

Ferien und Urlaube im Arbeitsrecht



Nicolas Facincani, lic. iur., LL.M., geboren 1976, ist Rechtsanwalt und Partner bei der Zürcher Rechtsanwaltskanzlei Voillat Facincani Sutter + Partner. Nicolas Facincani verfügt über breite berufliche Erfahrung in allen Bereichen des Banken-, Gesellschafts- und Handelsrechts. Weiter berät er Klienten bei arbeitsrechtlichen Fragestellungen und vertritt diese regelmässig in entsprechenden gerichtlichen Verfahren. Er ist zudem als Dozent an Weiterbildungsinstituten tätig. Er publiziert regelmässig zu Themen in seinen Fachgebieten, insbesondere dem Gesellschafts- und Arbeitsrecht.



Reto Sutter, Dr. iur., LL.M., geboren 1974, ist Rechtsanwalt und dipl. Steuerexperte. Er ist Partner bei der Zürcher Rechtsanwaltskanzlei Voillat Facincani Sutter + Partner. Reto Sutter verfügt über breite berufliche Erfahrung in allen Bereichen des Steuerrechts und im Handelsrecht. Er berät seine Klienten umfassend in steuer-, vertrags- und strafrechtlichen Belangen, sowohl national als auch grenzüberschreitend. Zudem vertritt er seine Klienten beharrlich vor Gerichten, Schiedsgerichten sowie Verwaltungs- und Strafbehörden. Er unterrichtet an verschiedenen Universitäten, Hochschulen sowie am Unternehmer Forum Schweiz. Er publiziert und referiert regelmässig zu Themen in seinen Fachgebieten.

Wir danken Frau Laura Meier, BLaw, für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	238
2.	Ferien	238
2.1	Zeitpunkt und Dauer – der Chef bestimmt?.....	239
2.2	Frühzeitige Bestimmung der Ferien.....	239
2.3	Interessen des Arbeitnehmers.....	240
2.4	Eigenmächtiger Ferienbezug.....	241
2.5	Ständige Erreichbarkeit während der Ferien.....	241
2.6	Arbeitsunfähigkeit ist nicht gleich Ferienunfähigkeit.....	242
2.6.1	Wann gilt Ferienunfähigkeit?.....	242
2.6.2	Unfall.....	243
2.6.3	Betreuung von Drittpersonen während der Ferien.....	243
2.6.4	Teilweise Ferienfähigkeit?.....	243
2.6.5	Dauer der Ferienunfähigkeit.....	243
2.6.6	Nachgewährung von Ferien.....	244
2.6.7	Beweis für Ferienunfähigkeit.....	244
2.7	Kürzung der Ferien.....	245
2.7.1	Verschuldete Arbeitsverhinderung.....	245
2.7.2	Unverschuldete Arbeitsverhinderung.....	246
2.7.3	Schwangerschaft.....	246
2.7.4	Berechnung der Ferienkürzung.....	247
2.7.5	Dienstjahr.....	247
2.7.6	Kürzung bei Teilzeitarbeit.....	248
2.8	Verjährung und Verwirkung von Ferien.....	248
2.8.1	Verjährung von Ferien nach fünf Jahren.....	248
2.8.2	Welche Ferien werden bezogen, die alten oder die neuen?.....	249
2.9	Barauszahlung der Ferien.....	250
2.10	Verweigerung des Ferienlohns.....	251
2.10.1	Verletzung berechtigter Interessen des Arbeitgebers.....	251
2.10.2	Folgen der Verletzung der berechtigten Interessen.....	252
3.	Urlaub für ausserschulische Jugendarbeit	252
3.1	Mögliche Tätigkeiten.....	253
3.2	Unentgeltliche Jugendarbeit.....	253
3.3	Zeitpunkt des Urlaubs für Jugendarbeit.....	253
4.	Mutterschaftsurlaub	254
5.	Mutterschaftsurlaub für hinterbliebene Väter?	255

6.	Vaterschaftsurlaub	255
6.1	Vaterschaft	255
6.2	Dauer und Verfall	256
6.3	Zeitpunkt des Vaterschaftsurlaubs	257
7.	Vaterschaftsurlaub auch für Mütter?	257
8.	Betreuungsurlaub	259
9.	Adoptionsurlaub	260
9.1	Regelung zum Adoptionsurlaub	260
9.2	Voraussetzungen gemäss EOG sind nicht erfüllt	260
	Literaturverzeichnis	261

1. Einleitung

Neben den Regelungen im Obligationenrecht betreffend die Ferien und den Jugendurlaub sieht das Obligationenrecht eine ganze Reihe von verschiedenen Urlauben vor. Die einen waren politisch umstritten, während die anderen relativ leise eingeführt wurden. Am 1. Januar 2023 treten neu nun auch die Bestimmungen zum Adoptionsurlaub in Kraft. Nachfolgend sollen die Ferienregelungen sowie die verschiedenen Urlaubsformen dargestellt werden.

2. Ferien

Das Obligationenrecht sieht für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse einen Mindestanspruch von vier Wochen bezahlter Ferien pro Jahr vor. Jugendliche bis zum 20. Altersjahr dürfen sich fünf Wochen lang vom Berufsstress erholen.¹ Auch für den Lehrvertrag ist ergänzend festgehalten, dass einem Lehrling wenigstens fünf Wochen Ferien zu gewähren sind.² Bei den vorgenannten Vorschriften handelt es sich um Mindestvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers. Das heisst, von ihnen darf nur zugunsten, jedoch nicht zulasten eines Arbeitnehmers abgewichen werden, mehr Urlaub ist also möglich, weniger selbst dann nicht, wenn der Arbeitnehmer einverstanden wäre. In der Praxis oft anzutreffen sind Verträge und Gesamtarbeitsverträge, bei welchen die Anzahl Ferientage an die Dienstjahre oder an das Alter des Arbeitnehmers gekoppelt sind. Solche Regelungen sind in der Regel zulässig (sofern das gesetzliche Ferienminimum eingehalten ist), aber vom Gesetz nicht zwingend vorgesehen. In Gesamtarbeitsverträgen und in Einzelarbeitsverträgen wird für Arbeitnehmer ab dem 50. Altersjahr häufig ein höherer Ferienanspruch (oftmals fünf Wochen) gewährt. Die Kürzung von Ferien ist jedoch nur in gewissen, vom Gesetz vorgesehenen Fällen möglich.³

1 Art. 329a Abs. 1 OR.

2 Art. 345a Abs. 3 OR.

3 Art. 329b OR; siehe hierzu unten Ziff. 1.7.

2.1 Zeitpunkt und Dauer – der Chef bestimmt?

Obleich das Obligationenrecht relativ klar vorsieht, dass der Arbeitgeber den Ferienzeitpunkt bestimmt,⁴ unterliegt dieses Recht erheblichen Einschränkungen:⁵

Die Ferien sind in der Regel im laufenden Dienstjahr zu gewähren. Von den Ferien müssen sodann mindestens zwei Wochen zusammenhängen.⁶ Damit will man den medizinischen Erkenntnissen gerecht werden. Rhythmusänderung und Entspannungswirkung können sich nur in Ferien von mehrwöchiger Dauer richtig einstellen, dies nach einer Akklimatisationszeit, die bei zunehmendem Alter immer länger wird. Dabei lässt es die kantonale Gerichtspraxis genügen, dass der Arbeitnehmer während 14 aufeinanderfolgenden Tagen von der Arbeit befreit sei. Keine Rolle spielt es, ob es sich dabei um Sonn-, Fest- oder Arbeitstage handelt. So sind auch Betriebsferien über Weihnachten/Neujahr genügend, wenn diese 14 Tage dauern.⁷

Auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers kann dieser auch einzelne Freitage oder gar Halbtage unter Anrechnung auf den Ferienanspruch beziehen, sofern die zwei Wochen am Stück berücksichtigt werden. In Einzelfällen kann sich dies aber als unzulässig erweisen, wenn der Erholungszweck der Ferien durch die Kurzabwesenheiten vereitelt wird oder wenn damit der zusammenhängende Bezug von zwei Wochen Ferien verunmöglicht wird.

2.2 Frühzeitige Bestimmung der Ferien

Die Ferien müssen durch den Arbeitgeber frühzeitig zugewiesen werden, damit eine vernünftige Planung möglich ist. Als Faustregel wird von einer Frist von etwa zwei bis drei Monaten im Voraus ausgegangen.⁸ Eine kurzfristige Verschiebung einmal festgelegter Ferien müssen sich die Arbeitnehmenden nur in Notfällen gefallen lassen. Häufig wird die zeitliche Lage der Ferien einvernehmlich zwischen den Parteien festgelegt, zum Beispiel indem der Arbeitnehmer seine Ferien anfangs Jahr anmeldet und

4 Art. 329c Abs. 2 OR.

5 Vgl. zum Ganzen Brühwiler, Art. 329c N 3; Portmann/Wildhaber, N 508 ff.

6 Art. 329c Abs. 1 OR.

7 Vgl. ZK-Staehelin Art. 329c N 1.

8 Vgl. Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329c N 6; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 329c N 11.

der Arbeitgeber sie genehmigt. Sieht der Arbeitsvertrag sodann vor, dass der Arbeitnehmer den Ferienzeitpunkt gemeinsam mit dem Vorgesetzten zu vereinbaren habe, bedeutet dies nicht, dass es alleinige Sache des Arbeitnehmers ist, für den Bezug seiner Ferien zu sorgen, sondern der Arbeitgeber ist weiterhin verantwortlich, für den Ferienbezug zu sorgen. Zulässig ist auch, dass der Arbeitgeber die Ferienbestimmung an den Arbeitnehmer delegiert.

2.3 Interessen des Arbeitnehmers

Als Ausfluss der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme hat der Arbeitnehmer Anrecht auf frühzeitige Zuteilung der Ferien und, soweit möglich, auf Zuteilung in einer für Ferien geeigneten Zeit.⁹ Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer zur Ferienfestsetzung anzuhören und soll auf dessen Wünsche möglichst Rücksicht nehmen, soweit das mit den Interessen des Betriebs vereinbar ist. Übergeht der Arbeitgeber bei der Festsetzung der Ferien die Wünsche des Arbeitnehmers, ohne dass dies durch betriebliche Interessen gerechtfertigt ist, so überschreitet er sein Festsetzungsrecht.¹⁰

Bei Arbeitnehmenden mit schulpflichtigen Kindern muss auf die Schulferien Rücksicht genommen werden, d.h. die Ferien dürfen nicht überwiegend ausserhalb der Schulferien angeordnet werden. Ein Arbeitnehmer, der als intensives Hobby Wettkämpfe in einer bestimmten Jahreszeit bestreitet, soll seine Ferien, wenn irgend möglich, in dieser Jahreszeit beziehen dürfen. Ebenso wird davon ausgegangen, dass im Anschluss an den Mutterschaftsurlaub, wenn die Arbeitnehmerin diesen so verlängern möchte und es die Interessen des Betriebs zulassen, Ferien in der Regel gewährt werden müssen.

Auch in Bezug auf die Feriendauer ist Rücksicht zu nehmen – sprechen keine konkreten betrieblichen Interessen gegen den Bezug von drei Wochen Ferien am Stück, so hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer diese zu gewähren.

Kann der Arbeitnehmer nicht zum gewünschten Zeitpunkt Ferien beziehen, ist der Arbeitgeber allenfalls gestützt auf den Grundsatz von Treu

9 Vgl. Art. 329c Abs. 1 OR.

10 BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 329c N 10.

und Glauben dazu angehalten, seinem Arbeitnehmer einen unbezahlten Urlaub zu gewähren, z.B. um ihm zu ermöglichen, die Ferien mit seiner Familie zu verbringen.

2.4 Eigenmächtiger Ferienbezug

Ein eigenmächtiger Ferienbezug stellt in der Regel eine schwerwiegende Verletzung des Arbeitsvertrags dar, der unter Umständen zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags berechtigt.¹¹ Ein eigenmächtiger Ferienbezug durch den Arbeitnehmer ist aber gegebenenfalls zulässig, wenn sich der Arbeitgeber trotz ausdrücklicher Aufforderungen weigert, Ferien überhaupt oder in der vom Gesetz geforderten Weise zu gewähren. Dabei wird aber davon ausgegangen, dass die entsprechende Absicht durch den Arbeitnehmer rechtzeitig anzukündigen ist, ansonsten er unter Umständen einen Grund für eine zulässige fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber gibt.¹²

2.5 Ständige Erreichbarkeit während der Ferien

Grundsätzlich ist vom Erholungszweck der Ferien auszugehen. Dies führt dazu, dass, wenn der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern die ständige Erreichbarkeit verlangt, die entsprechenden Tage nicht als Ferien angerechnet werden können, da sich ein Arbeitnehmer in einem solchen Zustand nicht angemessen erholen kann.¹³

Dies gilt aber nicht bei Fällen, wo die Erreichbarkeit nicht für eigentliche Arbeitseinsätze oder Informationsabgabe und Auskunftserteilung im unternehmerischen Normalbetrieb eingesetzt wird, sondern lediglich für Notfälle. Hier lässt sich ein gesetzeskonformer, den Erholungszweck ermöglichender Bezug der Ferien bejahen – eine höchstrichterliche Gerichtspraxis fehlt hier allerdings. Das Gleiche gilt, wenn ein Arbeitnehmer nur gelegentlich während der Ferien einen Anruf entgegennimmt und ein Gespräch führt, eine E-Mail liest und beantwortet oder an einer Videokonferenz teilnimmt, ohne dass erwartet wird, dass er jederzeit auch erreichbar ist.¹⁴ Auch in diesen Fällen ist ein Erholungszweck mög-

11 Vgl. Brühwiler, Art. 329c N 3; Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329c N 8.

12 Portmann/Wildhaber, N 515.

13 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329a N 6.

14 Dies dürfte etwa der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer von Zeit zu Zeit die E-Mails prüft und dann antwortet oder den Arbeitgeber kontaktiert.

lich. Das Gleiche dürfte gelten, wenn klar ist, dass trotz erwarteter jederzeitiger Erreichbarkeit diese nie in Anspruch genommen wird.

Klar ist aber: Die tatsächliche Einsatzzeit, die Zeit also, während der ein Arbeitnehmer zum Beispiel einen Anruf entgegennimmt und ein Gespräch führt, eine E-Mail liest und beantwortet oder an einer Videokonferenz teilnimmt, stellt Arbeitszeit dar und ist als solche in der Arbeitszeiterfassung festzuhalten.

Anderes gilt nach der Praxis, wenn ein Arbeitnehmer freiwillig den Kontakt zum Arbeitgeber sucht und sich auf dem Laufenden hält. Dies ist weder Arbeitszeit, noch kann dies zur Nachgewährung von Ferien führen, es sei denn, die Kontaktaufnahme sei betrieblich geboten, also nötig gewesen bzw. habe sich geradezu aufgedrängt.

2.6 Arbeitsunfähigkeit ist nicht gleich Ferienunfähigkeit

Ist durch die Krankheit oder den Unfall der Erholungszweck der Ferien vereitelt, ist ein Arbeitnehmer ferienunfähig und die entsprechenden Ferientage gelten als nicht bezogen.¹⁵ Steht dies schon im Voraus fest, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Verschiebung der bereits festgelegten Ferien. In solchen Fällen ist hingegen klar zwischen Arbeits- und Ferienunfähigkeit zu unterscheiden, denn das eine bedeutet nicht automatisch auch das andere. Entscheidend ist, ob der Erholungswert der Ferien durch den Verhinderungsgrund ausserordentlich stark beeinträchtigt ist.

2.6.1 Wann gilt Ferienunfähigkeit?

Für Ferienunfähigkeit muss eine Erkrankung vorliegen. Dazu sind ein erhebliches Mass an Beeinträchtigung und eine gewisse Intensität der Gesundheitsstörung notwendig. Krankheiten mit Bettlägerigkeit und solche, die regelmässige Arztbesuche erfordern, schliessen Ferien aus. Eine kleinere Verletzung, die weder zum Daheimbleiben zwingt noch sonstige Ferientätigkeiten wesentlich behindert, wie auch ein kürzeres Unwohlsein, stehen einer Erholung nicht im Wege, ebenso wenig eine rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit. Auch Kopfschmerzen, Schnupfen

¹⁵ BGer 4A_319/2019 vom 17. März 2019, E. 7.

bzw. Erkältung, Zahnschmerzen (mit Einschränkungen), Verstauchung am Knöchel, gebrochener Finger oder Sonnenbrand – unabhängig davon, ob sie der Arbeitsleistung entgegenstehen würden oder nicht – führen nicht zur Ferienunfähigkeit.¹⁶

2.6.2 Unfall

Verunfallt ein Arbeitnehmer in den Ferien, muss er neben dem Unfall zugleich nachweisen, dass er sich aufgrund dieses Umstands in den Ferien nicht erholen konnte, damit ihm die entsprechenden Ferientage wieder gutgeschrieben werden können. Auch ein Unfall führt somit nicht automatisch zum Recht, die entsprechenden Tage nachzubeziehen. Es ist anhand des Einzelfalls zu beurteilen, ob die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.¹⁷

2.6.3 Betreuung von Drittpersonen während der Ferien

Auch die unerwartete Pflege nächster Angehöriger während der Ferien kann den Erholungszweck verunmöglichen. Dies ist aber nur bei anhaltender und intensiver Betreuungstätigkeit der Fall und nicht schon dann, wenn ein Kind während der Ferien an Grippe erkrankt und einige Tage bettlägerig ist.

2.6.4 Teilweise Ferienfähigkeit?

Es gibt keine teilweise Ferienfähigkeit. Geht ein Arbeitnehmer, der zu 50% krankgeschrieben ist, in die Ferien, verlängert sich sein Ferienanspruch nicht auf das Doppelte. Steht die Krankheit der Erholung entgegen, muss in diesem Fall die hälftige Arbeitsleistung erbracht werden. Wenn die Erholung durch die Krankheit nicht beeinträchtigt wird, werden die Ferien voll angerechnet.

2.6.5 Dauer der Ferienunfähigkeit

Nach einer eher strengen Anschauungsweise sind generell erst Beeinträchtigungen ab zwei bis drei Tagen zu berücksichtigen. Hat man also nur etwa einen Tag lang Kopfschmerzen oder Fieber, gibt es gemäss dieser Auffassung noch keine Nachgewährung von Ferien. Höchststrichterliche Entscheidungen hierzu fehlen aber.

¹⁶ Vgl. Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329a N 17.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329a N 6.

2.6.6 Nachgewährung von Ferien

Erkrankt der Arbeitnehmer während der Ferien, hat er die Krankheit oder den Unfall dem Arbeitgeber zu melden und gegebenenfalls um Verlängerung der Ferien nachzusuchen. Der Arbeitgeber kann das verweigern und die Nachgewährung erst zu einem späteren Zeitpunkt bewilligen, wenn betriebliche Interessen es erfordern. Es gelten hierfür die «gewöhnlichen Regelungen», gemäss welchen der Arbeitgeber die Ferien unter Berücksichtigung der betrieblichen Interessen und der Interessen des Arbeitgebers bestimmt. Dann hat der Arbeitnehmer zur Arbeit zurückzukehren, wenn die bewilligten Ferien abgelaufen sind bzw. sobald er wieder arbeits- und reisefähig ist.

2.6.7 Beweis für Ferienunfähigkeit

Der Beweis, dass der Erholungszweck der Ferien vereitelt ist, ist durch den Arbeitnehmer zu erbringen. Dieser Beweis wird im Allgemeinen durch das Vorlegen eines Arzteugnisses erbracht. Oft ist ein solches aber nicht genügend, um die Ferienunfähigkeit zu beweisen. In der Regel attestiert es nämlich nur eine Krankheit oder die Arbeitsunfähigkeit, nicht aber, dass der Ferienzweck vereitelt ist.

Oft genügt es Arbeitgebern oder Personalverantwortlichen, dass ein Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis betreffend seine Krankheit während der Ferien vorlegt, damit die entsprechenden Ferientage erneut gutgeschrieben werden können. Dies geschieht oft, ohne die Ferienfähigkeit weiter abzuklären.

Der in den Ferien weilende Arbeitnehmer muss derselben Anzeigepflicht nachkommen wie bei Krankheitsfällen während der Arbeit. So wird etwa verlangt, dass die Ferienunfähigkeit sofort mitgeteilt wird, insbesondere, um dem Arbeitgeber eigene Abklärungspflichten zu ermöglichen (Vertrauensarzt), was vor allem bei Ferien nahe von zu Hause bedacht werden sollte. Das Unterlassen einer sofortigen Mitteilung der Ferienunfähigkeit führt aber nicht dazu, dass ein Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Nachgewährung der Ferien verliert, wenn er die Ferienunfähigkeit zu spät beweisen kann.

2.7 Kürzung der Ferien

Der Ferienanspruch eines Arbeitnehmers wächst im Verhältnis zur 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.¹⁸

Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. So etwa, wenn ein Annahmeverzug¹⁹ seitens des Arbeitgebers vorliegt und dieser dafür verantwortlich ist, dass nicht gearbeitet wird. In einem solchen Fall dürfen die Ferien nicht gekürzt werden.

Das Gesetz sieht vor, wie und in welchem Umfang Ferienansprüche im Falle von Arbeitsverhinderungen gekürzt werden dürfen. Darauf soll nachfolgend eingegangen werden:

2.7.1 Verschuldete Arbeitsverhinderung

Sobald die verschuldete Arbeitsverhinderung (es ist hier nur schweres Verschulden relevant) insgesamt einen vollen Arbeitsmonat beträgt, darf der Ferienanspruch um ein Zwölftel gekürzt werden.²⁰ Beträgt somit die verschuldete Abwesenheit 1,5 Monate, darf der jährliche Ferienanspruch um ein Zwölftel gekürzt werden. Beträgt die Abwesenheit zum Beispiel 4,5 Monate, so dürfte der jährliche Ferienanspruch um vier Zwölftel gekürzt werden.

Ist ein Arbeitnehmer also nicht einen ganzen Monat von der Arbeit verhindert, darf nicht gekürzt werden. Zu den Fällen, in welchen gar keine Arbeitsverhinderung vorliegt, siehe unten.

18 Vgl. BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 329b N 1.

19 Art. 324 OR.

20 Art. 329b Abs. 1 OR; vgl. Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329b N 15 f.; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 329b N 1.

2.7.2 Unverschuldete Arbeitsverhinderung

Ist der Arbeitnehmer ohne sein Verschulden aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung eines öffentlichen Amtes oder Jugendurlaub von der Arbeit verhindert, so gestaltet sich die Rechtslage grosszügiger für den Arbeitnehmer.

Es erfolgt keine Kürzung für den ersten vollen Monat – es gilt somit eine Karenzfrist (Schonfrist) von einem Monat. Das bedeutet, ab dem zweiten vollen Monat erfolgt eine Kürzung von einem Zwölftel der Ferien pro weiteren vollen Monat der Verhinderung. Angebrochene Monate der Verhinderung werden nicht berücksichtigt.²¹

Der erste volle Monat der Arbeitsverhinderung wird hier nicht berücksichtigt. Ist ein Arbeitnehmer somit während insgesamt 1,5 Monaten krank, dürfen die Ferien nicht gekürzt werden. Ist er 2,5 Monate krank, darf um ein Zwölftel gekürzt werden.

Es ist also auf die Gesamtdauer der Abwesenheit abzustellen (als Beispiel: 3,5 Monate). Für den zulässigen Ferienabzug sind die angebrochenen Monate nicht zu berücksichtigen (man hätte dann drei Monate), dann ist ein Monat abzuziehen (das Resultat ist dann zwei – man dürfte hier um zwei Zwölftel kürzen).

Ist ein Arbeitnehmer zum Beispiel ein Jahr befristet angestellt und vom ersten bis zum letzten Tag krank, so dürfte sein Ferienguthaben um elf Zwölftel gekürzt werden.

2.7.3 Schwangerschaft

Bei einer Schwangerschaft ist das Gesetz noch grosszügiger für die betroffene Arbeitnehmerin. Es erfolgt keine Kürzung für die ersten zwei vollen Monate – es gilt somit eine Karenzfrist (Schonfrist) von zwei Monaten. Das bedeutet, ab dem dritten vollen Monat erfolgt eine Kürzung von einem Zwölftel der Ferien pro weiteren vollen Monat der Verhinderung.²²

21 Art. 329b Abs. 2 OR; vgl. Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329b N 17.

22 Art. 329b Abs. 3 lit. a OR; vgl. Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329b N 18 f.

Während des Mutterschaftsurlaubs dürfen die Ferien nicht gekürzt werden. Das Gleiche gilt für den Vaterschaftsurlaub und den Betreuungsurlaub im Sinne von Art. 329i OR.²³

2.7.4 Berechnung der Ferienkürzung

Für die Ferienkürzungen sind nur die vollen Monate der Abwesenheit zu berücksichtigen.²⁴

Es sind nicht die konkreten Kalendermonate zu berücksichtigen, sondern der Arbeitsmonat (also ohne Wochenenden). Dieses entspricht einem Zwölftel der auf das Dienstjahr (oder Kalenderjahr) entfallenden Arbeitstage. Aus praktischen Gründen ist von einem Durchschnittsmonat auszugehen. Durchschnittlich handelt es sich dabei um 21,75 Arbeitstage im Monat (entsprechend der Berechnung der Taggelder in der ALV-Praxis). Sobald also die Absenz 21,75 Arbeitstage erreicht, liegt aus praktischen Gründen ein voller Monat im Sinne der Gesetzesbestimmung vor.

Für die Berechnung der Kürzung wird auf die Gesamtdauer aller Abwesenheiten während eines Jahres abgestellt. Auch kurze, etwa halbtägige Verhinderungen werden für diese Berechnung mitberücksichtigt. Die Kürzung ist dann zulässig, sobald unter Berücksichtigung allfälliger Schonfristen ein voller Abwesenheitsmonat (21,75 Tage) erreicht wird.

2.7.5 Dienstjahr

Im Rahmen der Berechnung von Ferienkürzungen ist auf das Dienstjahr und nicht auf das Kalenderjahr abzustellen.²⁵ Ohne anderweitige Regelung ist also stets darauf abzustellen, wann ein Arbeitnehmer die Stelle konkret angetreten hat. Eine andere Lösung, wie dies aus Praktikabilitätsgründen oft gemacht wird, ist nur nach entsprechender Grundlage im Arbeitsvertrag oder in Reglementen zulässig.

Jedes neue Dienstjahr beginnt die Schonfrist wieder von Neuem zu laufen.²⁶ Bei einem unvollständigen Dienstjahr kann die Schonfrist nicht proportional gekürzt werden, sondern beträgt stets einen oder zwei volle

²³ Art. 329b Abs. 3 OR.

²⁴ vgl. Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329b N 6.

²⁵ Vgl. Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329b N 9.

²⁶ Brühwiler, Art. 329b N 5.

Monate (à 21,75 Arbeitstage). Dies, weil das Gesetz von Monaten und nicht von Zwölfteln pro rata spricht.²⁷

2.7.6 Kürzung bei Teilzeitarbeit

Bei der Teilzeitarbeit gestaltet sich die Berechnung etwas komplizierter. Um festzustellen, wann eine allfällige Schonfrist abgelaufen ist, ist die effektive Dauer Arbeitsverhinderung zu berücksichtigen. Bei reduzierter Arbeitsfähigkeit, zum Beispiel bei 50% Arbeitsunfähigkeit, verlängert sich die Karenzfrist entsprechend. Die Kürzung des Ferienanspruchs erfolgt somit erst nach vier Monaten der Verhinderung (der Ferienanspruch wächst parallel zur Arbeitsleistung). Die Kürzung erfolgt aber dann um ein volles Zwölftel des Jahresferienanspruchs, nicht nur anteilmässig.

2.8 Verjährung und Verwirkung von Ferien

In BGE 130 III 19 hat das Bundesgericht entschieden, dass Ferien nicht verirken, wenn sie von einem Arbeitnehmer nicht im Dienstjahr, in welchem sie anfallen, bezogen werden. Sie werden somit ins neue Dienstjahr übertragen, ungeachtet anderweitiger vertraglicher Abmachungen.²⁸

2.8.1 Verjährung von Ferien nach fünf Jahren

Gemäss Art. 341 Abs. 2 OR sind die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung (Art. 127–142 OR) auch auf Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis anwendbar. Die Verjährung beginnt für jeden Anspruch mit seiner Fälligkeit zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR); Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger seinen Anspruch geltend machen und die Leistung verlangen darf.

In BGE 136 III 94 hat das Bundesgericht die Frage entschieden, dass nicht bezogene Ferienguthaben nach fünf Jahren verjähren. Die Fälligkeit der Ferien tritt grundsätzlich am letzten Tag ein, an dem die restlichen nicht bezogenen Ferientage noch während des laufenden Dienstjahrs bezogen werden könnten, und ist für jedes Dienstjahr erneut zu bestimmen.

²⁷ Brühwiler, Art. 329b III.

²⁸ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 4; ZK-Staehelin Art. 329c N 6.

2.8.2 Welche Ferien werden bezogen, die alten oder die neuen?

Hat ein Arbeitnehmer Ferienguthaben aus verschiedenen Jahren, so bestimmt sich die Frage, welche bezogen werden, nach den allgemeinen Vorschriften von Art. 86 und Art. 87 OR. Daher gilt: Zuerst entscheidet der Schuldner über die Frage der Anrechnung (Art. 86 Abs. 1 OR, d.h. der Arbeitgeber kann bestimmen); bestimmt der Arbeitgeber nicht, kann der Arbeitnehmer entscheiden (Art. 86 Abs. 2 OR); gibt es weder eine Erklärung des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers, werden diejenigen Ferien bezogen, welche früher verfallen (Art. 87 OR). Im Normalfall geben weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer Erklärungen ab. Das heisst, die bezogenen Ferien werden auf die jeweils am frühesten fälligen Ferienansprüche angerechnet. Das Obergericht Zürich hat diese Regeln in einem Entscheid überzeugend dargelegt:²⁹

«Darüber, dass diese Ansprüche nicht verwirken (so noch die alte Bundesgerichtspraxis, vgl. BGE 107 II 430; BGE 101 II 283), sondern den allgemeinen Verjährungsregeln unterstehen, herrscht seit der Revision von Art. 329c OR soweit ersichtlich Einigkeit (BGE 130 III 25; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996, N 1 zu Art. 329c; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, Zürich 1992, N 5 zu Art. 329c). Mit der Vorinstanz ist sodann davon auszugehen, dass sich der Anwendungsbereich der Art. 86 und 87 OR nicht auf Geldschulden beschränkt (eine finanzielle Abgeltung steht vorliegend nicht zur Debatte, da das Arbeitsverhältnis weiter andauert, Art. 329d Abs. 2 OR), sondern dass darin eine allgemeine Anrechnungsordnung gesehen werden kann für den Fall, dass mehrere Verpflichtungen einer Leistung gegenüberstehen und weder gesetzlich noch vertraglich speziell geregelt ist, in welcher Reihenfolge die Tilgung vonstaten gehen soll.

Die Erklärung des Schuldners gemäss Art. 86 OR ist – eine anderslautende Parteiverabredung vorbehalten – spätestens bei Leistungserbringung abzugeben (BK-Weber, N 24 zu Art. 86 OR; ZK-Schraner, Art. 86 OR N 23 ff.), ansonsten automatisch Art. 87 Abs. 1 OR zur Anwendung kommt. Die Vorinstanz versagte jedoch der dort stipulierten Regelung (Tilgung der zuerst verfallenen Schuld) unter Hinweis darauf, dass damit die Verjährung vereitelt werde, obwohl eine solche gemäss dem Willen des Gesetzgebers auch im Verlaufe eines Dauerschuldverhältnisses eintreten könne, die Anwendung.

²⁹ JAR 2006, S. 555 f.

Dem kann nicht gefolgt werden. Einerseits liegt es in der Natur der in Art. 87 Abs. 1 OR getroffenen Regelung, dass damit die Verjährung vereitelt wird (da ja die jeweils älteste Schuld durch Erfüllung getilgt wird), egal, ob es sich um mehrere einfache Schulden zwischen zwei Parteien oder um ein eigentliches Dauerschuldverhältnis handelt. Andererseits ist es beispielsweise mit Bezug auf Mietverhältnisse (mithin ein klassisches Dauerschuldverhältnis; mp 2003 S. 205 ff.) oder Alimentenschulden gängige Praxis, Art. 87 Abs. 1 OR ohne entsprechende Modifikationen anzuwenden. Die Regelung von Art. 87 Abs. 1 OR ist logisch, auch für Laien ohne Weiteres verständlich und fördert so die Rechtssicherheit. Es ist kein schützenswerter Grund ersichtlich, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, wo der Arbeitgeber als Feriensschuldner leisten muss (ZK-Schraner, Art. 87 N 11; Art. 329 OR), davon abzusehen. Gerade hier hat es der Arbeitgeber durch die Art der Betriebsorganisation und aufgrund des ihm gesetzlich zustehenden Bestimmungsrechtes (Art. 329c Abs. 2 OR) in der Hand, dafür zu sorgen, dass seine Arbeitnehmer die ihnen zustehenden Ferien-, Feier- und Ruhetage in einem vernünftigen Zeitraum beziehen (können). Diese Argumentation leuchtet – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – auch mit Bezug auf die Ruhetage ein. Dass nämlich solche in einem (Gesamt-)Arbeitsvertrag explizit festgelegt werden, liegt daran, dass sie in dieser Branche eben nicht automatisch auf ein Wochenende zu liegen kommen. Damit rechtfertigt es sich, die Ruhetage abstrakt auf eine bestimmte Anzahl festzulegen, die im Verlaufe einer Woche (eines Jahres) gewährt werden soll (vgl. Art. 16 L-GAV). Die Tilgung der jeweils ältesten Guthaben erscheint damit nur logisch und jedenfalls nicht speziell kompliziert.»

2.9 Barauszahlung der Ferien

Während der Ferien hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten.³⁰ Die Regelung, dass der Ferienlohn bereits in den gewöhnlichen Lohn integriert ist und daher während der Ferien kein Lohn mehr zu bezahlen ist, ist nur in engen Grenzen zulässig.

Wenn möglich sind die Ferien während des Arbeitsverhältnisses «in natura» und nicht als Geldabfindung zu gewähren, auch wenn das Arbeits-

³⁰ Art. 329d Abs. 1 OR.

verhältnis gekündigt ist. Doch es kann sich aus Praktikabilitätsgründen eine Geldabfindung für die Ferien (Ferienentschädigung anstatt Ferienbezug) aufdrängen.

Das Bundesgericht hat diverse Male festgehalten, dass «Ferienlohn inbegriffen» nur zulässig sei, wenn (i) unregelmässige Tätigkeit vorliege, (ii) Ferienlohn im Einzelarbeitsvertrag und (iii) in jeder Lohnabrechnung separat in CHF oder Prozent bestimmt sei.³¹

Zulässig ist sodann die Auszahlung der Ferienguthaben am Ende des Arbeitsverhältnisses.³²

2.10 Verweigerung des Ferienlohns

Von der vorgenannten Regelung, dass der Arbeitgeber während der Ferien stets den vollen Lohn (zuzüglich Naturallohn) zu entrichten hat, gibt es aber eine gewichtige Ausnahme:

Leistet der Arbeitnehmer während der Ferien entgeltliche Arbeit für einen Dritten, und werden dadurch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzt, so kann dieser den Ferienlohn verweigern und bereits bezahlten Ferienlohn zurückverlangen.³³

2.10.1 Verletzung berechtigter Interessen des Arbeitgebers

Das Gesetz beantwortet die Frage nicht, was unter der Verletzung berechtigter Interessen des Arbeitgebers zu verstehen ist.

Konkurrenzierung: Die berechtigten Interessen des Arbeitgebers gelten als verletzt, wenn der Arbeitnehmer während der Ferien für einen Konkurrenten arbeitet.³⁴

Keine Erholung: Die berechtigten Interessen des Arbeitgebers gelten aber auch als verletzt, wenn eine während der Ferien getätigte Arbeit den Erholungszweck der Ferien vereitelt. In der Regel wird dies angenommen, wenn der Arbeitnehmer während der Ferien ähnliche Arbeit ver-

31 Vgl. etwa BGer 4A_619/2019 vom 15. April 2020, E. 3.1; Portmann/Wildhaber, N 521.

32 Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329d N 19; vgl. BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 329d N 16.

33 Art. 329d Abs. 2 OR; vgl. ZK-Staehelin Art. 329d N 18.

34 Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329d N 22; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329d N 16.

richtet oder Arbeitszeiten einhalten muss, wobei es sich bei der Arbeit auch um eine Dienstleistung aus Werkvertrag oder Auftrag handeln kann.³⁵

2.10.2 Folgen der Verletzung der berechtigten Interessen

Werden die berechtigten Interessen des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer während der Ferien verletzt, so führt dies dazu, dass der Ferienlohn verweigert werden kann. Ist die Auszahlung bereits erfolgt bevor der Arbeitgeber von der Ferientätigkeit Kenntnis erhielt, kann der Ferienlohn zurückgefordert werden (auch durch Verrechnung).³⁶

Handelt es sich gleichzeitig um eine schwere Treuepflichtverletzung, kommt auch eine fristlose Entlassung infrage, wobei aber stets die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.³⁷

Ungeachtet der Tatsache, ob während der Ferien (unberechtigterweise) gearbeitet wird oder nicht, gelten die Ferien als bezogen und können vom Saldo abgebucht werden.

3. Urlaub für ausserschulische Jugendarbeit

Grundsätzlich fällt ein freiwilliger Einsatz in Sportvereinen in die Freizeit, findet also grundsätzlich ausserhalb der Arbeitszeit statt. Es gibt hierzu keine speziellen Regelungen, doch Antworten finden sich im allgemeinen Arbeitsrecht. Ausnahmen gibt es aber für Arbeitnehmer bis zum 30. vollendeten Altersjahr.

Gemäss Obligationenrecht hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bis zum vollendeten 30. Altersjahr für unentgeltliche leitende, betreuende oder beratende Tätigkeit im Rahmen ausserschulischer Jugendarbeit in einer kulturellen oder sozialen Organisation sowie für die dazu notwendige Aus- und Weiterbildung jedes Dienstjahr Jugendurlaub bis zu insgesamt einer Arbeitswoche zu gewähren.³⁸ Dabei spielt es keine Rolle, ob der Arbeitnehmer noch in der Lehre ist oder nicht. Ziel der Regelung ist

35 Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329d N 22f.

36 Art. 329 Abs. 3 OR.

37 BGer 4A_172/2012 vom 22. August 2012, E. 9.1.

38 Art. 329e Abs. 1 OR.

es, einerseits die persönliche und soziale Entfaltung sowie andererseits die ausserschulische Jugendarbeit selbst zu fördern.

3.1 Mögliche Tätigkeiten

Im Rahmen des Jugendurlaubs kommen folgende Tätigkeiten infrage:

a) leitende Tätigkeit

- Durchführung, Vorbereitung und Organisation von Gruppenveranstaltungen, Diskussionsabenden, Wochenendaktivitäten, Lagern und Kursen
- Leiten einer Lager- und Kursgruppe

b) betreuende Tätigkeit

- Verantwortung für eine Lagerküche
- Betreuung von Menschen mit Behinderung oder Animation in Jungentreffs

c) beratende Tätigkeit

- Tätigkeit als J+S-Experte
- Tätigkeit als Fachexperte, Ausbildner, Instruktor
- Aus- und Weiterbildung

3.2 Unentgeltliche Jugendarbeit

Vom Obligationenrecht wird nur die unentgeltliche Jugendarbeit unterstützt.³⁹ Ebenso hat der Arbeitnehmer während des Jugendurlaubs keinen Lohnanspruch, wobei vertraglich vorteilhaftere Möglichkeiten zugunsten des Arbeitgebers zulässig und möglich sind.⁴⁰

3.3 Zeitpunkt des Urlaubs für Jugendarbeit

Über den Zeitpunkt und die Dauer des Jugendurlaubs einigen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer; sie berücksichtigen dabei ihre beidseitigen Interessen. Kommt eine Einigung nicht zustande, muss der Jugendurlaub gewährt werden, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Geltendmachung seines Anspruchs zwei Monate im Voraus angezeigt hat. Nicht bezogene Jugendurlaubstage verfallen am Ende des Kalenderjahrs.⁴¹

39 Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329e N 5; vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329e N 6.

40 Art. 329e Abs. 2 OR.

41 Art. 329e Abs. 3 OR; siehe auch Prinz/Geel-Arbeitsvertrag, Art. 329e N 8f.

4. Mutterschaftsurlaub

Nach der Niederkunft haben Arbeitnehmerinnen Anspruch auf 14 Wochen Mutterschaftsurlaub.⁴² Die Entschädigung ist im EOG geregelt.⁴³ Angestellte und selbstständig erwerbende Frauen haben Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung: Die Arbeitnehmerin muss während der neun Monate unmittelbar vor der Niederkunft obligatorisch AHV-versichert sein. Die in einem EU- oder EFTA-Staat zurückgelegten Versicherungszeiten werden dabei uneingeschränkt berücksichtigt. Von diesen neun Monaten muss die Frau mindestens fünf Monate erwerbstätig gewesen sein, unabhängig von der Höhe des Arbeitspensums. Zum Zeitpunkt der Geburt muss die Arbeitnehmerin in einem gültigen Arbeitsverhältnis stehen, als Selbstständigerwerbende gelten oder im Betrieb bzw. auf dem Bauernhof des Ehemanns für einen Lohn mitarbeiten.⁴⁴ Nicht nötig ist dagegen, dass die Erwerbstätigkeit nach dem Mutterschaftsurlaub wieder aufgenommen wird.

Die Mutterschaftsentschädigung wird als Taggeld ausgerichtet und beträgt 80% des vor der Niederkunft erzielten durchschnittlichen Erwerbseinkommens, höchstens aber CHF 220.– pro Tag.⁴⁵ Das maximale Taggeld wird mit einem Monatseinkommen von CHF 8250.– ($\text{CHF } 8250.- \times 0,8 / 30 \text{ Tage} = \text{CHF } 220.-/\text{Tag}$) und bei Selbstständigerwerbenden mit einem Jahreseinkommen von CHF 99000.– ($\text{CHF } 99000.- \times 0,8 / 360 \text{ Tage} = \text{CHF } 220.-/\text{Tag}$) erreicht. Arbeitgeber können freiwillig oder vertraglich über diese Leistungen hinausgehen.

Gemäss Art. 16d Abs. 3 EOG endet der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung vorzeitig, wenn die Mutter ihre Erwerbstätigkeit wiederaufnimmt oder wenn sie stirbt. Art. 25 Erwerbersatzverordnung (EOV) ergänzt das Gesetz dahin gehend, dass der Anspruch der Mutter auf Entschädigung am Tag der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit unabhängig vom Beschäftigungsgrad endet.

Bei einer Hospitalisierung des Neugeborenen verlängert sich der Mutterschaftsurlaub um die verlängerte Dauer der Ausrichtung der Mutter-

⁴² Art. 329f OR.

⁴³ Art. 16b ff. EOG.

⁴⁴ Art. 16b Abs. 1 EOG.

⁴⁵ Art. 16f Abs. 1 EOG.

schaftsentschädigung. Diese kann bis maximal 56 Tage verlängert werden. Die Mutter muss nachweisen, dass sie zum Zeitpunkt der Niederkunft bereits beschlossen hatte, nach Ende des Mutterschaftsurlaubs wieder eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, denn es soll ein Erwerbsausfall entschädigt werden.⁴⁶

5. Mutterschaftsurlaub für hinterbliebene Väter?

Wenn die Mutter kurz nach der Geburt des Kindes stirbt, gibt es derzeit keinen spezifischen Urlaub zur Betreuung des Neugeborenen. Nach einem solchen Schicksalsschlag sind die Kinder aber besonders schutzbedürftig und das Interesse des Neugeborenen muss in dieser Situation Vorrang haben. Für den Bundesrat besteht hier Handlungsbedarf. Er schlägt vor, dem überlebenden Elternteil einen Urlaub zu gewähren. Im Falle des Todes der Mutter kurz nach der Geburt des Kindes soll so der überlebende Vater Anspruch auf 14 Urlaubswochen erhalten, die er ab dem Folgetag des Todes der Mutter am Stück beziehen muss. Die Vorlage muss nun vom Parlament behandelt werden.

6. Vaterschaftsurlaub

Am 27. September 2020 hat die Schweiz im Rahmen eines Referendums über die Einführung einer Vaterschaftsentschädigung sowie eines Vaterschaftsurlaubs abgestimmt und der Einführung des Vaterschaftsurlaubs sowie der Vaterschaftsentschädigung zugestimmt. Danach hat der Arbeitnehmer, der zum Zeitpunkt der Geburt eines Kindes dessen rechtlicher Vater ist oder dies innerhalb der folgenden 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.⁴⁷

6.1 Vaterschaft

Damit ein Arbeitnehmer in den Genuss des Vaterschaftsurlaubs gemäss Obligationenrecht kommt, muss er nachweisen, dass er zum Zeitpunkt

⁴⁶ Art. 329f Abs. 2 OR.

⁴⁷ Art. 329g OR; vgl. Facincani/Brunner/Ritzinger, Vaterschaftsurlaub, S. 12 ff.

der Geburt der rechtliche Vater des Kindes ist. Die rechtliche Vaterschaft kann auf verschiedene Weise entstehen: kraft der Ehe, durch eine Vaterschaftsanerkennung oder durch Feststellung der Vaterschaft durch ein Gericht im Rahmen einer Vaterschaftsklage.⁴⁸

Der Ehemann der Mutter gilt als Vater, wenn ein Kind während der Ehe geboren wird.⁴⁹ 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 Ehemanns gezeugt worden ist.⁵⁰ 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.⁵¹

Besteht das Kindesverhältnis nur zur Mutter, so kann der Vater das Kind anerkennen.⁵² 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 hängig ist, vor dem Gericht. Sodann können die Mutter und das Kind auf Feststellung des Kindesverhältnisses zwischen dem Kind und dem Vater klagen.

6.2 Dauer und Verfall

Gemäss der gesetzlichen Regelung hat ein Arbeitnehmer, welcher Vater eines Kindes wird, das Recht, einen Vaterschaftsurlaub von zwei Wochen (zehn Arbeitstage bei einem 100%-Pensum) zu beziehen.⁵³ 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 wird⁵⁴ oder das Kind innert der ersten sechs Monate nach der Geburt stirbt.

48 Ritzinger/Facincani/Brunner-Arbeitsvertrag, Art. 329g N 5 ff.

49 Art. 255 Abs. 1 ZGB. Kraft der eingetragenen Partnerschaft kann kein Kindsverhältnis entstehen.

50 Art. 255 Abs. 2 ZGB.

51 Art. 255 Abs. 3 ZGB.

52 Art. 260 Abs. 1 ZGB.

53 Ritzinger/Facincani/Brunner-Arbeitsvertrag, Art. 329g N 17.

54 Unabhängig davon, ob ein Kindesverhältnis zu einem anderen Mann begründet wird.

Mehrfachgeburten führen 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.

6.3 Zeitpunkt des Vaterschaftsurlaubs

Damit der Zweck des Vaterschaftsurlaubs nicht verfehlt wird, ist unseres Erachtens 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. 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 Verhältnis zu gewöhnlichen Ferien – relativ kurzfristig anbringen.⁵⁵

7. Vaterschaftsurlaub auch für Mütter?

Am 26. September 2021 hat das Schweizer Volk der Ehe für alle zugestimmt. Damit sollen gleichgeschlechtliche Paare eigentlich der Ehe zwischen Mann und Frau gleichgestellt werden. Lesbischen Ehepaaren wird in diesem Zusammenhang der Zugang zur Samenspende (nach den Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes vom 18. Dezember 2018) eröffnet. Für die Kinder gilt gemäss dem neuen Art. 255a ZGB das Folgende:

Ist die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt mit einer Frau verheiratet und wurde das Kind nach den Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes vom 18. Dezember 2018 durch eine Samenspende gezeugt, so gilt die Ehefrau der Mutter als der andere Elternteil.

Der neue Art. 255a ZGB war notwendig, da die Samenspende nach Gesetz nur Ehepaaren zustehen soll. Zudem wird durch die Samenspende ein Kindesverhältnis zu beiden Ehegatten begründet:

⁵⁵ Ritzinger/Facincani/Brunner-Arbeitsvertrag, Art. 329g N 21 f.

Sie [d.h. die Samenspende] dürfen nur bei Paaren angewendet werden: a. zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne der Art. 252–263 des Zivilgesetzbuchs (ZGB) begründet werden kann; und b. die auf Grund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können. Gespendete Samenzellen dürfen nur bei Ehepaaren verwendet werden.

Aufgrund der Möglichkeit der Samenspende bei lesbischen Ehepaaren ergibt sich nun folgende Situation: Die gebärende Frau hat Anspruch auf den Mutterschaftsurlaub.

Doch was ist mit der Ehegattin der Mutter? Gemäss Gesetz wird sie zum «anderen Elternteil». Anspruch auf den Mutterschaftsurlaub hat sie nicht. Sie hat kein Kind zur Welt gebracht. Gemäss dem Wortlaut des Gesetzes⁵⁶ hätte sie keinen Vaterschaftsurlaub zugute. Dieser steht nur Vätern offen.

Der Vaterschaftsurlaub bezweckt, die Beziehung des Vaters zum Neugeborenen aufzubauen und zu stärken und den Vater verstärkt in das Familienleben einzubinden. Dies gilt auch für (die nicht biologischen) Väter von Kindern, die mittels Samenspende gezeugt wurden.

Wenn nun gleichgeschlechtliche Ehen den Ehen zwischen Mann und Frau gleichgestellt werden, muss nach der hier vertretenen Auffassung auch der Ehefrau der Mutter des via Samenspende gezeugten Kindes zwingend der Vaterschaftsurlaub gewährt werden, dies auch entgegen dem Gesetzeswortlaut, welcher nur die Väter berücksichtigt.

Ob die Gerichte diese Ansicht schützen, ist jedoch noch ungewiss. Das Bundesamt für Sozialversicherungen scheint die Ansicht zu vertreten, dass auch der Ehefrau einer gebärenden Mutter ein Anspruch auf die Vaterschaftsentschädigung zukommt.

56 Art. 329g OR.

8. Betreuungsurlaub

Neu wurde per 1. Januar 2021 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.⁵⁷

Um eine zu hohe Anzahl Urlaubsfälle zu verhindern, wurde ausserdem eine jährliche Obergrenze von drei Tagen pro Ereignis und zehn Tagen pro Jahr 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.

Zudem wurde per 1. Juli 2021 ein Betreuungsurlaub (Pflegeurlaub) eingeführt, für den Fall, dass ein Kind des Arbeitnehmers wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigt ist.⁵⁸ Der Urlaub ist auf 14 Wochen beschränkt und daran gekoppelt, ob der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung nach Art. 16i bis 16m EOG hat. Anknüpfungspunkt für das Eltern-Kind-Verhältnis bildet dabei das Kindesverhältnis nach Art. 252 ZGB.⁵⁹ Ein Kind gilt als gesundheitlich schwer beeinträchtigt, wenn: a. eine einschneidende Veränderung seines körperlichen oder psychischen Zustands eingetreten ist; b. der Verlauf oder der Ausgang dieser Veränderung schwer vorhersehbar ist oder mit einer bleibenden oder zunehmenden Beeinträchtigung oder dem Tod zu rechnen ist; c. ein erhöhter Bedarf an Betreuung durch die Eltern besteht; und d. mindestens ein Elternteil die Erwerbstätigkeit für die Betreuung des Kindes unterbrechen muss.⁶⁰

57 Art. 329h OR. Vgl. Etter/Stucky-Arbeitsvertrag, Art. 329h N 1 ff.

58 Art. 329i OR.

59 Etter/Stucky-Arbeitsvertrag, Art. 329i N 6 ff.

60 Art. 16o EOG.

9. Adoptionsurlaub

Per 1. Januar 2023 wurde zudem ein Adoptionsurlaub eingeführt.⁶¹

9.1 Regelung zum Adoptionsurlaub

Nach der neuen Regelung haben erwerbstätige Eltern, die ein Kind unter vier Jahren zur Adoption aufnehmen, Anspruch auf einen zweiwöchigen Adoptionsurlaub, sofern die Voraussetzungen für die Adoptionsentschädigung gemäss EOG⁶² gegeben sind. Die Anspruchsvoraussetzungen für die Adoptionsentschädigung sind die gleichen wie für die Mutter- und Vaterschaftsentschädigung: Personen, die einen Anspruch geltend machen, müssen zum Zeitpunkt, in dem sie das Kind aufnehmen, arbeitnehmend oder selbstständigerwerbend sein; sie müssen in den letzten neun Monaten vor Aufnahme des Kindes bei der AHV versichert gewesen sein und in dieser Zeit während mindestens fünf Monaten eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben. Bei einer gemeinschaftlichen Adoption sind die vorstehenden Voraussetzungen von beiden Adoptierenden zu erfüllen.

Die Adoptiveltern können bei einer gemeinschaftlichen Adoption wählen, wer von ihnen den Adoptionsurlaub in Anspruch nimmt, können diesen allerdings nur einmal beziehen. Sie können den Urlaub auch untereinander aufteilen, ihn aber nicht gleichzeitig beziehen. Der 14-tägige Adoptionsurlaub muss innerhalb des ersten Jahres nach der Aufnahme des Kindes entweder tage- oder wochenweise bezogen werden. Bei der Stiefkindadoption besteht kein Anspruch auf die Adoptionsentschädigung und den entsprechenden Adoptionsurlaub.

9.2 Voraussetzungen gemäss EOG sind nicht erfüllt

Gemäss bisherigem, bis Ende 2022 geltendem Recht, waren im Rahmen einer Adoption die üblichen freien Tage und Stunden zu gewähren.⁶³ Damit wurde bzw. wird die Adoption eines Kindes etwa der eigenen Hochzeit oder dem Tod eines nahen Angehörigen gleichgesetzt. Mit der Gewährung der üblichen freien Tage und Stunden wurde bzw. wird einem Arbeitnehmer innerhalb der Arbeitszeit die nötige Freizeit im Zusammen-

61 Art. 329j OR.

62 Art. 16t EOG.

63 Art. 329 Abs. 3 OR; siehe hierzu etwa Facincani, Adoptionsurlaub, S. 296.

hang mit der Adoption eines Kindes eingeräumt. Der genaue Umfang der zu gewährenden Freizeit war bzw. ist im Gesetz nicht geregelt und bestimmt sich daher nach betrieblicher oder branchenüblicher Übung.⁶⁴ In der Praxis wurde bzw. wird im Zusammenhang mit einer Adoption eine minimale Arbeitsbefreiung von ein bis zwei Arbeitstagen gewährt.

Diese Regelung gilt weiterhin für die Fälle, bei welchen die Voraussetzungen für die Adoptionsentschädigung gemäss EOG nicht erfüllt sind.

Literaturverzeichnis

Brühwiler, Jürg: Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Auflage, Basel 2014 (zit. Brühwiler).

Etter, Boris/Facincani, Nicolas/Sutter, Reto (Hrsg.): Arbeitsvertrag, Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319–355 OR sowie Art. 361/362 OR, Zürich 2021 (zit. Autor-Arbeitsvertrag).

Facincani, Nicolas: Rechtliche Aspekte des neuen Adoptionsurlaubs, in: *Trex* 5/2022, S. 296 ff. (zit. Facincani, Adoptionsurlaub).

Facincani, Nicolas/Brunner, Jacqueline/Ritzinger, Matteo: Vaterschaftsurlaub, in: *TREX* 1/2021, S. 12 ff. (zit. Facincani/Brunner/Ritzinger, Vaterschaftsurlaub).

Portmann, Wolfgang/Wildhaber, Isabelle: Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Portmann/Wildhaber).

Rehbinder, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz, in: *Berner Kommentar*, Bd. VI/2/2/1, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010 (zit. BK-Rehbinder/Stöckli).

Stahelin Adrian, in: *Zürcher Kommentar*, Bd. V/2/c, Art. 319b–330a, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. ZK-Stahelin).

Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger: Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. Streiff/von Kaenel/Rudolph).

⁶⁴ Zusätzlich besteht die Möglichkeit zum Bezug von Ferien. Betreffend Ferienzeitpunkt ist aber Art. 329c Abs. 2 OR zu beachten.

