

SSZS

Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge

Publikationsorgan der Konferenz der kantonalen
BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden

59. Jahrgang

Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle

Organe pour les publications officielles de la Conférence
des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations

59^e année



Stämpfli Verlag

www.szs.recht.ch

2 | 15

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

Abhandlungen – Etudes

- 89 Berufliche Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung bei unerlaubtem Aufenthalt in der Schweiz?
Von lic. iur. PATRICK FÄSSLER
- 110 Altersvorsorge 2020 – aus der Sicht der Frau
Von Prof. Dr. iur. GABRIELA RIEMER-KAFKA

Neues aus den sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts – Actualités des Cours de droit social du TF

- 131 Zum Recht der versicherten Person, nach Vorliegen eines medizinischen Gutachtens Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 42 und 44 ATSG; Art. 29 Abs. 2 BV)
Von ELISABETH BERGER GÖTZ
- 134 Anspruchsvoraussetzungen für Taggelder der Arbeitslosenversicherung zur Förderung der selbstständigen Erwerbstätigkeit (Art. 59 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 71a ff. AVIG)
Von ELISABETH BERGER GÖTZ

Rechtsprechung des Bundesgerichts Jurisprudence du Tribunal fédéral

- 138 Zur 2. Säule – Deuxième pilier
Von RA lic. iur. ULRIKE KRAUS-WERNER
- 144 Zur KV/UV – AMal/AA
Von Dr. iur. PATRICIA USINGER-EGGER

Ein Kommentar – Un commentaire

- 152 Väter haben keinen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung – Ein Kommentar zum Urteil des Bundesgerichtes (BGE 140 I 305)
Von Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI

Bibliographie

- 157 Bibliographie zur schweizerischen Sozialversicherung, 2. Halbjahr 2014
Von MLaw AMANDA WITTEW
- 174 **Literaturanzeigen – Bibliographie**
- 179 **Veranstaltungen zum Sozialversicherungsrecht –
Manifestations concernant le droit des assurances sociales**

Ein Kommentar – Un commentaire

Väter haben keinen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung – Ein Kommentar zum Urteil des Bundesgerichtes (BGE 140 I 305)

Von Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Bern

Sachverhalt

A. wurde 2012 zum zweiten Mal Vater und bezog in der Folge drei Wochen Urlaub, grösstenteils zulasten seines Ferienanspruchs. Am 3. September 2012 stellte er bei der AHV-Zweigstelle der Stadt Bern ein Gesuch um «Elternschaftsentschädigung gemäss EOG» für einen «Elternurlaub» von sechs Wochen. Die Arbeitgeberfirma des A. unterstützte dieses Gesuch mit einem gleichentags verfassten Schreiben und beantragte die Deckung des «Erwerbsausfall[s] von A. zu dem Prozentsatz, welcher den weiblichen Angestellten gewährt wird». Die zuständige Ausgleichskasse verneinte einen Anspruch auf Erwerbsersatzentschädigung und hielt daran auch im Einspracheverfahren fest. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern lehnte die Beschwerde von A. ab, worauf dieser Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht einlegte. Er beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, die Zusprechung einer Erwerbsersatzentschädigung für sechs Wochen Vaterschaftsurlaub und die Rückweisung der Sache an das kantonale Gericht bzw. an die Ausgleichskasse zur Festsetzung der konkreten Entschädigung. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

Erwägungen

Der vierzehnwöchige Mutterschaftsurlaub stützt sich auf Art. 16b EOG. Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung hat eine Frau, die neun Monate vor der Niederkunft obligatorisch AHV-versichert war und in dieser Zeit mindestens fünf Monate als Arbeitnehmerin oder selbstständigerwerbend gearbeitet hat. Für die Vorinstanz (siehe E. 3) ist der Wortlaut von Art. 16b EOG klar und unmissverständlich und gibt auch den wahren Sinn der Bestimmung wieder: Ein Mann hat keinen Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung. Dadurch werde weder das Verbot der ungleichen Behandlung der Geschlechter nach Art. 8 Abs. 3 BV noch die EMRK verletzt. Die ungleiche Behandlung der Mütter im Vergleich

zu den Vätern erfolge mit Blick auf die aussergewöhnliche körperliche und psychische Belastung der Mutter durch die Geburt. Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, die Gewährung eines bezahlten Mutterschaftsurlaubes beruhe sowohl auf biologischen als auch auf sozialen Überlegungen. Der vierzehnwöchige Mutterschaftsurlaub lasse sich nur in den ersten Wochen durch biologische Gründe rechtfertigen. Soweit die ganze Dauer des Mutterschaftsurlaubes ausschliesslich durch die Mutter bezogen werden könne, beruhe die Regelung in Art. 16b EOG auf überkommenen gesellschaftlichen Vorstellungen und sei geschlechtsdiskriminierend.

Das Bundesgericht hält fest, dass der Verfassungsgeber mit Art. 8 Abs. 3 BV entschieden habe, dass die Zugehörigkeit zum einen oder anderen Geschlecht grundsätzlich keinen rechtserheblichen Aspekt darstelle. Eine unterschiedliche Behandlung sei nur noch zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen würden (E. 4). Es gilt folglich Art. 16 EOG mit Blick auf die Frage auszulegen, ob die unterschiedliche Behandlung zwischen Frauen und Männern auf verfassungs- und völkerrechtlich zulässigen Gründen beruhe. Hinsichtlich Auslegungsmethodik (E. 6) verweist das Bundesgericht auf den von ihm praktizierten pragmatischen Methodenpluralismus und hält u.a. fest, die verfassungskonforme Auslegung habe «insbesondere dort ihre Grenze, wo entgegen dem klaren gesetzgeberischen Willen (BGE 138 II 271, E. 4.1. S. 224 mit Hinweisen) ein (neuer) sozialversicherungsrechtlicher Anspruch geschaffen würde (vgl. BGE 116 V 198 E. 3b S. 216; BGE 118 V 293 E. 2e S. 298; BGE 126 V 93 E. 4b S. 97, Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts U 30/01 vom 24. Januar 2002 E. 3c)».

Wie die Vorinstanz stellt auch das Bundesgericht fest, dass der Wortlaut des Art. 16b EOG klar und unmissverständlich sei. Zu prüfen sei demnach nur, ob triftige Gründe vorlägen, wonach der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergeben würde. Das Bundesgericht verweist danach (E. 7) auf die langjährige und langwierige Entstehungsgeschichte der heutigen Mutterschaftsversicherung. Nach der Einführung der Mutterschaftsentschädigung hätte das Parlament zahlreiche Vorstösse zur Einführung eines Vater- bzw. Elternurlaubes abgelehnt. Somit steht für das Bundesgericht fest, «dass nicht nur der Gesetzeswortlaut den Entschädigungsanspruch auf die Mütter beschränkt, sondern ebenso der Gesetzeszweck eindeutig auf eine Entschädigung ausschliesslich für Mütter abzielt. Eine Auslegung, wonach auch Väter einen Entschädigungsanspruch hätten, könne auch nicht mit Blick auf die bei der Auslegung zu berücksichtigenden UNO-Abkommen (CEDAW, Kinderrechtskonvention) vorgenommen werden.

Feststellend, dass Art. 16b EOG keiner anderen Auslegung zugänglich ist, dass also nur eine Frau Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung hat, prüft das Bundesgericht anschliessend (ab E. 8), ob die geltende Regelung im EOG, soweit sie den Mutterschaftsurlaub ab der neunten Woche betrifft, allenfalls gegen den Grundsatz der Geschlechtergleichheit verstösst. Für die ersten acht Wochen nach

der Geburt ist der alleinige Entschädigungsanspruch der Mutter auch nach der Auffassung des Beschwerdeführers unbestritten.

In einem Entscheid vom 11. Februar 1994 (Urteil 2P.296/1992) hatte das Bundesgericht dafürgehalten, ein vierzehnwöchiger Mutterschaftsurlaub bewege sich auch rechtsvergleichend im üblichen Rahmen. Einen darüber hinausgehenden Elternurlaub zu gewähren, sei Sache des Gesetzgebers, nicht des Gerichts. Auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) würde sich nichts zugunsten des Beschwerdeführers ableiten lassen. Im EGMR-Entscheid Makin gegen Russland vom 22. März 2012 (Nr. 30078/06, Grosse Kammer) hätte der EGMR klar zwischen Mutterschaftsurlaub («pregnancy and delivery leave») und anschliessendem Elternurlaub («parental leave») unterschieden. Der Ausschluss von Vätern vom Elternurlaub verletze Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK. Diese Entscheidung und Begründung wurde im EGMR-Urteil Hulea gegen Rumänien vom 2. Oktober 2012 (Nr. 33411/05, III. Kammer) bestätigt.

Beim in Art. 16 EOG verankerten Entschädigungsanspruch handelt es sich gemäss Bundesgericht klar um einen Mutterschafts- und nicht um einen Elternurlaub. Eine Diskriminierung falle deshalb auch unter EMRK-Kriterien ausser Betracht. Eine Aufteilung des gesetzlichen Anspruchs auf die Mutterschaftsentschädigung zwischen Mutter und Vater bedürfte einer gesetzlichen Grundlage. Ein solches Vorhaben würde indes mit Art. 4 des (im Urteilszeitpunkt) zur Ratifikation vorgesehenen IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschaftsenschutz im Widerspruch stehen, da diese Bestimmung Frauen einen mindestens 14 Wochen dauernden Mutterschaftsurlaub gewährt.

Kommentar

Dass das Bundesgericht Vätern gestützt auf die geltende Rechtslage keinen Anspruch auf Bezug der Mutterschaftsentschädigung gewähren will, ist keine Überraschung. Zu klar und unmissverständlich ist, wie das Bundesgericht und die Vorinstanz zu Recht feststellen, der Wortlaut von Art. 16b EOG. Auch aus der Entstehungsgeschichte lässt sich kein anderes Auslegungsergebnis erzielen. Über die im Urteil des Bundesgerichts dargelegten Gründen hinaus zeigt auch eine systematische Einordnung von Art. 16b EOG, dass die Gesetzgebung bei der ungleichen Behandlung zwischen Müttern und Vätern konsequent ist. So sieht Art. 16d EO vor, dass der Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung beim Tode der Mutter erlischt; es ist gerade nicht vorgesehen, dass beim Tode der Mutter der Vater an ihrer Stelle die Mutterschaftsentschädigung beziehen könnte, Schutzziel von Art. 16b EOG ist die Mutter und nicht der Vater. Auch der in Art. 329f OR vorgesehene vertragsrechtliche Anspruch auf Mutterschaftsurlaub korrespondiert mit der EOG-Regelung, d. h., nur die Mutter, nicht aber der Vater kann in einem bestehenden Arbeitsvertragsverhältnis Anspruch auf einen mindestens vierzehnwöchigen Unterbruch in der Verpflichtung zur Arbeits-

leistung erheben. Ein Vater kann sich auch nicht beim Tode der Mutter seines Kindes auf den vertragsrechtlichen Urlaubsanspruch berufen. Weitere Regelungen zur Mutterschaft finden sich im Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung (AVIG). Nach Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG ist «Mutterschaft» einer der Gründe, die Arbeitslose vom Erfordernis der Erfüllung der Beitragszeit befreien. Väter können sich nicht auf diesen Befreiungsgrund berufen. Interessant ist dabei die im Rahmen eines Bundesgerichtsentscheides zu Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG getroffene Feststellung, dass die nachgeburtliche Erholungszeit nicht per se als Befreiungstatbestand anerkannt wird, sondern nur dann, wenn zwischen der Mutterschaft und der Unmöglichkeit, einer Beschäftigung nachzugehen, ein Kausalzusammenhang besteht.¹ Das bedeutet gemäss Bundesgericht nichts anderes, als dass für die Zeit zwischen dem Ende des achtwöchigen Beschäftigungsverbots und dem Ende des per Definition (Art. 13 Verordnung zum AVIG) 16 Wochen dauernden Mutterschaftsurlaubes eine Befreiung von der Beitragszeit nur möglich ist, wenn die Nichtbeschäftigung medizinisch indiziert ist.²

Unter dem Titel «Mutterschaft» wird in Art. 5 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) festgehalten, die Mutterschaft umfasse die Schwangerschaft und Niederkunft sowie die nachfolgende Erholungszeit der Mutter. Diese Begriffsdefinition ist wie die meisten Legaldefinitionen im Sozialversicherungsrecht relativ und funktional, d. h., die spezifische Bedeutung des Begriffs ergibt sich erst aus der systematischen Stellung und dem Zweck des Begriffs im Einzelgesetz. Das heisst, dass im EOG die der Schwangerschaft und Niederkunft nachfolgende Erholungszeit auf 14 Wochen festgelegt ist, in der Arbeitslosenversicherung hingegen auf 16 Wochen (mit den oben erwähnten Einschränkungen bezüglich der Befreiung der Beitragszeit). Im Bereich der Krankentaggeldversicherung nach KVG haben versicherte Mütter einen Anspruch auf ein Taggeld bei Mutterschaft während 16 Wochen, wobei davon mindestens acht Wochen nach der Niederkunft zu leisten sind. Der Taggeldanspruch nach KVG dient der Erholung der Mutter (Art. 5 ATSG). Es zeigt sich hier also, dass die zwingend der Erholung der Mutter dienende Zeit im KVG auf acht Wochen beschränkt ist, die anderen acht Wochen können auch vor der Geburt bezogen werden. Die KVG-Regelung unterscheidet sich hier also von derjenigen nach Art. 16b EOG. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass die heutige EOG-Regelung anders ausgelegt werden könnte, als es das Bundesgericht gemacht hat. Dem Gesetzgeber aber würden durchaus Optionen offenstehen, die Mutterschaftsentschädigung mit einer Splittingoption für die Eltern zu regeln. Ein Ausbau sozialer Leistungen müsste damit nicht verbunden sein. Das Bundesgericht lehnt solche Überlegungen indes mit dem Hinweis auf die in Art. 4 des IAO-Mutterschaftsabkommens enthaltene Verpflichtung zu einem mindestens 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub ab. Diese Aussage ist so zu apodiktisch. Das IAO-Mutterschaftsabkommen müsste vertieft analysiert und insbesondere auch im Kontext anderer Menschenrechtsabkommen, namentlich der CEDAW, ausgelegt werden.

¹ Urteils des Bundesgerichts C 40/06 vom 24. Mai 2006, E. 3.

² Kritisch zu dieser Auslegung mit Blick auf Art. 13 AVIV: KIESER, UELI, N 19 zu Art. 5 ATSG.

Der Beschwerdeführer argumentierte hauptsächlich mit der nach Art. 8 Abs. 3 BV und der EMRK verbotenen geschlechtsbezogenen Diskriminierung. Das Bundesgericht rechtfertigt die Ungleichbehandlung zwischen Vätern und Müttern mit dem Argument, es sei auch nach EMRK-Kriterien zulässig, einen der Niederkunft folgenden 14-wöchigen Entschädigungsanspruch nur Müttern und nicht auch bzw. alternativ Vätern zuzubilligen. Richtig an der Argumentation des Bundesgerichts ist, dass sich aus Art. 8 EMRK kein Anspruch auf Sozialleistungen ableiten lässt, es besteht gestützt auf die EMRK weder eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer Mutterschaftsversicherung noch eine solche zu einem weitergehenden Elternurlaub. Richtig ist auch, dass der EGMR bislang nur entschieden hat, dass einseitig die Frauen bevorzugende Regelungen beim Elternurlaub oder Kinderbetreuungsurlaub gegen Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK verstossen. In der Schweiz ist die Situation jedoch speziell, da hier nur eine Mutterschaftsversicherung und kein weitergehender Elternurlaubsanspruch besteht. Die Frage, ob es gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts verstösst, wenn in einem EMRK-Ratifikationsstaat ohne Elternurlaub die Mutterschaftsentschädigung nicht zwischen Mutter und Vater aufgeteilt werden kann, wurde bislang soweit ersichtlich vom EGMR nicht behandelt. Der EGMR hat klar hervorgehoben, dass der Ermessenspielraum der Mitgliedstaaten für unterschiedliche Behandlungen zwischen den Geschlechtern erheblich eingeschränkt ist.³ Sollte der EGMR zum Schluss kommen, dass die Situation einer Mutter und diejenige eines Vaters zumindest für die Zeit nach dem achtwöchigen Arbeitsverbot vergleichbar ist, so liesse sich Ungleichbehandlung zwischen den Geschlechtern für die folgenden sechs Wochen bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubes wohl kaum rechtfertigen.

Noch einmal: Das Urteil des Bundesgerichts ist vom Ergebnis her nicht zu beanstanden, und auch die Begründung ist einigermassen stimmig. Der Gesetzgeber wollte die längst überfällige Mutterschaftsversicherung als Versicherung ausschliesslich für erwerbstätige Mütter realisieren. Das Gericht kann in diese gesetzliche Regelung weder einen zusätzlichen Anspruch des Vaters noch ein Splitting hineininterpretieren. Dennoch, ein Unbehagen bleibt zurück. Weshalb soll es in einer liberalen Gesellschaftsordnung Paaren nicht möglich sein, frei zu entscheiden, ob die Mutter oder der Vater – zumindest für die Zeit nach Ende des nach Arbeitsgesetz geltenden Beschäftigungsverbotes – die Arbeit unterbricht und die Mutterschaftsentschädigung in Anspruch nimmt?

³ EGMR vom 9. November 2010, Appl. No. 664/06, Losonci Rose und Rose ./. Schweiz, Rz. 41.

Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
Publikationsorgan der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden

Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle

Organe pour les publications officielles de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP
et des fondations

Zitierweise: SZS, Jahr, Seite; z.B. SZS 1991 201

Abkürzung vorgeschlagen: RSAS, année, page; p.ex. RSAS 1991 201

Gesamt-
redaktion Prof. Dr. iur. GABRIELA RIEMER-KAFKA, Luzern/Zürich; Ass.-Prof. Dr. iur. BASILE
CARDINAUX, Universität Fribourg; Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof.
Dr. iur. BETTINA KAHIL-WOLFF, Lausanne; lic. iur. HANSPETER KONRAD, Zürich;
PD Dr. iur. URS MÜLLER, SVA Kanton Zürich; Prof. Dr. iur. JACQUES-ANDRÉ
SCHNEIDER, Genf/Lausanne

Redaktion
Gerichts-
entscheide RA lic. iur. ULRIKE KRAUS-WERNER, Luzern; BVG; RA Dr. iur. MARCO REICH-
MUTH, St. Gallen: ATSG/AHVG/IVG/ELG; Dr. iur. PATRICIA USINGER-EGGER,
Winterthur:
KV/UV

Ständige
Mitarbeiter
und Mitarbei-
terinnen lic. iur. ELISABETH BERGER GÖTZ, Advokatin, Bundesgericht, Luzern – lic. iur. DORIS
BIANCHI, Geschäftsführende Sekretärin für Sozialpolitik des Schweizerischen Ge-
werkschaftsbundes, Bern – PD Dr. iur. SILVIA BUCHER, Rechtsanwältin, Zürich – lic.
iur. PETRA FLEISCHANDERL, Fürsprecherin, Bundesgericht, Luzern – Dr. iur.
GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, Rechtsanwältin, Lehrbeauftragte Universitäten Lau-
sanne und Fribourg, Meggen – lic. iur. MÉLANIE FRETZ PERRIN, avocate, Bundes-
gericht, Luzern – Ass.-Prof. Dr. iur. MARC HÜRZELER, Universität Luzern – Prof.
Dr. iur. UELI KIESER, Rechtsanwalt, Zürich/Universitäten Bern und St. Gallen –
Dr. iur. AGNES LEU, Institute of Biomedical Ethics Universität Basel, Gossau – Dr. iur.
MARKUS MOSER, Geschäftsführer der Pensionskasse Novartis, Lehrbeauftragter
Universität Fribourg, Basel – Dr. iur. HANS-JAKOB MOSIMANN, Richter am Sozial-
versicherungsgericht Kanton Zürich, Winterthur – Prof. Dr. iur. ROLAND A.
MÜLLER, Schweizerischer Arbeitgeberverband, Zürich – Dr. iur. ANDREAS TRAUB,
Bundesgericht, Luzern – Prof. Dr. iur. em. HANS F. ZACHER, alt Direktor des Max-
Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

Manuskripte, Rezensionsexemplare und Inserate sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662,
3001 Bern, zu richten.

Abonnements-Service: Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, CH-3001 Bern,
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com

Inserate: Tel. 031 300 63 89, E-Mail: inserate@staempfli.com

Erscheint jährlich in sechs Heften – Abonnementspreis jährlich inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 229.–, Ausland EUR 214.–. Abopreis reine Online-Ausgabe: CHF 179.–.

Sämtliche Preise inkl. MwSt. (Online: 8% / Print: 2.5%) und Versandkosten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Ver-
vielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle
Rechte am Inhalt der Zeitschrift SZS vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der
Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen
jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

L'acceptation des contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur
le contenu du journal SZS. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie,
de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie
de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.

www.szs.recht.ch

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2015 – Printed in Switzerland

ISSN 0255-9072
