

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS FREIBURG

SOZIALVERSICHERUNGSGERICHTSHOF

**Entscheid vom 20. November 2003**

In der Beschwerdesache (**5S 03 31**)

**A,**

**Beschwerdeführer,**

gegen

die **Ausgleichskasse des Kantons Freiburg**, Imp. de la Colline 1, 1762 Givisiez,

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**Kantonale Familienzulagen  
(Einspracheentscheid vom 30. Januar 2003)**

**hat sich ergeben:**

- A. Am 1. November 2000 reichte A, ledig, wohnhaft in Z, Vater der am 30. August 2000 geborenen B, die Meldescheine zur Festsetzung der Kinder- und Ausbildungszulagen und zum Bezug der Geburtszulage an Lohnbezüger sowie den Ergänzungsfragebogen für Kinder nichtverheirateter Eltern bei der Ausgleichskasse des Kantons Freiburg (nachstehend Ausgleichskasse genannt) ein.
- Aus den Meldescheinen geht hervor, dass A bis 31. Dezember 2000 bei einem freiburgischen Arbeitgeber einem vollen Arbeitspensum nachging und seit 1. Januar 2001 mit einem Teilarbeitspensum von 80 % beschäftigt wird. C, ledig, Mutter von B, war bis 31. Dezember 2000 zu 100 % und seit dem 1. Januar 2001 zu 60 % bei einem Arbeitgeber im Kanton Bern beschäftigt.
- B. Mit Verfügung vom 1. Dezember 2000 hat die Ausgleichskasse den Anspruch auf Kinderzulagen und die Geburtszulage abgewiesen. C sei im Sinne von Art. 8 des Gesetzes über die Familienzulagen (FZG; SGF 836.1) primär anspruchsberechtigt und könne die vollen Kinderzulagen sowie die Geburtszulagen selber geltend machen.
- C. Am 13. Dezember 2000 erhob A Einsprache gegen die abweisende Verfügung. Er beantragte - unter Kosten- und Entschädigungsfolge - die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Ausrichtung der ganzen Kinderzulagen sowie der Geburtszulage. Er führte aus, dass seine Lebenspartnerin C seit 1. Januar 2001 noch zu 60 % tätig sei und deshalb nur anteilmässig entsprechend ihrem Beschäftigungsgrad Anspruch auf die Familienzulagen habe. Da sie wegen ihrem Beschäftigungsgrad nicht selbst die ganze Zulage gleicher Art beanspruchen könne, gehe der Anspruch auf ihn über, da er aufgrund der in der Ausführungsverordnung zum FZG vorgesehenen Sonderregelung mit seiner 80 % Tätigkeit die ganzen Zulagen beanspruchen könne (Art. 8 Abs. 2 FZG; Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 des Ausführungsreglements zum Gesetz über die Familienzulagen, ARFZG, SGF 836.11).
- D. Am 22. Mai 2002 erliess die Ausgleichskasse ihren abweisenden Einspracheentscheid. Sie führte aus, dass C als Lohnbezügerin Anspruch sowohl auf eine Geburtszulage wie auch auf eine Kinderzulage habe. Für teilzeitlich tätige Personen würde der Anspruch pro rata zu ihrem Tätigkeitsgrad bestehen. In vorliegendem Fall könne C die ihr zustehenden Familienzulagen über ihren Arbeitgeber beziehen. Bei Zustellung des betreffenden Zulagenentscheides würde die Ausgleichskasse in der Folge den Differenzbetrag A ausrichten. Dieser Einspracheentscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

- E. Am 23. Juni 2002 reichte A erneut den Meldeschein zur Festsetzung der Kinder- und Ausbildungszulagen an Lohnbezüger für seine Tochter B sowie den Ergänzungsfragebogen für Kinder nichtverheirateter Eltern bei der Ausgleichskasse ein. Er machte darin für das Jahr 2001 den Differenzbetrag zwischen den an C für ihre teilzeitliche Tätigkeit (60 %) zu entrichtenden Zulagen und den ihm zustehenden kantonalen Familienzulagen gemäss FZG geltend. Dem Gesuch wurde ein Schreiben der Arbeitgeberin von C vom 11. Juni 2002 beigelegt, wonach sie im Jahre 2001 60 % der Familienzulagen bzw. 72.30 Franken monatlich beziehen würde.
- F. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2002 hat die Ausgleichskasse das Gesuch von A vom 23. Juni 2002 um Ausrichtung des Differenzbetrages für die Periode vom 1. Januar bis 31. Dezember 2001 gutgeheissen. Der Differenzbetrag zwischen den ganzen kantonalen Familienzulagen (200 Franken monatlich) für seine 80%-ige Tätigkeit und den von C für ihre Tätigkeit angeblich bereits bezogenen Familienzulagen (109.95 Franken) hat sie auf monatlich 90.05 Franken festgesetzt.
- Am 29. Oktober 2002 hat die Ausgleichskasse A Kinderzulagen für das Jahr 2001 im Betrag von 1'080.60 Franken überwiesen (12 x 90.05 Franken; vgl. Beschwerde vom 28. Februar 2003, S. 3).
- In Bezug auf die Periode nach dem 1. Januar 2002 hat die Ausgleichskasse das Gesuch um Ausrichtung des Differenzbetrages abgewiesen. Sie führte aus, dass ab diesem Datum der Anspruch von A auf Familienzulagen entfalle, da ab diesem Zeitpunkt C die vollen Zulagen bei ihrem Arbeitgeber geltend machen könne.
- G. Mit Verfügung vom 29. Oktober 2002 hat die Ausgleichskasse ihre Verfügung vom 4. Oktober 2002 ersetzt. Der Differenzbetrag wurde unverändert auf 90.05 Franken monatlich beziffert. Die Begründung wurde in der Weise geändert, dass C bei ihrem Arbeitgeber Kinderzulagen im Betrag von 109.95 Franken geltend machen könne, sofern sie ein Gesuch einreiche. In Bezug auf die Abweisung des Gesuchs um Ausrichtung des Differenzbetrages für die Periode nach dem 1. Januar 2002 enthält die neue Verfügung keine Änderungen.
- H. Am 28. November 2002 erhob A Einsprache gegen die Verfügung der Ausgleichskasse vom 29. Oktober 2002. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Sistierung des Verfahrens bis zum Vorliegen des Zulagenentscheides der Arbeitgeberin von C bzw. die Abklärung der korrekten Berechnung des ihm zustehenden Differenzbetrages. Eventualiter sei der monatliche Differenzbetrag auf 127.70 Franken heraufzusetzen. A führte aus, dass seine Lebenspartnerin im Jahr 2001 lediglich 60 % der Familienzulagen bzw. 72.30 Franken monatlich

bezogen habe. In der angefochtenen Verfügung sei nun aber nicht dieser Betrag für die Festsetzung des Differenzbetrages herangezogen worden. Die Ausgleichskasse habe sich vielmehr auf einen Betrag von 109.95 Franken gestützt, welchen C angeblich bei ihrem Arbeitgeber beanspruchen könnte.

Am 19. Dezember 2002 bestätigte die Arbeitgeberin von C, dass die Kinderzulagen im Jahr 2001 bei einer 100 % Tätigkeit 183.25 Franken monatlich betragen würden. Bei einem Beschäftigungsgrad von 60 % ergäbe dies einen maximalen Anspruch von 109.95 Franken. Da jedoch A bereits 120 Franken monatlich Kinderzulagen von seinem Arbeitgeber erhalten habe, sei der Anspruch auf Kinderzulagen für das Jahr 2001 nicht gegeben.

- I. Mit Schreiben vom 10. Januar 2003 ergänzte A seine Einsprache vom 28. November 2002 und beantragte - gestützt auf das Schreiben der Arbeitgeberin von C vom 19. Dezember 2002 - die Wiederaufnahme des Verfahrens sowie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, da die Arbeitgeberin den Anspruch von C auf Kinderzulagen für das Jahr 2001 ablehne. Es seien ihm Kinderzulagen von monatlich 200 Franken, eventualiter der Differenzbetrag von 127.70 Franken zuzusprechen.
- J. Mit Entscheid vom 30. Januar 2003 hat die Ausgleichskasse die Einsprache abgewiesen. Sie führte aus, dass C, welche einen vorrangigen Zulagenanspruch besitze, selber die vollen Familienzulagen über ihren Arbeitgeber beziehen könne. Die Bundespersonalverordnung (BPV; SR 172.220.111.3) bestimme in Art. 51 Abs. 7 BPV, dass Personen, die eine Teilzeitbeschäftigung von mindestens 50 % ausüben und die keinen anderweitigen Anspruch auf Kinderzulagen, Familienzulagen oder Unterstützungszulagen bei einem anderen Arbeitgeber besitzen, die vollständigen Zulagen beziehen können.
- K. Am 28. Februar 2003 erhob A gegen den Einspracheentscheid vom 30. Januar 2003 Beschwerde beim Sozialversicherungsgerichtshof des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg Beschwerde. Er beantragte - unter Entschädigungsfolge - die Aufhebung des angefochtenen Entscheides sowie die Ausrichtung des Differenzbetrages bzw. der Kinderzulagen von monatlich 200 Franken für seine B im Jahr 2001. Er führte aus, dass die Bestimmung von Art. 51 Abs. 7 BPV erst seit 1. Januar 2002 in Kraft getreten sei, vorliegend jedoch ein Sachverhalt aus dem Jahre 2001 zu beurteilen sei. Nach der im Jahre 2001 gültig gewesenen Fassung von Art. 43b Abs. 1 des bis am 31. Dezember 2001 gültig gewesenen Beamtengesetzes (aBtG; SR 172.221.10) sei die Kinderzulage bei Teilzeitarbeit nach Massgabe des Beschäftigungsgrades auszurichten. Da die Arbeitgeberin von C ihren Anspruch auf Kinderzulagen für das Jahr 2001 verneint habe, sei folglich der Differenzbetrag auf 200 Franken festzusetzen. Die von der Ausgleichskasse

angerufene Prioritätenordnung gelange vorliegend nicht zur Anwendung, da C für die Periode vom 1. Januar bis 31. Dezember 2001 keine ganze Zulage beanspruchen könne. Vielmehr könne er bei einem Beschäftigungsgrad von 80 % die vollen kantonalen Kinderzulagen geltend machen (Art. 20 FZG i.V.m. Art. 12 ARFZG).

Die Ausgleichskasse hat mit Schreiben vom 11. April 2003 sinngemäss darauf verzichtet, Bemerkungen einzureichen.

Die weiteren Elemente des Sachverhalts und die übrigen rechtlichen und tatsächlichen Vorbringen der Parteien ergeben sich, soweit sie für die Urteilsfindung von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden rechtlichen Erwägungen.

### **Der Sozialversicherungsgerichtshof zieht in Erwägung:**

1. (...)
2. In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1).  
  
Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sind Art. 31 des Bundespersonalgesetzes (BPG; SR 172.220.1) in Verbindung mit Art. 51 der Bundespersonalverordnung (BPV; SR 172.220.111.3) in vorliegendem Fall nicht anwendbar, da dieses Gesetz und die Ausführungsbestimmungen erst per 1. Januar 2002 in Kraft getreten sind (vgl. Art. 1 Abs. 1 der Inkraftsetzungsverordnung BPG für die Bundesverwaltung vom 3. Juli 2001 [SR 172.220.111.2]; Art. 117 BPV).  
  
Der Gerichtshof stellt fest, dass während des Jahres 2001 C gemäss der bis 31. Dezember 2001 gültig gewesenen Bestimmungen des Beamtengesetzes (Art. 43b Abs. 1 aBtG) kein Anspruch auf volle Kinderzulagen zustand. In Anwendung dieser Bestimmung werden die Zulagen nach Massgabe des Beschäftigungsgrades ausgerichtet. Gemäss Schreiben des BSV vom 19. Dezember 2002 hatte sie im Jahr 2001 bei einem Beschäftigungsgrad von 60 % grundsätzlich Anspruch auf Kinderzulagen von 109.95 Franken gehabt.
3. a) Für jedes Kind besteht höchstens ein Anspruch auf eine ganze Zulage derselben Art (Art. 8 Abs. 1 FZG). In Art. 8 Abs. 2 sieht das FZG - unter Vorbehalt der in der Ausführungsverordnung vorgesehenen Sonderfälle - die

nachfolgende Prioritätenregelung vor, wenn mehrere Personen nach diesem Gesetz oder nach anderen Gesetzen je eine ganze Zulage derselben Art beanspruchen können:

"Können mehrere Personen nach diesem Gesetz oder nach anderen Gesetzen je eine ganze Zulage derselben Art beanspruchen, so wird - unter Vorbehalt der in der Ausführungsverordnung vorgesehenen Sonderfälle - der Anspruch in folgender Rangordnung zugesprochen:

- a) dem Vater, wenn die Eltern verheiratet sind;
- b) der Person, die das Kind betreut, wenn die Eltern nicht verheiratet sind oder wenn sie getrennt oder geschieden sind;
- c) der Person, der die elterliche Gewalt zusteht;
- d) der Person, die in überwiegendem Mass für das Kind aufkommt."

b) Es wird ausdrücklich festgehalten, dass diese Regelung nicht nur kantonsintern, sondern auch bei Zusammentreffen mit Ansprüchen, die sich auf andere Gesetze stützen, Anwendung finden soll. Auch wenn das freiburgische Recht nicht regelt, ob die im vorliegenden Fall nicht im Kanton arbeitende Mutter von B Anspruch auf Kinderzulagen hat, so ist ihre Situation im Rahmen der Prioritätenordnung der Anspruchsberechtigung von Bedeutung. Es wird ihr nämlich vom freiburgischen Recht im Rahmen von Art. 8 FZG ein bestimmter Rang im Verhältnis zu den anderen anspruchsberechtigten Personen zugeordnet. Nach dem Gesagten kann also festgehalten werden, dass sich die Reihenfolge der Anspruchsberechtigten gemäss dem freiburgischen Recht beurteilt, soweit einer der Anspruchsberechtigten unter das kantonale FZG fällt, und die Berechtigung dieser Person im Kanton Freiburg zu beurteilen ist (FZR 1995 S. 406 Erw. 3).

c) Gemäss Botschaft des Staatsrates des Kantons Freiburg zum Gesetzesentwurf über die Familienzulagen vom 22. August 1989 verfolgt Art. 8 FZG das Prinzip nur einer Zulage gleicher Art je Kind. Der Staatsrat führte aus, dass es in der Tat vorkommen könne, dass mehrere Personen eine Zulage für das gleiche Kind beanspruchen können. Es gelte in diesem Fall zugleich zu verhindern, dass mehrere identische Zulagen ausbezahlt würden und zu erlauben, im Fall von Anspruchskonkurrenz bei Teilzeitaktivitäten, dass die Gewährung einer maximalen Zulage durch die Errichtung einer Prioritätsordnung erfolge (vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts i.d.S. E. vom 3. November 1994; 5S 94 39).

Art. 8 Abs. 1 FZG hat folgenden Wortlaut: "Für jedes Kind besteht höchstens ein Anspruch auf eine ganze Zulage derselben Art". Gestützt auf die systematische Auslegung ergibt sich, dass in Abs. 1 der Grundsatz geregelt ist, in Abs. 2 sodann die Modalitäten zur Verhinderung einer Kumulation. Es liegt somit Anspruchskonkurrenz vor, wenn zwei oder mehrere Personen die Voraussetzungen für den Bezug der Kinderzulagen für dasselbe Kind erfüllen und diesen Anspruch geltend machen können. Dies gilt entgegen dem

Wortlaut der Bestimmung von Art. 8 Abs. 2 FZG nicht ausschliesslich für den Fall, dass mehrere Personen nach diesem Gesetz oder nach anderen Gesetzen *je eine ganze Zulage* derselben Art, sondern auch dann, wenn mehrere Personen Teilzulagen beanspruchen können. Art. 8 Abs. 2 ZGB bezweckt im Fall einer Anspruchskonkurrenz aufgrund von Teilzeitaktivitäten die Gewährung einer maximalen Zulage durch die Errichtung einer Prioritätsordnung. Der Gesetzestext, der die Anwendung der Bestimmung an das Vorliegen eines Anspruchs auf *je eine ganze Zulage derselben Art* knüpft, gibt somit nicht den wahren Sinn und Zweck der Bestimmung wieder. Aufgrund des Systemwiderspruchs ist vorliegend vom klaren Wortlaut abzuweichen.

4. a) Es stellt sich somit die Frage, in welchem Rang einerseits A, andererseits C einzuordnen sind. Sie kommen als Personen, welche Leistungen beanspruchen können, gemäss Art. 8 Abs. 2 FZG in Betracht.

b) Gemäss unbestrittener Behauptung des Beschwerdeführers übt er mit C gemäss Art. 298a ZGB die gemeinsame elterliche Sorge über ihr Kind aus. Art. 298a ZGB sieht das gemeinsame elterliche Sorgerecht von unverheirateten Eltern vor. Mit Bezug auf die Betreuung und den Unterhalt kommen sie in etwa zu gleichen Teilen dafür auf.

Der Gerichtshof stellt fest, dass in der Schweiz von den kantonalen Gesetzgebern die Ansprüche nicht miteinander verheirateter Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht bisher nicht positiv-rechtlich geregelt wurden (vgl. Übersicht in: Bundesamts für Sozialversicherungen [Hrsg.], Kantonale Gesetze über Familienzulagen, Grundzüge der kantonalen Familienzulagenordnungen, Stand 1. Januar 2003, S. 19 ff., Ziff. 123).

c) Bei einer Auslegung *nach dem Wortlaut* der Bestimmung des Art. 8 Abs. 2 lit. a bis d FZG kann in vorliegendem Fall weder die Rangordnung von A noch diejenige von C beurteilt werden: Die Eltern sind nicht verheiratet (lit. a), das Kind lebt im gemeinsamen Haushalt der beiden Elternteile (lit. b), die gemeinsame elterliche Sorge ist A und C übertragen worden (lit. c) und sie kommen in etwa zu gleichen Teilen an der Betreuung und der Unterhaltskosten auf (lit. d).

Sinn und Zweck der Prioritätenordnung des FZG erheischen somit eine richterliche Rechtsfortbildung. Eine *objektiv zeitgemässe Auslegung* des Art. 8 Abs. 2 lit. a FZG führt zu folgendem Schluss: Das Konkubinat stellt heute in unserer Gesellschaft eine weit verbreitete Form des Zusammenlebens dar. In den zahlreichen Konkubinatsfamilien, deren Elternteile das gemeinsame elterliche Sorgerecht übertragen wurde, leisten die unverheirateten Eltern, vergleichbar mit den verheirateten Eltern, mit Blick auf das Wohl der Kinder ihre Pflege und Erziehung. Auch kommen die unverheirateten Eltern

regelmässig - ein jeder nach seinen Kräften - für die Betreuung und den Unterhalt der gemeinsamen Kinder auf.

Es rechtfertigt sich, die für verheiratete Eltern vorgesehene Prioritätenordnung (Art. 8 Abs. 2 lit. a FZG) analog für unverheiratete Eltern, denen das gemeinsame elterliche Sorgerecht übertragen worden ist, anzuwenden.

- d) Da gemäss Entscheid des Bundesgerichts vom 11. Juli 2003 i.S. Z. die Prioritätenordnung des Art. 8. Abs. 2 lit. a FZG gegen Art. 8 Abs. 3 BV verstösst (2P.131/2002), ist diese Bestimmung, die so nicht mehr zur Anwendung gelangen kann, im Sinne der Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils auszulegen. Das Bundesgericht stellte sich die Frage, ob es, weil im Bereich der Familienzulagen infolge der nicht aufeinander abgestimmten Zulagenordnungen der einzelnen Kantone sich Probleme ergeben, es seine Aufgabe sei, verbindliche Kollisionsnormen zu erlassen (Erw. 5). Es hatte diese Frage bejaht, da es hier um eine auf höherer Ebene zu füllende Regelungslücke gehe (vgl. EVG-Urteil 2P.131/2002, Erw. 5.2).

Das höchste Gericht fand die sachgerechte Lösung in der Kollisionsregelung, die seit dem 1. Juni 2002 zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft gilt (Abschnitt A Ziff. 1 und 2 des Anhangs II zum 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, AS 2002 1529) mit dem dort figurierenden Verweis auf die Verordnungen des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) Nr. 1408/71 vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaften zu- und abwandern (Amtsblatt der EWG (ABl.) L 149 vom 5. Juli 1971, S. 2 und konsolidierte Fassung in ABl. L 28 vom 30. Januar 1997, S. 1) und Nr. 574/72 vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 74 vom 27. März 1972, S. 1; vgl. EVG-Urteil 2P.131/2002, Erw. 5.3).

Bei analoger Anwendung der erwähnten Konkurrenzregeln, bezogen auf den vorliegenden Fall, ist die Familienzulage im Wohnsitzkanton der beiden Elternteile und des gemeinsamen Kindes zu beziehen. Im Kanton Freiburg übt der Beschwerdeführer eine anspruchsauslösende Berufstätigkeit aus. Aufgrund seines Beschäftigungsgrades kann er eine ganze Zulage verlangen. Dem Beschwerdeführer steht bei einem Beschäftigungsgrad von 80 % (16 effektive Arbeitstage im Monat) in Anwendung von Art. 20 FZG in Verbindung mit Art. 12 ARFZG eine volle Kinderzulage zu, die im Jahre 2001 200 Franken monatlich betrug. Diese Prioritätsregel erscheint unter dem Gesichtspunkt der Kostenlast als sachgerecht: Bei Anspruchskonkurrenz



aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in zwei Kantonen rechtfertigt es sich, primär den Träger im Wohnsitzkanton der Familienangehörigen, für deren Unterhalt die Zulagen bestimmt sind, leistungspflichtig zu erklären, da sich dort der Lebensmittelpunkt dieser Familienangehörigen befindet und damit dort auch regelmässig die Ausgaben für sie getätigt werden (gl. EVG-Urteil 2P.131/2002, Erw. 5.3.4).

- e) Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Nachdem dem Beschwerdeführer am 29. Oktober 2002 bereits ein Betrag von 1080.60 Franken für die strittige Periode überwiesen wurde (12 x 90.05 Franken; vgl. Beschwerde vom 28. Februar 2003, S. 4), ist die Ausgleichskasse zu verurteilen, den Differenzbetrag von 1319.40 Franken (109.95 Franken monatlich x 12) dem Beschwerdeführer für die Periode vom 1. Januar bis 31. Dezember 2001 zu überweisen.

5. (...)

6. (...)

LAFC.8, 20; RAFC.12; Cst.8.3; CC.298a