

EO für (fast) alle Fälle

Kurt Pärli*

Die Erwerbersatzordnung (EO) fristet(e) lange Zeit ein eigentliches Mauerblümchendasein. Sie galt und gilt allgemein als die kleine Schwester der AHV und IV, was, wie noch zu zeigen sein wird, schon historisch falsch ist. Der Anteil der Ausgaben der EO in Bezug auf die Gesamtrechnung der schweizerischen Bundessozialversicherungen beträgt in normalen Zeiten gerademal ein Prozent (zum Vergleich: Die AHV «verschlingt» 27,1 Prozent, die berufliche Vorsorge 32,3 Prozent und die IV immerhin 5,7 Prozent).¹ Die (scheinbar) geringe Bedeutung der EO zeigt sich auch in der Aufmerksamkeit, die seitens der Rechtswissenschaft diesem Versicherungszweig gewidmet wird. Rechtsprechungskommentare, Dissertationen oder Aufsätze finden sich zur EO an sich kaum. In jüngerer Zeit erfuhr die EO einen Bedeutungszuwachs. Bei der im 2021 erfolgten Einführung des Vaterschaftsurlaubes und des Betreuungsurlaubes für Eltern schwerkranker und behinderter Kinder bediente sich der Gesetzgeber ebenso der Strukturen und Gesetzgebung der EO wie gut 15 Jahre zuvor bei der Mutterschaftsversicherung. Im Rahmen der Bekämpfung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19-Pandemie wurde die EO in den vergangenen bald zwei Jahren für weite Teile der Bevölkerung zu einer wichtigen Quelle der Existenzsicherung. Von März 2020 bis August 2021 wurden an die verschiedenen Anspruchsberechtigten für fast dreieinhalb Milliarden Franken EO-Taggelder ausgerichtet, was ein Vielfaches der üblichen EO-Ausgaben ausmacht.²

Die Wahrnehmung der EO als «kleine Schwester» der AHV und IV ignoriert die Entstehungsgeschichte der EO.³ Während des Ersten Weltkrieges erhielten Wehrmänner während der Zeit ihres Einsatzes keinen Lohnersatz, sie waren auf die Unterstützung der Gemeinden angewiesen. Die damit verbundene Not vieler Familien bildete eine Mitursache für die sozialen Spannungen in der Schweiz, die im November 1918

* Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel.

¹ Siehe Sozialversicherungsstatistik 2019, <www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/grsv/statistik.html>, besucht am 20.9.2021.

² Siehe <www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/eo-msv/grundlagen-und-gesetze/eo-corona.html>, besucht am 20.9.2021.

³ Zur Geschichte der EO siehe MATTHIEU LEIMGRUBER, Schutz für Soldaten nicht für Mütter. Lohnausfallentschädigung für Dienstleistende und Sozialversicherungen in der Schweiz, in: M. Leimgruber, M. Lengwiler (Hrsg.), Umbruch an der «inneren Front». Krieg und Sozialpolitik in der Schweiz 1938–1948, Zürich, 2009, 75–99.

im Generalstreik mündeten, der militärisch niedergeschlagen wurde. Auf der Grundlage dieser Erfahrungen wurde 1940 die damals «Lohnersatzordnung LEO» genannte Entschädigung für dienstleistende Soldaten eingeführt. Bemerkenswert ist, dass die Einführung nicht auf der Grundlage eines parlamentarischen Beschlusses erfolgte. Der Bundesrat machte vielmehr von seinen Sondervollmachten Gebrauch, die ihm die Bundesversammlung am 30.8.1939 einräumte, und führte die LEO am 20. Dezember 1939 mit einem einfachen Beschluss ein.⁴ Arbeitgeber und Arbeitnehmer hatten auf dem Lohn basierende Beiträge an die Finanzierung zu entrichten, der Bund und die Kantone beteiligten sich ebenfalls an der Finanzierung. Bereits 1940 wurden auch Selbständigerwerbende und Landwirte in das LEO-System integriert, später (1945) auch Studierende. Die LEO wurde so zu einer eigentlichen Volksversicherung und bildete auch das Vorbild für die schlussendlich im dritten Anlauf 1947 vom Volk angenommene AHV. Während des Zweiten Weltkrieges trug die LEO wesentlich zur Erhaltung des sozialen Friedens in der Schweiz bei. Diese «Erfolgsgeschichte» ist indes um einen wichtigen Aspekt zu ergänzen. Die Schweizerarmee bestand (auch) in dieser Zeit nicht nur aus Männern. Zahlreiche Frauen engagierten sich im freiwilligen Frauenhilfsdienst (FHD). Einen Erwerbsersatz wie für die wehrpflichtigen Männer gab es für die Dienst leistenden Frauen allerdings nicht.⁵

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde der Beitragsbezug für die LEO in das AHV-Beitragssystem integriert. 1947 wurde die verfassungsrechtliche Grundlage für den Lohn- und Verdienstersatz an Dienstleistende geschaffen (Art. 34^{ter} aBV, heute Art. 59 Abs. 4 und Art. 61 Abs. 4 BV). Das Parlament verabschiedete am 25. September 1952 das noch heute geltende Bundesgesetz über den Erwerbsersatz (Erwerbsersatzgesetz, EOG), welches den Sondervollmachtsbeschluss des Bundesrates von 1939 als Rechtsquelle für die EO ablöste. Seitdem ist die EO wie die AHV eine Volksversicherung. Das versicherte Risiko ist der Lohn- und Verdienstaufschlag für Dienstleistende (Militär, Zivildienst, Jugend+Sport). Ausgerichtet werden eine Grundentschädigung (in der Regel 80 Prozent des versicherten Verdienstes), Kinderzulagen, Betreuungszulagen (wenn während der Dienstleistung zusätzliche Kosten für die Kinderbetreuung entstehen) und für Selbstän-

digerwerbende zusätzlich sogenannte Betriebszulagen. Letztere verursachte jüngst eine Gleichstellungskontroverse. Die EO-Entschädigungen für Dienstleistende fliessen bekanntlich grösstenteils an Männer, was auf die Militärdienstpflicht für Männer (nicht aber für Frauen) zurückzuführen ist. Die EO leistet indes auch Entschädigungen an erwerbstätige Mütter im Rahmen der Mutterschaftsversicherung. Mütter haben jedoch lediglich Anspruch auf ein Taggeld. Das gilt auch für selbständigerwerbende Mütter; sie haben – anders als Dienstleistende – keinen Anspruch auf eine zusätzliche Betriebszulage. Das sei, so das Bundesgericht in seinem Urteil vom 22. Juni 2020 (BGE 146 V 378), rechtens. Es sei der klare Wille des Gesetzgebers, dass bei Mutterschaft kein Anspruch auf Betriebszulage bestehe. Eine geschlechtsbedingte Diskriminierung im Vergleich mit selbständig erwerbenden Männern und Frauen, die Dienst leisten, würde mangels vergleichbarer Sachverhalte ausser Betracht fallen. Damit sei auch der Schutzbereich von Art. 14 EMRK nicht berührt. Auch wenn heute – im Gegensatz zur Zeit des Zweiten Weltkrieges – auch (freiwillig) Dienst leistende Frauen EO-Entschädigungen erhalten, so zeigen sich auch im heutigen EO-System geschlechtsspezifische Benachteiligungen, deren Beseitigung gemäss Bundesgericht Aufgabe des Gesetzgebers sei.⁶

Die EO erwies sich in den ersten Jahren ihrer Entstehung als wichtiges Instrument zur Krisenbewältigung und sie bot sich angesichts ihrer schlanken Organisation (Integration in das AHV-System) und ihrer gut gefüllten Kassen (was auch auf die «Schrumpfung der Schweizerarmee zurückzuführen ist⁷) auch an, aufgrund des gesellschaftlichen Wandels neu geschaffene Sozialversicherungszweige durchzuführen. Das betrifft wie bereits erwähnt die Mutterschaftsversicherung, die 2005 eingeführt wurde. Dass die politisch umstrittene Mutterschaftsversicherung schliesslich die Zustimmung sowohl des Parlamentes als in der Referendumsabstimmung auch des Volkes fand, hatte nicht nur, aber auch mit dem Umstand zu tun, dass dank der EO keine zusätzliche Sozialversicherungsverwaltung

⁴ Im einschlägigen Bundesblatt (BBl 1939 II 665) finden sich zum Beschluss gerademal ein paar wenige Zeilen. Der eigentliche Inhalt des Beschlusses, so das Bundesblatt, können «zum Preis von 80 Rappen beim Drucksachenbuero der Bundeskanzlei bezogen werden (...)».

⁵ Diese Information verdanke ich der Publikation von SIBILLA BONDOLFI, Wehrpflicht und Geschlechterdiskriminierung, Verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Anforderungen an die Wehrpflicht im Vergleich zum Modell Israel, Zürich/Basel/Genf 2012 (= ZStöR 206), 75 f.

⁶ In diese Richtung tut sich etwas, siehe die Motionen «Betriebszulage bei Mutterschaftsentschädigung von Selbständigerwerbenden» Nr. 19.4110 von Nationalrätin Marti und die Motion Nr. 19.4270 von Ständerätin Maury Pasquier, übernommen von Ständerätin Baume-Schneider.

⁷ 1989 leistete sich die Schweiz eine Milizarmee mit 800 000 Wehrmännern, diese Zahl hat sich bis heute auf ungefähr 200 000 reduziert. Es versteht sich von selbst, dass damit auch die Anzahl entschädigungspflichtiger Dienstage massiv zurückgegangen ist. Zum heutigen Bestand siehe <www.vbs.admin.ch/de/vbs/zahlen-fakten/armee.html>, besucht am 20.9.2021, und zur Entwicklung in den letzten gut 30 Jahren siehe HANS SENN, «Armee», in: *Historisches Lexikon der Schweiz (HLS)*, Version vom 5.6.2008. Online: <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008683/2008-06-05/>>, besucht am 20.9.2021.

geschaffen werden musste.⁸ Ähnliches gilt für die 2021 eingeführten Neuerungen bezüglich Vaterschaftsurlaub und Betreuungsurlaub.⁹ Die Bedeutung der Mutterschaftsentschädigungen innerhalb des EO-Systems ist gross, seit Jahren übersteigen die diesbezüglichen jährlichen EO-Ausgaben diejenigen für Dienstleistende.¹⁰ Als äusserst anpassungsfähig erwies und erweist sich das EO-System im Zusammenhang mit den zahlreichen Erwerbsausfall-Leistungen, die während der Pandemie ausgerichtet wurden und noch immer werden. Ein näherer Blick auf die Anspruchsgruppen und die Voraussetzungen des Leistungsbezugs ist lohnend.

Bereits mit den ersten Covid-19-Massnahmen betreffend Quarantäne, Isolation und Schulschliessungen hat der Bundesrat am 20. März 2020 – damals basierend auf der verfassungsrechtliche Kompetenz in Notlagen (Art. 185 Abs. 3 BV) – die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall¹¹ erlassen und dabei einen Anspruch auf Entschädigung sowohl für Arbeitnehmende als auch für Selbständigerwerbende verankert. Seit dem 26. September 2020 findet sich die gesetzliche Grundlage für die Covid-19-bedingten EO-Leistungen in Art. 15 des Covid-19-Gesetzes.¹² Leistungsauflösende Ereignisse für EO-Entschädigungen waren und sind bis heute (September 2021¹³) ein anrechenbarer Verdienstaussfall wegen einer durch die Behörde angeordneten Quarantäne oder Isolation der betroffenen Arbeitnehmenden oder Selbständigerwerbenden sowie Verdienstaussfall wegen Kinderbetreuungsaufgaben, die in einem Zusammenhang mit behördlichen Massnahmen stehen (Schulschliessungen, aber auch Quarantäne-Anordnungen an Kinder usw.). Ebenfalls bereits seit Beginn der Pandemie erhalten Selbständigerwerbende, die wegen eines behördlich angeordneten Betätigungsverbot einen Verdienstaussfall erleiden, EO-Entschädigungen.¹⁴ Der Kreis der Anspruchsberechtigten wurde seit Beginn laufend erweitert. Anspruch auf EO-Entschädigungen

haben auch sogenannte besonders gefährdete Personen, die ihre Arbeit nicht zu Hause verrichten können und wegen ihrer besonderen Gefährdung sich nicht dem Risiko einer Ansteckung aussetzen sollten. Ebenfalls in den Genuss von EO-Leistungen kommen schliesslich Selbständigerwerbende, die einen Verdienstaussfall bzw. eine Verdienstreduktion als mittelbare Folge der Pandemiebekämpfungsmassnahmen erlitten haben. Erforderlich ist eine auf die Massnahmen zurückzuführende Umsatzeinbusse von mindestens 30ig Prozent.¹⁵

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die EO (damals LEO) vom Bundesrat 1939 durch Sondervollmachten eingeführt, wesentlich zum sozialen Frieden während des Zweiten Weltkrieges beigetragen hat und eine solide Basis für die Einführung der AHV und auch für die Weiterentwicklung des schweizerischen Sozialversicherungssystems darstellte. Gut 80 Jahre später bildete wiederum eine Krise (die Pandemie) und die Sondervollmachten des Bundesrates Ausgangspunkte und Grundlage der Einführung von Sozialversicherungsleistungen zur Aufrechterhaltung des sozialen Friedens in der Schweiz. Dabei zeigt sich: Die bessere soziale Absicherung Selbständigerwerbender und die auch geldmässige Anerkennung der Betreuung von Kindern waren lange Zeit politisch umstritten und ohne die Pandemie hätten Vorstösse für eine Erweiterung des Sozialversicherungsschutzes für diese Zielgruppen kaum Chancen gehabt. Es ist sogar anzunehmen, dass auch die Einführung des durch die EO finanzierten Betreuungsurlaubes für Eltern mit schwerkranken oder behinderten Kindern ohne Pandemie zu wesentlich stärkerem Widerstand im Parlament geführt hätte (Die Vorlage wurde 2020, also mitten in der Pandemie, beraten und entschieden). Noch ist die Pandemie nicht vorbei, doch bereits jetzt lässt sich sagen, die EO hat sich vielleicht nicht für alle, aber für viele Fälle bewährt.

⁸ <www.geschichtedersozialensicherheit.ch/zahlen/die-erwerbsausfall-und-mutterschaftsentschaedigung-in-zahlen>, besucht am 20.9.2021.

⁹ Siehe zu diesen beiden Neuerungen KURT PÄRLI/OLIVER KLÄUSLER, *Betreuungs- und Vaterschaftsurlaub*, SZS 2/2021, 186 ff.

¹⁰ ERWIN CARIGIET, *Die Schweiz: sozial und gerecht? Die neue soziale Frage*, SZS 2006, 385 ff., 389.

¹¹ <www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2020/167/de>, besucht am 20.9.2021, die Verordnung trat rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft.

¹² <www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/711/de>, besucht am 20.9.2021.

¹³ Der aktuelle Stand der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall findet sich hier: <www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/167/de>, besucht am 20.9.2021.

¹⁴ Siehe zum Stand der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall im Frühling 2020: KURT PÄRLI, *Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall*, SZS 3/2020, 122 ff.

¹⁵ Siehe dazu KURT PÄRLI/JONAS EGGMANN, *Corona und die Arbeitswelt*, in: *Jusletter* 8. Februar 2021, Rz. 19 ff.