

szs

Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge

Publikationsorgan der Konferenz der kantonalen
BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden

60. 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

60^e année



Stämpfli Verlag

www.szs.recht.ch

4 | 16

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

Abhandlungen – Etudes

- 343** Festsetzung und Anpassung der Prämie in der obligatorischen Unfallversicherung
Von Prof. Dr. iur. UELI KIESER

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

- 361** 9C_268/2015 du 3 décembre 2015 (ATF 142 V 87)
361 8C_276/2015 du 8 mars 2016 (publication prévue aux ATF)
362 8C_184/2015 et 8C_185/2015 du 25 avril 2016
Par ARES BERNASCONI, avocat

Rechtsprechung des Bundesgerichts – Jurisprudence du Tribunal fédéral

- 363** Zur 1. Säule – Premier pilier
Von PD Dr. iur. URS MÜLLER

Ein Kommentar – Un commentaire

- 390** Gemischte Methode der Invaliditätsbemessung verstösst gegen die EMRK –
Besprechung des EGMR-Urteils vom 2. Februar 2016,
«Affaire di Trizio c. Suisse, Requête n° 7186/09»
Von Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI
- 401** Urteil des Bundesgerichts 8C_478/2015 vom 12. 2. 2016
(zur Publikation vorgesehen) zu einer ätiologisch-gemischten Schmerzerkrankung
Von EVALOTTA SAMUELSSON

410 Literaturanzeigen – Bibliographie

Bibliographie

- 413** Bibliographie zur schweizerischen Sozialversicherung, 1. Halbjahr 2016
Von MLaw HAMASA DADMAL

- 429** **Veranstaltungen zum Sozialversicherungsrecht –
Manifestations concernant le droit des assurances sociales**

Ein Kommentar – Un commentaire

Gemischte Methode der Invaliditätsbemessung verstösst gegen die EMRK – Besprechung des EGMR-Urteils vom 2. Februar 2016, «Affaire di Trizio c. Suisse, Requête n° 7186/09»

Von Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Universität Basel

Sachverhalt und Entscheid

T., Jahrgang 1977, meldete sich am 24. Oktober 2003 wegen lumbaler Rückenbeschwerden zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an. Die IV-Stelle ermittelte auf dem Wege des Einkommensvergleichs für die Zeitspanne von Juni 2002 bis Mai 2004 einen Invaliditätsgrad von 50%, was zu einem Anspruch auf eine halbe IV-Rente führte. Am 6. Februar 2004 wurde T. Mutter von Zwillingen. Gestützt darauf wendete die IV zur Ermittlung des Invaliditätsgrades ab diesem Zeitpunkt die gemischte Methode an, da T. als Folge der familiären Situation auch als Gesunde nur noch teilweise erwerbstätig gewesen wäre. Die Anwendung der gemischten Methode führte zu folgendem Ergebnis:

50% Erwerbsfähigkeit:	
keine Einschränkung	= 0% Invaliditätsgrad ($0,5 \times 0\%$)
50% Haushaltstätigkeit:	
Einschränkung von 44%	= 22% Invaliditätsgrad ($0,5 \times 44\%$)
Total	= 22% Invaliditätsgrad

Nach einer Einsprache der Versicherten korrigierte die IV-Stelle den Invaliditätsgrad auf 27%. (Die IV anerkannte beim erwerbstätigen Teil eine Einschränkung von 10%, was sich im Invaliditätsgrad bei +5% niederschlug.) Da der Invaliditätsgrad unter 40% betrug, erhielt T. ab September 2004 keine IV-Rente mehr.

Die von T. gegen die IV-Verfügung eingereichte Beschwerde hiess das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 30. November 2007 teilweise gut und wies die Sache an die Verwaltung zurück. Das Urteil enthielt Anweisungen an die Verwaltung, wie die gemischte Methode im vorliegenden Fall anzuwenden sei. Die IV-Stelle des Kantons St. Gallen erhob Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragte die Aufhebung des Entscheides. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der IV-Stelle mit Entscheid vom

28. Juli 2008 gut.¹ Die gemischte Methode führe, so das Bundesgericht, nicht zu einer Diskriminierung. Es treffe zwar zu, dass die gemischte Methode, wie sie durch das Bundesgericht in ständiger Praxis gehandhabt werde, zum Verlust eines bisherigen Rentenanspruchs führen könne, falls die versicherte Person mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – in der Regel im Zusammenhang mit der Geburt eines Kindes – nunmehr auch im Gesundheitsfall keine volle Erwerbstätigkeit mehr ausüben würde. Der daraus resultierende Einkommensverlust sei deshalb nicht invaliditätsbedingt. Wenn diese Konstellation vor allem auf Frauen zutrefte, sei dies eine gesellschaftliche Gegebenheit, die nicht von der Invalidenversicherung zu korrigieren sei. Es liege deshalb weder eine verfassungsrechtliche Diskriminierung noch eine EMRK-Verletzung vor.²

Am 3. Februar 2009 reichte T. beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Beschwerde gegen die Schweiz wegen Verletzung von Art. 6, Art. 8 und Art. 14 der EMRK ein. Die zweite Sektion des EGMR entschied mit Urteil vom 2. Februar 2016 mit einem Stimmenverhältnis von vier zu drei Stimmen, dass eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK vorliege. Mit gleichem Stimmenverhältnis wurde es abgelehnt, zusätzlich eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 6 EMRK oder eine Verletzung von Art. 8 EMRK zu prüfen. Der Beschwerdeführerin T. wurde eine Entschädigung von 5000 Euro als Genugtuung und 24000 Euro als Ersatz für ihre Kosten zugesprochen. Die unterlegende Minderheit der Kammer machte in ihrer «*opinion dissidente*» geltend, Art. 8 EMRK sei nicht einschlägig, womit auch eine Berufung auf das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK hinfällig werde.

Die schweizerische Regierung hat sich anfangs Mai entschieden, den Fall nach Art. 43 EMRK an die grosse Kammer des Gerichtshofes weiterzuziehen. Mit einem Entscheid ist nicht vor 2017 zu rechnen.

Erwägungen

Vor dem EGMR macht die Beschwerdeführerin geltend, sie werde durch die Anwendung der gemischten Methode zur Feststellung der Invalidität in zweifacher Hinsicht benachteiligt. Zum einen werde sie benachteiligt im Vergleich zu einer Person, die in ihrer Situation keiner Erwerbstätigkeit nachgehen würde; diesfalls wäre sie zu 44% invalid und hätte Anspruch auf eine Viertel-IV-Rente. Zum anderen würde bei einer Person, die einer vollen Erwerbstätigkeit nachgehen würde, ein Invaliditätsgrad von 55% berechnet, was einen Anspruch auf eine halbe IV-Rente ergäbe. Die Beschwerdeführerin kommt deshalb zum Schluss, sie

¹ BGer vom 28. Juli 2008, Urteil 9C_49/2008.

² BGer vom 28. Juli 2008, Urteil 9C_49/2008, Erwägung (E.3.4.).

sei diskriminiert wegen ihrer Behinderung. Die Anwendung der gemischten Methode führe im Ergebnis dazu, dass teilerwerbsfähige Behinderte wegen ihrer Erwerbstätigkeit benachteiligt würden. Zudem würde sie aufgrund ihres Geschlechtes diskriminiert, da die Geburt eines Kindes zur Anwendung der gemischten Methode führe.

Der EGMR prüfte, ob eine Verletzung von Art. 14 (Diskriminierungsverbot) in Verbindung mit Art. 8 EMRK (Achtung des Familien- und Privatlebens) vorliegt (Ziff. 52–68 des Urteils), und rief vorab in Erinnerung, dass es sich bei Art. 14 EMRK nicht um ein selbständiges Diskriminierungsverbot handle: Die Konventionsstaaten würden nur verpflichtet, die in der EMRK garantierten Rechte diskriminierungsfrei zu gewähren. Die Anwendung von Art. 14 EMRK setze aber nicht voraus, dass ein EMRK-Recht substantiell verletzt sei, es genüge vielmehr, wenn der zu beurteilende Fall in den Schutzbereich eines EMRK-Rechts falle (vorliegend Art. 8 EMRK). Der Gerichtshof hielt fest, zwar würde sich aus der EMRK kein Anspruch auf eine (bestimmte) Sozialleistung ableiten lassen. Der Begriff «Achtung des Familienlebens» im Sinne von Art. 8 EMRK umfasse aber nicht nur soziale, moralische oder kulturelle, sondern auch wirtschaftliche Aspekte.³ Staatliche Massnahmen – so auch die vorliegend umstrittene Feststellung der Invalidität mittels der gemischten Methode –, die einen Einfluss auf die innerfamiliäre Organisation hätten, wären jedenfalls gemäss der EGMR-Praxis⁴ vom «Familienleben» nach Art. 8 EMRK erfasst. Gleiches gelte auch für das ebenfalls in Art. 8 EMRK aufgeführte «Privatleben», die Anwendung der gemischten Methode könne Fragen der Lebensgestaltung hinsichtlich Erwerbs- und Familienleben beeinflussen.

Ausführlich widmet sich der EGMR danach der Frage, ob durch die Anwendung der gemischten Methode im konkreten Fall eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege (Ziff. 69–104). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Regierung übersehe das Problem der indirekten Diskriminierung und es werde nicht begründet, wie sich die Ungleichbehandlung allenfalls durch objektive und verhältnismässige Gründe rechtfertigen lasse. Dazu komme, dass sich die gemischte Methode durchaus auch diskriminierungsfrei anwenden liesse. Die schweizerische Regierung (Ziff. 74–79) stützt ihre Position im Wesentlichen auf die Bundesgerichtspraxis, wonach die vorliegend kritisierte Anwendung der gemischten Methode den Zielen der Invalidenversicherung entspreche. Der Gerichtshof prüfte danach ausführlich, ob im konkreten Fall eine indirekte Diskriminierung vorliege (Ziff. 80–83), und legte vorab seine bisherige Praxis und Dogmatik zum

³ EGMR, vom 22. 12. 2004, no. 68864/01, *Merger et Cros c. France*, Ziff. 46.

⁴ Der EGMR verweist hier (Ziff. 61) auf die folgenden Urteile: *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 27, *Recueil des arrêts et décisions 1998 II*; *Konstantin Markin c. Russie* [GC], no. 30078/06, § 130, CEDH 2012 (extraits); *Weller c. Hongrie*, no. 4399/05, § 29, 31 mars 2009; et *Dhabbi c. Italie*, no. 17120/09, § 41, 8 avril 2014.

konventionsrechtlichen Verbot der Diskriminierung dar. Den Mitgliedstaaten wären auch im Lichte von Art. 14 EMRK unterschiedliche Behandlungen erlaubt, manchmal wäre sogar eine unterschiedliche Behandlung geboten, um eine Diskriminierung zu vermeiden.

Mit Bezug auf seine jüngere Rechtsprechung führte der Gerichtshof weiter aus, eine Diskriminierung könne durch eine staatliche Massnahme, deren nachteilige Auswirkungen überproportional eine vor Diskriminierung geschützte Gruppe trafe, vorliegen (indirekte Diskriminierung).⁵ Zwar hätten die Mitgliedstaaten einen gewissen Ermessensspielraum darin, ob und wie sie unterschiedliche Behandlungen unter Bezugnahme auf Diskriminierungsmerkmale zuließen. Deutlich hob der Gerichtshof jedoch hervor, dass die Geschlechtergleichheit in den Europaratsstaaten einen sehr hohen Stellenwert habe und deshalb eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts nur in sehr engen Grenzen zulässig sei. Insbesondere wären geschlechtsspezifische Ungleichbehandlungen unzulässig, die mit Bezugnahme auf Traditionen oder allgemeinen gesellschaftlichen Vorstellungen gerechtfertigt würden. Eine indirekte Diskriminierung müsste durch den Beschwerdeführer bewiesen werden. Dies könnte auch durch Berufung auf offizielle Statistiken erfolgen, führte der Gerichtshof aus und nahm Bezug auf sein Urteil «Hoogendijk» (Ziff. 86): «Là où le requérant peut établir, sur la base des statistiques officielles qui ne prêtent pas à controverse, l'existence d'un commencement de preuve indiquant qu'une mesure – bien que formulée de manière neutre – touche en fait un pourcentage nettement plus élevé des femmes que des hommes, il incombe au gouvernement défendeur de démontrer que ceci est le résultat des facteurs objectifs qui ne sont pas liés à une discrimination fondée sur le sexe. Si la charge de prouver qu'une différence dans l'effet d'une mesure sur les femmes et les hommes n'est pas discriminatoire n'est pas transférée au gouvernement défendeur, il sera en pratique extrêmement difficile pour les requérants de prouver la discrimination indirecte.» In der Folge (Ziff. 87–90) wendete der Gerichtshof die zuvor dargelegten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an. Die gemischte Methode würde gemäss offizieller Statistik bei rund 7,5% aller IV-Renten-Entscheidungen angewendet. Von den 4168 Fällen wären 97% Frauen und lediglich 3% Männer. Auch das schweizerische Bundesgericht habe erwähnt, dass die Geburt eines Kindes bei den erwerbstätigen Frauen regelmässig zur Anwendung der gemischten Methode führe. Die Zahlen würden ausreichen, um das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung zu beweisen.

Bei der Rechtfertigungsprüfung (Ziff. 97–102) anerkannte der Gerichtshof vorerst, dass die von der Regierung geltend gemachte «Logik des IV-Systems» grundsätzlich ein legitimes Ziel sei, das eine Ungleichbehandlung rechtfertigen

⁵ Der EGMR verweist auf die Urteile vom 4. Mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, no. 24746/94, Ziff. 154 und vom 20. Juni 2006, *Zarb Adami c. Malte*, no. 17209/02, Ziff. 76.

könnte, sofern sich die Massnahmen auch als verhältnismässig erweisen würden. In diesem Punkt aber drang die Regierung mit ihren Argumenten nicht durch. Nochmals rief der Gerichtshof in Erinnerung, dass der Ermessensspielraum der Staaten für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts stark eingeschränkt wäre. Die Anwendung der gemischten Methode würde dazu führen, dass die Beschwerdeführerin, falls sie ohne Invalidität 100% erwerbstätig wäre, ebenso Anspruch auf eine IV-Rente hätte, wie wenn sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen würde. Einzig die Konstellation einer teilweisen Erwerbstätigkeit führte im konkreten Fall zum Entzug des Rentenanspruchs. Die Tatsache, dass die Mehrheit der Frauen nach der Geburt eines Kindes einer Teilzeiterwerbstätigkeit nachgehe, bestätige den diskriminierenden Charakter der gemischten Methode. Auch dem Bundesgericht und der Regierung wäre die Problematik bewusst, und einzelne kantonale Gerichte seien sogar bewusst von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen. Dem Bericht der Regierung vom 1. Juli 2015 liesse sich zudem entnehmen, dass Handlungsspielraum für eine nicht geschlechtsspezifische Anwendung der gemischten Methode bestehen würde. Die jetzige Praxis der gemischten Methode würde jedenfalls dem Grundsatz der Geschlechtergleichheit widersprechen. Im Ergebnis (Ziff. 103–104) erachtete der Gerichtshof die Anwendung der gemischten Methode im vorliegenden Fall als eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK, die sich durch die von der Regierung vorgebrachten Argumente nicht rechtfertigen liesse.

Kommentar

I) Hintergrund und Bedeutung des Urteils

Für die Feststellung der Invalidität stehen grundsätzlich drei Methoden zur Verfügung. Es kann erstens das Valideneinkommen (Verdienst ohne Gesundheitsschaden) mit dem Invalideneinkommen (trotz Gesundheitsschaden nach Eingliederung erzielbares Einkommen im ausgeglichenen Arbeitsmarkt) verglichen werden⁶ oder zweitens eine gesundheitlich bedingte Einbusse im angestammten Aufgabenbereich (wie Haushaltsführung, Kindererziehung) durch den Betätigungsvergleich festgestellt werden.⁷ Die dritte Variante besteht in einer Kombination der beiden Methoden (gemischte Methode),⁸ wobei beide Bereiche, also der erwerbstätige und der nicht erwerbstätige Teil, zeitlich zu gewichten sind.⁹ Wer

⁶ Art. 16 ATSG.

⁷ Art. 28a Abs. 2 IVG.

⁸ Art. 28a Abs. 3 IVG.

⁹ Siehe zur zeitlichen Gewichtung BGE 125 V 146, E. 4–5.

also bspw. im Gesundheitsfall 60% erwerbstätig wäre, ist zu 40% in einem Aufgabenbereich tätig.¹⁰ Die Feststellung der Invalidität erfolgt nun in einem ersten Schritt getrennt für den Bereich der (hypothetischen) 60%igen Erwerbstätigkeit durch den Einkommensvergleich und für den Aufgabenbereich mittels Betätigungsvergleich. Die je errechneten Invaliditätsgrade werden nun gewichtet zusammengesetzt.¹¹ Bei Teilzeiterwerbstätigen ist das Valideneinkommen dabei nicht auf eine 100%-Tätigkeit hochzurechnen. Das führt dazu, dass bei einer Person, die im Gesundheitsfall 50% arbeiten würde und zu 50% arbeitsunfähig ist, keine Erwerbsunfähigkeit im Erwerbsbereich vorliegt (was auf die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall zutrifft).

Ob der Einkommensvergleich, der Betätigungsvergleich oder die gemischte Methoden angewendet werden, hängt vom *Status* der versicherten Person ab. Es kommt also darauf an, festzustellen, was die versicherte Person ohne Gesundheitsschaden tun würde. Die Beantwortung der Frage, ob eine versicherte Person im Gesundheitsfall erwerbstätig wäre und, falls ja, in welchem Ausmass, bildet die Grundlage (*Tatfrage*) für die *Rechtsfrage* der korrekten Methode der Invaliditätsbemessung.¹² Die Klärung der Fragen nach der hypothetisch im Gesundheitsfall ausgeübten Erwerbstätigkeit bedarf einer Berücksichtigung der gesamten Umstände des konkreten Falles. Nicht zulässig ist seit dem EGMR-Entscheid «Schuler-Zraggen», eine Mutter nach der Geburt ihres Kindes unter Berufung auf die allgemeine Lebenserfahrung als auch im hypothetischen Gesundheitsfall als Nichterwerbstätige zu qualifizieren und die Invaliditätseinstufung rein auf der Basis des Betätigungsvergleichs vorzunehmen.¹³ Im vorliegenden Fall hatte die IV-Stelle die Beschwerdeführerin aufgrund deren eigener Aussage, sie wäre im Gesundheitsfall nach der Geburt ihrer Zwillinge zu 50% erwerbstätig, als Teilerwerbstätige eingestuft. Die abklärenden Behörden dürfen sich indes nicht allein auf die Aussagen der versicherten Person abstützen, sie müssen vielmehr die konkrete Situation umfassend würdigen, um den richtigen Status feststellen zu können.¹⁴

¹⁰ Nach der Rechtsprechung wird der Haushaltsanteil nicht in Abhängigkeit vom Umfang der im Aufgabenbereich anfallenden Arbeiten festgesetzt, er entspricht vielmehr grundsätzlich der Differenz zwischen dem Erwerbsanteil und einem 100%-Pensum, siehe BGE 141 V 15, E. 4.5.

¹¹ Siehe das Rechnungsbeispiel im vorliegenden Fall weiter oben, zu Beginn des Sachverhaltes.

¹² Siehe dazu umfassend: FANKHAUSER, SUSANNE, Sachverhaltsabklärung in der Invalidenversicherung – Ein Gleichbehandlungsproblem. Ausgewählte Fragen zur Feststellung des rentenanspruchserheblichen Sachverhalts.

¹³ EGMR, Urteil vom 24.6.1993, no. 14518/89, Schuler-Zraggen.

¹⁴ Siehe weiterführend FANKHAUSER (Fn. 12), S. 255 ff.

Die Anwendung der gemischten Methode wird von einem Teil der Lehre abgelehnt.¹⁵ Kritisiert wird, dass sich eine Teilzeiterwerbstätigkeit doppelt (nachteilig) auswirkt, zum einen bei der Berechnung des Valideneinkommens (keine Aufrechnung auf 100%), zum anderen durch die anteilmässige Gewichtung der Erwerbstätigkeit und der Tätigkeit im Aufgabenbereich. Weiter wird bemängelt, dass die Wechselwirkungen zwischen den beiden Bereichen nicht oder zumindest nicht ausreichend berücksichtigt werden.¹⁶ Schliesslich sei, so eine breit abgestützte Kritik, die gemischte Methode indirekt diskriminierend, weil sie hauptsächlich Frauen betreffe.¹⁷ Der Bundesrat stützt in seinem Bericht zur «Invaliditätsbemessung bei Teilerwerbsfähigkeit»¹⁸ grundsätzlich die Position des Bundesgerichts, wonach die Anwendung der gemischten Methode nicht diskriminierend sei und auch nicht gegen Art. 8 EMRK verstossen würde.¹⁹ Das heutige System habe zwar einige Schwachstellen, die zu einer schlechteren Behandlung von Teilzeiterwerbstätigen führe. Eine grundsätzliche Korrektur würde indes eine Gesetzesänderung nötig machen und zu Mehrkosten führen, was den Zielen der finanziellen Konsolidierung der IV zuwiderlaufe.²⁰ Mit dem vorliegenden Urteil des EGMR ändert sich jedoch die Ausgangslage. Die schweizerischen Behörden sind nun verpflichtet, das System der Feststellung der Invalidität so auszugestalten, dass die Anwendung weder zu einer formellen noch einer faktischen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts führt.

II) *Kontroverser Schutzbereich von Art. 8 EMRK*

Das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK kann nur angerufen werden, wenn vorab der Schutzbereich eines der in der EMRK garantierten Rechte zu-

¹⁵ Siehe u. a.: MOSIMANN, HANS-JAKOB, Teilerwerbstätige in der Invalidenversicherung, SZS 2010 271 ff.; IMHOF, EDGAR, Die Bedeutung menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote für die Soziale Sicherheit, in Jusletter vom 7. Februar 2005, Rz. 21 ff.; siehe auch die differenzierten Überlegungen von GENNER, SUSANNE, Invaliditätsbemessung bei Teilerwerbstätigen, SZS 2013 446.

¹⁶ Unter «Wechselwirkung» sind die mögliche Auswirkung der Verwertung der verbleibenden Erwerbsfähigkeit im Erwerbsbereich auf den Aufgabenbereich und die umgekehrte Auswirkung zu verstehen. Die Praxis anerkennt solche Auswirkungen in beschränktem Ausmasse, siehe bspw. BGE 134 V 9.

¹⁷ Siehe eine Übersicht der Kritik an der gemischten Methode im Bericht des Bundesrates vom 1. Juli 2015 in Erfüllung des Postulates Jans (12.3960 «Schlechterstellung von Teilerwerbstätigen in der Invalidenversicherung») vom 28. September 2012 (ab hier: Bericht Bundesrat), S. 19 ff.

¹⁸ Bericht Bundesrat (Fn. 17), S. 16.

¹⁹ Siehe v. a. BGE 137 V 334, E. 6.

²⁰ Bericht Bundesrat, S. 31.

mindest berührt ist. Die unterlegene Minderheit des Gerichts bestreitet in ihrer gemeinsamen «*opinion dissidente*», dass der vorliegende Fall überhaupt in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK falle. Zwar sei es durchaus so, dass der Entzug oder die Nichtgewährung einer Sozialversicherungsleistung in den Anwendungsbereich der EMRK fallen könne. In den weitaus meisten sozialversicherungsrechtlichen Konstellationen wären diese Fälle durch den Gerichtshof auf der Grundlage des von der Schweiz nicht ratifizierten ersten Zusatzprotokolls zur EMRK (Schutz des Eigentums und Recht auf Bildung) entschieden worden. Die Gerichtsminderheit bestreitet überdies, dass die Anwendung der gemischten Methode Auswirkungen auf die Frage habe, wie die Eltern die Aufteilung zwischen Erwerbs- und Familienarbeit organisieren wollen, und bezieht sich dabei auf das Bundesgericht, das in BGE 137 V 334 dezidiert der Ansicht ist, es sei nicht einzusehen, «inwiefern die gemischte Methode der Invaliditätsbemessung für jedermann ein Hindernis darstellen sollte, für eine freie Gestaltung seines Lebens und eine freie Wahl seines Familienmodells (...)»²¹. Als wenig überzeugend erachtet die Gerichtsminderheit überdies die Subsumtion des Falles unter den Schutzbereich «*Privatleben*». Die Beschwerdeführerin hätte ohne Weiteres angeben können, sie würde 80% oder 100% oder 0% arbeiten, in all diesen Fällen hätte die gemischte Methode zu einem Anspruch auf eine IV-Rente geführt.

Wie bereits UELI KIESER in seiner Kurzbesprechung des Falles richtig erwähnt,²² verkennt die Gerichtsminderheit mit dieser Argumentation, dass die gemischte Methode eben gerade nur dann zur Anwendung kommt, wenn eine Person im hypothetischen Gesundheitsfall teilweise erwerbsfähig wäre. In den anderen Fällen (100% Erwerbstätigkeit oder 0% Erwerbstätigkeit) wird der Invaliditätsgrad nach dem reinen Einkommensvergleich oder dem reinen Betätigungsvergleich berechnet. Es ist deshalb nicht zu bestreiten, dass die Anwendung der gemischten Methode sehr wohl Auswirkungen auf die Gestaltung des Familien- und Privatlebens haben kann. Damit ist aber gerade nicht gesagt, dass eine eigentliche *Verletzung* von Art. 8 EMRK vorliegt. Für die Prüfung des akzessorischen Diskriminierungsverbotes nach Art. 14 EMRK genügt indes, dass der Schutzbereich von Art. 8 EMRK *berührt* ist.

Der EGMR legt den Schutzbereich von Art. 8 EMRK relativ weit aus.²³ So fällt auch die Auferlegung einer Steuer wie der Wehrpflichtersatzabgabe darunter, sofern sie wie im Fall «*Glor gegen die Schweiz*» auf einer gesundheitlich bedingten Unfähigkeit zur Leistung des Militärdienstes beruht.²⁴ Weiter fallen nach

²¹ BGE 137 V 334, E. 6.2.1.

²² KIESER, UELI, Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire di Trizio c. Suisse*, Requête no. 7186/09, Arrêt du 2 février 2016, *AJP* 2016 384 ff.

²³ Das wird von der Gerichtsminderheit auch kritisiert; eine Öffnung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK für den vorliegenden Sachverhalt würde zur Konsequenz führen, dass auch arbeitsrechtliche Ansprüche darunterfallen würde, siehe Ziff. 7 der «*opinion dissidente*».

²⁴ EGMR vom 30. 4. 2009, no. 13444/04, *Glor* ./ Schweiz.

der Rechtsprechung des EGMR zunehmend auch arbeitsrechtliche Streitigkeiten unter den Schutzbereich «Privatleben». So hat der EGMR einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu einer Arbeitsstelle durch eine integrative Auslegung von Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK anerkannt²⁵ und auch einen wirksamen Schutz vor Entlassung gefordert.²⁶ Noch weiter gehend anerkannte der Gerichtshof in einem neueren Urteil, dass sich aus Art. 8 EMRK bei Vorliegen ganz besonderer Umstände sogar ein *Anspruch auf Wiedereinstellung* ableiten lässt.²⁷ Art. 8 EMRK wirkt sich auch auf Fragen der Gesundheit der Arbeitnehmer/innen aus. So entschied der EGMR, die Behörden hätten sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer/innen die nötigen Informationen erhalten, um Gesundheitsrisiken abschätzen zu können.²⁸ Im Lichte dieser (und anderer, hier nicht genannter) Fälle ist es meines Erachtens konsequent, wenn der Gerichtshof eine staatliche Massnahme der Leistungsverwaltung, wie die hier infrage stehende Anwendung der gemischten Methode zur Feststellung des Invaliditätsgrades, angesichts ihrer konkreten Auswirkungen auf die Lebensgestaltung, dem Schutzbereich von Art. 8 EMRK unterstellt. So wird der Weg frei dafür, eine allfällige Diskriminierung nach Art. 14 EMRK zu prüfen.

III) Indirekte Diskriminierung wegen des Geschlechts

Das Bundesgericht verneinte bisher in ständiger Rechtsprechung, dass die Anwendung der gemischten Methode zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes nach Art. 8 Abs. 2 BV führe.²⁹ Da der Gehalt des Diskriminierungsverbotes von Art. 14 EMRK nicht über denjenigen von Art. 8 Abs. 2 BV hinausgehe, erübrige sich eine nähere Prüfung der Verletzung von Art. 14 EMRK.³⁰ Eine Dis-

²⁵ EGMR vom 27.7.2004, no. 55480/00 und 59330/00, Sidabras und Džiautas gegen Litauen.

²⁶ EGMR vom 23.9.2010, no. 1620/03, Schüth gegen Deutschland. Nach EGMR vom 12.6.2014, no. 56030/07, Martinez gegen Spanien, Ziff. 109 ff., insbes. Ziff. 113, fällt auch die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK. Siehe ferner die früheren EGMR-Entscheide betreffend Ausschluss von homosexuellen Soldaten aus der Armee, EGMR vom 23.9.1999, no. 3147/96 und 32377/96, Lustig-Prean und Becket ./ UK und EGMR vom 23.2.1999, no. 33985/96 and 33986/96, Schmith and Grady ./ UK.

²⁷ EGMR vom 9.1.2013, no. 21722/11, Volkov ./ Ukraine.

²⁸ EGMR, no. 52806/09 und 22703/10, Vilnes u.a. ./ Norwegen.

²⁹ BGE 137 V 334, E. 6; BGer, vom 28.5.2014; 8C_817/2013, E. 4.3.

³⁰ BGE 137 V 334, E. 6.2.3 und 6.3. Das Bundesgericht verneint die Notwendigkeit einer Prüfung der Verletzung von Art. 14 EMRK in Verbindung mit einem Konventionsrecht auch deshalb, weil sozialversicherungsrechtliche Ansprüche in den Schutzbereich von Art. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK führen würden. Das Protokoll wurde von der Schweiz bekanntlich nicht ratifiziert.

kriminierung liegt gemäss Bundesgericht nicht vor, weil die gemischte Methode der Invaliditätsbemessung dazu diene, «auf angemessene Weise die Situation einer versicherten Person zu erfassen, welche sich von derjenigen einer voll erwerbstätigen oder nicht erwerbstätigen Person unterscheidet»³¹. Die Wahl der Methode würde nicht mit dem Geschlecht der versicherten Person zusammenhängen, entscheidend sei einzig, ob die Person erwerbstätig, nicht erwerbstätig oder teilzeiterwerbstätig sei.³² Das Bundesgericht sieht auch kein Diskriminierungsproblem darin, dass wie im vorliegenden Fall die Geburt eines Kindes zur Anwendung der gemischten Methode und oft zur Reduktion oder zum Wegfall des Rentenanspruchs führt.³³ Ob eine *indirekte Diskriminierung* vorliegt, prüfte das Bundesgericht nicht. Das erstaunt, denn die Rechtsfigur ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot anerkannt,³⁴ wird im Bereich der Sozialversicherungen allerdings eher selten verwendet.³⁵ Weiter ging das Bundesgericht nicht auf die Bestimmungen der Frauenrechtskonvention (Convention on the elimination of all forms of discrimination of women, CEDAW) ein, die von der Schweiz ratifiziert wurde. Die CEDAW fordert ganz generell die Verwirklichung materieller Gleichheit der Geschlechter, die Gewährung rein formaler Gleichheit ist nicht ausreichend.³⁶ Art. 11 Abs. 1 lit. e CEDAW garantiert ein Recht auf soziale Sicherheit auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Frau und Mann und verpflichtet die Behörden zu wirksamen Massnahmen zur Verwirklichung dieses (und anderer) Rechtes.³⁷ Die Ratifikationsstaaten sind überdies gehalten, jede Diskriminierung der Frau wegen Eheschliessung oder Mutterschaft zu verhindern und ein wirksames Recht auf Arbeit zu gewähren (Art. 11 Abs. 2 CEDAW).³⁸ Im Lichte der CEDAW-Verpflichtungen und des auch durch die Bundesverfassung anerkannten Verbots indirekter Diskriminierung kann es nicht genügen, wenn das Bundesgericht eine Diskriminierung der

³¹ BGE 134 V 334, E. 6.2.

³² BGE 134 V 334, E. 6.2

³³ BGer vom 28. 7. 2008, E. 3.4, mit Verweis auch auf EVG I 156/04 vom 13. 12. 2005, E.5.2.

³⁴ BGE 141 I 241, E. 4.3.2; 135 I 49 E. 4.1; 126 II 377 E. 6; 134 I 49 E. 3; 132 I 49 E. 8.1; 129 I 167 E. 3; 129 I 217 E. 2.1; 129 I 392 E. 3.2.2 ; 126 V 70 E. 4c/bb.

³⁵ Das zeigt die Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung, Fälle indirekter Diskriminierung kommen fast nur im Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes nach Art. 2 Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA) vor.

³⁶ BGE 137 I 305, E.3.2.

³⁷ BINDER, ANDREA/LEMPEN, KARINE, Kommentar zu Art. 11 CEDAW, in: SCHLÄPPI/WYTTEBACH/ULRICH (Hrsg.), Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Bern 2015, Rz. 45 ff.

³⁸ BINDER, ANDREA/LEMPEN, KARINE, Kommentar zu Art. 11 CEDAW, in: SCHLÄPPI/WYTTEBACH/ULRICH (Hrsg.), Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Bern 2015, Rz. 23 ff.

Frau als Folge der Anwendung der gemischten Methode mit dem Hinweis verneint, die gesellschaftlichen Verhältnisse wären nun mal so, dass überwiegend Frauen teilzeiterwerbstätig wären, das habe mit der Invalidenversicherung nichts zu tun.³⁹ Wie gerade im vorliegenden Sachverhalt deutlich wurde, kann die Anwendung der gemischten Methode durchaus einen den Zielen der tatsächlichen Gleichstellung zwischen den Geschlechtern zuwiderlaufenden Effekt haben. Beschwerdeführerin T. würde rentenmässig besser dastehen, wenn sie ausschliesslich im Aufgabenbereich «Haushalt/Kinderbetreuung» tätig gewesen wäre bzw. im hypothetischen Gesundheitsfall tätig sein würde.

Der EGMR qualifizierte richtigerweise das konkrete, behördliche Handeln im vorliegenden Fall als *indirekte Diskriminierung* aufgrund des Geschlechts.⁴⁰ Lange Zeit tat sich der EGMR mit der Anerkennung der indirekten Diskriminierung schwer. Ein erstes Mal anerkannte der Gerichtshof diese Rechtsfigur erst im Jahre 2001 im Fall «Hugh Jordan v. Vereinigtes Königreich»⁴¹ und ging im Fall «Zarb Adami v. Malta» (2006) noch einen Schritt weiter, in dem der Nachweis einer indirekten Diskriminierung mittels offizieller Statistiken anerkannt wurde.⁴² Auch diese Rechtsprechung wurde mit dem vorliegenden Entscheid bestätigt. Bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe fiel vor allem ins Gewicht, dass der Gerichtshof im Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts den Ermessensspielraum der EMRK-Staaten für Ungleichbehandlung sehr stark einschränkt, da hinsichtlich des Verbotes der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ein breiter Konsens besteht. Bei einem rein normativen Konsens zur Frage der Gleichheit der Geschlechter darf es im Lichte des Entscheides «di Trizio» nicht bleiben; IV-Behörden, Gerichte und Gesetzgeber sind je in ihrem Aufgaben- und Kompetenzbereich gefordert, den Blick für *faktische Ungleichheiten* im IV-System zu schärfen und entsprechende Massnahmen zu treffen.

³⁹ Im Urteil vom 22. Februar 2012, 8C_97/2012, E.3.2 hat das Bundesgericht allerdings zu Recht festgestellt, ein allfälliger Verstoß gegen die CEDAW durch Verweigerung einer Invalidenrente für eine nicht erwerbstätige geschiedene Hausfrau müsste begründet werden. Gerade für die «Problemfälle» der Anwendung der gemischten Methode würden sich durchaus fundierte Argumente aus der CEDAW herauslesen lassen.

⁴⁰ EGMR vom 2.2.2016, no. 7186/09, di Trizio ./ Suisse, Ziff. 80.

⁴¹ EGMR vom 4.5.2001, Hugh Jordan c. Royaume-Uni, no. 24746/94, Ziff. 154.

⁴² EGMR vom 20.6.2006, Zarb Adami c. Malte, no. 17209/02, Ziff. 76.

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 2011 201

Abkürzung vorgeschlagen: RSAS, année, page; p.ex. RSAS 2011 201

Gesamtredaktion 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, Genève/Lausanne

Redaktion Rechtssprechung Prof. Dr. JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER: BVG; Dr. iur. PETER FORSTER: AHVG; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER: IVG; PD Dr. URS MÜLLER: ELG; Dr. iur. PATRICIA USINGER-EGGER: KVG und UVG

Ständige Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen lic. iur. ELISABETH BERGER GÖTZ, Advokatin, Bundesgericht, Luzern – MLaw ARES BERNASCONI, avvocato, Bundesgericht, Luzern – lic. iur. DORIS BIANCHI, Geschäftsführende Sekretärin für Sozialpolitik des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, Bern – PD Dr. iur. SILVIA BUCHER, Rechtsanwältin, Zürich – MLaw JENNY CASTELLA, avocate, Bundesgericht, Luzern – Prof. Dr. iur. ANNE-SYLVE DUPONT, Universités de Neuchâtel et Genève – lic. iur. PETRA FLEISCHANDERL, Fürsprecherin, Bundesgericht, Luzern – Dr. iur. GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, avocate, chargée de cours Universités de Lausanne et Fribourg, Meggen – lic. iur. MÉLANIE FRETZ PERRIN, avocate, Bundesgericht, Luzern – 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 Sozialversicherungsgericht Kanton Zürich, Winterthur – Prof. Dr. iur. ROLAND A. MÜLLER, Schweizerischer Arbeitgeberverband, Zürich – Dr. iur. STÉPHANIE PERRENOUD, Université Lausanne – 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 und Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, szs.zeitschrift@staempfli.com, zu richten.

Abonnements-Service: Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 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: insertate@staempfli.com

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

Schweiz CHF 229.–, Ausland EUR 245.–. 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 Vervielfältigung 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 de la revue 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 cette revue nécessitent l'accord de la maison d'édition.

www.szs.recht.ch

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2016 – Printed in Switzerland
ISSN 0255-9072
