

Verlust der Mutterschaftsentschädigung wegen Ausübung eines Parlamentsmandates

Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 9C_469/2021 vom 8. März 2022 (zur Publikation vorgesehen)

Das Bundesgericht hat entschieden: Unterbricht eine Nationalrätin den Mutterschaftsurlaub, um an den Ratsgeschäften teilzunehmen, verliert sie den gesamten künftigen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung. Dieses Urteil gibt Anlass zu Kritik und zum Aufzeigen von Lösungen, die (besser) mit Verfassung und internationalen Normen vereinbar sind – sowohl für Parlamentarierinnen als auch für erwerbstätige Mütter.

I.	Urteil des Bundesgerichts 9C_469/2021 vom 8. März 2022	64
	1. Sachverhalt	64
	2. Erwägungen	64
II.	Besprechung und Einordnung des Urteils	64
	1. Gesetzliche Ausgangslage und ratio legis	64
	2. Ausübung eines Parlamentsmandates = Erwerbstätigkeit?	65
	a) Unterschiede	65
	b) Finanzielle Abgeltung	65
	c) Soziale Sicherheit	66
	d) Keine Gleichsetzung von Erwerbs- und Parlamentsarbeit	66
	3. Voraussetzung für den Verlust der Mutterschaftsentschädigung	67
	a) Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit	67
	b) Wahrnehmen eines Parlamentsmandates	67
	4. Rechtsfolgen	67
	a) Verlust der gesamten Entschädigung	67
	b) Wiederaufleben bzw. Unterbruch der Bezugsberechtigung	68
	5. Rechtsgleiche Behandlung von Mutter- und Vaterschaftsentschädigung	68
III.	Ergebnis	69

Zitiervorschlag:

SABINE STEIGER-SACKMANN, Verlust der Mutterschaftsentschädigung wegen Ausübung eines Parlamentsmandates, sui generis 2022, S. 63

RA Dr. iur. Sabine Steiger-Sackmann, Dozentin für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Zentrum für Sozialrecht ZHAW, Winterthur (stsa@zhaw.ch).

URL: sui-generis.ch/205

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.205>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Urteil des Bundesgerichts 9C_469/2021 vom 8. März 2022

1. Sachverhalt

1 Nationalrätin Kathrin Bertschy bezog seit der Geburt ihres Kindes im Dezember 2018 Mutterschaftsentschädigung. Da sie aber in der März-Session an einzelnen Kommissionssitzungen und Abstimmungen im Nationalrat teilgenommen hatte, strich ihr die Ausgleichskasse die gesamte Mutterschaftsentschädigung ab 4. März 2019 – auch für die selbständige Tätigkeit, der sie neben dem politischen Amt vor der Geburt nachgegangen war, aber während des Mutterschaftsurlaubes nicht ausgeübt hatte. Das Bundesgericht hat ihre Beschwerde gegen die Einstellung der Mutterschaftstaggelder abgewiesen.

2. Erwägungen

- 2 Frauen haben nach der Geburt eines Kindes während 14 Wochen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung. Dieser endet vorzeitig, wenn die Mutter ihre Erwerbstätigkeit wieder aufnimmt (Art. 16d Abs. 3 EOG¹). Als Erwerbstätigkeit in diesem Sinne gilt laut Bundesgericht auch die Ausübung des Nationalratsmandats. Die Bezüge von Parlamentsmitgliedern sind AHV-beitragspflichtiges Einkommen (Art. 7 lit. i AHVV²). Dieses Einkommen wurde für die Bemessung der Taggelder an die Beschwerdeführerin herangezogen. Insofern ist es gem. Bundesgericht konsequent, wenn die Wiederaufnahme eben dieser Tätigkeit den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung beenden lässt.
- 3 Die Beschwerdeführerin wurde vom Bundesgericht mit ihrem Argument nicht gehört, es sei staatspolitisch unhaltbar, dass sie wegen der Erfüllung des demokratischen Auftrages ihrer Wählerschaft die Mutterschaftsentschädigung verliere³. Das Bundesgericht urteilte jedoch allein aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, wonach die Tätigkeit als Parlamentarierin eine Erwerbstätigkeit sei (E. 5).
- 4 Aus Wortlaut, Sinn und Zweck des Gesetzes ergebe sich, dass der Mutterschaftsurlaub «am Stück» zu beziehen sei und nicht für die Ausübung eines Parlamentsmandates unterbrochen werden könne. Väter hätten zwar die Möglichkeit, ihre Vaterschaftsentschädigung wochen- oder tageweise zu beziehen. Es sei aber dennoch keine

1 Bundesgesetz über den Erwerbsersatz vom 25. September 1952 (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1).

2 Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV; SR 831.101).

3 Medienmitteilung alliance F vom 4. April 2022 (Politische Rechte oder Einkommen, aber nicht beides: Bundesgericht bestätigt Diskriminierung von Parlamentarierinnen in Mutterschaftszeit).

Diskriminierung von Müttern ersichtlich. Es handle sich um nicht vergleichbare Situationen, da der Gesetzgeber den Anspruch der Mutter im Vergleich zu jenem des Vaters doch insgesamt als viel umfassender ausgestaltet habe. Hat die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit den Verlust künftiger Taggelder zur Folge, verstosse dies auch nicht gegen internationales Recht (E. 6).

Aus den einschlägigen Rechtsnormen ergebe sich, dass 5 der Beschäftigungsgrad in der wieder aufgenommenen Tätigkeit keine Rolle spiele (abgesehen von geringfügigen Einkommen). Somit entfalle auch der gesamte Anspruch auf weitere Mutterschaftstaggelder, wenn die Mutter eine von zwei bisher ausgeübten Tätigkeiten wieder aufgenommen hat (E. 7).

Dieses Urteil wirft einige Fragen grundsätzlicher Art auf. 6 Wie ist der Entscheid im Ergebnis zu beurteilen, und welcher gesetzgeberische Bedarf ergibt sich aufgrund dieses Urteils?

II. Besprechung und Einordnung des Urteils

1. Gesetzliche Ausgangslage und ratio legis

Im vorliegenden Fall stützten die Ausgleichskasse und 7 die Gerichte ihren Entscheid auf Art. 16d EOG, wonach der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung (MSE) vorzeitig endet, «wenn die Mutter ihre Erwerbstätigkeit wiederaufnimmt»⁴. Der Anspruch endet am Tag der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit, unabhängig vom Beschäftigungsgrad (Art. 25 EOV⁵). Diese Bestimmungen legen jedoch nicht fest, was gilt, wenn diese Tätigkeit beendet wird; ob dadurch der Anspruch wieder auflebt.

Aus den Materialien ergibt sich, dass es ein bewusster 8 Entscheid war, den Anspruch endgültig enden zu lassen, sobald die Mutter ihre Arbeit (auch nur teilweise) wieder aufgenommen hat. Damit wollte man verhindern, dass neben Erwerbseinkommen weiterhin Taggelder bezogen werden können. Die Kommissionsmitglieder waren sich aber damals schon bewusst, dass eine Grauzone geschaffen werde, da es schwierig sei, die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit zu kontrollieren⁶. Mit dieser strikten Lösung sollten die Mütter ermutigt werden, ihren Anspruch auf MSE vollständig auszuschöpfen⁷. Insofern

4 Bis Juni 2021 war dies Satz 2, ab 1. Juli 2021 Abs. 3 von Art. 16d EOG.

5 Erwerbsersatzverordnung vom 24. November 2004 (EOV; SR 834.11).

6 Protokoll der Sitzung vom 3. Oktober 2002 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, zitiert nach BGE 139 V 250 E. 4.4.

7 Bericht vom 3. Oktober 2002 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative

entspricht die Formulierung «unabhängig von ihrem Beschäftigungsgrad» in Art. 25 EO dem Willen des Gesetzgebers und ist bundesrechtskonform⁸.

- 9 Mit der vorzeitigen Beendigung des Anspruchs auf MSE wollte man also einen Doppelbezug von Taggeld und Einkommen verhindern, was vor allem für Mütter mit selbständiger Erwerbstätigkeit relevant sein dürfte. Man sah aber auch das Missbrauchspotential auf Seiten der Arbeitgebenden. Diese können nämlich dazu verleiten sein, die Mutterschaftstaggelder zu beziehen auch für Tage, an denen sie in den 14 Wochen nach der Geburt die Arbeitsleistung ihrer Arbeitnehmerinnen in Anspruch nehmen⁹.
- 10 Aufgrund von Art. 31 ATSG¹⁰ besteht zwar eine Meldepflicht bei vorzeitiger Aufnahme der Erwerbstätigkeit, und das Anmeldeformular enthält diesbezüglich einen klaren Hinweis, aber ohne Meldungen wäre eine Kontrolle mit grossem Aufwand verbunden. Bei der Planung des MSE-Vollzugs wurden keine Kontrollen vorgesehen¹¹. Auch der Bundesrat sah in der Antwort auf eine Interpellation zum Missbrauch der MSE¹² nur Missbrauchspotential bei den Angaben zur Bemessung der Höhe des Taggeldes, nicht aber beim Bezug trotz vorzeitiger Aufnahme der Erwerbstätigkeit¹³. Man verlässt sich offenbar auf die Meldepflicht.
- 11 Wie die erste und einzige Analyse der MSE 2012 zu Tage gefördert hat, besteht eine Missbrauchsgefahr. Dort gaben nämlich 8% der befragten Bezügerinnen von MSE an, dass sie weniger als 14 Wochen Mutterschaftsurlaub bezogen hatten¹⁴. Bei 38% davon geschah dies auf Wunsch des Arbeitgebers; 27% antworteten, dass sie den Urlaub auf eigenen Wunsch verkürzt haben¹⁵. Darunter dürften

Revision Erwerbsersatzgesetz, Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter (BBl 2002 7522), S. 7546.

8 BGE 139 V 250 E. 4.5.

9 Dass hier tatsächlich eine «Grauzone» besteht, muss aus der Tatsache geschlossen werden, dass das Urteil vom 8. März 2022 der erste Fall vor Bundesgericht betr. Art. 16d EOG wegen Wiederaufnahme einer unselbständigen Tätigkeit ist (betr. Selbständige: Urteil des Bundesgerichts 9C_527/2018 vom 25. Januar 2019). Im Fall Bertschy war nämlich ausnahmsweise öffentlich wahrnehmbar, dass die Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit im Parlament vorzeitig aufgenommen hatte.

10 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1).

11 Bericht zur Parlamentarischen Initiative Revision Erwerbsersatzgesetz, Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter (Fn. 7), S. 7555.

12 Interpellation Esther Wyss-Egger (10.3148).

13 Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Mai 2010.

14 DANIEL C. AEPPLI, Wirkungsanalyse Mutterschaftsentschädigung, Bern 2012, S. 70. Ob die vorzeitige Arbeitsaufnahme auch gemeldet worden ist, wurde nicht untersucht.

15 AEPPLI (Fn. 14), S. 71. Dass ein gewisser Druck seitens der Arbeitgebenden besteht, ist auch ersichtlich aus der Frage von NR Nicolo Paganini (21.7749) «Ende Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung (ME) auch bei unentgeltlicher Arbeit?».

sowohl selbständig wie unselbständig erwerbstätige Mütter gewesen sein.

2. Ausübung eines Parlamentsmandates = Erwerbstätigkeit?

Im besprochenen Urteil hat das Bundesgericht entschieden, dass die Aufnahme einer parlamentarischen Arbeit zum Verlust der MSE führe, weil diese Tätigkeit nicht anders zu beurteilen sei als jede andere Erwerbstätigkeit im «AHV-rechtlichen Sinne».

a) Unterschiede

Ein zentraler Unterschied von parlamentarischer Tätigkeit gegenüber beruflicher Erwerbsarbeit liegt darin, dass der Hauptzweck nicht die Sicherung der Existenz, sondern die Verwirklichung des Wählerwillens ist. Die Ausübung eines Parlamentsmandates ist keine selbständige Tätigkeit, weil es kein unternehmerisches Risiko gibt¹⁶, somit gilt auch die Wirtschaftsfreiheit nicht in diesem Bereich.

Es gibt insbesondere auch keinen «Arbeitgeber», der einen wirtschaftlichen Nutzen aus der Parlamentsarbeit hätte; niemand, der den «Posten» einer abwesenden Mutter mit einer anderen Person besetzen könnte. Selbstverständlich besteht auch kein Weisungsrecht¹⁷. Die Tätigkeit einer vom Volk für eine Wahlperiode gewählten Parlamentarierin dient der Verwirklichung der demokratischen Strukturen.

Nicht rechtlich, aber doch faktisch unterscheidet sich die Parlamentsarbeit von Berufsarbeit dadurch, dass Parlamentsmitglieder an die politische Partei, die sie im Wahlkampf unterstützt hatte, einen Teil ihrer Einkünfte als sog. «Mandatssteuer» abliefern müssen¹⁸.

b) Finanzielle Abgeltung

Da die Ausübung eines politischen Mandates Zeit in einem z.T. grossen Ausmass beansprucht und die berufliche Tätigkeit dafür reduziert werden muss¹⁹, musste man Wege finden, um die finanziellen Opfer der Gewählten im Rahmen zu halten, so dass die demokratischen Strukturen nicht darunter leiden²⁰. Dafür bedurfte es

16 Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 274/03 vom 2. August 2004 E. 3.1.

17 Für die gewählten Parlamentsmitglieder besteht ein Instruktionsverbot (Art. 161 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]).

18 PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN, Politische Parteien Privatrechtliche Vereinigungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Bern 2011, Rz. 865 ff.

19 PASCAL SCIARINI u. a., Studie über das Einkommen und den Arbeitsaufwand der Bundesparlamentarierinnen und Bundesparlamentarier, Bern 2017.

20 Bericht vom 25. April 2002 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats zur Parlamentarischen Initiative Vorsorgeregelung für die Ratsmitglieder (BBl 2002 7082), S. 7083; Stellungnahme des

auf Bundesebene mit dem Parlamentsressourcengesetz PRG²¹ einer spezifischen gesetzlichen Grundlage. Auf Kantons- und Gemeindeebene gibt es ebenfalls entsprechende Normen. Die Entschädigungen für die Milizämter sind auf diesen staatlichen Ebenen allerdings vergleichsweise bescheiden²².

- 17 Mitglieder der Bundesversammlung erhalten für die Vorbereitung der Ratsarbeit ein Jahreseinkommen (Art. 2 PRG) neben Entschädigungen für diverse Personal- und Sachausgaben. Für jeden Arbeitstag, an dem ein Ratsmitglied an Sitzungen seines Rates, einer Kommission oder Delegation, seiner Fraktion oder deren Vorstand teilnimmt, sowie für jeden Arbeitstag, an dem es im Auftrag des Ratspräsidenten oder einer Kommission eine besondere Aufgabe erfüllt, wird ihm als Einkommen ein Taggeld ausbezahlt (Art. 3 Abs. 1 PRG).

c) Soziale Sicherheit

- 18 Ausserdem galt es, die soziale Absicherung der Mitglieder des Bundesparlaments zu regeln²³. Dabei ging man davon aus, dass diese «nicht in einem Arbeitnehmerverhältnis zum Bund» stehen²⁴. Die Regelungen für Parlamentsmitglieder «orientieren sich daran», wie ein schweizerischer Arbeitnehmer oder eine schweizerische Arbeitnehmerin normalerweise versichert ist²⁵. Für die Deckung der verschiedenen sozialen Risiken sind unterschiedliche gesetzliche Lösungen gewählt worden.

- 19 Bezüglich Familienzulagen wird auf das Bundespersonalgesetz verwiesen (Art. 6a PRG). Bei Absenzen infolge Krankheit oder Unfall besteht Anspruch auf «angemessenen Ersatz», ebenso während des Mutterschaftsurlaubes (Art. 3 PRG), d.h. die MSE wird auf 100% aufgestockt (Art. 8a Abs. 3 VPRG²⁶). Die Versicherung für medizinische Leistungen infolge Unfall und Krankheit ist jedoch Sache der einzelnen Mitglieder (Art. 8 PRG). Bei Ausscheiden aus dem Rat vor dem 65. Altersjahr kann eine Überbrückungshilfe als Starthilfe beim beruflichen Wiedereinstieg beansprucht werden (Art. 8a PRG).

Bundesrates vom 20. Mai 2002 zum Bericht vom 25. April 2002 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative Vorsorgeregulierung für die Ratsmitglieder (BBl 2002 7102), S. 7103.

21 Bundesgesetz über Bezüge und Infrastruktur der Mitglieder der eidgenössischen Räte und über die Beiträge an die Fraktionen vom 18. März 1988 (Parlamentsressourcengesetz, [PRG; SR 171.21]).

22 THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, Versicherungspflicht in der beruflichen Vorsorge für Entschädigungen aus einem Parlamentsmandat?, Jahrbuch der SVVOR 2015, Bern 2016, S. 291.

23 Bericht zur Parlamentarischen Initiative Vorsorgeregulierung für die Ratsmitglieder (Fn. 20), S. 7088.

24 Bericht zur Parlamentarischen Initiative Vorsorgeregulierung für die Ratsmitglieder (Fn. 20), S. 7089.

25 Bericht zur Parlamentarischen Initiative Vorsorgeregulierung für die Ratsmitglieder (Fn. 20), S. 7091.

26 Verordnung der Bundesversammlung zum Parlamentsressourcengesetz vom 18. März 1988 (VPRG; SR 171.21).

Zur Regelung einer angemessenen Vorsorge für Alter, Invalidität und Tod hat man in der ersten Säule die Lösung im AHV-Recht getroffen, indem das «Einkommen der Behördenmitglieder von Bund, Kantonen und der Gemeinden» als massgebender Lohn deklariert wird (Art. 7 lit. i AHVV), soweit es sich nicht um den Ersatz von Unkosten handelt (WML Rz. 4006).

Für die zweite Säule gilt für Mitglieder des Bundesparlaments mit Art. 7 PRG wiederum eine «Speziellösung»²⁷: der Bund entrichtet pauschale Beiträge an eine vom Ratsmitglied bezeichnete Vorsorgeeinrichtung im Sinne des BVG²⁸ oder an eine Einrichtung der gebundenen Selbstvorsorge. Der Gedanke des Milizparlaments ist im Parlament und in der Bevölkerung so stark verankert, «dass der Vorsorgelösung des Parlamentes nur eine Ergänzungsfunktion zur ordentlichen beruflichen Vorsorge zukommen muss»²⁹. Obwohl die AHV-rechtliche Qualifikation laut Art. 7 Abs. 2 BVG für die obligatorische berufliche Vorsorge grundsätzlich rechtlich bindend ist, weicht diese Lösung bewusst davon ab³⁰.

Eine besondere Regelung gilt auch bezüglich Vorsorgeleistungen: Vom Bund können im Invaliditäts- und Todesfall subsidiäre Leistungen ausgerichtet werden (Art. 7 Abs. 4 PRG, Art. 7a VPRG). Für die Bemessung dieser Leistung wird wiederum auf die entsprechenden Sozialversicherungsgesetze verwiesen (Art. 7a und 7b VPRG).

d) Keine Gleichsetzung von Erwerbs- und Parlamentsarbeit

Aus der Tatsache, dass Einkünfte von Behördenmitgliedern massgebender Lohn sind, hat das Bundesgericht geschlossen, dass «dieser AHV-rechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit» auch für andere Sozialversicherungszweige, namentlich für die Erwerbersatzordnung gelten müsse³¹ (E. 5.1a.E.). Damit hat die II. Sozialrechtliche Abteilung eine ausschliesslich sozialversicherungsrechtliche Optik eingenommen, allerdings auch diese mit einem eingeschränkten Blickwinkel.

Das Bedürfnis nach Harmonisierung innerhalb des Sozialversicherungsrechts ist zwar nachvollziehbar, aber das Gericht liess unberücksichtigt, dass Parlamentsmitglieder

27 Bericht vom 1. März 2004 des Büros des Ständerates zur Parlamentarischen Initiative Anpassung des Parlamentsressourcengesetz (PRG) und der Verordnung der Bundesversammlung zum Parlamentsressourcengesetz (VPRG) betreffend Teuerungsanpassung und Vorsorgeregulierung (BBl 2004 1485), S. 1489.

28 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40).

29 Bericht zur Parlamentarischen Initiative Vorsorgeregulierung für die Ratsmitglieder (Fn. 20), S. 7083.

30 GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER (Fn. 22), S. 300.

31 Mit Berufung auf BGE 128 V 20 E. 3b.

sozialversicherungsrechtlich nicht tel quel wie Arbeitnehmende behandelt werden (können). Vielmehr bedurfte es für sie verschiedener Spezialregelungen, die sich aus Praktikabilitätsgründen teilweise in den Normen des Sozialversicherungsrechts finden (vorne Rz. 20). Der vorliegende Fall eignet sich daher gerade nicht zur Vereinheitlichung sozialversicherungsrechtlicher Begriffe.

- 25 Ausserdem ist fraglich, ob aus der gesetzgeberisch eleganten Lösung, Einkünfte von Behördenmitgliedern als massgebenden Lohn zu deklarieren, geschlossen werden darf, dass die Ausübung eines politischen Mandates hinsichtlich des Verlusts von MSE gleich wirkt wie die Aufnahme einer Erwerbsarbeit. Diese Frage gilt es nun zu prüfen.

3. Voraussetzung für den Verlust der Mutterschaftsentschädigung

a) Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit

- 26 Der Anspruch auf MSE endet gem. Art. 16d EOG vorzeitig, wenn die Mutter ihre «Erwerbstätigkeit» wieder aufnimmt. Wie sich aus den Materialien ergibt, soll damit verhindert werden, dass einerseits die Mutter gleichzeitig Taggelder und Erwerbseinkommen erhält und andererseits den Arbeitgebenden sowohl die Arbeitsleistung der Mutter als auch ihre Mutterschaftstaggelder zufließen.³²

- 27 Der Verlust der MSE erfolgt bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit «unabhängig vom Beschäftigungsgrad» (Art. 25 EOV). Diese Regelungen legt das Bundesgericht im besprochenen Urteil sehr eng aus. In einem früheren Bundesgerichtsurteil haben diese Formulierungen aber durchaus eine kreative Auslegung zugelassen: Der Anspruch auf MSE besteht weiter, wenn nur eine geringfügige Nebenerwerbstätigkeit, nicht aber die Haupttätigkeit wieder aufgenommen wurde. Eine Erwerbsaufnahme mit geringfügigem Lohn gemäss Art. 34d AHVV (derzeit CHF 2'300/J) beendet den Anspruch auf die Entschädigung demnach nicht³³.

- 28 Ebenfalls gilt praxisgemäss nicht als Aufnahme einer Erwerbstätigkeit eine Teilnahme an Unterricht (z.B. bei Lehrlingen) oder an arbeitsmarktlichen Massnahmen der Arbeitslosenversicherung³⁴.

b) Wahrnehmen eines Parlamentsmandates

- 29 Das Bundesgericht hat im Fall Bertschy entschieden, dass die Parlamentstätigkeit zum Verlust der MSE führen müsse. Für die Bemessung des Taggeldes sei das Entgelt

für die Parlamentstätigkeit herangezogen worden. Somit sei es «konsequent», wenn die Wiederaufnahme eben dieser Tätigkeit den Anspruch auf MSE beenden lässt³⁵.

Die Parlamentstätigkeit ist aber insofern speziell, als daraus kein wirtschaftlicher Vorteil für eine «arbeitgebende» Person resultiert; wirtschaftlich hat niemand etwas davon, wenn eine Nationalrätin am Parlamentsbetrieb teilnimmt, obwohl sie MSE bezieht. Ein Missbrauchspotential in diesem Sinne besteht also nicht.

Andrerseits könnte ein Doppelbezug von Parlamentsentschädigung und MSE erfolgen. Um dies zu unterbinden, wählte das Bundesgericht die radikale Lösung und nahm bewusst die staatspolitisch bedenkliche Folge in Kauf, dass Nationalrätinnen die gesamte MSE verlieren, wenn sie ihr politisches Mandat ausüben. Es erstaunt, dass die besondere Situation von Parlamentsmitgliedern nicht zu einer sachgerechteren Auslegung verholfen hat, nachdem das Bundesgericht in anderen Fällen auch schon passende Lösungen zur Auslegung von Art. 16d EOG gefunden hatte (vorne Rz. 27f.).

4. Rechtsfolgen

a) Verlust der gesamten Entschädigung

War eine Mutter vor der Niederkunft sowohl selbständig als auch unselbständig erwerbstätig, bemisst sich das Taggeld aufgrund der Einkommen aus beiden Tätigkeiten (Art. 8 EOV). Praxisgemäss gilt dies auch für Einkommen aus mehreren Arbeitsverhältnissen³⁶. Weder im Gesetz noch in der Verordnung wird hingegen bestimmt, welches die Rechtsfolge ist, wenn eine Bezügerin von MSE nur die eine von mehreren Tätigkeiten wieder aufnimmt.

Infolge Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit besteht kein Anspruch mehr auf MSE «unabhängig vom Beschäftigungsgrad» (Art. 25 EOV). Dies gilt laut dem neusten Bundesgerichtsentscheid auch für Mehrfachbeschäftigte (E. 5.3.4). Die Wiederaufnahme einer von mehreren Tätigkeiten führt zum Verlust der gesamten MSE (sofern nicht lediglich eine unbedeutende Nebentätigkeit aufgenommen wurde³⁷). Insofern werden Mehrfachbeschäftigte gleich behandelt wie Mütter, die nur eine Erwerbstätigkeit haben, was durchaus Sinn macht.

³² Vgl. vorne Rz. 9 ff.

³³ BGE 139 V 250 E. 4.6; Kreisschreiben vom 1. Januar 2021 über die Mutter- und Vaterschaftsentschädigung (KS MVSE), Rz. 1053.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 9C_166/2014 vom 4. August 2014; KSMVSE (Fn. 33), Rz. 1052.

³⁵ Diese Begründung wirft die Frage auf, wie es sich verhält mit der Aufnahme einer zweiten Tätigkeit, die in Bezug auf die Bemessung des Taggeldes irrelevant war, weil in der ersten Tätigkeit bereits ein Einkommen erzielt wurde, das zum maximalen Taggeldansatz von CHF 196 verhalf (Art. 16f EOG). Dazu SABINE STEIGER-SACKMANN, § 32 Mutterschaftsentschädigung, in: Steiger-Sackmann/Mosimann (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Basel 2014, Fn. 117.

³⁶ KS MVSE (Fn. 33), Rz. 1121.

³⁷ Vorne Rz. 27.

34 Im Hinblick auf eine Weiterentwicklung der MSE sollte man aber prüfen, ob es den Zielen der MSE³⁸ nicht besser entspräche, bei teilweiser Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nur eine anteilmässige Reduktion des Taggeldes vorzusehen.

b) Wiederaufleben bzw. Unterbruch der Bezugsberechtigung

35 «Endet» der Anspruch auf MSE, kann er laut Bundesgericht nicht wieder aufleben. Dies mag passen für Mütter, die ihre Erwerbstätigkeit im früheren Umfang wieder aufnehmen und dafür Einkommen erhalten bzw. erhalten sollten; sie brauchen keinen Erwerbsersatz. Und wenn Arbeitgebende von der Arbeit von Müttern während des Mutterschaftsurlaubs profitieren, soll ihnen nicht auch noch die MSE zukommen. Von dieser Situation sind Gesetz- und Verordnungsgeber ausgegangen.

36 Weder das EOG noch die EOV äussern sich zu den Rechtsfolgen bei nur befristeter oder tageweiser Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit. Das Kreisschreiben MVSE bestimmt allerdings «unabhängig vom Beschäftigungsgrad und der Beschäftigungsdauer»³⁹. Bei der Einführung der MSE hat noch niemand an den Fall gedacht, dass eine Mutter nur für begrenzte Zeit einen Arbeitseinsatz leistet (z.B. für eine Sitzung), danach aber den Mutterschaftsurlaub fortführt. Das Bundesgericht hat leider verpasst, diese Lücke durch Rechtsfortbildung zu schliessen bzw. die Gesetzeskonformität des Kreisschreibens zu überprüfen.

37 Um das Ziel zu erreichen, dass der Erwerbsausfall infolge Mutterschaft durch das EOG gedeckt wird, müsste das Taggeld nach einem Kurzeinsatz wieder aufleben. Dies müsste umso mehr gelten, seit die Vaterschaftsentschädigung so ausgestaltet wurde, dass Taggeldbezug und Erwerbsarbeit flexibel kombiniert werden können, ohne dass ein Anspruchsverlust resultieren kann⁴⁰.

38 Der endgültige Verlust der MSE infolge einer (auch nur befristeten) Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit führt dazu, dass die Mindestdauer des 14-wöchigen Mutterschaftsurlaubs gem. ILO-Übereinkommen Nr. 183⁴¹ nicht in allen Fällen eingehalten wird. Dies stellt das Bundesgericht jedoch in Abrede. Das liege nicht an einer fehlenden Anspruchsgrundlage, sondern allein an der vorzeitigen Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Mutter. Sinngemäss lautet die bundesgerichtliche Begründung: Die Mutter sei schliesslich frei, auf ihren

Anspruch zu verzichten. Nur: Dass sie gleich auf den gesamten Restanspruch verzichten muss, auch wenn sie die Arbeit nur befristet aufgenommen hat, widerspricht dem Anliegen des Gesetzgebers, Mütter zu motivieren, den ganzen Mutterschaftsurlaub zu beziehen⁴². Das Bundesgericht zeigt leider kein Bemühen um eine zeitgemässe teleologische und völkerrechtskonforme Auslegung der aktuellen Rechtsnormen. Die Lösung muss sein, dass befristete Einsätze nur zum Unterbruch der Bezugsberechtigung führen, nicht zum Verlust des Restanspruchs. Damit liesse sich Art. 6 Abs. 1 des ILO-Übereinkommens erfüllen, wonach «während der Abwesenheit von der Arbeit» Erwerbsersatz zu leisten ist.

Bei der Wiederaufnahme einer *politischen* Tätigkeit erscheint der definitive Verlust der MSE ohnehin unverhältnismässig, insbesondere wenn diese nur an einzelnen Tagen mit Sitzungsgeldern entschädigt wird. Es ist für gewählte Behördenmitglieder nicht zumutbar, auf die Ausübung des Wählerauftrages zu verzichten, um nicht den gesamten Restanspruch der MSE zu verlieren. Das Bundesgericht hat aber auch in diesem Spezialfall nicht Hand für eine sachgerechte Rechtsanwendung geboten, die darin besteht, dass die zeitlich begrenzte politische Tätigkeit nur zum Unterbruch des Bezugs von MSE führt.

5. Rechtsgleiche Behandlung von Mutter- und Vaterschaftsentschädigung

Die Beschwerdeführerin brachte im vorliegenden Verfahren vor, es bestehe eine rechtsungleiche Behandlung, indem Väter ihre Vaterschaftsentschädigung wochen- oder tageweise innerhalb einer Rahmenfrist von 6 Monaten beziehen können (Art. 16k EOG), während Mütter gezwungen sind, den Urlaub «am Stück» zu beziehen. Ab der 9. Woche⁴³ müsse ihnen aus Gründen der Geschlechtergleichstellung dieselbe Flexibilität gewährt werden.

Das Bundesgericht sah jedoch keine Diskriminierung von Müttern. Es handle sich um nicht vergleichbare Situationen. Der Gesetzgeber habe den Anspruch der Mutter im Vergleich zu jenem des Vaters viel umfassender ausgestaltet und mit dem Ziel, der Mutter die nötige Zeit zu geben, sich in den ersten Monaten (am Stück) intensiv um ihr Neugeborenes kümmern zu können. Das Gericht räumte ein, dass der Vater beim Bezug des 2-wöchigen Vaterschaftsurlaubs eine grössere Flexibilität habe. Es sei auch

38 Vorne Rz. 8 f.

39 In KSMVSE (Fn. 33), Rz. 1051 (Hervorhebung durch die Autorin).

40 Vgl. dazu hinten Rz. 40 ff.

41 Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 183 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über den Mutterschutz, abgeschlossen in Genf am 15. Juni 2000 (SR 0.822.728.3).

42 Vorne Rz. 11.

43 In den ersten 8 Wochen nach der Niederkunft dürfen Mütter aus biologischen Gründen (BGE 140 I 305 E. 8.2) gar nicht und danach bis zur 16. Woche nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden gem. Art. 35a Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11). Für Bundesparlamentarierinnen gilt diese Bestimmung sinngemäss (Art. 3 PRG).

nicht von der Hand zu weisen, dass sowohl der Mutterschaftsurlaub (im Anschluss an die Erholungsphase nach der Entbindung) als auch der Vaterschaftsurlaub dem Aufbau der Beziehung zum Kind dienen sollen (E. 6.2.3). Dennoch sah es keinen Handlungsbedarf.

42 Mit dieser Argumentation geht das Gericht weder vertieft auf das Gleichstellungsgebot von Art. 8 Abs. 3 BV ein noch bemüht es sich um eine völkerrechtskonforme Auslegung. Es ist aber nicht zu übersehen, dass ein Problem der Geschlechtergleichstellung besteht: Kein männlicher Parlamentarier verliert wegen der Teilnahme an den Ratsgeschäften seine Vaterschaftsentschädigung, obwohl diese ebenso unter Einbezug seiner Einkünfte als Behördenmitglied bemessen wird. Nur die weiblichen Mitglieder eines Parlamentes stehen als Mütter vor dem Dilemma, den Willen ihrer Wählerinnen und Wähler zu erfüllen oder die gesamte restliche Mutterschaftsentschädigung zu verlieren. Im Urteil zum Fall Bertschy kommen solche Aspekte aber nicht zur Sprache.

43 Aus Art. 8 EMRK⁴⁴ lässt sich zwar keine Verpflichtung der Staaten zu einer bestimmten Ausgestaltung von Urlauben für Eltern ableiten. Der EGMR wies aber darauf hin, dass unterschiedliche Regeln für Frauen und Männer nicht auf traditionellen Rollenbildern und Geschlechterstereotypen basieren dürfen⁴⁵. Daher könnte der EGMR auch in diesem Fall zum Schluss kommen, dass nach dem 8-wöchigen Arbeitsverbot die Situation der Mutter und des Vaters vergleichbar sind, so dass hinsichtlich des tage- oder wochenweisen Bezugs der Entschädigung eine ungleiche Behandlung der Eltern nicht gerechtfertigt sein kann⁴⁶.

44 Sowohl das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau CEDAW⁴⁷ als auch das Übereinkommen über die Rechte des Kindes⁴⁸ verlangen von den Vertragsstaaten, dass sie für eine Gleichstellung von Mutter und Vater im Hinblick auf die Elternbeziehung sorgen. Auch das CEDAW-Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, Massnahmen zur Überwindung von Geschlechterstereotypen zu treffen⁴⁹. Indem

44 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

45 Urteil des EGMR 3008/06 vom 20. März 2012 (Markin gegen Russland), § 141 ff. Dazu auch IRENE GROHSMANN, Vaterschaftsurlaub, what else? Zum Schweizerischen Reformbedarf im Lichte der Markin Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *sui generis* 2014, S. 33 ff.

46 KURT PÄRLI, Väter haben keinen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung, SZS 2015, S. 156 (in Bezug auf BGE 140 I 305).

47 Art. 16 Abs. 1 lit. d CEDAW (Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 [CEDAW; SR 0.108]).

48 Art. 18 Abs. 1 KRK (Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 [KRK; SR 0.107]).

49 Art. 5 lit. a CEDAW.

aber eine vorzeitige Erwerbstätigkeit von Müttern unweigerlich zum Verlust des gesamten künftigen Anspruchs führt, werden Frauen tatsächlich dazu gezwungen, den Mutterschaftsurlaub am Stück zu beziehen. Dies hat zur Folge, dass sie sich in den Wochen nach der Geburt des Kindes hauptsächlich um die familiären Angelegenheiten kümmern und sich dadurch geschlechterstereotypische Zuständigkeiten einpendeln. Aufgrund der starren Ordnung der Arbeitswelt lassen sich diese Zuständigkeiten im Nachhinein nur noch schwer ändern⁵⁰.

III. Ergebnis

Zusammenfassend muss man feststellen, dass es das Bundesgericht verpasst hat, der besonderen Tätigkeit von 45
gewählten Behördenmitgliedern Rechnung zu tragen. Es hat keine Lösung gefunden (und auch nicht gesucht), dass Parlamentarierinnen trotz Mutterschaftsurlaub ihr politisches Mandat wahrnehmen können, ohne gleich den gesamten künftigen Anspruch auf MSE zu verlieren.

Aufgrund der besonderen Sachlage hätte das Urteil auch 46
anders ausfallen dürfen: Gehen Parlamentarierinnen ab der 9. Woche nach der Niederkunft der Parlamentsarbeit nach, wird der Bezug der MSE für die betreffenden Tage unterbrochen. Das Gericht hätte alternativ mindestens dafür sorgen können, dass das Taggeld nur in *dem* Umfang gestrichen wird, wie es aufgrund der Parlamentsarbeit bemessen worden ist, und nicht auch der Anteil aus der selbständigen Erwerbstätigkeit.

Ausserdem ist zu bedauern, dass sich das Gericht nicht 47
vertiefter um eine diskriminierungsfreie Rechtsanwendung bemüht hat, die auch die Anforderungen aus internationalem Recht erfüllt. Es müsste den Müttern wie den Vätern in gleichem Umfang den tage- oder wochenweisen Bezug der Entschädigung zugestehen.

Wenn und soweit das Urteil nicht noch an den EGMR wei- 48
tergezogen wird, bleibt nach diesem Urteil nur übrig, die Rechtslage mit einer Revision des EOG anzupassen.

Tatsächlich sind bereits vier Standesinitiativen im parla- 49
mentarischen Prozess (Zug, Basel-Landschaft, Luzern, Basel-Stadt⁵¹), die verlangen, dass Parlamentarierinnen nach der Geburt eines Kindes auf allen politischen Ebenen ihre Mandate während des Mutterschaftsurlaubs wahrnehmen können, ohne dadurch den Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung (aus der beruflichen Tätigkeit) zu verlieren.

50 GROHSMANN (Fn. 45), Rz. 34.

51 Gesch.-Nr. 19.311, 20.313, 20.323 und 21.311. Den ersten drei Standesinitiativen haben die Staatspolitischen Kommissionen beider Räte bereits Folge gegeben.

50 Es besteht aber darüber hinaus weiterer gesetzlicher Anpassungsbedarf, nicht nur für Parlamentsmitglieder. Es braucht eine allgemeine Klärung, wie vorzugehen ist, wenn nur *eine* von mehreren Tätigkeiten während des Mutterschaftsurlaubs wieder aufgenommen wird. Es ist auch eine anteilmässige Einstellung des Taggeldes im Umfang der wiederaufgenommenen Erwerbstätigkeit in Betracht zu ziehen.

Der Bezug der MSE soll nur unterbrochen werden für die 51
Zeit eines befristeten Arbeitseinsatzes und danach wieder aufleben. Andernfalls müsste bei der MSE die Wahlmöglichkeit geschaffen werden für einen wochen- oder tageweisen Bezug der Taggelder (wie für Vaterschaftsentschädigung), mindestens für die letzten zwei Bezugswochen.

Résumé

Le Tribunal fédéral a tranché: si une conseillère nationale interrompt son congé de maternité pour prendre part aux travaux parlementaires, elle perd la totalité de son droit à l'allocation de maternité pour le futur. Cet arrêt suscite des critiques et met en évidence des solutions (plus) compatibles avec la Constitution et les normes internationales, tant pour les femmes parlementaires que pour les mères qui travaillent.