

§ 5 Abs. 1 und 2 KZG – Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Der Umstand, dass jemand einen unterdurchschnittlichen Lohn bezieht, genügt für sich alleine noch nicht, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu behandeln. In solchen Fällen muss bezogen auf die konkreten Umstände ein eigentlicher Beitragsumgehungstatbestand im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen, damit der Kinderzulagenanspruch gekürzt werden kann (Praxisänderung).

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss § 5 Abs. 1 KZG haben haupt- und nebenberufliche Arbeitnehmer mit einem Kind oder mehreren Kindern, deren nichtlandwirtschaftliche Arbeitgeber diesem Gesetz unterstellt sind, Anspruch auf Kinderzulagen für jeden vollen Arbeitsmonat. Die Kinderzulage beträgt gemäss § 10 Abs. 1 KZG für das erste und zweite zulagenberechtigte Kind je CHF 250.– pro Monat und für die folgenden zulagenberechtigten Kinder je CHF 300.– pro Monat. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer haben Anspruch auf eine der Arbeitszeit entsprechende Teilzulage (§ 5 Abs. 2 Satz 1 KZG). Bei regelmässiger Beschäftigung als Arbeitnehmer während des ganzen Monats sind die Kinderzulagen nach dem Monatssatz zu berechnen. Bei Teilzeitbeschäftigung werden die Ansätze entsprechend gekürzt (§ 3 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum KZG vom 28. März 1983, VVKZG; BGS 844.411). Ist die tatsächliche Arbeitszeit nicht oder nur schwer feststellbar, so wird sie in der Regel aufgrund der tatsächlichen Lohnsumme und eines angenommenen, angemessenen Taglohnes ermittelt (§ 3 Abs. 3 VVKZG).

2.1 Diese gesetzlichen Regelungen sehen dem Wortlaut nach eine Kürzung der Kinderzulagen nur für Fälle vor, in denen jemand nicht das ganze Jahr über einer Vollzeitbeschäftigung nachgeht bzw. diese nicht nachweisen kann (vgl. § 5 Abs. 2 KZG und § 3 Abs. 3 VVKZG). Ansonsten kommen Teilzulagen laut Gesetz bloss noch in Fällen vor, in denen mehrere Personen einen Anspruch auf Kinderzulagen für das gleiche Kind geltend machen können (sog. Anspruchskonkurrenz, vgl. dazu § 8 KZG). Es bedarf somit triftiger Gründe, um – nachweislich – vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern wegen eines unterdurchschnittlichen Lohnes Teilzulagen statt Vollzulagen auszurichten, sei es auf dem Wege der (ergänzenden) Gesetzesauslegung oder der Lückenfüllung. Dabei ist fraglich, ob der Umstand, dass sich die Familienausgleichskasse aus Beiträgen der Arbeitgeber finanziert, die 1,6% der gesamten

vom Arbeitgeber jeweils ausbezahlten Löhne ausmachen (vgl. § 18 KZG), für sich alleine genügt, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einem unterdurchschnittlichen Lohn entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu behandeln. Auch wenn nämlich in einigen Bereichen der Sozialversicherung die Höhe der Leistungen in Relation zur Höhe der geleisteten Beiträge steht, trifft das für die Kinderzulagen nach der Konzeption der gesetzlichen Regelung im Kanton Zug prinzipiell nicht zu. Der Betrag der Kinderzulagen ist vielmehr für alle vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ungeachtet der Höhe ihres Lohnes und der vom Arbeitgeber geleisteten Beiträge gleich. Entgegenzuwirken ist aber jedenfalls einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf das Kinderzulagengesetz, denn das Rechtsmissbrauchsverbot als Teilgehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben untersagt die zweckwidrige Berufung auf ein Rechtsinstitut zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will. Das Rechtsmissbrauchsverbot beansprucht auch im öffentlichen Recht ohne ausdrückliche Normierung allgemeine Geltung (Urteil des Bundesgerichts vom 11. August 2006, 2P.108/2006, mit Hinweisen). Wie in einem Fall rechtsmissbräuchlichen Verhaltens schliesslich vorzugehen ist, hat sich nach der Art des Umgehungstatbestandes zu richten. In Betracht fallen dabei eine Kürzung der Kinderzulagen in entsprechender Anwendung von § 5 Abs. 2 KZG, die Erhebung von Beiträgen an die Ausgleichskasse auf anderweitige Gewinnausschüttungen und dergleichen (vgl. BGE 113 V 96 Erw. 4c) oder die analoge Anwendung der Regelungen für Selbständige (§ 6 KZG).

2.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Organe der Sozialversicherungen ebenso wenig wie die Steuerbehörden verpflichtet, die zivilrechtliche Form, in der ein Sachverhalt erscheint, unter allen Umständen als verbindlich anzusehen. Dies gilt namentlich dann, wenn eine Beitragsumgehung vorliegt. Eine Beitragsumgehung ist in Analogie zu den in der steuerrechtlichen Praxis und Doktrin entwickelten Kriterien anzunehmen, wenn

- die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint,
- anzunehmen ist, dass diese Wahl missbräuchlich und lediglich deshalb getroffen worden ist, um Beiträge einzusparen, welche bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären,
- und das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Beitragsersparnis führen würde.

Sind diese drei Voraussetzungen erfüllt, so ist zu entscheiden, wie wenn die Umgehungshandlung nicht stattgefunden hätte, und der Beitragspflicht ist die Ordnung zugrunde zu legen, die sachgemäss dem vom Beitragspflichtigen erstrebten wirtschaftlichen Zweck entsprochen hätte (BGE 113 V 94 Erw. 4b mit Hinweisen).

3. Die Familienausgleichskasse hält dem Beschwerdeführer in ihrer Argumentation vorab zumindest unterschwellig vor, er habe die GmbH im Jahr 2001 allenfalls auch deshalb gegründet, um u. a. den in einem Verfahren des Jahres 2000 streitgegenständlichen Anspruchsgrenzen für Selbständigerwerbende zu entgehen. Damit macht die Familienausgleichskasse sinngemäss die Rechtsmissbräuchlichkeit der vom Beschwerdeführer gewählten Rechtsform als solche geltend.

Übt jemand eine Erwerbstätigkeit als Angestellter der von ihm beherrschten und nach ihm benannten Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung aus, so entspricht dies nach der Rechtsprechung einer allgemein üblichen rechtlichen Ausgestaltung der eigenen Tätigkeit, welche weder als ungewöhnlich, sachwidrig noch als absonderlich zu bezeichnen ist, denn eine Einzelperson kann sich dieser Rechtsformen insbesondere auch für ihre Haftungsbeschränkung bedienen, welche grundsätzlich auch zugunsten des Alleineigentümers gilt (BGE 113 V 95 Erw. 4c mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 11. August 2006, 2P.108/2006). Auch wenn also vorliegend der Beschwerdeführer die Rechtsform der GmbH im Jahr 2001 vor allem deshalb gewählt haben mag, weil seine jährlichen Einkünfte als bisher Selbständigerwerbender in Zukunft die Anspruchsgrenze überschreiten könnten und er dadurch nicht mehr in den Genuss der Kinderzulagen käme, so ist darin jedenfalls kein Umgehungstatbestand bzw. rechtsmissbräuchliches Verhalten zu sehen. Die rechtliche Selbständigkeit der X. GmbH ist daher vorliegend in jedem Fall zu respektieren und der Beschwerdeführer als Unselbständigerwerbender zu behandeln. Die Familienausgleichskasse ist denn auch tatsächlich so verfahren, ansonsten sie dem Beschwerdeführer bei einem Einkommen von jedenfalls mehr als CHF 41'500.– einen Kinderzulagenanspruch wegen Überschreitens der Anspruchsgrenze nach § 6 KZG ganz hätte verweigern müssen.

4. Einer näheren Überprüfung bedarf indessen insbesondere der Umstand, dass der Beschwerdeführer geschäftsführender Gesellschafter und zusammen mit seiner Ehefrau wirtschaftlicher Eigentümer der Gesellschaft ist und in dieser Eigenschaft selbst bestimmen kann, welchen Lohn er sich auszahlen will. Dies bleibt einem normalen Arbeitnehmer verwehrt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich aus einer solchen Konstellation in der Tat ein Beitragsumgehungstatbestand ergeben, jedenfalls dann, wenn der Betreffende keine plausiblen

und belegten Erklärungen in Bezug auf die Höhe des Lohnes abzugeben vermag. Es ist offensichtlich, dass die Festsetzung eines unverhältnismässig niedrigen Lohnes Auswirkungen auf die vom Arbeitgeber an die Ausgleichskasse zu leistenden Beiträge und den Unternehmensgewinn hat. So werden durch die Auszahlung eines tieferen Lohns auf der einen Seite die von der Lohnhöhe abhängigen Beiträge verringert (vgl. § 18 KZG) und auf der anderen Seite der Unternehmensgewinn gesteigert. Hiervon profitiert der Arbeitnehmer, welcher wirtschaftlicher Eigentümer der Arbeitgeberin ist und Kinderzulagen bezieht, was unter bestimmten Umständen durchaus als stossend zu bezeichnen ist (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 11. August 2006, 2P.108/2006).

4.1 Im vorliegenden Fall hat die Familienausgleichskasse den Kinderzulagenanspruch im Wesentlichen mit der Begründung gekürzt, Kinderzulagen könnten generell nur in dem Ausmass ausgerichtet werden, wie der Arbeitnehmende einen marktüblichen Lohn erzielt habe, da es stossend wäre, wenn derjenige, für welchen verhältnismässig tiefe Beiträge unter Angabe einer 100%-Beschäftigung abgerechnet würden, die vollen Kinderzulagen beziehen könnte. Die Familienausgleichskasse ist der Ansicht, dass bei einem nicht marktüblichen Lohn in jedem Fall eine Teilzeitarbeit zu fingieren sei, womit die Kürzungsbestimmung von § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG Anwendung finde. Dabei spiele es keine Rolle, ob der Beschwerdeführer effektiv vollzeitlich gearbeitet habe oder nicht. Konkret führte die Familienausgleichskasse aus, der Lohn von CHF 42'000.– pro Jahr, den sich der Beschwerdeführer selbst auszahle, liege unverhältnismässig tief unter den marktüblichen Löhnen. Die Funktion eines Geschäftsführers einer GmbH entspreche einem Anforderungsniveau 1 und 2 gemäss den Lohntabellen der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE), wobei – gehe man zugunsten des Beschwerdeführers von einem Wert von zwei Dritteln der entsprechenden Durchschnittslöhne aus – mit einem Einkommen von mindestens CHF 61'200.– zu rechnen sei. Soweit also der Lohn des Beschwerdeführers dieses Vergleichseinkommen unterschreite, müsse von einer entsprechenden – fingierten – Teilzeitarbeit ausgegangen werden, weshalb die Kinderzulagen in Anwendung von § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu kürzen seien.

4.2 Wie in Erwägung 2 dargelegt, ist nach der Konzeption der gesetzlichen Regelung im Kanton Zug der Betrag der Kinderzulagen grundsätzlich für alle vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ungeachtet der Höhe des Lohnes und der vom Arbeitgeber geleisteten Beiträge gleich hoch. Der Umstand, dass jemand einen unterdurchschnittlichen Lohn bezieht, genügt daher für sich alleine noch nicht, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 zu behandeln. Der Hinweis der Familienausgleichskasse

darauf, dass auch das Verwaltungsgericht dieses Vorgehen bisher in ständiger Rechtsprechung geschützt habe, vermag daran nichts zu ändern, da diese Praxis inzwischen vom Bundesgericht im bereits mehrfach erwähnten Urteil vom 11. August 2006 (2P.108/2006) einer kritischen Überprüfung unterzogen und insofern präzisiert worden ist, als in solchen Fällen bezogen auf die konkreten Umstände ein eigentlicher Beitragsumgehungstatbestand im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen muss, damit der Kinderzulagenanspruch gekürzt werden kann. Einen solchen Umgehungstatbestand hat das Bundesgericht in jenem Fall angenommen, weil dort der geschäftsführende Gesellschafter nicht zu erklären vermochte, weshalb einem anderen Mitarbeiter seiner Gesellschaft ein bedeutend höherer Lohn ausbezahlt wurde als ihm selbst. Eine Beitragsumgehung liesse sich aber beispielsweise auch dann annehmen, wenn sich der wirtschaftlich an seiner Arbeitgebergesellschaft Berechtigte einen unverhältnismässig tiefen Lohn ausrichtet, obwohl er mit seiner effektiv geleisteten Arbeit ein Vielfaches dieses Lohnes zugunsten der Gesellschaft erwirtschaftet. Die Absicht der Beitragsumgehung wäre in einem solchen Fall offenkundig. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten wurde sodann vom Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich in einem Urteil vom 15. Juni 2004 (KA.2002.00026) angenommen, in welchem eine ausgebildete Juristin als Leiterin des Rechtsdienstes einer religiösen Vereinigung lediglich ein als symbolisch zu bezeichnendes Jahressalär von zwischen CHF 13'000.– und CHF 21'000.– bezogen hatte und dementsprechend davon auszugehen war, dass der Dienst in dieser Vereinigung überwiegend aus unentgeltlicher Freiwilligenarbeit bestanden hat. In jenem Fall hat das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich jedoch nicht nur eine entsprechende Herabsetzung des Kinderzulagenanspruchs, sondern sogar ein gänzliches Verweigern der Kinderzulagen durch die Familienausgleichskasse unter der Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung der Kinderzulagen als solche geschützt.

4.3 Der Fall des Beschwerdeführers präsentiert sich nun aber nicht solcherart. Zwar zahlt er als Geschäftsführer, einziger Angestellter und zusammen mit seiner Ehefrau wirtschaftlich Berechtigter der X. GmbH sich selbst einen zugestandenermassen relativ tiefen Lohn von lediglich CHF 42'000.– pro Jahr aus, während er nach seinen Angaben immerhin in einem Pensum von ca. 50 Stunden pro Woche arbeitet. Zu berücksichtigen ist aber, dass er glaubhaft darzulegen vermag, dass er mit seiner Tätigkeit als Autor/Schriftsteller – zu einem Anteil von ca. 15% seines gesamten Pensums führt er zudem journalistische Arbeiten aus – realistischerweise nicht mit einem höheren Einkommen rechnen könne und dies als marktüblicher Lohn für einen Zuger Schriftsteller zu betrachten sei. Die Einnahmen seiner Gesellschaft bestehen dementsprechend nach seinen Angaben hauptsächlich aus Tanti-

emen für Bücher, fremdsprachige Übersetzungen der Bücher, Hörspiele etc. und Honorare für Lesungen. Soweit der Beschwerdeführer nun für diese Tätigkeit zumindest seit dem Jahr 2003 ein Jahresgehalt von jeweils lediglich CHF 42'000.– bezieht, ist zu berücksichtigen, dass sich aus den eingereichten Buchhaltungsabschlüssen der X. GmbH zwar für das Jahr 2004 ein Gewinn von CHF 5'291.75 und für das vorliegend zu beurteilende Jahr 2005 ein Gewinn von immerhin CHF 17'339.88 ergibt. Vor dem Hintergrund aber, dass nebst Verlusten aus den Vorjahren auch für das Jahr 2003 noch ein Geschäftsverlust von CHF 9'866.15 resultiert hatte und die Gesellschaft bei einem Stammkapital von CHF 20'000.– im Jahr 2003 lediglich noch über ein Eigenkapital von CHF 3'318.55 verfügte, welches sich dank der vorerst geringen Gewinne im Jahr 2004 zwar wieder auf CHF 8'609.75 und im Jahr 2005 immerhin auf CHF 25'949.63 erhöhte, entsprach der an sich selbst ausbezahlte Lohn auch im Jahr 2005 noch immer mehr oder weniger der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit seiner Gesellschaft und damit offensichtlich auch dem Marktwert seiner geleisteten Arbeit. Auch wenn sich die Erfolgsrechnung im hier zu beurteilenden Jahr schliesslich doch in eine positivere Gewinnzone hinbewegte, kann der Bezug eines Lohnes von CHF 42'000.– jedenfalls noch immer nicht als rechtsmissbräuchlich tief bezeichnet werden, zumal diese Entwicklung auch erst gegen Ende des Jahres 2005 absehbar war und der weitere Verlauf des Geschäftsganges durchaus ungewiss bleibt. Es ist dabei im Übrigen auch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer seinen Lohn keineswegs nur in seiner Funktion als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer einer GmbH bezieht, wie dies die Familienausgleichskasse geltend macht, sondern vielmehr auch – und gemessen an seinem zeitlichen Arbeitsaufwand wohl sogar in erster Linie – für seine Arbeit als angestellter Autor/Schriftsteller und Journalist. Wie viel der Beschwerdeführer als angestellter Schriftsteller beispielsweise bei einem namhaften Verlagshaus verdienen könnte, braucht dabei – nachdem die Tatsache eines unterdurchschnittlichen Lohnes für sich alleine für eine Leistungskürzung nicht ausreicht – nicht geprüft zu werden. Indem sein Lohn jedenfalls bezogen auf das Jahr 2005 noch immer in einem vernünftigen Verhältnis zu dem von seiner Gesellschaft basierend auf seiner tatsächlich geleisteten Arbeit erwirtschafteten Ertrag steht, unterscheidet sich dieser Sachverhalt wesentlich von den in der zitierten Rechtsprechung beurteilten Fällen, in welchen ein Umgehungstatbestand bzw. ein rechtsmissbräuchliches Verhalten bejaht wurde. Die Abrechnung eines Lohnes von CHF 42'000.– kann unter diesen Umständen nicht als rechtsmissbräuchlich im Sinne einer Beitragsumgehung bezeichnet werden.

5. Ist somit zusammenfassend festzuhalten, dass der abgerechnete Lohn offensichtlich dem wirtschaftlichen Wert der vom Beschwerdeführer geleisteten Arbeit

mehr oder weniger entspricht, ist ihm ein Beitragsumgehungstatbestand nicht vorzuwerfen und eine Kürzung des Kinderzulagenanspruchs unter fiktiver Annahme einer Teilzeiterwerbstätigkeit gemäss § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG – dass der Beschwerdeführer tatsächlich eine Vollzeiterwerbstätigkeit ausübt, wird von der Familienzulagengasse schliesslich ausdrücklich zugestanden – fällt damit vorliegend nicht in Betracht. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und dem Beschwerdeführer sind für das Jahr 2005 die vollen Kinderzulagen auszurichten.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. April 2007

S 2006/23

Art. 3 der Verordnung Nr. 1408/71 (EWG; vom 14. Juni 1971); Art. 6 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 IVG; Art. 11 Abs. 2 des Abkommens vom 27. Mai 1970 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande über Soziale Sicherheit. Weil schweizerische Staatsangehörige in der Lage des Beschwerdeführers Anspruch auf Hilfenentschädigung und einen Intensivpflegezuschlag haben, muss dasselbe auch für den niederländischen Beschwerdeführer gelten, auch wenn er die für ausländische Staatsangehörige geltenden gesetzlichen Vorschriften nicht erfüllt.

Aus den Erwägungen:

(...)

6. Am 1. Juni 2002 ist das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen; FZA; SR 0.142.112.681) in Kraft getreten.

Die Vertragsparteien wenden gestützt auf Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhang II («Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit») des FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs untereinander insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Fa-