

—
Anwaltsbüro

—
Schwarztorstrasse 7
Postfach, 3001 Bern
T 031 376 04 70
F 031 376 04 72
www.hauser-junker.ch

—
Gerhard Hauser-Schönbächler
Fürsprecher / Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
hauser@hauser-junker.ch

—
Janine Junker Leu
Rechtsanwältin
junker@hauser-junker.ch

—
Simon Schneider
Rechtsanwalt
schneider@hauser-junker.ch

Ergänzungsleistungen für ältere Arbeitslose

Gutachten zuhanden der SKOS

1. Ausgangslage/Fragestellung

Am 22. Februar 2018 stellte die Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) das Positionspapier zu "Alternativen zur Sozialhilfe für über 55-Jährige" vor. Dieses enthält gemäss Untertitel "Vorschläge der SKOS für eine nachhaltige Verbesserung der Lebenslagen von Erwerbslosen und Sozialhilfebeziehenden über 55".

Dieses Positionspapier beginnt als erste präventive Massnahme mit der Forderung "Keine Aussteuerung ab 55 Jahren: Das Sozialversicherungssystem ist so auszugestalten, dass Personen ab 55 Jahren bei einem Stellenverlust versichert bleiben, wenn sie während mindestens 20 Jahren gearbeitet haben."

Die Erfahrung zeigt, dass die Hauptsorge von Arbeitnehmenden, die nach dem 55. Lebensjahr entlassen werden, das finanzielle Überleben einer längeren Arbeitslosigkeit bis zum Bezug der Altersrente ist, insbesondere wenn sie noch Kinder in der Ausbildung haben. Viele müssen vom angesparten Vermögen leben und befürchten, das ersparte Wohneigentum verkaufen zu müssen, obschon sie dort wesentlich günstiger leben als in einer Mietwohnung.

Aufgabe dieses Gutachtens ist es, die Machbarkeit von geeigneten Massnahmen zu prüfen, vorweg unter dem Gesichtspunkt der Bundeskompetenz und der völkerrechtlichen Verpflichtungen. Für konkrete Lösungen sind fünf verschiedene, in sich komplexe Rechtsgebiete aufeinander abzustimmen: Die Arbeitslosenversicherung, die Ergänzungsleistungen, das EU-Recht, das Ausländerrecht und die Sozialhilfe. Im Zusammenspiel dieser Rechtsgebiete soll ein Vorschlag entwickelt werden, der die konkreten Probleme lösen hilft, ohne falsche Anreize zu setzen.

2. Die Arbeitslosenversicherung

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in unselbstständiger Stellung Arbeit leisten (Art. 10 ATSG, SR 830.1), sind in der Schweiz obligatorisch gegen Arbeitslosigkeit versichert. Die Arbeitslosenversicherung leistet neben der eigentlichen Arbeitslosenentschädigung Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigungen sowie Entschädigungen bei Insolvenz des Arbeitgebers (Art. 7 Abs. 2 AVIG, SR 837.0). Zusätzlich gewährt sie zur Verhütung und Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Beiträge für eine effiziente Beratung und Vermittlung der Arbeitslosen sowie für arbeitsmarktliche Massnahmen für versicherte Personen (Art. 7 Abs. 1 AVIG). Untersuchungsgegenstand an dieser Stelle ist nur die eigentliche Arbeitslosenentschädigung.

Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung haben grundsätzlich Versicherte, die arbeitslos und in der Schweiz wohnhaft sind, die Beitragszeit erfüllt haben und vermittlungsfähig sind (Art. 8 AVIG). Die weiteren Voraussetzungen sind im vorliegenden Kontext wenig relevant. Sobald sich eine versicherte Person bei der Arbeitslosenversicherung meldet und Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung geltend macht, werden ihr zwei Rahmenfristen gesetzt: Eine Rahmenfrist für die Beitragszeit, die zwei Jahre vor der Anmeldung beginnt, und eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug, die zwei Jahre nach der Anmeldung endet (Art. 9 AVIG).

Die versicherte Person hat – während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug – Anspruch auf 400 Taggelder (entspricht 80 Wochen), wenn sie in der Rahmenfrist eine Beitragszeit von 18 Monaten nachweisen kann (Art. 27 AVIG). Hat sie das 55. Altersjahr zurückgelegt (oder bezieht sie eine IV-Rente) und war sie in der Rahmenfrist für die Beitragszeit während mindestens 22 Monaten versichert, erhöht sich der Anspruch auf 520 Tage; d.h. sie hat Anspruch auf eine Entschädigung während genau zwei Jahren, also während der gesamten Rahmenfrist für den Leistungsbezug.

Gestützt auf eine entsprechende Kompetenz (Art. 27 Abs. 3 AVIG) hat der Bundesrat den Leistungsbezug zusätzlich ausgedehnt für Versicherte, die "kurz vor dem Rentenalter" stehen. Nach gesetzlicher Vorgabe gilt die Regelung "für Versicherte, die innerhalb der letzten vier Jahre vor Erreichung des AHV-Rentenalters arbeitslos geworden sind". Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug wird bis zum letzten Monat vor Bezug der AHV verlängert und die Taggelder werden um 120 erhöht (Art. 41b AVIV, SR 837.02).

Schematisch (und vereinfacht) dargestellt gilt:

Alter	Beitragszeit von	Taggelder
<i>ab 25</i>	<i>18 bis 24 Monaten (12 bis <18 Monaten)</i>	<i>400 Taggelder 260 Taggelder</i>
<i>ab 55</i>	<i>22 bis 24 Monaten</i>	<i>520 Taggelder</i>
<i>ab 60/61</i>	<i>22 bis 24 Monaten (18 bis <22 Monaten)</i>	<i>640 Taggelder 520 Taggelder</i>

Zusammengefasst können somit arbeitslose Personen ab dem 55. Geburtstag während höchstens zwei Jahren Taggelder der Arbeitslosenversicherung beziehen. Wer nach dem 60. Geburtstag (Frauen), resp. dem 61. Geburtstag (Männer) arbeitslos wird, erhält höchstens 640 Taggelder, d.h. während ca. zweieinhalb Jahren, mit Zwischenverdienst auch länger.

Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach dem letzten Lohn (mit Ausnahmen). Der höchste versicherte Verdienst beträgt zurzeit jährlich CHF 148'200.-. Vom versicherten Verdienst erhält eine arbeitslose Person 80%, wenn sie unterhaltspflichtige Kinder unter 25 Jahren hat, andernfalls 70%. Monatlich ergibt dies höchstens CHF 9'880.-.

Die Arbeitslosenversicherung wird durch paritätische Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmenden finanziert (Art. 2 AVIG).

Wer keinen Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung mehr hat, wird als Ausgesteuerte oder Ausgesteuerter bezeichnet.

3. Ausgesteuerte in der Sozialhilfe

Wer keine Entschädigungen der Arbeitslosenversicherung (mehr) beziehen kann und auch sonst aus keinem anderen Sozialversicherungszweig (AHV, IV, EO, UVG, Krankentaggeld) Leistungen erhält, ist zum Bestreiten seines Lebensunterhalts auf andere Einnahmen angewiesen, zum Beispiel auf Vermögensverzehr. Fehlt ein Vermögen, bleibt nur der Gang zur Sozialhilfe übrig. "Bedürftig ist, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann." (Art. 2 ZUG, SR 851.1)

Sozialhilfe erhält somit jemand nur, wenn das Vermögen aufgebraucht ist. Nach den Richtlinien der SKOS (E.2.1) wird ein Vermögensfreibetrag von CHF 4'000.- pro erwachsene Person empfohlen, d.h. bei einem Ehepaar CHF 8'000.-. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass Ausgesteuerte, die über Ersparnisse verfügen, die höher sind als CHF 4'000.- resp. CHF 8'000.- keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben. Personen, die in selbstbewohntem Wohneigentum günstiger wohnen als in einer Mietwohnung, wird u.U. vorübergehend der Hypothekarzins bezahlt. Längerfristig muss aber ein Verkauf ins Auge gefasst werden, um die bezogene Sozialhilfe zurückzuerstatten.

Oft verfügen Personen, die nach dem 55. Altersjahr ausgesteuert werden, über Ersparnisse, die ihnen erlauben, unter massiver Reduktion der Ausgaben zu überleben, ohne Sozialhilfe beziehen zu müssen. Zielgruppe einer gesetzlichen Regelung als Alternative zur Sozialhilfe für über 55-Jährige wären neben den heute Sozialhilfeabhängigen auch diese Personen.

4. Arbeitslosenfürsorge

Nach Art. 114 Abs. 5 BV kann der Bund "Vorschriften über die Arbeitslosenfürsorge erlassen". Diese Bestimmung wurde am 13. Juni 1976 von Volk und Ständen als Art. 34^{novies} in die alte Bundesverfassung aufgenommen und im Rahmen der Nachführung in Art. 114 der aktuellen Bundesverfassung übernommen.

Zum Inhalt der Kompetenz besteht ein grundlegendes Gutachten des Bundesamtes für Justiz (BJ) vom 26. August 2015, publiziert in der VPB 2016.2 (S. 15 – 31). Das BJ kommt dabei zum Schluss, dass "der Bund seine Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 114 Abs. 5 BV wahrnehmen sollte, wenn der soziale Schutz arbeitsloser Personen weder durch die Arbeitslosenversicherung noch durch die kantonale Sozialhilfe in befriedigender Weise sichergestellt ist. Ansonsten würde dies zu einer Lücke bei der sozialen Sicherheit führen, welche mit den in Art. 41 BV verankerten Sozialzielen nicht vereinbar ist." (Ziff. 1 der Regeste).

Der Bundesrat und das Bundesgericht (Entscheid vom 18.6.04, I 104/03, E. 4.3.) unterschieden nach dem Gutachten drei Stufen des Sozialschutzes von Arbeitslosen: Zuerst die Arbeitslosenversicherung, an zweiter Stelle die Arbeitslosenfürsorge und an dritter die Sozialhilfe im eigentlichen Sinn. Wir sprechen in der Folge von der zweiten Stufe, der Arbeitslosenfürsorge.

Das Gutachten des BJ zitiert aus dem Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 13.4010 vom 25. Februar 2015 "Mit Ausgesteuerten, Working Poor und Einelternhaushalten sind neue, von Armut und Ausgrenzung gefährdete Kategorien entstanden". Gestützt auf

diesen Bericht sei es mit Blick auf die Sozialziele von Art. 41 BV juristisch vertretbar zu verlangen, dass der Gesetzgeber aktiv werden müsse. Eine klare Stellungnahme zur Frage, ob der Gesetzgeber tätig werden *müsse*, lehnt das BJ jedoch ab: "le législateur n'a pas l'obligation d'épuiser cette compétence" (Ziff. 5.1., S. 28).

Für diese Position wird insbesondere das Subsidiaritätsprinzip angeführt, wonach es in erster Linie Sache der Kantone sei, in der Sozialhilfe tätig zu werden. Entsprechend gibt es in ein paar Kantonen Formen der Sozialhilfe, die Arbeitslosen vorbehalten ist. Auch andere Autoren, namentlich THOMAS GÄCHTER (Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A. Art. 114 N 26) vertreten die Auffassung, dass eine Lücke im Netz der sozialen Sicherheit vorhanden sein müsse, damit der Bund eine Regelung ins Auge fassen darf.

Dass zwischen der Arbeitslosenversicherung und der Sozialhilfe bis heute keine Lücke identifiziert wird, liegt auch daran, dass der Bund im Bereich der Arbeitslosigkeit die Trennung zwischen Arbeitslosenversicherung und -fürsorge nicht nach rein versicherungsrechtlichen Kriterien vornimmt. Der Begriff der Arbeitslosenversicherung wird gesetzlich weit ausgelegt und ist nicht auf beitragsbezogene Leistungen beschränkt. Grundlage hierfür bietet nicht nur Art. 114 Abs. 5 BV, sondern auch Art. 114 Abs. 2 BV (vgl. GÄCHTER, a.a.O.). Wer von einer eher umfassenden Definition ausgeht, wie die EU-Verordnung 883/2004 (s. dazu anschliessend), dürfte daher einige in der Arbeitslosenversicherung enthaltenen Leistungen als Arbeitslosenfürsorge (oder ähnliches) und nicht als Arbeitslosenversicherung betrachten. Als wichtigstes Beispiel gilt die Beitragsbefreiung für einzelne Gruppen gemäss Art. 14 AVIG (vgl. PATRICIA USINGER-EGGER, Ausgewählte Rechtsfragen des Arbeitslosenversicherungsrechts im Verhältnis Schweiz-EU, in: Thomas Gächter (Hrsg.), Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, S. 33 ff., 49 ff.). Andere Beispiele, wie der Bund Lücken der "eigentlichen Versicherung" gegenüber der Sozialhilfe zu füllen vermag, sind Änderungen der Rahmenfristen für bestimmte Bevölkerungsgruppen (z.B. Jugendliche oder ältere Arbeitnehmer).

Wenn der Bundesrat und das Parlament die rechtliche Situation für Ausgesteuerte als lückenhaft und unvereinbar mit den Sozialzielen der BV betrachten, besteht gemäss BJ die verfassungsmässige Kompetenz, eine Regelung vorzusehen. "Compte tenu du rôle subsidiaire de l'aide aux chômeurs par rapport à l'assurance-chômage, les chômeurs de longue durée, ayant épuisé leur droit aux prestations de l'assurance-chômage devraient être les premiers concernés." (Ziff. 6.2, S. 30). Auch wenn das Gutachten in der Frage, ob ein eigentlicher Gesetzgebungsauftrag besteht, eher zurückhaltend bleibt, besteht somit kein Zweifel, dass der Bundesgesetzgeber befugt ist, unter der Kompetenz der "Arbeitslosenfürsorge" die finanzielle Unterstützung von älteren Ausgesteuerten zu regeln, wie er dies mit verlängerten Rahmenfristen vier Jahre vor dem AHV-Alter schon getan hat. Über den Umfang, die Dauer und die Höhe einer Entschädigung ist in der Folge zu diskutieren.

5. Ergänzungsleistungen

Das Positionspapier der SKOS "Alternativen zur Sozialhilfe für über 55-Jährige" schlägt vor, dass Ausgesteuerte, welche die Voraussetzungen für einen zusätzlichen Schutz erfüllen, "von der Arbeitslosenversicherung mindestens existenzsichernde Leistungen (erhalten). Dabei kann auf die Regelung der Ergänzungsleistungen abgestellt werden." (S. 17)

Wenn der Bund seine Kompetenz im Bereich "Arbeitslosenfürsorge" wahrnehmen will, muss er dies nicht zwingend im Arbeitslosenversicherungsgesetz tun. Notwendig ist eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn, d.h. in einem Gesetz. Diese könnte auch in einem speziellen

Gesetz oder im Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen (ELG, SR 831.30) geschaffen werden.

Ergänzungsleistungen sind, wie der Name sagt, Ergänzungen zur AHV und IV-Rente. Anspruch darauf haben Personen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie eine AHV- (Alters-, Witwen-, Waisen-) oder IV-Rente beziehen. Ausländerinnen und Ausländer erhalten sie in der Regel nur, wenn sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten und zehn Jahre im Land sind (Art. 5 Abs. 1 ELG). Ergänzungsleistungen werden nicht ins Ausland ausbezahlt.

Die Ergänzungsleistungen sind grosszügiger als die Leistungen der Sozialhilfe. Ausbezahlt wird der Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen. Anerkannt werden bei Einzelpersonen CHF 19'290.- und ein Mietzins von CHF 13'200.- pro Jahr sowie die Krankenkassenprämien. Bei Ehepaaren lauten die entsprechenden Zahlen CHF 28'935.- und CHF 15'000.-. Deren Einkommen und anerkannten Ausgaben und allenfalls diejenigen der Kinder werden zusammengerechnet.

Auch Vermögen wird deutlich zurückhaltender angerechnet als bei der Sozialhilfe: Ein Freibetrag von CHF 37'500.- wird bei Alleinstehenden berücksichtigt und CHF 60'000.- bei Ehepaaren. Bei Liegenschaften erhöht sich diese Grenze auf CHF 112'500.- (mit Ausnahmen). Übersteigt das Vermögen diese Grenzen, wird bei Altersrenten ein Zehntel, und bei allen andern Renten ein Fünfzehntel des darüber liegenden Betrags als Einkommen berücksichtigt.

Die Ergänzungsleistungen werden nicht durch Prämien finanziert, sondern durch den Bund, der fünf Achtel der Kosten übernimmt, und durch die Kantone, die drei Achtel übernehmen.

Zusammengefasst gehen die Ergänzungsleistungen von einem höheren Bedarf aus als die Sozialhilfe und sie rechnen ein Vermögen deutlich zurückhaltender an als die Sozialhilfe.

6. Ergänzungsleistungen für ausgesteuerte ältere Arbeitslose

Vom System her ergänzen Ergänzungsleistungen AHV- und IV-Renten. Ergänzungsleistungen ohne entsprechende Renten sind bis heute nur in Ausnahmefällen (s. Art. 4 Abs. 1 Bst. b und d ELG) vorgesehen.

Eine systemkonforme Lösung für ältere Arbeitslose wäre durch eine (sehr) tiefe Grundleistung der Arbeitslosenversicherung denkbar, die durch Ergänzungsleistungen ergänzt wird. Diese Lösung hätte den Nachteil, dass die Grundleistung, auch wenn sie noch so tief ist (z.B. ein Taggeld von CHF 50.-) unabhängig von der Bedürftigkeit ausbezahlt werden müsste. Auch der ausgesteuerte Mann einer gutverdienenden Frau würde sie erhalten, auch wenn die EL-Grenzen des Ehepaars längstens überschritten werden.

Entsprechend wäre wohl nur eine Ergänzungsleistung ohne Grundleistung der AIV sinnvoll. Dabei würden die individuelle Einkommenssituation und der Bedarf abgeklärt – wie bei der Sozialhilfe. Nach den Vorstellungen der SKOS würden nur diejenigen Personen davon profitieren, die nach jahrzehntelanger Arbeitstätigkeit mit 55+ ihre Stelle verlieren.

Die Voraussetzungen nach dem Positionspapier der SKOS wären:

- a. Verlust der Stelle nach dem 55. Geburtstag: Danach erhalten die Betroffenen vorerst 2 Jahre Arbeitslosenentschädigung, meist wohl während 520 Tagen. Ausgesteuert werden sie entsprechend frühestens mit 57.

- b. 20 Jahre Erwerbstätigkeit in der Schweiz: Diese Voraussetzung muss unter dem Aspekt der Nicht-Diskriminierung von EU-Bürgerinnen und -Bürgern und dem für die Schweiz massgebenden EU-Recht genau untersucht werden (s. unten, EU-Recht).
- c. Vermittlungsfähigkeit nach Art. 15 AVIG, d.h. Vermittlungsbereitschaft, Bereitschaft zur Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen und Einhaltung der Kontrollvorschriften, d.h. Anmeldung beim RAV mit allen Pflichten.

7. Das EU-Recht

7.1. Die Arbeitslosigkeit nach EU-Recht

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 (SR 0.831.109.268.1, in der Folge VO) koordiniert die Systeme der sozialen Sicherheit. Es ist das grundlegende Regelwerk der EU um sicherzustellen, dass europäische Arbeitnehmende in verschiedenen Ländern arbeiten können, ohne im System der sozialen Sicherheit (insb. bei Altersrenten und Arbeitslosenentschädigungen) diskriminiert zu werden. Entsprechend gibt es viele Urteile dazu. Die VO ist in der Schweiz anwendbar und wird vom Bundesgericht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ausgelegt.

Der persönliche Anwendungsbereich der VO 883/2004 bestimmt sich insbesondere danach, ob sich eine Person gültig im zuständigen Mitgliedstaat aufhält. Entsprechend hat der EuGH in der Rechtssache Dano (Rs. C-333/13 vom 11.11.14) entschieden, dass keine Diskriminierung vorlag, als eine in Deutschland wohnhafte rumänische Staatsangehörige kein Arbeitslosengeld II (Hartz IV) erhielt, da sie bereits länger als drei Monate in Deutschland lebte, ohne erwerbstätig zu sein und daher kein gültiges Aufenthaltsrecht mehr besass (s. dazu hinten zum Aufenthaltsrecht).

Der sachliche Anwendungsbereich der VO 883/2004 bestimmt sich nach deren Art. 3. "Eine Leistung kann dann als Leistung der sozialen Sicherheit betrachtet werden, wenn sie erstens den Empfängern ohne jede auf Ermessen beruhende individuelle Bedürftigkeitsprüfung aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands gewährt wird und sich zweitens auf eines der in Art. 3 Abs. 1 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht." (MAXIMILLIAN FUCHS, in Fuchs, Hrsg., Europäisches Sozialrecht, 7. A, Mainz 2018, Art. 3 N 7). Zu den versicherten Risiken, welche nach der Verordnung koordiniert werden, gehören insbesondere die "Leistungen bei Arbeitslosigkeit". Der Begriff Arbeitslosigkeit wird nicht national definiert, sondern bestimmt sich nach der VO und der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH.

Gemäss Art. 3 Abs. 5 gilt die VO 883/2004 nicht für "soziale und medizinische Fürsorge".

Grundsätzlich führt die Anwendbarkeit der VO Nr. 883/2004 dazu, dass generell sämtliche Leistungen unabhängig vom Wohnort zu leisten (Art. 7 VO) und Versicherungszeiten aus einem anderen Mitgliedstaat anrechenbar sind (Art. 6 VO), soweit solche nach dem Recht des zuständigen Mitgliedstaates Voraussetzung für die Leistung sind. Für die einzelnen Sozialversicherungszweige finden sich spezielle Bestimmungen in der VO 883/2004, so die Art. 61 ff. für die Leistungen bei Arbeitslosigkeit.

Art. 61 VO 883/2004 regelt vorweg den Fall von versicherten Personen, die in einem Mitgliedstaat arbeitslos werden, in welchem sie zuvor erwerbstätig und wohnhaft waren: Wenn die Leistung von der Erfüllung einer bestimmten Versicherungszeit abhängig ist, werden Versicherungszeiten, die in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wurden, angerechnet, wenn die Versicherungszeiten im zuständigen Mitgliedstaat nicht ausreichen. Dabei ist vorausgesetzt, dass die versicherte Person *unmittelbar zuvor* (Art. 61 Abs. 2 VO) nach den Rechtsvorschriften, nach denen die

Leistungen beantragt wurden, Versicherungszeiten zurückgelegt hat. Eine Versicherungs- oder Beitragszeit ist dann als "unmittelbar zuvor" in einem Mitgliedstaat zurückgelegt anzusehen, wenn unabhängig von der zwischen der Beendigung der letzten Versicherungs- oder Beitragszeit und dem Antrag auf Leistungen verstrichenen Zeit in der Zwischenzeit keine weitere Versicherungs- oder Beitragszeit in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegt wurde (BGer 8C_273/2015 E. 3.3, s. auch FUCHS, a.a.O. Art. 61 N 12).

Art. 63 VO sieht vor, dass grundsätzlich keine Leistungen bei Arbeitslosigkeit in andere Mitgliedstaaten exportiert werden. Ausnahmen bestehen hier einzig für Versicherte, bei denen Wohnort und Erwerbort auseinanderfallen, also zum Beispiel bei den unechten Grenzgängern und in den Fällen gemäss Art. 64 der VO, die nachfolgend erläutert werden. Dieses System wird zurzeit gerade revidiert.

Art. 64 VO regelt den Fall, dass eine Person, die in einem Mitgliedstaat als arbeitslos gemeldet ist, in einen anderen Mitgliedstaat zieht, um dort Arbeit zu suchen. In diesem Fall werden die Leistungen noch während dreier Monate weitergezahlt. Ausnahmsweise wird diese Frist auf sechs Monate erstreckt. Nach Ablauf der Frist werden die Leistungen nur weiterhin erbracht, wenn die versicherte Person in den zuständigen Mitgliedstaat zurückkehrt.

Eine Verlängerung der Rahmenfrist auf zehn oder zwanzig Jahre steht zu diesem System nicht in direktem Widerspruch. Die Wahl des Berechnungszeitraums liegt den Mitgliedstaaten frei. Wenn zum Beispiel ein französischer Staatsangehöriger ein Jahr in der Schweiz gearbeitet hat und davor zehn Jahre ununterbrochen in Frankreich erwerbstätig war, erfüllt er das Kriterium einer Rahmenfrist von zehn Jahren. Wenn er zwischen der Erwerbstätigkeit in Frankreich und der in der Schweiz jedoch noch ein Jahr in Deutschland arbeitete, dann kann nur dieses ein Jahr in Deutschland angerechnet werden. Er würde die Voraussetzung der Rahmenfrist nicht erfüllen.

7.2. Abgrenzung zu Fürsorgeleistungen u.ä. unter der VO 883/2004

Es ist jedoch keineswegs gesichert, dass die von der SKOS vorgeschlagene Regelung als "Leistung bei Arbeitslosigkeit" bezeichnet werden muss, wofür die oben beschriebenen relativ strengen Bestimmungen gelten. Zwischen der "Fürsorge", die der VO 883/2004 entzogen ist, und den "Leistungen bei Arbeitslosigkeit" kennt die VO zwei weitere Kategorien, die sie regelt: "Vorruhestandsleistungen" und im Kapitel 9 "Besondere beitragsunabhängige Geldleistungen". Diese beiden unterliegen gewissen Regeln der VO.

Bei einer Vorruhestandsleistung müssten die zurückgelegten Versicherungszeiten in andern Ländern nicht mehr berücksichtigt werden (Art. 66 VO). Die von der SKOS vorgeschlagene Regelung kann jedoch nicht als "Vorruhestandsleistung" bezeichnet werden. Nach der Definition in Art. 1 Bst. x müssen die Arbeitnehmer "ihre berufliche Tätigkeit eingeschränkt oder beendet haben" und nicht mehr "der Arbeitsverwaltung des zuständigen Staates zur Verfügung stehen". Das ist vorliegend eben gerade nicht der Fall; das Ziel der Regelung ist ein Verbleib im System der regionalen Arbeitsvermittlung (RAV) und keine Beendigung der beruflichen Tätigkeit. Eine Vorruhestandsleistung liegt somit nicht vor.

Zur Prüfung einer "besonderen beitragsunabhängigen Geldleistung" müssen wir mit der ausgenommenen "Fürsorge", resp. der "Sozialhilfe", wie sie auch im deutschen Recht genannt wird, beginnen, die ausdrücklich vom Anwendungsbereich der VO ausgeschlossen ist. Fürsorge, resp. Sozialhilfe definierte der EuGH lange Zeit nach den "Wesensmerkmalen" und der Zweckbestimmung nach folgenden Kriterien (FUCHS, a.a.O. N 35 ff.):

- Bedürftigkeit
- Fehlen von Berufstätigkeits-, Mitgliedschafts- oder Beitragszeiterfordernis
- Einzelfallbeurteilung
- kein Rechtsanspruch

Das letzte Kriterium wurde jedoch zunehmend zurückhaltend angewendet, da ein zumindest bedingter Rechtsanspruch in vielen Mitgliedstaaten verbreitet ist. In den Vordergrund trat bei der Abgrenzung von Fürsorge zu Sozialversicherung die Frage, welche Wesensmerkmale die zu prüfende Leistung aufweist. Insbesondere ist zentral, ob die Fürsorgeleistung einen Bezug zu einem der in Art. 3 Abs. 1 der VO aufgeführten Risiken aufweist. "Bei der Prüfung, ob eine Leistung nach Abs. 5 ausgeschlossen ist, muss (...) stets auch die Rechtsprechung zu den besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen im Sinne des Art. 70 mit berücksichtigt werden. Erst vor diesem Hintergrund lässt sich eine verlässliche Zuordnung einer Leistung vornehmen." (FUCHS, a.a.O. Art. 3 N 38)

"Besondere beitragsunabhängige Geldleistung" weisen "sowohl Merkmale der sozialen Sicherheit als auch der Sozialhilfe" auf (Art. 70 Abs. 1). Sie sind dazu bestimmt:

- einen zusätzlichen, ersatzweisen oder ergänzenden Schutz gegen die Risiken zu gewähren, die von den in Art. 3 genannten Zweigen der sozialen Sicherheit gedeckt sind, und den betreffenden Personen ein Mindesteinkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts garantieren, das in Beziehung zu dem wirtschaftlichen und sozialen Umfeld dieser Person in dem betreffenden Mitgliedstaat steht, und
- deren Finanzierung ausschliesslich durch obligatorische Steuern erfolgt und deren Gewährung und Berechnung nicht von Beiträgen hinsichtlich der Leistungsempfänger abhängen; und
- in Anhang X aufgeführt sind.

Im Anhang X hat die Schweiz die Ergänzungsleistungen aufnehmen lassen sowie zusätzlich "Beitragsunabhängige Mischleistungen bei Arbeitslosigkeit nach kantonalen Rechtsvorschriften". In den Erwägungen zur Verordnung 883/2004 (Ziff. 37) wird betont, dass der Begriff der "besonderen beitragsunabhängigen Geldleistung" eng ausgelegt werden muss.

Es geht somit darum, ob ein Schutz gegen die Risiken gewährt wird, die durch Art. 3 gedeckt sind, also konkret "Leistungen bei Arbeitslosigkeit". Die Rechtsprechung des EuGH hat den Begriff einzelfallbezogen negativ definiert. Eine Leistung hat zum Beispiel dann eher keinen Bezug zur Arbeitslosigkeit,

- wenn sie nicht an eine Beitragspflicht oder an zurückgelegte Arbeitszeiten anknüpft,
- wenn die Leistung einmalig und nicht periodisch erfolgt,
- wenn die Leistungen an Bedingungen geknüpft sind oder gegebenenfalls zurückgezahlt werden müssen oder
- wenn sie nicht einen Erwerbsausfall aufgrund einer Arbeitslosigkeit aus wirtschaftlichen Gründen ersetzen soll.

(FUCHS, a.a.O. Art. 3 N 21 f. und EuGH Rs. C-57/96, Meints)

Das Vorliegen eines solchen Kriteriums für sich reicht aber aufgrund der einzelfallbezogenen Betrachtung nicht aus, um auszuschliessen, dass eine Leistung als Leistung bei Arbeitslosigkeit bezeichnet wird. So betrachtete der EuGH im Fall De Cuyper (EuGH Rs. C-406/04) eine Leistung als arbeitslosigkeitsbezogen, die zwar an die Arbeitslosenversicherung anknüpfte, jedoch bei über 50-jährigen unter Umständen auf bestimmte Voraussetzungen verzichtete.

Die "besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen" nach Art. 70 VO 883/2004 sind im Grund nichts anderes als eine Kodifizierung der schwierigen Abgrenzungen, die der EuGH zwischen den Leistungen bei Arbeitslosigkeit und der Fürsorge vornahm. In diversen Fällen waren ähnliche Regelungen zugunsten älterer Arbeitslosen Gegenstand des Urteils wie im heutigen Vorschlag der SKOS. Hervorgehoben wird der Misch- oder Hybridcharakter von Leistungen der sozialen Sicherheit und der Sozialhilfe, in dem sie auf ein Mindesteinkommen in einem sozialen Umfeld Bezug nehmen. Die Leistung muss "Sonderleistungscharakter" haben, indem sie sich auf die Leistung bei Arbeitslosigkeit bezieht, darf aber nicht von Beschäftigungs- und Beitragszeiten abhängen, sondern muss Bedürftigkeit lindern (FUCHS, a.a.O., Art. 70 N 8). "Sie muss eine Leistung der sozialen Sicherheit ersetzen oder ergänzen und den Charakter einer Sozialhilfeleistung aufweisen, die aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen gerechtfertigt ist, und es muss nach einer Regelung, die objektive Kriterien festlegt, über sie entschieden werden."

Analysiert man diese Unterscheidungskriterien zwischen "Leistungen bei Arbeitslosigkeit", "Besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen" und "Fürsorge" kann schwer vorausgesagt werden, als was die Vorschläge der SKOS bezeichnet werden müssen. Da bei diesen zumindest implizit der Bezug zur Arbeitslosigkeit offensichtlich ist, muss man damit rechnen, dass die Gerichte sie wohl als "Leistungen bei Arbeitslosigkeit" bezeichnen könnten, was einerseits die Anrechnung der Versicherungszeiten und andererseits zukünftig wohl eine gewisse Exportierbarkeit zur Folge haben könnte.

Dadurch, dass die Ergänzungsleistungen für ältere Arbeitslose nicht durch Beiträge, sondern durch allgemeine Steuermittel finanziert werden sollen und die Schweiz das Gesetz über die Ergänzungsleistungen explizit in Anhang X aufnehmen liess, ist es auch sehr wohl möglich, dass die SKOS-Regelung als "beitragsunabhängige Geldleistung" bezeichnet werden kann. Damit müsste sie nicht exportiert werden (Art. 70 Abs. 3 VO). Weil man sie von Versicherungs- oder Erwerbszeiten abhängig machen will, könnte sie jedoch auch als "normale" Leistung bei Arbeitslosigkeit bezeichnet werden (Art. 61 ff. VO).

7.3. Exkurs: Aufenthaltsrecht für Ausländerinnen und Ausländer

Neben der VO 883/2004 ist auch die VO 492/2011 relevant, in welcher die Freizügigkeit der Arbeitnehmer geregelt wird. Insbesondere Art. 7 der VO 492/2011 (vgl. Art. 7 FZA und Anhang I Art. 9 Abs. 1, SR 0.142.112.681) sieht vor, dass Arbeitnehmende aus anderen Mitgliedstaaten nicht anders behandelt werden dürfen als solche des zuständigen Mitgliedstaates. Darunter fallen zum einen entsprechende Steuererleichterungen, zum anderen aber auch sozialpolitische Leistungen, wie die Befreiung von der Beitragspflicht gemäss Art. 14 AVIG (PATRICIA USINGER-EGGER, Ausgewählte Rechtsfragen des Arbeitslosenversicherungsrechts im Verhältnis Schweiz-EU, in: Thomas Gächter (Hrsg.), Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, S. 33 ff., 49 ff.).

Nach der Homepage des Staatssekretariats für Migration SEM erhalten EU-27/EFTA-Angehörige eine Kurzaufenthaltsbewilligung L für die Dauer des Arbeitsvertrags, wenn sie einen Arbeitsvertrag zwischen drei Monaten und einem Jahr nachweisen können. Die gleiche Bewilligung wird an Stellensuchende aus allen EU/EFTA-Staaten erteilt, "dies schafft aber keine Sozialversicherungsansprüche". Wer einen unbefristeten oder länger als ein Jahr gültigen Vertrag vorweisen kann, erhält eine Aufenthaltsbewilligung B, die grundsätzlich auf 5 Jahre befristet ist. Wenn die betroffene Person bei der erstmaligen Erneuerung der Bewilligung während mehr als 12 Monaten arbeitslos war, kann die Bewilligung nur um ein Jahr verlängert werden.

7.4. Zusammenfassung EU-Recht

Personen, die im Alter von 55 Jahren in die Schweiz zum Antreten einer Stelle einwandern und bald danach wieder arbeitslos werden, nachdem sie unmittelbar zuvor (Art. 61 Abs. 2 VO) während der Rahmenfrist für die Beitragszeit in einem EU-Land gearbeitet haben, haben während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug während zwei Jahren Anspruch auf die normalen Leistungen der schweizerischen Arbeitslosenversicherung (Art. 6 VO).

Anspruch auf die Leistungen gemäss SKOS-Vorschlag hätten sie, wenn sie auch die zusätzlichen Bedingungen erfüllen. Wir bewegen uns mit dem Vorschlag der SKOS an einer europarechtlich nicht genau definierten Grenze zwischen einer Leistung der sozialen Sicherheit und der Fürsorge. Sollte das Bundesgericht, das die VO 883/2004 nach der Rechtsprechung des EuGH auslegen wird, die Regelung als Leistung der sozialen Sicherheit bezeichnen, stellt sich insbesondere die Frage der Anrechnung ausländischer Versicherungszeiten und des Leistungsexports.

Letzteres könnte vermieden werden, wenn der Vorschlag der SKOS nicht als "Leistung bei Arbeitslosigkeit", sondern als "beitragsunabhängige Geldleistung" ausgestaltet wird. Die Anrechnung ausländischer Versicherungszeiten erfolgte aber auch in diesem Fall. Damit könnte jemand theoretisch mit wenigen Beitragsmonaten in der Schweiz zuerst Arbeitslosenschädigung beantragen – was unbestritten ist –, und anschliessend auch von der speziellen EL-Regelung profitieren. Im Weiteren ist die VO bezüglich des Exports von Leistungen bei Arbeitslosigkeit zurzeit in Revision. Es ist mit einer Ausweitung eines solchen Exports zu rechnen (s. Fuchs, a.a.O., Einführung N 100 ff.).

Es gilt daher eine Regelung (und Formulierung) zu wählen, die möglichst nicht als Leistung bei Arbeitslosigkeit bezeichnet werden kann und sollte, so dass höchstens Art. 70 der besagten VO 883/2004 zur Anwendung gelangt.

8. Mögliche Regelung im ELG

Mit dem untenstehenden Vorschlag wird eine europakompatible Lösung angestrebt. Dieser geht davon aus, dass Personen nach dem vollendeten 57. Altersjahr EL beziehen dürfen, wenn sie unmittelbar vor dem 55. Geburtstag (oder der Entlassung) 10 Jahre dauerhaft erwerbstätig waren. Zwanzig Jahre wie im Vorschlag der SKOS wäre auch möglich, vermutlich aber schwieriger zu vollziehen.

Mit dieser "EL-Rahmenfrist" wird indirekt auf die oben dargestellte Regelung der Arbeitslosenversicherung Bezug genommen, ohne dass sie als eine "Leistung bei Arbeitslosigkeit" zu bezeichnen sein sollte. Ziel der Ergänzungsleistung für ältere Arbeitslose ist es, Personen, die nach langjähriger Arbeitstätigkeit mit 55+ entlassen werden, vor einem Abgleiten in die (Alters-) Armut zu bewahren. Davon profitieren soll, als zusätzliche Voraussetzung, nur, wer in massgebendem Umfang kontinuierlich erwerbstätig war. Nicht für alle, die ab dem 55. Altersjahr arbeitslos werden, soll die Sozialhilfe durch die EL ersetzt werden. Entsprechend ist als zusätzlicher Nachweis der langjährigen, kontinuierlichen Arbeitstätigkeit ein Mindestlohn und eine Mindestdauer der kontinuierlichen Erwerbstätigkeit zu definieren, beispielsweise wer in den zehn Jahren zuvor im Durchschnitt den eineinhalbfachen Betrag der AHV-Maximalrente (z.Z. CHF 2'350.-/Mt.) verdient hat. Dies ergibt ein Bruttojahreseinkommen von CHF 42'300.-. Kontrolliert werden kann dies mit dem IK-Auszug der AHV (Individuelles Konto) unter Abzug der Arbeitslosengelder, auf denen auch AHV abgerechnet wird.

Selbst wenn ein Gericht zum Schluss kommen sollte, dass so eine "Leistung bei Arbeitslosigkeit" vorliegt und nicht eine "beitragsunabhängige Geldleistung" dürfte das Ziel fast vollständig erreicht werden, Personen ab 55 vor einem Abgleiten in die Armut zu bewahren.

Mit der Revision von Art. 11 ELG muss zusätzlich festgehalten werden, dass jedes Einkommen angerechnet wird und nicht nur zwei Drittel wie bei der "normalen" EL. Dies ist insbesondere auch für das Einkommen des Ehepartners wichtig. Anrechenbar müssen aber die Gewinnungskosten sein, auch diejenigen des Ehegatten.

Die weiteren Fragen sollen bewusst an den Verordnungsgeber delegiert werden:

- wird Familienarbeit als Erwerbsarbeit angerechnet und wie? Im Vordergrund stehen dabei die Erziehungsgutschriften der AHV-Gesetzgebung, die zum 16. Geburtstag des jüngsten Kinds gewährt werden. Dabei sind potenzielle Ungerechtigkeiten zu erwarten, weil es heute möglich ist, diese bei nicht verheirateten Paaren nur einem Partner zu geben.
- Gibt es eine (kurze) Zeit, die beitragslos sein kann: z.B. 2 von 10 Jahren, wenn dafür der Durchschnitt CHF 42'300.- erreicht wurde, also insgesamt CHF 423'000.-?

Mit einer solchen EL-Regelung liesse sich ein Problem von vielen älteren Arbeitslosen nachhaltig angehen.

9. Gesetzgebungsvorschlag (ELG)

Art. 4 Abs. 1 Bst. e (neu)

¹Personen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz haben Anspruch auf Ergänzungsleistungen, wenn sie:

- e. nach Aussteuerung durch die Arbeitslosenversicherung und ohne einen Anspruch auf eine Rente:
 1. das 57. Altersjahr vollendet haben;
 2. vermittlungsfähig sind (Art. 15 AVIG);
 3. bei der Regionalen Arbeitsvermittlung (RAV) angemeldet sind;
 4. über kein genügendes Erwerbs- oder Ersatzeinkommen verfügen, um die anerkannten Ausgaben (Art. 10) zu decken; und
 5. unmittelbar vor der Vollendung des 55. Altersjahrs oder, bei einer später eintretenden Arbeitslosigkeit, unmittelbar vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug während mindestens zehn Jahren dauerhaft ein AHV-pflichtiges Einkommen in der durchschnittlichen Höhe von eineinhalb Maximalrenten der AHV erzielt hatten. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten zu den anrechenbaren Erwerbs- und Erziehungszeiten.

Art. 11 Abs. 1ter (neu)

^{1ter} Bei Bezügern von Ergänzungsleistungen nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe e werden die Erwerbseinkünfte voll angerechnet. Abzugsfähig sind die Gewinnungskosten im Umfang von 20 Prozent, höchstens aber 6'000.- pro Jahr.

Bern, 19. September 2018

Gerhard Hauser-Schönbächler
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht