

# **BGer 9C 686/2017 vom 17. August 2018**

Bundesgericht, 2018-08-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_686\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_686_2017)

FR: TF 9C 686/2017 du 17 août 2018

IT: TF 9C 686/2017 del 17 agosto 2018

## **Regeste**

Erwerbersersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (CC) | Erwerbersatzordnung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 1.2**

Das Bundesgericht prüft unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht - vorbehältlich offensichtlicher Fehler - nur die in seinem Verfahren geltend gemachten Rechtswidrigkeiten ( BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389; siehe auch BGE 134 III 102 E. 1.1 S. 104 f.).

### **E. 2.1**

Personen, die Zivildienst leisten, haben für jeden anrechenbaren Dienstag gemäss dem Zivildienstgesetz vom 6. Oktober 1995 (SR 824.0) Anspruch auf eine Erwerbsausfallentschädigung ( Art. 1a Abs. 2 EOG ). Nach Art. 10 Abs. 1 EOG beträgt die tägliche Grundentschädigung während Diensten, die - wie hier - nicht unter Art. 9 EOG fallen, 80 % des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens. Als Erwerbstätige in diesem Sinne gelten Personen, die in den letzten zwölf Monaten vor dem Einrücken während mindestens vier Wochen erwerbstätig waren ( Art. 1 Abs. 1 EO ). Grundlage für die Ermittlung des durchschnittlichen vordienstlichen Einkommens bildet das Einkommen, von dem die Beiträge nach dem AHVG erhoben werden ( Art. 11 Abs. 1 EOG ). Der Bundesrat kann für Dienstleistende, die nur vorübergehend nicht erwerbstätig waren oder wegen des Dienstes keine Erwerbstätigkeit aufnehmen konnten, besondere Vorschriften über die Bemessung ihrer Entschädigung erlassen ( Art. 11 Abs. 2 EOG ).

### **E. 2.2**

Die Entschädigung wird auf Grund des letzten vor dem Einrücken erzielten und auf den Tag umgerechneten massgebenden Lohns berechnet ( Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EOV ). Für Personen, die glaubhaft machen, dass sie während des Dienstes eine unselbstständige Erwerbstätigkeit von längerer Dauer aufgenommen oder einen wesentlich höheren Lohn als vor dem Einrücken erzielt hätten, wird die Entschädigung auf Grund des Lohns berechnet, der ihnen entgangen ist ( Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV [ausnahmsweise Festsetzung der Erwerbsausfallentschädigung auf Grund einer Gegenwartsbemessung; vgl. u.a. Urteile [des Eidg. Versicherungsgerichts] E 1/96 vom 11. Juni 1996 E. 2c/bb am Ende und E 2/95 vom 7. September 1995, beide Urteile zur Vorgängernorm Art. 2 Abs. 2 aEOV ]). Art. 5 und 6 EOV enthalten sodann Regelungen für die Ermittlung des vordienstlichen Durchschnittseinkommens bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit regelmässigem ( Art. 5 EOV ) bzw. unregelmässigem Einkommen ( Art. 6 EOV ). Laut Art. 5 Abs. 1 lit. a EOV gelten als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit regelmässigem Einkommen Personen, die in einem unbefristeten oder mindestens für ein Jahr eingegangenen Arbeitsverhältnis stehen und deren Einkommen keinen starken Schwankungen ausgesetzt ist. Für Personen, die kein regelmässiges Einkommen haben, wird gemäss Art. 6 EOV für die Ermittlung des vordienstlichen Durchschnittseinkommens auf das während der drei letzten Monate vor Dienstbeginn erzielte und auf den Tag umgerechnete Erwerbseinkommen abgestellt (Abs. 1). Ist auf diese Weise die Ermittlung eines angemessenen Durchschnittseinkommens nicht möglich, so wird das Einkommen einer längeren Zeitspanne berücksichtigt (Abs. 2).

### **E. 3.1**

Nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz hat der Beschwerdegegner im Zeitraum von März 2015 bis Ende Mai 2016 neben dem Studium stundenweise im Rahmen von temporären Einsätzen für die C. \_\_\_\_\_ AG (Arbeitgeberin, Stellenvermittlungsbüro) - seit 18. Januar 2016 als Elektromonteur für die D. \_\_\_\_\_ GmbH (Einsatzfirma) - gearbeitet und dadurch ein Einkommen erzielt. Er war damit in den letzten zwölf Monaten vor Dienstantritt am 20. Juni 2016 während mindestens vier Wochen erwerbstätig im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EOV und hat deshalb Anspruch auf Erwerbsausfallentschädigung. Ebenfalls nicht beanstandet wird, dass der vor Einrücken erzielte Verdienst des Beschwerdegegners starken Schwankungen unterlag, weshalb gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a EOV e contrario grundsätzlich von einem gemäss den Vorgaben nach Art. 6 EOV zu ermittelnden unregelmässigen Einkommen auszugehen ist.

### **E. 3.2**

Uneinig sind sich die Verfahrensbeteiligten hinsichtlich der Höhe der Entschädigung. Vorinstanz und Beschwerdegegner halten dafür, diese bemesse sich vorliegend für den Zeitraum des Zivildienstes vom 20. bis 29. Juni, 1. bis 31. Juli und 1. bis 12. August 2016 auf der Grundlage eines glaubhaft gemachten wesentlich höheren und damit entgangenen Lohns nach Massgabe von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV . Beschwerdeführerin und BSV vertreten demgegenüber im Kern die Auffassung, eine in Ausbildung stehende Person, die daneben unregelmässig erwerbstätig sei, könne grundsätzlich keine höhere Entschädigung mit der Begründung erwirken, sie hätte ihr Arbeitspensum lediglich während der Dienstzeit auf eine Vollzeitstelle aufgestockt. Vielmehr sei dieser Kreis von Versicherten als Arbeitnehmende mit unregelmässigem Einkommen einzustufen und das vordienstliche Durchschnittseinkommen gestützt auf Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 EOV zu ermitteln.

#### **E. 4.1**

Rechtsprechungsgemäss gelten auch in Ausbildung stehende Dienst leistende Personen - so u.a. Studentinnen und Studenten - in erwerbsersatzrechtlicher Hinsicht als erwerbstätig und daher entschädigungsberechtigt, wenn sie die betreffende Tätigkeit in dem nach Art. 1 Abs. 1 EOV verlangten Mindestumfang ausgeübt haben, also in den letzten zwölf Monaten vor dem Einrücken während mindestens vier Wochen erwerbstätig waren (Urteile [des Eidg. Versicherungsgerichts] E 2/01 vom 28. Januar 2003 E. 3 und E 4/93 vom 27. Oktober 1993 E. 3, in: AHI 1994 S. 114; ferner Rz. 5060 der Wegleitung des BSV zur Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende und Mutterschaft [WEO], gültig ab 1. Juli 2005, Stand 1. Januar 2016). Für die Bemessung der Entschädigung ist prinzipiell auf dieses, vordienstlich erzielte Einkommen abzustellen ( Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EOV ).

#### **E. 4.2**

Zu prüfen ist in einem nächsten Schritt, ob das betreffende Erwerbseinkommen regelmässig im Sinne von Art. 5 EOV oder unregelmässig erwirtschaftet wurde, wobei letzteres grundsätzlich zur Anwendung von Art. 6 EOV führte. Als regelmässiges Einkommen gilt bei Personen in Ausbildung, wenn sie in einem auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnis stehen und das Einkommen über längere Zeit keinen starken Schwankungen ausgesetzt ist. Ein auf Dauer angelegtes Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn es entweder unbefristet ist oder für mindestens ein Jahr eingegangen wurde (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a EOV ; Rz. 5062 i.V.m. Rz. 5015 WEO). Einkommen aus anderen als regelmässigen Arbeitsverhältnissen im Sinne von Art. 5 EOV , so beispielsweise wenn die Mindesterwerbsdauer gemäss Art. 1 Abs. 1 EOV in mehreren unzusammenhängenden Perioden (etwa wochen- oder tageweise) erfüllt wurde, gelten als unregelmässig nach Art. 6 Abs. 1 EOV ( BGE 136 V 231 E. 5.2 S. 236). Für die Ermittlung des vordienstlichen Durchschnittseinkommens wird dabei im Regelfall auf das während der drei letzten Monate - bzw. gegebenenfalls einer längeren Zeitspanne - vor Dienstbeginn erzielte und auf den Tag umgerechnete Erwerbseinkommen abgestellt ( Art. 6 Abs. 1 und 2 EOV ; Rz. 5032 WEO; vgl. auch Urteil [des Eidg. Versicherungsgerichts] E 2/01 vom 28. Januar 2003 E. 3.2).

##### **E. 4.2.1**

Auch bei Dienst leistenden Personen in Ausbildung kann sodann, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, Art. 4 Abs. 2 Abs. 1 EOV zur Anwendung gelangen (so etwa Urteile [des Eidg. Versicherungsgerichts] E 2/01 vom 28. Januar 2003 E. 3.3, E 1/96 vom 11. Juni 1996 E. 2c/bb und E 2/95 vom 7. September 1995 E. 3b ff. [allesamt zur Vorgängernorm Art. 2 Abs. 2 aEOV ]; Rz. 5065 f. i.V.m. mit Rz. 5004 und 5041 WEO). Danach wird die Entschädigung für Personen, die glaubhaft machen, dass sie während des Dienstes eine unselbstständige Erwerbstätigkeit von längerer Dauer aufgenommen oder einen wesentlich höheren Lohn als vor dem Einrücken erzielt hätten, auf Grund des Lohns berechnet, der ihnen entgangen ist. Ein wesentlich höherer Lohn wird praxisgemäss angenommen, wenn das während der Dienstzeit entgangene Einkommen den vordienstlich erzielten Verdienst um mindestens 25 % übersteigt (Urteil [des Eidg. Versicherungsgerichts] I 232/65 vom 20. Oktober 1965 E. 2, in: ZAK 1966 S. 265 [ebenfalls zur Vorgängernorm Art. 2 Abs. 2 aEOV ]; ferner Rz. 5066 i.v.m. Rz. 5041 WEO).

##### **E. 4.2.2**

Soweit das BSV vorbringt, unter dem Gleichbehandlungsaspekt gegenüber jenen Personen, welche die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 2 lit. b EOV ("Erwerbstätigkeit von längerer Dauer") glaubhaft zu machen hätten, um Erwerbstätigen nach Art. 1 Abs. 1 EOV gleichgestellt zu sein, sei bei einer ins Feld geführten Lohnerhöhung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV "ebenfalls von einer Dauerhaftigkeit auszugehen und nicht bloss einer solchen von wenigen Tagen oder Wochen", kann ihm nicht gefolgt werden. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV findet nach seinem Wortlaut Anwendung auf Personen, die glaubhaft machen, dass sie während des Dienstes eine unselbstständige Erwerbstätigkeit von längerer Dauer aufgenommen oder einen wesentlich höheren Lohn als vor dem Einrücken erzielt hätten. Dass auch letztgenanntes - ausdrücklich alternativ aufgeführtes - Erfordernis das Element der Dauerhaftigkeit beinhalten müsste, geht aus der Bestimmung nicht hervor. Ebenso wenig ergibt sich ein derartiger grundsätzlicher Schluss ("Personen mit schwankenden Einkommen fallen in Auslegung der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter Art. 6 EOV ") aus dem von der Aufsichtsbehörde erwähnten BGE 136 V 231 (E. 6.2 f. S. 237 f.). In den betreffenden Erwägungen äusserte sich das Bundesgericht lediglich zur Anspruchsvoraussetzung der Erwerbstätigkeit von längerer Dauer im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b EOV, welche von Personen glaubhaft zu machen ist, die - anders als im vorliegenden Fall - gerade nicht als Erwerbstätige nach Art. 1 Abs. 1 EOV einzustufen sind. Für den Aspekt des hier im Fokus stehenden "wesentlich höheren Lohns" gemäss Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV lässt sich daraus nichts Entscheidrelevantes ableiten. Dass es Dienstleistenden mit Einkommen, die starken Schwankungen unterliegen, und deren vordienstliches Erwerbseinkommen deshalb prinzipiell anhand der Grundsätze ermittelt wird, die für Arbeitnehmerinnen und -nehmer mit unregelmässigem Einkommen gelten ( Art. 6 EOV ), generell verwehrt sein soll, eine ausnahmsweise Festsetzung der Erwerbsausfallentschädigung auf Grund einer Gegenwartsbemessung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV geltend ("glaubhaft") zu machen, kann gestützt darauf jedenfalls nicht gefolgert werden.

### **E. 5.1**

Wie hiervor bereits ausgeführt, ist der Beschwerdegegner, welcher im Herbst 2015 ein vollzeitliches Bachelor-Studium in Sozialer Arbeit aufgenommen hat, auf Grund seiner beruflichen Temporäreinsätze und des dadurch erzielten Einkommens als Erwerbstätiger im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EOV zu qualifizieren. Auch ist erstellt, dass der entsprechende Verdienst unregelmässig, mit erheblichen Schwankungen geflossen ist. Grundsätzlich wäre das vordienstliche Erwerbseinkommen demnach, mit Beschwerdeführerin und BSV, nach den Vorgaben gemäss Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 EOV zu ermitteln. Gestützt auf ein Bestätigungsschreiben der C.\_\_\_\_\_ AG und der D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 14. November 2016- bei letzterer stand der Versicherte seit dem 18. Januar 2016 im Einsatz - beruft der Beschwerdegegner sich jedoch auf Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV und macht geltend, er hätte während der Dienstzeit im Rahmen seiner Tätigkeit für die D.\_\_\_\_\_ GmbH an 8 ½ Stunden täglich zu einem Stundenlohn von Fr. 40.- arbeiten und dadurch einen wesentlich höheren Lohn erzielen können als vor dem Einrücken; es sei daher für die Bemessung der Erwerbsausfallentschädigung auf diesen entgangenen Verdienst abzustellen.

### **E. 5.2**

Das kantonale Gericht ist in seinem Entscheid zum Schluss gelangt, auf der Basis des vom Beschwerdegegner eingereichten Bestätigungsschreibens vom 14. November 2016 sei im

Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV glaubhaft gemacht, dass dieser jedenfalls an den Diensttagen vom 20. bis 29. Juni, 1. bis 31. Juli und 1. bis 12. August 2016 einen wesentlich höheren Lohn als vor Dienstantritt erzielt hätte. Es sei von einem durchschnittlichen Erwerbseinkommen pro Tag von Fr. 214.- (Fr. 37.50 x 40 / 7) auszugehen, woraus sich eine Grundentschädigung von Fr. 171.20 (80 % von Fr. 214.-) bzw. insgesamt eine Erwerbsausfallentschädigung von Fr. 9'197.60 ([2 x Fr. 62.-] + [53 x Fr. 171.20]) ergebe.

### **E. 5.3.1**

Entgegen der Darstellung der Vorinstanz überzeugt das erwähnte Bestätigungsschreiben nicht bzw. gelingt es dem Beschwerdegegner allein gestützt darauf nicht - auch nicht im Sinne eines blossen Glaubhaftmachens (vgl. dazu die nachfolgende Erwägung) -, einen für die Dienstzeit wesentlich höheren Lohn als vor dem Einrücken darzutun.

### **E. 5.3.2**

Wie bereits das kantonale Gericht einlässlich erwogen hat, wurden darin zum einen Einsatztage bestätigt, an denen der Beschwerdegegner entweder noch gar nicht für die C.\_\_\_\_\_ AG bzw. die D.\_\_\_\_\_ GmbH im Einsatz war (21. Januar 2015) oder es sich offenkundig bezogen auf den Bachelor-Studiengang um nicht unterrichtsfreie Zeit gehandelt hatte (9. März 2016). Ferner war im mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH am 18. Januar 2016 abgeschlossenen Einsatzvertrag eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden festgelegt worden, wohingegen im Schreiben vom 14. November 2016 eine 42-Stundenwoche erwähnt wird. Auffällig ist sodann, dass der Beschwerdegegner gemäss der fraglichen Bescheinigung nicht während der gesamten unterrichtsfreien Zeit, sondern angeblich genau an den Tagen durch die D.\_\_\_\_\_ GmbH beschäftigt worden wäre, an denen er Zivildiensteinsätze geleistet hatte. Schliesslich ist das gesamte Schreiben äusserst unsorgfältig aufgesetzt und enthält diverse Unstimmigkeiten ("09.03.2016 - 09.03.201 5 "; " 10.07.2016 - 31.07.2016" = "31 Tag[e]"). Vor diesem Hintergrund ist die Bescheinigung mit Beschwerdeführerin und BSV als reine Gefälligkeitsbestätigung einzustufen.

### **E. 5.3.3**

Das im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV erforderliche Beweismass des Glaubhaftmachens bedeutet zwar, dass es genügt, dem Gericht auf Grund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache daher grundsätzlich schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte ( BGE 144 II 65 E. 4.2.2 S. 69 f.; 142 II 49 E. 6.2 S. 58 mit weiteren Hinweisen). Angesichts der beschriebenen gewichtigen Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Bestätigungsschreibens vom 14. November 2016 erweist sich die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dieses sei geeignet, glaubhaft zu machen, dass der Beschwerdegegner an den Diensttagen vom 20. bis 29. Juni, 1. bis 31. Juli und 1. bis 12. August 2016 einen wesentlich höheren Lohn als vor dem Einrücken erzielt hätte, als offensichtlich unrichtig und es kann darauf nicht abgestellt werden. Da der Beschwerdegegner keinerlei anderweitigen Beweismittel beibringt, um den in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EOV enthaltenen (Ausnahme-) Tatbestand des wesentlich höheren Gehalts glaubhaft zu machen, bleibt es bei der Feststellung, dass das jährliche Durchschnittseinkommen des Versicherten unter dem jährlichen Einkommen von Fr. 27'700.- liegt (vgl. Tabellen zur

Ermittlung der EO-Taggeldentschädigung) und es damit bei einem Mindesttagesansatz von Fr. 62.- sein Bewenden hat. Die von der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Verfügung vom 26. Oktober 2016 auf dieser Basis ermittelte Erwerbsausfallentschädigung von insgesamt Fr. 3'199.15, welche durch Einspracheentscheid vom 27. Januar 2017 vollumfänglich bestätigt wurde, hält somit im Ergebnis vor Bundesrecht stand. Anhaltspunkte dafür, dass die diesbezügliche Berechnung aus anderen Gründen fehlerhaft wäre, werden weder vorgebracht noch sind entsprechende Hinweise auf Grund der Akten erkennbar.

#### **E. 5.4**

In Anbetracht dieses Ergebnisses kann dahingestellt bleiben, ob der erstmalige Hinweis des BSV in seiner letztinstanzlichen Vernehmlassung, wonach der Beschwerdegegner laut - beigelegter - Lohnmeldung im Zeitraum vom 1. August bis 31. Dezember 2016 bei der Verwaltung des Kantons Aargau angestellt gewesen sei und dabei Fr. 10'833.35 verdient habe, novenrechtlich überhaupt beachtlich ist (vgl. Art. 99 BGG ).

#### **E. 6**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ).

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