

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT EO.2023.00006 vom 17. April 2024

ZH Sozialversicherungsgericht, 2024-04-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_EO.2023.00006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_EO.2023.00006)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT EO.2023.00006 du 17 avril 2024

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT EO.2023.00006 del 17 aprile 2024

## Erwägungen

### E. 1

Der 1991 geborene X.\_\_\_\_ war bis am 31. August 2022 bei der Y.\_\_\_\_ AG angestellt und erzielte dabei im Jahr 2022 (inklusive Erwerbsausfallentschädigung) einen Bruttolohn von Fr. 93'333.20 (Urk. 3). Vom 16. September bis 15. Dezember 2022 war er für die Z.\_\_\_\_

AG tätig und erzielte dabei ein monatliches Einkommen von Fr. 2'500.-- zuzüglich einer Vergütung vom Fr. 785.05 pro Jahr (Urk. 7/44/2 -3 ). Am 9. Januar 2023 trat X.\_\_\_\_ einen Beförderungsdienst der schweizerischen Armee an (Urk.

7/44/1). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, richtete ihm am 19. April 2023 für die Zeit vom 9. Januar bis 24. Februar 2023 eine Erwerbsausfallentschädigung basierend auf einem Tagesansatz von Fr. 124.

aus (Urk. 7/46+47). Am 23. April 2023 ersuchte

X.\_\_\_\_ die Ausgleichskasse um Neuberechnung des Tagesansatzes bzw. Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Die Ausgleichskasse setzte daraufhin mit Verfügung vom 27. April 2023 den Tagesansatz auf Fr. 124.-- fest (Urk. 7/50). Dagegen erhob X.\_\_\_\_ am 24. Mai 2023 Einsprache (Urk. 7/53). Am 20. Juni 2023 bzw. am 10. Juli 2023 richtete die Ausgleichskasse X.\_\_\_\_ auch für die Zeit vom 25. Februar 2023 bis 19. Mai 2023 eine Erwerbsausfallentschädigung basierend auf einem Tagesansatz von Fr. 124.-- aus (Urk.

7/60+61, Urk. 7/67). Mit Einspracheentscheid vom 7. November 2023 (Urk.

2) wies die Ausgleichskasse die von X.\_\_\_\_ gegen die Verfügung vom 27. April 2023 erhobene Einsprache, welche dieser am 7. und am 12.

Juli 2023 ergänzt hatte (Urk. 7/64, Urk. 7/70), ab.

### E. 1.1

Personen, die in der schweizerischen Armee oder im Rotkreuzdienst Dienst leisten, haben für jeden besoldeten Dienstag Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 1a Abs. 1 des Erwerbsersatzgesetzes, EOG). 1.2

Während Diensten, die nicht unter Art. 9 EOG (Rekrutenschule und gleichgestellte Dienstzeiten) fallen, beträgt die tägliche Grundentschädigung für Erwerbstätige 80 % des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens, wobei die Spezialregelungen gemäss Art. 16 Abs. 1 bis 3 EOG vorbehalten bleiben (Art. 10 Abs. 1 EOG).

Gemäss Art. 16 Abs. 1 EOG darf während der vom Bundesrat bestimmten Ausbildungsdienste längerer Dauer, die ausserhalb der ordentlichen Ausbildungsdienste der Formationen für die Erreichung eines höheren Grades oder einer neuen Funktion im

Militärrecht verlangt werden, die tägliche Gesamtentschädigung folgende Prozentsätze des Höchstbetrages gemäss Art. 16a (Fr. 275.--) nicht unterschreiten: a) 45 % für Dienstleistende ohne Kinder; b)

65 % für Dienstleistende mit einem Kind; c)

70 % für Dienstleistende mit mindestens zwei Kindern

Die Grundentschädigung wird gekürzt, soweit sie 80 % des Höchstbetrages gemäss Artikel 16a übersteigt (Art. 16 Abs. 4 EOG). Die Gesamtentschädigung (Grundentschädigung zuzüglich Kinderzulagen) wird gekürzt, soweit sie das durchschnittliche vordienstliche Einkommen oder den Höchstbetrag gemäss Artikel 16a übersteigt, jedoch nur bis auf die Mindestbeträge nach den Absätzen 1–3 (Art. 16 Abs. 5 EOG) . 1 .3 1 .3.1

Als Erwerbstätige gelten gemäss Art. 1 Abs. 1 der Erwerbssersatzverordnung (EOV) Personen, die in den letzten zwölf Monaten vor dem Einrücken während mindestens vier Wochen erwerbstätig waren. Den Erwerbstätigen gleichgestellt sind: a) Arbeitslose; b) Personen, die glaubhaft machen, dass sie eine Erwerbstätigkeit von längerer Dauer aufgenommen hätten, wenn sie nicht eingerückt wären; c) Personen, die unmittelbar vor dem Einrücken ihre Ausbildung abgeschlossen haben oder diese während des Dienstes beendet hätten.

Die Entschädigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wird auf Grund des letzten vor dem Einrücken erzielten und auf den Tag umgerechneten massgebenden Lohns berechnet (Art. 4 Abs. 1 EOV). Bei der Ermittlung dieses Lohnes unterscheidet der Verordnungsgeber zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit regelmässigem Einkommen (Art. 5 EOV) und solchen mit unregelmässigem Einkommen (Art. 6 EOV). 1 .3. 2

Gemäss Art. 5 Abs. 1 EOV in der vorliegend anwendbaren, bis 31. Dezember 2023 gültig gewesenen Fassung g a lten als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit regelmässigem Einkommen Personen, die: a) in einem unbefristeten oder mindestens für ein Jahr eingegangenen Arbeitsverhältnis stehen und deren Einkommen keinen starken Schwankungen ausgesetzt ist; b) ihre Arbeit infolge Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Dienst,

Mutterschaft oder aus anderen von ihnen nicht verschuldeten Gründen unterbrochen haben.

Das pro Tag erzielte vordienstliche Durchschnittseinkommen wird wie folgt ermittelt (Art. 5 Abs. 2 EOV) : a) Für im Stundenlohn Beschäftigte wird der letzte vor dem Dienstantritt erzielte Stundenlohn mit den in der letzten normalen Arbeitswoche vor dem Einrücken geleisteten Arbeitsstunden vervielfacht und anschliessend durch sieben geteilt. b) Für im Monatslohn Beschäftigte wird der im letzten Kalendermonat vor dem Einrücken erzielte Monatslohn durch 30 geteilt. c) Für anders entlohnte Personen wird der in den letzten vier Wochen vor dem Einrücken erzielte Monatslohn durch 28 geteilt. 1 .3.

## **E. 2**

Ebenso beantrage ich im Sinne einer Überprüfung der Dossierführung die Edition der gesamten Akten der Beschwerdegegnerin inkl. Telefonnotizen und die sonstigen Aktenstücke, die den Entscheid beeinflusst haben könnten.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin erklärte zur Begründung ihres Entscheides im Wesentlichen (Urk. 2), die bis Ende August 2022 verrichtete Tätigkeit und das vom 16.

September bis 15.

Dezember 2022 absolvierte Praktikum seien in zwei klar voneinander getrennten Zeitabschnitten ausgeübt worden. Es sei deshalb ausschliesslich das Einkommen desjenigen Zeitabschnitts massgebend, der dem Einrücken unmittelbar vorangegangen sei. Dass die vom Beschwerdeführer vom 16. September bis 15. Dezember 2022 ausgeübte Tätigkeit ein Praktikum gewesen sei, sei nicht entscheidend, habe es sich doch trotzdem um eine Erwerbstätigkeit gehandelt.

Ein Anwendungsfall des Vertrauensschutzes liege nicht vor. So sei

nicht klar, welche Auskunft dem Beschwerdeführer erteilt worden sei. Dies könne aber ohnehin offengelassen werden, habe der Beschwerdeführer doch keine Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil für ihn rückgängig gemacht oder nachgeholt werden könnten.

## **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer liess dagegen im Wesentlichen einwenden (Urk. 1, Urk. 10), er habe bei seiner Beschäftigung, die er in der Zeit vom 1. Januar bis 31. August 2022 ausgeübt habe, einen Bruttolohn von Fr. 86'081.20 erzielt. Nachfolgend habe er sich entschlossen, ein Praktikum zu absolvieren. Die Beschwerdegegnerin habe eine spitzfindige Entscheidung getroffen, weil sie das Praktikum dem üblichen Erwerb gleichgesetzt habe. Ein Praktikum sei per se für den Erwerb des Wissens bestimmt und nicht für den Gelderwerb. Gerade darin unterschieden sich die Erwerbsarbeit und die Praktikumstätigkeit. Der angefochtene Entscheid sei nicht haltbar und die Entschädigung sei gestützt auf das Einkommen der letzten zwölf Monate vor Dienstbeginn zu berechnen. Er frage sich, wie es wäre, wenn er das Praktikum ohne Entgelt vereinbart hätte.

Ohnehin habe er vor Beginn des Praktikums die damals zuständige Mitarbeiterin der Beschwerdegegnerin gefragt, wie es denn aussehen würde, wenn er das

Praktikum absolviere und danach den Militärdienst in Angriff nehmen würde. Die Mitarbeiterin habe ihm klar und deutlich erklärt, dass in einem solchen Fall die Entschädigung nach Massgabe des Verdienstes der letzten zwölf Monate berechnet werde. Diese Auskunft sei ihm von einer kompetenten Stelle erteilt worden und sei nachvollziehbar und vernünftig erschienen, weshalb er sich dies nicht schriftlich habe bestätigen lassen. Die Beschwerdegegnerin sei trotzdem an die erteilte Auskunft gebunden, weil er in der Folge darauf verzichtet habe, eine neue Anstellung zu suchen, um den Erwerbsersatz zu erhöhen.

3.

## **E. 3**

Gemäss Art. 6 EOV wird für Personen, die kein regelmässiges Einkommen im Sinne von Art. 5 EOV haben, 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). 1.4.1.4.1

In der Wegleitung zur Erwerbssersatzordnung (WEO) des Bundesamtes für Statistik ist betreffend Berechnung des Einkommens von Arbeitnehmenden, die ein unregelmässiges Einkommen erzielen, festgehalten ( Rz . 5032 ff.), dass die Wahl der massgebenden Periode der Ausgleichskasse obliegt . Die Periode muss so gewählt werden, dass die Ermittlung eines den Verhältnissen angemessenen Durchschnittslohnes ermöglicht wird. Bei Personen, die im Jahre vor dem Einrücken zwei oder mehrere unselbstständige Tätigkeiten in klar voneinander getrennten Zeitabschnitten ausgeübt haben, ist ausschliesslich das Einkommen während desjenigen Zeitabschnittes massgebend, der dem Einrücken unmittelbar voranging. Dies trifft z.B. zu beim mitarbeitenden Familienmitglied in der Landwirtschaft, das im Sommer ausschliesslich als solches und während des Winters ausschliesslich als Waldarbeiter tätig war. 1.4.2

Verwaltungsweisungen, wie etwa Wegleitungen oder Kreisschreiben, richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 146 V 224 E. 4.4.2, 141 V 365 E. 2.4 m.w.H.). 1 .

### **E. 3.1**

Bei Dienstbeginn am 9. Januar 2023

stand der Beschwerdeführer, welcher in den

letzten zwölf Monaten vor dem Einrücken während mehreren Monaten erwerbs tätig war (Urk. 3, Urk. 7/44/2), nicht in einem unbefristeten oder mindestens für ein Jahr eingegangenem Arbeitsverhältnis. Sein vordienstliches Durchschnittseinkommen ist somit gestützt auf Art. 6 EOV zu berechnen (Art. 5 EOV e contrario).

### **E. 3.2.1**

Die Beschwerdegegnerin hat das vordienstliche Durchschnittseinkommen

in Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EOV basierend auf dem vom Beschwerdeführer bei der Z. \_\_\_ AG in der Zeit vom 16. September bis 15. Dezember 2022 (Urk.

7/44/2-3) erzielte Einkommen ermittelt, woraus sich ein Taggeld in der Minimalhöhe gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 16a Abs. 1 EOG von Fr. 124 . (Fr. 275.-- x 0,45) ergab.

### **E. 3.2.2**

In der Zeit vom 1. Januar bis 31. August 2022 hatte der Beschwerdeführer bei

der Y. \_\_\_ AG ein wesentlich höheres Einkommen als ab 16. September 2022 bei der Z. \_\_\_ AG erzielt

(Urk. 3). Wie dargelegt (E.

1.3.3) , ist in Art. 6 Abs. 1 EOV verordnet, dass für die Ermittlung des vordienstlichen Durchschnittseinkommens auf das während der drei letzten Monate vor Dienstbeginn erzielte und auf den Tag umgerechnete Erwerbseinkommen abzustellen ist. Gleichzeitig

wird aber in Abs. 2 von Art. 6 EOV auch festgehalten, dass das Einkommen einer längeren Zeitspanne berücksichtigt wird, wenn basierend auf dem Einkommen der drei letzten Monate vor Dienstbeginn kein angemessenes Durchschnittseinkommen ermittelt werden kann. In der WEO konkretisiert das Bundesamt für Sozialversicherungen die Anwendung von Art. 6 EOV unter anderem insoweit, als festgehalten wird, dass bei Personen, die im Jahre vor dem Einrücken zwei oder mehrere unselbstständige Tätigkeiten in klar voneinander getrennten Zeitabschnitten ausgeübt haben, ausschliesslich das Einkommen während desjenigen Zeitabschnittes massgebend ist, der dem Einrücken unmittelbar voranging (Rz. 5036). Es erweist sich als sachgerecht, dass in der WEO im Hinblick auf eine rechtsgleiche Anwendung die Umsetzung von

Art. 6 Abs. 1 und 2 EOV konkretisiert wird. Mit der starren Regelung von

Rz. 5036, dass bei zwei oder mehreren unselbstständigen Tätigkeiten in klar voneinander getrennten Zeitabschnitten stets nur derjenige Zeitabschnitt massgebend ist, welcher dem Einrücken unmittelbar vorangeht, wird jedoch Art. 6 Abs. 2 EOV weitgehend seines Inhalts entleert, bezweckt diese Bestimmung doch gerade, dass durch eine gewisse Flexibilität des massgebenden Zeitraums keine unangemessenen Taggelder zugesprochen werden. So resultiert denn auch im vorliegenden Fall bei Anwendung der Regelung gemäss Rz. 5036 WEO keine angemessene Erwerbsausfallentschädigung.

Der Beschwerdeführer hatte in der Zeit vom 1.

Januar bis 31. August 2022 bei der Y.\_\_\_\_

AG ein wesentlich höheres Einkommen erzielt (Urk. 3) als danach im Rahmen der nur für eine kurze Zeit ausgeübten Tätigkeit bei der

Z.\_\_\_\_ AG (Urk. 7/44/2). Hinweise, dass der Beschwerdeführer

ohne Dienst für längere Zeit lediglich ein Einkommen in der Höhe des bei der Z.\_\_\_\_ AG erzielten Einkommens erwirtschaftet hätte, sind nicht vorhanden. Gemäss Angaben des Beschwerdeführers handelte es sich bei der Tätigkeit für die Z.\_\_\_\_ AG denn auch um ein Praktikum (E. 2.2). Es erweist sich daher als unangemessen, wenn die Taggelder des Beschwerdeführers lediglich gestützt auf das bei der Z.\_\_\_\_ AG erzielte Einkommen berechnet werden. Es liegt entsprechend ein triftiger Grund vor, um von Rz. 5036 WEO abzuweichen. Als sachgerecht erweist es sich, die Taggelder in Anwendung von Art. 6 Abs. 2 EOV und Rz. 5032 WEO auf Basis des Einkommens der zwölf Monate vor Dienstbeginn zu bestimmen.

### **E. 3.3**

Bei dieser Sachlage kann offenbleiben, wie die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Auskunft der Beschwerdegegnerin zu würdigen ist. 4.

Nach dem Gesagten hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Erwerbserwerbsentschädigung, welche auf Basis seines durchschnittlichen Erwerbseinkommens der zwölf Monate vor Dienstbeginn

ermittelt wird. Die Beschwerde ist in dem Sinne gutzuheissen und die Sache zur Festlegung der Entschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

### **E. 5**

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' 200.-- (inklusive Barauslagen und MWST) festzusetzen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom

#### **E. 7**

November 2023 aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer Anspruch eine Erwerbsersatzentschädigung basierend auf dem Durchschnittsein kommen der letzten zwölf Monate vor Dienstbeginn

hat. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1' 200.-- (inkl. Barauslagen und MWST) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Kreso

Glavas - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Bundesamt für Sozialversicherungen 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 siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 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 der beschwerdeführenden Partei oder ihrer Rechtsvertretung 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.