

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT EE.2022.00048

vom 30. November 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-11-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_EE.2022.00048

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT EE.2022.00048 du 30 novembre 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT EE.2022.00048 del 30 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

X.____ war Geschäftsführer bzw. ab Mitte November 2021 Verwaltungsrat und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der Y.____ AG, welche – ihrem Namen entsprechend – eine Tanzschule betreibt (Urk. 10/ 105, www.zefix.ch). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, richtete X.____ vom 1. November 2020 bis am

E. 1.1

Nach Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) kann der Bundesrat Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Solche Verordnungen sind zu befristen (und zwar auf [maximal] sechs Monate, vgl. Art. 7d Abs. 2 lit. a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes, RVOG).

Gestützt auf dieses Notverordnungsrecht erliess der Bundesrat - nebst anderen Verordnungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie, die sich teilweise (auch) auf das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) stützen - am 20. März 2020 die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. Die Verordnung wurde rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft gesetzt und erfuhr seither zahlreiche Änderungen. Mit dem Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz) wurde - rückwirkend - per 17. September 2020 eine gesetzliche Grundlage für die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall geschaffen (Art. 15 in Verbindung mit Art. 21 Abs. 3 Covid-19-Gesetz).

E. 1.2.1

In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 147 V 423 E. 3.1). Da vorliegend der Anspruch auf eine Erwerbsersatzentschädigung für die Monate Oktober und November 2021 strittig ist, sind die in diesem Zeitraum gültig gewesenen Rechtsvorschriften anwendbar, die nach folgend auch – sofern nicht anders vermerkt - in dieser Fassung zitiert werden.

E. 1.2.2

Gemäss Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall sind Selbständigerwerbende im Sinne von Art. 12 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG), welche im Sinne des Bundesgesetzes über die Alters- und

Hinterlassenenversicherung (AHVG) obligatorisch versichert sind, anspruchsberechtigt, wenn sie: a)

ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie unterbrechen müssen; und b)

einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden.

Nach Art. 2 Abs. 3 bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall sind Selbständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG, die nicht unter Absatz 3 fallen und welche im Sinne des AHVG obligatorisch versichert sind, 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.

Die Erwerbstätigkeit gilt als massgeblich eingeschränkt, wenn pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 30 % im Vergleich zum durchschnittlichen monatlichen Umsatz der Jahre 2015–2019 vorliegt. 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 (Art. 2 Abs. 3 ter).

E. 1.3

Gemäss Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 23. Juni 2021 in der im Oktober und November 2021 gültig gewesenen Fassung musste grundsätzlich jede Person in öffentlich zugänglichen Innenräumen von Einrichtungen und Betrieben eine Gesichtsmaske tragen.

Bei sportlichen oder kulturellen Aktivitäten in Innenräumen war bei Personen ab 16 Jahren der Zugang auf Personen mit einem Zertifikat beschränkt; davon ausgenommen waren Aktivitäten, die in abgetrennten Räumlichkeiten in einem Verein oder in einer anderen beständigen Gruppe von höchstens 30 Personen, die dem Organisator bekannt waren, regelmässig gemeinsam ausgeübt wurden, namentlich Trainings oder Proben. Es musste zudem eine wirksame Lüftung vorhanden sein (Art. 20 lit. d Covid-19-Verordnung besondere Lage in der ab dem 13. September 2021 gültig gewesenen Fassung).

Gemäss Art. 14a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage in der ab dem 13. September 2021 gültig gewesenen Fassung konnte für Veranstaltungen in Innenräumen darauf verzichtet werden, den Zugang für Personen ab 16 Jahren auf Personen mit einem Zertifikat zu beschränken, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt waren: a)

Die maximale Anzahl Personen, seien es Besucherinnen und Besucher oder Teilnehmende, beträgt 30. b)

Es handelt sich um eine Veranstaltung eines Vereins oder einer anderen beständigen Gruppe, deren Mitglieder dem Organisator bekannt sind. c)

Die Einrichtung ist höchstens zu zwei Dritteln ihrer Kapazität besetzt. d)

Die Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske nach Artikel 6 wird befolgt; zudem wird der erforderliche Abstand nach Möglichkeit eingehalten. e)

Es werden keine Speisen und Getränke konsumiert.

E. 1.4

Im Vorwort zur ab 1. September 2021 geltenden Version 18 des Kreisschreibens über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus - Corona-Erwerbsersatz (KS CE) wies das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) darauf hin, dass aktuell kaum noch behördliche Einschränkungen gälten. Deshalb müssten die Ausgleichskassen ihr Augenmerk besonders auf die Gründe richten, die die Versicherten für eine erhebliche Einschränkung der Erwerbstätigkeit geltend machten. Diese Gründe müssten im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus stehen (KS CE S. 24). 2. 2.1

Die Beschwerdegegnerin erklärte zur Begründung ihres Entscheides (Urk. 2), Anspruchsvoraussetzung sei, dass aufgrund kantonaler oder auf Bundesebene beschlossener Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus die Erwerbstätigkeit erheblich habe eingeschränkt werden müssen. Gemäss Bundesratsbeschluss vom

8. September 2021 habe keine Covid -Zertifikatspflicht für beständige Gruppen wie einen regelmässigen Tanzkurs bestanden . Des Weiteren befürworte eine Umsatzeinbusse allein keinen Anspruch auf die Corona-Erwerbsersatzentschädigung. Eine Umsatzeinbusse, die dadurch entstehe, dass Kunden

freiwillig bzw. aus Sorge um zukünftige Massnahmen von einem Tanzkurs absähen, sei von der Corona-Erwerbsersatzentschädigung nicht gedeckt. 2.2

Der Beschwerdeführer brachte dagegen im Wesentlichen vor (Urk. 1),

der durch durchschnittliche monatliche Umsatz der Y.____ AG der Jahre 2015 bis 2019 habe rund Fr. 72'822. betragen. Demgegenüber habe sich der Umsatz für Oktober 2021 lediglich auf Fr. 49'192.

(Umsatzeinbusse von 32,45 %) und für November 2021 auf Fr. 25'317.

(Umsatzeinbusse Fr. 65,23 %) belaufen. Aufgrund der Umsatzentwicklung habe er sich gezwungen gesehen, seinen Lohn in den vorliegend relevanten Monaten Oktober und November 2021 auf Fr. 358.

bzw. Fr. 554.

zu reduzieren. Sein Lohnausfall habe damit, verglichen mit dem AHV-pflichtigen Jahreslohn gemäss Lohnausweis 2019 in Höhe von Fr. 148'197.

für Oktober 2021 Fr. 11'991.75 und für November 2021 Fr. 11'795.75 betragen.

Mit Wirkung ab 13. September 2021 habe der Bundesrat die Zertifikatspflicht auf Innenräume von Restaurants und Kultur- und Freizeiteinrichtungen ausgedehnt. Auch bei sportlichen und kulturellen Aktivitäten in Innenräumen wie Trainings oder Musik- und Theaterproben sei der Zugang auf Personen mit Covid-Zertifikat beschränkt worden. Unter diese Regelung sei nach seiner Auffassung auch der Betrieb einer Tanzschule zu subsumieren gewesen. Im relevanten Zeitraum seien somit entgegen der von der Beschwerdegegnerin vertretenen Ansicht durchaus Bundesmassnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie in Kraft gewesen. Die von der Beschwerdegegnerin angeführte Ausnahme von der Zertifikatspflicht für beständige Gruppen von maximal 30 Personen, die in abgetrennten Räumlichkeiten regelmässig zusammen trainierten oder probten, habe im vorliegenden Fall keine Anwendung gefunden. Die Tanzschule umfasse mehrere Tanzsäle, Garderoben, Aufenthaltsräume und einen Barbereich. Allein die konsequente Abtrennung der einzelnen Gruppen wäre aus logistischen und personellen Gründen kaum zu bewerkstelligen gewesen. Zudem unterrichteten verschiedene Tanzlehrerinnen und Tanzlehrer jeweils mehrere verschiedene Gruppen, die in sich selbst ebenfalls nicht immer in der gleichen Zusammensetzung hätt en bleiben können. In diesem Sinne sei nicht von beständigen Gruppen auszugehen gewesen und folglich seien von der Tanzschule die entsprechend vom Bund vorgegebenen Massnahmen lückenlos umgesetzt worden. Zwischen der Zertifikatspflicht und der Umsatzeinbusse in den Monaten Oktober und November 2021 bestehe ein (adäquater) Kausalzusammenhang. Es seien durch die Einführung der Zertifikatspflicht mitten in der ersten Kursperiode von September bis Mitte Oktober bestimmte Personengruppen (nämlich diejenigen ohne gültiges Zertifikat) von einem auf den anderen Tag von einer Kursteilnahme ausgeschlossen worden. Dies habe nicht nur bestehende Teilnehmer, sondern auch Personen, die neu gerne einen Tanzkurs besucht hätten, betroffen. Zu diesem Zeitpunkt sei aufgrund der tendenziell negativen Entwicklung der Pandemie und der Unvorhersehbarkeit der Reaktion der staatlichen Behörden auf diese Entwicklung ernstlich damit zu rechnen gewesen, dass erneut weitergehende Einschränkungen folgen würden, was in der zweiten Kursperiode (Mitte Oktober bis November 2021) dazu geführt habe, dass die Teilnehmerzahlen weiter rückläufig gewesen seien und die Zahl der Neuanmeldungen gegen null tendiert habe. 2.3

Mit Beschwerdeantwort vom 18. August 2022 erklärte die Beschwerdegegnerin (Urk. 9), in den Monaten Oktober und November 2021 habe als einzige behördliche Massnahme die Zertifikatspflicht des Bundes in Innenräumen von Restaurants, Kultur und Freizeiteinrichtungen sowie an Veranstaltungen gegolten. Auch bei sportlichen oder kulturellen Aktivitäten in Innenräumen wie Trainings oder Musik- und Theaterproben sei der Zugang auf Personen mit Covid-Zertifikat beschränkt gewesen. Diese Beschränkung habe jedoch nicht für beständige Gruppen von maximal 30 Personen, die in abgetrennten Räumlichkeiten regelmässig zusammen trainiert en oder prob t en , gegolten. So habe bei Tanzproben und im Tanzunterricht in Innenräumen auf das Zertifikat verzichtet werden können, wenn es sich um eine beständige Gruppe von maximal 30 Personen gehandelt habe, die in abgetrennten Räumlichkeiten regelmässig z usammen trainiert und geprobt hätten und somit das Contact-Tracing gewährleistet werden konnte. In diesem Fall habe gar weiterhin ohne Maske und Distanzregeln und ohne Kapazitätsbeschränkung trainiert und geprobt werden können. Mit einem angemessenen Schutzkonzept und entsprechender, wenn auch aufwändiger Organisation, wäre es somit der Y. ___ AG möglich gewesen, weiterhin Tanzkurse anzubieten. Die Y. ___ AG habe somit weiterhin die Tanzschule betreiben können und sei grundsätzlich nicht durch die Massnahmen eingeschränkt

gewesen.

E. 3

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer war im Oktober und November 2021 Geschäftsführer bzw. Verwaltungsrat und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der Y.____ AG (www.zefix.ch, www.shab.ch). Er gilt daher als Person im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG.

E. 3.2

).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch bei Tanzgruppen bis 30 Personen von staatlich verordneten Einschränkungen ausgegangen werden musste, welche den Betrieb der Y.____ AG massgeblich beeinträchtigten.

E. 3.3.1

Im Oktober und November 2021 waren für Personen ab 16 Jahren in Innenräumen sportliche oder kulturelle Aktivitäten grundsätzlich nur mit einem Zertifikat möglich. Davon ausgenommen waren Aktivitäten, die in abgetrennten Räumlichkeiten in einem Verein oder in einer anderen beständigen Gruppe von höchstens 30 Personen, die dem Organisator bekannt waren, regelmässig gemeinsam ausgeübt wurden, namentlich Trainings oder Proben (Art. 20 lit. d Covid-19-Verordnung besondere Lage in der ab dem 13. September 2021 gültig gewesenen Fassung). Das heisst, im Oktober und November 2021 war Tanzunterricht entweder auf beständige Gruppen bis 30 Personen oder – bei grösseren Gruppen – auf Personen mit Zertifikat beschränkt.

E. 3.3.2

Bei einer Beschränkung der Teilnehmer auf Personen mit einem Zertifikat wäre der Betrieb der Tanzschule eingeschränkt gewesen, da Personen, welche weder geimpft noch genesen waren, nur nach vorgängigem Covid-Test am Unterricht teilnehmen konnten (vgl. Art. 1 lit. a der Verordnung über Zertifikate zum Nachweis einer Covid-19-Impfung, einer Covid-19-Genesung oder eines Covid-19-Testergebnisses,

Covid-19-Verordnung Zertifikate). Dies dürfte nicht geimpfte oder genesene Personen zumindest teilweise von der Teilnahme an Tanzkursen abgehalten haben.

E. 3.3.3

Gemäss dem Beschwerdeführer war es für die Y.____ AG faktisch nicht möglich, den Tanzunterricht in beständigen Gruppen bis 30 Personen durchzuführen. Die Beschwerdegegnerin ging demgegenüber davon aus, dass der Tanzunterricht mit einer aufwändigen Organisation so hätte eingerichtet werden können, dass Tanzkurse in beständigen Gruppen bis 30 Personen hätten durchgeführt werden können (E. 2).

Mit welchen konkreten Massnahmen bzw. Einschränkungen ein Betrieb in beständigen Gruppen mit maximal 30 Personen zu organisieren gewesen wäre, legt die Beschwerdegegnerin jedoch nicht dar und ist auch nicht ohne Weiteres klar. Es scheint aber schlüssig, dass dies – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht und von der

Beschwerdegegnerin implizit anerkannt – mit einem grossen Aufwand verbunden gewesen wäre (beispielsweise: Regelung Benutzung Garderobe; Kontrolle, dass nur Personen mit Zertifikat den Barbereich benutzen) und den Tanzschulbetrieb wohl erheblich eingeschränkt hätte. So ist beispielsweise zu vermuten, dass die Tanzschule, welche über mehrere Tanzsäle verfügt, zumindest teilweise die Unterrichtszeiten

hätte anpassen müssen, was wohl dazu geführt hätte, dass gewisse Kursteilnehmende sich von den Kursen zurückgezogen hätten.

Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass – wie das hiesige Gericht im Urteil EE.2022.00029 vom 15. September 2022 dargelegt hat

- in der ab dem 13. September 2021 gültig gewesenen Fassung der Covid-19-Verordnung besondere Lage bei Veranstaltungen ohne Zugangsbeschränkung auf Personen mit einem Zertifikat eine Beschränkung der Auslastung der Kapazität auf zwei Drittel verordnet war (Art. 14 Abs. 1 lit. b; Art. 14a Abs. 1 lit. c). Den Erläuterungen zur Änderung der Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 8. September 2021, Inkrafttreten der Änderung am 13. September 2021, des Eidgenössischen Departements des Innern EDI ist betreffend Art. 20 lit. d und e, welche die Ausübung sportlicher und kultureller Aktivitäten regeln, zu entnehmen (S. 5): «Werden sportliche und kulturelle Aktivitäten im Rahmen einer Veranstaltung ausgeübt (z.B. Fussballturnier oder Konzert), gelten betreffend die Zugangs-, die Personenzahl- und die Kapazitätsbeschränkungen die Artikel 14–15 (Bst. b).». Diese Erläuterung lässt vermuten, dass Trainings bzw. Übungen wie Tanzunterricht grundsätzlich nicht als Veranstaltungen im Sinne von Art. 14 bzw. 14a galten, und entsprechend keine Kapazitätsbeschränkung bestand. Den Erläuterungen zur Änderung der Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 8. September 2021 ist jedoch betreffend Art. 14a zu entnehmen (S. 3 f.): «Kleine Veranstaltungen mit max. 30 Personen, die sich regelmässig in dieser Zusammensetzung treffen und die dem Organisator bekannt sind, sollen auch weiterhin stattfinden dürfen, ohne dass ein Zertifikat notwendig ist (Bst. a). Dies betrifft z.B. Vereinstreffen, aber auch Chöre oder Yogagruppen, die in der gleichen Konstellation proben bzw. praktizieren. An den übrigen Vorgaben soll sich nichts ändern (Kapazitätsbeschränkung auf zwei Drittel, Maskenpflicht nach Artikel 6 sowie Mindestabstand nach Möglichkeit, vgl. Bst. c und d).» Aus dieser Erläuterung ergibt sich, dass auch vereinsinterne Aktivitäten, namentlich Proben, als Veranstaltung galten und somit eine Kapazitätsbeschränkung bestanden haben soll. Die Erläuterungen des Eidgenössischen Departements des Innern EDI zu den per 13. September 2021 in Kraft getretenen Änderungen waren hinsichtlich Geltungsbereich der Kapazitätsbeschränkungen somit unklar. Auch die Erläuterungen vom 1. und vom 8. Oktober 2021 brachten keine Klärung.

Es kann vorliegend offenbleiben, ob ab dem 13. September 2021 für beständige Gruppen von bis 30 Personen, welche gemeinsam Tanzunterricht nahmen, eine Kapazitätsbeschränkung galt oder nicht, musste die Y. AG aufgrund der unklaren Anordnungen, deren Widerhandlung unter Strafandrohung stand (vgl. Art. 28 Covid-19-Verordnung besondere Lage), doch davon ausgehen, dass eine Kapazitätsbeschränkung bestand. Dies gilt umso mehr, als auch der Tanzlehrer-Verband der Schweiz, welcher Abklärungen getätigt hatte und seine Mitglieder regelmässig über die geltenden Massnahmen informierte, von einer solchen Einschränkung ausging (vgl. das Urteil des hiesigen Gerichts EE.2022.00029 vom 15. September 2022 E.

E. 3.4

Nachdem der Betrieb der Y.____ AG in den Monaten Oktober und November 2021 durch die behördlich angeordneten Massnahmen erheblich eingeschränkt war, und die Y.____ AG unbestrittenermassen eine Umsatzeinbusse von mehr als 30 % und der Beschwerdeführer eine Lohneinbusse erlitten hatte, hat der Beschwerdeführer in den Monaten Oktober und November 2021 Anspruch auf eine Corona-Erwerbsersatzentschädigung. Diese beläuft sich auf Fr. 196.

pro Tag, mithin Fr. 6'076.

brutto für Oktober 2021 und Fr. 5'880. brutto für November 2021.

E. 4

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat der obsiegende, vertretene Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese ist nach Art. 61 lit. g ATSG in Verbindung mit Art. 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Sache und nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen. In Anwendung dieser Grundsätze ist die Entschädigung ermessensweise auf Fr.

1'.

E. 5

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Der Vorsitzende
Der Gerichtsschreiber
HurstWyler

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