

12. Oktober 2003 und dem noch immer vorhandenen Beschwerdebild schliesslich nichts ändern.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Juni 2009

S 2007/159

§ 5 Abs. 1 und § 17 des bis 31. Dezember 2008 in Kraft gewesenen kantonalen Gesetzes über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (KZG; BGS 844.4); Art. 11 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 des am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (FamZG; SR 836.2) – Die Bezüge einer Verwaltungsrätin stellen definitionsgemäss massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung dar und sind dementsprechend AHV-rechtlich als Verdienst aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Die Verwaltungsrätin ist daher, auch wenn sie in keinem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, in jedem Fall als Arbeitnehmerin im Sinne von § 5 Abs. 1 KZG bzw. Art. 13 Abs. 1 FamZG zu behandeln und sie hat dementsprechend Anspruch auf Kinderzulagen, sofern die weiteren Bezugsvoraussetzungen erfüllt sind. Der Verweis der Familienausgleichskasse darauf, dass im Bereich der Arbeitslosenversicherung Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung keine Arbeitslosenentschädigung beziehen können, vermag hieran nichts zu ändern.

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. 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 bs. 3 VVKZG). Die Begriffe «Arbeitgeber», «Arbeitnehmer» und «Selbständigerwerbende» richten sich dabei laut § 17 KZG in der Regel nach denjenigen der Alters- und Hinterlassenenversicherung.

3. Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 1. April 2005 bis 31. Dezember 2008 für ihre Tätigkeit als Verwaltungsrätin der X Genossenschaft als Arbeitnehmerin im Sinne von § 5 Abs. 1 KZG gilt und in dieser Eigenschaft Anspruch auf Kinderzulagen nach dem damals geltenden KZG hat. Für die Zeit ab 1. Januar 2009 werden im Rahmen des Beschwerdeverfahrens explizit keine Kinderzulagen mehr gefordert, offenbar weil ab diesem Zeitpunkt nunmehr Kinderzulagen nach dem per 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bundesgesetz über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (SR 836.2) über die Firma des Ehemannes der Beschwerdeführerin beantragt wurden. Mithin erübrigt sich vorliegend grundsätzlich eine Prüfung der Frage, ob die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsrätin der X Genossenschaft auch über den 31. Dezember 2008 hinaus Anspruch auf Kinderzulagen hätte oder nicht. Immerhin kann insoweit aber festgehalten werden, dass allein das Inkrafttreten des neuen FamZG jedenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung des bisherigen Status einer Person als selbständig oder als unselbständig Erwerbstätige führen dürfte, wird doch wie im bisherigen § 17 KZG auch in Art. 11 Abs. 2 FamZG für die Qualifikation als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin auf die Bundesgesetzgebung über die AHV verwiesen.

4. Paragraph 17 KZG verweist für die Definition des Begriffs Arbeitnehmer wie erwähnt auf die Alters- und Hinterlassenenversicherung. Die Begriffe unselbständige Erwerbstätigkeit und selbständige Erwerbstätigkeit bzw. Arbeitnehmer und Selbständigerwerbender werden aber weder im Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1964, AHVG, noch in der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947, AHVV, klar definiert. Laut Art. 1 AHVG sind aber die Bestimmungen des ATSG auf die im ersten Teil geregelte Alters- und Hinterlassenenversicherung anwendbar, soweit das AHVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Für die Definition des Begriffs des Arbeitnehmers ist demnach Art. 10 ATSG bestimmend. Danach gelten als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Personen, die in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen.

4.1 Gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit.

Es ist dabei festzuhalten, dass auch mit Inkrafttreten von Art. 10 ATSG kein Übergang von dieser bisherigen objekt- zu einer nun subjektbezogenen Umschreibung der Arbeitnehmerqualität angestrebt werden sollte. Da im AHV-Beitragsbezug mit anderen Worten das Beitragsobjekt und nicht etwa der Beitragspflichtige das massgebende Kriterium darstellt, ist für die Qualifizierung des erwerbstätigen Versicherten allein ausschlaggebend, ob das aus seiner Erwerbstätigkeit erzielte Entgelt massgebenden Lohn darstellt oder nicht. Die bisherige Umschreibung gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG hat im Grundsatz unverändert weiter Bestand. Was als massgebender Lohn zu betrachten ist, ist aus Art. 10 ATSG selbst nicht ersichtlich. Welche Bestandteile dazu zählen, muss vielmehr dem jeweiligen Einzelgesetz entnommen werden. Es ergibt sich folglich erst aus einer einzelgesetzlichen Bestimmung, welche Entschädigungen als massgebenden Lohn zu betrachten sind, und dadurch wird zugleich die Arbeitnehmerqualität bestimmt. Auch wenn Art. 10 ATSG ausdrücklich auf das jeweilige Einzelgesetz verweist, ist es nicht ausgeschlossen, dass erst in der entsprechenden Vollzugsverordnung im Einzelnen die Bestimmung des massgebenden Lohns vorgenommen wird (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 10 N 13 ff.; Peter Forster, AHV-Beitragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, N 2 zu § 6).

4.2 Unter dem Titel «Beiträge vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit» werden gemäss Art. 7 lit. h AHVV unter anderem als Bestandteile des massgebenden Lohns namentlich Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an die Mitglieder der Verwaltung und der geschäftsführenden Organe genannt. Damit werden aber die von der Beschwerdeführerin für ihre Tätigkeit als Verwaltungsrätin erhaltenen Bezüge ausdrücklich als Lohn für unselbständige Erwerbstätigkeit definiert. Die Bestimmung des massgebenden Lohnes muss in diesem Fall daher gar nicht anhand der in der Rechtsprechung zur Anwendung gebrachten einzelnen Merkmale zur Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit erfolgen. Es kann vielmehr festgehalten werden, dass der Verdienst der Beschwerdeführerin bereits definitionsgemäss massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung darstellt und dementsprechend AHV-rechtlich als Verdienst aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist. In diesem Sinne ist die Beschwerdeführerin also ohne weiteres als Arbeitnehmerin im Sinne von § 5 Abs. 1 KZG zu behandeln.

5. Die Beschwerdegegnerin stellt sich in ihrer Beschwerdeantwort vom 4. Mai 2009 sowie ihrer Duplik vom 12. Juni 2009 auf den Standpunkt, dass sich der Begriff des Arbeitnehmers gemäss § 17 KZG nur «in der Regel» nach denjenigen der Alters- und Hinterlassenenversicherung richte. Wie das Beispiel von Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenz-

entschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG) zeige, sei es im Sozialversicherungsrecht durchaus möglich, dass eine unterschiedliche Beurteilung der Beitragserhebung und der Leistungsberechtigung vorgenommen werde. Es sei deshalb ungeachtet der beitragsrechtlichen Erfassung der Entschädigungen der Verwaltungsratsmitglieder als unselbstständiges Erwerbseinkommen zu prüfen, ob Mitglieder des Verwaltungsrates einer Gesellschaft einen Anspruch auf Ausrichtung von Kinderzulagen nach § 5 KZG hätten oder nicht.

5.1 Beim Umgang mit den verschiedenen Anknüpfungsbegriffen soll gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung mittels harmonisierender Auslegung auf eine Koordination zwischen den verschiedenen Sozialversicherungszweigen hingewirkt werden. Die harmonisierende Auslegung dient dabei einer rechtsgleichen Behandlung. Aus Rechtsgleichheitsgründen ist teilweise sogar ein Analogieschluss zu ziehen, sind in verwandten Gebieten wertungsmässig die gleichen Fragen zu entscheiden. Voraussetzung ist die Vernünftigkeit und Erkennbarkeit der ratio legis jener Norm, welche in einem zweiten, ähnlichen Gebiet angewendet werden soll. Mittelbar dient die harmonisierende Auslegung auch der Praktikabilität, um den Rechtssinn in den jeweiligen Sozialversicherungen schneller und einfacher zu finden. Dies kann sogar zur Folge haben, dass bei verschiedenen Normen das Differenzierungspotenzial, welches sie ohne Harmonisierungsgedanken hätten, nicht voll ausgeschöpft wird. Laut Bundesgericht kommt aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs der Sozialversicherung zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber in den einzelnen Gesetzen, direkt oder sinngemäss, auf andere Gesetze dieser Rechtsfamilie verweist. Dem Harmonisierungsziel ist, soweit kein nachweislich anders lautender gesetzgeberischer Wille klar ersichtlich ist, stets Beachtung zu schenken (vgl. Peter Forster, AHV-Beitragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2009 N 84 zu § 6; Thomas Gächter, mit weiteren Hinweisen, SZS 46/2002, S. 524 ff.; EVGE 1968 173).

5.2 Es stellt sich mithin die Frage, ob es vorliegend einen zwingenden Grund dafür gibt, der Beschwerdeführerin den Arbeitnehmerstatus entgegen der AHV-rechtlichen Qualifizierung des entsprechenden Entgelts als massgebenden Lohn abzusprechen, da in § 17 KZG der Verweis auf die Alters- und Hinterlassenenversicherung bezüglich des Arbeitnehmerbegriffs nur «in der Regel» erfolgt. So macht die Beschwerdegegnerin anhand des Beispiels von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG geltend, dass es trotz grundsätzlichen Bezugsrechts aufgrund der Qualifikation als Arbeitnehmer nach AHVG durchaus möglich sei, dass gewisse Arbeitnehmer aufgrund ihres Status (als Verwaltungsrat) von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen ausgeschlossen werden könnten. Die Beantwortung der Frage, ob der Beschwer-

deführerin Kinderzulagen zustünden, habe daher ebenfalls losgelöst von der beitragsrechtlichen Erfassung zu erfolgen.

5.3 Zahlreiche Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute sind in verschiedenen Sozialversicherungszweigen anzutreffen. Es ist daher, wie oben ausgeführt, der Rechtsanwendung überlassen, durch eine harmonisierende Auslegung auf eine Koordinierung zwischen den verschiedenen Sozialversicherungszweigen hinzuwirken. Eine Abweichung von dem Ziel einer möglichst gleichen Anwendung und über alle Sozialversicherungszweige hinweg geltende Umschreibung der Begriffe und Rechtsinstitute soll aber nur dann erfolgen, wenn ein gegenteiliger gesetzgeberischer Wille erkennbar ist (vgl. oben, E. 3.3). Ein solcher klarer Wille ist in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ersichtlich. Grundsätzlich haben gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Von dieser Leistung werden bestimmte Personengruppen aufgrund der Regelung von Art. 31 Ab. 3 lit. c AVIG bewusst ausgeschlossen. Die betreffende Bestimmung dient, wie die Beschwerdeführerin richtig feststellt, der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä., vor allem bei Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes; BGE 122 V 272 mit Hinweisen). Es soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Arbeitsausfall arbeitgeberähnlicher Personen praktisch nicht kontrollierbar ist, da sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 238 Erw. 7b/bb). Unter solchen Umständen besteht nicht nur auf Kurzarbeits-, sondern auch auf Arbeitslosenentschädigung kein Anspruch (Urteil des EVG vom 14. März 2001, C 376/99, Erw. 2c), dies allerdings auch nur solange, als die betreffende Person die arbeitgeberähnliche Stellung beibehält. Eine analoge, der vorliegenden Konstellation bereits immanente Missbrauchsgefahr ist im Falle einer Verwaltungsrätin, die einen Anspruch auf Kinderzulagen geltend macht, hingegen nicht ersichtlich. Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 4. Mai 2009 richtigerweise ausführt, werden Kinderzulagen zum wirtschaftlichen Schutz der Familie ausgerichtet, wobei dieser Schutz (in den Grenzen von § 6 KZG) nur Arbeitnehmern zukommen soll. Ein klarer gesetzgeberischer Wille, welcher erkennen lässt, dass von der AHV-rechtlichen Qualifikation unselbständigerwerbender, aber eben arbeitgeberähnlicher Personen abgewichen werden soll, liegt dabei nicht vor. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 8. März 1982 zum Kinderzulagengesetz (Kantonsratvorlage Nr. 4823, als einzige Detailberatung zu

§ 17 KZG) wurde lediglich festgehalten, dass für die wichtigsten Begriffe Legaldefinitionen in Anlehnung an die AHV-Regelung festgelegt werden sollen. In der kantonsrätlichen Sitzung vom 30. September 1982 wurde diese Feststellung nicht weiter diskutiert (Protokoll des Kantonsrates vom 30. September 1982, Ziff. 710). Auch weder in § 5 KZG noch in einer anderen Bestimmung dieses Gesetzes sind klare Anhaltspunkte dafür zu finden; die Ausnahmen zur Regel werden mit anderen Worten nirgendwo definiert. Es ist folglich festzuhalten, dass im vorliegenden Fall keineswegs eine unabhängige Einzelfallbeurteilung vorgenommen werden muss.

5.4 Selbst wenn aber schliesslich dennoch unabhängig von der beitragsrechtlichen Erfassung der Entschädigungen eines Verwaltungsratsmitgliedes als unselbstständiges Erwerbseinkommen anhand der von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien im Einzelnen zu prüfen wäre, ob die Tätigkeit eines Verwaltungsrates nun eher als selbständige oder als unselbständige Erwerbstätigkeit zu gelten hätte, wäre das Ergebnis dasselbe, hat doch das Bundesgericht beispielsweise auch im Zusammenhang mit der Doppelbesteuerungsproblematik die Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglied verschiedener Aktiengesellschaften durchaus als unselbständig qualifiziert (BGE 121 I 259). Die Beschwerdeführerin hat demnach so oder anders gestützt auf § 5 Abs. 1 KZG im fraglichen Zeitraum Anspruch auf Kinderzulagen, sofern und soweit denn die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. September 2009

S 2009/30

Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Leiharbeit ist der Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen, sodass beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Das Vorliegen eines Dienstleistungs- bzw. Werkvertrags ist in casu zu verneinen.

Aus dem Sachverhalt:

Die A. GmbH mit Sitz in X. hat gemäss Auszug aus dem Handelsregister unter anderem zum Zweck, Dienstleistungen im Rahmen von Unternehmensberatungen und Personalverleih vor allem in den Bereichen Informatik, Organisation und für Dienstleistungsbetriebe zu erbringen. In diesem Sinne besteht auch ein Dienstleistungs-