

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KA.2012.00008 vom 20. Februar 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-02-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KA.2012.00008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KA.2012.00008)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KA.2012.00008 du 20 février 2013

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KA.2012.00008 del 20 febbraio 2013

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Familienzulagen (Kinder- und Ausbildungszulagen) sind einmalige oder periodische Geldleistungen, die ausgerichtet werden, um die finanzielle Belastung durch ein oder mehrere Kinder teilweise auszugleichen (Art. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Familienzulagen; FamZG). Für im Ausland wohnhafte Kinder regelt der Bundesrat die Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienzulagen (Art. 4 Abs. 3 Satz 1 FamZG). In Konkretisierung dieser Bestimmung sieht die bundesrätliche Familienzulagenverordnung (FamZV) in dessen Art. 7 Abs. 1 vor, dass für Kinder mit Wohnsitz im Ausland Familienzulagen nur ausgerichtet werden, soweit zwischenstaatliche Vereinbarungen dies vorschreiben; in der bis Ende 2011 in Kraft gestandenen Fassung dieser Bestimmung war zudem vorausgesetzt, dass nicht schon im Ausland ein Anspruch auf eine Familienzulage besteht (a.), der Anspruch in der Schweiz auf einer Erwerbstätigkeit beruht (b.), die Familienzulage für ein Kind bestimmt ist, zu dem ein Kindesverhältnis im Sinne des Zivilgesetzbuches besteht (c.) und das Kind das 16. Altersjahr noch nicht vollendet hat (d.). Gemäss dem seit 1. Januar 2012 in Kraft stehenden Art. 7 Abs. 1 bis FamZV wird bei Kindern, welche die Schweiz zu Ausbildungszwecken verlassen, während höchstens fünf Jahren vermutet, dass sie weiterhin in der Schweiz Wohnsitz haben; diese Frist beginnt frühestens mit der Vollendung des 16. Altersjahrs zu laufen.

1.2 Gemäss Art. 25 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB) gilt als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz.

Nach Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) hat eine natürliche Person im Sinne dieses Gesetzes ihren Wohnsitz in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (lit. a.), ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum Vorneherein befristet ist (lit. b.) und ihre Niederlassung in dem Staat, in dem sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit befindet (lit. c). Nach Abs. 2 der nämlichen Bestimmung kann niemand an mehreren Orten zugleich Wohnsitz haben; hat eine Person nirgends einen Wohnsitz, so tritt der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle des Wohnsitzes. Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über Wohnsitz und Aufenthalt sind nicht anwendbar.

1.3 Gemäss Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sind unrechtmässig bezogene Leistungen

zurückzuerstatten (Satz 1). Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Satz 2).

1.4. Eine rechtskräftig verurteilte Leistung in der Sozialversicherung ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückzuerstatten, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht entweder die (prozessuale) Revision oder die Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind in Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG umschrieben. Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Urteile und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Urteile oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.

## E. 2

2.1. Die Beschwerdegegnerin begründete den angefochtenen Einspracheentscheid zur Hauptsache damit, dass die Tochter A. mit ihrem Vater, dem anlässlich der Trennung die Obhut über die Tochter übertragen worden sei, im Dezember 2011 nach Brasilien gezogen sei. Damit liege der Lebensmittelpunkt von Vater und Tochter klar nicht mehr in der Schweiz, weshalb kein Anspruch mehr auf Zulagen bestehe. Auf den Antrag auf Erlass der Rückerstattung könne nicht eingetreten werden, da die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Familienausgleichskasse betreffe (Urk. 2).

2.2. Dagegen lässt die Versicherte zur Hauptsache vorbringen, dass die Tochter zu Ausbildungszwecken nach Brasilien gegangen sei, weshalb gestützt auf Art. 7 Abs. 1 bis FamZV weiterhin Anspruch auf Familienzulagen bestehe. Alsdann sei die Beschwerdegegnerin zu Unrecht nicht auf die Einsprache eingetreten, soweit damit auch um Erlass der Rückerstattung ersucht worden sei. Die Voraussetzungen für den Erlass (guter Glaube und unzumutbare Härte) seien überdies erfüllt (Urk. 1).

## E. 3

3.1. In tatsächlicher Hinsicht ist zwischen den Parteien nicht streitig, dass die Tochter A. seit dem 1. Dezember 2011 mit ihrem Vater in Brasilien lebt, und dass dieser die (alleinige) elterliche Sorge für die Tochter hat. Ebenfalls wird von der Versicherten zu Recht nicht in Frage gestellt, dass zwischen der Schweiz und Brasilien keine zwischenstaatliche Vereinbarung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 FamZV besteht, welche für Kinder mit Wohnsitz in Brasilien die Ausrichtung von Familienzulagen vorschreiben würde. Streitig und zu prägen ist hingegen die Frage, wo die Tochter A. Wohnsitz hat: Hat A. Wohnsitz in Brasilien, besteht mangels einer zwischenstaatlichen Vereinbarung aufgrund von Art. 7 Abs. 1 FamZV kein Anspruch auf Familienzulagen. Hat sie hingegen Wohnsitz in der Schweiz, besteht Anspruch auf Familienzulagen (Umkehrschluss von Art. 4 Abs. 3 FamZG).

3.2. Die Frage, wie sich der Wohnsitz bestimmt, ist in erster Linie gemäss den gesetzlichen Bestimmungen zu beurteilen. Das FamZG sieht in dessen Art. 1 vor, dass die Bestimmungen des ATSG auf die Familienzulagen anwendbar sind, soweit das FamZG nicht ausdrücklich eine Abweichung vorsieht. Nach dem ATSG bestimmt sich der

Wohnsitz einer Person nach den Art. 23-26 des Zivilgesetzbuches (ZGB; vgl. Art. 13 Abs. 1 ATSG). Da allerdings Art. 4 Abs. 3 FamZG nicht die übliche Wendung "Wohnsitz im Ausland" verwendet, sondern von den "im Ausland wohnhaften Kindern" spricht, sowie unter Berücksichtigung der französischen und italienischen Gesetzestexte, ist nach der Lehre der Schluss nicht zwingend, dass in Art. 4 Abs. 3 FamZG der Wohnsitz im Sinne des ZGB gemeint ist; deshalb ist die Frage, wann ein Kind im Ausland wohnhaft ist, wie in anderen Fällen mit internationalem Bezug nach dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht zu beantworten (vgl. Kieser/Reichmuth, Praxiskommentar zum FamZG, ZÄrich/St. Gallen 2010, N 55-57 zu Art. 4 FamZG). Wenn ein Kind nie in der Schweiz gelebt hat oder das Land (in der Regel auf Veranlassung der Eltern) vor Erreichen des Minderjährigkeitsalters verlässt, ohne dass eine Rückkehr vorgesehen ist, so folgt daraus, dass der Wohnsitz des Kindes nach diesem gewöhnlichem Aufenthalt zu bestimmen ist (vgl. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 IPRG); da sich dieser im Ausland befindet, besteht im Ergebnis kein Wohnsitz in der Schweiz, zumal ein Wohnsitz an mehreren Orten ausgeschlossen ist (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 IPRG; vgl. dazu wiederum Kieser/Reichmuth, a.a.O., N 61 zu Art. 4 FamZG).

3.3 Es ist unstreitig, dass A. \_\_\_ seit 1. Dezember 2011 mit ihrem Vater in Brasilien lebt. Zwar sind die näheren Umstände des Wegzugs nicht bekannt, weiss doch nach den Ausführungen in der Beschwerde auch die Beschwerdeführerin nicht, ob ihre Tochter mit ihrem Vater für immer oder nur vorübergehend nach Brasilien gezogen ist (Urk. 1 S. 10). Doch ist nach Lage der Akten jedenfalls unbestritten, dass das Kind seit der Ausreise (und mithin im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides bereits seit rund einem Jahr) zusammen mit ihrem Vater als Inhaber der elterlichen Sorge in Brasilien lebt, wo sie seither ihren Lebensmittelpunkt hat. Selbst wenn nicht zweifelsfrei feststeht, dass sie (bzw. ihr Vater) sich dort mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhält (vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG), so lebt sie doch schon seit nunmehr längerer Zeit in Brasilien, weshalb sie dort jedenfalls ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG). Mithin ist der Wohnsitz von A. \_\_\_ nach dem gewöhnlichen Aufenthalt zu bestimmen (vgl. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 IPRG), der in Brasilien liegt (E. 3.2 hievor). Daran ändert insbesondere der Hinweis auf Art. 7 Abs. 1 bis FamZV nichts (Urk. 1 S. 9 ff.), weil entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Urk. 1 S. 10) durchaus von Belang ist, dass die im Zeitpunkt ihrer Ausreise noch minderjährige (13-jährige) A. \_\_\_ die Schweiz mit ihrem (allein sorgeberechtigten) Vater in Richtung Brasilien verlassen und somit ihren Lebensmittelpunkt dorthin verlegt hat, liegt hier kein Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 1 bis FamZV vor, erfasst dieser doch lediglich Sachverhalte, bei welchen Kinder die Schweiz (ausschliesslich) zu Ausbildungszwecken verlassen.

3.4 Nach dem Gesagten hat die Beschwerdegegnerin zu Recht seit 1. Dezember 2011 (Wegzug nach Brasilien) einen Wohnsitz von A. \_\_\_ in der Schweiz verneint und damit ab diesem Zeitpunkt auch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Familienzulagen. Da die Ausrichtung von Familienzulagen ab diesem Zeitpunkt zweifellos unrichtig und die Berichtigung dieser Leistungszusprache von erheblicher Bedeutung war (vgl. E. 1.4 hievor), hat die Beschwerdegegnerin zudem die unrechtmässig ausgerichteten Leistungen zu Recht zurückgefordert.

#### **E. 4**

Es ist unstreitig, dass A. \_\_\_ seit 1. Dezember 2011 mit ihrem Vater in Brasilien lebt.

4.1. Weiter strittig ist die Frage des Erlasses der Rückckerstattung. Die Beschwerdegegnerin war im angefochtenen Entscheid auf das in der Einsprache sinngemäss gestellte Begehren um Erlass der Rückckerstattung (vgl. Urk. 8/12 S. 4) nicht eingetreten, was sie - wie erwähnt - damit begründet hatte, dass die Rückckerstattung das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Familienausgleichskasse betreffe (Urk. 2 S. 2).

4.2. Wie die Beschwerdeführerin jedoch zu Recht geltend machen lässt, fungieren die Arbeitgeber als reine Zahlstellen der Familienausgleichskassen (vgl. Kieser/Reichmuth, a.a.O., N 14 ff. zu Art. 15 FamZG), womit sich für Erstere keine eigenen Rechte und Pflichten aus dem Leistungsverhältnis ergeben (vgl. Kieser/Reichmuth, a.a.O., N 75 zu Art. 1 FamZG); Rückckerstattungspflichtig ist denn grundsätzlich auch der Arbeitnehmer (Kieser/Reichmuth, a.a.O. Rz 27 zu Art. 25 FamZG) und nicht der Arbeitgeber. Das Leistungsverhältnis - und somit auch die Frage der Rückckerstattung unrechtmässig bezogener Familienzulagen und deren Erlass - betrifft vielmehr das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Familienausgleichskasse; die Verwaltung hätte in der Rückckforderungsverföugung vom 18. Oktober 2012 denn auch richtigerweise von sich aus auf die Möglichkeit des Erlasses hinweisen müssen (vgl. Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts; ATSV). Soweit daher die Familienausgleichskasse auf das Erlassgesuch nicht eintrat und es dabei bewenden liess, erweist sich der angefochtene Entscheid als mangelhaft. Vielmehr hätte die Verwaltung das Gesuch - gegebenenfalls in einem separaten Verfahren (vgl. Art. 4 ATSV) - materiell prüfen und darüber entscheiden müssen.

5. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass die Beschwerdegegnerin die seit 1. Dezember 2011 (unrechtmässig) ausbezahlten Zulagen zu Recht zurückgefordert hat. Demgegenüber ist sie zu Unrecht nicht auf das sinngemäss gestellte Gesuch um Erlass der Rückckerstattung eingetreten. Der angefochtene Entscheid ist daher in Bezug auf die Rückckforderung zu bestätigen, betreffend Erlass der Rückckerstattung hingegen aufzuheben, und die Sache ist an die Familienausgleichskasse zum materiellen Entscheid über das Erlassgesuch zurückzuweisen. In diesem Sinne ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

6. Die Beschwerdeführerin beantragt schliesslich die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens. Unter Hinweis darauf, dass die Arbeitgeberin ihr vom Septemberlohn 2012 unter dem Titel Rückckerstattung unrechtmässig bezogener Kinderzulagen bereits Fr. 500.-- verrechnungsweise abgezogen habe, obwohl die entsprechende Verföugung der Familienausgleichskasse noch gar nicht rechtskräftig sei, beantragt sie sicherstellende Vorkehren, dass keine weiteren Abzüge getätigt werden (vgl. Urk. 1 S. 14 ff.).

Dazu ist jedoch anzumerken, dass die Beschwerdegegnerin in der Vernehmlassung vielmehr festhielt, dass - solange gegen die angefochtene Verföugung ein Rechtsmittel hängig sei - die Verföugung nicht vollstreckbar sei, weshalb allenfalls zu Unrecht ausgerichtete Zulagen bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verföugung nicht an sie (die Familienausgleichskasse) zurückzuerstatten seien (Urk. 7 S. 4). Daher, und da es im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren einzig den (öffentlich-rechtlichen) Anspruch der Beschwerdeführerin gegenüber der Familienausgleichskasse zu beurteilen gilt, bleibt vorliegend für vorsorgliche Massnahmen im (zivilrechtlichen) Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin (in welchem der Lohnabzug erfolgte) kein Raum.

## 7.1.1.1.1.1.1

7.1.1.1.1.1 Die Beschwerdeführerin obsiegt teilweise (die Rückweisung der Sache zur materiellen Prüfung des Erlassgesuches ist als teilweises Obsiegen zu qualifizieren), weshalb sie Anspruch auf eine reduzierte Prozessentschädigung hat (vgl. Zünd/Pfiffner Rauber, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, 2. Auflage, § 34 Rz 8 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Die Entschädigung ist ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen und vorliegend auf Fr. 1'100.- festzusetzen (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer; § 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht [GSVGer] in Verbindung mit Art. 61 lit. g ATSG).

Insoweit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung gegenstandslos; im übrigen Umfang sind die Voraussetzungen für deren Gewährung zu prüfen.

## 7.2

7.2.1 Nach Gesetz und Praxis sind in der Regel die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Verteidigung erfüllt, wenn der Prozess nicht aussichtslos, die Partei bedürftig und die anwaltliche Verteidigung notwendig oder doch geboten ist (BGE 103 V 46, 100 V 61, 98 V 115).

7.2.2 Aus dem von der Beschwerdeführerin unterzeichneten Formular zur Abklärung der prozessualen Bedürftigkeit (nachfolgend: Formular; vgl. Urk. 10 und Urk. 13) und den damit eingereichten Unterlagen (Urk. 11/1-38) ergibt sich folgendes Bild ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit:

Gemäss Angaben der Versicherten sowie der entsprechenden Bestätigung des Steueramtes der Stadt Z. \_\_\_ verfügt die Versicherte über kein Vermögen (Ziff. I des Formulars sowie Urk. 13). Sodann ist von einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen in Höhe von Fr. 3'260.50 auszugehen, entsprechend dem Durchschnitt der in den Lohnabrechnungen Juni bis Dezember 2012 ausgewiesenen Nettolöhne (ohne Kinderzulagen, vgl. Urk. 11/2-4). Dieser Betrag liegt im übrigen auch in der Grössenordnung dessen, was die Versicherte im Jahr 2011 monatlich durchschnittlich verdient hatte (nämlich Fr. 3'310.-; vgl. Angaben im beigelegten Lohnausweis 2011 [Urk. 11/1]: Nettolohn Fr. 42'722.-- abzüglich Fr. 3'000.-- Kinderzulagen : 12).

Bei der Berechnung des Existenzminimums ist sodann von folgenden monatlichen Ausgaben auszugehen: Grundbetrag in Höhe von Fr. 1'200.-- (für eine alleinstehende Person ohne Hausgemeinschaft; vgl. Kreisschreiben des Obergerichts betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, Ziff. II), Miete Fr. 861.-- (Ziff. IV/5 des Formulars, vgl. Urk. 11/6), durchschnittliche Aufwendungen für Heizung in Höhe von Fr. 27.50 und für Telefon/Internet in Höhe von Fr. 157.90 (Ziff. IV/6 des Formulars), Krankenkassenprämien (nach KVG, abzüglich der erhaltenen Prämienverbilligung) in Höhe von Fr. 105.15 (Fr. 161.15 abzüglich Fr. 56.-- [Fr. 672.-- : 12]; vgl. Urk. 11/35 und Urk. 11/36), monatlicher Anteil Prämie für Hausrat- und Haftpflichtversicherung in Höhe von Fr. 17.65 (vgl. nicht nachvollziehbare Angabe in Ziff. IV/8 des Formulars,



Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.