

Bedeutung des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) für das Sozialversicherungsrecht

*Probenvortrag von PD Dr. iur. Hardy Landolt, LL.M.,
an der Universität Luzern vom 2. Oktober 2003*

Inhaltsverzeichnis:

I. EINLEITUNG	1
II. DIE VERFASSUNGSRECHTLICHEN GLEICHHEITSGARANTIEN	1
A. GLEICHBEHANDLUNGSGEBOT (ART. 8 ABS. 1 BV)	1
B. DISKRIMINIERUNGSVERBOT (ART. 8 ABS. 2 UND ABS. 3 SATZ 1 BV)	2
C. EGALISIERUNGSGEBOT (ART. 8 ABS. 3 SATZ 2 UND ABS. 4 BV).....	3
III. DAS VERFASSUNGSRECHTLICHE DISKRIMINIERUNGSVERBOT	3
A. ALLGEMEINES	3
B. VORAUSSETZUNGEN	4
1. <i>Diskriminierung</i>	4
i. Ungleichbehandlung	4
a. Rechtliche Ungleichbehandlung	4
b. Faktische Ungleichbehandlung	5
ii. Benachteiligung	6
a. Ungleichbehandlung per se diskriminierende Benachteiligung?.....	6
b. Benachteiligung als qualifizierte Ungleichbehandlung.....	6
1) Erschwerung der Ausübung von Grundrechten.....	6
2) Herabwürdigende oder ausgrenzende Ungleichbehandlung	7
iii. Fehlen einer qualifizierten Begründung.....	7
2. <i>Persönliche Eigenschaft</i>	8
i. Allgemeines	8
ii. Alter	8
iii. Behinderung	8
a. Allgemeines	8

b. Abgrenzung der Behinderung gegenüber Krankheit und Unfall	9
c. Abgrenzung der Behinderung gegenüber Invalidität.....	9
iv. Geschlecht.....	9
v. Herkunft/Rasse	11
vi. Sozialer Status	11
3. Wirkungszusammenhang	11
C. GELTUNGSBEREICH	12
IV. BEDEUTUNG DES VERFASSUNGSRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGS-	
VERBOTES FÜR DEN SOZIALVERSICHERUNGSGESETZGEBER	14
A. ERLASS DISKRIMINIERUNGSFREIER LEISTUNGSNORMEN	14
B. BESEITIGUNG DISKRIMINIERENDER LEISTUNGSNORMEN	14
V. BEDEUTUNG DES VERFASSUNGSRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGS-	
VERBOTES FÜR DEN SOZIALVERSICHERUNGSANWENDER	15
A. VORFRAGEWEISE ÜBERPRÜFUNG VON SOZIALVERSICHERUNGSERLASSEN	15
1. Anwendungsgebot von verfassungswidrigen Bundesgesetzen	
und Staatsverträgen (Art. 191 BV)	15
2. Überprüfung von anderen Sozialversicherungserlassen	17
i. Allgemeines	17
ii. Vergleichsmassstab für die Feststellung einer Diskriminierung bzw.	
Ungleichbehandlung	18
a. Allgemeines	18
b. Innersystemischer Vergleich	18
c. Intersystemischer Vergleich	19
d. Extrasystemischer Vergleich.....	20
B. VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG UND LÜCKENFÜLLUNG	21
VI. SCHLUSSBETRACHTUNG.....	22
LITERATURAUSWAHL.....	23

I. Einleitung

- Querschnittproblematik Verfassungs- und Sozialversicherungsrecht
- Bedeutung des Verfassungsrechts für das Sozialversicherungsrecht
 - Grundrechtsordnung (vgl. Art. 7 ff. BV)
 - Kompetenzordnung (vgl. Art. 40 und Art. 111 ff. BV)

II. Die verfassungsrechtlichen Gleichheitsgarantien

A. Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV)

- *Verbot unsachlicher Differenzierung in der Rechtsetzung und -anwendung* (vgl. statt vieler BGE 117 Ia 101 E. 3a und 112 Ia 196 E. b).

Beispiele:

Das Gleichbehandlungsgebot im Bereich der Rechtsetzung bzw. -anwendung ist verletzt:

- bei Benachteiligung von Teilarbeitslosen gegenüber Ganzarbeitslosen im Rahmen der Berechnung ihrer Stempelferien (vgl. BGE 122 V 442 E. 3e)
- durch eine Bestimmung, die Asylbewerbern als einzigen Arbeitnehmern den Anspruch auf Kinderzulagen für ihre im Ausland wohnenden Kinder versagt (vgl. BGE 114 Ia 4 E. 8).
- bei unterschiedlicher Bemessung des Taggeldes eines Saisoniers bei Unfall und Rückfall in der erwerbslosen Zeit (vgl. BGE 117 V 173 E. 6)
- nicht durch den Ausschluss von Saisoniers und Kurzaufenthalter von der Prämienverbilligung für die Krankenversicherung (vgl. BGE 122 I 349 E. 4)

- nicht bei unterschiedlicher Festsetzung der Spitaltagespauschalen nach Altersstufen (vgl. BGE 125 V 105 E. 3d und e).
- nicht die hälftige Auszahlung der Ehepaar-Invalidenrente an die Ehefrau (vgl. BGE 115 V 126 E. 2 und 3)
- nicht die unterschiedliche Behandlung der Erwerbszweige auf dem Gebiet der Schlechtwetterentschädigung in der Arbeitslosenversicherung infolge Kälte und Schnees (vgl. BGE 115 V 156).
- *Verbot der formellen und materiellen Rechtsverweigerung* (Gesetze sind im richtigen Verfahren und gegenüber allen Rechtsadressaten gleich anzuwenden).

Beispiel:

- U BGer vom 19.5.1999 ((2P.15/1999) = Pra 2000 Nr. 78, Seiten 457 ff. (gesetzeswidrige Verweigerung von Zulagen für im Ausland wohnende Stiefkinder)
- *Besondere materiell- und verfahrensrechtliche Garantien* wurden aus Art. 4 Abs. 1 aBV abgeleitet und sind in der neuen BV weitgehend verselbstständigt worden (vgl. z.B. Art. 29 Abs. 3 BV: Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung).

B. Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 BV)

- In der Botschaft zur neuen BV wird Art. 8 Abs. 2 BV als eine Nachführung von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 aBV verstanden. Die Lehre versteht Art. 8 Abs. 2 BV demgegenüber als Neuerung.
- Vor dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung erachtete das Bundesgericht das Diskriminierungsverbot als Anwendungsfall des Ordre Public (vgl. U BGer vom 10.11.2000 i.S. Sadri Sener Insaat Sanayi Ve Ticaret A.S. [4P.99/2000/rnd] E. 3b/aa mit Hinweisen auf frühere Urteile).
- Zudem war und ist das Diskriminierungsverbot spezialgesetzlich (jedoch nicht im Sozialversicherungsrecht des Bundes) verankert.

C. Egalisierungsgebot (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 BV)

- Chancengleichheit als *allgemeines Verfassungsziel* (vgl. Art. 2 Abs. 3 BV) und Gegenstand besonderer Gesetzgebungsaufträge (vgl. z.B. Art. 41 BV).
- *Besondere Gesetzgebungsaufträge* sieht die Bundesverfassung gegenüber diskriminierungsgeschützten Personen vor:
 - Gleichstellung der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV)
 - Gleichstellung der Behinderten (Art. 8 Abs. 4 BV)
- Das Sozialversicherungsrecht, insbesondere das IVG, kennt ebenfalls ausgleichende Leistungsnormen zu Gunsten von Behinderten bzw. Invaliden. Die *sozialversicherungsrechtlichen Gleichstellungsnormen* werden durch das separate Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG, tritt am 1.1.2004 in Kraft) und sozialrechtliche Normen des Bundes und der Kantone ergänzt.

III. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot

A. Allgemeines

- Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot ist
 - eine *Konkretisierung staatsvertraglicher Diskriminierungsverbote* (vgl. z.B. Art. 2 Abs. 2 und Art. 10 Ziff. 3 UNO-Pakt I [dazu den Anwendungsfall U BGer vom 30.11.2000 (2P.77/2000/sch), E. 5 (je nach Wohnsitz unterschiedliche, kaufkraftabhängige Kinderzulagenordnung)], Art. 4 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 und Art. 26 UNO-Pakt II sowie ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25.6.1958 [SR 0.822.721.1]) und
 - eine *selbstständige Grundrechtsgarantie*, die im öffentlich-rechtlichen Bereich umfassend und im privatrechtlichen Bereich eingeschränkt bzw. gestützt auf eine gesetzliche Bestimmung gilt (vgl. dazu Art. 35 BV sowie GlG und BehiG).

Beispiel:

- BGE 120 V 312 E. 3b: „Art. 4 Abs. 2 BV kann im Rahmen der weitergehenden beruflichen Vorsorge privatrechtlicher Versicherungsträger indessen nicht dazu dienen, Leistungsansprüche einzuführen, welche das Reglement – in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung im Bereich der obligatorischen Vorsorge – nicht vorsieht.“

B. Voraussetzungen

Art. 8 Abs. 2 BV lautet:

„Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.“

1. Diskriminierung

i. Ungleichbehandlung

a. Rechtliche Ungleichbehandlung

- Rechtliche Ungleichbehandlung = Gesetz selbst sieht eine Ungleichbehandlung vor (Normalfall)

Beispiel:

- Geburtsgebrechensversicherung der IV (Art. 12 IVG und GgV): Behinderte Neugeborene erhalten für Geburtsgebrechen spezielle Versicherungsleistungen. Behinderte Neugeborene ohne Geburtsgebrechen sind wie Erwachsene versichert (vgl. Art. 13 IVG).

b. Faktische Ungleichbehandlung

- Faktische Ungleichbehandlung = neutral formuliertes Gesetz bewirkt eine Ungleichbehandlung.
- Das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot enthält nicht nur ein direktes, sondern auch ein allgemein anwendbares Verbot faktischer bzw. indirekter Benachteiligung (vgl. z.B. BGE 126 II 377 E. 6b).
- Das Verbot indirekter Diskriminierung stellt einen Anwendungsfall des *Verbots faktischer Grundrechtsverletzungen* dar. Das EVG anerkennt – im Sozialversicherungsrecht – seit je faktische Grundrechtsverletzungen infolge einer Leistungsverweigerung.

Beispiele:

- BGE 126 V 70 E. 4c/aa–cc = ZBJV 2000, 513 (Kosten der invaliditätsbedingten Abänderung eines Fahrzeuges, Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV bejaht)
- BGE 121 V 8 E. 6b = AJP 1995, 1500 ff. (Stillbesuche, Verweigerung von Fahrkostenübernahme, keine Verletzung von Art. 8 EMRK)
- BGE 120 V 1 E. 2 = Pra 1994 Nr. 289, 953 (Rentnerehe, Art. 8 und 12 EMRK gewähren keinen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen),
- BGE 118 V 206 E. 5b und c = EuGRZ 1993, 83 (Besuchskosten der Eltern, Verweigerung von Reisekostenübernahme, Verletzung von Art. 8 EMRK bejaht),
- BGE 113 V 31 E. 4d (Autokosten, Verweigerung von Amortisations- und Reparaturkostenbeiträgen, Verletzung der Niederlassungs- sowie Handels- und Gewerbefreiheit bejaht),
- BGE 109 V 275 E. 2c (Kürzung von Leistungen der AIV, Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit bejaht) und
- U EVG vom 18.10.1999 i.S. G. = RKUV 1999/6, 1 ff. (keine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit durch Einführung des bundesgesetzlichen Krankenversicherungsobligatoriums).

ii. Benachteiligung

a. Ungleichbehandlung per se diskriminierende Benachteiligung?

- Art. 8 Abs. 2 BV verlangt nicht nur eine Ungleichbehandlung, sondern eine Diskriminierung.
- Stellt eine ungleiche Behandlung, insbesondere eine ungleiche Leistungsordnung, automatisch eine diskriminierende Benachteiligung dar, wenn sie gestützt auf eine verpönte persönliche Eigenschaft erfolgt?
- Es existiert *keine einheitliche Diskriminierungstheorie*: Eine Diskriminierung liegt je nach Verständnis vor, wenn die Gesetzesnorm explizit oder faktisch an die fragliche Eigenschaft anknüpft (*Anknüpfungsverbot*), mit einer (in)direkten Benachteiligung der Personen, die die fragliche Eigenschaft aufweisen, verbunden ist (*Benachteiligungsverbot*), oder geradezu eine ausgrenzende oder herabwürdigende Benachteiligung dieser Personengruppe darstellt (*Herabwürdigungsverbot*).
- Das EVG – nicht aber das Bundesgericht – stellt auf die Anknüpfungsverbotstheorie ab, vgl. BGE 126 V 70 E. 4c/bb:

„Die Bedeutung der spezifischen Diskriminierungsverbote liegt darin, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen. Sie dürfen nicht einfach an das Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, an die Eigenschaft, welche die diskriminierte Gruppe definiert.“

b. Benachteiligung als qualifizierte Ungleichbehandlung

1) *Erschwerung der Ausübung von Grundrechten*

- Die Erschwerung der Ausübung von Grundrechten ist bei akzessorischen Diskriminierungsverboten wie z.B. bei Art. 14 EMRK (vgl. z.B. BGE 125 III 209 E. 6a) und Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I (vgl. U BGer vom 30.11.2000 [2P.77/2000/sch], E. 5) Voraussetzung.

- Art. 8 Abs. 2 BV enthält ein *allgemein anwendbares Diskriminierungsverbot*, weshalb auch andere rechtliche oder faktische Nachteile genügen. Akzessorischer Natur ist einzig das Verbot faktischer Grundrechtsverletzungen infolge Leistungsverweigerung.

2) *Herabwürdigende oder ausgrenzende Ungleichbehandlung*

- Das Bundesgericht verlangt – im Gegensatz zum EVG – eine herabwürdigende oder ausgrenzende Ungleichbehandlung (auch in Sozialversicherungsbelangen).

Beispiele:

- BGE 126 II 377 E. 6a: „Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht.“
- U BGer vom 30.11.2000 (2P.77/2000/sch), E. 4b (Kinderzulagenrecht)

iii. Fehlen einer qualifizierten Begründung

- Die *eigenschaftsbezogene Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung* ist nicht absolut unzulässig, sondern begründet lediglich den „*Verdacht einer unzulässigen Differenzierung*“, die nach Auffassung des Bundesgerichts „qualifiziert zu rechtfertigen“ ist (so BGE 126 II 377 E. 6a).

Die Bedeutung des Diskriminierungsverbots liegt darin, dass „ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen. Sie dürfen nicht einfach an das Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, an die Eigenschaft, welche die diskriminierte Gruppe definiert“ (Amtl. Sten. Bull. 1998 [Separatdruck], S 37 erste Spalte [Votum Rhinow, Berichterstatter] und BGE 126 V 70 E. 4c/bb).

- Im Gegensatz zum Gleichbehandlungsgebot (= sachliche Begründungspflicht) liegt eine qualifizierte Begründung nur bei *zwingenden Gründen* vor (vgl. BGE 126 V 70 E. 4c/bb und supra III/B/2/iv).

2. Persönliche Eigenschaft

i. Allgemeines

- Das Diskriminierungsverbot dient dem Individual-, nicht dem Minderheitenschutz. Die diskriminierte Person muss nicht einer Minderheit angehören, die diskriminiert wird. Es genügt, dass sie auf Grund einer oder mehrerer *verpöner persönlicher Eigenschaften* diskriminiert wird.

ii. Alter

- *Kindesalter* (vgl. BGE 126 V 70 E. 4: Altersdiskriminierung bei Jugendlichen bejaht im Hilfsmittelrecht der IV).
- *Erwachsenenalter*: siehe dazu BGE 120 V 277 (Diskriminierung nicht geprüft).
- *Pensionsalter*: unterschiedliches Pensionierungsalter für Frauen und Männer verletzt Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV (vgl. BGE 117 V 321, 120 V 315 E. 2b, 121 V 230 E. 1 und 123 V 192 E. 4e).

iii. Behinderung

a. Allgemeines

- Behinderung als *Gesundheitsschaden* (physische oder psychische Integrität) mit *Funktionsstörung* (nicht nur in den alltäglichen Lebensverrichtungen wie beim Hilflosigkeitsbegriff [vgl. dazu Art. 9 ATSG]).
- Unklar ist auf Grund des Wortlauts von Art. 8 Abs. 2 BV, ob bereits eine drohende, frühere oder bloss zugeschriebene Behinderung ausreicht.

- Behinderung ist *kein vom ATSG definiertes versichertes Risiko*, weist aber einen engen Zusammenhang mit den versicherten Risiken Krankheit (vgl. Art. 3 ATSG), Unfall (vgl. Art. 4 ATSG), Invalidität (vgl. Art. 8 ATSG) und Hilflosigkeit (vgl. Art. 9 ATSG) auf.

- Anwendbarkeit des Behindertendiskriminierungsverbotes im Sozialversicherungsrecht?

b. Abgrenzung der Behinderung gegenüber Krankheit und Unfall

- Der Behinderte ist nicht krank.

- Krankheit bzw. Unfall als Behinderungsursache.

- Behinderung als Krankheits- bzw. Unfallursache.

c. Abgrenzung der Behinderung gegenüber Invalidität

- Invalidität als krankheits- oder unfallbedingte Erwerbsunfähigkeit (allgemeine Invalidität; vgl. Art. 7 und 8 ATSG)

- Invalidität als andere versicherte Funktionseinbusse (spezifische Invalidität; vgl. Art. 4 Abs. 2 IVG)

- Behinderung – vereinzelt – als spezifischer Invaliditätsfall

iv. Geschlecht

- *Weibliche und männliche Geschlechtsneutralität* (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV als *lex specialis* von Art. 8 Abs. 2 BV): Frauen *und* Männer dürfen nicht ungleich behandelt werden. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur zulässig, wenn geschlechtsbegründete biologische oder funktionelle Unterschiede eine Gleichbehandlung schlechthin ausschliessen (vgl. statt vieler BGE 116 Ia 359 E. 6b und 108 Ia 29 E. 5a m.H.).

- Soweit das Sozialversicherungsrecht auf das tradierte Rollenbild („Frau besorgt den Haushalt“) abstellt, ergeben sich Gleichstellungsdefizite.

Benachteiligung von haushaltführenden Frauen:

- *Versicherteneigenschaft*: Koordinationsabzug BVG und Versicherungsauschluss von Teilzeitangestellten im Bereich der NBU.

- *Invaliditätsbemessung*: Schlechterstellung von teilzeiterwerbenden Haushaltführenden gegenüber Vollzeiterwerbstätigen bei der gemischten Methode (siehe dazu BGE 125 V 146 und U EVG vom 19.05.1993 [I 412/92 Vr], E. 4b/aa), nicht aber bei der Wahl der Invaliditätsbemessungsmethode an sich (vgl. dazu BGE 117 V 194 E. 4b: „Es ist nach dem neuen Recht [s.c. Eherecht, Einschub Verfasser] ausdrücklich den Ehegatten überlassen, sich über die für die Bestreitung ihrer eigenen und der Bedürfnisse ihrer Kinder zweckmässige und notwendige Aufgabenteilung zu verständigen [BGE 114 II 15 Erw. 3]. Mit dieser Freiheit der Ehegatten in der Ausgestaltung ihrer Partnerschaft wäre es nicht zu vereinbaren, einer traditionellen Rollenverteilung, die der Frau die Besorgung des Haushaltes zuweist, im Rahmen der Invaliditätsbemessung den Vorrang einzuräumen und die beruflich-erwerblichen Interessen der Ehefrau geringer einzustufen als diejenigen des Ehemannes.“

- *Hilfsmittelversorgung*: Schlechterstellung von im Haushalt tätigen Versicherten gegenüber Erwerbstätigen:

Beispiele:

- BGE 116 V 322 E. 2: Der Begriff „Berufsausübung“ gemäss HVI-Anhang umfasst nicht nur die Erwerbstätigkeit, sondern auch die Beschäftigung im Aufgabenbereich im Sinne von Art. 27 Abs. 2 IVV. Mit Bezug auf die im HVI-Anhang mit * bezeichneten Hilfsmittel hält eine Schlechterstellung von Versicherten, die im gesetzlich anerkannten Aufgabenbereich tätig sind, gegenüber Erwerbstätigen weder vor Art. 4 Abs. 2 BV (= Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) noch vor Art. 21 Abs. 1 IVG stand.

- BGE 117 V 271 E. 2b/bb (Erfordernis der überwiegend selbständigen Haushaltsbesorgung für Hilfsmittlabgabe verletzt Art. 8 Abs. 2 Satz 1 BV)

Benachteiligung beim Verlust einer haushaltführenden Ehefrau:

- *Rentenrecht*: Schlechterstellung von Witwern gegenüber Witwen (siehe dazu BGE 116 V 207 E. II/2 [Änderung der Rechtsprechung] sowie ferner BGE 119 V 279 E. 2–4 und 120 V 317 E. 3b [kein Anspruch auf eine Witwerrente in der weitergehenden Vorsorge einer privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtung]); siehe ferner Art. 23 f. AHVG.

v. Herkunft/Rasse

- *Staatsangehörigkeit*: in der Regel ist das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) Beurteilungsmassstab (siehe supra Ziff. II/A); ausnahmsweise ist das Diskriminierungsverbot anwendbar (vgl. Art. 2 Personenfreizügigkeitsabkommen [APF] i.V.m. Anhang II und ferner BGE 126 II 377 E. 6 [Aufenthaltsbewilligung eines invaliden Ausländers]).

- *Sprache/Rasse*: das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) ist Beurteilungsmassstab (vgl. ferner Art. 261bis StGB und Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21.12.1965 [SR 0.104]).

vi. Sozialer Status

- Krank- oder Verunfalltsein als sozialer Status? Siehe dazu supra III/B/2/iii

- Arbeitslosigkeit als sozialer Status? In U EVG vom 12.1.2001 (C 356/99 Ge), E. 8b, wurde das Vorliegen einer Diskriminierung geprüft und verneint.

3. Wirkungszusammenhang

- Die Diskriminierung muss in ursächlichem Zusammenhang mit einer verpönten persönlichen Eigenschaft stehen. Fehlt ein solcher *Wirkungszusammenhang* ist das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) anwendbar.

Beispiel:

- BGE 127 V 121 E. 3b: „Soweit sich die Beschwerdeführerin auf das in Art. 8 Abs. 2 BV enthaltene Diskriminierungsverbot beruft, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass hier eine unterschiedliche Behandlung innerhalb der von Art. 8 Abs. 2 BV vor Diskriminierung geschützten Personengruppe der Behinderten vorliegt, knüpft Art. 21 Abs. 1 IVG an das sachlich begründete Kriterium der Eingliederung in das Erwerbsleben und den Aufgabebereich und nicht etwa an das gemäss Art. 8 Abs. 2 BV verpönte Kriterium der Behinderung an, sodass von einer direkten oder indirekten Diskriminierung nicht gesprochen werden kann (BGE 126 II 393 Erw. 6b und c).“

C. Geltungsbereich

- Geltungsbereich des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebotes bzw. Diskriminierungsverbotes sowohl für das *materielle Recht* bzw. Sozialversicherungsrecht (Leistungs-, Finanzierungs- und Organisationsrecht) als auch für das *Verfahrensrecht*.

- Materielles Recht bzw. Leistungsrecht:

- Kantonales Familien- und Kinderzulagenrecht (vgl. U BGer vom 30.11.2000 [2P.77/2000/sch], E. 4b, und U BGer vom 19.5.1999 [2P.15/1999] = Pra 2000 Nr. 78, Seiten 457 ff. [gesetzeswidrige Verweigerung von Zulagen für im Ausland wohnende Stiefkinder]).

- Verfahrensrecht:

- *Übersetzung in Amts bzw. Muttersprache*: siehe BGE 128 V 34 [Übersetzung des Gutachtens der MEDAS in die Amtssprache des Kantons] und 127 V 219 [Übersetzung des Untersuchungsberichts der MEDAS in eine dem Versicherten verständliche Sprache]; siehe aber U EVG vom 31.12.2002 [K 138/01] = SVR 2003 K Nr. 21 [kein Anspruch gemäss KVG auf Dolmetscher bei Behandlung).

- *Gutachterneutralität*: U EVG vom 14.11.2002 (I 151/01), E. 2: „Insbesondere deutet nichts darauf hin, dass der aus Kroatien stammende, seit Jahren in der Schweiz tätige Psychiater der Beschwerdeführerin wegen ihrer serbischen Herkunft aus ethnischen oder rassistischen Gründen ein diskriminierendes Gutachten hätte ausstellen wollen. Allein dass ein Gut-

achter einer andern ethnischen Volksgruppe angehört, vermag noch keine Befangenheit zu begründen (vgl. AHI 2001 S. 116 Erw. 4a/aa; nicht publizierte Urteile K. vom 27. Juli 1999 [I 35/99], X. vom 7. Mai 1999 [I 462/98] und C. vom 21. Oktober 1998 [U 212/97]).“

- Gleiche Bedeutung des Diskriminierungsverbotes gemäss Art. 2 der bilateralen Verträge bzw. des Personenfreizügigkeitsabkommens (APF):

- *Materiellrechtliche Bedeutung*: siehe Verfügung Instruktionsrichter EVG vom 24.10.2002 (B 18/02), E. 4.1: „Eine indirekte Diskriminierung liegt dann nicht vor, wenn das Wohnsitzerfordernis objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht (z.B. Urteile des EuGH vom 24. September 1998 in der Rechtssache C-5/97, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 1998 S. I-5325 ff., Randnrn. 37-39, vom 7. Mai 1998 in der Rechtssache C-350/96, Clean Car Autoservice GmbH gegen Landeshauptmann von Wien, Slg. 1998 S. I-2521 ff., Randnrn. 27-31, und vom 27. November 1997 in der Rechtssache C-57/96, H. Meints gegen Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Slg. 1997 S. I-6689 ff., Randnrn. 44-46; Silvia Bucher, Soziale Sicherheit, beitragsunabhängige Sonderleistungen und soziale Vergünstigungen. Eine europarechtliche Untersuchung mit Blick auf schweizerische Ergänzungsleistungen und Arbeitslosenhilfen, Diss. Freiburg Schweiz 1999, Rz 59 ff.).“

- *Verfahrensrechtliche Bedeutung*: siehe Verfügung Instruktionsrichter EVG vom 24.10.2002 (B 18/02), E. 4.1: „Auszugehen ist dabei von dem aus Art. 2 APF abgeleiteten Grundsatz, dass Verfahrensvorschriften, welche eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewirken, ab Inkrafttreten des APF nicht mehr auf Staatsangehörige der andern Vertragsstaaten angewendet werden können (vgl. [zu Art. 6 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der vor Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam geltenden Fassung (nun Art. 12 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft)] Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften [nachfolgend: EuGH] vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-122/96, Stephen Austin Saldanha und MTS Securities Corporation gegen Hiross Holding AG, Slg. 1997 S. I-5325 ff., Randnr. 14; vgl. auch Erw. 1c des zur Publikation in BGE 128 V vorgesehenen Urteils S. vom 9. August 2002, C 357/01).“

- Keine Geltung des Gleichbehandlungsgebotes im Privatrecht (vgl. BGE 129 III 276 E. 3); gleichwohl Geltung des Diskriminierungsverbotes (Diskriminierung als Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 BV bzw. Anwendungsfall des Ordre Public).

IV. Bedeutung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes für den Sozialversicherungsgesetzgeber

A. Erlass diskriminierungsfreier Leistungsnormen

- Gesetzgeber muss zwingende Kompetenzen (vgl. Art. 111 ff. BV) und Gesetzgebungsaufträge (vgl. Art. 40 BV) diskriminierungsfrei umsetzen.
- Gesetzgeber darf fakultative Kompetenzen (vgl. Art. 111 ff. BV) und Gesetzgebungsaufträge (vgl. Art. 40 BV) nur diskriminierungsfrei umsetzen.
- Keine Staatshaftung für Rechtsverweigerung des Gesetzgebers (sog. legislatorisches Unrecht)?

Problem: Nichterlass der Mutterschaftsversicherung (Art. 116 Abs. 3 BV)

B. Beseitigung diskriminierender Leistungsnormen

- Gesetzgeber muss diskriminierende Erlasse, insbesondere Leistungsnormen, innert zumutbarer Frist beseitigen

Beispiel:

- BGE 112 Ia 314: „Freilich darf dem Gesetzgeber zur Beseitigung eines verfassungswidrigen Zustandes nicht unbeschränkt Zeit gelassen werden, vielmehr hat der Rechtsunterworfenen Anspruch darauf, dass nach angemessener Frist gehandelt wird [vgl. die Entscheide vom 1. November 1985 i.S. Ch. und A.]“).

- Keine Staatshaftung für Rechtsverweigerung des Gesetzgebers (sog. legislatorisches Unrecht) bzw. Rechtsverweigerung?

V. Bedeutung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes für den Sozialversicherungsanwender

A. Vorfrageweise Überprüfung von Sozialversicherungserlassen

1. Anwendungsgebot von verfassungswidrigen Bundesgesetzen und Staatsverträgen (Art. 191 BV)

- Kein Prüfungsverbot, nur *Anwendungsgebot*:

Beispiele:

- BGE 120 V 277 E. 2: „Gemäss Art. 3 GgV erlischt der Anspruch auf Behandlung eines Geburtsgebrechens am Ende des Monats, in dem der Versicherte das 20. Altersjahr zurückgelegt hat, selbst wenn eine vor diesem Zeitpunkt begonnene Massnahme fortgeführt wird. Das Eidg. Versicherungsgericht ist in seiner Rechtsprechung stets ausdrücklich von der Gesetzmässigkeit der absoluten Begrenzung des Anspruchs auf den Zeitpunkt der Volljährigkeit ausgegangen (ZAK 1990 S. 476 mit Hinweisen). Im erwähnten Urteil hat es sodann erwogen, dass keine unechte Gesetzeslücke vorliege, welche ausnahmsweise richterlich zu schliessen wäre. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Sowohl bei der Privilegierung der Geburtsinvaliden im Sinne der Gewährung von Leistungen unabhängig von der Möglichkeit einer Eingliederung in das Erwerbsleben (Art. 8 Abs. 2 IVG; BGE 98 V 37 Erw. 2a) als auch bei der Begrenzung dieser bevorzugten Rechtsstellung auf Minderjährige handelt es sich um gesetzgeberische Grundentscheidungen, welche seitens des Richters hinzunehmen sind.“

- U EVG vom 12.1.2001 (C 356/99 Ge), E. 8: „Es liegt weder ein offensichtlicher Irrtum des Gesetzgebers vor, noch widerspricht die Verneinung des Anspruchs auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung einer Rechtsauffassung, derzufolge im Vergleich zu den vom Gesetz als anspruchsbegründend anerkannten Fällen von einer Diskriminierung gesprochen werden müsste. Selbst wenn die bundesgesetzliche Ordnung zu einem rechtsungleichen Ergebnis führen würde, dürfte das Gericht mit Blick auf das in Art. 191 der neuen, auf den 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (nBV) für Bundesgesetze und Völkerrecht statuierte Anwendungsgebot nicht von ihr abweichen (zur Massgeblichkeit der nBV in anhängigen Verfahren, in welchen der angefochtene

Entscheid - wie im vorliegenden Fall - vor dem 1. Januar 2000 ergangen ist: BGE 126 V 53 Erw. 3b).“ – Siehe ferner U EVG vom 20.12.2000 (C 360/99 Hm), E. 7b (dito)

- U EVG vom 24.1.2002 (U 30/01 Vr), E. 3c: „Im Weiteren rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Gleichheitsgebots nach Art. 8 Abs. 1 BV und des Diskriminierungsverbotes gemäss Art. 8 Abs. 2 BV. Dass Schnupperlehrlinge nach BGE 124 V 301 ff. unfallversicherungsrechtlich finanziell besser abgesichert seien als Werkstudenten, widerspreche dem Rechtsgleichheitsgebot. Es sei willkürlich, wenn das Mass der Versicherungsleistungen von der Art der Ausbildung abhängt. Diese Rügen sind unbegründet. Von einem Verstoss gegen Art. 8 Abs. 2 BV kann schon deswegen nicht die Rede sein, weil ein Student zu den Nichterwerbstätigen zählt, die nach Art. 1 UVG (in Verbindung mit Art. 1 und 1a UVV) nicht obligatorisch unfallversichert sind, wofür sich in Art. 117 Abs. 2 BV die entsprechende verfassungsmässige Grundlage findet.“

- *Keine verfassungskonforme Auslegung contra legem:*

Beispiele:

- U EVG vom 22.9.2000 (H 134/98 Hm), E. 5 (AHV-Rentenordnung)

- In BGE 116 V 198 ff. hat das EVG eine kantonrechtliche Ordnung, dergemäss der Anspruch auf Witwerrente nur besteht, wenn der Witwer während der Ehe auf den Verdienst der Ehefrau angewiesen war und nachher nicht voll erwerbsfähig ist, wogegen der Anspruch auf Witwenrente allein durch den Tod des Ehemannes begründet wird, als gegen Art. 4 Abs. 2 BV (recte: Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) verstossend bezeichnet, weil damit eine geschlechtsspezifische Unterscheidung getroffen wird, die sich weder mit biologischen noch mit funktionalen Verschiedenheiten rechtfertigen lässt. Das Gericht verpflichtete die kantonale Vorsorgeeinrichtung, dem Beschwerdeführer nach den gleichen Bestimmungen, wie sie für die Witwenrente Geltung haben, eine Witwerrente zuzusprechen. Dabei stellte es fest, es gehe hier nicht um die Einführung einer von der Vorsorgeeinrichtung bisher nicht versicherten neuen Leistungsart, was unter Umständen erhebliche finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen könnte und aus diesem Grund wie auch im Hinblick auf die Vielzahl der denkbaren Regelungsmöglichkeiten eher Sache des Gesetzgebers wäre (vgl. BGE 116 V 216 E. 3b).

2. Überprüfung von anderen Sozialversicherungserlassen

i. Allgemeines

- *Bundesverordnungen*: Prüfungs- bzw. Korrekturbefugnis je nach Art (unselbstständige oder selbstständige Bundesverordnung) unterschiedlich.

Beispiel:

- BGE 127 V 1 E. 5a: „Nach der Rechtsprechung kann das Eidg. Versicherungsgericht Verordnungen des Bundesrates grundsätzlich, von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen, auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Bei (unselbstständigen) Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sie sich in den Grenzen der dem Bundesrat im Gesetz eingeräumten Befugnisse halten. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittenen Verordnungsvorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus andern Gründen verfassungs- oder gesetzwidrig sind. Es kann jedoch sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen und es hat auch nicht die Zweckmässigkeit zu untersuchen.“

- *Kantonale Sozialversicherungserlasse* (v.a. Kinder- und Familienzulagen)

- direkte Normenkontrolle im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren (eingeschränkte Kognition)

- indirekte Normenkontrolle im sozialversicherungsrechtlichen Einsprache- und Beschwerdeverfahren (volle Kognition)

- *Verwaltungsanweisungen*: freie Überprüfung, da keine Gesetze im formellen Sinne; blosser Auslegungshilfe (vgl. BGE 126 V 421 E. 5a, 125 V 379 E. 1c, 123 V 72 E. 4a, 122 V 253 E. 3d, 363 E. 3c).

- *Privatrechtliche Regelwerke* (z.B. Pensionskassenreglemente: BGE 120 V 312)

ii. Vergleichsmassstab für die Feststellung einer Diskriminierung bzw. Ungleichbehandlung

a. Allgemeines

- Das Vorliegen einer Diskriminierung bzw. Ungleichbehandlung erfordert den *Vergleich zwischen zwei Versichertengruppen*. Welches ist der Vergleichsmassstab?

b. Innersystemischer Vergleich

- Vergleich der verschiedenen Leistungsniveaus ausschliesslich innerhalb eines sozialversicherungsrechtlichen Subsystems, z.B. innerhalb der IV, KV oder UV.

Beispiele

- BGE 127 V 121 E. 3 (Behindertendiskriminierung verneint – Hilfsmittelrecht der IV)
- BGE 126 V 70 E. 4 (Altersdiskriminierung bejaht – Hilfsmittelrecht der IV)
- U EVG vom 24.1.2002 (U 30/01 Vr), E. 3 (Diskriminierung verneint – Versicherungsobligatorium der UV)
- U EVG vom 12.1.2001 (C 356/99 Ge) E. 8 (Diskriminierung verneint – Taggeldrecht der AIV)
- U BGer vom 30.11.2000 (2P.77/2000/sch), E. 4 (Herkunftsdiskriminierung verneint – kantonale Zulagenordnung)
- U EVG vom 22.9.2000 (H 134/98 Hm), E. 4 (Alters- bzw. Geschlechterdiskriminierung verneint – AHV-Rentenordnung)
- U EVG vom 19.5.2000 (U I 43/98 Ge), E. 4c (Behindertendiskriminierung verneint – Medizinische Massnahmen der Geburtsgebrechensversicherung in der IV)

c. Intersystemischer Vergleich

- Vergleich der verschiedenen Leistungsniveaus zwischen mehreren sozialversicherungsrechtlichen Subsystemen, die dieselbe Leistungskategorie (z.B. Hilfsmittel) kennen.

Beispiele:

- Benachteiligung der krankheitsbedingten Invalidität gegenüber der unfallbedingten Invalidität (u.a. tiefere Invalidenrente, Fehlen einer Integritätsentschädigung etc.)
 - Benachteiligung der AHV-Bezüger gegenüber IV-Bezügern bzw. AHV-Bezügern mit Besitzstandsgarantie (in Bezug auf Altersrente, Hilflosenentschädigung und Hilfsmittelrecht)
 - Benachteiligung der Kinder, die nach der Geburt verunfallen bzw. erkranken und nur die allgemeinen Leistungen der IV erhalten, gegenüber Kindern mit Geburtsgebrechen, die zusätzliche Leistungen erhalten (vgl. Art. 12 IVG und GgV)
 - Benachteiligung der KV-Versicherten, die sich zu Hause von Angehörigen pflegen lassen, gegenüber IV-, UV- und MV-Versicherten (Letztere erhalten Pflegebeiträge).
- Eine intersystemische Diskriminierungsüberprüfung ist grundsätzlich nicht möglich wegen Art. 191 BV einerseits und anderen Verfassungsvorgaben andererseits (vgl. U EVG vom 24.1.2002 [U 30/01 Vr], E. 3c: „Von einem Verstoß gegen Art. 8 Abs. 2 BV kann schon deswegen nicht die Rede sein, weil ein Student zu den Nichterwerbstätigen zählt, die nach Art. 1 UVG [in Verbindung mit Art. 1 und 1a UVV] nicht obligatorisch unfallversichert sind, wofür sich in Art. 117 Abs. 2 BV die entsprechende verfassungsmässige Grundlage findet.“)
 - Eine intersystemische Diskriminierungsüberprüfung ist dann möglich, wenn eine diskriminierende Leistungsordnung in einem überprüfbaren Erlass enthalten ist (vgl. dazu supra V/1).
 - Bedeutung der verfassungskonformen Auslegung (objektiv-zeitgemässe Auslegung)

d. Extrasystemischer Vergleich

- Vergleich zwischen den privat- und den sozialversicherungsrechtlichen Systemen?

Problem Versicherungsausschluss (diskriminierende Verweigerung von Zusatzversicherungsverträgen obligatorisch KV-Versicherter)

- BGE 114 V 274 E. 2: „a) Den Kassen steht es frei, neben der gesetzlichen oder statutarischen Mindestversicherung aufgrund ihrer Statuten Zusatzversicherungen anzubieten. Das KUVG gibt jedoch einem Gesuchsteller keinen Anspruch, in diese Zusatzversicherungen aufgenommen zu werden, weil die Kassen von Gesetzes wegen nicht verpflichtet sind, für Leistungen zu versichern, welche die genannten gesetzlichen oder statutarischen Minima übersteigen (BGE 113 V 214 Erw. 3, 98 V 68 und 132 Erw. 3a; EVGE 1968 S. 177 Erw. 2; RSKV 1982 Nr. 507 S. 216, 1980 Nr. 403 S. 62 Erw. 1, Nr. 424 S. 209 Erw. 3, 1973 Nr. 166 S. 62, 1971 Nr. 87 S. 20; MAURER, Schweizerische Sozialversicherung, Bd. II, S. 344, N. 780b; GREBER, Droit suisse de la sécurité sociale, S. 388; BONER/HOLZHERR, Die Krankenversicherung, S. 72; PFLUGER, Juristische Kartothek der Krankenversicherung, II c8). Ein Anspruch kann nur bestehen, wenn und soweit die Satzungen der Kasse einen solchen vorsehen (BGE 98 V 132 Erw. 3a; RSKV 1982 Nr. 507 S. 216, 1980 Nr. 403 S. 62 Erw. 1, Nr. 424 S. 210, 1971 Nr. 87 S. 20).

b) Aufgrund der mit Art. 1 Abs. 2 Satz 2 KUVG gewährleisteten Autonomie sind die Krankenkassen in der statutarischen oder reglementarischen Ausgestaltung der Zusatzversicherungen zur Grundversicherung grundsätzlich frei. Diese Gestaltungsfreiheit ist indessen nicht unbeschränkt. Die Kassen haben sowohl bei der Reglementierung dieser sozialversicherungsrechtlichen Zusatzversicherungen als auch bei der Rechtsanwendung im Einzelfall die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu beachten, wie sie sich aus dem allgemeinen Bundessozialversicherungsrecht und dem übrigen Verwaltungsrecht sowie der Bundesverfassung ergeben. Insbesondere haben sie sich an die wesentlichen Grundsätze der sozialen Krankenversicherung zu halten, namentlich an die Grundsätze der Gegenseitigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung (BGE 111 V 139 Erw. 1a, 109 V 147 Erw. 2, 108 V 258 Erw. 2 mit Hinweisen).“

- U VersGer St. Gallen vom 10.03./23.04.1992 (KV 33/91): Anspruch auf Höherversicherung gestützt auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit bejaht (betrifft aKVUG)

- BGE 129 III 35 E. 6.3: „Eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage setzt erstens voraus, dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet. Der Bereich des rein privaten Güteraustausches ist von einer Kontrahierungspflicht zum Vornherein ausgenommen. Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören. Dazu zählen Güter und Leistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden. Die Beschränkung der Kontrahierungspflicht auf ‚lebenswichtige‘ – d.h. für das nackte Überleben notwendige – Güter und Leistungen (so noch BGE 80 II 26 E. 4c S. 37) scheint zu eng. Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen. Von einer solchen Machtkonstellation ist dann auszugehen, wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten.“

B. Verfassungskonforme Auslegung und Lückenfüllung

- Der Sozialversicherungsanwender hat verfassungswidrige – wenn er darf (vgl. Art. 191 BV) – und unklare Gesetzesbestimmungen verfassungskonform auszulegen und allfällige echte Lücken verfassungskonform zu füllen.
- Das Bundesgericht aufert sich aber grosser Zurückhaltung, gesetzgebungsbedingte Versicherungslücken („unechte Lücken“) zu füllen.

Beispiel:

- U EVG vom 24.1.2002 (U 30/01 Vr), E. 3c: „Weiter erkannte das Eidgenössische Versicherungsgericht bereits im Urteil B. vom 10. März 1992 (auszugsweise publiziert in RKUV 1992 Nr. U 148 S. 117 ff.), dass das geltende Recht für unregelmässig Beschäftigte, insbesondere für Ferienaushilfen, Schüler und Studenten,

keine ausreichende Versicherung für einen Invaliditätsschaden einräumt. Es ist jedoch nicht Sache des Richters, die in Gesetz und Verordnung getroffene Ordnung über den versicherten Verdienst mit einer nur auf ‚jobbende‘ Studenten zugeschnittenen Sonderregel zu ergänzen. Vielmehr obliegt es dem Verordnungs- bzw. allenfalls dem Gesetzgeber, aufgrund einer Analyse der gesamten Problematik befriedigende Lösungen zu erarbeiten und Mängel der heutigen Regelung für verschiedene Versichertenkategorien zu beseitigen (RKUV 1992 Nr. U 148 S. 122 Erw. 4d).“

- Unechte Lücken dürfen vom Richter nur gefüllt werden, wenn sich der Gesetzgeber offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes in einem solchen Masse gewandelt haben, dass die Vorschrift unter gewissen Gesichtspunkten nicht bzw. nicht mehr befriedigt und ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich wird (vgl. BGE 111 V 324 E. 2a, 108 V 72 E. 2c, 106 V 70 und 105 V 213 E. 2c).
- Eine geringere Zurückhaltung bei der Füllung unechter Lücken ist dann geboten, wenn das unbefriedigende Auslegungsergebnis gleichzeitig gesetzes- bzw. verfassungswidrig ist (vgl. BGE 121 V 165 E. 4d, 118 V 173 E. 2b und RKUV 1985, 78); der Sozialversicherungsrichter ist aber in einem solchen Fall nicht zur Lückenfüllung berechtigt, wenn dadurch ein gesamter vom Gesetzgeber gewählter Teil der Leistungsordnung aus den Angeln gehoben würde (vgl. BGE 118 V 293 E. 2e und 99 V 19).

VI. Schlussbetrachtung

- Die Umsetzung des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbotes im Sozialversicherungsrecht des Bundes und der Kantone ist eine interessante Aufgabe, der sich die rechtsanwendenden Behörden wegen Art. 191 BV aber nur beschränkt zuwenden können.
- Gleichwohl darf man gespannt sein, was Bundesgericht und EVG aus dem „neuen“ Diskriminierungsverbot machen. Dass es keine tote Bestimmung ist, zeigen die Erfahrungen mit dem besonderen Diskriminierungsverbot (Art. 4 Abs. 2 aBV bzw. Art. 8 Abs. 3 BV) und die noch nicht in allen Belangen gefestigte Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 BV, die bereits sozialversicherungsrechtliche Leistungen an diskriminierte Versicherte zugesprochen hat.

- Entscheidend wird sein, welches Diskriminierungsverständnis sich durchsetzt. Benachteiligungs- und Entwürdigungsverbot bremsen die richterliche Innovationskraft im Bereich des Sozialversicherungsrechts, während die Anknüpfungsverbotstheorie sie eher fördert.
- Fazit: Der verfassungrechtliche Tiger hat zwar Zähne, doch stellen diese im Sozialversicherungsrecht noch Milchzähne dar!

Literaturauswahl

- ARIOLI, K. (1993) Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, in: *AJP* 1993, 1327 ff.
- BAUMANN, K. (1995) IV-Rentnerinnen. Bei AHV-Revision vergessen, in: *plädoyer* 1995/2, 18 ff.
- BAUMANN, K. (2000) Darf's ein bisschen weniger sein? Grundsätzliches und Strittiges beim Vorsorgeausgleich, in: *FamPra.ch* 2000, 191 ff.
- BAUMANN, K./LAUTERBURG, M. (1998) Indirekte Diskriminierung in der Invalidenversicherung in: *Grenzverschiebungen*, Chur, 73 ff.
- BAUMANN, K./LAUTERBURG, M. (2001a) Gleichstellungsdefizite in der IV, in: *CHSS* 2001, 275 ff.
- BAUMANN, K./LAUTERBURG, M. (2001b) *Knappes Geld - ungleich verteilt. Gleichstellungsdefizite in der Invalidenversicherung*, Basel
- BIGLER-EGGENBERGER, M. (1998) Die Arbeitslosenversicherung, das Stillen und das Diskriminierungsverbot, in: *recht* 1998, 41 ff.
- BIGLER-EGGENBERGER, M. (2000) Probleme um die Gleichstellung der Geschlechter in der Sozialversicherung in: *Frauen im Recht*, Bern, 79 ff.
- DESPLAND, B. (1990) *Analyse de la situation de la femme dans l'assurance-invalidité*, Bern
- DESPLAND, B. (1992) *Femmes et assurances sociales*, Lausanne

- DESPLAND, B. (2001) *Familienarbeit und Arbeitslosenversicherung - ein Widerspruch?*, Basel
- DUC, J.-L. (1992) La portée de l'article 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale, in: *Revue de droit suisse* 1992/2, 473 ff.
- DUC, J.-L./GREBER, P.-Y. (1992) La portée de l'article 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale, in: *ZSR II* 1992, 475 ff.
- HANGARTNER, Y. (2003a) Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, in: *AJP* 2003, 257 ff.
- HANGARTNER, Y. (2003b) Diskriminierung – ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, in: *ZSR I* 2003, 97 ff.
- KÄGI-DIENER, R. (2003) Neue Modelle in der beruflichen Vorsorge – und die Gleichheit von Mann und Frau?, in: *AJP* 2003, 1011 ff.
- KÄLIN, W. (1998a) Ausländerdiskriminierung. Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen in: *Festschrift für Yvo Hangartner*, St. Gallen/Lachen, 561 ff.
- KÄLIN, W. (1998b) *Diskriminierungsverbot und Familiennachzug. Eine Studie zur Frage der Diskriminierung von Ausländerinnen und Ausländern im schweizerischen Recht*, Bern
- KÄLIN, W. (1999) *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte. Beiheft 29 zur ZSR*, Basel
- MEYER-BLASER, U. (1990) *Richterliche Möglichkeiten bei der Durchsetzung des Gleichheitsgebots nach Art. 4 BV. Meinungs austausch vom 20.9.1990 der öffentlichrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (gemeinsame Sitzung)*, Luzern
- MEYER-BLASER, U. (1992) Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: *ZSR NF II* 1992, 301 ff.
- MEYER-BLASER, U. (2002) Einwirkungen der neuen Bundesverfassung auf das schweizerische Sozialrecht in: *Neue Bundesverfassung*, Zürich, 105 ff.
- MÜLLER, J. P. (2000a) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung*. (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff.

- MÜLLER, J. P. (2000b) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Neue Bundesverfassung*, Bern, 103 ff.
- MURER, E. (1995) Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: *SZS* 1995, 184 ff.
- SCHÜRER, C. (1997) Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, in: *AJP* 1997, 3 ff.
- STAMPE, M. (2001) *Das Verbot der indirekten Diskriminierung wegen des Geschlechts. Konzept, Tatbestand, verfassungsrechtliche Zuordnung unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen und europäischen Rechtsprechung.*, Zürich
- WALDMANN, B. (2003) *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz. Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits*, Bern