

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



---

II 2021 66

## Entscheid vom 21. Oktober 2021

---

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident  
Dr.iur. Frank Lampert, Richter  
Dr.oec. Andreas Risi, Richter  
lic.iur. Prisca Reichlin Brügger, Gerichtsschreiberin

---

Parteien

**A.\_\_\_\_\_ GmbH**, St. Gallerstrasse 24, 8853 Lachen,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

**GastroSocial Ausgleichskasse**, Buchserstrasse 1,  
Postfach 2203, 5001 Aarau,  
Vorinstanz,

---

Gegenstand

Erwerbsersatzordnung (Covid-19; Erwerbsersatz)

## **Sachverhalt:**

**A.** Die am 1. Juli 2019 gegründete A.\_\_\_\_\_ GmbH betreibt einen Gastrobetrieb in Form eines Take Aways in D.\_\_\_\_\_. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist B.\_\_\_\_\_.

Nachdem die Gastronomie in C.\_\_\_\_\_, in welchem sich der Gastrobetrieb von B.\_\_\_\_\_ befindet, ab 22. Dezember 2020 gestützt auf die Massnahmen zur Bekämpfung des Corona-Virus geschlossen wurde, meldete sich B.\_\_\_\_\_ am 3. Februar 2021 bei der Ausgleichskasse GastroSocial zum Bezug von Corona Erwerbsausfallentschädigung (CEE) für den Monat Januar 2021 (Vi-act. 1) und am 8. März 2021 für den Monat Februar 2021 (Vi-act. 2) an.

Mit Abrechnung vom 23. März 2021 leistete die GastroSocial der A.\_\_\_\_\_ GmbH CEE für die Monate Januar und Februar 2021 in Höhe von insgesamt Fr. 7'181.55 ausgehend von einem Tagesansatz von Fr. 114.40 (Vi-act. 4). Die Leistungszusprache wurde mit formeller Verfügung vom 9. April 2021 bestätigt (Vi-act. 6). Mit Abrechnung vom 13. April 2021 wurde zudem für den Monat März 2021 eine CEE in Höhe von Fr. 3'773.35 (ausgehend von einem Tagesansatz von Fr. 114.40) zugesprochen (Vi-act. 7).

**B.** Mit Eingabe vom 17. April 2021 erhob B.\_\_\_\_\_ Einsprache gegen die Verfügung vom 9. April 2021 mit dem Antrag, die CEE gestützt auf das nach dem ersten Lockdown (bzw. ab Juli 2021) erzielte Einkommen von Fr. 7'191.65/Mt. zu bemessen.

**C.** Mit Entscheid vom 5. Mai 2021 hat die Ausgleichskasse GastroSocial die Einsprache abgewiesen.

**D.** Gegen den Einspracheentscheid erhebt B.\_\_\_\_\_ bzw. die A.\_\_\_\_\_ GmbH mit Eingabe vom 28. Mai 2021 fristgemäss Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mit dem Antrag:

1. Der Einspracheentscheid vom 5.5.2021 der GastroSocial Ausgleichskasse sei aufzuheben.
2. Der Beschwerdeführerin sei eine EO Entschädigung auf der Basis des AHV-pflichtigen Erwerbseinkommens des Jahres 2020 auszubezahlen.
3. Event. sei die Sache zur Neuberechnung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**E.** Mit Vernehmlassung vom 7. Juni 2021 hält die GastroSocial an ihrem Entscheid fest.

## **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

1. Zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie hat der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV (Notverordnungsrecht) u.a. am 20. März 2020 die Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, SR 830.31) sowie die Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033) erlassen. Mit dem Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz, SR 818.102) wurde am 25. September 2020 rückwirkend per 17. September 2020 u.a. die gesetzliche Grundlage für die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall sowie die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung geschaffen (vgl. Art. 15 und 17 Covid-19-Gesetz). Umstritten ist vorliegend der Anspruch auf CEE infolge von Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage, SR 818.101.26, in casu: Verbot des Betriebs von Restaurationsbetrieben gemäss Art. 5a und Schliessung öffentlich zugänglicher Betriebe in den Bereichen Unterhaltung, Freizeit und Sport gemäss Art. 5d).

2. Vorab stellt sich die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts. Gemäss Art. 1 der Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall) sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) auf die Entschädigungen gemäss dieser Verordnung anwendbar, soweit die nachstehenden Bestimmungen nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsehen. Die gerichtliche Zuständigkeit wird in Art. 58 ATSG geregelt. Gemäss Art. 58 Abs. 1 ATSG ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig, in dem die versicherte Person oder der Beschwerde führende Dritte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat. Das Bundesgericht hat jedoch in einer aktuellen Entscheidung festgehalten, dass die Zuständigkeitsregelung von Art. 58 Abs. 1 ATSG bei Erwerbssersatz gemäss der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall nicht zur Anwendung gelangt. Da sich die Entschädigung gemäss der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall an das bestehende System der Erwerbssersatzordnung gemäss EOG anlehne, gelange Art. 24 Abs. 1 EOG zur Anwendung (Urteil BGer 9C\_738/2020 vom 7.6.2021 Erw. 2). Danach entscheidet über Beschwerden gegen Verfügungen und Einsprachenentscheide kantonaler Ausgleichskassen in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG das Versicherungsgericht am Ort der Ausgleichskasse. Bei Beschwerden

gegen Verfügungen und Entscheide von Verbandskassen enthält Art. 24 Abs. 1 EOG demgegenüber keine von Art. 58 Abs. 1 ATSG abweichende Regelung.

Nachdem Streitgegenstand der Einspracheentscheid einer Verbandsausgleichskasse (mit Sitz im Kanton Aargau) ist, gelangt für die Frage der Zuständigkeit Art. 58 Abs. 1 ATSG zur Anwendung. Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz ist für die Behandlung der Beschwerde zuständig. Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind unbestritten und ebenfalls erfüllt.

**3.1** Mit Änderung der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall vom 4. November 2020 wurde (rückwirkend ab dem 17. September 2020 und gestützt auf Art. 15 Covid-19-Gesetz) eine Anspruchsberechtigung auf CEE neu auch für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung (GmbH- oder AG-Inhaber) bei Betriebsschliessung eingeführt, wenn sie ihre Tätigkeit auf Anordnung der Behörden einstellen mussten. Sie wurden damit den Selbständigerwerbenden gleichgestellt. Diesen wurde bereits im Rahmen der ersten Fassung der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall vom 20. März 2020 eine Anspruchsberechtigung eingeräumt, wenn sie aufgrund einer Massnahme zur Einschränkung der Corona Pandemie einen Erwerbsausfall erlitten (Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall in der Fassung vom 20.3.2020). Demgegenüber konnten im Rahmen des ersten Lock-downs bzw. bis zum 31. Mai 2020 Gesellschafter einer GmbH oder einer AG, welche im Betrieb mitarbeiten und einen Lohn erzielen (mithin Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung), gestützt auf Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 20. März 2019 Kurzarbeitsentschädigung beziehen. Einzig für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung im Veranstaltungsbereich wurde mit Revision der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall vom 1. Juli 2020 in Härtefällen ein Anspruch auf CEE rückwirkend ab 17. März 2021 eingeräumt (Art. 2 Abs. 3ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, Stand 6.7.2020), per 17. September 2020 allerdings wieder aufgehoben (mit Revision vom 11.9.2020).

Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer als Gesellschafter einer GmbH als Person in arbeitgeberähnlicher Stellung Anspruch auf CEE im Sinne von Art. 2 Abs. 3 der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall in den vorliegend streitigen Monaten Januar und Februar 2021 hat. Umstritten ist die Höhe des Erwerbssersatzes.

**3.2** Die CEE wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 4 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Die Höhe der CEE bemisst sich nach Art. 5 der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. Gemäss Abs. 1 beträgt das Taggeld 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, das vor Beginn des Anspruchs auf die Entschädigung erzielt wurde. Für die Ermittlung des Einkommens ist Art. 11 Abs. 1

des Erwerbsersatzgesetzes vom 25. September 1952 (EOG, SR 834.1) sinngemäss anwendbar (Art. 5 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Danach bildet Grundlage für die Ermittlung des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens das Einkommen, von dem Beiträge nach dem AHVG erhoben werden.

**3.3** Gemäss Art. 5 Abs. 2ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (Revision vom 11.9.2020; in Kraft seit 17.9.2020) ist für die Bemessung der Entschädigung anspruchsberechtigter Selbständigerwerbender nach Art. 2 Abs. 1bis lit. b Ziff. 2 oder Abs. 3 das AHV-pflichtige Erwerbseinkommen des Jahres 2019 massgebend. Sobald die Höhe der Entschädigung festgesetzt wurde, kann sie nicht auf der Grundlage einer aktuelleren Berechnungsgrundlage neu berechnet werden. Für Selbständigerwerbende, die bereits eine CEE gemäss der bis zum 16. September 2020 geltenden Verordnung bezogen, bleibt die Berechnungsgrundlage sodann unverändert (Art. 5 Abs. 2bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Dadurch wird z.B. die Neuberechnung gestützt auf eine neuere Steuerveranlagung ausgeschlossen (vgl. Erläuterungen des Bundesrates zu den Verordnungsänderungen vom 11.9.2020). In den Erläuterungen des Bundesrates zu den Verordnungsänderungen vom 11. September 2020 wird dazu festgehalten, dass die Berechnungen gestützt auf das Jahr 2019 erfolgen, da dieses im Gegensatz zum Jahr 2020 noch nicht mit den Auswirkungen von Covid-19 belastet sei und besser ausfallen dürfte. In der Verordnungsrevision vom 4. November 2020 wurde zudem Art. 5 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall mit Abs. 2quater ergänzt zur Regelung der Bemessung der Entschädigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne von Art. 10 ATSG. Für die Bemessung deren CEE ist der durch die behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie entstandene Lohnausfall massgebend. Das Taggeld entspricht 80 Prozent des Lohnausfalls. In den Erläuterungen des Bundesrates zu den Verordnungsänderungen vom 4. November 2020 wird zu dieser Bestimmung festgehalten, dass diese Bestimmung die Höhe und Bemessung der Entschädigung von Personen mit einer unselbständigen Tätigkeit regelt. Dies betreffe Arbeitnehmende nach Art. 10 ATSG einschliesslich Personen in arbeitgeberähnlicher Anstellung nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG (deren Anspruch auf CEE erst mit dieser Revision vom 4.11.2020 normiert wurde). Grundlage für die Entschädigung sei der nachgewiesene und der Ausgleichskasse gemeldete Lohnausfall für die entsprechende Zeitperiode. Referenzwert für den Lohnausfall sei das durchschnittliche AHV-pflichtige Monatseinkommen von 2019.

**4.1** In der Verfügung vom 9. April 2021 hat die Vorinstanz, wie bereits erwähnt, die Ausrichtung einer CEE von total Fr. 7'181.55 für die Monate Januar und Fe-

bruar 2021 verfügt, ausgehend von einem durchschnittlichen Tageseinkommen von Fr. 143 und einem Tagesansatz (80%) von Fr. 114.40. Eine Berechnung des Tageseinkommens findet sich in der Verfügung nicht (Vi-act. 6).

**4.2** In der Einsprache machte der Beschwerdeführer geltend, dass er die A.\_\_\_\_\_ GmbH 2019 als Startup gegründet und im August 2019 den Betrieb aufgenommen habe. Da er in der ersten Phase finanzielle Vorsicht habe walten lassen, habe er sich für die Monate August, September und Oktober 2019 nur einen Bruttolohn von Fr. 2'166.65 ausbezahlt. In den folgenden Monaten (bis zur behördlichen Schliessung des Betriebes im März 2020 und nach der Wiedereröffnung im Juni 2020 wieder) habe er sich aber einen weit höheren Lohn ausbezahlt (Fr. 7'191.65/Mt.). Die CEE sei deshalb auf Basis der Bruttolöhne 2020 (unter Ausschluss der vom Lockdown betroffenen Monate März bis Juni 2020) zu bemessen.

**4.3** Im Einspracheentscheid verweist die Vorinstanz auf Art. 5 Abs. 2bis und Art. 5 Abs. 2ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall und führt aus, dass für die Berechnung der CEE auf das AHV-pflichtige Einkommen des Jahres 2019 abzustellen sei. Dies habe in den Monaten August bis Dezember 2019 Fr. 21'333 betragen (auf den Tag umgerechnet: Fr. 21'133 : 150 = Fr. 143). Eine Berücksichtigung des Einkommens des Jahres 2020 sei ausgeschlossen. Die Entschädigung betrage 80% des Lohnausfalles, mithin Fr. 114.40/Tag.

**4.4** Der Beschwerdeführer macht vor Verwaltungsgericht geltend, wenn auf das Einkommen 2019 abgestellt werde, werde er gegenüber Gastronomen, welche ihren Betrieb erst nach 2019 aufgenommen haben, benachteiligt. Bei diesen würde das Einkommen 2020 berücksichtigt. Es sei willkürlich und entbehre jeglicher Logik, dass auch für die Entschädigung im Jahr 2021 auf das Einkommen 2019 abgestellt werde. Vielmehr sei auf das im Jahr 2020 in jenen Monaten, in welchen der Betrieb keiner amtlichen Einschränkungen unterworfen gewesen sei, erzielte und auf ein Jahr hochgerechnete Einkommen abzustellen.

Weiter wendet der Beschwerdeführer ein, die Bestimmung von Art. 5 Abs. 2bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall sei für Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung gar nicht anwendbar. Im ersten Lockdown seien die Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung mit einem Pauschalbetrag - unabhängig vom effektiv erzielten Einkommen - entschädigt worden. Somit gebe es auch keine "Berechnungsgrundlage".

Der Beschwerdeführer erachtet auch die Bestimmung von Art. 5 Abs. 2ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall als rechtswidrig. Sie stehe im Widerspruch zu

Art. 9 BV, da die Bestimmung willkürlich und gegen das Gebot von Treu und Glauben verstosse.

**4.5** Die Vorinstanz hält vernehmlassend sinngemäss fest, dass sie als Durchführungsstelle an die Verordnungsbestimmungen und die Weisungen des BSV im Kreisschreiben über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (KS CE) gebunden sei. Im Weiteren bestreitet sie, dass im Rahmen des ersten Lockdowns Pauschalentschädigungen geleistet worden seien. Die Höhe der Entschädigung für Arbeitnehmende mit oder ohne arbeitgeberähnliche Stellung hätten stets auf dem AHV-pflichtigen Einkommen des Jahres 2019 basiert.

**5.1** Vorab ist festzuhalten, dass das vom Beschwerdeführer 2019 erzielte Einkommen unbestritten ist. Umstritten ist vielmehr, ob dieses Einkommen zu Recht als Grundlage für die Erwerbsausfallentschädigung herangezogen wurde.

**5.2** Soweit sich der Beschwerdeführer sinngemäss gegen die Anwendung von Art. 5 Abs. 2bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall wendet, da ihm im Rahmen des ersten Lockdowns keine Entschädigung nach dieser Verordnung ausgerichtet worden sei, ist ihm grundsätzlich zuzustimmen.

Gemäss dem ab 26. März 2020 in Kraft stehenden Art. 5 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 20. März 2020 erhielten u.a. Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung), und ihre mitarbeitenden Ehegatten und Partner in Abweichung der Regeln für Kurzarbeitsentschädigung (mithin in Abweichung von Art. 34 Abs. 1 und 2 AVIG) für eine Vollzeitstelle einen Pauschalbetrag von Fr. 3'320/Mt. Als massgebender Lohn wurden Fr. 4'150 für die Berechnung berücksichtigt (vgl. Weisung 2020/08 des Seco vom 1.6.2020, Sonderregelungen aufgrund der Pandemie, S. 8).

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz wurde für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung mithin keine CEE basierend auf dem Einkommen 2019, sondern vielmehr eine Pauschalentschädigung (gestützt auf das Arbeitslosenversicherungsrecht) ausgerichtet. Art. 5 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung wurde im Rahmen der Revision der Verordnung vom 20. Mai 2020 per 1. Juni 2020 wieder aufgehoben. Damit fiel der Anspruch von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung wegen Einkommensverlusten infolge der Corona-Massnahmen weg.

Einzig Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung im Veranstaltungsbereich konnten rückwirkend für den ersten Lockdown eine CEE beantragen, wenn die Voraussetzungen des Härtefalls erfüllt waren (Art. 2 Abs. 3ter Covid-Verordnung Erwerbsausfall, Stand 6.7.2020; vgl. oben Erw. 3.1). Der Beschwerdeführer ist indes nicht dem Veranstaltungsbereich zuzurechnen.

**5.3** Zur Anwendung gelangt grundsätzlich auch nicht Art. 5 Abs. 2ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. Die Bestimmung bezieht sich gemäss Wortlaut ausschliesslich auf Selbständigerwerbende nach Art. 2 Abs. 1bis lit. b Ziff. 2, Abs. 3 oder 3bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. D.h., anders als bei der Definition des Kreises der anspruchsberechtigten Personen in Art. 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, wo die Selbständigerwerbenden und die Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung gemeinsam aufgeführt und gleich geregelt werden (Abs. 3 und 3bis), spricht Art. 5 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall für die Höhe und Bemessung der Entschädigung nur von Selbständigerwerbenden (Abs. 2bis und 2ter sowie 2ter0) und Arbeitnehmenden im Sinne von Art. 10 ATSG (Abs. 2quater), die je separat geregelt werden. Anders als in Art. 2 werden somit in Art. 5 die Selbständigerwerbenden und die Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung nicht gemeinsam aufgeführt.

In den Erläuterungen zu Art. 5 Abs. 2quater Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (der mit der Revision vom 4.11.2020, d.h. gleichzeitig mit der Begründung eines Anspruchs für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, eingefügt wurde) gibt der Bundesrat zu erkennen, dass er die Kategorie der Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung unter diese für die Kategorie der Arbeitnehmer erlassene Bestimmung (und nicht unter die Bestimmung von Art. 5 Abs. 2bis und Abs. 2ter) subsumiert (vgl. oben Erw. 3.3). In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung im Sozialversicherungsrecht teilweise wie Selbständigerwerbende (z.B. im Arbeitslosenversicherungsrecht) und teilweise wie Arbeitnehmer (z.B. AHV-rechtlich) behandelt werden.

**5.4.1** Bleibt die Frage, wie die Höhe und Bemessung der CEE für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung zu ermitteln sind. Gemäss Art. 5 Abs. 2quater Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ist der durch die behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie entstandene Lohnausfall massgebend. Das Taggeld entspricht 80 Prozent dieses Lohnausfalls. In den Erläuterungen hierzu führt der Bundesrat aus, Grundlage für die Entschädigung sei der nachgewiesene und der Ausgleichskasse gemeldete Lohnausfall für die entsprechende Zeitperiode, wobei Referenzwert für den Lohnausfall das durchschnittliche AHV-pflichtige Monatseinkommen von 2019 sei. Hieraus erhellt klar die Absicht des Ordnungsgebers, dass die Bemessung und die Höhe der an

Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung auszurichtenden CEE mit den Vorgaben, welche auch für Selbständigerwerbende gelten, übereinstimmen soll. In beiden Fällen ist auf das Einkommen 2019 als Referenzwert abzustellen.

**5.4.2** Dass das Abstellen auf das Einkommen 2019 der Intention des Gesetzgebers entspricht, ergibt sich auch aus der Historie zur Anspruchsberechtigung der Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung. Die Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung (der Veranstaltungsbranche) erhielten mit der Revision vom 1. Juli 2020 erstmals einen Anspruch auf CEE in Härtefällen (Art. 2 Abs. 3ter Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, Stand 6.7.2020). Betreffend Höhe ihres Taggeldes wurde ausdrücklich normiert, es entspreche 80 Prozent des im Jahr 2019 erzielten AHV-pflichtigen Einkommens (Art. 5 Abs. 4 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Die Bestimmung wurde per 16. September 2020 aufgehoben. Schon damals wurde die CEE der Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung somit vergleichbar mit jener der Selbständigerwerbenden und nicht der Arbeitnehmer ermittelt.

In dem vom Bundesrat dem Parlament vorgelegten Entwurf des Covid-19-Gesetzes wurde nicht spezifiziert, welche von Erwerbsausfall betroffene Personengruppen anspruchsberechtigt sind. Dem Bundesrat sollte vielmehr die generelle Kompetenz eingeräumt werden, für Personen, die in ihrer Erwerbstätigkeit von Massnahmen im Zusammenhang mit der Bewältigung der Covid-19-Epidemie betroffen sind, die Ausrichtung von CEE vorzusehen (vgl. Art. 10 Entwurf Covid-19-Gesetz, BBl 2020 S. 6630). Im Rahmen der parlamentarischen Debatte wurden die Massnahmen zur CEE dann allerdings präzisiert. Es wurde insbesondere auch die gesetzliche Verankerung der Anspruchsberechtigung von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung verlangt in dem Sinne, dass die verschiedenen Kategorien Selbständigerwerbende und Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung gleich behandelt werden und beide gleichen Anspruch auf CEE haben sollen (Curia vista, Geschäft des Bundesrates 20.058; vgl. Antrag zu Art. 10 Abs. 1bis Mettler, Meyer Mattea, Rösti, Kamerzin, Roth Pasquier vom 8.9.2020, AB 2020 N 1347; Votum Weichelt, AB 2020 N 1340; Prelicz-Huber, AB 2020 N 1336, Wasserfallen F., AB 2020 N 1339; Silberschmidt, AB 2020 N 1500; Bischoff, AB 2020 S 759.; siehe auch Parlamentsdienste, Dokumentation Volksabstimmung vom 13.6.2021). Der Bundesrat hingegen sprach sich gegen eine Anspruchsberechtigung von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung aus (ausser im Veranstaltungsbereich), da wegen fehlender Kontrollmöglichkeiten ein hohes Missbrauchspotential bestehe (vgl. Ausführungen Bundeskanzler Thurnherr in AB 2020 N 1341 und AB 2020 S 783). Auch der Ständerat wollte vorerst keine Ausweitung der CEE auf Selbständigerwerbende und Personen in arbeitgeberähnli-

cher Stellung, übernahm dann aber in der Differenzvereinbarung den Vorschlag des Nationalrates. Die nationalrätliche Forderung hat sich schliesslich durchgesetzt; in Art. 15 Abs. 2 Covid-19-Gesetz wird nun in Berücksichtigung der durch das Parlament vorgenommenen Änderung festgehalten, dass zu den Anspruchsberechtigten für Massnahmen zur Entschädigung des Erwerbsausfalls insbesondere auch Selbständige nach Art. 12 ATSG sowie Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung gehören.

Auch wenn mithin in Art. 5 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall die Gruppe der Selbständigerwerbenden und die Gruppe der Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung in unterschiedlichen Absätzen erfasst werden, ergibt sich aus den Erläuterungen des Bundesrates zu den Bestimmungen sowie aus der Historie, dass Selbständigerwerbende und Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung bei der Höhe und der Bemessung der Erwerbsausfallentschädigung gleich zu behandeln sind. Referenzwert für die Bemessung der Entschädigung soll für beide Gruppen das Einkommen des Jahres 2019 sein; bei den Selbständigerwerbenden das Einkommen 2019 gemäss prov. oder definitiver Beitragsverfügung 2019, bei den Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung das AHV-pflichtige Einkommen 2019. Es entspricht dies auch der Lösung, wie sie für die Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung bis zum 16. September 2020 explizit galt. Und auch Art. 2 Abs. 3bis Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, der Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, die ihre Erwerbstätigkeit massgeblich einschränken müssen, einen Anspruch auf CEE einräumt, stützt sich ausdrücklich auf das AHV-pflichtige Erwerbseinkommen 2019. Wenn aber für die Frage, ob überhaupt ein Anspruch auf CEE besteht, vom Einkommen 2019 abhängig ist, dann ist es folgerichtig, dass auch für die Ermittlung des Lohnausfalles das Einkommen 2019 als Referenzwert herangezogen wird.

**5.4.3** Dies ergibt sich im Übrigen auch aus den Vorgaben im Kreisschreiben des Bundesamtes für Sozialversicherungen, BSV, über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (KS CE in der Fassung ab 4. November 2020). In diesem wird festgehalten, dass für die Ermittlung des massgebenden durchschnittlichen Einkommens von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung auf das für das Jahr 2019 deklarierte AHV-pflichtige Erwerbseinkommen abgestellt wird. Wurde das Einkommen in weniger als einem Jahr erzielt, so erfolgt eine Umrechnung des Einkommens auf den Tag entsprechend dieser Erwerbsdauer (KS CE Rz 1069.1 und 1067 sowie Beispiel der Bemessung der Entschädigung einer Person in arbeitgeberähnlicher Stellung gestützt auf das Jahr 2019 erzielte AHV-pflichtige Einkommen in Rz 1058; so auch das Merkblatt AHV/IV 6.13 Corona Erwerbsersatz, S. 16).

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass sich Verwaltungsweisungen zwar an die Durchführungsstellen richten und für die Gerichte nicht verbindlich sind. Diese sollen sie bei ihren Entscheidungen aber berücksichtigen, sofern sie dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegungen 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 Normanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen. Verwaltungsweisungen dürfen indes keine über Gesetz oder Verordnung hinausgehende Einschränkungen materieller Rechtsansprüche einführen (etwa: BGE 147 V 79 Erw. 7.3.2 mit Hinweisen; Urteil BGer 9C\_53/2021 vom 30.6.2021 Erw. 2.2 m.H.).

**5.4.4** Auch wenn vorliegend entgegen der Ansicht der Vorinstanz bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung nicht auf Abs. 2bis und auch nicht auf Abs. 2ter, sondern auf Abs. 2quater von Art. 5 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall abzustellen ist, entspricht die angefochtene Verfügung dennoch den gesetzlichen Vorgaben, indem sie bei der Bemessung des Lohnausfalles und damit der Höhe der Entschädigung auf das AHV-pflichtige Einkommen 2019 abstellt. Es stellt sich mithin einzig mehr die Frage, ob die anwendbare Regelung gegen das Gebot der Rechtsgleichheit und mithin gegen übergeordnetes Verfassungsrecht verstösst.

**6.1** Das Gebot der Rechtsgleichheit wird verletzt, wenn ein Erlass rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Das Rechtsgleichheitsgebot ist insbesondere verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird, was beispielsweise zutrifft, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (vgl. BGE 141 I 153 Erw. 5.1 m.H. auf BGE 140 I 77 Erw. 5.1; BGE 134 I 23 Erw. 9.1; BGE 133 V 569 Erw. 5.1; BGE 131 I 91 Erw. 3.2).

**6.2** Bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, welche erst 2020 bzw. im Laufe des Jahres 2020 eine Erwerbstätigkeit aufgenommen haben, wird anders als bei Personen, welche bereits 2019 oder früher eine Erwerbstätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung aufgenommen haben, die Entschädigung nicht gestützt

auf das Einkommen 2019 (ein solches existierte gar nicht), sondern gestützt auf die Zahlen von 2020 bemessen. Dies stellt allerdings keine Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit dar. Die Unterscheidung zwischen Personen welche vor 2020 und Personen welche 2020 bzw. danach eine Erwerbstätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung aufgenommen haben, erfolgt vielmehr gestützt auf nachvollziehbare und vernünftige Gründe. Es wird für eine kleine Gruppe von Anspruchsberechtigten, für welche das Einkommen des Jahres 2019 nicht als Bemessungsgrundlage zur Verfügung steht, das Einkommen 2020 als Bemessungsgrundlage festgelegt. Dass dies für die Gruppe der Personen, welche bereits vor 2020 eine Erwerbstätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung ausgeübt hat, nicht ebenfalls so geregelt ist bzw. für 2021 keine Anpassung gestützt auf das Einkommen 2020 vorgesehen ist, ist dadurch gerechtfertigt, dass das Einkommen 2020 aufgrund der Corona-Massnahmen (insbesondere Betriebschliessungen) und der diversen mittelbaren Folgen der Corona-Pandemie häufig bzw. gerade in den anspruchsberechtigten Branchen kein realistisches Bild der vor der Pandemie bestehenden Einkommenssituation widerspiegelt. Hinzu kommt, dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung ihr Einkommen selber festlegen können und im Hinblick auf mögliche Leistungsansprüche das Einkommen kurzfristig zur Erzielung höherer Entschädigungsansprüche auch entsprechend erhöhen können. Das Einkommen 2019 begründet demgegenüber eine objektivere, nicht mehr beeinflussbare, abgeschlossene Bemessungsgrundlage. Dass die Regelung, gemäss welcher die Erwerbsausfallentschädigung gestützt auf das 2019 erzielte Einkommen zu bemessen ist, nicht sämtlichen Fällen zu 100% gerecht wird, ist nicht zu verkennen. Solche Schematisierungen sind aber gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig. Danach darf im Lichte von Art. 8 Abs. 1 BV gar von einer grundsätzlich angezeigten sachlichen Differenzierung abgewichen werden, wenn sich eine Typisierung und Schematisierung aus vertretbaren Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit aufdrängt. Dies gilt selbst dann, wenn dabei die rechtsgleiche Behandlung nicht restlos gewährleistet wird (Urteile BGer 2C\_1137/2018 vom 14.5.2019 Erw. 5.3.2 m.H.; 8C\_612/2013 vom 30.12.2013 Erw. 6.4 m.H.). Gerade im Bereich der Massenverwaltung wie etwa in der Sozialversicherung gelten gewisse Pauschalierungen aus Gründen der Verfahrensökonomie als zulässig (vgl. Urteil BGer 8C\_118/2020 vom 5.10.2020 Erw. 6.2 m.H.). Auch ist es in anderen Verhältnissen (Steuern, Subventionen) nicht selten, dass Leistungen nach den Verhältnissen an einem bestimmten Stichtag oder den Durchschnittswerten eines bestimmten Jahres bemessen werden, welche nicht immer die aktuellen Verhältnisse widerspiegeln und mithin nicht immer dem Gebot der Zeitgerechtigkeit entsprechen (vgl. Urteil BGer 2C\_542/2011 vom 3.6.2012 Erw. 5.3 m.H.). Insofern ist es

nicht zu beanstanden, dass in der Anwendung der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall als Referenzwert für die Bemessung des Lohnausfalles das vor Eintritt der Massnahmen, mithin das im Jahre 2019 erzielte Einkommen herangezogen wird und allfällige Einkommensveränderungen im Jahr 2020 - sowohl negative wie auch positive - bei der Bemessung der im Jahr 2021 ausgerichteten Entschädigungen nicht berücksichtigt werden.

Es ist anzufügen, dass die CEE nicht einen vollständigen Ersatz des Erwerbsausfalls bezweckt. Es handelt sich um eine im Verfahren der Notverordnung neu eingeführte Leistung, welche die wirtschaftlichen Auswirkungen der Coronapandemie sowie der staatlichen Massnahmen zur Einschränkung der Pandemie abfedern soll. Dabei ist und war es notwendig, dass die Höhe der Entschädigung in einem einfachen Verfahren zeitnah festgelegt und ausbezahlt werden kann. Die CEE bezweckt dabei nicht in jedem Fall einen vollständigen Ersatz des Erwerbsausfalls. Der Ersatz wird denn auch auf 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, das vor Beginn des Anspruchs erzielt wurde beschränkt. Zudem gilt eine Obergrenze von Fr. 196/Tag. Einkommensanteile, welche ein Monatseinkommen von Fr. 7'350 übersteigen, werden mithin nicht ersetzt. Die im Rahmen des ersten Lockdowns an Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung ausbezahlten Pauschalen waren im Vergleich mit den nach Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ausgerichteten Entschädigungen noch in ausgeprägtem Mass rechtungleich ausgestaltet. Es wurde für alle Anspruchsberechtigten von einem massgebenden Lohn von Fr. 4'150 ausgegangen. Durch die Pauschale wurden mithin der überwiegende Teil der Anspruchsberechtigten entweder über- oder unterentschädigt, was aber dem Zweck der Leistung (Gewährleistung einer Nothilfe zur Deckung minimaler Lebenshaltungskosten) sowie der zeitlichen Dringlichkeit geschuldet war und unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit auch in Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich um eine vorübergehende bzw. zeitlich sehr beschränkte Leistung handelte, dennoch nicht zu beanstanden ist.

7. Aus den dargelegten Gründen ist die Beschwerde abzuweisen. Kosten werden keine erhoben (Art. 61 lit. fbis ATSG).

**Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde\* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).
4. Zustellung an:
  - den Beschwerdeführer (R)
  - die Vorinstanz (R)
  - und das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, 3003 Bern (A).

Schwyz, 21. Oktober 2021

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**\*Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 5. November 2021