

## Urteilkopf

146 V 378

34. Auszug aus dem Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Ausgleichskasse des Kantons Zürich (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 9C\_737/2019 vom 22. Juni 2020

**Regeste (de):**

Art. 8 und Art. 14 EMRK; Art. 8 Abs. 3 und Art. 190 BV; Art. 8 Abs. 1 und Art. 16b-h EOG; kein Anspruch auf Betriebszulagen bei Mutterschaft.

Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers besteht bei Mutterschaft selbständig erwerbender Frauen, anders als bei selbständig erwerbenden Dienstleistenden, kein Anspruch auf Betriebszulagen zusätzlich zur Mutterschaftsentschädigung (E. 3).

Mangels vergleichbarer Sachverhalte innerhalb des Schutzbereichs einer Konventionsgarantie ist Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK nicht anwendbar und liegt keine verpönte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor (E. 4).

**Regeste (fr):**

Art. 8 et art. 14 CEDH; art. 8 al. 3 et art. 190 Cst.; art. 8 al. 1 et art. 16b-h LAPG; pas de droit à l'allocation d'exploitation en cas de maternité.

Selon la volonté claire du législateur, il n'existe pas un droit à l'allocation d'exploitation en plus de l'allocation de maternité dans les cas de maternité de femmes exerçant une activité indépendante, contrairement aux cas de personnes indépendantes effectuant leur service (consid. 3).

En l'absence d'états de fait comparables dans le champ de protection d'une garantie conventionnelle, l'art. 14 en relation avec l'art. 8 CEDH n'est pas applicable et il n'y a pas de discrimination prohibée fondée sur le sexe (consid. 4).

**Regesto (it):**

Art. 8 e art. 14 CEDU; art. 8 cpv. 3 e art. 190 Cost.; art. 8 cpv. 1 e art. 16b-h LIPG; nessun diritto agli assegni per l'azienda in caso di maternità.

Secondo la chiara volontà del legislatore, non esiste in caso di maternità di donne che esercitano un'attività indipendente, contrariamente ai casi di persone indipendenti prestanti servizio, un diritto agli assegni per l'azienda in aggiunta all'indennità in caso di maternità (consid. 3).

In assenza di fatti comparabili nell'ambito della protezione di una garanzia convenzionale, l'art. 14 in relazione all'art. 8 CEDU non è applicabile e non vi è una discriminazione proibita basata sul sesso (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 379

BGE 146 V 378 S. 379

A. A. ist als selbständige Rechtsanwältin der Ausgleichskasse des Kantons Zürich (fortan: Ausgleichskasse) angeschlossen. Im Februar 2018 wurde sie Mutter einer Tochter und meldete sich im Juni 2018 zum Bezug einer Mutterschaftsentschädigung sowie einer Betriebszulage von Fr. 67.- pro Tag an. Die Ausgleichskasse richtete erstere in Höhe des Maximalbetrags von Fr. 19'208.- (Fr. 196.- x 98) abzüglich AHV/IV/EO-Beiträgen aus. Mit Verfügung vom 20. Juli 2018 verneinte sie einen

Anspruch auf Betriebszulagen. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 12. September 2018 fest.

B. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 23. September 2019 ab.

C. A. führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit den Anträgen, es sei der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. September 2019 aufzuheben und die zuständige Behörde anzuweisen, ihrem Antrag auf Ausrichtung einer Betriebszulage im Rahmen der Mutterschaftsentschädigung stattzugeben. Eventualiter sei festzustellen, dass deren Nichtausrichtung Art. 8 Abs. 3 BV verletze. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

## Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Strittig ist, ob das kantonale Gericht einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Betriebszulage bei Mutterschaft zu Recht verneint hat. Es handelt sich um eine frei überprüfbare Rechtsfrage. (...)

3.

3.1 Dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 16e Abs. 2 EOG (SR 834.1) lässt sich kein Anspruch auf Betriebszulagen zur Mutterschaftsentschädigung entnehmen, wie sowohl das kantonale Gericht zutreffend erwogen hat als auch die Beschwerdeführerin anerkennt. Unbestritten entsprach es dem Willen des Gesetzgebers, im Rahmen der Mutterschaftsentschädigung keinen solchen zu eröffnen (Erwägung 4.3 des angefochtenen Entscheids mit Verweis auf den ausdrücklichen Verzicht im Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3. Oktober 2002 [BBI 2002 7522, 7547], was in den Räten diskussionslos übernommen wurde [AB 2001 N 1614 ff., 2002 N 1925 ff. und 2003 N 1337 ff. sowie AB 2003 S 529 ff. und 834 ff.]).  
BGE 146 V 378 S. 380

3.2 Von diesem klar dokumentierten gesetzgeberischen Willen abzuweichen, würde den Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt (nicht publ. E. 2.2.1), sprengen (vgl. BGE 140 I 305 E. 6.2 S. 311 und E. 7.4 S. 314; BGE 141 II 338 E. 3.1 S. 340).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK; nicht publ. E. 2.2.2). Im Vordergrund steht dabei, ob und inwieweit - als eine von mehreren Anwendungsvoraussetzungen von Art. 14 EMRK - mit Blick auf die Ausübung der geltend gemachten Rechtsposition überhaupt vergleichbare Verhältnisse vorliegen, die eine unterschiedliche Behandlung erfahren (Urteile des EGMR Di Trizio gegen Schweiz vom 2. Februar 2016 [7186/09], § 80; Markin gegen Russland vom 22. März 2012 [30078/06], § 125; MEYER-LADEWIG/LEHNER, in: EMRK, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, N. 6 und 9 zu Art. 14 EMRK).

4.2

4.2.1 Das EOG regelt zwar sowohl den Entschädigungsanspruch für Dienstleistende (Art. 1a ff. EOG) als auch denjenigen bei Mutterschaft (Art. 16b ff. EOG). Die Regelung im selben Gesetz führt für sich allein indes nicht zur Annahme vergleichbarer Sachverhalte und darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die jeweiligen Ansprüche an grundsätzlich verschiedenen versicherten Lebenssachverhalten anknüpfen (Dienst - primär Militärdienst - im Sinne des EOG einerseits und Mutterschaft andererseits), von denen nur die Mutterschaft dem Schutzbereich von Art. 8 EMRK unterfällt. Die fundamentale Verschiedenheit kommt bereits in den separaten Kompetenznormen der Bundesverfassung zum Ausdruck (Art. 59 Abs. 4 bzw. Art. 116 Abs. 3 BV), die dem Gesetzgeber überdies unterschiedliche Vorgaben machen. So wird dieser gemäss Verfassung nur bei Militär- und Ersatzdienst zum Erlass von Vorschriften über den "angemessenen Ersatz des Erwerbsausfalls" ("juste compensation pour la perte de revenu" / "adeguata compensazione della perdita di guadagno") angehalten, während er im Falle der Mutterschaft eine "Mutterschaftsversicherung" ("assurance-maternité" / "assicurazione per la maternità") einzurichten hat, deren genaue Ausgestaltung nicht näher präzisiert wird. Soweit in der Lehre die Vergleichbarkeit der beiden Sachverhalte ohne nähere Begründung bereits aufgrund der Regelung im

## BGE 146 V 378 S. 381

selben Erlass vorausgesetzt wird, kann ihr nicht gefolgt werden (EDGAR IMHOF, Schweizerische Leistungen bei Mutterschaft und FZA/Europarecht, in: Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, 2006, Rz. 164; STÉPHANIE PERRENOUD, La protection de la maternité, 2015, S. 1173; ANNEKATRIN WORTHA, Schutz und Förderung der Familie, 2016, Rz. 619; bloss die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter aufwerfend SABINE STEIGER-SACKMANN, in: Recht der Sozialen Sicherheit, 2017, Rz. 32.65 i.f.; OLIVIER SUBILIA, La nouvelle loi sur les allocations pour perte de gain et maternité, AJP 2005 S. 1469 ff., S. 1474).

4.2.2 Ein "einheitlicher Zweck" der Erwerbsersatzregelungen bei Dienst und bei Mutterschaft lässt sich auch nicht den Materialien zur Parlamentarischen Initiative "Revision Erwerbsersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter" entnehmen, die der Einführung der Mutterschaftsversicherung zugrunde lag. Aus ihnen erhellt vielmehr, dass die Regelung der Mutterschaftsentschädigung primär aus zwei Gründen im Rahmen des bestehenden EOG erfolgte: Einerseits mit Blick darauf, dass die EO zum Zeitpunkt der Einführung Überschüsse erwirtschaftete und sich die notwendige Zusatzfinanzierung deshalb in Grenzen (Lohnpromille statt Lohnprozente) hielt; andererseits aufgrund des Wunsches, die Versicherung effizient und mit geringem Administrationsaufwand über bereits bestehende Strukturen vornehmen zu können (vgl. etwa Votum des Initianten Triponez, AB 2001 N 1615).

4.3 Ausschlaggebend ist letztlich die Anknüpfung der schweizerischen Mutterschaftsversicherung an die biologische Mutterschaft (Niederkunft mit anschliessender Erholungs- und Stillzeit), statt an die soziale Elternschaft und die damit verbundene Betreuungsaufgabe. Sie unterscheidet sich damit etwa von einer Elternzeit (zit. BGE 140 I 305 E. 8.1 S. 314 und E. 10 S. 317 ff. mit Hinweisen; vgl. auch STÉPHANIE PERRENOUD, Durées du travail et discrimination, AJP 2017 S. 657 ff., S. 661; zur unterschiedlichen Zielsetzung von Mutterschafts- und Elternurlaub weiter zit. Urteil des EGMR Markin gegen Russland, a.a.O., § 132). Angesichts der Versicherung eines "Risikos", das sich nur geschlechtsspezifisch bei Frauen verwirklichen kann, fällt eine Geschlechterdiskriminierung grundsätzlich ausser Betracht (vgl. implizit zit. Urteil des EGMR Markin gegen Russland, a.a.O.; ausserdem [allerdings bezugnehmend auf Art. 8 Abs. 3 BV] BGE 144 V 184 E. 5.2 S. 193). Dies bedeutet einerseits, dass

BGE 146 V 378 S. 382

Männer rechtlich durch eine solche Regelung keine Diskriminierung erfahren, obwohl sie vom Genuss der Versicherungsleistungen ausgeschlossen bleiben, da sich bei ihnen kein vergleichbarer Sachverhalt verwirklichen kann (vgl. zit. BGE 140 I 305 E. 10 S. 317 ff.; ausserdem STÉPHANIE PERRENOUD, Le congé de maternité, AJP 2014 S. 1652 ff., 1658 i.f. und Nachweise in Fn. 53). Andererseits bedeutet es aber auch, dass die begünstigten Frauen mit Blick auf eine allenfalls von anderen Sozialversicherungen abweichende Ausgestaltung der Entschädigung keine rechtliche Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts geltend machen können.

4.4 Sind keine vergleichbaren Sachverhalte gegeben, gelangt Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK von vornherein nicht zur Anwendung und kann - aus rechtlicher Sicht - in der geringeren Absicherung selbständig erwerbender Mütter für ihren Erwerbsausfall zufolge Mutterschaft im Vergleich zu den selbständig erwerbenden Dienst leistenden Männern und Frauen keine verpönte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liegen. Gleichzeitig kann keine Rede davon sein, die Vorinstanz habe die prozessualen Rechte (Verfahrens- und Rechtsweggarantie, vgl. nicht publ. E. 2.2.2) der Beschwerdeführerin beschnitten, indem sie auf eine extensive grundrechtliche Überprüfung der Art. 16b ff. EOG verzichtet hat. Angesichts des Ergebnisses besteht auch keine Veranlassung zur Überprüfung der getroffenen Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 8 Abs. 3 BV: Ein Anspruch auf Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen besteht nicht. Ob dazu Veranlassung besteht, hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalles ab (BGE 140 I 353 E. 4.1 S. 358 f.; SVR 2020 AHV Nr. 9 S. 25, 9C\_659/2019 E. 4.2; vgl. ausserdem HANGARTNER/LOOSER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 190 BV und GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, N.13 zu Art. 190 BV). Auf das dahingehende Eventualbegehren der Beschwerdeführerin ist mit Verweis auf das Anwendungsgebot von Bundesgesetzen (Art. 190 BV) nicht weiter einzugehen.

4.5 Anzufügen bleibt, dass die Beschlussfassung über Regelungen kollektiver Absicherung, ebenso wie deren Ausgestaltung, Sache des Gesetzgebers ist (so bereits Urteil 2P.296/1992 vom 11. Februar 1994 E. 4b, in: ZBI 1995 S. 375 ff., mit Verweis auf BGE 116 Ib 270 E. 7a S. 282 f.; ausserdem zit. BGE 144 V 184 E. 5.2 i.f. S. 194 f.). Es ist nicht Sache des Bundesgerichts, sich zur politischen Opportunität

BGE 146 V 378 S. 383

einer unterschiedlichen Ausgestaltung der Ersatzordnungen zu äussern, und es existiert kein genereller Grundsatz, demzufolge der Staat seine Bürgerinnen und Bürger vor sämtlichen Unwägbarkeiten des Lebens gleichermassen abzusichern hätte (zit. BGE 144 V 184, a.a.O.). Hinzuweisen ist immerhin darauf, dass das Parlament im Dezember 2019 zwei am 24. bzw. 26. September 2019 eingereichte Motionen mit den gleichlautenden Titeln "Betriebszulage bei Mutterschaftsentschädigung von Selbständigerwerbenden" angenommen hat. Damit wird der Bundesrat beauftragt, die gesetzlichen Grundlagen dafür zu schaffen, dass Selbständigerwerbende im Falle einer Mutterschaft Anspruch auf Betriebszulagen analog Art. 8 EOG erhalten (Motion Nr. 19.4110 von Nationalrätin Marti; Motion Nr. 19.4270 von Ständerätin Maury Pasquier, übernommen von Ständerätin Baume-Schneider).