

Nr. 47 Familienzulagen. Art. 8, Art. 9 BV. Art. 159 Abs. 3, Art. 163 Abs. 1, Art. 165 Abs. 3 ZGB. Art. 3 Abs. 1 lit. c FZG. Die durch den Arbeitsvertrag erreichbare Unterstellung unter bestimmte Sozialversicherungen stellt einen zulässigen Grund für den Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen Ehegatten dar. Eine Arbeitnehmerin, die von ihrem Ehemann beschäftigt wird, darf bezogen auf den Anspruch auf Kinderzulagen nicht anders behandelt werden als eine Arbeitnehmerin, die nicht von ihrem Ehemann angestellt ist.

Obergericht, 24. September 2004, OG V 03 14

Aus den Erwägungen:

3. Streitig ist, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf Familienzulagen hat. Die Anspruchsberechtigung wird im Gesetz über die Familienzulagen vom 4. Juni 1989 festgelegt. Das FZG regelt die Familienzulagen der Erwerbstätigen ausserhalb der Landwirtschaft und bezweckt, die Familienlasten teilweise auszugleichen (Art. 1 Abs. 1 FZG). Dem Gesetz unterstehen u.a. alle Arbeitgeber, die im Kanton Uri einen Geschäfts- oder Wohnsitz haben, für alle Arbeitnehmer, die von ihnen dauernd oder vorübergehend beschäftigt werden (Art. 2 Abs. 1 lit. a FZG) sowie auch alle Selbständigerwerbenden mit Wohn- und Geschäftssitz in Uri, deren AHV-pflichtiges Einkommen die in der Verordnung festgelegte Grenze nicht übersteigt (Art. 2 Abs. 1 lit. b FZG). Wer als Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbender gilt, bestimmt sich dabei nach der Bundesgesetzgebung über die AHV (Art. 2 Abs. 2 FZG). Dem Gesetz nicht unterstellt sind u.a. die Arbeitgeber für den mitarbeitenden Ehegatten (Art. 3 Abs. 1 lit. c FZG). Anspruch auf Familienzulagen haben Arbeitnehmer im Dienste eines Arbeitgebers, der dem FZG untersteht (Art. 7 Abs. 1 lit. a FZG), und die dem Gesetz unterstellten Selbständigerwerbenden (Art. 7 Abs. 1 lit. b FZG).

4. Der Ehemann der Beschwerdeführerin betreibt die Einzelunternehmung Z in D (UR). Die Beschwerdeführerin hat mit ihm am 30. August 1987 einen Arbeitsvertrag mit einem Teilzeitpensum von monatlich 50 Stunden abgeschlossen. Die Beschwerdegegnerin bestreitet ein Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin zu ihrem Mann.

a) Das Eherecht sieht in Art. 165 Abs. 1 ZGB einen besonderen eherechtlichen Anspruch auf angemessene Entschädigung desjenigen Ehegatten vor, der im Beruf oder Gewerbe des andern erheblich mehr mitgearbeitet hat, als sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt. Diese Regelung gilt aber nur für die Fälle, in denen zwischen den Ehegatten über die Mitarbeit nichts vereinbart wurde (Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, S. 283). Denn nach Art. 165 Abs. 3 ZGB hat der Ehegatte keinen Anspruch auf Entschädigung

i.S.v. Art. 165 Abs. 1 ZGB, wenn er den ausserordentlichen Beitrag auf Grund eines Arbeitsvertrages (oder auch eines Darlehens- oder Gesellschaftsvertrages oder eines andern Rechtsverhältnisses) erbracht hat. Art. 165 Abs. 3 ZGB behält den Abschluss eines Arbeitsvertrages unter Ehegatten also ausdrücklich vor. Ein Arbeitsvertrag zwischen Ehegatten ist grundsätzlich zulässig (Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, a.a.O., S. 283; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 2. Aufl., 1999 N. 40 zu Art. 165 ZGB; Verena Bräm, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., 1998, N. 67 zu Art. 165 ZGB).

b) Gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB sorgen die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie. Diese Sorge für den Unterhalt können sie nach Art. 163 Abs. 2 ZGB durch Geldzahlungen, Besorgen des Haushaltes, Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des andern erbringen. Soweit die Mitarbeit eines Ehegatten im Unternehmen des andern Ehegatten in diesem Rahmen erfolgt, besteht kein Anspruch auf eine Gegenleistung (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N. 12 zu Art. 165 ZGB; Verena Bräm, a.a.O., N. 131 zu Art. 163 ZGB; Gabi Huber, Ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten, Freiburg 1990, S. 158). Der wirtschaftliche Vorteil der Mitarbeit fällt dem andern Ehegatten zu und dieser verwendet ihn für den ehelichen Unterhalt (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N. 33 zu Art. 163 ZGB; Verena Bräm, a.a.O., N. 134 zu Art. 163 ZGB; vgl. Gabi Huber, a.a.O., S. 167). Es erscheint deshalb fraglich, ob über die als Unterhaltsleistung erbrachten Arbeitsleistungen ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden könnte. Soweit der mitarbeitende Ehegatte selber ein angemessenes Entgelt für seine Arbeit erhält, kann seine Arbeit eigentlich nicht als Beitrag an den ehelichen Unterhalt gelten (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N. 33 zu Art. 163 ZGB). Im vorliegenden Fall bekommt die Beschwerdeführerin für ihre Mitarbeit von ihrem Ehemann einen Lohn, erbringt sie demnach ihre Arbeit nicht als Beitrag an den Familienunterhalt. Allerdings kommt es auf dasselbe hinaus, wenn der arbeitgebende Ehemann kein Entgelt bezahlt und dafür einen entsprechend höheren Beitrag an den Unterhalt der Familie leisten kann oder wenn die Frau das Entgelt für den Unterhalt der Familie einbringt (vgl. Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl., Basel 1994, S. 48 f.; a.M. Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N. 33 zu Art. 163 ZGB u. N. 40 zu Art. 165 ZGB). Insofern kann nicht ohne weiteres darauf abgestellt werden, ob für die Mitarbeit ein Entgelt bezahlt wird oder nicht. Entscheidend muss sein, ob das zusätzliche Einkommen nicht nur einem Ehegatten, sondern der Familie zukommt, weil es für ihren Unterhalt verwendet wird (vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N. 32 zu Art. 163 ZGB). Aus der Unterhaltsverpflichtung kann sich eine Mitarbeitspflicht aber nur ergeben, wenn der andere Ehegatte allein nicht genügend Einkommen für den Familienunterhalt zu erzielen vermag und es ihm nicht möglich ist, durch andere Tätigkeit genügend Einkommen zu erzielen (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O. N. 34 zu Art. 159 ZGB). Vorliegend wird weder von der Beschwerdegegnerin noch von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, dass die Mitarbeit der Ehefrau für den

Unterhalt der Familie erforderlich ist. Auch sonst bestehen dafür keine Anhaltspunkte. Die Mitarbeit der Beschwerdeführerin stellt daher keine Unterhaltsleistung dar; der zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann abgeschlossene Arbeitsvertrag ist insoweit nicht unzulässig.

c) Die Beschwerdeführerin bringt in der Replik aber vor, dass die Auslagerung der Buchhaltung, welche von ihr erledigt wird, an Dritte vom Kleinbetrieb ihres Ehemannes nicht getragen werden könne. Ihre Mitarbeit ermögliche es, finanzielle Mittel freizumachen, um Ersatzanschaffungen zu tätigen, welche den längerfristigen Weiterbestand des Unternehmens absichern. Die entlohnte Mitarbeit der Beschwerdeführerin kommt demnach günstiger als die Übertragung der entsprechenden Aufgaben an einen Dritten als Arbeit- oder Auftragnehmer. Demnach ist die Mitarbeit der Ehefrau nicht für den Familienunterhalt, sondern für den Weiterbestand der Unternehmung ihres Ehemannes nötig. Damit ist die Mitarbeit der Ehefrau allenfalls durch die eheliche Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB geboten. Die Mitarbeit als Beistand an den Ehegatten kann, muss aber nicht unentgeltlich erfolgen. Die Ehegatten können die Frage der Entschädigung vielmehr nach Belieben regeln. Es ist demnach zulässig, auch für die Arbeit, die aufgrund der Beistandspflicht geleistet werden muss, einen Arbeitsvertrag abzuschliessen (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N. 32 f. zu Art. 159 ZGB; Verena Bräm, a.a.O.; N. 9 zu Art. 165 ZGB; Gabi Huber a.a.O., S. 159).

d) Die von der Beschwerdegegnerin aufgeführten Umstände vermögen auch sonst nicht die Unzulässigkeit des Arbeitsvertrages zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann zu bewirken. Soweit diese Umstände für Arbeitsverträge zwischen Ehegatten allgemein gelten, sind sie von vornherein unbeachtlich. Würden sie die Unzulässigkeit eines Arbeitsvertrages zwischen Ehegatten bedeuten, wäre ein Arbeitsvertrag zwischen Ehegatten entgegen Art. 165 Abs. 3 ZGB grundsätzlich nicht möglich. Die Einwände sind aber auch davon abgesehen unbegründet: Allein die regelmässige Aushilfe des einen Ehegatten im Unternehmen des anderen kann nicht zur Unzulässigkeit eines Arbeitsvertrages zwischen ihnen führen. Dass es um völlig nebensächliche Leistungen der Beschwerdeführerin geht, die sie ganz nebenbei erbringt, wird von der Beschwerdegegnerin nicht behauptet. Die Vertraulichkeit der Aufgaben ist für die Zulässigkeit eines Arbeitsvertrages ohne Belang. Die Arbeitszeit eines mitarbeitenden Ehegatten kann wie diejenige eines dritten Mitarbeiters erfasst werden. Die Ehefrau ist im Arbeitsverhältnis faktisch zwar nicht im gleichen Ausmass wie ein dritter Arbeitnehmer untergeordnet. Doch auch gegenüber seiner Ehefrau darf der arbeitgebende Ehemann sagen, wie er die Arbeit erfüllt haben möchte. Die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis wird aufgrund der Ehe teilweise wohl eingeschränkt, aber nicht aufgehoben. Bei jedem Arbeitsverhältnis zwischen Ehegatten ist die Kontrollierbarkeit der tatsächlichen Arbeitsleistung zwar schwierig. Die Einhaltung der Bestimmungen der AHV-Gesetzgebung kann aber durch Arbeitgeberkontrollen i.S. von Art. 68 Abs. 2 AHVG überprüft werden. Kein allgemeiner, sondern fallbezogener Einwand ist die Höhe des

vereinbarten Lohns: Dieser ist zwar hoch. Auch daraus kann aber nichts gegen den Bestand oder die Zulässigkeit des Arbeitsvertrages gefolgert werden. Immerhin erledigt die Beschwerdeführerin (gemäss ihren Angaben) die Buchhaltung und leistet Nacht- und Sonntagsdienst bei Pannendienst-Bereitschaft. Es ist grundsätzlich Sache der Parteien, die Entschädigung für die Mitarbeit zu regeln.

e) Die durch den Arbeitsvertrag erreichbare Unterstellung unter bestimmte Sozialversicherungen stellt einen zulässigen Grund für den Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen Ehegatten dar (Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, a.a.O., S. 283; Gabi Huber, a.a.O., S. 195). Der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist nicht deshalb missbräuchlich, weil damit die Unterstellung unter Sozialversicherungen erreicht werden soll. Das gilt jedenfalls solange, als der Arbeitsvertrag nicht nur vorgeschoben wird. Für eine solche Annahme besteht im vorliegenden Fall kein Anlass.

5. Allein nach dem FZG hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Familienzulagen. Sie ist zwar eine Arbeitnehmerin i.S. der AHV-Gesetzgebung (Art. 1a Abs. 1 lit. b AHVG). Der Lohn aus dem Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin zu ihrem Ehemann ist AHV-pflichtig (Art. 5 Abs. 2 AHVG), was von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten wird. Anspruch auf Familienzulagen haben aber nur die Arbeitnehmer im Dienste eines Arbeitgebers, der dem FZG unterstellt ist (Art. 7 Abs. 1 lit. a FZG). Für den mitarbeitenden Ehegatten ist der Arbeitgeber dem FZG nicht unterstellt (Art. 3 Abs. 1 lit. c FZG).

6. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die fehlende Anspruchsberechtigung der mitarbeitenden Ehefrau des Arbeitgebers gegen das Rechtsgleichheitsgebot in Art. 8 Abs. 1 BV bzw. das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV sowie gegen das Willkürverbot in Art. 9 BV verstosse. Die Beschwerdegegnerin bestreitet eine Verfassungswidrigkeit insbesondere mit dem Hinweis darauf, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin als Selbständigerwerbender selbst Familienzulagen beziehen kann. Beide Parteien berufen sich auf die Rechtsprechung in andern Kantonen.

a) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verletzt ein Erlass den Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn er 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. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird; vorausgesetzt ist, dass sich der unbegründete Unterschied oder die unbegründete Gleichstellung auf eine wesentliche Tatsache bezieht. Allerdings kann die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden

Anschauungen und Zeitverhältnissen sowie je nach dem im fraglichen Zeitpunkt gegebenen rechtlichen Umfeld. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbotes ein weiter Spielraum der Gestaltungsfreiheit (BGE 127 I 192 E. 5, 122 II 118 E. 2b).

b) Es ist kein genügender Grund ersichtlich für die Ungleichbehandlung der Arbeitnehmerin, die von ihrem Ehemann als Arbeitgeber beschäftigt wird, und einer Arbeitnehmerin, die nicht von ihrem Ehemann angestellt ist oder einer dritten Arbeitnehmerin ihres Ehemannes. Mit der Ehe des Arbeitgebers und der Arbeitnehmerin selbst kann eine Ungleichbehandlung nicht begründet werden, soweit die Arbeit nicht in Erfüllung der Unterhaltsverpflichtung geleistet wird (E. 4b). Wenn es den Ehegatten nicht verwehrt ist, über die Mitarbeit des einen in der Einzelunternehmung des andern einen Arbeitsvertrag abzuschliessen, sondern im Gegenteil das ZGB diese Möglichkeit ausdrücklich vorsieht (E. 4a), besteht auch kein Anlass, sie in den darauf beruhenden Sozialleistungen zu benachteiligen. Das gilt auch dann, wenn die Unterstellung unter eine Sozialversicherung der Grund für den Abschluss des Arbeitsvertrages war (E. 4d).

c) An der Ungleichbehandlung ändert auch die Möglichkeit des Ehemannes der Beschwerdeführerin nichts, als Selbstständigerwerbender selber Familienzulagen zu beziehen. Denn wenn die Ehegattin nicht bei ihrem Ehemann, sondern bei einem dritten Arbeitgeber angestellt ist, steht ihre Anspruchsberechtigung auch dann ausser Frage, wenn ihr Ehemann Familienzulagen beziehen könnte. Richtig ist, dass in der Folge die Einkommensgrenze für den Zulagenbezug durch den selbstständig erwerbenden Ehegatten (Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. b FZG) insofern nicht mehr entscheidend ist, als anstelle von ihm seine angestellte Ehefrau die Familienzulagen unabhängig von ihrem Einkommen und desjenigen ihres Mannes beziehen kann. Das ist aber keine Umgehung der Einkommensgrenze, sondern ein Gebot der Gleichbehandlung.

d) Zur Ermittlung des Einkommens des selbstständig Erwerbenden ist das Einkommen selbständigerwerbender, ungetrennt lebender Ehegatten zusammenzuzählen. Das Einkommen seiner ebenfalls selbstständig erwerbenden Ehefrau ist also mitzuzählen. Diese Regelung soll auch gelten, wenn zwischen Ehegatten ein Lohnverhältnis besteht (Art. 3 Abs. 2 Verordnung über die Familienzulagen, RB 20.2512; nachfolgend FZV). Dieser zweite Teil von Art. 3 Abs. 2 FZV dürfte mit dem Anspruch des angestellten Ehegatten auf Familienzulagen nicht mehr anwendbar sein. Andernfalls würde das Einkommen der von ihrem Ehemann angestellten Ehefrau sowohl für ihre als auch für seine Zulagenberechtigung berücksichtigt werden. Diese Frage wurde zwar weder von der Beschwerdeführerin noch von der Beschwerdegegnerin aufgeworfen. Es soll hier aber darauf hingewiesen werden, dass damit keine neue Ungleichbehandlung entsteht. Im Gegenteil wird mit der Nichtberücksichtigung des Einkommens der angestellten Ehefrau der selbstständigerwerbende Ehegatte mit angestellter Ehefrau dem

selbstständigerwerbenden Ehegatten gleichgestellt, der statt seiner Ehefrau eine Drittperson angestellt hat, deren Entlohnung den Ertrag seines Unternehmens und damit sein Einkommen vermindert. Anders verhält es sich im Verhältnis zu Ehepaaren, bei denen beide Ehegatten selbstständig erwerbstätig sind (und zusammen leben). Bei ihnen ist weiterhin das ganze gemeinsame Einkommen zu berücksichtigen. Denn es handelt sich nicht mehr um das gleiche Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten. Entgegen der Beschwerdegegnerin ist die Anstellung des einen Ehegatten durch den anderen statt der gemeinsamen Unternehmensführung nicht eine buchhalterische Massnahme, sondern die andersartige buchhalterische Erfassung ist Folge der unterschiedlichen Verhältnisse.

e) In der Folge werden Eltern zwar verschieden behandelt, je nachdem, ob sie selbstständig oder unselbstständig erwerbstätig sind. Diese Ungleichbehandlung verstösst aber nicht gegen das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot, da die Familienzulagen nicht allein an die Elterneigenschaft, sondern an die Erwerbsverhältnisse anknüpfen.

Die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 1. April 2003 ist demnach aufzuheben und der Antrag der Beschwerdeführerin in dem Sinne gutzuheissen, dass deren Anspruch auf Familienzulagen festgestellt wird. Ob die ablehnende Verfügung auch gegen das Willkürverbot in Art. 9 BV verstösst, muss nicht mehr geprüft werden.

7. Die Familienzulagen und die Verwaltungskosten werden nach Art. 23 Abs. 1 FZG durch Beiträge der Arbeitgeber und der der Kasse angeschlossenen Selbstständigerwerbenden finanziert. Die Beitragspflicht der Selbstständigerwerbenden ist auf die Dauer des Zulagenbezuges beschränkt (Art. 23 Abs. 4 FZG). Diese Beschränkung gilt nur für die Beitragspflicht des Selbstständigerwerbenden, der selbst gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b i.V. mit Art. 2 Abs. 1 lit. b FZG Familienzulagen bezieht. Für die angestellte Ehegattin hat er dagegen wie für einen dritten Arbeitnehmer die Beiträge des Arbeitgebers zu entrichten und zwar für die ganze Dauer der Anstellung. Die Beitragsleistung nur während der Zeit des Familienzulagenbezugs würde eine unzulässige Verknüpfung des Bezugsrechts des Arbeitnehmers mit der Beitragspflicht des Selbstständigerwerbenden bedeuten.