit und Schwierigkeit der Streitsache, den Umfang der Arbeits-

leistung und den Zeitaufwand des Anwalts zu berücksichtigen (BGE 114 V 83 E. 4b S. 87; SVR 2019 IV Nr. 17 S. 53 E. 6.1).

5.2.2 Mit aktualisierter Kostennote vom 22. August 2022 (in den Gerichtsakten) macht Rechtsanwalt D. _____ einen Aufwand von 16.5 Stunden, entsprechend einem Honorar von Fr. 4'620.-- (16.5 Stunden x Fr. 280.--), Auslagen von Fr. 131.10 und Mehrwertsteuer von Fr. 365.85 (Fr. 4'751.10 x 0.077), mithin gesamthaft eine Entschädigung von Fr. 5'116.95 geltend. Der veranschlagte zeitliche Aufwand erscheint mit Blick auf das im Wesentlichen auf den Beginn einer AHV-pflichtigen Erwerbstätigkeit der Beigeladenen im Betrieb der Beschwerdeführerin beschränkte Prozessthema, der sich dabei stellenden lediglich durchschnittlich komplexen tatsächlichen und rechtlichen Fragen, der auch unter Berücksichtigung der instruktionsrichterlichen Beweismassnahmen wenig umfangreichen Akten sowie insbesondere auch im Vergleich zu gleich bzw. ähnlich gelagerten Fällen als zu hoch bemessen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint im vorliegenden Fall eine Parteientschädigung von insgesamt pauschal Fr. 3'500.-- (inkl. Auslagen und MWST) als angemessen und gerechtfertigt. Die Parteientschädigung ist demnach ermessensweise auf pauschal Fr. 3'500.-- (inkl. Auslagen und MWST) festzusetzen und die Beschwerdegegnerin ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin diesen Betrag zu ersetzen.

5.2.3 Der Beigeladenen ist kein Aufwand erwachsen, weshalb sie keinen Anspruch auf eine Entschädigung hat.

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse HOTELA vom 10. Februar 2022 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare und neu verfüge.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf pauschal Fr. 3'500.-- (inkl. Auslagen und MWST), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt D._____ z.H. der Beschwerdeführerin
 - Ausgleichskasse HOTELA
 - E._____
 - 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.