

Gutachten

erstattet der

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur
des Ständerates

zu Fragen

der europarechtlichen Regelung im Bereich der
Kita-Finanzierung

von

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, Zürich

Inhalt

1	Auftrag.....	2
2	Vorbemerkung.....	2
3	Fragestellung	2
4	Aufbau	3
5	Ausgangslage.....	3
5.1	Vorgesehene gesetzliche Regelung	3
5.2	Massgebende europarechtliche Bestimmungen.....	4
6	Einordnung.....	5
6.1	Ausgangspunkt.....	5
6.2	Einordnung der Familienleistungen	5
6.2.1	Ausgangspunkt: Keine Exportverpflichtung für Sachleistungen	5
6.2.2	Exportverpflichtung bei Familienleistungen	6
6.3	Vorliegen einer besonderen beitragsunabhängigen Geldleistung.....	6
6.4	Hinweise zu weiteren Aspekten.....	7
6.4.1	Besondere Prioritätenregelung bei Familienleistungen.....	7
6.4.2	Folgen der Auszahlung der Leistung an eine Kita (und nicht an Arbeitnehmende)	7
6.4.3	Bedeutung von nationalen Regelungen zur Beschränkung auf die Auszahlung an Personen in der Schweiz.....	8
7	Beantwortung der gestellten Frage.....	8

1 Auftrag

Am 19. September 2024 wurde der Unterzeichnende angefragt, ob er zu bestimmten Fragen der europarechtlichen Ausgestaltung der Kita-Finanzierung ein Gutachten schreiben könne. Dies wurde in der Folge grundsätzlich bejaht, worauf der Auftrag zur Erstellung des Gutachtens erteilt und die zu beantwortende Frage gestellt wurde.

2 Vorbemerkung

Das vorliegende Gutachten wird in völliger Unabhängigkeit erstattet. Es nennt alle verwendeten Quellen und bezeichnet gegebenenfalls bestehende Unsicherheiten bei der Bewertung bestimmter Fragen. Wie üblich kann mit der Abgabe des vorliegenden Gutachtens nicht die Zusicherung verbunden sein, dass politische Behörden, Verwaltungsstellen oder Gerichtsbehörden bei der Beurteilung der entsprechenden Frage zu denjenigen Auffassungen gelangen, welche im vorliegenden Gutachten als zutreffend bezeichnet werden.

3 Fragestellung

Im Rahmen des Gutachtens ist folgende Frage zu beantworten:

Ist unter Berücksichtigung der Bestimmungen des europäischen Sozialversicherungsrechts zulässig, in der schweizerischen Gesetzgebung die Finanzierung der Kita so auszugestalten,

dass Beiträge an die Betreuung des Kindes an die Inanspruchnahme einer in der Schweiz zugelassenen Kita geknüpft werden?

4 Aufbau

Im Aufbau hält sich das vorliegende Gutachten an die vorgenannten Fragen. Es wird zunächst aufgezeigt, welches die interessierende Ausgangslage ist und von welchen europarechtlichen Bestimmungen die interessierende Frage erfasst wird (Ziff. 5). In der Folge wird geprüft, ob die Bestimmungen des europäischen Sozialversicherungsrechts die Inanspruchnahme einer in der Schweiz zugelassenen Kita zulassen oder nicht (Ziff. 6). Gestützt auf die so gewonnenen Ergebnisse kann in der Folge die gestellte Frage beantwortet werden (Ziff. 7).

5 Ausgangslage

5.1 Vorgesehene gesetzliche Regelung¹

Vorgesehen ist, über das Familienzulagengesetz eine weitere, gesamtschweizerisch vorzusehende Zulage einzuführen. Die Betreuungszulage wird an die Nutzung familienergänzender Betreuungsangebote geknüpft. Der Anspruch auf eine Zulage wird grundsätzlich aus einer Erwerbstätigkeit abgeleitet.

Es ist ergänzend eine besondere Berücksichtigung von allfälligen Mehrkosten bei den Eltern von Kindern mit Behinderungen vorgesehen. Es wird auf die tatsächlich anfallenden behinderungsbedingten Mehrkosten abgestützt. Dabei ist entscheidend, wie stark der behinderungsbedingte Betreuungsaufwand erhöht ist; die Betreuungszulage wird dann entsprechend um den Faktor 1.5 oder 2 erhöht.

Vorgesehen ist, dass die Betreuungszulage wie die Kinder- und Ausbildungszulage von der zuständigen Familienausgleichskasse über die Arbeitgebenden an den anspruchsberechtigten Elternteil ausbezahlt wird. Für die Durchführung und insbesondere zur Verhinderung eines Doppelbezugs kann für die Betreuungszulage auf das Familienzulagenregister abgestellt werden. Die Betreuungszulage wird direkt den Eltern ausbezahlt. Vorgesehen ist ein monatlicher Auszahlungszyklus. Um ein Gesuch einzureichen bzw. einen Rechtsanspruch zu generieren, müssen die Eltern Informationen zur Nutzung der institutionellen Kinderbetreuung erbringen.

Bei der Finanzierung der Betreuungszulagen stehen grundsätzlich die Arbeitgebenden in der Verantwortung. Der Bund beteiligt sich an den Massnahmen im Rahmen der Programmvereinbarungen und kommt somit seiner Mitverantwortung in Bezug auf die Weiterentwicklung

¹ Die nachstehende Darstellung basiert auf dem folgenden Dokument: «zu 21.403. Parlamentarische Initiative Überführung der Anstossfinanzierung in eine zeitgemässe Lösung. Neue Anträge und Zusatzbericht der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerats, vom 15. Februar 2024.»

des Politikfeldes der frühen Kindheit und insbesondere der familienergänzenden Kinderbetreuung nach. Es besteht die Möglichkeit, eine paritätische Finanzierung durch Arbeitgebende und Arbeitnehmende vorzusehen. Diese Zuständigkeit liegt bei den Kantonen. Die Kantone sind auch frei, eigene Beiträge zur Finanzierung der Betreuungszulage zu leisten. Die Höhe der Zulage hängt von der Anzahl Stunden institutioneller Betreuung pro Woche ab. Der Mindestbetrag der Zulage beträgt 100 Franken pro Monat für Kinder, die einen Tag pro Woche institutionell betreut werden. Für jeden zusätzlichen Betreuungshalbtag erhöht sich die monatliche Zulage um 50 Franken auf maximal 500 Franken pro Monat für ein Kind, das an fünf Tagen pro Woche institutionell betreut wird.

5.2 Massgebende europarechtliche Bestimmungen

Nachstehend ist kurz zu nennen, auf welche europarechtlichen Bestimmungen abzustellen ist, um beurteilen zu können, ob – und allenfalls inwieweit – die vorgesehene Regelung von der europarechtlichen Regelung erfasst wird.

Art. 1 lit. z VO 883/2004 umschreibt die «Familienleistungen» dahingehend, dass alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten erfasst sind, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I. Die Literatur nimmt an, dass alle Erziehungsleistungen als Familienleistungen zu koordinieren sind.² Nur gerade Unterhaltsvorschüsse zählen nach Art. 1 lit. z VO 883/2004 nicht als Familienleistung, weil diese Leistungen nicht als direkte Leistung auf Grund einer kollektiven Unterstützung zu Gunsten der Familie angesehen werden sollen.³ Familienleistungen dienen dazu, Arbeitnehmende mit familiären Lasten finanziell zu unterstützen.⁴

Im Kapitel 8 der VO 883/2004 werden – so der Randtitel – die «Familienleistungen» erfasst. Dabei hält Art. 67 – mit dem Randtitel «Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen» – das Folgende fest:

Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.

² HUMMER, in: Europäisches Sozialrecht, Art. 1 N 42.

³ So SCHULER, in: Europäisches Sozialrecht, Art. 7 N 13.

⁴ Dazu HUMMER, in: Europäisches Sozialrecht, Art. 1 N 42.

6 Einordnung

6.1 Ausgangspunkt

Es steht ausser Frage, dass eine nationale Familienzulage vom europäischen Sozialrecht erfasst wird und damit den europarechtlichen Bestimmungen zum Leistungsexport untersteht.⁵ Dies gilt – im Ausgangspunkt – zweifellos für die vorgesehenen Betreuungszulage, welche an die Ausübung einer Erwerbstätigkeit anknüpft und durch Beiträge der Arbeitgebenden (sowie allenfalls der Arbeitnehmenden und/oder der Kantone) finanziert ist.

Vorliegend ist indessen näher zu prüfen, ob bezogen auf die Exportierbarkeit der Leistung ins Gewicht fällt, dass die Betreuungszulage an die Nutzung von schweizerischen familienergänzenden Betreuungsangeboten geknüpft ist. Dabei stellt zudem die Höhe der Leistung auf die Kosten ab, welche durch eine entsprechende Nutzung für die Eltern des betreuten Kindes erwachsen.

Insoweit ist zu klären, ob eine sozialversicherungsrechtliche Leistung den europarechtlichen Bestimmungen zum Leistungsexport untersteht, wenn die Leistung

- geknüpft wird an die Nutzung eines familienergänzenden Betreuungsangebots
- in ihrer Höhe von der Höhe der Kosten der Nutzung eines schweizerischen familienergänzenden Betreuungsangebots geknüpft direkt bestimmt wird.

6.2 Einordnung der Familienleistungen

6.2.1 Ausgangspunkt: Keine Exportverpflichtung für Sachleistungen

Nach Art. 7 VO 883/2004 geht es um die «Aufhebung der Wohnortklauseln», wobei die Bestimmung das Folgende festhält:

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, dürfen Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.

Die Aufhebung der Wohnortsklauseln bezieht sich – wie die genannte Bestimmung festhält – auf «Geldleistungen». Wer also Anspruch auf Geldleistungen eines Staates hat, kann diese auch bei Wohnsitz in einem anderen Staat beziehen. Damit werden Wohnortsklauseln in nationalen Gesetzen aufgehoben. Art. 18 Abs. 2 AHVG, der für ausländische Staatsangehörige

⁵ Vgl. dazu die in Ziff. 5.2 genannten Vorschriften des europäischen Sozialrechts.

und ihre Hinterlassenen einen Rentenanspruch nur bei Wohnsitz und Aufenthalt in der Schweiz vorsieht, gilt deshalb nicht für Personen im Geltungsbereich der VO 883/2004.

Beim Assistenzbeitrag der IV handelt es sich beispielsweise um eine Sachleistung (d.h. nicht um eine Geldleistung) bei Krankheit im Sinne von Art. 1 lit. va), Ziff. i) VO 883/2004, da sie ausschliesslich für belegbar erbrachte und entschädigte Hilfeleistungen gewährt wird, d.h. wenn tatsächlich Kosten angefallen sind (Botschaft zur 6. IV-Revision, 1872). Sachleistungen bei Krankheit müssen gemäss Art. 17–19 VO 883/2004 nach den Rechtsvorschriften des Wohn- und Aufenthaltsortes gewährt werden, d.h. sie müssen nicht exportiert werden. Hier liegt also ein Beispiel für eine nicht exportierbare schweizerische Leistung vor.

6.2.2 Exportverpflichtung bei Familienleistungen

Art. 1 lit. z VO 883/2004 sieht vor, dass «Sach- oder Geldleistungen» als «Familienleistungen» betrachtet werden. Es tritt Art. 67 VO 883/2004 hinzu, der festhält, dass eine Person «auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats [hat], als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.» Damit stellt sich die Frage, ob Art. 67 VO 883/2004 über Art. 7 VO 883/2004 hinausgeht; denn Art. 7 VO 883/2004 bezieht die Exportverpflichtung nur auf «Geldleistungen».

Angesichts des Wortlauts von Art. 67 VO 883/2004 und wegen der ausdrücklichen Festlegung von Art. 1 lit. z VO 883/2004 muss angenommen werden, dass bei «Familienleistungen» auch Sachleistungen zu exportieren sind. Jedenfalls finden sich keine Belege für eine gegenteilige Auffassung.

Damit verliert bei dieser Kategorie von Leistungen die sonst massgebliche Unterscheidung zwischen Sach- und Geldleistung ihre Bedeutung. Die sich aus Art. 7 VO 883/2004 ergebende Ausnahme von der Exportverpflichtung (nämlich bezogen auf Sachleistungen) besteht also selbst dann nicht, wenn die Kita-Leistung als Sachleistung einzuordnen wäre. Dies fällt bei der Einordnung der hier interessierenden Betreuungszulage entscheidend ins Gewicht.

6.3 Exkurs: Vorliegen einer besonderen beitragsunabhängigen Geldleistung

In Abweichung vom allgemeinen Grundsatz des Exports von Geldleistungen können besondere beitragsunabhängige Geldleistungen, die sowohl Merkmale der sozialen Sicherheit als auch der Sozialhilfe aufweisen (Art. 70 VO 883/2004), unter bestimmten Voraussetzungen vom Export ausgenommen werden.⁶ So war die Hilflosenentschädigung ab Inkrafttreten des FZA im Anh. IIa VO 1408/71 als beitragsunabhängige Leistung aufgeführt, welche von der Exportpflicht ausgenommen ist. Das Bundesgericht hat die Pflicht zum Export der schweizerischen Hilflosenentschädigung im Rahmen des FZA verneint. Es stellte fest, dass die nach der

⁶ Dazu und auch zu den folgenden Festlegungen (erscheint in) BSK AHVG-CUENI STEPHAN, Art. 153a N 36 ff.

Unterzeichnung des FZA ergangene Rechtsprechung des EuGH – insbesondere das einschlägige Urteil Jauch – grundsätzlich für die Schweiz nicht bindend sei.⁷

Damit eine besondere beitragsunabhängige Geldleistung angenommen werden kann, muss feststehen, dass deren Finanzierung ausschließlich durch obligatorische Steuern zur Deckung der allgemeinen öffentlichen Ausgaben erfolgt und dass deren Gewährung und Berechnung nicht von Beiträgen hinsichtlich der Leistungsempfänger abhängen.⁸ Dies ist bei Leistungen an die Familie nicht ausgeschlossen. In der Rechtssache Leclere/Deaconescu (C-43/99) hat der EuGH bei der Erziehungsbeihilfe nach luxemburgischem Recht die Eigenschaft als beitragsunabhängige Leistung bejaht und damit die Qualität einer Familienbeihilfe abgesprochen, da sie – wie das deutsche Erziehungsgeld – «die Einkommenseinbussen ausgleichen (soll), die daraus entstehen, dass ein Elternteil sich hauptsächlich der Erziehung der Kinder unter 2 Jahren im gemeinsamen Haushalt widmet».

Die vorgesehene Kita-Leistung wird durch Arbeitgeber- und allenfalls Arbeitnehmerbeiträge finanziert und kann deshalb nicht als besondere beitragsunabhängige Geldleistung angesehen werden.

6.4 Hinweise zu weiteren Aspekten

6.4.1 Besondere Prioritätenregelung bei Familienleistungen

Art. 68 VO 883/2004 enthält Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen. Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten Prioritätsregeln. Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: An erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche; darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schliesslich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

Diese Prioritätenregelung bringt bei der vorgesehenen Regelung der Betreuungszulagen mit sich, dass regelmässig die Schweiz vor einem ausländischen Staat zu leisten hat; denn die Schweiz knüpft die Familienleistung an eine «Beschäftigung» an.

6.4.2 Folgen der Auszahlung der Leistung an eine Kita (und nicht an Arbeitnehmende)

Wenn die Leistung zur Finanzierung der Betreuung nicht an Arbeitnehmende (= Subjektsfinanzierung), sondern an die Kita (= Objektsfinanzierung) bezahlt wird, entfällt eine

⁷ Vgl. BGE 132 V 423 ff.

⁸ Vgl. Art. 70 Abs. 2 lit. b VO 883/2004.

Exportverpflichtung. Denn bei einer solchen Regelung liegt keine Familienleistung im Sinne von Art. 1 lit. z VO 883/2004 vor.

6.4.3 Bedeutung von nationalen Regelungen zur Beschränkung auf die Auszahlung an Personen in der Schweiz

In eine gesetzliche Regelung kann aufgenommen werden, dass die Betreuungszulage nur gewährt wird, wenn das Kind in einer schweizerischen Kita betreut wird. Eine solche Regelung hat verschiedene Auswirkungen:

- Für Arbeitnehmende mit Staatsangehörigkeit eines EU-/EWR-Staats wird sich sogleich die Frage stellen, ob eine solche Beschränkung mit Art. 67 VO 883/2004 vereinbar ist. Dazu ist vorstehend festgestellt worden, dass aufgrund von 67 VO 883/2004 von einer Exportverpflichtung auszugehen ist, was mit sich bringen wird, dass (letztinstanzlich) das schweizerische Bundesgericht eine Exportverpflichtung annehmen wird. Indessen muss ausdrücklich betont werden, dass eine verlässliche Einschätzung dieses Ergebnisses nicht leicht fällt. Ein (für die Schweiz massgebendes) Urteil des EuGH, welches einen analogen Sachverhalt unmittelbar so eingeordnet hat, ist nicht ersichtlich; es kommt hinzu, dass in anderen europäischen Staaten über ähnliche Finanzierungsmodelle gesprochen wird und nicht absehbar ist, ob andere Staaten eine Exportverpflichtung annehmen.
- Für Arbeitnehmende ohne Staatsangehörigkeit eines EU-/EWR-Staates ist die Klausel, wonach die Betreuung in einer schweizerischen Kita erfolgen muss, zulässig (ausser es werde in einem bilateralen Staatsvertrag etwas Gegenteiliges festgelegt, was soweit ersichtlich nicht der Fall ist). Damit ist bei solchen Arbeitnehmenden keine Betreuungszulage zu gewähren, wenn das Kind in einer ausländischen Institution betreut wird.

7 Beantwortung der gestellten Frage

Es ist die folgende Frage zu beantworten:

Ist unter Berücksichtigung der Bestimmungen des europäischen Sozialversicherungsrechts zulässig, in der schweizerischen Gesetzgebung die Finanzierung der Kita so auszugestalten, dass Beiträge an die Betreuung des Kindes an die Inanspruchnahme einer in der Schweiz zugelassenen Kita geknüpft werden?

1. Art. 67 VO 883/2004 sieht – wie auch Art. 7 VO 883/2004 – vor, dass Familienleistungen zu exportieren sind. Darunter werden Betreuungszulagen, wie sie hier einzuordnen sind, mit grosser Wahrscheinlichkeit fallen. Damit ergibt sich, dass beim vorgesehenen Betreuungsbeitrag ein Export gemäss den Bestimmungen der VO 883/2004 erfolgen muss.

2. Das Ergebnis gemäss Ziff. 1 steht allerdings nicht mit Sicherheit fest. Es fehlt ein unmittelbar auf eine solche Betreuungszulage bezogenes Urteil einer europäischen Instanz. Es kommt

hinzu, dass die Regelungen der VO 883/2004 nicht immer ganz präzise gefasst sind und über die Auslegung ihrer Bestimmungen oft verschiedene Auffassungen vertreten werden. Wie das schweizerische Bundesgericht urteilen wird, ist schwierig zu prognostizieren, wenn auch angesichts von Art. 67 VO 883/2004 eher von einer Bejahung der Exportverpflichtung auszugehen ist.

3. Eine Exportverpflichtung entfällt, wenn die Leistung nicht an Arbeitnehmende bezahlt wird (Subjektsfinanzierung), sondern an die Betreuungsinstitution (Objektsfinanzierung), um die Höhe der Betreuungskosten zu senken.

4. Die Aufnahme einer Regelung, wonach die Betreuungszulage an die Betreuung in einer schweizerischen Institution geknüpft ist, ist im Ausgangspunkt zulässig. Sie hat jedenfalls für Arbeitnehmende von Staaten, die nicht Mitglied der EU/des EWR sind bzw. mit denen keine staatsvertragliche Regelung mit Exportverpflichtung besteht, Bedeutung; für solche Arbeitnehmende kann also eine solche Regelung aufgestellt werden. Ob sie auch zulässig für Staatsangehörige eines EU-/EWR-Staates ist, muss in der Folge gerichtlich beurteilt werden (dazu die Ergebnisse gemäss Ziff. 1 und Ziff. 2).

Zürich, 10. Oktober 2024



Prof. Dr. iur. Ueli Kieser