



Nicolas Facincani

lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M.
Voillat Facincani Sutter + Partner
www.vfs-partner.ch



Jacqueline Brunner

MLaw
Voillat Facincani Sutter + Partner
www.vfs-partner.ch



Matteo Ritzinger

B.A. HSG in Law and Economics
Voillat Facincani Sutter + Partner
www.vfs-partner.ch

Arbeitsrecht

Vaterschaftsurlaub: Rechtliche Aspekte

Am 27. September 2020 hat das Schweizer Stimmvolk im Rahmen eines Referendums über die Einführung einer Vaterschaftsentschädigung sowie eines Vaterschaftsurlaubs abgestimmt und der Einführung zugestimmt. Die Autoren stellen im nachfolgenden Beitrag die arbeitsrechtlichen Aspekte dar.

Neben einer Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (EOG) sowie des Obligationenrechts (OR) erfordert die Einführung des Vaterschaftsurlaubs eine Anpassung von weiteren Bundesgesetzen. Nachfolgend werden die arbeitsrechtlichen Aspekte des Vaterschaftsurlaubs beleuchtet. Die Rechtsfolge des Vaterschaftsurlaubs im Rahmen einer Geburt tritt unabhängig davon ein, ob ein Anspruch auf eine Entschädigung nach dem EOG besteht.¹

1. Bisherige Rechtslage

Gemäss bisherigem, bis Ende 2020 geltendem Recht waren einem Vater im Rahmen der Geburt die üblichen freien Tage und Stunden zu gewähren.² Damit wurde für einen Vater, was die Freizeit betraf, die Geburt des eigenen Kindes etwa der eigenen Hochzeit oder dem Tod eines nahen Angehörigen gleichgesetzt. Mit der Gewährung der üblichen freien Tage und Stunden wurde einem Arbeitnehmer innerhalb der Arbeitszeit

die nötige Freizeit für die Geburt des eigenen Kindes eingeräumt.

Der genaue Umfang der zu gewährenden Freizeit war im Gesetz nicht geregelt und bestimmte sich daher nach betrieblicher oder branchenüblicher Übung.³ In der Praxis wurde im Zusammenhang mit der Geburt eine minimale Arbeitsbefreiung von einem bis zwei Arbeitstagen gewährt. Oft aber sahen und sehen auch heute noch die Arbeitszeitreglemente oder die Gesamtarbeitsverträge grosszügigere Regelungen vor. Sehr grosszügig zeigen sich vor allem öffentlich-rechtliche Arbeitgeber. Diese kennen den Vaterschaftsurlaub im Sinne der angenommenen Vorlage in der Regel schon länger.

2. Rechtliche Ausgestaltung des Vaterschaftsurlaubs

Im Rahmen der Gesetzesänderung wurde auf den 1. Januar 2021 im Obligationenrecht ein Art. 329g OR eingeführt, welcher explizit einen zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub garantiert. Demnach hat der Arbeitnehmer, der im Zeitpunkt der Geburt eines Kindes dessen rechtlicher Vater ist oder dies innerhalb der folgen-

den sechs Monate wird, Anspruch auf einen Vaterschaftsurlaub von zwei Wochen. Der Vaterschaftsurlaub muss innert sechs Monaten nach der Geburt des Kindes bezogen werden. Er kann wochen- oder tageweise bezogen werden.⁴

2.1 Anspruchsberechtigte Arbeitnehmer

Damit ein Arbeitnehmer in den Genuss des Vaterschaftsurlaubs gemäss Obligationenrecht kommt, muss er – nach dem klaren Wortlaut von Art. 329g Abs. 1 OR – im Zeitpunkt der Geburt oder innerhalb der folgenden sechs Monate der rechtliche Vater des Kindes sein bzw. werden. Es kommt somit einzig auf die rechtliche Vaterschaft an. Daher kann auch in Bezug auf eine Samenspende festgehalten werden, dass der biologische Vater – sofern er nicht der rechtliche Vater des Kindes ist – keinen Anspruch auf einen Vaterschaftsurlaub hat.

2.1.1 Die Entstehung der Vaterschaft

Die rechtliche Vaterschaft kann auf verschiedene Weisen entstehen: Kraft der Ehe, durch eine Vaterschaftsanerkennung oder durch Feststellung der Vaterschaft durch ein Gericht im Rahmen einer Vaterschaftsklage.

Der Ehemann der Mutter gilt als Vater, wenn ein Kind während der Ehe geboren wird.⁵ Stirbt der Ehemann, so gilt er als Vater, wenn das Kind innert 300 Tagen nach seinem Tod geboren wird oder bei späterer Geburt nachgewiesenermassen vor dem Tod des Ehemannes gezeugt worden ist.⁶ Wenn der Ehemann für verschollen erklärt wird, so gilt er als Vater, wenn das Kind vor Ablauf von 300 Tagen seit dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht geboren worden ist.⁷ Besteht das Kindesverhältnis nur zur Mutter, so kann der Vater das Kind anerkennen.⁸ Gemäss Art. 260 Abs. 3 ZGB erfolgt die Anerkennung durch Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten oder durch letztwillige Verfügung oder, wenn eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft hängt ist, vor dem Gericht. Sodann können die Mutter und das Kind auf Feststellung des Kindesverhältnisses zwischen dem Kind und dem Vater klagen.⁹

2.1.2 Streitige Vaterschaft

Ist die Vaterschaft eines Neugeborenen streitig, so kann der Arbeitnehmer den Vaterschaftsurlaub nur beziehen, wenn die Vaterschaft innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt geklärt ist, d.h., der Arbeitnehmer muss innerhalb dieser Frist bewirken, dass eine allenfalls bestehende rechtliche Vaterschaft zu einem anderen Mann aufgehoben und die eigene rechtliche Vaterschaft anerkannt wird. Unseres Erachtens hat der neue rechtliche Vater – unabhängig davon, ob der bisherige rechtliche Vater bereits einen Vaterschaftsurlaub im Zusammenhang mit der Geburt des Kindes bezogen hat oder nicht – einen eigenen entsprechenden Anspruch, sofern seine Vaterschaft innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt feststeht. Es dürfte daher vorkommen, dass im Rahmen der Geburt eines Kindes mehrere Männer einen Vaterschaftsurlaub beanspruchen wollen.

2.1.3 Verhältnis zwischen Vater und Mutter

Nicht relevant ist demgegenüber, ob das Kind in der Schweiz lebt oder ob der Vater und die Mutter sich in einer Beziehung befinden. Denn der Vaterschaftsurlaub kann auch dazu genutzt werden, ins Ausland zu reisen, um beim Kind zu sein und die Kindsmutter zu unterstützen. Das Verhältnis zwischen Vater und Mutter ist somit nicht direkt ausschlaggebend, kann aber im Zusammenhang mit der rechtlichen Entstehung des Kindesverhältnisses unverheirateter Eltern eine Rolle spielen, so etwa, ob der Kindsvater die Vaterschaft von sich aus anerkennt oder ob es hierzu eines gerichtlichen Verfahrens bedarf.

2.2 Umfang und Bezug des Vaterschaftsurlaubs

Der Arbeitnehmer, welcher Vater eines Kindes wird, hat das Recht, einen Vaterschaftsurlaub

von zwei Wochen (zehn Arbeitstage bei einem 100%-Pensum) zu beziehen. Der Bezug kann wochen- oder tageweise erfolgen.¹⁰

Bezieht der rechtliche Vater den Vaterschaftsurlaub nicht innerhalb von sechs Monaten (auch weil die Vaterschaft noch nicht feststeht), so verfällt der Anspruch – dies ergibt sich aus Art. 329g Abs. 2 OR. Ebenso fällt der Anspruch auf Vaterschaftsurlaub weg, sofern die Vaterschaft aberkannt wird¹¹ oder das Kind innert der ersten sechs Monate nach der Geburt stirbt. Der Wortlaut von Art. 329g Abs. 1 OR spricht von einem Anspruch auf Vaterschaftsurlaub «im Zeitpunkt der Geburt eines Kindes», was im Umkehrschluss bedeuten müsste, dass im Fall von Zwillingen oder Drillingen der Anspruch verdoppelt bzw. verdreifacht würde. Unseres Erachtens gilt der Anspruch auf Vaterschaftsurlaub aber pro Geburt und nicht pro Kind – so wie auch beim Mutterschaftsurlaub.¹² Somit führen Mehrfachgeburten unseres Erachtens nicht zu einer entsprechenden Verlängerung des Vaterschaftsurlaubs. Hingegen ist aber mehr als ein Vaterschaftsurlaub pro Jahr nicht ausgeschlossen, wenn der Vater innerhalb eines Jahres mehrmals Vater wird.¹³ Demgegenüber besteht kein Anspruch auf Vaterschaftsurlaub im Fall einer Adoption.¹⁴ Ebenso ist gemäss Gesetz kein Vaterschaftsurlaub vorgesehen im Fall eines Pflegekindes, das neu aufgenommen werden soll.¹⁵

2.2.1 Zeitpunkt des Bezuges des Vaterschaftsurlaubs

Aufgrund der Tatsache, dass der Vaterschaftsurlaub im Obligationenrecht als Teil des Ferienrechts geregelt wird, wird zum Teil davon ausgegangen, dass die allgemeinen Bestimmungen des Ferienrechts – wie etwa Art. 329c Abs. 2 OR, welcher die Bestimmung des Zeitpunkts des Ferienbezugs regelt¹⁶ – auf den Vaterschaftsurlaub ebenfalls anwendbar sind und dabei aber den Interessen des Arbeitnehmers im Rahmen der Bestimmung des Zeitpunkts des Bezugs des Vaterschaftsurlaubs innerhalb der sechsmonatigen Frist in erhöhtem Masse Rechnung zu tragen ist, damit der Zweck des Vaterschaftsurlaubs nicht verfehlt wird.¹⁷

Unseres Erachtens ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber den Antrag auf den Bezug des Vaterschaftsurlaubs nur aus wichtigen betriebsbedingten Gründen ablehnen darf und auf jeden Fall sicherzustellen hat, dass der Vaterschaftsurlaub innert der Frist von sechs Monaten nach der Geburt beziehen kann.¹⁸ Hat der Arbeitgeber den Bezug des Vaterschaftsurlaubs treuwidrig vereitelt, dürfte unseres Erachtens auch ein späterer Bezug möglich sein. In Anbetracht des befristeten Bezugsrechts kann der Arbeitnehmer seinen Wunsch auf Bezug des Vaterschaftsurlaubs – im Verhält-

nis zu gewöhnlichen Ferien – relativ kurzfristig anbringen.¹⁹

2.2.2. Beginn der Frist

Die sechsmonatige Frist beginnt mit dem Tag der Geburt des Kindes²⁰ und im Gegensatz zum Mutterschaftsurlaub ist unseres Erachtens eine Verschiebung des Anspruchsbeginns und damit der Frist – beispielsweise im Fall einer längeren Hospitalisierung des Kindes – nicht vorgesehen. Eine gegenteilige gesetzliche Regelung besteht nicht. Diese Ungleichbehandlung rechtfertigt sich, da die Frist für den Vaterschaftsurlaub mit 6 Monaten länger ist als der 14-wöchige Mutterschaftsurlaub. Anspruchsauslösendes Ereignis für die Fristberechnung ist also die Geburt eines Kindes. Das Geburtsdatum bestimmt sich nach der Geburtsurkunde.

2.2.3 Totgeburten

Bei der Mutter ist der Mutterschaftsurlaub ab der 23. Woche gewährt, unabhängig davon, ob das Kind tot oder lebendig zur Welt kommt. Eine Totgeburt ist für die Mutter vor allem psychisch belastend, weshalb der Urlaub im Fall einer Totgeburt weiterhin gewährleistet bleibt. Der Vaterschaftsurlaub ist eng mit der Entlastung der Mutter verbunden, sodass hier die Regelung analog gelten könnte, da auch die Entschädigung analog zum Mutterschaftsurlaub gehandhabt wird. Vorliegend wird ein Anspruch auf Vaterschaftsurlaub im Fall einer Totgeburt allerdings abgelehnt. Denn der Vaterschaftsurlaub bezweckt die Unterstützung der Mutter in der Anfangsphase nach der Geburt und den Aufbau einer Beziehung zum Kind.²¹ Zudem könnte man dem Vater im Fall einer Totgeburt einen bis drei freie Tage im Rahmen von Art. 329 Abs. 3 OR zugestehen.

2.3 Keine Ferienkürzung wegen Vaterschaftsurlaub

Der Ferienanspruch eines Arbeitnehmers wächst im Verhältnis der geleisteten Arbeit an. Hat ein Arbeitnehmer etwa vier Wochen Ferien pro Jahr, wächst sein Ferienanspruch 1,67 Tage pro Monat an. Bei fünf Wochen Ferien wären es 2,08 Tage pro Monat. Bei sechs Wochen Ferien gar 2,5 Tage pro Monat. Wenn nicht gearbeitet wird, soll der Anspruch auf Ferien aber nicht anwachsen. Das Arbeitsrecht geht nämlich vom Grundsatz «ohne Arbeit keine Ferien» aus. Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. So etwa, wenn ein Annahmeverzug (Art. 324 OR) seitens des Arbeitgebers vorliegt und dieser dafür verantwortlich ist, dass nicht gearbeitet wird. In einem solchen Fall dürfen die Ferien nicht gekürzt werden. Sodann schränkt Art. 329b OR den vorgenannten Grundsatz ein.²²

Im Rahmen des Vaterschaftsurlaubs soll aber der Arbeitnehmer, welcher einen Vaterschaftsurlaub bezieht, geschützt werden und der Grund-

satz «ohne Arbeit keine Ferien» nicht gelten. Daher sieht die neue Regelung vor, dass einem Arbeitnehmer, der einen Vaterschaftsurlaub nach Art. 329g OR bezogen hat, die Ferien nicht gekürzt werden dürfen. In Bezug auf die Ferienkürzung ist der Vaterschaftsurlaub somit dem Mutterschaftsurlaub gleichgestellt: Während des maximal 14-wöchigen Mutterschaftsurlaubs ist eine Ferienkürzung ebenfalls nicht zulässig.²³

2.4 Auswirkung auf die Kündigungsfrist

Der neue Vaterschaftsurlaub hat auch Auswirkungen auf die Kündigungsfrist. So sieht der neue Art. 335c Abs. 3 OR das Folgende vor: «Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und hat der Arbeitnehmer vor Ende des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Vaterschaftsurlaub im Sinne von Art. 329g OR, so wird die Kündigungsfrist um die noch nicht bezogenen Urlaubstage verlängert.»

Gemäss ausdrücklichem Gesetzestext kommt die Verlängerung der Kündigungsfrist somit nur infrage, sofern die Kündigung vom Arbeitgeber ausgeht. Kündigt der Arbeitnehmer, hat ein möglicher Vaterschaftsurlaub bzw. die Geburt eines Kindes keinen Einfluss auf den Kündigungstermin.

Entscheidet sich der Vater, trotz verlängerter Kündigungsfrist, den Urlaub nicht zu beziehen, so verliert er seinen Anspruch ganz.²⁴

2.4.1 Berechnung der nicht bezogenen Tage

Hintergrund der Verlängerung der Kündigungsfrist ist, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber während des Vaterschaftsurlaubs – anders als beim Mutterschaftsurlaub – gültig ist.²⁵ In Analogie zum Mutterschaftsurlaub und gemäss klarem Wortlaut von Art. 335c Abs. 3 OR führt eine Arbeitnehmerkündigung nicht zur Verlängerung der Kündigungsfrist.

Massgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der noch übrigen Urlaubstage ist das Ende des Arbeitsverhältnisses, nicht der Zeitpunkt der Kündigung. Die Kündigungsfrist verlängert sich daher auch dann, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht Vater ist, aber es im Verlaufe der Kündigungsfrist wird. Die Verlängerung der Kündigungsfrist kann durch den Arbeitgeber nicht dadurch umgangen werden, dass er das Arbeitsverhältnis mit einer verlängerten Kündigungsfrist kündigt.²⁶

Unseres Erachtens dürfte es ebenfalls unzulässig sein, dass ein Arbeitgeber für die verlängerte Kündigungsfrist den Bezug noch offener Ferienguthaben anordnet. Die Verlängerung der Kündigungsfrist ist für den Bezug des Vaterschaftsurlaubs und nicht für Ferienbezug gedacht.

2.4.2 Untermonatiges Vertragsende

Das Arbeitsverhältnis wird nicht automatisch bis zum Ende eines Monats, sondern nur um die Anzahl der übrigen Tage des Vaterschaftsurlaubs verlängert.

Eine Besonderheit, die mit der Verlängerung der Kündigungsfrist einhergeht, ist somit, dass Arbeitsverhältnisse künftig vermehrt untermonatig enden werden. Gewöhnlicherweise werden Kündigungen auf das Ende eines Monats ausgesprochen (so auch die dispositive gesetzliche Regelung in Art. 335c Abs. 1 OR). Zulässig wäre es aber, im Arbeitsvertrag vorzusehen, dass unter Einhaltung der Kündigungsfrist auf jeden Tag gekündigt werden könnte. Wie bereits ausgeführt wurde, wird die Kündigungsfrist nicht automatisch bis zum Ende eines Monats, sondern um die Anzahl Tage noch nicht bezogenen Vaterschaftsurlaubs verlängert. Damit das Arbeitsverhältnis nicht während eines Kalendermonats endet, wäre eine vertragliche Regelung möglich, wonach sich die Kündigungsfrist auch bei nicht bezogenem Vaterschaftsurlaub bis zum Ende eines vollen Monats oder bis zu einem anderen Endtermin verlängert.²⁷

2.4.3 Keine Verlängerung während der Probezeit

Hingegen erfolgt keine Verlängerung der Kündigungsfrist zum Bezug des Vaterschaftsurlaubs, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis während der Probezeit kündigt. Während der Probezeit besteht somit kein Kündigungsschutz wegen einer Schwangerschaft²⁸ für werdende Mütter sowie keine Verlängerung der Kündigungsfrist für gewordene Väter.

2.4.4 Stellenwechsel

Es stellt sich zudem die Frage nach dem Anspruch auf den Vaterschaftsurlaub bei einem Stellenwechsel. Wo muss bzw. darf der Arbeitnehmer seine zwei Wochen Vaterschaftsurlaub nehmen, beim alten oder beim neuen Arbeitgeber? Art. 335c Abs. 3 OR spricht klar von der «Möglichkeit, den Vaterschaftsurlaub im noch verbleibenden Umfang zu beziehen, bevor sein Arbeitsverhältnis endet».²⁹ Daraus ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht, dass der Anspruch auf Vaterschaftsurlaub gemäss Art. 329g OR nicht auf das neue Arbeitsverhältnis übertragen wird, ausser der neue Arbeitgeber würde dem zustimmen. Wird der Vaterschaftsurlaub somit während der verlängerten Kündigungsfrist nicht bezogen, verfällt unseres Erachtens der Anspruch auf den Vaterschaftsurlaub und kann nicht beim neuen Arbeitgeber – ohne dessen Zustimmung – bezogen werden.

Liegt hingegen eine Kündigung vonseiten des Arbeitnehmers vor, so kommt ohnehin keine Verlängerung der Kündigungsfrist zum Tragen, weshalb Ausführungen zum Stellenwechsel hierzu obsolet sind.

2.5 Kündigungsschutz

Der zeitliche Kündigungsschutz für Arbeitsverhältnisse ist in Art. 336c OR und Art. 336d OR geregelt. Dieser kommt – vorbehaltlich einer anderslautenden vertraglichen Regelung – erst nach Ablauf der Probezeit zum Tragen.

Das Gesetz sieht verschiedene Situationen vor, in welchen der zeitliche Kündigungsschutz greift, so insbesondere bei einer Krankheit: Wer unverschuldet aufgrund Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise nicht mehr in der Lage ist, die Arbeitsleistung zu erbringen, wird vor Kündigung geschützt. Die Dauer des Kündigungsschutzes (Sperrfrist) hängt hier von der Anzahl Dienstjahre ab. Im ersten Dienstjahr dauert dieser 30 Tage. Vom zweiten bis und mit fünftem Dienstjahr 90 Tage und ab dem sechsten Dienstjahr 180 Tage.³⁰ Sodann greift der zeitliche Kündigungsschutz auch, wenn einer Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft oder innerhalb eines Zeitraums von 16 Wochen nach der Niederkunft³¹ die Kündigung ausgesprochen wird.

Erfolgt eine Kündigung während einer dieser Zeiträume, d.h. während des zeitlichen Kündigungsschutzes, so ist diese nichtig und ist als nicht ausgesprochen zu betrachten. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Ablauf der Sperrfrist erneut eine Kündigung zuzustellen, sofern er an der Kündigung festhalten will. Es kann auch geschehen, dass eine Kündigung gültig ausgesprochen wird und während der laufenden allgemeinen Kündigungsfrist ein Grund für eine Sperrfrist eintritt. Ist dies der Fall, so wird gemäss Art. 336c Abs. 2 OR die Dauer der Arbeitsverhinderung aufgrund der Sperrfrist am Ende der Kündigungsfrist hinzugerechnet, d.h., die Kündigungsfrist wird um die Dauer der Sperrfrist unterbrochen.

Arbeitnehmer, die soeben Vater geworden sind, geniessen keinen zeitlichen Kündigungsschutz, dies im Gegensatz zu den Müttern. Auch während des Bezugs des Vaterschaftsurlaubs sind die Väter nicht vor einer Kündigung geschützt. Dies dürfte gerechtfertigt sein angesichts der langen sechsmonatigen Bezugsfrist und in Anbetracht der Tatsache, dass eine Kündigung, die vom Arbeitgeber nur deshalb ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer Vaterschaftsurlaub bezieht oder beziehen will, gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ohnehin missbräuchlich sein dürfte.³² Ist die Kündigung missbräuchlich, ist sie zwar gültig, der Arbeitnehmer hat aber Anspruch auf eine Entschädigung.³³

3. Zwingende Regelung

Nichtig wäre eine arbeitsvertragliche Regelung, gemäss welcher der Arbeitnehmer auf den Vaterschaftsurlaub verzichtet. Die gesetzliche Regelung ist teilzwingend und darf daher nur zuguns-

ten des Arbeitnehmers abgeändert werden (indem etwa ein längerer Urlaub vorgesehen wird).³⁴

4. Exkurs: Betreuungsurlaub

Art. 324a OR regelt die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei einer Verhinderung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin aus Gründen, die in seiner oder ihrer Person liegen und die dazu führen, dass er oder sie der Arbeitsverpflichtung nicht nachkommen kann oder dass eine solche für die betroffene Person nicht zumutbar ist. Eine solche gesetzliche Pflicht kann etwa bei der Betreuung und Pflege eigener Kinder sowie der Ehegattin, des Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners vorliegen.

Neben dem Vaterschaftsurlaub wird in der Schweiz neu zusätzlich ein sogenannter Betreuungsurlaub³⁵ eingeführt. Art. 324a OR bleibt aber unverändert in Kraft. Dieser besteht aus zwei Teilen: den bezahlten Abwesenheiten für die Pflege von Angehörigen und dem Betreuungsurlaub für die Betreuung von Kindern.

4.1 Betreuungsurlaub für Angehörige

Neu wird eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers für kurzzeitige Abwesenheiten von maximal drei Tagen für die Betreuung eines Familienmitglieds, der Lebenspartnerin oder des Lebenspartners mit gesundheitlicher Beeinträchtigung eingeführt.³⁶

Bei den Familienmitgliedern handelt es sich um Verwandte in auf- und absteigender Linie (hauptsächlich die Eltern und die Kinder) und die Geschwister. Hinzu kommen die Ehegattin beziehungsweise der Ehegatte, die eingetragene Partnerin beziehungsweise der eingetragene Partner, die Schwiegereltern sowie die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner, die oder der mit dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin seit mindestens fünf Jahren einen gemeinsamen Haushalt führt. Als Kinder gelten diejenigen Personen, mit denen die Vaterschaft im zivilrechtlichen Sinne begründet ist.

Die Dauer des Urlaubs beträgt drei Tage pro Ereignis und bezieht sich auf eine einzelne, spezifische Beeinträchtigung. Der Urlaubsanspruch gilt somit einmalig pro Beeinträchtigung und nicht in wiederholender Weise, auch wenn bei Langzeiterkrankungen wiederholt Krisen auftreten, die jedes Mal Betreuung erfordern. Hier sollen nicht die Fälle bestimmt werden, in denen

eine Unterstützung erforderlich ist, sondern die Fälle, in denen der Arbeitnehmer Anspruch auf einen Urlaub im Sinne der neuen Bestimmungen hat. Um eine zu hohe Anzahl Urlaubsfälle zu verhindern, wurde ausserdem eine jährliche Obergrenze von zehn Tagen eingeführt: Eine Person kann sich demnach zum Beispiel um ein krankes Kind, ihren Vater, ihren Bruder und ein anderes krankes Kind kümmern, sofern die anderen Voraussetzungen erfüllt sind und alle Abwesenheiten zusammen nicht mehr als zehn Tage ergeben. Ausschlaggebendes Jahr ist jeweils das Dienstjahr. Voraussetzung für den Urlaubsanspruch sind gesundheitliche Beeinträchtigungen.³⁷

4.2 Betreuungsurlaub für die Pflege von Kindern

Neu wird ein Betreuungsurlaub eingeführt, sofern ein Kind des Arbeitnehmers wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigt ist. Der Urlaub ist auf 14 Wochen beschränkt und daran gekoppelt, ob der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung nach den Artikeln 16n–16s nEOG hat.³⁸ Anknüpfungspunkt für das Eltern-Kind-Verhältnis bildet dabei das Kindesverhältnis nach Art. 252 ZGB. Der Zivilstand der Eltern ist folglich unerheblich. Die Definition der schweren gesundheitlichen Beeinträchtigung erfolgt in Art. 16o nEOG. Sie soll die schwere gesundheitliche Beeinträchtigung von Bagatellkrankheiten und leichten Unfallfolgen abgrenzen. Ein Kind gilt demnach gesundheitlich schwer beeinträchtigt, wenn:

- eine einschneidende Veränderung seines körperlichen oder psychischen Zustandes eingetreten ist;
- der Verlauf oder der Ausgang dieser Veränderung schwer vorhersehbar ist oder mit einer bleibenden oder zunehmenden Beeinträchtigung oder dem Tod zu rechnen ist;
- ein erhöhter Bedarf an Betreuung durch die Eltern besteht;
- mindestens ein Elternteil die Erwerbstätigkeit für die Betreuung des Kindes unterbrechen muss.

4.3 Gestaffeltes Inkrafttreten

Die neuen Regelungen werden gestaffelt in Kraft gesetzt. Mit der ersten Etappe, die am 1. Januar 2021 in Kraft trat, wurde die Lohnfortzahlung bei kurzen Arbeitsabwesenheiten geregelt. In einer zweiten Etappe wird per 1. Juli 2021 der bezahlte 14-wöchige Urlaub für die Betreuung von schwer kranken oder verunfallten Kindern in Kraft gesetzt werden. ■

- ¹ Auf den Entschädigungsanspruch nach dem EOG wird im Rahmen dieses Artikels nicht eingegangen.
- ² Art. 329 Abs. 3 OR.
- ³ Zusätzlich besteht die Möglichkeit zum Bezug von Ferien. Betreffend Ferienzeitpunkt ist aber Art. 329c Abs. 2 OR zu beachten.
- ⁴ Art. 329g OR.
- ⁵ Art. 255 Abs. 1 ZGB. Kraft der eingetragenen Partnerschaft kann kein Kindesverhältnis entstehen.
- ⁶ Art. 255 Abs. 2 ZGB.
- ⁷ Art. 255 Abs. 3 ZGB.
- ⁸ Art. 260 Abs. 1 ZGB.
- ⁹ BBI 2019 3411.
- ¹⁰ Art. 329g Abs. 3 OR.
- ¹¹ Unabhängig davon, ob ein Kindesverhältnis zu einem anderen Mann begründet wird.
- ¹² BBI 2019 3414.
- ¹³ BBI 2019 3414.
- ¹⁴ Die Adoption würde nach Schweizerischem Recht ohnehin voraussetzen, dass die adoptionswilligen Personen während mindestens einem Jahr für Pflege und Erziehung des Kindes gesorgt haben. Die Begründung des Kindesverhältnisses während der ersten sechs Monate nach der Geburt des Kindes käme somit ohnehin nicht infrage, wenn sich die Adoption nach Schweizerischem Recht richten würde.
- ¹⁵ Diese Fälle sind gegebenenfalls durch Art. 324a OR gedeckt.
- ¹⁶ Der Arbeitgeber bestimmt den Zeitpunkt der Ferien. Er muss jedoch auf die Wünsche des Arbeitnehmers insoweit Rücksicht nehmen, als dies mit den Interessen des Betriebs vereinbar ist.
- ¹⁷ Peter Reinert / Dario Gomringer, Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Vaterschaftsurlaub, in: Jusletter 9. November 2020, N 9.
- ¹⁸ Auch Ferien sind grundsätzlich im Verlauf des entsprechenden Dienstjahres zu gewähren; verfallen aber nicht, wenn sie nicht bezogen werden.
- ¹⁹ Peter Reinert / Dario Gomringer, Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Vaterschaftsurlaub, in: Jusletter 9. November 2020, N 9.
- ²⁰ Das Ende der Frist berechnet sich nach Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR.
- ²¹ BBI 2019 3413.
- ²² Vgl. zum Ganzen etwa Ullin Streiff / Adrian von Kaenel / Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Art. 329b N 1 ff.
- ²³ Art. 329b Abs. 3 OR.
- ²⁴ BBI 2019 3417.
- ²⁵ Siehe hierzu Punkt 2.5 unten. Es sei denn, es lägen andere Gründe vor, welche den zeitlichen Kündigungsschutz auslösen.
- ²⁶ Peter Reinert / Dario Gomringer, Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Vaterschaftsurlaub, in: Jusletter 9. November 2020, N 24f.
- ²⁷ Vgl. Art. 336c Abs. 3 OR.
- ²⁸ Art. 336c Abs. 1 lit. c OR. Siehe hierzu Punkt 2.5 unten.
- ²⁹ BBI 2019 3417.
- ³⁰ Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.
- ³¹ Art. 336c Abs. 1 lit. c OR.
- ³² Peter Reinert / Dario Gomringer, Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Vaterschaftsurlaub, in: Jusletter 9. November 2020, N 21.
- ³³ Damit der Arbeitnehmer Ansprüche geltend machen könnte, müsste er im Fall einer missbräuchlichen Kündigung während der Kündigung Einsprache im Sinne von Art. 336b OR erheben.
- ³⁴ Art. 362 Abs. 1 OR.
- ³⁵ Auch diese Regelungen sind teilzwingend und dürfen nur zugunsten der Arbeitnehmenden abgeändert werden.
- ³⁶ Art. 329h OR.
- ³⁷ Art. 36 Abs. 3 und 4 ArG werden in diesem Zusammenhang auch angepasst.
- ³⁸ Art. 329i OR.