

EINSCHREIBEN

Bundesgericht
II. sozialrechtliche Abteilung
Schweizerhofquai 6
6004 Luzern

📍 Ulrichstrasse 14
CH-8032 Zürich

☎ +41 44 388 57 57

📠 +41 44 388 57 58

✉ info@kspartner.ch

🌐 kspartner.ch

Zürich, 30. März 2022uk

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Frau Bundesrichterin
Sehr geehrter Herr Bundesrichter
Sehr geehrte Damen und Herren

SUSANNE FRIEDAUER
lic. iur., Rechtsanwältin
Fachanwältin SAV
Haftpflicht- und Versicherungsrecht
CAS IRP-HSG Berufliche Vorsorge

In Sachen

Kathrin Bertschy,



KASPAR GEHRING
lic. iur., Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV
Haftpflicht- und Versicherungsrecht

UELI KIESER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt

Beschwerdeführerin

THOMAS LAUBE
lic. iur., Rechtsanwalt

vertreten durch Dr.iur. Ueli Kieser, Rechtsanwalt
KSPartner
Ulrichstr. 14, 8032 Zürich

JÜRG SENN
lic. iur., Rechtsanwalt

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Bern,
Chutzenstrasse 10, 3003 Bern

MARKUS STEUDLER
MLaw, Rechtsanwalt

ANJUSHKA FRÜH
MLaw, Rechtsanwältin

Beschwerdegegnerin

ANNEMARIE GURTNER
MLaw, Rechtsanwältin

sowie

Verwaltungsgericht des Kantons Bern,
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern

SUSANNE VON AESCH
lic. iur., Rechtsanwältin
CAS IRP-HSG
Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Vorinstanz

ANGELA WIDMER-FÄH
MLaw, Rechtsanwältin
CAS IRP-HSG
Haftpflicht- und Versicherungsrecht

betreffend

Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung

erhebe ich gegen das Urteil der Vorinstanz vom 14. Juli 2021 namens und im Auftrag von Kathrin Bertschy

B E S C H W E R D E
IN ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN ANGELEGENHEITEN

mit den folgenden **Anträgen**:

Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei die Sache zur Gewährung der Mutterschaftsentschädigung ab 4. März 2019 beziehungsweise ab 31. März 2019 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen bzw. es sei die entsprechende Mutterschaftsentschädigung der Beschwerdeführerin unmittelbar zu gewähren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin

BO: Urteil vom 14. Juli 2021
Vollmacht

Beilage 1
Beilage 2

Begründung:

1. Das angefochtene Urteil ist am 19. Juli 2021 hierorts eingegangen, so dass sich – unter Berücksichtigung des Fristenstillstands – die unter heutigem Datum erfolgende Beschwerde ohne Weiteres als innert Frist ergehend erweist. Es sind auch die weiteren Eintretensvoraussetzungen gegeben.
2. Die Beschwerdeführerin brachte am 23. Dezember 2018 ein Kind zur Welt; in der Folge wurde ihr eine Mutterschaftsentschädigung ausgerichtet. Weil die als Nationalrätin gewählte Beschwerdeführerin in der Zeit vom 4. bis 30. März

2019 an einzelnen Sitzungen des Nationalrats bzw. von Kommissionen teilgenommen hatte, nahm die Beschwerdegegnerin dies zum Anlass, den Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung ab 4. März 2019 zu verneinen. Die bereits gewährten Mutterschaftsentschädigungen für diese Zeitspanne wurden zurückgefordert, und für die Folgezeit wurde eine Mutterschaftsentschädigung nicht ausgerichtet.

Strittig sind die Fragen:

- ob die Ausübung des politischen Mandats einer Nationalrätin einer Aufnahme der Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 16d EOG gleichkommt
- ob (eventualiter) die definitive Einstellung des Entschädigungsanspruchs bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und nachfolgender Wieder-Aufgabe der Erwerbstätigkeit zulässig ist und
- ob (eventualiter) bei Anspruchsende im Sinne von Art. 16d EOG sich die Verneinung des Anspruchs auch auf eine nicht aufgenommene, zusätzliche Beschäftigung bezieht.

3. Mit der vorliegenden Beschwerde wird aufgezeigt, dass die zutreffende Anwendung und Auslegung der massgebenden Bestimmungen dazu führen, dass der Beschwerdeführerin für die gesamte Zeitspanne von 98 Tagen ein Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung zusteht.

Sollte – eventualiter – angenommen werden, das Mandat als Nationalrätin entspreche einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 16d EOG, ist die Mutterschaftsentschädigung ab dem 31. März 2019 wiederum zu gewähren.

Ohnehin kann schliesslich bei zutreffender Gesetzesauslegung die Ausübung des politischen Mandats als Nationalrätin nicht dazu führen, dass die Entschädigung für die parallel ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit ebenfalls eingestellt wird.

4. Eingang stellt sich die Frage des Anfechtungsgegenstands. Die Vorinstanz prüfte zunächst die Frage der Rechtmässigkeit für die vom 4. bis 30. März 2019 ausgerichteten Taggelder und hielt dafür, dass eine Rückforderung rechtmässig sei; zugleich wurde mit dem angefochtenen vorinstanzlichen Urteil festgelegt, dass auch für die Folgezeit kein Anspruch besteht. Die Vorinstanz hatte mithin sowohl die Rückforderung wie auch den Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung ab 31. März 2019 beurteilt und bezogen auf die gesamte Zeitspanne einen Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung verneint. Dies ergibt sich ohne Weiteres und mit aller Klarheit daraus, dass die Vorinstanz – wie auch die Beschwerdegegnerin – festhielt, dass der Taggeldanspruch der Mutter am Tag der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit vollständig und definitiv endet (so etwa E. 3.2). Mithin ist im vorliegenden Fall nicht nur die Rückforderung als solche strittig, sondern die gesamte Zeitspanne, während der eine Mutterschaftsentschädigung nach Art. 16d Satz 1 EOG beansprucht werden konnte.

5. Die nachfolgende Begründung ist wie folgt aufgebaut:

Es ist zunächst aufzuzeigen, dass die Ausübung des politischen Mandats im Nationalrat nicht einer „Erwerbstätigkeit“ im Sinne von Art. 16d EOG entspricht (Ziffer 6). Selbst wenn die Ausübung des politischen Mandats als Nationalrätin einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 16d EOG gleichzustellen wäre, müsste – eventualiter – der Anspruch für die Zeitspanne nach Einstellen der Ausübung des politischen Mandates wiederum gewährt werden (Ziffer 7). Wenn der Anspruch nicht wieder aufleben sollte, müsste ohnehin für die gesamte Zeitspanne die Entschädigung bezogen auf die parallel zum politischen Mandat ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit durchgehend bestätigt werden (dazu Ziffer 8).

6. Die Beschwerdeführerin ist als Nationalrätin in ein politisches Mandat gewählt worden und hat damit eine politische Funktion übernommen. Es geht um die Ausübung eines politischen Rechts, wobei nach Art. 136 BV die politischen Rechte allen Schweizerinnen und Schweizern gleichmässig zustehen. Die Bundesversammlung übt nach Art. 148 Abs. 1 BV die oberste Gewalt im Bund aus.

Die politische Tätigkeit in der Bundesversammlung ist nicht auf das Erzielen eines Erwerbseinkommens ausgerichtet, sondern beinhaltet, die demokratischen Rechte und Pflichten auszuüben. Nationalrätin und Nationalrat üben das politische Mandat ohne Instruktionen aus und können sich im politischen Mandat nicht vertreten lassen.

Es fragt sich mithin insbesondere, ob das Einkommen von Mitgliedern einer Legislative grundsätzlich als Einkommen im Sinne von Art. 16d EOG zu betrachten ist. Es geht also darum, ob das Ausüben einer öffentlichen Funktion an sich eine Erwerbstätigkeit darstellt. Diesbezüglich ist von Bedeutung, dass das Ausüben einer öffentlichen Funktion nicht bereits als solche eine Erwerbstätigkeit darstellt (vgl. BGE 98 V 235). Auch in der Literatur wird betont, dass nicht jede öffentlich-rechtliche Beziehung bereits zur Annahme einer Erwerbstätigkeit führt; davon auszunehmen sind nämlich diesbezüglich insbesondere Tätigkeiten von Personen, die hauptberuflich als Selbstständigerwerbende tätig sind (vgl. PETER BINSWANGER, Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zürich 1950, 48). Art. 7 lit. i AHVV erfasst insoweit nur diejenigen Personen als Mitglied einer Behörde, welche zu einer Exekutive, zu einem Gericht oder zu einer Kommission mit richterlichen Befugnissen hören; hinzuzuzählen sind sodann Mitglieder anderer Gremien mit öffentlich-rechtlichen Funktionen, sofern ihnen Entscheidbefugnisse zustehen und sie fest entschädigt werden (vgl. BINSWANGER, a.a.O., 48).

Anders muss es sich demgegenüber bei Mitgliedern eines Parlamentes handeln. Mitglieder eines Parlamentes müssen nämlich die Möglichkeit haben, ihre parlamentarische Funktion in einer freien und ungestörten Art erfüllen zu können. Die parlamentarische Tätigkeit – mithin die Aufgabe der Gesetzgeberin – zeichnet sich dadurch aus, dass unabhängig von erwerblichen Zielsetzungen und in einer frei strukturierten Tätigkeit ein Einsatz zugunsten der gesamten Bevölkerung erfolgt. Die zahlreichen Unvereinbarkeitsbestimmungen bei Übernahme eines Parlamentmandates bezeugen, dass nach schweizerischer Auffassung die Tätigkeit im Parlament eine solche ist, welche im Blick auf den Dienst am Ganzen auszuüben ist. Entsprechend wird denn auch in der bundesstaatsrechtlichen Literatur betont, dass die Entschädigungen an Mitglieder des Parlamentes nicht als Besoldung betrachtet werden (so ausdrücklich

GIACOMETTI/FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949/unveränderter Nachdruck 1976, 510).

Insoweit ist eben – soweit nicht ein eigentliches Einkommen und mithin eine Berufstätigkeit anzunehmen ist – beim Einsatz in Parlamenten davon auszugehen, dass es sich um das Erfüllen einer Bürger(innen)pflcht handelt. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil der Verordnungsgeber ausdrücklich betont hat, dass Entgelte, die im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Bürgerpflicht stehen, nicht als beitragspflichtiges Einkommen zu betrachten sind. Entsprechend betont das (damalige) Eidgenössische Versicherungsgericht, dass das einer versicherten Person für die Erfüllung einer öffentlichen Bürgerpflicht ausgerichtete Entgelt kein Erwerbseinkommen ist. Dies wurde bezogen auf den Feuerwehrsold des Angehörigen einer staatlich anerkannten Feuerwehr entsprechend entschieden (ZAK 1950 316). Analog wurden vom EVG die Verhältnisse bei der Leistung von Verkehrsordnungsdiensten beurteilt (ZAK 1969 183). Dabei ist letztlich auch von Bedeutung, dass das Entgelt für die Erfüllung einer öffentlichen Bürgerpflicht grundsätzlich unabhängig von der Höhe im Einzelfall nicht als Erwerbseinkommen betrachtet werden kann (vgl. ZAK 1972 50). Genau so wie der Feuerwehrdienst wurde auch der Militärdienst beurteilt, bei dem angenommen wurde, dass die darin zum Ausdruck kommende Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht nicht als eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit betrachtet werden kann.

Das Ausüben eines Parlamentsmandates ist zweifellos ebenfalls das Umsetzen einer öffentlichen Bürgerpflicht. Natürlich verhält es sich an verschiedenen Orten so, dass Wahlkämpfe stattfinden und Parlamentsmandate begehrt sind. Dies ändert nichts am Grundsatz, dass die Übernahme eines Parlamentsmandates eine öffentliche Bürgerpflicht ist.

Die vorstehend genannten Besonderheiten einer Ausübung des Mandats als Nationalrätin können an folgendem Beispiel illustriert werden: Die Beschwerdeführerin ist Teil der Subkommission GK (Gerichtskommission). Die Subkommission umfasst ein Mitglied pro Fraktion, und es ist eine Stellvertretung ausgeschlossen. Die Subkommission prüft Bewerbungen für Richterstellen etc.

und übernimmt die Vorauswahl der Kandidaten und Kandidatinnen, die zu einer Anhörung in der Gesamtkommission eingeladen werden. Weil pro Partei nur ein einziges Mitglied zugelassen ist und weil zugleich eine Vertretung ausgeschlossen ist, kann das demokratische Recht der Mitwirkung an der Vorbereitung von Richterwahlen nur durch eine effektive Präsenz wahrgenommen werden. Die Beschwerdeführerin hat – während des (aktuellen, zweiten) Mutterschaftsurlaubs – an der vorerwähnten Subkommissionstätigkeit mitgewirkt. Dieses Beispiel zeigt ebenfalls, dass die politische Tätigkeit als Nationalrätin einer Erwerbstätigkeit nicht gleichgestellt werden kann.

Dass bezogen auf die ausgerichteten Entschädigungen in ahv-beitragsrechtlicher Hinsicht von einem Erwerbseinkommen ausgegangen wird (vgl. etwa Urteil 9C_641/2017 E. 5), kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen, weil bezüglich der Einordnung als Erwerbstätigkeit im AHVG-Bereich und der Auslegung der Erwerbstätigkeit nach Art. 16d EOG keine Parallelität besteht. Die AHVG geht von einem äusserst weit gefassten Begriff der Erwerbstätigkeit aus, was bei der Ausnahmeregelung von Art. 16d EOG grundsätzlich anders ist. Der Wegfall eines an sich gegebenen Leistungsanspruchs kann nur in einem engen Rahmen erfolgen und nicht bei Ausübung einer weit definierten Tätigkeit im Sinne des AHVG.

Damit zeigt sich, dass die Teilnahme an Parlamentssitzungen und Kommissionssitzung nicht einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 16d EOG gleichzustellen ist. Damit entfällt die Berufung auf Art. 16d Satz 2 EOG. Dies führt unmittelbar zur Gutheissung der Beschwerde.

Beizufügen ist, dass sich das vorstehend genannte Resultat auch aus anderen Überlegungen ergibt. So wurde im Zusammenhang mit der Mutterschaftsentschädigung festgehalten, dass es insbesondere darum geht, die Vereinbarkeit von Familie und „Ausübung einer beruflichen Tätigkeit“ zu gewährleisten (vgl. BBl 2002 7538). Wenn zum Entwurf von Art. 16d EOG festgehalten wird, die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit führe „immer zum Ende des Anspruchs“ (so BBl 2002 7546), ist dies mithin mit Blick auf den zuvor gewählten Begriff der „Berufstätigkeit“ zu verstehen. Das Ausüben eines politischen

Mandats ist indessen – wie aufgezeigt – gerade nicht eine Berufstätigkeit in diesem Sinne.

7. Selbst wenn das Ausüben eines politischen Mandats als „Erwerbstätigkeit“ zu werten wäre, müsste der Anspruch im vorliegenden Fall ab 31. März 2019 wieder gewährt werden. Es geht hier um die Frage, ob bei späterer Einstellung der „Erwerbstätigkeit“ der Anspruch wieder auflebt.

Diesbezüglich setzt die zutreffende Argumentation bei Art. 6 des (von der Vorinstanz nicht geprüften) Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz (SR 0.822.728.3) ein. Dieses IAO-Übereinkommen ist für die Schweiz am 4. Juni 2015 in Kraft getreten und mithin vorliegend massgebend. Art. 6 Abs. 1 des Übereinkommens bestimmt, dass Frauen „während der Abwesenheit von der Arbeit“ Geldleistungen zu gewähren sind. Mit dem Abkommen wird mithin auf eine klar definierte Zeitspanne Bezug genommen, nämlich eben auf die „Abwesenheit von der Arbeit“. Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens legt fest, dass Anspruch auf einen mindestens 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub besteht. Der Wortlaut des Übereinkommens ist klar und legt fest, dass für (jede und immer geartete) „Abwesenheit von der Arbeit“ der Anspruch besteht.

Der vorinstanzliche Entscheid missachtet diese Festlegung, indem bestätigt wird, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zum vollständigen und definitiven Wegfall der Mutterschaftsentschädigung führt. Nach dem vorgenannten Übereinkommen besteht freilich bei späterer erneuter Abwesenheit von der Arbeit wiederum ein Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung. Art. 25 EOv legt denn bei zutreffender Auslegung auch nichts Anderes fest. Hier wird festgehalten, dass der Anspruch der Mutter auf Entschädigung „am Tag der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit“ endet. Die Bestimmung legt indessen nicht fest, was bei einer nachfolgenden Beendigung der aufgenommenen Tätigkeit gilt. Nach der vorerwähnten Regelung entsteht hier der Anspruch wiederum. Die Vorinstanz irrt also, wenn sie festhält, dass ein Wiederaufleben bzw. Wiederentstehen der Mutterschaftsentschädigung gesetzlich nicht vorgesehen sei (E. 3.2).

Damit ist jedenfalls für die Zeit ab 31. März 2019 ein weiterer Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung ausgewiesen. Zur Festsetzung dieses Anspruchs ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Die Auslegung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, lässt sich aus einem weiteren Grund nicht halten. Mutterschaftsentschädigung und Vaterschaftsentschädigung sind parallele Leistungen, welche je im EOG geordnet werden. Bei Vaterschaftsentschädigung wird dem Vater ermöglicht, die Entschädigung wochenweise oder tageweise zu beziehen (Art. 16k Abs. 3 und Abs. 4 EOG). Die Mutterschaftsentschädigung hat nach der 6-wöchigen Erholungsphase der Mutter denselben Charakter wie die Vaterschaftsentschädigung: Die Entschädigung soll den Aufbau der Beziehung zum Kind ermöglichen. Wenn dem Vater ermöglicht wird, das Taggeld tageweise oder wochenweise zu beanspruchen, muss Analoges auch der Mutter zustehen. Zwar gilt bei der Mutter ein längerer Höchstanspruch der Taggelder, doch ist es diskriminierend, dem Vater die Beanspruchung tageweise- bzw. wochenweise zu ermöglichen, dies hingegen der Mutter zu verbieten. Auch aus diesem Grund ist die durch die Vorinstanz vorgenommene Auslegung von Art. 16d EOG unzulässig, weil sie zu rechtsungleichen und willkürlichen Ergebnissen führt.

8. Die Beschwerdeführerin übte einerseits ein politisches Amt als Nationalrätin aus und ist andererseits im privatwirtschaftlichen Bereich als Erwerbstätige beschäftigt. Die privatwirtschaftliche Tätigkeit stellte die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen während der gesamten Dauer von 98 Tagen ab der Geburt ein. Die Beschwerdegegnerin – und ihr folgend die Vorinstanz – hielten dafür, die Ausübung des politischen Mandats als Nationalrätin führe auch zum Wegfall des Anspruchs auf die Entschädigung für die privatwirtschaftliche Tätigkeit. So wird – freilich ohne eigentliche Begründung – von der Vorinstanz ausgeführt, weil die Mutterschaftsentschädigung mit der Wiederaufnahme der Parlamentstätigkeit ende, entfalle auch der Anspruch auf das Taggeld insoweit, als es für die eigentliche Erwerbstätigkeit gewährt wurde (E. 3.4). Dieses Ergebnis ist willkürlich und geht auf eine falsche Gesetzesauslegung zurück. Weder im Gesetz noch auf Verordnungsebene wird bestimmt, wie vorzugehen ist, wenn bei parallelen Tätigkeiten eine Tätigkeit aufgenommen wird. Es ist mithin eine Auslegung der fraglichen Bestimmungen – insbesondere von Art. 16d

EOG und von Art. 25 EO – vorzunehmen, um zu bestimmen, wie vorzugehen ist, wenn von zwei bisher ausgeübten Tätigkeiten eine Tätigkeit wiederaufgenommen wird.

Auszugehen ist wiederum von Art. 6 des Übereinkommens Nr. 183. Hier wird sprachlich eindeutig festgehalten, dass „während der Abwesenheit von der Arbeit“ eine Geldleistung zu gewähren ist. Die Beschwerdeführerin war während der gesamten Zeitspanne von 98 Tagen von ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit abwesend. Es verstösst gegen die vorgenannte Bestimmung, wenn aus der vorübergehend und tageweise wieder aufgenommen Ausübung des politischen Mandats abgeleitet wird, der Anspruch entfalle zugleich auch für die parallel ausgeübte Tätigkeit im privatwirtschaftlichen Bereich. Das Ergebnis entspricht nicht einer zutreffenden Gesetzesauslegung, weil es an sachfremde und damit willkürlich Überlegungen anknüpft.

Selbst wenn also – entgegen den voranstehenden Ausführungen – die Wiederaufnahme des politischen Mandats als Erwerbstätigkeit gewertet würde und selbst wenn davon auszugehen wäre, die Wiederaufnahme führe zum definitiven Wegfall der Mutterschaftsentschädigung, könnte sich dies nicht auf die parallel ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit beziehen.

In diesem Fall ist die Sache zur Gewährung der Mutterschaftsentschädigung unter Berücksichtigung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit an die Beschwerdeführerin zurückzuweisen.

9. Damit ist aufgezeigt, dass sich das vorinstanzliche Urteil nicht halten lässt. Das vorinstanzliche Urteil nimmt keine zutreffende Auslegung der interessierenden Bestimmungen vor und verletzt damit das Legalitätsprinzip. Es kommt hinzu, dass das Ergebnis willkürlich ist, weshalb auch aus diesem Grund der angefochtene Entscheid aufzuheben ist.

Es ist mithin der Beschwerdeführerin die beantragte Entschädigung zuzusprechen.

Zur frankenmässigen Festlegung der Mutterschaftsentschädigung ist die Sache eventualiter an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, welche der Beschwerdeführerin die Mutterschaftsentschädigungen nachträglich auszurichten hat.

Dieses Ergebnis führt zur Auferlegung der Kosten an die Beschwerdegegnerin. Diese ist zudem zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten.

Freundliche Grüsse



Ueli Kieser

E-Mail: ukieser@kspartner.ch

Dreifach

Beilagen:

1. Urteil vom 14. Juli 2021
2. Vollmacht