

## **BGE 143 V 168**

Bundesgericht (BGE), 2017-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_143\\_V\\_168](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_143_V_168)

FR: ATF 143 V 168

IT: DTF 143 V 168

### **Regeste**

Regeste Art. 8 Abs. 1 lit. f, Art. 11, Art. 15 Abs. 1 AVIG; Art. 35b Abs. 1 und 2 ArG; Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG. Die Vermittlungsfähigkeit kann nicht generell mit der Begründung verneint werden, in der Zeit zwischen der 8. und der 16. Woche nach der Niederkunft sei ein potentieller Arbeitgeber überwiegend wahrscheinlich nicht bereit, mit einer Arbeitssuchenden einen Arbeitsvertrag für Nachtschicht abzuschliessen, nur weil sie nach Stellenantritt jederzeit Art. 35b ArG anrufen kann. Die gegenteilige Sicht des kantonalen Gerichts unterstellt den in Frage kommenden Arbeitgebern eine Haltung, die als Anstellungsdiskriminierung ihrerseits in den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 und 2 GIG fiel und zu Entschädigungsansprüchen in Höhe von bis zu drei Monatslöhnen (Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG) führen würde (E. 5.1).

Regeste Art. 8 al. 1 let. f, art. 11, art. 15 al. 1 LACI; art. 35b al. 1 et 2 LTr; art. 3 al. 1 et 2, art. 5 al. 2 et 4 LEg. L'aptitude au placement d'une mère à la recherche d'un emploi pour la période entre la 8 e et la 16 e semaine après la naissance de l'enfant ne saurait être niée de manière générale au motif que durant cette période, un employeur potentiel ne serait vraisemblablement pas disposé à conclure un contrat de travail avec elle pour un travail de nuit du fait que celle-ci pourrait invoquer l'art. 35b LTr après son engagement. En adoptant le point de vue contraire, la cour cantonale impute à l'employeur un comportement qui, en tant qu'acte de discrimination à l'embauche, pourrait entrer dans le champ de protection des art. 3 al. 1 et 2 LEg et donner lieu à un versement d'une indemnité jusqu'à trois mois de salaire (art. 5 al. 2 et 4 LEg; consid. 5.1).

Regesto Art. 8 cpv. 1 lett. f, art. 11, art. 15 cpv. 1 LADI; art. 35b cpv. 1 e 2 LL; art. 3 cpv. 1 e 2, art. 5 cpv. 2 e 4 LPar. L'idoneità al collocamento di una madre non può essere negata in maniera generale per il motivo che nel periodo tra l'8 a e la 16 a settimana dopo il parto secondo la verosimiglianza preponderante un potenziale datore di lavoro non sarebbe disposto a sottoscrivere un contratto di lavoro per lavoro notturno, solamente perché ella si potrebbe appellare dopo l'assunzione in ogni momento all'art. 35b LL. Adottando il punto di vista contrario, la Corte cantonale imputa al datore di lavoro un comportamento che, essendo un atto discriminatorio all'assunzione, potrebbe entrare nel campo di applicazione dell'art. 3 cpv. 1 e 2 LPar e comportare il versamento di un'indennità fino a tre mesi di salario (art. 5 cpv. 2 e 4 LPar; consid. 5.1).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Das kantonale Gericht hat die rechtlichen Grundlagen über die Anspruchsvoraussetzung der Vermittlungsfähigkeit ( Art. 8 Abs. 1 lit. f, Art. 15 Abs. 1 AVIG [SR 837.0]; BGE 136 V 95 E. 5.1 S. 97; 125 V 51 E. 6a S. 58), die Beschäftigung bei Mutterschaft (Art. 35a Abs. 3 des

Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11]) sowie die Ersatzarbeit und Lohnfortzahlung bei Mutterschaft ( Art. 35b ArG ) richtig dargelegt. Gleiches gilt zu dem im Sozialversicherungsrecht massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ( BGE 138 V 218 E. 6 S. 221). Darauf wird verwiesen. Die Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich prospektiv, somit aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie bis zum Erlass des Einspracheentscheides (hier 15. Oktober 2015) bestanden haben ( BGE 129 V 167 E. 1 S. 169; BGE 120 V 385 E. 2 S. 387; Urteil 8C\_202/2013 vom 28. Mai 2013 E. 5.2). Die Vermittlungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung schliesst graduelle Abstufungen aus. Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig, insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit (im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums; vgl. Art. 5 AVIV [SR 837.02]) anzunehmen, oder nicht ( BGE 136 V 95 E. 5.1 S. 97). Von der Vermittlungsfähigkeit ist der anrechenbare Arbeitsausfall ( Art. 11 AVIG ) zu unterscheiden. Dieser bestimmt sich grundsätzlich im Vergleich zum letzten Arbeitsverhältnis vor Eintritt der (Teil-) Arbeitslosigkeit ( BGE 125 V 51 E. 6c/aa S. 59). Es kommt aber auch darauf an, in welchem zeitlichen Umfang die versicherte Person bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen. Arbeitnehmer, die nach dem Verlust ihrer Vollzeitbeschäftigung, aus welchen Gründen auch immer, lediglich noch teilzeitlich erwerbstätig sein wollen oder können, die also zwar bereit sind, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, im Unterschied zu vorher jedoch nur noch in reduziertem Umfang, erleiden einen bloss teilweisen Arbeitsausfall. Diesfalls geschieht die Kürzung des Taggeldanspruchs durch eine entsprechende Reduktion des der Entschädigungsbemessung zugrunde zu legenden versicherten Verdienstes ( BGE 125 V 51 E. 6c/aa S. 59 f.; Urteil 8C\_766/2015 vom 23. Februar 2016 E. 2).

### **E. 3**

Die Vorinstanz erwog, unbestritten sei, dass die Beschwerdeführerin während des 8-wöchigen Arbeitsverbots nach der Niederkunft BGE 143 V 168 S. 171 vom 15. Dezember 2014, mithin bis 9. Februar 2015, nicht vermittlungsfähig gewesen sei, und ab Juli 2015 im Rahmen eines Arbeitsausfalls von 50 % Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Strittig und zu prüfen sei dieser Anspruch somit ab 10. Februar bis 30. Juni 2015. Für die Zeit zwischen der 8. und 16. Woche nach der Niederkunft vom 15. Dezember 2014 - mithin vom 10. Februar bis 7. April 2015 - gelte nach Art. 35b ArG zwar kein Nachtarbeitsverbot. Der Arbeitgeber sei indes verpflichtet, der Arbeitnehmerin nach Möglichkeit eine gleichwertige Arbeit zwischen 06.00 und 20.00 Uhr anzubieten. Tue er dies nicht und lehne es diese ab, nachts zu arbeiten, habe sie Anspruch auf 80 % des Lohns. Angesichts dieses vertraglich nicht wegbedingbaren Rechts der Arbeitnehmerin erscheine es als ausgeschlossen, dass ein potentieller Arbeitgeber bereit gewesen wäre, mit der Beschwerdeführerin vom 10. Februar bis 7. April 2015 einen Arbeitsvertrag für Nachtschicht, welche sie explizit gesucht habe, abzuschliessen. Auch für diese Periode sei die Vermittlungsfähigkeit somit zu verneinen. Ab 8. April 2015 seien die beiden Kinder der Beschwerdeführerin 2 Jahre bzw. knapp 4 Monate alt und damit intensiv betreuungsbedürftig gewesen. Sie habe echtzeitlich zum Ausdruck gebracht, dass deren Betreuung während ihrer Arbeitszeit ausschliesslich nachts durch ihren tagsüber vollzeitlich erwerbstätigen Ehepartner erfolgen würde; die ihr mögliche Arbeitszeit beschränke sich daher auf 21.00 Uhr bis 05.30 Uhr. Dass die Kinderbetreuung - wie die Beschwerdeführerin nach Kenntnis der Verfügung des AWA vom 11. Juni 2015 am 13. Juni und 8. Juli 2015

neu vorgebracht habe - nicht nur nachts durch ihren Ehemann, sondern tagsüber auch durch ihre Mutter, ihre Schwägerin und ihre Cousine sichergestellt gewesen sei, erscheine aufgrund der "Aussagen der ersten Stunde" daher nicht als überwiegend wahrscheinlich. Zu beachten sei zudem, dass sie nach der Geburt des ersten Kindes am 1. April 2013 ihre damalige Arbeitsstelle am 23. April 2013 per 31. Juli 2013 mit der Begründung gekündigt habe, sie sei Mutter geworden und es habe nicht so geklappt, wie sie es sich vorgestellt habe. Laut dem Beratungsprotokoll vom 12. März 2015 habe sie sich aufgrund der Mutterschaft nicht mehr vorstellen können, im früheren Pensum von 100 % zu arbeiten. Bis zur Geburt des zweiten Kindes habe sie denn auch nicht den Tatbeweis erbracht, trotz Betreuungsaufgaben arbeiten zu wollen und zu können. Insgesamt habe sie ab 8. April bis 30. Juni 2015 somit über keine tragfähige Kinderbetreuung verfügt, die ihr bei Ausübung einer Nachtarbeit zu 100 % respektive 80 % genügend Ruhezeiten gesichert hätte. Die vom BGE 143 V 168 S. 172 AWA für diese Periode anerkannte Vermittlungsfähigkeit für ein Arbeitspensum von 50 % erscheine daher als grosszügig, rechtfertige aber keine (zusätzliche) reformatio in peius. Demnach sei die Beschwerdeführerin ab 8. April 2015 vermittlungsfähig, wobei der anrechenbare Arbeitsausfall 50 % einer Vollbeschäftigung entspreche.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 61 lit. d ATSG ist das kantonale Versicherungsgericht an die Begehren der Parteien nicht gebunden. Es kann eine Verfügung oder einen Einspracheentscheid zu Ungunsten der Beschwerde führenden Person ändern oder dieser mehr zusprechen, als sie verlangt hat, wobei den Parteien vorher Gelegenheit zur Stellungnahme sowie zum Rückzug der Beschwerde zu geben ist (vgl. auch Urteil 8C\_765/2013 vom 3. März 2014 E. 3.1 mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

In der Verfügung vom 22. Juli 2016 betreffend die Androhung der reformatio in peius war das kantonale Gericht noch fälschlicherweise davon ausgegangen, gemäss Art. 35b ArG bestehe zwischen der 8. und der 16. Woche nach der Niederkunft ein Nachtarbeitsverbot. Die Beschwerdeführerin rügt, im angefochtenen Entscheid habe die Vorinstanz dann erwogen, kein Arbeitgeber hätte sie angestellt, da sie in dieser Periode jederzeit Tagesarbeit hätte verlangen können (vgl. E. 3 hiervor). Diese neue Begründung sei für sie nicht absehbar gewesen, umso weniger, als sie abwegig sei. Damit habe die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren nach Art. 61 ATSG verletzt, weshalb der angefochtene Entscheid in diesem Punkt schon deshalb aufzuheben sei. Zudem sei von der Möglichkeit der reformatio in peius zurückhaltend Gebrauch zu machen und diese auf Fälle mit offensichtlicher Unrichtigkeit und erheblichem Korrekturbedarf zu beschränken (vgl. BGE 142 V 337 E. 3.1 S. 339); dies treffe hier nicht zu. Es kann offenbleiben, ob die Vorinstanz in dieser Hinsicht Bundesrecht verletzt hat. Denn die von ihr vorgenommene reformatio in peius für den Zeitraum vom 10. Februar bis 7. April 2015 ist ohnehin zu annullieren (vgl. E. 5.2 hiernach).

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführerin ist darin beizupflichten, dass entgegen der Vorinstanz nicht gesagt werden kann, in der Zeit vom 10. Februar bis 7. April 2015 wäre ein potenzieller Arbeitgeber überwiegend wahrscheinlich nicht bereit gewesen, mit ihr einen Arbeitsvertrag für Nachtschicht abzuschliessen, nur weil sie nach Stellenantritt BGE 143 V 168 S. 173

jederzeit Art. 35b ArG hätte anrufen können (vgl. E. 3 hiervor). Die Vorinstanz beruft sich in diesem Zusammenhang auf Art. 35b ArG, wonach der Arbeitgeber Frauen, die zwischen 20 Uhr und 6 Uhr beschäftigt sind, nicht nur während der Schwangerschaft nach Möglichkeit eine gleichwertige Ersatzarbeit anzubieten hat, sondern ebenso für die Zeit zwischen der 8. und der 16. Woche nach der Niederkunft (Abs. 1). Soweit dies nicht möglich ist, besteht während der genannten Zeitspanne Anspruch unter anderem auf 80 % des Lohnes (vgl. Abs. 2). Diese Bestimmung stellt es in das Belieben der Arbeitnehmerin, zwischen der 8. und der 16. Woche nach der Niederkunft eine Nachtarbeit anzunehmen oder nicht. Dennoch ist Art. 35b ArG in dem Sinne zwingendes Recht, als die Arbeitnehmerin nicht des dadurch vermittelten Schutzes beraubt werden darf. Das heisst, dass vertragliche Vereinbarungen, die ihr die Wahlmöglichkeit nach Art. 35b ArG nehmen, ohne jede Wirkung sind. Auch wenn sie zuerst einer Nachtarbeit zugestimmt hat, kann die Arbeitnehmerin jederzeit auf diese Haltung zurückkommen und auf ihren Ansprüchen nach Art. 35b ArG beharren, worauf die Vorinstanz grundsätzlich zu Recht verwiesen hat (vgl. WYLER/TIEGERMANN, in: Handkommentar Arbeitsgesetz, Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], 2005, N. 4 zu Art. 35b ArG). Der Beschwerdeführerin allein wegen dieses Schutzes und einer darin gründenden Abwehrhaltung der um eine Stelle angegangenen Arbeitgeber die Vermittlungsfähigkeit abzusprechen, geht jedoch nicht an. Zum einen gilt die Personalnachfrage im Pflegebereich als notorisch hoch, weshalb nicht auszuschliessen ist, dass ein Arbeitgeber im vollen Wissen um die im Rahmen des Art. 35b ArG bestehenden Unwägbarkeiten Hand zur Anstellung bieten könnte. Vor allem aber erweist sich als entscheidend, dass die Vorinstanz mit ihrer Sicht den in Frage kommenden Arbeitgebern eine Haltung unterstellt, die als Anstellungsdiskriminierung ihrerseits in den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) fiel und zu Entschädigungsansprüchen in Höhe von bis zu drei Monatslöhnen (vgl. Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG) führen würde (vgl. FREIVOGEL, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], 2. Aufl. 2009, N. 22 zu Art. 3 GIG; DUNAND, L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité [LEg], in: Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, Dunand/Lempen/Mahon BGE 143 V 168 S. 174 [Hrsg.], 2016, S. 35 ff., S. 46; betreffend Entschädigung vgl. sodann BGE 131 II 361 E. 4.3 ff. S. 368 ff.). Vor diesem Hintergrund hält die vorinstanzlich verneinte Vermittlungsfähigkeit bundesrechtlich nicht stand, weshalb sich eine Prüfung erübrigt, ob im hier gegebenen spezifischen Zusammenhang die Anforderungen an die Vermittlungsfähigkeit zu lockern wären (vgl. dazu: BIGLER-EGGENBENGER, Die Arbeitslosenversicherung, das Stillen und das Diskriminierungsverbot, Recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis 1998 S. 41 ff., S. 46).

### **E. 5.2.1**

Zur Begründung ihrer Vermittlungsfähigkeit ab 10. Februar 2015 mit einem anrechenbaren Arbeitsausfall einer Vollbeschäftigung bis 31. Mai 2015 und im Umfang von 80 % für Juni 2015 bringt die Beschwerdeführerin vor, während ihrer beabsichtigten Arbeitszeit, also in der Nacht, sei die Kinderbetreuung durch ihren Ehemann abgedeckt gewesen. Die übrigen genannten Familienmitglieder hätten zur Verfügung gestanden, wenn bei Bedarf, ausnahmsweise, tagsüber eine Betreuung benötigt worden wäre. Selbst an Werktagen und ohne Berücksichtigung von in Spitälern und Heimen üblichen Wochenendeinsätzen sei am Tag nicht nur die arbeitsgesetzliche Ruhezeit gewahrt, sondern auch die Befriedigung ihrer Schlafbedürfnisse sichergestellt gewesen.

### **E. 5.2.2**

Dem kann nicht gefolgt werden. Denn das kantonale Gericht hat nicht offensichtlich unrichtig festgestellt, dass die Beschwerdeführerin ab 8. April bis 30. Juni 2015 über keine tragfähige Kinderbetreuung verfügte, die ihr bei Nachtarbeit im Pensum von 100 % respektive 80 % tagsüber genügend Ruhezeiten gesichert hätte. Beizupflichten ist der Vorinstanz nämlich darin, dass die Angaben der Beschwerdeführerin "der ersten Stunde" betreffend die Kinderbetreuung unbefangener und zuverlässiger erscheinen als ihre späteren Schilderungen, die bewusst oder unbewusst von Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können ( BGE 121 V 45 E. 2a S. 47; Urteil 8C\_940/2015 vom 19. April 2016 E. 6.3). Entgegen der Beschwerdeführerin hat das kantonale Gericht auch zu Recht berücksichtigt, dass sie vor Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht den Tatbeweis erbrachte, trotz Betreuungsaufgaben - selbst bei bloss nur einem kleinen Kind - für die Ausübung einer Beschäftigung bereit und in der Lage gewesen zu sein (vgl. E. 3 hiervor; Urteil 8C\_714/2014 vom 26. März 2015 E. 4.2). BGE 143 V 168 S. 175

### **E. 5.2.3**

Weiter erwog die Vorinstanz, bezeichnend sei auch, dass die Beschwerdeführerin das ihr mögliche Arbeitspensum gerade ab jenem Zeitpunkt (1. Juli 2015), in dem sie (bei nun auch durch Drittpersonen gewährleisteter Kinderbetreuung) effektiv eine neue Stelle - im Pensum von lediglich knapp 20 % - habe antreten können, selbst nur noch mit 50 % statt wie bis dahin mit 100 % bzw. ab Juni 2015 mit 80 % beziffere. Hiergegen wendet die Versicherte ein, das ihr mögliche Arbeitspensum habe sie bloss auf Drängen der RAV-Mitarbeiterin auf 50 % herabgesetzt; zudem erlaube dies keinen Rückschluss auf die Vergangenheit. Wie es sich hiermit verhält, kann letztlich offenbleiben. Denn nach dem in E. 5.2.2 hiervor Gesagten ist es weder bundesrechtswidrig noch beruht es auf einer qualifiziert falschen Sachverhaltsfeststellung, wenn das kantonale Gericht für den Zeitraum vom 8. April bis 30. Juni 2015 die vom AWA ermittelte Vermittlungsfähigkeit - auch angesichts der Möglichkeit für Wochenendarbeit - bei einem anrechenbaren Arbeitsausfall von 50 % bestätigte (vgl. E. 3 hiervor). Nichts anderes ergibt sich aufgrund der Aktenlage für die Zeit vom 10. Februar bis 7. April 2015. Die Beschwerdeführerin bringt keine substantiierten Einwände vor, die an diesem Ergebnis etwas zu ändern vermöchten. Soweit sie betreffend die Kinderbetreuung auf ihre Ausführungen in der Einsprache vom 9. Juli 2015 verweist, ist dies unzulässig ( BGE 134 II 244 ; SVR 2016 UV Nr. 42 S. 140 E. 3.2 [8C\_405/2016]; Urteil 8C\_836/2015 vom 26. Februar 2016 E. 3.2). Somit ist die vorinstanzliche reformatio in peius für die Zeit vom 10. Februar bis 7. April 2015 aufzuheben. Im Übrigen bleibt es beim angefochtenen Entscheid. (...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.