

AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

- 815 *Sandra Hotz*: Der Betreuungsvertrag – Von den Herausforderungen und Chancen eines noch wenig beachteten Vertrags
- 874 *Margot Michel/Ines Gareus*: Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
- 917 *Mattias Dolder*: Betreuungsunterhalt: Verfahren und Übergang
- 933 *Kurt Pärli*: Eltern im Arbeitsverhältnis – Was (wie) geregelt ist (und was nicht)
- 957 *Mischa Gallati*: Kopernikanische Wende oder Schrecken ohne Ende? – Das neue Kinder- und Erwachsenenschutzrecht aus historischer Perspektive

971 RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

Redaktionsmitglieder

Christine Arndt
Margareta Baddeley
Daniel Bähler
Katerina Baumann
Linus Cantieni
Jeanne DuBois
Roland Fankhauser
Christiana Fountoulakis
Thomas Geiser
Urs Gloor
Marianne Hammer-Feldges
Alexandra Jungo
Susanne Leuzinger-Naef
Peter Liatowitsch
Daniel Rosch
David Rüetschi
Joachim Schreiner
Jonas Schweighauser
Daniel Steck
Rolf Vetterli



IMPRESSUM

17. Jahrgang – Année – Anno; November – Novembre – Novembre

Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale

Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch

ISSN 1424-1811 (Print), e-ISSN 2504-1460 (Online)

Herausgeberinnen Editrices Editrici	Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, CH-4002 Basel, E-Mail: Ist.schwenzer@unibas.ch
	Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: Ist.buechler@rwi.uzh.ch
	Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Michelle.Cottier@unige.ch
Schriftleitung	Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@advokaturbuero-bl.ch , fampra-ius@unibas.ch
Redaktion Rédaction Redazione	lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Daniel Bähler, Oberrichter; lic. iur. Katerina Baumann, Fürsprecherin und Notarin; Dr. iur. Linus Cantieni, Präsident der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), Kreis Bülach Süd; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; lic. iur. Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin und Notarin; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; Dr. iur. Susanne Leuzinger-Naef, alt Bundesrichterin; Dr. iur. Peter Liatowitsch, Advokat, Notar und Mediator; lic. iur. Daniel Rosch, dipl. Sozialarbeiter FH/MAS in Nonprofit-Management, Coaching in Law and Social Work; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. iur. Daniel Steck, aOberrichter; Dr. iur. h.c. Rolf Vetterli, aKantonsrichter.
Verlag Editions Edizioni	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 63 25 E-Mail: verlag@staempfli.com Internet: www.staempfliverlag.ch
	Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift FamPra.ch vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal FamPra.ch. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.
Inserate Annonces Inseriti	Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 63 41 E-Mail: inserate@staempfli.com
Abonnemente Abonnements Abbonamenti	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 63 25 E-Mail: periodika@staempfli.com

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 386.– (Print und Online), Online Sfr. 300.–
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: SFr. 75.– (exkl. Porto)

Ausland – Etranger – Estero: AboPlus Sfr. 392.–, Online Sfr. 300.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8% MWSt.

Inhalt – Contenu – Contenuto

<i>Sandra Hotz</i> : Der Betreuungsvertrag – Von den Herausforderungen und Chancen eines noch wenig beachteten Vertrags	815
<i>Margot Michel/Ines Gareus</i> : Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde	874
<i>Mattias Dolder</i> : Betreuungsunterhalt: Verfahren und Übergang	917
<i>Kurt Pärli</i> : Eltern im Arbeitsverhältnis – Was (wie) geregelt ist (und was nicht)	933
<i>Mischa Gallati</i> : Kopernikanische Wende oder Schrecken ohne Ende? – Das neue Kinder- und Erwachsenenschutzrecht aus historischer Perspektive	957

Eltern im Arbeitsverhältnis

Was (wie) geregelt ist (und was nicht)

*Kurt Pärli, Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Soziales Privatrecht,
Juristische Fakultät der Universität Basel¹*

Stichwörter: *Eltern, Arbeitnehmer mit Familienpflichten, Arbeitsrecht, Ferien, Überstunden, Überzeit, Krankheit des Kindes, Vaterschaftsurlaub, Mutterschaftsurlaub.*

Mots clefs: *Parents, travailleur ayant des obligations familiales, droit du travail, vacances, heures supplémentaires, travail supplémentaire, maladie de l'enfant, congé de paternité, congé de maternité.*

I. Einleitung und Fragestellungen

Eltern im schweizerischen Arbeitsrecht? Noch vor wenigen Jahren hätte eine solche Thematik für einen juristischen Aufsatz eher Erstaunen hervorgerufen. Was gibt es dazu überhaupt zu sagen, hätte man sich gefragt. Zahlreiche arbeitsrechtliche Regelungen finden sich über den Schutz der schwangeren Arbeitnehmerin und für die erste Zeit nach der Niederkunft. Mit der Einführung der obligatorischen Mutterschaftsversicherung wurde die geschlechtsspezifische Normierung der Elternschaft im Arbeitsverhältnis nochmals verstärkt, denn der Anspruch auf den 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub steht «nur» der Mutter zu. Wo aber bleibt in arbeitsrechtlicher Hinsicht der Vater? Welche Rechte haben Eltern?

Elternschaft ist bis heute im Arbeitsrecht vorwiegend ein Mutter- und Frauenthema. Zwar hat sich die Stellung der Frau in der Berufswelt in den letzten Jahrzehnten geändert und verbessert, was namentlich auch auf die rechtliche Verankerung der Gleichberechtigung und Gleichstellung zurückzuführen ist. Die Thematik «Vereinbarkeit von Familie und Beruf» wird indes vielerorts als «Frauenthema» diskutiert. Das zeigt sich z. B. darin, dass eine grosse Wirtschaftsrechtskanzlei vor ein paar Jahren Anwälte und Anwältinnen suchte, wobei Letztere auch für eine Teilzeitbeschäftigung in Frage kämen. Lange Zeit wurde die Förderung von Teilzeitstellen für Frauen als Mittel zur Gleichstellung postuliert, obwohl sich eine Teilzeitbeschäftigung häufig negativ auf die Karriereentwicklung auswirkt.² Immerhin, in jüngerer Zeit wird

1 Der Autor bedankt sich bei Luca Vecchi, Hilfsassistent am Lehrstuhl für Soziales Privatrecht für die wertvolle Unterstützung bei diesem Beitrag.

2 Siehe dazu die Studie der Universität Zürich «Was Frauen wirklich wollen», http://static.nzz.ch/files/8/9/1/Was+Frauen+wirklich+wollen_public_1.18696891.pdf (9.9.2106).

vermehrt postuliert, dass die faire Aufteilung zwischen Betreuungs- und Familienaufgaben und Berufstätigkeit attraktive Teilstellen für Frauen und Männer erfordert.³ In politischer Hinsicht allerdings zeigen sich kaum Fortschritte. In den letzten Jahren wurden mehrfach parlamentarische Vorschläge zur Einführung eines Vaterschaftsurlaubes abgelehnt.⁴ In Europa kennen die meisten Staaten einen Anspruch auf Vaterschaftsurlaub.⁵ Wie zu zeigen sein wird, sieht die Situation für die kantonalen Angestellten und für Beschäftigte des Bundes etwas besser aus.⁶ Auch in Gesamtarbeitsverträgen finden sich vereinzelt Ansprüche auf Vaterschaftsurlaub.⁷ Nicht besser steht es mit einem Elternurlaub. Hier steckt die politische Diskussion noch in der Phase der «Berichte und Studien». Ein umfassender Bericht des Bundesrats aus dem Jahre 2013 zeigt verschiedene mögliche Modelle auf.⁸ Der Bundesrat ist aber lediglich gewillt, die Idee eines Anspruches auf eine Pensenreduktion im Zusammenhang mit der Elternschaft weiterzuverfolgen.⁹ Bis zur Verwirklichung eines Elternurlaubes (oder auch Vaterschaftsurlaubes) wird es jedoch vermutlich noch sehr lange dauern.

Der vorliegende Aufsatz fragt in einem ersten Schritt nach der Verankerung der «Eltern im Arbeitsverhältnis-Thematik» im internationalen Arbeits- und Menschenrechtsschutz und in der Verfassung. Was lässt sich aus Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) und der Verfassung zur Ausgestaltung der Elternrechte im Arbeitsverhältnis ableiten? Danach folgt ein Streifzug durch ausgewählte praktische Fragen, die sich für erwerbstätige Eltern stellen (Anspruch auf Anpassung des Beschäftigungsgrades, Ferienbezug während Schulferien, Absenzen bei Krankheit der Kinder usw.). Die auf diese Fragen anwendbaren Bestimmungen im Arbeitsgesetz, Vertragsrecht, Gleichstellungsgesetz, Sozialversicherungsrecht und öffentli-

3 Siehe das vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frauen und Männern geförderte Projekt «Teilzeitmann», <http://www.teilzeitmann.ch> (9.9.2016).

4 Siehe 27.4.2016; der Nationalrat lehnte die parlamentarische Initiative für einen zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub des CVP-Nationalrats Martin Candinas mit 97 zu 9 Stimmen ab, Quelle: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140415> (9.9.2016).

5 Siehe dazu die Untersuchung der International Labour Organization ILO, «Maternity and Paternity at Work, Law and Practice across the World», 13. Mai 2014 (http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS_241699/lang--en/index.htm [9.9.2016]).

6 Siehe hinten, Regelungen zu Mutterschafts-, Vaterschafts- und Elternurlaub in den Kantonen, beim Bund und in ausgewählten GAV.

7 Siehe hinten, Regelungen zu Mutterschafts-, Vaterschafts- und Elternurlaub in den Kantonen, beim Bund und in ausgewählten GAV.

8 Bericht des Bundesrates vom 30. Oktober 2013 «Vaterschaftsurlaub und Elternurlaub». Auslegeordnung und Präsentation unterschiedlicher Modelle in Erfüllung des Postulats Fetz (11.3492) vom 6. Juni 2011, Quelle (mit weiteren Informationen): <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/vaterschaftsurlaub.html> (9.9.2016).

9 Siehe dazu die Ausführungen von UEBERSCHLAG, Kombination eines Vaterschaftsurlaubes mit einem geschlechtsunabhängigen Rechtsanspruch auf Beschäftigungsgradreduktion nach Geburt als adäquate Massnahme zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit, ARV 2015, 171 ff.

chem Personalrecht werden dabei auch auf ihre geschlechtsspezifischen Wertungen untersucht. Ergänzend wird eine empirische Untersuchung sämtlicher kantonaler Personalgesetze und ausgewählter Gesamtarbeitsverträge hinsichtlich des Anspruchs auf Mutterschaftsurlaub, Vaterschaftsurlaub, Regelungen bei Adoption und weiterer Rechte der Arbeitnehmer/innen im Zusammenhang mit ihrer Elternschaft vorgestellt. Das Ergebnis, soviel sei bereits verraten, stellt ein eindrückliches Abbild föderalistischer Vielfalt dar. Der Beitrag wird mit einem kritischen Fazit abgeschlossen: Sowohl das öffentliche Personalrecht als auch die Regelungen für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis sind für eine zeitgemässe familiäre Rollenverteilung wenig förderlich und eine spürbare Verbesserung, etwa durch Einführung eines längeren Elternurlaues, ist angesichts der politischen Realitäten auf lange Zeit nicht in Sicht.

II. Der allgemeine rechtliche Rahmen

1. Völkerrechtliche Normen

Das Übereinkommen Nr. 156 «Übereinkommen über die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten» der International Labour-Organisation (ILO) von 1981 sieht eine Reihe von Massnahmen vor, die von den Ratifikationsstaaten zum Schutz von Eltern im Arbeitsverhältnis getroffen werden müssen.¹⁰ Unter anderem ist jede Diskriminierung der Arbeitnehmenden aufgrund ihrer Elternschaft verboten. Das Verbot bezieht sich auf den ganzen «Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses», umfasst also einerseits den Zugang zum Arbeitsmarkt,¹¹ aber auch die Arbeitsbedingungen¹² und den Schutz vor Kündigung¹³. Auch die revidierte Europäische Sozialcharta garantiert in ihrem Art. 27 Abs. 2 ein Recht der «Arbeitnehmer mit Familienpflichten auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung»¹⁴. Das ILO-Übereinkommen Nr. 156 wurde bis heute in Europa von 23 Staaten ratifiziert, nicht aber von der Schweiz.¹⁵ Als einer der wenigen Staaten hat die Schweiz auch die Europäische Sozialcharta nicht ratifiziert.¹⁶

10 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c156_de.htm (9.9.2016).

11 Art. 3 ILO-Übereinkommen Nr. 156.

12 Art. Artikel fehlt ILO-Übereinkommen Nr. 156.

13 Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 156.

14 Europäische Sozialcharta (revidiert) vom 3. Mai 1996, Sammlung Europäischer Verträge Nr. 163.

15 Soweit ersichtlich, wurde bis heute auch noch nie ein entsprechender Vorstoss im Parlament eingereicht.

16 Die Ratifikation ist aber immerhin wieder auf der politischen Agenda, siehe den Bericht des Bundesrates über die revidierte Europäische Sozialcharta in Erfüllung des Postulats 10.3004 der Aussenpolitischen Kommission des Ständerates «Vereinbarkeit der revidierten Europäischen Sozialcharta mit der schweizerischen Rechtsordnung» vom 12. Januar 2010 vom 2. Juli 2014, BBl 2014, 5611.

Ist die Schweiz somit staatsvertraglich nicht verpflichtet, die Elternrechte im Arbeitsverhältnis zu schützen? Eine solche Schlussfolgerung greift zu kurz. Für die Schweiz verbindlich ist die «Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women» (CEDAW)». Explizit empfiehlt der CEDAW-Ausschuss in seinen abschliessenden Bemerkungen im Jahre 2009, die Einführung eines Vaterschaftsurlaubs («Paternity leave») in Betracht zu ziehen.¹⁷ Darüber hinaus ist die Schweiz auch durch die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 (Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens) gebunden. Zentral ist überdies das akzessorische Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK. So hat der EGMR im Fall Markin¹⁸ entschieden, dass ein Elternurlaub, der zwar russischen Soldatinnen, nicht aber Soldaten zustehe, gegen Art. 14 in Verbindung mit Art. 14 EMRK verstosse. Der Gerichtshof hielt fest, die unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern könne gerade nicht durch Berufung auf traditionelle Rollenbilder und Geschlechterstereotypen gerechtfertigt werden. So wie Regelungen gestützt auf Stereotypen betreffend Herkunft, sexuelle Orientierung oder Hautfarbe seien auch Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern, die nur auf der Vorstellung des Mannes als Haupternährer der Familie und der Frau als Betreuerin der Kinder beruhen, nicht zulässig. Für den Gerichtshof tragen solche Unterscheidungen dazu bei, Geschlechterstereotypen weiterzuführen, was sowohl negative Auswirkungen auf die berufliche Karriere von Frauen als auch auf das Familienleben von Männern habe.¹⁹

Die EMRK hat auch eine Bedeutung für das Arbeitsrecht, was lange Zeit unterschätzt worden war.²⁰ So leitet der EGMR aus Art. 8 EMRK eine umfassende staatliche Schutzpflicht ab, die auch einen Schutz vor Anstellungsdiskriminierung und diskriminierender Kündigung beinhaltet.²¹ Zudem legt der EGMR die EMRK evolutiv und integrativ aus, das heisst, er berücksichtigt gesellschaftlichen Wandel und zieht zur Auslegung der EMRK andere völkerrechtliche Instrumente und na-

17 Committee on the Elimination of Discrimination against Women Forty-fourth session 20 July-7 August 2009, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, CEDAW/C/CHE/CO/3, Ziffer 26 und 38.

18 Urteil 3008/06 des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 20. März 2012 (Markin gegen Russland).

19 Urteil 3008/06 des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 20. März 2012 (Markin gegen Russland), § 141–143.

20 PÄRLI, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 2015, 1671 ff.

21 Siehe: Urteil 28274/08 des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 21. Juli 2011 (Heinisch gegen Deutschland) (Schutz vor Kündigung wegen Whistleblowing) oder Urteil 56030/07 des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 12. Juni 2014 (Fernandez Martinez gegen Spanien) (Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags eines verheirateten Priesters mit fünf Kindern, der in einer staatlichen Schule katholische Religion und Ethik lehrte).

mentlich auch ILO-Übereinkommen heran.²² Fehlender oder ungenügender Schutz vor Benachteiligung von Arbeitnehmenden wegen ihrer familiären Verpflichtungen kann also durchaus einen Verstoss gegen die EMRK darstellen.

2. Bundesverfassung

Eine prominente Verankerung der Thematik «Eltern im Arbeitsverhältnis» findet sich in Art. 8 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV). Die Bestimmung hält den normativen Anspruch auf Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern fest (Satz 1) und beinhaltet einen konkreten Gesetzgebungsauftrag für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mit dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) hat der Gesetzgeber diesen Auftrag umgesetzt.

Weiter zu erwähnen sind die Art. 110 und 116 BV. Art. 110 BV beinhaltet die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Vorschriften zum Schutze der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Diese Bestimmung bildet die Kompetenzgrundlage für das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG). Auch die Bestimmungen des ArG müssen das Anliegen der Gleichstellung zwischen Frauen und Männern im Erwerbsleben aufnehmen. Art. 116 BV sieht in Abs. 1 ganz allgemein vor, dass der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Bedürfnisse der Familie zu berücksichtigen hat. Art. 116 Abs. 3 BV schliesslich beinhaltet die Kompetenzgrundlage für die Einführung einer Mutterschaftsversicherung. Eine Vaterschaftsversicherung ist verfassungsrechtlich nicht vorgesehen.

3. Gesetzliche Regelungen

Bestimmungen zu den Rechten von Eltern im Arbeitsverhältnis finden sich im Arbeitsgesetz, Gleichstellungsgesetz sowie in den Art. 319 ff. des Obligationenrechts (OR). Für kantonale Beschäftigte und Angestellte des Bundes sind die einschlägigen personalrechtlichen Erlasse massgebend. Der Auftrag zur Einführung einer Mutterschaftsversicherung wurde durch eine Ergänzung des Bundesgesetzes über die Erwerbsersatzordnung (EOG) umgesetzt. Wie die Familienzulagen nach dem Bundesgesetz über Familienzulagen handelt es sich bei den Mutterschaftsleistungen nach EOG indes nicht um Entschädigungen des Arbeitgebers, sondern um Sozialversicherungsleistungen. Beide Leistungsformen knüpfen jedoch an den Bestand eines Arbeitsverhältnisses an.

22 Siehe zur Integration von Arbeitsrechten in die EMRK durch Auslegung MANTOUVALOU, Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation, Human Rights Law Review 2013, 529 ff.

III. Schutz der Elternrechte nach Obligationenrecht, Gleichstellungsgesetz und Arbeitsgesetz

1. Die (beschränkte) Bedeutung des GIG für Eltern im Arbeitsverhältnis

Das in allen Phasen des öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses anwendbare GIG verbietet nach Art. 3 GIG die direkte oder indirekte Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, «namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft».

Unbestritten findet das Diskriminierungsverbot des GIG Anwendung, wenn bspw. eine Arbeitnehmerin unzulässigerweise nach ihrer Familienplanung gefragt wird und bei Bejahung familiärer Absichten eine Stelle nicht erhält.²³ Auch wenn an Stelle dieser Frau eine andere Frau ohne familiäre Absichten berücksichtigt wird, liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unter Berufung auf die familiäre Situation vor, die von Art. 3 GIG erfasst ist.²⁴ Anders verhält es sich, wenn die Benachteiligung aufgrund der familiären Situation Frauen und Männern gleichermaßen trifft. In diesem Fall betrifft die unterschiedliche Behandlung beide Geschlechter und das GIG ist nicht einschlägig. Exemplarisch zeigt sich diese Problematik an folgendem Fall, der in der Sammlung von Entscheidungen zum Gleichstellungsgesetz²⁵ aufgeführt ist: Eine Bereichsleiterin in einer öffentlichen Verwaltung hatte sich intern um die Stelle als Abteilungsleiterin beworben. Sie erhielt eine Absage, u. a. mit Hinweis auf ihre Mehrfachbelastung durch Familienpflichten. Die Arbeitgeberseite bestritt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, da beim Anstellungsentscheid Mehrfachbelastung durch Familienpflichten auch bei Männern gewichtet wurden. Die nicht geschlechtsspezifische Mitberücksichtigung der familiären Situation sei zulässig.²⁶ Der zuständige Bezirksrat lehnte eine Beschwerde gegen den Nichtbeförderungsentscheid ab.²⁷ Arbeitneh-

23 Siehe dazu illustrativ den Fall, der vom Obergericht Solothurn, ZKNIB.1998.9 und SOG 1999, Nr. 1, entschieden wurde. Eine Direktionsassistentin hatte sich auf eine Stelle bei einer Baufirma beworben. Kurz vor dem Vorstellungsgespräch erhielt sie eine Absage mit der Begründung, als Mutter von vorschulpflichtigen Kindern eigne sie sich nicht für die Stelle. Für die Vorinstanz und das Obergericht lag hier eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor.

24 ÜBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG), Zürich 2009, Rz. 36.

25 <http://www.gleichstellungsgesetz.ch> (17.9.2016).

26 Quelle: <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1049.html#> (12.9.2016).

27 Bezirksrat Zürich, Entscheid vom 23.8.2001, GE.2001.00067 (Quelle: <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1049.html#> [12.9.2016]).

mende mit Familienpflichten fallen also nur insoweit unter den Schutz des GlG, als eine Benachteiligung geschlechtsspezifisch motiviert ist. Das heisst nun aber nicht, dass eine Benachteiligung solcher Arbeitnehmenden nicht aus anderen Gründen (Persönlichkeitsschutz, siehe sogleich) unzulässig ist. Der vergleichsweise privilegierte Schutz des GlG (Beweislasterleichterung, Kostenlosigkeit des Verfahrens usw.) entfällt aber.

2. Elternschaft als Aspekt der Arbeitnehmerpersönlichkeit nach Art. 328 OR und Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

Art. 328 OR verpflichtet die Arbeitgeber, im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie wegen einer Eigenschaft ausgesprochen wird, die dem Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmerin kraft der Persönlichkeit zustehen. Beide Bestimmungen konkretisieren den Persönlichkeitsschutz nach Art. 27/28 des Zivilgesetzbuches (ZGB), wobei die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen sind. Dazu gehören zum einen die Tatsache, dass die meisten Personen ihren Lebensunterhalt mit nichts anderem als mit Arbeit verdienen können, und zum anderen, dass das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses per Definition (Art. 319 OR) mit einer rechtlichen, betriebsorganisatorischen und wirtschaftlichen Subordination zur Arbeitgeberin verbunden ist. Vor diesem Hintergrund erscheint die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden als besonders verletzlich und schutzbedürftig. Das trifft auf Eltern in Arbeitsverhältnissen in hohem Masse zu, haben diese doch nebst ihrer Arbeitstätigkeit auch eine ausserordentlich verantwortungsvolle und herausfordernde Aufgabe als Eltern zu bewältigen.

Elternschaft bildet also fraglos einen wichtigen Aspekt der durch die Arbeitgeberin zu schützenden Arbeitnehmerpersönlichkeit und ist eine Eigenschaft, die (auch) den Arbeitnehmenden kraft ihrer Persönlichkeit zusteht. Mit Blick auf den Kündigungsschutz bedeutet dies, dass eine Kündigung, die mit der Elternschaft einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers begründet wird, unabhängig vom Vorliegen einer allfälligen Diskriminierung nach GlG vermutungsweise missbräuchlich ist im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Nur wenn der Arbeitgeberin der Beweis gelingt, dass die Elternschaft die Ausübung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit verhindert oder zumindest erschwert, ist die Kündigung nicht missbräuchlich, da ein «Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis» vorliegt. Kein anerkannter Rechtfertigungsgrund wären beispielsweise Abwesenheiten des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin im Zusammenhang mit der notwendigen Betreuung kranker Kinder (siehe dazu sogleich, Art. 36 ArG). Als weiteren Rechtfertigungsgrund sieht Art. 336 Abs. 1 lit. a OR die wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb vor. Die Elternschaft eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin wird indes die Zusammenarbeit im Betrieb kaum je beeinträchtigen.

3. *(Grenzen der) Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf Elternschaft der Arbeitnehmenden*

a) Überstunden, Ferien, Ferienkürzung, Arbeitszeitgestaltung

Die Arbeitgeberin ist gestützt auf Art. 328 OR ganz allgemein verpflichtet, auf Arbeitnehmende mit Familienpflichten Rücksicht zu nehmen. Konkret zeigt sich dies bei der Anordnung von Überstunden und den Regelungen zum Ferienbezug. Art. 321c Abs. 1 OR gibt der Arbeitgeberin das Recht, bei betrieblicher Notwendigkeit Überstunden anzuordnen. Die Arbeitnehmenden sind dazu verpflichtet, soweit sie dazu in der Lage sind und es ihnen «nach Treu und Glauben zugemutet werden kann». Es liegt auf der Hand, dass für die Beurteilung der Zumutbarkeit die Elternschaft von Arbeitnehmenden mit zu berücksichtigen ist. Gleiches gilt für den Bezug der Ferien. Nach Art. 329c Abs. 2 OR hat die Arbeitgeberin das Recht, den Zeitpunkt der Ferien zu bestimmen. Allerdings muss sie auf die Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen, soweit dies mit betrieblichen Interessen zu vereinbaren ist. Eltern muss es in der Regel möglich sein, die Ferien während der Schulferien ihrer Kinder zu beziehen.

Eine Auswirkung hat die Elternschaft auch auf die Regelung in Art. 329b OR zur Ferienkürzung. Die Grundregel findet sich in Art. 329b Abs. 1 OR; eine verschuldete Abwesenheit von mehr als einem Monat rechtfertigt zu einer Kürzung des Ferienanspruches. Art. 329b Abs. 2 und 3 OR sehen Tatbestände vor, bei deren Vorliegen die Ferien nicht gekürzt werden. Nach Art. 329b Abs. 3 OR dürfen die Ferien nicht gekürzt werden, «wenn eine Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft bis zu zwei Monate an der Arbeitsleistung verhindert ist oder weil sie die Mutterschaftsentschädigung im Sinne des Erwerbsersatzgesetzes vom 25. September 1952³ (EOG) bezogen hat». Längere Abwesenheiten im Zusammenhang mit der Elternschaft fallen unter Art. 329b Abs. 2 OR, demnach führen Abwesenheiten aus Gründen, «die in der Person des Arbeitnehmers liegen» und nicht länger als einen Monat dauern, nicht zu einer Ferienkürzung.

Auch das Arbeitsgesetz äussert sich zur Arbeitszeitgestaltung von Arbeitnehmenden mit Familienpflichten.²⁸ Nach Art. 36 Abs. 1 ArG hat die Arbeitgeberin bei der Festsetzung der Arbeits- und Ruhezeit auf Arbeitnehmer mit Familienpflichten besonders Rücksicht zu nehmen. Als Familienpflichten gelten dabei die Erziehung von Kindern bis zu 15 Jahren sowie die Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger oder nahestehender Personen. Was unter dieser «Rücksichtnahme» zu verstehen ist, wird weder im Gesetz noch in der Verordnung näher definiert. Gemäss der Weglei-

28 Zu bemerken ist, dass die Vorschriften des Art. 36 ArG nur dann zur Anwendung gelangen, wenn das fragliche Arbeitsverhältnis weder unter einen betrieblichen (Art. 2 ArG) noch persönlichen (Art. 3 ArG) Ausnahmetatbestand fällt. Art. 36 ArG gehört gerade nicht zu den Gesundheitsvorschriften, die auch Anwendung finden, wenn die Arbeitszeit und Ruhezeitvorschriften des ArG ansonsten nicht gelten (Siehe Art. 3a ArG, der nur auf die Art. 6, 35 und 36a ArG verweist).

tung des SECO zu Art. 36 ArG gehören zu den Familienpflichten alle Aufgaben, welche die Anwesenheit der betreuenden Person notwendig oder wünschenswert erscheinen lassen, weil die Kinder diese Aufgaben noch nicht allein übernehmen können oder weil ihnen noch nicht genügend Eigenverantwortung zugemutet werden kann. Genannt werden «die Kinder rechtzeitig in die Schule schicken», «sie in der Mittagspause oder am Abend mit einer warmen Mahlzeit versorgen», «sie zu besonderen Anlässen begleiten» usw.²⁹

Eine grosse Bedeutung hat ferner Art. 36 Abs. 2 Satz 1 ArG, wonach Arbeitnehmer mit Familienpflichten nicht ohne ihr Einverständnis zu Überzeitarbeit herangezogen werden dürfen. Der Begriff der Überzeitarbeit bezieht sich auf die Regelung in Art. 12 ArG und nicht die Überstunden im Sinne von Art. 321c OR. Überzeitarbeit definiert sich als die Arbeit, welche die wöchentliche zulässige Höchstarbeitszeit (45 bzw. 50 Stunden je nach Branche) überschreitet. Während eine Arbeitgeberin bei der Anordnung von Überstunden (Differenz zwischen den vertraglich vereinbarten Stunden, z.B. 42 Stunden pro Woche, und der gesetzlichen Höchstarbeitszeit von 45 bzw. 50 Stunden pro Woche, auf die Situation des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin lediglich Rücksicht zu nehmen hat, ist für das Leisten von Überzeit die Einwilligung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin erforderlich. Dem Familienschutz verpflichtet ist die in Art. 36 Abs. 2 Satz 2 ArG enthaltene Bestimmung, wonach Arbeitnehmende mit Familienpflichten eine eineinhalbstündige Mittagspause verlangen können.³⁰ Diese soll es ihnen ermöglichen, zu Hause für die Familie rechtzeitig eine warme Mahlzeit vorzubereiten. Weder im Gesetz noch in der Verordnung finden sich Angaben oder Anhaltspunkte über den genauen Zeitpunkt der Mittagspause. Aufgrund des Zweckes der Vorschrift ist jedoch klar, dass die Pause mit den Mittagspausen der Schulkinder korrespondieren muss. Obwohl der Anspruch auf eine eineinhalbstündige Mittagspause in Art. 36 Abs. 2 Abs. 2 zusammen mit der nur mit Einwilligung zulässigen Überzeitarbeit genannt wird, ist davon auszugehen, dass der Anspruch auf die eineinhalbstündige Mittagspause unabhängig von der Anordnung von Überzeit besteht.³¹

Für Beschäftigte mit Familienpflichten, die regelmässig Nachtarbeit leisten, ist die Arbeitgeberin überdies nach Art. 17e ArG in Verbindung mit Art. 46 lit. d der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) verpflichtet, bei der Erstellung von Ein-

29 Wegleitung zum Arbeitsgesetz, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zum-arg.html#-1926000360> (12.9.2016), Art. 36 ArG.

30 Siehe Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl 1960 II 993 (In der damaligen Fassung stand der Anspruch auf die eineinhalbstündige Mittagspause nur den weiblichen Arbeitnehmern mit Familienpflichten zu).

31 So im Ergebnis auch RÜETSCHI, Die Rechte des Arbeitnehmers bei der Betreuung kranker Kinder und anderer Angehöriger, FS Schwenzer, Bern 2011, 1449, 1453.

satzplänen auf die besonderen Bedürfnisse der Arbeitnehmenden mit Familienpflichten Rücksicht zu nehmen bzw. wo dies nicht möglich ist, die Arbeitnehmenden bei der Organisation ihres Familienlebens zu unterstützen. Die Wegleitung des SECO erwähnt hier bspw. eine finanzielle Unterstützung für die Fremdbetreuung der Kinder.³² Weiter relevant ist die Regelung zum Pikettdienst in Art. 14 Abs. 4 der ArGV 1. Betrieblich notwendige, kurzfristige Änderungen in der Pikettplanung und -einteilung und die sich daraus ergebenden Einsätze für Arbeitnehmende mit Familienpflichten können nur mit deren Einverständnis vorgenommen werden.

b) «Übliche freie Stunden» als Einfallstor für einen Minivaterschaftsurlaub

Nach Art. 329 Abs. 3 OR hat die Arbeitgeberin den Arbeitnehmenden «die üblichen freien Stunden und Tage (...) zu gewähren». Diese sehr offen formulierte Bestimmung zielt darauf ab, den Arbeitnehmenden zur Erledigung dringender persönlicher Angelegenheiten und für wichtige familiäre Angelegenheiten Freizeit während der Arbeitszeit zu gewähren. Zu den wichtigen Familienanlässen, die in der Praxis anerkannt werden, gehören die Geburt eines Kindes und ein Todesfall im engeren Familienumfeld.³³ Somit zeigt sich, dass sich ein Vaterschaftsurlaub auf Art. 329 OR abstützen lässt, fraglich ist nur, für welche Dauer. Nach Wortlaut des Gesetzes kommen zum vorneherein nur «Stunden oder Tage» in Frage. Anspruch auf besondere Freizeit und damit auch Vaterschaftsurlaub besteht zudem im Rahmen des Üblichen. Damit verweist Art. 329 Abs. 3 auf die «Übung». In vielen Betrieben finden sich entsprechende Regelungen in Personalreglementen, wobei die Dauer je nach Branche und Betrieb variiert. Häufig werden zwei bis drei Tage gewährt, mancherorts auch mehr.³⁴ Auch in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) sind Ansprüche auf Vaterschaftsurlaub verankert, wobei hier einzelne GAV vergleichsweise grosszügige Regelungen beinhalten.³⁵ Insgesamt lässt sich schweizweit ein Mindestvaterschaftsurlaub von zwei Tagen als «üblich» im Sinne von Art. 329 Abs. 3 OR bezeichnen.³⁶ Nicht restlos klar ist, ob der Anspruch auf ausserordentliche Freizeit auch deren Bezahlung durch die Arbeitgeberin beinhaltet. Der Gesetzgeber hat diese Frage bewusst offengelassen.³⁷ Nach der Rechtsprechung ist eine Lohnzahlung für die besondere Freizeit geschuldet, wenn dies vereinbart wurde oder sich aus der Übung ergibt.³⁸ Bei Beschäftigten

32 SECO, Wegleitung, Rz. 52.

33 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Praxiskommentar zu Art. 319 bis 362 OR, Zürich/Basel/Genf, Art. 329 OR, N 6.

34 Bericht Bundesrat (Fn. 8), S. 12 ff.

35 Siehe hinten, Regelungen zu Mutterschafts-, Vaterschafts- und Elternurlaub in den Kantonen, beim Bund und in ausgewählten GAV.

36 CARDINAUX Leistungen bei Vaterschaft: eine Aufgabe des Staates?, FS Hänni, Bern 2015, 451, 460.

37 Botschaft des Bundesrates zum Arbeitsvertrag vom 25. August 1967, BBl 1967 II, 348 f.

38 BGer, 3.1.2006, 4C.298/2005, E. 5.2.2.

im Wochen- oder Monatslohn nimmt die Praxis eine feste Übung an, so dass der Vaterschaftsurlaub durch die Arbeitgeberin zu bezahlen ist. Bei im Stundenlohn beschäftigten Arbeitnehmern gilt dies jedoch nur, wenn eine entsprechende Vereinbarung vorliegt.³⁹ Zumindest die Präsenz des Vaters bei der Geburt fällt zudem unter die in Art. 324a aufgeführten Gründe der Verhinderung an der Arbeit, die «in der Person des Arbeitnehmers liegen» (siehe dazu sogleich).

c) Betreuung kranker Kinder

Abzugrenzen sind die Tatbestände «besonderer Freizeit» nach Art. 329 Abs. 3 OR von der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR. Diese Bestimmung gewährt den Arbeitnehmenden für eine beschränkte Zeit eine Lohnfortzahlung, und zwar bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung aus Gründen, die in der Person liegen wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes. Ratio legis der Bestimmung ist, den Arbeitnehmenden bei Unzumutbarkeit der Erfüllung der Arbeitspflicht eine gewisse Zeit den Lohnanspruch weiter zu gewähren, um so Notlagen zu verhindern. In der Lehre werden, unter Verweis auf einschlägige Rechtsprechung, die Situation der Mutter, die ihr krankes Kind pflegen muss, oder des Mannes, der sich um seine kranke Gattin kümmert, als Gründe anerkannt, bei deren Vorliegen eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin besteht.⁴⁰ Es versteht sich von selbst, dass ein solcher Anspruch – der sich auf den in Art. 324a OR erwähnten Tatbestand «Erfüllung gesetzlicher Pflichten» (Erziehungs- und Betreuungspflichten gegenüber Kindern⁴¹ sowie die eheliche Beistandspflicht⁴²) abstützt – gleichermassen Müttern wie Vätern bzw. Frauen wie Männern zukommt. Dies stellt auch Art. 36 Abs.3 ArG klar, indem er festhält, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern mit Familienpflichten gegen Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses die zur Betreuung kranker Kinder erforderliche Zeit im Umfang bis zu drei Tagen freizugeben hat. Weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich. Diese ArG-Bestimmung regelt aber nur den Anspruch auf freie Zeit, nicht aber die Frage der Entlohnung. Ob ein Lohnanspruch besteht, beantwortet sich nach Art. 324a OR, das heisst, insbesondere besteht ein Anspruch nur dann, wenn für das fragliche Dienstjahr noch ein «Lohnfortzahlungskredit» besteht. Es stellt sich hier die Frage, ob in Fällen, in denen die Lohnfortzahlungspflicht bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit durch eine Krankentaggeldversicherung ersetzt wurde, überhaupt noch ein Lohnfortzahlungsanspruch aus anderen Gründen besteht. Diese Frage ist in der

39 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF (Fn. 33), Art. 329 OR, N 13.

40 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF (Fn. 33), Art. 324a OR, N 20, mit Verweis auf (kantonale) Rechtsprechung.

41 «Die Eltern schulden ihren Kindern bei Krankheit indessen Beistand», Art. 272 ZGB.

42 «Ehegatten schulden einander Treue und Beistand», Art. 159 Abs. 3 ZGB.

Lehre umstritten.⁴³ Aus dem Schutzzweckgedanken von Art. 324a OR lässt sich indes ableiten, dass die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus anderen Gründen weiterhin geschuldet ist.⁴⁴

Die Bestimmung in Art. 36 ArG ist nicht als Höchstgrenze zu verstehen. Wenn besondere Umstände vorliegen, namentlich wenn die Schwere der Erkrankung eine enge elterliche Betreuung notwendig macht, besteht ein Lohnfortzahlungsanspruch gestützt auf Art. 324a OR auch länger (bis maximal dem noch bestehenden Lohnfortzahlungskredit).⁴⁵ In der Regel wird es indes möglich sein bzw. wird den Eltern zugemutet, in den nach ArG zustehenden drei Tagen eine alternative Betreuung zu organisieren. Eine länger dauernde Arbeitsverhinderung ist diesfalls nicht mehr unverschuldet, so dass der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR entfällt.⁴⁶

d) Kündigungsschutz während der Zeit der Betreuung kranker Kinder

Bereits erwähnt wurde, dass eine Kündigung, die wegen der Elternschaft einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers ausgesprochen wird, missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist. Missbräuchlich ist eine Kündigung auch dann, wenn die Arbeitgeberin einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin kündigt, weil sie (oder er) von ihrem Recht auf Betreuung des kranken Kindes Gebrauch gemacht hat. Eine solche Kündigung wäre (auch) vom Missbrauchstatbestand in Art. 336 Abs. 1 lit. d OR erfasst (Schutz vor Rache Kündigung nach zulässiger Geltendmachung eines Anspruchs). Eine missbräuchliche Kündigung ist aber bekanntlich eine gültige Kündigung. Die Arbeitgeberin schuldet allenfalls eine Entschädigung für ihr Fehlverhalten (Art. 336a und b OR, maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen).

Es fragt sich, ob eine Kündigung während der Zeit, in der die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ihr (bzw. sein) krankes Kind betreut, nichtig ist im Sinne von Art. 336c OR. In Frage kommt der Nichtigkeitstatbestand nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Während einer bestimmten Zeit vor Kündigung geschützt ist, wer als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer «ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist». Ob «durch Krankheit» nur die eigene Krankheit oder auch die Krankheit eines betreuungsbedürftigen Kindes gemeint ist, muss durch Auslegung entschieden werden. Die grammatikalische Auslegung lässt wohl beide Schlussfolgerungen zu. Der historische Gesetzgeber hat

43 Zu den unterschiedlichen Positionen siehe PÄRLI/HUG, Freiwillige Taggeldversicherung, in: STEIGER-SACKMANN/MOSIMANN (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Basel 2014, 531, 538.

44 Siehe auch HENSCH, Arbeitnehmende mit Familienpflichten, AJP 2016 (im Erscheinen).

45 Siehe z. B. OGer BE, JAR 2005, 352, in casu erhielt eine Mutter drei Monate Lohnfortzahlung für die Betreuung ihres gerade mal fünf Monate alten, schwerkranken Kindes zugesprochen, da eine Fremdbetreuung nicht angemessen war.

46 So auch RÜETSCHI, FS Schwenger, 1449, 1454.

zu dieser Frage nicht explizit Stellung genommen. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes EuGH Coleman. Der EuGH kam zum Schluss, dass der Begriff «Behinderung» in der Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG auch Personen schütze, die zwar selber nicht behindert sind, aber in enger Beziehung zu einer behinderten Person stehen (in casu: Eine Mutter zu ihrem behinderten Kind).⁴⁷ Entscheidend ist indes, dass bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit in Bezug auf die Dauer und den Grad der Arbeitsunfähigkeit sehr unwahrscheinlich ist.⁴⁸ Eine Kündigung soll deshalb (während einer beschränkten Zeit, siehe Art. 336c Abs. 2 und 3 OR) nicht möglich sein. Insbesondere dann, wenn die Betreuung eines kranken Kindes länger dauert und eine alternative Betreuungslösung nicht zumutbar ist, muss nach der hier vertretenen Position der Kündigungsschutz nach Art. 336c OR anwendbar sein.⁴⁹

4. Anspruch auf Anpassung des Arbeitsvertrages und/oder der Arbeitszeit?

Lässt sich aus Art. 328 OR auch ein Recht von Arbeitnehmenden ableiten, nach einer Geburt eines Kindes oder bei Änderungen in der innerfamiliären Organisation den Beschäftigungsgrad zu reduzieren (oder ggf. zu erhöhen) oder allenfalls die Arbeitszeit anzupassen? Nach geltender Rechtslage ist dies im Prinzip zu verneinen, sieht man vom Anspruch der Mutter ab, während der Dauer der Mutterschaftsentschädigung nach EOG, also während 14 Wochen, mit der Arbeit auszusetzen (Art. 329f OR). Nach Ende des Mutterschaftsurlaubes laufen die beidseitigen vertraglichen Verpflichtungen ohne anderslautende Einigung der Parteien normal weiter.

Der Beschäftigungsgrad bildet Grundlage einer vertraglichen Einigung, was bedeutet, dass eine Änderung wiederum eines Konsenses zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin bedarf.⁵⁰ Ist eine Arbeitgeberin somit mit einer Änderung des Beschäftigungsgrades oder einer Anpassung der ggf. vertraglich vereinbarten Arbeitszeiten nicht einverstanden, so bleibt der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer in der konkreten Situation nur die Kündigung oder die Erfüllung der vertraglichen Pflichten. Eine Weigerung, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, könnte ihrerseits der Arbeitgeberin den berechtigten Anlass zu einer Kündigung

47 EuGH vom 17.7.2008, Rs C-303/06, Coleman.

48 BGE 128 I 212, E. 1c mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrates vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II 551.

49 Für die Geltung der Sperrfrist in solchen Konstellationen z. B. VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Auflage, Basel, 2014, § 24, Rz. 128 und auch HENSCH (AJP 2016, im Erscheinen), allerdings mit dem Hinweis, dass bei lediglich kurzen Abwesenheiten die Sperrfrist nicht gelten soll. Dagegen sind u. a. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 33), Art. 336c OR, N 8.

50 So auch CARDINAUX, FS Hänni, 451, 461.

geben. Im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts zur missbräuchlichen Kündigung ist es jedoch nicht ausgeschlossen unmöglich, dass eine diesbezügliche Arbeitgeberkündigung als missbräuchlich qualifiziert werden würde.⁵¹ Überträgt man jüngere Entscheide zur erhöhten Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden im Zusammenhang mit Kündigungen⁵² auf die vorliegende Konstellation, so gelangt man zu folgendem Schluss: Gestützt auf ihre Fürsorgepflicht bzw. die Pflicht zum Schutz der Arbeitnehmerpersönlichkeit ist die Arbeitgeberin gehalten, vor einer Kündigung wegen Nichteinhalten des Vertrages wegen konkurrierender familiärer Verpflichtungen zu prüfen, ob eine Anpassung des Beschäftigungsgrades betrieblich machbar und zumutbar ist. Unterlässt die Arbeitgeberin dies, handelt sie missbräuchlich. Ein solches Ergebnis wird auch durch die jüngeren Entwicklungen der Rechtsprechung des EGMR zur Bedeutung von Art. 8 EMRK (Schutz des Familien- und Privatlebens) für das Arbeitsverhältnis gestützt.

IV. Regelungen zu Mutterschafts-, Vaterschafts- und Elternurlaub in den Kantonen, beim Bund und in ausgewählten GAV

1. Der Vergleichsmassstab: der Minimalstandard in privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass Arbeitnehmerinnen in privatrechtlichen Verhältnissen einen Anspruch auf einen 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub haben (Art. 16 EOG und Art. 329f OR), während Arbeitnehmer gestützt auf Art. 329 Abs. 3 gemäss der schweizweiten Übung einen Anspruch auf mindestens zwei Tage Vaterschaftsurlaub geniessen, der zumindest bei im Monatslohn beschäftigten Arbeitnehmern auch bezahlt ist.

2. Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsfragen

Für die Untersuchung wurden sämtliche kantonalen Personalgesetze sowie das Bundespersonalgesetz berücksichtigt. Die genannten Erlasse wurden auf folgende Fragen untersucht:

- Wie lange dauert der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung?
- Ist ein Vaterschaftsurlaub vorgesehen und falls ja, für welche Zeitdauer?
- Finden sich Bestimmungen über Urlaubsanspruch im Falle einer Adoption eines Kindes?

51 Zu den erhöhten Anforderungen an die Fürsorgepflicht vor Kündigungen siehe PÄRLI, Mythos Kündigungsfreiheit, AJP 2010, 715 ff.

52 Siehe zuletzt BGer, 12. 11. 2014, 4A_384/2014.

- Sind in den personalrechtlichen Bestimmungen der Kantone und des Bundes allenfalls Ansprüche aus Reduktion des Beschäftigungsgrades und/oder unbezahlten Urlaub für Väter und/oder Mütter vorgesehen?
- Sind in den genannten Erlassen Regelungen zum Anspruch auf Zeit für die Betreuung kranker Kinder vorgesehen (und wie sehen diese aus)?

Ergänzend wurden die gleichen Fragen in den folgenden Gesamtarbeitsverträgen untersucht:

Post⁵³, SBB⁵⁴ und Swisscom⁵⁵, Gastgewerbe GAV⁵⁶, Metzgerei GAV⁵⁷, Schreinerei GAV⁵⁸, Sicherheitsdienstleistungen GAV⁵⁹, der Coiffeurgewerbe GAV⁶⁰, der Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbe GAV⁶¹, GAV von Coop⁶² und Migros⁶³ und GAV der Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen⁶⁴.

3. Ergebnisse

a) Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub

Die nachfolgenden beiden Tabellen geben einen Überblick über die Ansprüche auf Mutterschafts- bzw. Vaterschaftsurlaub in den 26 Kantonen und beim Bund.

53 Gesamtarbeitsvertrag der Post CH AG, https://www.transfair.ch/getdoc/18dc6001-bc45-4905-97ed-c2762f422257/GAV_Post_CH-AG_DE.pdf (23. 6. 2016).

54 Gesamtarbeitsvertrags 2015 der SBB, https://www.sbb.ch/content/sbb/en/desktop/sbb-konzern/jobs-karriere/arbeitswelt-sbb/_jcr_content/contentPar/akkordeon/akkordeonItems/gesamtarbeitsvertrag/akkordeonPar/downloadlist/downloadList/file1.spooler.download.pdf. (23. 6. 2016).

55 Gesamtarbeitsvertrags der Swisscom AG, https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/de/about/jobs/unsere-welt/anstellung/documents/GAV2013_Swisscom_de.pdf.res/GAV2013_Swisscom_de.pdf (23. 6. 2016).

56 Landes-GAV des Gastgewerbes Quelle <http://l-gav.ch/index.php?id=196&L=0> (23. 6. 2016).

57 Gesamtarbeitsvertrag 2015 des schweizerischen Metzgereigewerbes, <http://www.carnasuisse.ch/de/gav/index.php> (23. 6. 2016).

58 Gesamtarbeitsvertrag für das Schreinereigewerbe 2012–2015, <http://www.zpk-schreiner-gewerbe.ch/> (23. 6. 2016).

59 Gesamtarbeitsvertrag für den Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen, Ausgabe 2016, <http://www.pako-sicherheit.ch/?n0=13> (23. 6. 2016).

60 Gesamtarbeitsvertrag für das schweizerische Coiffeurgewerbe 2013, <http://coiffuresuisse.ch/de/verband/downloads/> (23. 6. 2016).

61 Gesamtarbeitsvertrag des schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes, 2014–2018, <http://www.vsei.ch/gesamtarbeitsvertrag/> (23. 6. 2016).

62 Gesamtarbeitsvertrag der Coop Genossenschaft, 2014, <http://www.coop.ch/pb/site/jobs/node/62639345/Lde/> (23. 6. 2016).

63 Landes-Gesamtarbeitsvertrag für die Migros Gruppe 2015–2018, <https://www.migros.ch/de/stellen/arbeitgeberin-migros/gesamtarbeitsvertrag/migros-landes-gesamtarbeitsvertrag.html> (23. 6. 2016).

64 Gesamtarbeitsvertrag für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen, 2012, <http://www.gav-service.ch/Contract.aspx?stellaNumber=535002&versionName=2> (23. 6. 2016).

Tabelle 1: Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub (Kantone), N 26

Kanton	Mutterschaftsurlaub	Vaterschaftsurlaub
Aargau ⁶⁵	16 Wochen	3 Tage
Appenzell AR ⁶⁶	16 Wochen	2 Tage
Appenzell AI ⁶⁷	Nach EOG	2 Tage wenn Ehepartner oder eingetragene Partnerin
Basellandschaft ⁶⁸	16 Wochen	5 Tage
Baselstadt ⁶⁹	16 Wochen	10 Tage
Bern ⁷⁰	16 Wochen	10 Tage
Freiburg ⁷¹	16 Wochen	5 Tage
Genf ⁷²	20 Wochen	10 Tage
Glarus ⁷³	14 Wochen	2 Tage
Graubünden ⁷⁴	Gemäss EOG zu 90%	3 Tage

65 Art. 19 Aargauer Dekret über die Löhne des kantonalen Personals vom 30. November 1999, SAR 165.130; Art. 33 Abs. 1 lit. c Aargauer Personal- und Lohnverordnung vom 25. September 2000, SAR 165.111.

66 Art. 42 Abs. 2 Appenzell Ausserrhodener Personalgesetz vom 24. Oktober 2005, bGS 142.21; Art. 18 Abs. 3 lit. c Appenzell Ausserrhodener Personalverordnung vom 20. November 2007, bGS 142.212.

67 Art. 31 Abs. 1 Appenzell Innerrhodener Personalverordnung vom 30. November 1998, 172.310; Art. 14 Abs. 1 lit. c Appenzell Innerrhodener Personalverordnung vom 30. November 1998, 172.310.

68 § 5 Abs. 1 und 2 Basel-Landschaftliche Verordnung über den Elternurlaub vom 11. Januar 2011, SGS 153.13; § 9 Basel-Landschaftliche Verordnung über den Elternurlaub vom 11. Januar 2011, SGS 153.13.

69 § 2 Basel-Städtische Verordnung über den Schwangerschafts- und Mutterschaftsurlaub vom 13. Oktober 1987, SGS 162.420; § 18 Abs. 1 Ziff. 3 Verordnung betreffend Ferien und Urlaub der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt vom 6. Juli 2004, SGS 162.410.

70 Art. 60 Abs. 1 Berner Personalverordnung vom 18. Mai 2005, BSG 153.011.1; Art. 60a Abs. 1 Berner Personalverordnung vom 18. Mai 2005, BSG 153.011.1.

71 Art. 113 Abs. 1 und 2 Freiburger Gesetz über das Staatspersonal vom 17. Oktober 2001, SGF 122.70.1; Art. 86a Freiburger Reglement über das Staatspersonal vom 17. Dezember 2002, SGF 122.70.11.

72 Art. 34 Abs. 2 Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux de 24 février 1999 du canton de Genève, RSG B 5 05.01; Art. 33 Abs. 1 lit. c Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux de 24 février 1999 du canton de Genève, RSG B 5 05.01.

73 Art. 24 Glarner Personalverordnung vom 12. Dezember 2006, GS II A/6/2; Art. 30 Abs. 1 lit. b Glarner Personalverordnung vom 12. Dezember 2006, GS II A/6/2.

74 Art. 38 Abs. 1 Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden vom 14. Juni 2006, BR 170.400; Art. 56 Abs. 1 lit. c Graubündner Personalverordnung vom 12. Dezember 2006, BR 170.410.

Kanton	Mutterschaftsurlaub	Vaterschaftsurlaub
Jura ⁷⁵	16 Wochen 20 Wochen bei Mehrlingsgeburten	10 Tage 3 Wochen bei Mehrlingsgeburten
Luzern ⁷⁶	16 Wochen	5 Tage
Neuenburg ⁷⁷	122 Tage (4 Monate) 24 Tage davon können vom Vater bezogen werden	5 Tage
Nidwalden ⁷⁸	16 Wochen	5 Tage
Obwalden ⁷⁹	16 Wochen	1 Tag
Schaffhausen ⁸⁰	4 Monate	5 Tage
Schwyz ⁸¹	16 Wochen	3 Tage
Solothurn ⁸²	16 Wochen	2 Tage
St. Gallen ⁸³	16 Wochen	5 Tage
Tessin ⁸⁴	16 Wochen	5 Tage

75 Art. 103 Abs. 1 f. Ordonnance sur le personnel de l'Etat du 29 novembre 2011 du canton de Jura, RSJU 173.111; Art. 105 Abs. 1 und 2 Ordonnance sur le personnel de l'Etat du 29 novembre 2011 du canton de Jura, RSJU 173.111.

76 § 44 Abs. 1 Luzerner Verordnung zum Personalgesetz vom 24. September 2002, SRL Nr. 52; § 45 Abs. 1 Luzerner Verordnung zum Personalgesetz vom 24. September 2002, SRL Nr. 52.

77 Art. 74 Loi sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 du canton de Neuchâtel, RSN 152.510; Art. 52 Abs. 1 und 2 Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique dans l'enseignement du 21 décembre 2005 du canton de Neuchâtel, RSN 152.513; Art. 50 Abs. 1 lit. d Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique dans l'enseignement du 21 décembre 2005 du canton de Neuchâtel, RSN 152.513.

78 § 15 Abs. 1 Nidwaldner Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 1. Dezember 1998, NG 165.111; § 12 Abs. 1 Ziff. 3 Nidwaldner Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 1. Dezember 1998, NG 165.111.

79 Art. 34 Abs. 1 Obwaldner Personalverordnung vom 29. Januar 1998, GDB 141.11; Art. 19 Abs. 2 lit. a Obwaldner Personalverordnung vom 29. Januar 1998, GDB 141.11.

80 § 44 Abs. 1 Schaffhauser Verordnung über die Arbeitsverhältnisse des Staatspersonals vom 14. Dezember 2004, SHR 180.111; § 40 Abs. 1 lit. e Schaffhauser Verordnung über die Arbeitsverhältnisse des Staatspersonals vom 14. Dezember 2004, SHR 180.111.

81 § 37 Schwyzer Personal- und Besoldungsverordnung vom 4. Dezember 2007, SRSZ 145.111; § 32 Abs. 1 lit. c Schwyzer Personal- und Besoldungsverordnung vom 4. Dezember 2007, SRSZ 145.111.

82 § 190 Abs. 1 und 2 Solothurner Gesamtarbeitsvertrag vom 25. Oktober 2004, BGS 126.3; § 114 Abs. 3 Solothurner Gesamtarbeitsvertrag vom 25. Oktober 2004, BGS 126.3.

83 Art. 50 Abs. 1 St. Galler Personalgesetz vom 25. Januar 2011, sGS 143.1; Art. 66 Abs. 1 lit. c St. Galler Personalverordnung vom 13. Dezember 2011, sGS 143.11.

84 Art. 47 Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti del 15 marzo 1995 del cantone Ticino, 2.5.4.1; Art. 46 Abs. 1 lit. l Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti del 15 marzo 1995 del cantone Ticino, 2.5.4.1.

Kanton	Mutterschaftsurlaub	Vaterschaftsurlaub
Thurgau ⁸⁵	16 Wochen	2 Tage
Uri ⁸⁶	14 Wochen zu 80% (höchstens 172 Fr. pro Tag)	5 Tage
Waadt ⁸⁷	4 Monate + 1 Monat Stillurlaub	5 Tage
Wallis ⁸⁸	16 Wochen	10 Tage
Zug ⁸⁹	16 Wochen	5 Tage
Zürich ⁹⁰	16 Wochen	5 Tage

Quelle: Eigene Recherche, Stand 23. 6. 2016

Tabelle 2: Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub (Bund), N 1

	Mutterschaftsurlaub	Vaterschaftsurlaub
Bund ⁹¹	4 Monate	10 Tage

Quelle: Eigene Recherche, Stand 23. 6. 2016

Die Resultate zeigen, dass es in den Kantonen und beim Bund hinsichtlich der Dauer des Mutterschaftsurlaubes keine grossen Unterschiede gibt. Zwar kennen gewisse Kantone Abstufungen je nach Dienstjahr, spätestens ab dem dritten Dienstjahr gewähren jedoch immerhin 18 Kantone einen Mutterschaftsurlaub von 16 Wochen. Ausreisser nach unten gibt es nur wenige. Am schlechtesten schneidet der

85 § 22 Abs. 1 Thurgauer Verordnung des Grossen Rates über die Besoldung des Staatspersonals vom 18. November 1998, RB 177.22; § 50 Abs. 1 Ziff. 3 Thurgauer Verordnung des Regierungsrates über die Rechtstellung des Staatspersonals vom 9. Dezember 2003, RB 177.112.

86 Art. 59 Urner Personalverordnung vom 15. Dezember 1999, RB 2.4211; Art. 24 Abs. 1 lit. b Urner Personalreglement vom 24. Oktober 2000, RB 2.4213.

87 Art. 35 Abs. 1 lit. a-c Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001, RSV 172.31.

88 Art. 14 Abs. 1–3 Gesetz über die Besoldung der Angestellten des Staates Wallis vom 17. November 1982, SGS 172.4; Art. 25 Verordnung über die Besoldung der Angestellten des Staates Wallis vom 10. Juli 1997, SGS 172.410; Art. 25^{septies} Verordnung über die Besoldung der Angestellten des Staates Wallis vom 10. Juli 1997, SGS 172.410.

89 § 60 Abs. 1 Zuger Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994, BGS 154.21; § 24 Abs. 1 lit. g Zuger Verordnung über die Arbeitszeit vom 4. Oktober 2011; BGS 154.214.

90 § 96 Abs. 1 Zürcher Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999, LS 177.111; § 85 Abs. 3 lit. c Zürcher Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999, LS 177.111.

91 Art. 60 Abs. 1 Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, SR 172.220.110.3; Art. 9 Abs. 1–3 Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz vom 20. Dezember 2000, SR 172.220.11; Art. 40 Abs. 3 lit. b Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung vom 6. Dezember 2001, SR 172.220.111.31.

Kanton Uri ab. Nicht nur gewährt er seinen Angestellten lediglich einen Mutterschaftsurlaub analog dem EOG, zusätzlich setzt er sogar noch einen tieferen Höchstbetrag von nur 172 Franken fest. Obwohl der Kanton Uri seine Personalverordnung zuletzt im Jahr 2014 geändert hat, hat er es versäumt, den Höchstbetrag demjenigen des EOG anzupassen.⁹² Trotzdem würde im Zweifelsfall aufgrund von Art. 16h EOG, welcher den Kantonen nur eine Besserstellung der Arbeitnehmer erlaubt, ein Maximalbetrag von 196 Fr. gelten. Daneben gewähren Appenzell Innerrhoden und Graubünden ebenfalls nur einen Urlaub analog dem EOG, Graubünden zahlt dafür 90% des Lohnes aus. Glarus gewährt ebenfalls nur 14 Wochen, allerdings zum vollen Lohn.

Auffallend sind die Ausreisser nach oben, denn sie stammen allesamt aus der Westschweiz. Auch bezüglich des Mutterschaftsurlaubs zieht sich also ein kleiner Röstigraben durch unser Land. Genf gewährt ganze 20 Wochen Mutterschaftsurlaub, der Kanton Waadt vier Monate Mutterschaftsurlaub, plus allenfalls einen Monat bezahlte Stillzeit. Auffallend ist die Regelung des Kantons Jura, dieser gewährt bei Mehrlingsgeburten 20 Wochen Urlaub, ansonsten 16 Wochen wie die meisten anderen Kantone. Ein überaus interessantes Modell ist dasjenige des Kantons Neuenburg. Grundsätzlich stehen der Mutter 122 Tage Urlaub zu. 24 Tage davon kann die Mutter bereits vor der Geburt beziehen. Ist der Vater ebenfalls beim Kanton angestellt und wird es von diesem erlaubt, so kann die Mutter diese 24 Tage aber auch mit ihm teilen, bis zu 24 Tage können also vom Vater anstatt von der Mutter bezogen werden. Die restlichen 98 Tage müssen von der Mutter wie vom EOG vorgesehen nach der Geburt bezogen werden.

Umso interessanter wird die Lösung des Kantons Neuenburg, wenn man sich ansieht, wie viele Tage den Vätern als Vaterschaftsurlaub zustehen. Ein paar wenige grosszügige Kantone und der Bund gewähren ihren Angestellten zehn Tage und zwölf Kantone geben immerhin noch fünf Tage frei. Ganz am anderen Ende steht der Kanton Obwalden, welcher seinen frisch gebackenen Vätern lediglich einen Tag frei gibt. Acht Kantone geben ebenfalls nur relativ bescheidene zwei bis drei Tage Urlaub und so erscheint die Lösung des Kantons Neuenburg schon fast luxuriös, selbst wenn die Mutter nur einen Teil ihrer 24 Tage mit dem Vater teilt.

Die ehemaligen Bundesbetriebe, also Post, SBB und Swisscom, stechen sofort heraus, wenn man sich die untersuchten Gesamtarbeitsverträge ansieht. Alle geben sie einen grosszügigen Mutterschaftsurlaub von 17 bis 18 Wochen und zudem zehn Tage Vaterschaftsurlaub.⁹³ Sie bewegen sich damit auf einem ähnlichen Niveau wie der Bund selbst. Die restlichen untersuchten GAV bieten meist nur den Mini-

92 Urner Personalverordnung vom 15. Dezember 1999, RB 2.4211.

93 Art. 2.17.1 Abs. 1 Gesamtarbeitsvertrag der Post CH AG; Art. 2.17.2 Gesamtarbeitsvertrag der Post CH AG; Art. 8 Abs. 1 und 3 Anhang 6 des Gesamtarbeitsvertrags 2015 der SBB; Art. 5 lit. b Anhang 6 des Gesamtarbeitsvertrags 2015 der SBB; Art. 2.5.4 und Art. 2.5.5 des Gesamtarbeitsvertrags der Swisscom AG.

malstandard an Mutterschaftsurlaub und auch für die Väter liegt bei den meisten nicht mehr drin als drei Tage Urlaub. Dass es auch anders geht, beweist die Migros, genossenschaftlich organisiert und als soziales Unternehmen bekannt, gibt sie ihren Vätern grosszügige drei Wochen Vaterschaftsurlaub und damit mehr als alle Kantone oder der Bund den Vätern zugesteht.⁹⁴ Auch die Mütter bekommen 18 Wochen Mutterschaftsurlaub, und dies zum vollen Lohn.⁹⁵

Die Basler Pharmaunternehmen sind vor allem beim Mutterschaftsurlaub grosszügig, wie bei der Migros bekommen die Mütter auch hier 18 Wochen Urlaub zum vollen Lohn, Väter bekommen immerhin sechs Tage frei.⁹⁶

b) Anspruch auf unbezahlten Urlaub und/oder Anpassung des Beschäftigungsverhältnisses

Die Regelungen des unbezahlten Urlaubs für Eltern sind von Kanton zu Kanton sehr unterschiedlich. Elf Kantone kennen gar keine explizite Regelung, es gelten die allgemeinen Regeln über den unbezahlten Urlaub. vier Kantone gewähren ausschliesslich den Müttern einen Anspruch auf unbezahlten Urlaub,⁹⁷ fünf Kantone unterscheiden bei der Länge des Urlaubs zwischen Mutter und Vater⁹⁸. Immerhin sechs Kantone sehen eine unbezahlte Elternzeit vor, das heisst, Mutter und Vater haben in gleichem Masse Anspruch auf einen unbezahlten Urlaub im Anschluss an die Geburt ihres Kindes.

Ein innovatives Modell findet sich im Kanton Waadt. Die Mutter kann direkt nach dem Mutterschaftsurlaub unbezahlten Urlaub nehmen, im Minimum zwei Monate. Vater und Mutter können des Weiteren einmal pro Kind unter zwölf Jahren einen unbezahlten Urlaub von minimal sechs bis maximal zwölf Monaten nehmen. Da-

94 Art. 48 Ziff. 6 Landes-Gesamtarbeitsvertrag für die Migros Gruppe 2015–2018.

95 Art. 48 Ziff. 1 und 2 Landes-Gesamtarbeitsvertrag für die Migros Gruppe 2015–2018.

96 Art. 15 Ziff. 1 Gesamtarbeitsvertrag für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen, 2012. Art. 15 Ziff. 2 Gesamtarbeitsvertrag für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen, 2012.

97 Art. 19 Abs. 2 Appenzell Ausserrhodener Personalverordnung vom 20. November 2007, bGS 142.212; Art. 31 Abs. 2 Appenzell Innerrhodener Personalverordnung vom 30. November 1998, 172.310; Art. 43 Abs. 5 Graubündner Personalverordnung vom 12. Dezember 2006, BR 170.410; § 40 Verordnung des Regierungsrates zur Besoldungsverordnung vom 21. September 1999, RB 177.223.

98 § 9 Basel-Landschaftliche Verordnung über den Elternurlaub vom 11. Januar 2011, SGS 153.13; § 12 Basel-Landschaftliche Verordnung über den Elternurlaub vom 11. Januar 2011, SGS 153.13; § 44 Abs. 8 Luzerner Verordnung zum Personalgesetz vom 24. September 2002, SRL Nr. 52; § 45 Abs. 2 Luzerner Verordnung zum Personalgesetz vom 24. September 2002, SRL Nr. 52; Art. 35 Abs. 1 lit. f Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001, RSV 172.31; § 96 Abs. 4 und 5 Zürcher Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999, LS 177.111; Art. 34A und Art. 34B Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux de 24 février 1999 du canton de Genève, RSG B 5 05.01.

mit gewährt der Kanton Waadt seinen Angestellten insgesamt die längste unbezahlte Elternzeit aller Kantone.⁹⁹

Bei den GAV sticht die Lösung der SBB heraus. Sie geben ihren Angestellten die Möglichkeit, in den ersten sechs Lebensjahren ihres Kindes einmalig einen unbezahlten Erziehungsurlaub von bis zu drei Monaten zu nehmen.¹⁰⁰ Die meisten der anderen untersuchten GAV sehen keine Regelung für einen unbezahlten Mutterschafts- oder Vaterschaftsurlaub vor.

c) Adoption

In insgesamt neun Kantonen ist kein Anspruch auf einen Adoptionsurlaub verankert, während acht Kantone ihren Angestellten einen Adoptionsurlaub zwischen acht und 16 Wochen gewähren. Dazwischen befinden sich die restlichen sechs Kantone mit einem bescheideneren Urlaub von zwischen zwei bis zehn Tagen. Auffallend ist, dass die langen Urlaube allesamt bei der Aufnahme des Kindes zur späteren Adoption gewährt werden, ausser im Kanton Tessin, dort gibt es einen Urlaub von 16 Wochen, ab dem Zeitpunkt der Adoption.¹⁰¹ Bis auf die Kantone Freiburg und Genf steht der Adoptionsurlaub gleichermaßen Vätern oder Müttern zu. Die Kantone Freiburg und Genf unterscheiden zwischen Männern und Frauen, wobei den Frauen ein jeweils markant längerer Urlaub zusteht als den Männern.¹⁰²

In den meisten GAV ist kein Adoptionsurlaub vorgesehen. Ausnahmen bilden wiederum Post, SBB und Swisscom, welche ihren Angestellten bei einer Adoption einen Urlaub von zehn Tagen Urlaub gewähren.¹⁰³ Auch im GAV der Migros ist vorgesehen, dass Angestellte bei Adoption drei Wochen Urlaub beziehen können, sofern das adoptierte Kind unter zehn Jahre alt ist.¹⁰⁴ Einen Adoptionsurlaub von immerhin fünf Tagen kennt auch der GAV von Coop.¹⁰⁵

99 Art. 35 Abs. 1 lit. f Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001, RSV 172.31; Art. 79 ff. Règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud, RSV 172.31.1.

100 Art. 10 Anhang 6 des Gesamtarbeitsvertrags 2015 der SBB.

101 Art. 48 Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti del 15 marzo 1995 del cantone Ticino, 2.5.4.1.

102 Art. 114 Freiburger Gesetz über das Staatspersonal vom 17. Oktober 2001, SGF 122.70.1; Art. 34 Abs. 5 Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux de 24 février 1999 du canton de Genève, RSG B 5 05.01; Art. 33 Abs. 1 lit. c Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux de 24 février 1999 du canton de Genève, RSG B 5 05.01.

103 Art. 2.17.3 Abs. 1 Gesamtarbeitsvertrag der Post CH AG; Art. 9 Abs. 1 und 2 im Anhang 6 des Gesamtarbeitsvertrags 2015 der SBB; Art. 2.5.6 des Gesamtarbeitsvertrags der Swisscom AG.

104 Art 48 Ziff. Art. 48 Ziff. 7 Landes-Gesamtarbeitsvertrag für die Migros Gruppe 2015–2018.

105 Art.41 Ziff. 1 lit. c Gesamtarbeitsvertrag der Coop Genossenschaft, 2014.

d) Krankheit oder Pflegebedürftigkeit des Kindes und besondere Ereignisse

Die Kantone Appenzell Innerrhoden, Nidwalden, Obwalden, Schwyz und Zug kennen keine im Personalrecht auf Gesetzesstufe verankerte Regelung zur Frage des Anspruchs aus Zeit für die Betreuung kranker Kinder. Die anderen Kantone lassen sich grob in zwei Fallgruppen einteilen. Zum einen gibt es elf Kantone mit einer fixen Anzahl Tage, die einem Angestellten zur Pflege seiner kranken Kinder zustehen. Diese Zahl bewegt sich zwischen einem und fünf Tagen. Ausnahme bildet der Kanton Genf, dort bekommt man bis zu 15 Tage pro Jahr frei, um sich um seine kranken Kinder zu kümmern.¹⁰⁶ Im Personalrecht des Kantons Glarus sind ausdrücklich Freitage zur Pflege von kranken Kindern für Alleinerziehenden vorgesehen.¹⁰⁷ Die zweite Fallgruppe bilden diejenigen zehn Kantone, welche ihren Angestellten eine feste Anzahl Tage pro Fall zugestehen, nämlich zwei bis fünf Tage. Vier Kantone koppeln ihre Anzahl Tage pro Fall zusätzlich an eine Höchstzahl pro Jahr. Die Kantone Appenzell Ausserrhoden, Graubünden, Solothurn, St. Gallen, Thurgau und Zürich kennen keine solche Begrenzung.

V. Fazit

Die Thematik «Eltern im Arbeitsverhältnis» ist ein neuer(er) Diskurs. Besonders der Zusammenhang zwischen der Rolle der Väter bei der Wahrnehmung familiärer Aufgaben und der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Ausgestaltung ist noch wenig diskutiert. Das zeigt sich namentlich in der OR-Minimallösung, die lediglich ein «Vaterschaftsurläubchen» beinhaltet. Etwas grosszügiger werden die Väter im öffentlichen Personalrecht behandelt, wobei sich beachtliche kantonale Unterschiede zeigen. In vielen Branchen und Betrieben sorgen zudem gesamtarbeitsvertragliche Lösungen für eine Besserstellung der Väter. Auf politischer Ebene zeigt(e) sich das Parlament bis heute nicht willens, die gesetzlichen Grundlagen für einen Vaterschaftsurlaub zu schaffen. Es wird sich zeigen, ob die jüngst lancierte Volksinitiative für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub (20 Tage) für entsprechenden politischen Druck sorgen wird.¹⁰⁸ Wie stark geschlechtsspezifische Muster noch immer die Rechtsordnung und den Rechtsalltag prägen, zeigen auch die vorangehenden Ausführungen zum Adoptionsurlaub, der in einigen Kantonen nicht geschlechtsneutral ausgestattet ist. Gleiches gilt für die Regelungen über den Anspruch, nach

106 Art. 33 Abs. 1 lit. n Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux de 24 février 1999 du canton de Genève, RSF B5 05.01.

107 Art. 30 Abs. 1 lit. c Glarner Personalverordnung vom 12. Dezember 2006, GS II A/6/2.

108 <http://www.vaterschaftsurlaub.ch/>, (17.9.2016).

Geburt eines Kindes bzw. nach Mutterschaftsurlaub das Pensum anzupassen oder einen unbezahlten Urlaub zu beanspruchen. Auch hier finden sich kantonale Regelungen, die dem Grundsatz der Geschlechtergleichheit nicht Rechnung tragen. Geschlechtsneutral formiert sind hingegen die (wenigen) Schutzvorschriften zur Wahrnehmung elterlicher Pflichten im ArG und im OR. Es fehlen jedoch Regelungen, die Eltern im Arbeitsverhältnis erlauben würden, nach Geburt bzw. spätestens nach Ende des Mutterschaftsurlaubes ggf. das Arbeitsverhältnis den Bedürfnissen der familiären Organisation anzupassen. Auf parlamentarischer Ebene wird vom Bundesrat ein Bericht über den Stand der Diskriminierung von Eltern im Arbeitsmarkt und adäquaten Gegenstrategien gefordert. In ihrem Postulat geht die Initiantin davon aus, dass die Vereinbarkeit von Familie und Beruf nur verbessert werden kann, wenn eine familienfreundliche Erwerbsarbeitskultur geschaffen wird.¹⁰⁹ Rechtspolitisch notwendig wäre überdies eine ernsthafte Diskussion über Zusammenhänge zwischen fehlendem Elternurlaub, mangelnden Möglichkeiten familienexterner Betreuungsmöglichkeiten und der auch im europäischen Vergleich geringer Anzahl Kinder pro Familie und den daraus resultierenden negativen Folgen für die Finanzierung der Sozialwerke.

Zusammenfassung: *Eltern im Arbeitsverhältnis ist eine neue(re) Thematik. Die arbeitsrechtliche Analyse zeigt, dass im OR und im Arbeitsgesetz zwar minimale Schutzbestimmungen vorhanden sind, die von den Arbeitgebenden eine gewisse Rücksicht auf die Situation von Arbeitnehmenden mit Familienpflichten verlangen. Eine beachtliche Wirkung zeitigt auch das Gleichstellungsgesetz, das jedoch «nur» vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schützt und wirkungslos bleibt, wo eine Diskriminierung geschlechtsneutral sowohl Frauen als Männer mit Familienpflichten betrifft. Die Untersuchung personalrechtlicher Erlasse der Kantone, des Bundes und die Analyse ausgewählter GAV zeigt, dass in einzelnen Kantonen und bei einigen GAV im Vergleich zur OR-Minimallösung familienfreundlichere Regelungen zu finden sind. Die gesamthaften Befunde der Untersuchung können nicht darüber hinwegtäuschen, dass die rechtlichen Regelungen zur gleichberechtigten Vereinbarkeit der Elternrolle und der Berufstätigkeit in der Schweiz lückenhaft sind, was sich naheliegenderweise auch auf die Geburtenrate und damit längerfristig auf die Finanzierung der Sozialwerke auswirkt.*

109 Postulat 16.3589, Regula Rytz «Bericht über die Diskriminierung von Eltern auf dem Arbeitsmarkt und ein Aktionsplan als Gegenstrategie», eingereicht am 17.6.2016, vom Bundesrat mit Stellungnahme vom 31.8.2016 zur Ablehnung empfohlen. Die Räte haben das Postulat noch nicht behandelt (Stand September 2016).

Résumé: *La thématique des parents qui travaillent est (assez) récente. Une analyse du droit du travail révèle que le CO et la loi sur le travail contiennent des dispositions de protection minimales qui obligent les employeurs à respecter dans une certaine mesure la situation des salariés ayant des obligations familiales. La loi sur l'égalité a aussi un impact important, mais cette loi ne protège « que » contre la discrimination à raison du sexe et reste sans effet lorsque la discrimination est neutre quant au sexe et touche aussi bien les femmes que les hommes ayant des responsabilités familiales. L'analyse des lois sur le personnel des cantons, de la Confédération et de quelques CCT choisies révèle que certains cantons et CCT ont des réglementations plus favorables aux familles que la solution minimale du CO. Dans l'ensemble, les résultats de cette enquête ne font pas oublier que les réglementations juridiques visant à concilier de façon équilibrée le rôle de parent et l'activité professionnelle sont lacunaires en Suisse, ce qui se répercute logiquement sur le taux de natalité et, à plus long terme, sur le financement des assurances sociales.*
