

---

*Medienkonferenz, 29. April 2021*

## **Vaterschaftsurlaub: Lücken schliessen, Klarheit schaffen**

---

### **Mediendossier**

- Medienmitteilung
- Redebeitrag Adrian Wüthrich, Travail.Suisse
- Redebeitrag Mathias Regotz, Syna
- Redebeitrag Greta Gysin, transfair
- Zusammenfassung Rechtsgutachten
- Rechtsgutachten Prof. Geiser



Bern, 29. April 2021 / Medienmitteilung

## Vaterschaftsurlaub: Lücken schliessen, Klarheit schaffen

**Seit 119 Tagen ist der gesetzliche Vaterschaftsurlaub in Kraft. Erste Familien konnten von ihrem neuen Recht profitieren, andere kämpfen noch darum. Mit weiteren politischen Anpassungen können Lücken geschlossen und die Rechtsdurchsetzung verbessert werden. Ein neues Rechtsgutachten stützt zudem die Forderung der Verbände, dass bestehende gesamtarbeitsvertragliche Lösungen in vielen Fällen zum gesetzlichen Vaterschaftsurlaub dazu gezählt werden. Heute wurden an einer Medienkonferenz die wichtigsten Erkenntnisse und Forderungen präsentiert.**

Seit dem 1. Januar 2021 haben Väter in der Schweiz ein Recht auf zwei Wochen Vaterschaftsurlaub. Die vielen Anfragen bei Travail.Suisse zeigen aber auch, dass es nicht wenige Arbeitgebende gibt, die ihren Angestellten dieses Recht verweigern wollen. Travail.Suisse und seine Verbände setzen sich dafür ein, dass ausnahmslos alle Väter von ihrem neuen Recht Gebrauch machen können.

### **Gesamtarbeitsvertragliche Lösungen kommen zu den zwei Wochen dazu**

Bereits vor der Einführung des Vaterschaftsurlaubs enthielten verschiedene Gesamtarbeitsverträge Bestimmungen zum Vaterschaftsurlaub. Ein neues Rechtsgutachten von Professor Thomas Geiser schafft nun Klarheit zum Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Vaterschaftsurlaub und diesen bestehenden Lösungen. In vielen Fällen – allen voran in gewerblichen Branchen – müssen die bestehenden Lösungen zum neuen gesetzlichen Vaterschaftsurlaub dazu gezählt werden. Die Verbände werden sich in kommenden Verhandlungen auf dieses Rechtsgutachten berufen und entsprechende Forderungen stellen. Das Rechtsgutachten stellt zudem klar, dass die bereits bestehenden «üblichen freien Stunden und Tage» (Art. 329 Abs. 3 OR) zu den zwei Wochen Vaterschaftsurlaub addiert werden.

### **Gesetzliche Lücken schliessen, Rechtsdurchsetzung verbessern**

Die gesetzliche Regelung für den Vaterschaftsurlaub betrifft nur privatrechtlich angestellte Arbeitnehmende. Die Verbände von Travail.Suisse fordern, dass zukünftig auch alle Arbeitnehmenden in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen mindestens zwei Wochen Vaterschaftsurlaub erhalten. Zudem braucht es für die Rechtsdurchsetzung unbedingt einen besseren Schutz vor Kündigung, wie beim Mutterschaftsurlaub. Travail.Suisse und seine Verbände setzen sich dafür ein, dass die Pandemie nicht als Vorwand dient für Rückschritte bei der Vereinbarkeit von Beruf und Familie und der Gleichstellung. Im Gegenteil braucht es nun weitere Fortschritte für alle Arbeitnehmenden.

### **Dokumente**

- Redebeiträge: [Adrian Wüthrich, Travail.Suisse](#) | [Mathias Regotz, Syna](#) | [Greta Gysin, transfair](#)
- [Rechtsgutachten](#) sowie [Zusammenfassung Rechtsgutachten](#)

### **Auskünfte**

- Adrian Wüthrich, Präsident Travail.Suisse, 079 287 04 94, [wuethrich@travailsuisse.ch](mailto:wuethrich@travailsuisse.ch)
- Greta Gysin, Nationalrätin TI, Co-Präsidentin transfair, 079 409 33 10, [greta.gysin@transfair.ch](mailto:greta.gysin@transfair.ch)
- Mathias Regotz, Leiter Interessens- und Vertragspolitik Syna, 078 811 74 79, [mathias.regotz@syna.ch](mailto:mathias.regotz@syna.ch)

**Medienkonferenz vom 29. April 2021**

**«Vaterschaftsurlaub: Lücken schliessen, Klarheit schaffen»**

---

## **Vaterschaftsurlaub – wir bleiben dran**

Travail.Suisse, der unabhängige Dachverband der Arbeitnehmenden, hat zusammen mit seinen Verbänden in den letzten Jahren massgeblich dazu beigetragen, dass seit dem 1. Januar 2021 fast alle arbeitstätigen Väter nach der Geburt ihres Kindes einen Anspruch auf zehn freie und entschädigte Arbeitstage haben. Dieser politische Erfolg verbessert das Leben junger Familien spürbar. Der gesetzliche Vaterschaftsurlaub ist zwar neu, wurde aber nicht in eine leere Welt geboren. Vielmehr bestehen in Gesamtarbeitsverträgen bereits Regelungen, welche das Resultat von Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern sind. Was soll mit diesen passieren? Professor Thomas Geiser von der Universität St. Gallen hat diese Frage in einem neuen Rechtsgutachten geklärt. Die Antwort darauf ist in vielen Fällen ziemlich klar. Auch klar ist, dass die jetzige gesetzliche Regelung Lücken und Unzulänglichkeiten aufweist. Es wird zudem klar, dass die „üblichen freien Stunden und Tage“ bei der Geburt zusätzlich zum Vaterschaftsurlaub weiterbestehen. Travail.Suisse bleibt dran: Zwei Wochen Vaterschaftsurlaub sind nicht genug, es braucht weitere Verbesserungen für die Familien.

---

*Adrian Wüthrich, Präsident Travail.Suisse*

---

Am 27. September 2020 sagten 60.3 Prozent der Stimmberechtigten Ja zu zwei Wochen bezahltem Vaterschaftsurlaub. Travail.Suisse hat die Abstimmungskampagne verantwortet und zusammen mit einer breiten, zivilgesellschaftlichen Koalition nach langer Zeit wieder einmal einer sozialpolitischen Vorlage zu einer Mehrheit verholfen. Die Abstimmung wurde möglich, weil Travail.Suisse und seine Mitgliedsorganisationen nach erfolglosem Einsatz im Parlament 100'000 Unterschriften für die Vaterschaftsurlaubs-Initiative gesammelt hatten und das Parlament als Reaktion darauf einen indirekten Gegenvorschlag beschliessen musste. Aufgrund eines Referendums kam es zur Volksabstimmung. In dieser wurde der zweiwöchige Vaterschaftsurlaub überaus deutlich durch das Volksmehr bestätigt. Auf Druck von Travail.Suisse hat der Bundesrat das Gesetz bereits am 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt und nicht erst auf 1. Juli 2021 wie dies zuerst geplant war.

### **Informationsbedürfnis der Eltern und Arbeitgebenden ist hoch**

Der Vaterschaftsurlaub hat – 119 Tage nach seiner Geburt – begonnen zu laufen. Die vielen Anfragen, welche seit anfangs Jahr bei Travail.Suisse eingegangen sind, zeigen aber, dass sich manche Arbeitgebende weiterhin sehr schwer damit tun, ihren Angestellten dieses Recht einzuräumen. Es braucht deshalb weiterhin viel Beratung und Aufklärung von unserer Seite, damit die Arbeitnehmer nicht nur ein neues Recht haben, sondern dieses auch tatsächlich erhalten und davon Gebrauch machen. Als Dachverband sind wir gemeinsam mit unseren Verbänden deshalb weiterhin stark engagiert.

## **Gesamtarbeitsvertragliche Vaterschaftsurlaube zusätzlich zur gesetzlichen Lösung**

Manche Arbeitgeber haben nun aber auch Mühe mit dem Nebeneinander von verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen, also dem neuen gesetzlichen Vaterschaftsurlaub, den gesamtarbeitsvertraglich verhandelten Bestimmungen sowie den im Obligationenrecht festgehaltenen Vorgaben. Wir haben diese Fragen deshalb mit Hilfe eines juristischen Gutachtens geklärt, auf welches sich unsere Verbände in den gegenwärtigen und kommenden Verhandlungen mit den Arbeitgebenden berufen werden. Das Gutachten des Rechtsprofessors Thomas Geiser von der Universität St. Gallen zeigt differenziert, wie die Auslegung der beiden Verträge zu bewerten ist. Sofern in den Gesamtarbeitsverträgen die Regelung zum Vaterschaftsurlaub im Rahmen der «üblichen freien Stunden und Tage» aufgeführt ist, ist unbestritten, dass eine Kumulation der Ansprüche erfolgt. Das heisst, die bisherige Regelung im Gesamtarbeitsvertrag wird zum gesetzlichen Vaterschaftsurlaub von zwei Wochen dazu gerechnet. Ist die Regelung im Gesamtarbeitsvertrag hingegen unter den Elternurlauben verzeichnet, dann erfolgt eine Bewertung im Einzelfall und hängt in erster Linie vom damaligen Verlauf der Verhandlungen ab. Auch hier wird es in vielen Fällen aber so sein, dass die bereits bestehenden Lösungen aus rechtlicher Sicht zum gesetzlichen Vaterschaftsurlaub dazu gezählt werden müssen. Dies unter anderem aus dem Grund, weil es in diesen Erträgen immer darum geht, die Arbeitnehmenden durch den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrags besser zu stellen. Greta Gysin und Mathias Regotz werden im Anschluss konkret zeigen, wie die Situation in den spezifischen Branchen aktuell aussieht.

## **Väter haben weiterhin Anspruch auf die „üblichen freien Stunden und Tage“ bei der Geburt**

Eine klare Antwort gibt das Gutachten von Prof. Dr. Thomas Geiser auch zur Regelung zu den bestehenden «üblichen freien Stunden und Tagen» im Obligationenrecht, welche allen Vätern bereits vor der Einführung des gesetzlichen Vaterschaftsurlaubs mindestens einen freien Tag für die Geburt ermöglicht hatten. Diese bisherige Regelung zu den bestehenden «üblichen freien Stunden und Tagen» bleibt bestehen und muss durch den Arbeitgeber auch weiterhin zu 100 Prozent entlohnt werden. Der neue gesetzliche Vaterschaftsurlaub beginnt nach der Geburt und somit nach diesen freien Stunden und Tagen. Die «freien Stunden und Tage» haben in jedem Fall eine andere Funktion als der Vaterschaftsurlaub und stehen deshalb nicht in Konkurrenz zu diesem. Die Väter haben somit einen oder – je nach Usanz – zwei Tage mehr für den Start ins Familienleben zur Verfügung. Travail.Suisse war sehr erstaunt darüber, dass das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) Anfang Dezember 2020 auf seiner Website klammheimlich die Geburt des eigenen Kindes aus der Liste der freien Tage gestrichen hat<sup>1</sup>. Das Gutachten von Professor Geiser hat auch diese Frage nun geklärt. Travail.Suisse fordert deshalb vom Bundesamt für Sozialversicherungen und vom Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) eine rasche Klärung für die Praxis. Andernfalls werden die Mitgliedsorganisationen für eine gerichtliche Klärung sorgen müssen.

## **Fortschritte für die Familien dank Gesamtarbeitsverträgen**

Wir haben immer betont, dass zwei Wochen Vaterschaftsurlaub nur ein erster Schritt sind. Die gesamtarbeitsvertraglichen Lösungen ermöglichen es den Gewerkschaften und Verbänden weitere Fortschritte beim Vaterschaftsurlaub durchzusetzen. Das Gutachten von Professor Geiser gibt ihnen

---

<sup>1</sup> [https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit\\_Arbeitsbeziehungen/Arbeitsrecht/FAQ\\_zum\\_privaten\\_Arbeitsrecht/freizeit-und-feiertage.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Arbeitsrecht/FAQ_zum_privaten_Arbeitsrecht/freizeit-und-feiertage.html)

dafür die rechtliche Grundlage. Travail.Suisse und seine Mitgliedsorganisationen werden diese Tatsache in den sozialpartnerschaftlichen Verhandlungen klar machen und allenfalls auch hier eine gerichtliche Klärung anstreben. Es zeigt sich, dass Unternehmen, die freiwillig einen weitergehenden Vaterschaftsurlaub anbieten, sich auch in Zukunft als attraktive und familienfreundliche Arbeitgebende präsentieren können. Angesichts des aktuellen Fachkräftemangels wird die «Währung» Vaterschaftsurlaub immer wertvoller.

## **Politik muss für bessere Rahmenbedingungen für Familien sorgen**

Travail.Suisse wird sich politisch weiterhin vehement für familienfreundliche Rahmenbedingungen in der Schweiz einsetzen – und dies für alle Arbeitnehmenden. Es gilt auch hier, eine Zerteilung der Arbeitswelt zu verhindern. Gleichstellung und Vereinbarkeit sollen keine Privilegien für einige Auserwählte sein. Wir können uns während und nach der Pandemie keine Rückschritte bei der Gleichstellung und der Vereinbarkeit leisten. Im Gegenteil, es braucht weitere Fortschritte, auch beim gesetzlichen Vaterschaftsurlaub. Die rechtliche Grundlage des Vaterschaftsurlaubs gibt uns denn auch eine gute Grundlage für unsere weitere Arbeit für mehr Gleichstellung, eine bessere Vereinbarkeit und eine zeitgemässe Familienpolitik für alle Arbeitnehmenden. Wir werden diese nutzen und bleiben dran.

---

## **Weitere Auskünfte**

Adrian Wüthrich, Präsident Travail.Suisse, 079 287 04 93, [wuethrich@travailsuisse.ch](mailto:wuethrich@travailsuisse.ch)



## **Medienkonferenz vom 29. April 2021 «Vaterschaftsurlaub: Lücken schliessen, Klarheit schaffen»**

---

Rechtliche Klärung für faire Lösungen

### **Kein Beschiss beim Vaterschaftsurlaub!**

**Das von Syna und Travail.Suisse in Auftrag gegebene Rechtsgutachten von Prof. Dr. Thomas Geiser bestätigt die Haltung von Syna, dass die Ansprüche aus dem gesetzlichen Vaterschaftsurlaub und die bestehenden Ansprüche aus Gesamtarbeitsverträgen grundsätzlich zu kumulieren sind.**

---

*Mathias Regotz, Leiter Interessens- und Vertragspolitik Syna*

---

Seit mehr als 10 Jahren ist der Vaterschaftsurlaub (VAU) ein wichtiges Anliegen von Syna und fester Bestandteil unserer Forderungen für die über 100 von uns ausgehandelten Gesamtarbeitsverträge. Dadurch ist es Syna gelungen, in vielen Gesamtarbeitsverträgen (GAV) väterfreundliche Regelungen zu vereinbaren – oft jedoch auf Kosten von anderen Forderungspunkten. Da diese zäh erkämpften Fortschritte leider oft hinter den Erwartungen zurückblieben, reichte Syna mit unserem Dachverband Travail.Suisse die Initiative „für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub“ ein. Diese hat schliesslich zu den heute gewährten gesetzlichen 10 Tagen Vaterschaftsurlaub geführt. Neu kommen alle Väter in den Genuss eines Vaterschaftsurlaubes und nicht mehr nur diejenigen, die das Glück haben, in einer GAV-geregelten Branche zu arbeiten.

Mit der Einführung des gesetzlichen Vaterschaftsurlaubes per Anfang dieses Jahres kam aber auch die Frage auf, wie nun mit den Vaterschaftsurlaubsregelungen in den GAV verfahren werden soll. Werden diese durch die gesetzliche Regelung ersetzt oder werden die Ansprüche kumuliert? Viele Arbeitgeber haben sich - ohne jede Konsultation der Sozialpartner in der jeweiligen Branche - vorschnell und einseitig auf den Standpunkt gestellt, dass die gesetzliche Regelung die bisherigen GAV-Regelungen ersetzt, bzw. die gesetzlichen Urlaubstage angerechnet werden dürfen. Dagegen stand und steht die Auffassung von Syna, dass grundsätzlich eine Kumulation der gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Ansprüche erfolgt, soweit die Sozialpartner in den jeweiligen Branchen nicht gemeinsam eine andere Lösung vereinbaren.

Um in dieser Frage Klarheit zu schaffen und Blockaden zu lösen, vor allem aber auch um legitime Ansprüche der Väter durchzusetzen, wurde das vorliegende Gutachten in Auftrag gegeben. Grundsätzlich bestätigt es die Auffassung von Syna, dass die Ansprüche zu kumulieren sind. Nur in Ausnahmefällen ist von einer Kumulation der Ansprüche abzusehen.

#### **Freie Tage für die Geburt sind kein Vaterschaftsurlaub**

Sehr viele Gesamtarbeitsverträge sehen vor, dass dem Arbeitnehmenden für die Geburt des Kindes ein oder mehrere freie Tage gewährt werden. Diese meist zu 100% entlohnten Tage beziehen sich auf Art. 329 Abs. 3 OR, der Kurzabsenzen für Anlässe wie Hochzeit, Todesfälle, Zügeln oder eben die Geburt regelt. Das Gutachten ist hier klar: diese freien und bezahlten Tage bei Geburt eigener Kinder stehen nicht in Konkurrenz zum neuen gesetzlichen Vaterschaftsurlaub und dürfen nicht einfach durch den

neuen Vaterschaftsurlaub ersetzt werden. Während erstere Freitage für das Ereignis der Geburt gewährt werden, dient der neue Vaterschaftsurlaub einem anderen Zweck, nämlich dem Aufbau einer Beziehung zum Kind und dem Einspielen familiärer Betreuungsaufgaben. Gemäss Gutachten steht damit fest, dass sich die beiden Ansprüche wegen ihren unterschiedlichen Zwecken nicht konkurrenzieren und nebeneinander Bestand haben und somit zu kumulieren sind.

Das trifft für die meisten gewerblichen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge zu, so z.B. im Carrosseriewerbe, in der Elektrobranche, im Metallgewerbe, im Ausbaugewerbe Westschweiz, im Gebäudehüllengewerbe, im Plattenleger- und Ofenbaugewerbe, dem Gerüstbaugewerbe, im Holzbau und dem Bauhauptgewerbe.

Aber auch in vielen Gesamtarbeitsverträgen aus dem Dienstleistungssektor wie etwa dem Gastgewerbe, dem Personalverleih, dem Bäcker- und Konditorengewerbe, bei den Coiffeuren, im Reinigungsgewerbe, bei den Tankstellenshops und bei Coop sind die Vaterschaftsurlaubsregelungen als «übliche freien Tage» bei der Geburt im Sinne von OR 329 geregelt und sind damit grundsätzlich zusätzlich zum neuen gesetzlichen Vaterschaftsurlaub geschuldet, sofern sich die Sozialpartner nicht auf eine andere Lösung einigen.

Mit gutem Beispiel vorangegangen ist das Plattenleger- und Ofenbau-Gewerbe. Dort werden der bislang gewährte und vollständig bezahlte Tag nach der Geburt und der neue gesetzliche Vaterschaftsurlaub nebeneinander gewährt. So, wie es die Rechtslage gemäss Gutachten erfordert. Noch besser macht es das Marmor- und Granit-Gewerbe. Hier werden die gesetzlichen 10 Tage Vaterschaftsurlaub vollumfänglich bezahlt, was dem Ausbau der bisherigen Regelung um einen zusätzlichen Tag entspricht. Auch die Lösung der fenaco Genossenschaft, zu der die Marke «Landi» gehört, überzeugt: die bestehende GAV-Regelung wird nicht nur mit dem neuen Vaterschaftsurlaub kumuliert, zusätzlich wird auch die Lohnfortzahlung für die gesamte Urlaubsdauer von neu 15 Tagen auf 100% aufgestockt.

Daneben gibt es Branchen, in denen die Sozialpartner eine Kompromisslösung vereinbart haben. So zum Beispiel in der Gebäudehüllenbranche. Hier wurde der bestehende Urlaub von 5 Tagen dazu verwendet, um den Lohn während den neu gewährten 10 Tagen vollumfänglich weiter zu zahlen.

Es ist bedauerlich, dass mit vielen Arbeitgebenden noch keine sozialpartnerschaftliche Lösung erreicht werden konnte. Einige sind erst gar nicht verhandlungsbereit und lehnen einseitig und zu Unrecht eine Kumulation der beiden Ansprüche ab. Dazu gehören die Arbeitgebenden des Ausbaugewerbes in der Westschweiz. Sie vermischen beide Ansprüche so, dass aus den bisher gewährten 3 Tagen Urlaub zu vollem Lohn neu total 10 Tage Vaterschaftsurlaub werden. Dabei wird aber nur für die ersten 3 Tage der volle Lohn bezahlt. So müssen die Arbeitgeber statt 3 vollen Tagen nur noch einen 2/3-Tag aus dem eigenen Sack berappen; sie sparen also auf Kosten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Syna lehnt diese einseitige und gemäss Gutachten widerrechtliche Umsetzung ab und fordert neue Verhandlungen für eine faire Lösung.

Noch dreister gebärdet sich der ohnehin schon äusserst fortschrittsfeindliche Baumeisterverband. Der im Landesmantelvertrag des Bauhauptgewerbes vorgesehene Tag bezahlte Absenz für die Geburt streichen die Bauarbeitgeber und ersetzen ihn durch den neuen gesetzlichen Vaterschaftsurlaub. Das ist gemäss Gutachten widerrechtlich. Verhandlungen mit den Sozialpartnern für eine konstruktivere Lösung lehnen sie rigoros ab, und die eigene Position soll bis vor Bundesgericht verteidigt werden. Das zeigt einmal mehr die Geringschätzung des Baumeisterverbands für die Sozialpartnerschaft und die eigenen Arbeitnehmenden. In einer per se männerlastigen Branche, die mit akutem Fachkräftemangel zu kämpfen hat, ist das kurzsichtig, rückschrittlich und ein denkbar schlechtes Signal.

### **Teilweise Konkurrenz der Ansprüche**

Stehen die Bestimmungen zum Vaterschaftsurlaub im GAV nicht im Zusammenhang mit der Kurzabsenzenregelung, sondern alleine oder im Zusammenhang mit einem Elternurlaub, ist gemäss Gutachten eine Konkurrenz der Ansprüche denkbar. In diesen Fällen gilt folgendes:



- Zum einen steht fest, dass ein weitergehender Anspruch aus dem GAV (in der Dauer und / oder der Höhe der Entschädigung) aufgrund des Günstigkeitsprinzips weiterhin Gültigkeit hat. Sieht ein GAV beispielsweise 20 Tage zu 100% Lohn vor, gilt das weiterhin und wird nicht einfach durch den gesetzlichen Urlaub von 10 Tagen zu 80% Lohn ersetzt.
- Zum anderen bleibt durch die Auslegung der GAV-Bestimmung zu klären, ob eine Kumulation erfolgt oder ob der GAV-Anspruch durch die gesetzliche Regelung ersetzt wird. Dabei ist der Zeitpunkt der vertraglichen Vereinbarung entscheidend:
  - Wenn die Gesetzesentwicklung zum Zeitpunkt des Abschlusses der GAV-Bestimmungen absehbar war, dann sind die Ansprüche zu kumulieren, es sei denn, im GAV sei eine Übergangsbestimmung explizit festgehalten. Solche Übergangsbestimmungen finden sich beispielsweise im GAV des Maler- und Gipsergewerbes oder dem GAV Gerüstbau. Mit Formulierungen wie «soweit kein längerer oder gleich langer gesetzlicher VAU eingeführt wird...» wird angezeigt, dass der gesetzliche Vaterschaftsurlaub die GAV-Bestimmungen ersetzen soll.
  - Wenn die Gesetzesentwicklung zum Zeitpunkt des Abschlusses nicht voraussehbar war, dann ist zu prüfen, ob mit der GAV-Bestimmung eine bleibende Besserstellung der GAV-Unterstellten beabsichtigt war. Gemäss Gutachten ist davon auszugehen, dass eine solche Vaterschaftsurlaubs-Regelung nicht ohne Gegenleistung, d.h. im üblichen Verhandlungsmodus erstritten bzw. vereinbart wurde. Es ist zu vermuten, dass solche Bestimmungen von Seiten der Arbeitgebenden nicht einfach als „Goodie“ und „gratis“ in den GAV integriert wurden, sondern von der Arbeitnehmerseite durch Zugeständnisse «erkauft» werden mussten. Deshalb geht das Gutachten auch in diesen Fällen grundsätzlich davon aus, dass die Ansprüche zu kumulieren sind.

Zusammenfassend ist es also auch hier so, dass grundsätzlich eine kumulative Gewährung der beiden Urlaube angezeigt ist, sofern sich die Sozialpartner nicht auf eine andere Lösung einigen.

Solche Kompromisse wurden beispielsweise in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (MEM) und in der Gebäudetechnik ausgehandelt.

Besonders fortschrittlich zeigt sich der Chemiekonzern BASF. Das Unternehmen gewährt statt 10 neu 20 Tage Vaterschaftsurlaub, und das erst noch bei vollem Lohn. Die Ansprüche wurden in diesem Fall nicht nur kumuliert, sondern auch ausgebaut.

Enttäuschend verhalten sich dagegen die anderen grossen Basler Pharma- und Chemiefirmen. Sie verweigern sozialpartnerschaftliche Verhandlungen und sehen die in ihrem GAV festgehaltenen 6 Tage Vaterschaftsurlaub als durch die gesetzliche Regelung vollständig ersetzt. Für eine derart reiche und prosperierende Branche ist das ein Armutszeugnis.

### **Der Vaterschaftsurlaub als Prüfstein**

Mit dem jetzt vorliegenden Rechtsgutachten konnten die offenen Fragen im Zusammenhang mit dem Vaterschaftsurlaub gelöst werden. Damit wird der neue gesetzliche Vaterschaftsurlaub aber auch zu einem mehrfachen Prüfstein:

- Sind die Arbeitgeber(-Verbände) bereit, die mit diesem Gutachten geklärten rechtlichen Fragen zu akzeptieren und umzusetzen und so Rechtssicherheit für ihre Arbeitnehmer zu schaffen? Oder werden die jungen Väter – mit Unterstützung von Syna – gezwungen, ihre Rechte einzuklagen?
- Sind die Sozialpartner bereit und fähig, im Sinne einer konstruktiven Sozialpartnerschaft bei einer strittigen Auslegung väter- und damit auch familienfreundliche Lösungen zu finden?

- Sind die Arbeitgeber bereit den Vaterschaftsurlaub als das anzusehen, was er ist: Eine zeitgemässe und notwendige Leistung für junge Väter, damit sie eine Beziehung zu ihrem Neugeborenen aufbauen können? Oder wollen sie, um Kosten zu sparen, die Väter um ihre legitimen Ansprüche bringen?

Syna ist als konstruktive Sozialpartnerin bereit, zusammen mit den Arbeitgebern gesamtarbeitsvertragliche Lösungen zu finden. Den Rahmen dafür hat dieses Gutachten gesteckt.

**Weitere Auskünfte:**

Mathias Regotz, Leiter Interessens- und Vertragspolitik Syna, 078 811 74 79, [mathias.regotz@syna.ch](mailto:mathias.regotz@syna.ch)

## Medienkonferenz vom 29. April 2021

### «Vaterschaftsurlaub: Lücken schliessen, Klarheit schaffen»

---

*(Es gilt das gesprochene Wort.)*

#### **+2 Wochen Vaterschaftsurlaub**

transfair hat bereits einige GAV, die eine Regelung mit mehr als 2 Wochen Vaterschaftsurlaub kennen. So sind beispielsweise die Arbeitsbedingungen SBB und SBB Cargo (4 Wochen seit 2019) oder Swisscom (15 Tage seit 2018) seit geraumer Zeit Leuchttürme, die ihrer Zeit voraus waren.

Seit dem 27. September 2020 fordert transfair, gestützt auf das Abstimmungsergebnis, grundsätzlich in allen Branchen, dass die zwei Wochen gesetzlichen Vaterschaftsurlaubs zu den GAV-Bestimmungen ergänzt werden. Das vorliegende Rechtsgutachten stärkt die Position von transfair daher in den Verhandlungen massgeblich. Jedoch wählt transfair bewusst eine konstruktive Herangehensweise; mit einem partnerschaftlichen Blick für das Gegenüber. Branchenspezifisch bringt transfair also die Forderung nach zwei zusätzlichen Vaterschaftsurlaubwochen dort auf den Tisch, wo es die Rahmenbedingungen erlauben.

---

*Greta Gysin, Co-Präsidentin von transfair*

---

Klar ist jedoch für transfair, dass Unternehmen, die bereits vorher eine weitergehende Lösung hatten, Geld sparen. Denn sie müssen nicht mehr allein die Kosten des Vaterschaftsurlaubes tragen, sondern profitieren hier von der gesetzlichen Lösung via Erwerbssersatzordnung. Das «gesparte» Geld muss ins Personal reinvestiert werden. Idealerweise als weitere Tage Vaterschaftsurlaub. Wo die branchenspezifischen Rahmenbedingungen dies nicht erlauben, fordert transfair andere Verbesserungen im Bereich des Personals.

Mit gewissen Sozialpartnern hat transfair bereits über diese Forderung gesprochen. Mit Erfolg: Seit 1. Januar 2021 haben die Mitarbeiter der Post 4 Wochen Vaterschaftsurlaub. Auch bei der Bundesverwaltung hat transfair an den Verhandlungen mit Bundesrat Maurer eine Verdoppelung von 10 auf 20 Tage gefordert.

#### **Gesetzliche Lücken decken**

transfair setzt sich jedoch nicht nur in der Sozialpartnerschaft für mehr Vaterschaftsurlaub ein, sondern will weitere bestehende Lücken in den gesetzlichen Grundlagen schliessen. Deshalb werde ich mit Unterstützung von transfair, Travail.Suisse und Syna, in der kommenden Sondersession eine Motion einreichen. Darin fordere ich den Bundesrat dazu auf, alle gesetzlichen Grundlagen dahingehend anzupassen, dass nachher alle Väter in der Schweiz mindestens zwei Wochen Vaterschaftsurlaub erhalten. Und zwar ungeachtet dessen, ob sie nach OR, nach kantonalem Personalrecht oder nach Militärrecht angestellt sind. Gleiches fordert transfair für das Arbeitszeitgesetz. So profitieren wirklich alle Väter, auch jene, die, wie das Personal im öffentlichen Verkehr oder im Gesundheitsbereich am Wochenende und in Schichtbetrieb arbeiten, von 2 ganzen Wochen Vaterschaftsurlaub!

Eine weitere Lücke besteht im Kündigungsschutz. Uns haben diverse negative Meldungen erreicht: Arbeitgeber\*innen informieren ihre Mitarbeiter extra falsch, damit diese entweder den Vaterschaftsurlaub gar nicht beziehen oder aber nur dann, wenn es dem Arbeitgeber oder der

Arbeitgeberin in den Kram passt. Und Arbeitgeber\*innen verweigern entweder den Vaterschaftsurlaub ganz oder aber sie bauen – unter der Androhung von Kündigung – so viel Druck auf, dass Väter auf ihren rechtmässigen Vaterschaftsurlaub verzichten. Um vor allem letzterem entgegenzuwirken muss ein entsprechender Kündigungsschutz her!

Ein weiterer politischer Vorstoss bezieht sich auf das tragische Thema des Kindstodes. Hier fordert transfair eine Gleichbehandlung zwischen Müttern und Vätern. Mütter erhalten ihren Mutterschaftsurlaub, wenn ihr Kind nach der 23. Schwangerschaftswoche, bei oder nach der Geburt verstirbt. Beim Vaterschaftsurlaub besteht in diesem speziellen Fall explizit kein Anspruch auf Vaterschaftsurlaub. Doch bei einem solch traurigen und einschneidenden Erlebnis brauchen Väter und Mütter gemeinsam Zeit, um den Tod des eigenen Kindes emotional zu verarbeiten. Deshalb muss der Vaterschaftsurlaub in solch ausserordentlichen Situationen greifen, um Vätern Zeit zu geben, zu trauern. Eine überstürzte Rückkehr an den Arbeitsplatz ist in solchen Fällen absolut unnötig und ist weder für den Vater noch für den Arbeitgeber das Richtige.

Entsprechende politische Vorstösse sind in Vorbereitung und werden in der Sondersession eingereicht.

---

## **Kontakt**

Greta Gysin  
Nationalrätin und Co-Präsidentin von transfair  
greta.gysin@parl.ch  
079 409 33 10

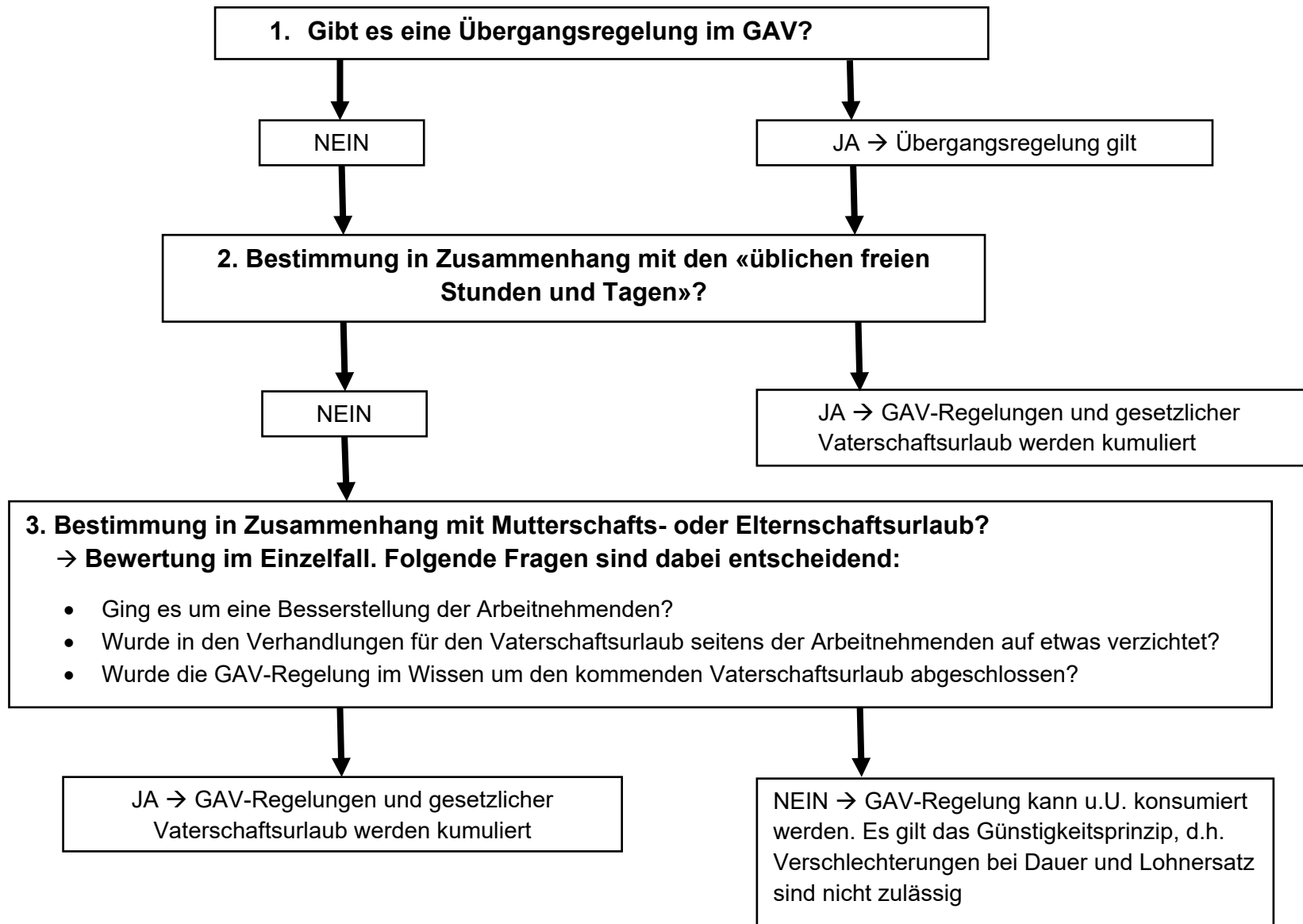
## Rechtsgutachten zur Umsetzung des Vaterschaftsurlaubs

### **Zusammenfassung**

Seit dem 1. Januar 2021 ist der gesetzliche Vaterschaftsurlaub von zwei Wochen in Kraft. Bereits zuvor bestanden in Gesamtarbeitsverträgen allerdings Regelungen zum Vaterschaftsurlaub, welche zwischen den Sozialpartnern ausgehandelt wurden. Eine offene Frage, welche aufgrund der gesetzlichen Regelungen nicht geklärt ist, stellt sich bzgl. des Verhältnisses zwischen dem neuen gesetzlichen Vaterschaftsurlaub und den bestehenden gesamtarbeitsvertraglichen Vereinbarungen. Travail.Suisse und seine Mitgliedsverbände haben dazu von Professor Thomas Geiser, Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen, ein Rechtsgutachten erstellen lassen. Dieses ermöglicht eine Klärung dieser, sowie weiterer Fragen. Das Gutachten hält Folgendes fest:

- Die bisherige Regelung im Obligationenrecht zu den bestehenden «üblichen freien Stunden und Tagen» (Art. 329 Abs. 3 OR) wird von der neuen gesetzlichen Regelung zum Vaterschaftsurlaub nicht tangiert. Die bisher gewährten freien Tage bei Geburt werden durch den Arbeitgeber / die Arbeitgeberin auch weiterhin zu 100% entlohnt. Der Vaterschaftsurlaub beginnt nach der Geburt und somit nach diesen freien Stunden und Tagen. Die «freien Stunden und Tage» haben in jedem Fall eine andere Funktion als der Vaterschaftsurlaub. Sie stehen deshalb nicht in Konkurrenz zu ihm.
- Ob die Regelungen in den Gesamtarbeitsverträgen zum neuen gesetzlichen Vaterschaftsurlaub dazu gezählt werden oder nicht, hängt von drei Punkten ab (siehe Schema auf der Rückseite):
  1. Besteht eine Übergangsregelung, welche mit Hinblick auf die Einführung des gesetzlichen Vaterschaftsurlaubs in den GAV geschrieben wurde? Wenn dies der Fall ist, dann gilt diese Übergangsregelung.
  2. Ist die bisherige Bestimmung zum Vaterschaftsurlaub unter den Regelungen zu den «üblichen freien Stunden und Tagen» geregelt? In diesem Fall besteht keine Konkurrenz zum neuen gesetzlichen Vaterschaftsurlaub. Die gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen werden zum gesetzlichen Vaterschaftsurlaub hinzugezählt (kumuliert).
  3. Ist die bisherige Bestimmung zum Vaterschaftsurlaub unter den Elternurlaubs/dem Mutterschaftsurlaub geregelt? In diesem Fall muss im Einzelfall geklärt werden, ob die beiden Regelungen kumuliert oder konsumiert werden. Dabei ist entscheidend, ob die Regelung dazu diente, die betroffenen Arbeitnehmenden besser zu stellen. Hierfür sind eine Analyse der Verhandlungsabläufe und die Kommunikation der Verbände an die Mitglieder wichtig. Zudem ist für die Bewertung bedeutend, ob die Einführung des Vaterschaftsurlaubs mit einem Verzicht auf andere Forderungen einherging. Für die Bewertung kann zudem entscheidend sein, ob zum Zeitpunkt des GAV-Abschlusses die Einführung des gesetzlichen Vaterschaftsurlaubs bereits absehbar war. Kann eine dieser Fragen bejaht werden, dann werden die GAV-Regelung und der gesetzliche Vaterschaftsurlaub kumuliert. Des Weiteren ist bei der Bewertung im Einzelfall zu berücksichtigen, dass durch die gesetzliche Regelung neu die Arbeitgebenden für die ersten zwei Wochen Vaterschaftsurlaub nur die Hälfte der Kosten bezahlen.

## Wird die bestehende GAV-Regelung zum Vaterschaftsurlaub kumuliert oder konsumiert?



Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser  
Institut für Rechtswissenschaft  
und Rechtspraxis IRP-HSG  
Bodanstrasse 4  
CH-9000 St. Gallen  
Tel: +41 71 224 28 23  
Mobil: +41 78 686 20 35  
E-Mail: thomas.geiser@unisg.ch

## Gutachten zu Fragen des Vaterschaftsurlaubs

### Inhalt

I.	Ausgangslage und Fragestellung.....	1
II.	Vaterschaftsurlaub und Lohnfortzahlung .....	2
III.	Neuer Vaterschaftsurlaub und Ansprüche aus GAV und EAV .....	6
1.	Bedeutung des GAV für Vaterschaftsurlaub.....	6
2.	Auslegung von normativen Bestimmungen eines GAV .....	6
3.	Folgerungen.....	8
IV.	Vaterschaftsurlaub und Art. 324a Abs. 1 OR und Art. 36 Abs. 3 ArG.....	10
V.	Vaterschaftsurlaub und Art. 329 Abs. 3 OR.....	12
VI.	Beantwortung der Fragen .....	12

### I. Ausgangslage und Fragestellung

1.1. Am 1. Januar 2021 sind die neuen Bestimmungen zum Vaterschaftsurlaub in Kraft getreten. Die Gesetzesnovelle<sup>1</sup> gewährt einerseits im Arbeitsvertragsrecht dem Arbeitnehmer, der im Zeitpunkt der Geburt eines Kindes dessen rechtlicher Vater ist oder dies innerhalb der folgenden sechs Monate wird, einen Anspruch auf einen Vaterschaftsurlaub von zwei Wochen.<sup>2</sup> Andererseits wurde im Erwerbsersatzgesetz<sup>3</sup> eine neue Entschädigung eingeführt. Väter haben während dieses Urlaubs Anspruch auf Erwerbsersatz gegenüber der Sozialversicherung.<sup>4</sup> Das Gesetz war ein indirekter Gegenvorschlag zu einer Volksinitiative, die einen mindestens vierwöchigen durch die Erwerbsersatzordnung finanzierten Vaterschaftsurlaub forderte.

---

<sup>1</sup> Curia Vista 18.441 und 18.052.

<sup>2</sup> Art. 329g Abs. 1 OR.

<sup>3</sup> Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG) [SR 8 34.1.]

<sup>4</sup> Ar. 16i ff EOG.

**1.2.** Bis zum 31. Dezember 2020 gab es im Arbeitsvertragsrecht keinen gesetzlichen Anspruch auf einen eigentlichen Vaterschaftsurlaub. Diverse Gesamtarbeitsverträge sahen aber einen solchen Anspruch vor. Zudem waren auch in gewissen Einzelarbeitsverträgen Vaterschaftsurlaube vereinbart. In diesen Verträgen war regelmässig vorgesehen, dass die Arbeitgeberin während dieses Urlaubs den Lohn weiterbezahlt. Mit dem Inkrafttreten stellt sich nun die Frage, wie sich der neue gesetzliche Anspruch zu diesen bisherigen vertraglichen, bzw. gesamtarbeitsvertraglichen Ansprüchen verhält.

**1.3.** Zudem ist zu beachten, dass auch vor Inkrafttreten dieser neuen Bestimmungen Väter gemäss allgemeinen Bestimmungen auf Grund besonderer Umstände bezahlt Vaterschaftspflichten nachgehen konnten. Soweit es um die Betreuung eines kranken Kindes oder auch dessen nichtplanmässiger Betreuung ging, waren die Art. 324a Abs. 1 OR und Art. 36 Abs. 3 ArG zu beachten. Zudem sah auch schon vor Erlass der Bestimmungen über den Vaterschaftsurlaub Art. 329 Abs. 3 OR vor, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer «die üblichen freien Stunden und Tage» zu gewähren hat. Auch hier stellt sich die Frage des Verhältnisses des neuen Vaterschaftsurlaubs zu den bisherigen Ansprüchen.

**1.4.** Daraus ergeben sich folgende Fragestellungen:

1. Klärung des Verhältnisses von gesetzlichem Vaterschaftsurlaub und gesamtarbeitsvertraglichen Lösungen.
  - a. Wird der gesetzliche Vaterschaftsurlaub zu den bereits bestehenden gesamtarbeitsvertraglichen Lösungen dazugezählt oder ersetzt er sie?
  - b. Können bisher bestehende weitergehende gesamtarbeitsvertragliche Lösungen (z.B. 4 Wochen zu 100% Lohnersatz) zugunsten des weniger weit gehenden gesetzlichen Vaterschaftsurlaubs aufgehoben werden?
2. Werden die bisher bestehenden üblichen freien Stunden und Tage (Art. 329 Abs. 3 OR) bei Geburt des eigenen Kindes durch den Vaterschaftsurlaub ersetzt?

## II. Vaterschaftsurlaub und Lohnfortzahlung

**2.1.** Wie bei jedem Urlaub sind zwei Fragen zu unterscheiden: Einerseits geht es um den Anspruch auf Arbeitsbefreiung und andererseits stellt sich die Frage, ob während des entsprechenden Urlaubs auch die Arbeitgeberin den Lohn weiterbezahlen muss.

**2.2.** Art. 329g OR regelt nur den Anspruch auf Arbeitsbefreiung. Er enthält aber keinerlei Aussage zur Lohnfortzahlungspflicht. Insoweit deckt sich die Regelung mit jener für den Mutterschaftsurlaub.<sup>5</sup> Die Gesetzgebung ist aber von allem Anfang an davon ausgegangen, dass der Vater wie die Mutter während dieses Urlaubes sehr wohl bezahlt sein soll. Die Kosten

---

<sup>5</sup> Art. 329f OR.



sollen aber nicht von der einzelnen Arbeitgeberin, sondern von der Sozialversicherung getragen werden. Entsprechend bestehen Ansprüche gegenüber der Erwerbsersatzordnung.<sup>6</sup>

**2.3.** Allerdings decken sich die Voraussetzungen für den Anspruch auf einen Urlaub nach Arbeitsvertragsrecht und jene nach EOG auf Taggelder in keiner Weise. Die Ansprüche sind nicht koordiniert. Die Hauptunterschiede bestehen in folgenden Punkten<sup>7</sup>:

- Der Anspruch auf einen Vaterschaftsurlaub nach Art. 329g OR besteht auch, wenn das Kind gezeugt wurde, als der Arbeitnehmer gar noch nicht erwerbstätig war. Das Kind muss nicht einmal während der Dauer des Arbeitsverhältnisses geboren sein. Demgegenüber setzt Art.16i Abs. 1 EOG die Zeugung des Kindes nach Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und eine solche während wenigstens während fünf Monaten und auch im Zeitpunkt der Geburt des Kindes voraus.
- Anspruch auf EO-Taggelder hat nur ein Vater, der während mindestens neun Monaten vor der Geburt des Kindes im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war. Art. 329g OR setzt demgegenüber nur – aber immerhin – voraus, dass das schweizerische Arbeitsvertragsrecht anwendbar ist. Dies verlangt aber die EO nicht.
- Die Taggelder nach EO betragen nur 80% des versicherten Verdienstes und ihr Betrag ist zudem nach oben begrenzt. Es ist ohne weiteres möglich, dass der Lohn, den der Vater erhalten würde, wenn er den Vaterschaftsurlaub nicht bezöge, erheblich höher wäre.
- Eine Unterscheidung der Ansprüche ist auch wesentlich, wenn sich der Arbeitnehmer nach der Geburt des Kindes selbständig macht. Besteht nach GAV, dem sein Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Geburt des Kindes untersteht, ein Anspruch auf einen von der Arbeitgeberin bezahlten Vaterschaftsurlaub, kann er diesen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses beziehen und den durch die Sozialversicherung finanzierten Vaterschaftsurlaub nach EOG erst, nachdem er das Arbeitsverhältnis beendet und eine selbständige Tätigkeit aufgenommen hat.

**2.4.** Das Verhältnis zwischen der Lohnfortzahlungspflicht während des Vaterschaftsurlaubes und den Leistungen der Sozialversicherung sind im Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerats nicht wirklich geklärt. So wird ausgeführt, der Bund habe Gestützt auf Art. 122 Abs. 1 BV die Kompetenz, einen Vaterschaftsurlaub im OR einzuführen, der dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohnfortzahlung während des Urlaubs einräume,<sup>8</sup> um dann im nächsten Absatz fortzufahren: «Auf dieser Basis (*sic!*) schlägt die Kommission vor, das EOG mit einem neuen Kapitel IIIb zum Vaterschaftsurlaub zu ergänzen.»<sup>9</sup> Es

---

<sup>6</sup> Art. 16b ff. und Art. 16i ff. EOG.

<sup>7</sup> Vgl. dazu auch ausdrücklich: Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerats zur Parlamentarischen Initiative Indirekter Gegenentwurf zur Vaterschaftsurlaubs-Initiative, BBl 2019 3416,

<sup>8</sup> Bericht BBl 2019 3410.

<sup>9</sup> Bericht BBl 2019 3411.

liegt auf der Hand, dass es bis jetzt keinerlei höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage gibt. Indessen muss sinnvoller Weise das Verhältnis zwischen der Lohnfortzahlungspflicht und den EO-Taggeldern beim Vaterschaftsurlaub gleich beurteilt werden, wie beim Mutterschaftsurlaub,<sup>10</sup> soweit dies von den tatsächlichen Gegebenheiten her möglich ist.

2.5. Indessen gibt es – soweit ersichtlich – auch bezüglich des Mutterschaftsurlaubs bis jetzt zu diesem Verhältnis keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Die Lehre ist nicht einheitlich:

- Soweit die Mutterschaftsversicherung (EO) ausfällt, weil die Arbeitnehmerin die Leistungsvoraussetzungen gemäss EO nicht erfüllt<sup>11</sup>, nimmt die Lehre eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a OR an.<sup>12</sup> Entsprechend wird ein Lohnanspruch gegenüber der Arbeitgeberin angenommen, sofern die beschränkte Dauer nach Art. 324a OR noch nicht ausgeschöpft ist. Gewisse Autoren verlangen überdies, dass eine eigentliche Arbeitsverhinderung besteht, wie insbesondere, das Arbeitsverbot nach Art. 35a Abs. 3 ArG oder Komplikationen bei der Niederkunft.<sup>13</sup> Nach diesen Autoren besteht jedoch keine Lohnzahlungspflicht, wenn die Arbeitnehmerin den Mutterschaftsurlaub bezieht, aber eigentlich auch arbeiten könnte. Allerdings lassen sich gute Gründe gegen diese Einschränkung finden: Der Gesetzgeber wollte, dass die Mutter sich während 14 Wochen von der Arbeit befreien und um das Kind kümmern kann. Damit entspricht es nicht nur ihrem Willen, sondern auch jenem des Gesetzgebers, dass die Mutter in dieser Zeit nicht arbeitet. Dass es sich nicht um ein zwingendes, sondern nur um ein dispositives Arbeitsverbot handelt, sollte bezüglich des Lohnanspruchs nach Art. 324a OR keine Rolle spielen. Die herrschende Lehre macht aber diesen Unterschied. Zudem vertreten gewisse Autoren die Meinung, dass nur 80% des Lohnes gemäss Art. 324b OR zu bezahlen seien, weil die Arbeitgeberin die Prämien für eine obligatorische (aber im konkreten Fall nicht leistende) Versicherung bezahlt habe.<sup>14</sup> Zu beachten ist allerdings, dass genau dies unter Umständen gar nicht zutrifft, wenn die Arbeitnehmerin gar nicht der Schweizerischen Sozialversicherung untersteht.
- Soweit die EO zwar Taggelder bezahlt, diese aber weniger als 80% des Lohnes ausmachen, stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeberin nach Art. 324b OR den Lohn zu

---

<sup>10</sup> Art. 329f OR.

<sup>11</sup> Das kann einerseits zutreffen, wenn die entsprechende Versicherungsdauer nicht erfüllt ist. Andererseits ist es aber auch möglich, dass der Arbeitnehmer gar nicht dem schweizerischen Sozialversicherungsrecht untersteht.

<sup>12</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N. 8 zu Art. 329f OR; CARRUZZO, N. 11 zu Art. 324b OR; PORTMANN/RUDOLPH, N. 38 zu Art. 324a OR; SUBILIA/DUC, N. 176 zu Art. 324a OR; CEROTTINI, N. 13 zu Art. 329f OR; REHBINDER/STÜCKLI, N. 16 zu Art. 324a OR; BRUCHEZ, SJ 2005 II S. 268; SUBILIA, AJP 2005, S. 1476; VISCHER/MÜLLER, S. 167; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 1050; Wyler/Heinzer, S. 292 f.; JAR 2009, S. 522 Urteil der CA GE vom, 17.10.2008.

<sup>13</sup> Insb. WYLER/HEINZER, S. 292.

<sup>14</sup> REHBINDER/STÜCKLI, N. 6 zu Art. 324b OR.

ergänzen hat. Hier geht die wohl herrschende Lehre davon aus, dass die Leistungen der EO abschliessend sind und Art. 324b OR nicht zur Anwendung gelangt.<sup>15</sup> Das ist allerdings wenig konsequent. Die Autoren, welche eine Lohnfortzahlungspflicht bei fehlenden EO-Leistungen annehmen, wenn die Mutter nicht nur den Mutterschaftsurlaub bezieht, sondern auch eine Arbeitsunfähigkeit besteht, müssten konsequenter Weise im Falle einer gleichzeitigen Arbeitsunfähigkeit auch eine Verpflichtung der Arbeitgeberin annehmen, einen Ausgleich bis 80% des Lohnes zu bezahlen.

2.6. Daraus folgt, dass sehr wohl in gewissen Fällen ein Mutterschaftsurlaub nicht bezahlt oder wenigstens nicht der ganze Lohn für diese Zeit von der EO nicht abgedeckt wird. Entsprechend haben weitergehende Vereinbarungen in einem EAV oder einem GAV sehr wohl Bedeutung und sie sind auch zulässig.

2.7. Die vorstehenden Ausführungen zum Mutterschaftsurlaub sind m.E. ohne weiteres auf den Vaterschaftsurlaub übertragbar. Auch beim Vaterschaftsurlaub sind weitergehende Regeln namentlich bezüglich der Lohnzahlungspflicht sowohl in einem EAV wie auch in einem GAV durchaus relevant. Allerdings ist es keineswegs zwingend, die Praxis von damals bezüglich des Übergangsrechts auch auf den Vaterschaftsurlaub anzuwenden. Schon der unterschiedliche Umfang des gesetzlichen Anspruchs kann eine andere Behandlung rechtfertigen. Zudem bestehen gewisse entscheidende Unterschiede zum Mutterschaftsurlaub:

- Die Geburt des Kindes führt beim Vater nicht zu einer zwingenden Arbeitsunfähigkeit. Art. 35a ArG betrifft nur die Mutter.
- Der Vaterschaftsurlaub kann im Gegensatz zum Mutterschaftsurlaub ausdrücklich auch tageweise bezogen werden. Darauf ist im Zusammenhang mit Art. 329 Abs. 3 OR zurück zu kommen.
- Schliesslich regelt das Gesetz auch genau, wann der Mutterschaftsurlaub zu beziehen ist, während beim Vaterschaftsurlaub der Arbeitnehmer innerhalb der Rahmenfrist den Zeitpunkt frei bestimmen kann.

---

<sup>15</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N. 16 zu Art. 324a/b OR, die einen Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen geben.

### III. Neuer Vaterschaftsurlaub und Ansprüche aus GAV und EAV

#### 1. Bedeutung des GAV für Vaterschaftsurlaub

3.1. Wie dargelegt, macht es sehr wohl auch nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen zum Vaterschaftsurlaub Sinn, in einem EAV oder einem GAV einen Vaterschaftsurlaub zu regeln, wenn der Anspruch entweder vom zeitlichen Umfang oder von den Voraussetzungen oder von der Lohnzahlungspflicht her über die gesetzliche Regelung hinausgeht. Im Folgenden ist nun zu klären, was gelten soll, wenn in einem GAV vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen eine entsprechende Regelung vorgesehen war. Eine solche Regelung kann entweder:

- Der nunmehr Gesetz gewordenen Regelung insofern entsprechen, als ebenfalls ein zweiwöchiger Vaterschaftsurlaub unter den in Art. 329g OR vorgesehenen Bedingungen, aber mit einer Lohnfortzahlungspflicht vorgesehen ist oder
- Einen kürzeren Vaterschaftsurlaub oder unter einschränkenderen Bedingungen mit Lohnfortzahlungspflicht vorsehen oder
- Eine gegenüber dem nunmehr Gesetz gewordenen Vaterschaftsurlaub für den Arbeitnehmer günstigere Regelung vorsehen.

3.2. Ob bzw. wie diese Regelung nach Inkrafttreten des neuen Rechts weiter gilt, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Vielmehr ist dies eine Frage der Auslegung der konkreten Regelung im Gesamtarbeitsvertrag.

#### 2. Auslegung von normativen Bestimmungen eines GAV

3.3. Bezüglich des Inhalts ist bei den Gesamtarbeitsverträgen zwischen normativen, schuldrechtlichen und indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen zu unterscheiden. Bei den normativen Bestimmungen handelt es sich um von den GAV-Parteien gesetztes objektives Recht, das die beteiligten Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer unmittelbar und unabdingbar berechtigt und verpflichtet.<sup>16</sup> Sie regeln Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsvertrags der beteiligten Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer. Sie wirken bezüglich der dem Gesamtarbeitsvertrag unterstehenden Arbeitsverhältnissen wie ein Gesetz.

3.4. Bestimmungen über einen Vaterschaftsurlaub in einem Gesamtarbeitsvertrag werden in erster Linie Ansprüche der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin regeln, indem sie einerseits einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung und andererseits einen Anspruch auf Lohn-

---

<sup>16</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 803 ff.; BRUCHEZ, Handbuch, N. 44 ff. zu Art. 356 OR; DUNAND/LEMPEN/PERDEAMS, S. 357.

zahlung ohne Arbeit vorsehen. Es handelt sich folglich um normative Bestimmungen. Allenfalls sind auch indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen möglich, wenn die Finanzierung durch eine Ausgleichskasse oder eine von den Sozialpartnern gemeinsam getragene Stiftung erfolgt. Im vorliegenden Zusammenhang werden aber die normativen Bestimmungen entscheidend sein. Es ist folglich zu prüfen, nach welchen Regeln diese auszulegen sind.

**3.5.** Weil die normativen Bestimmungen wie ein Gesetz wirken, sind sie auch nach den für ein Gesetz geltenden Grundsätzen auszulegen. Dies entspricht der grundsätzlich einhelligen Lehre<sup>17</sup> und der Rechtsprechung des Bundesgerichts.<sup>18</sup> Das Bundesgericht hatte allerdings auch die Meinung vertreten, eine gewisse Einschränkung sei insofern angebracht, als die Grundlage doch ein Vertrag sei und damit dem Willen der Parteien des GAV eine etwas höhere Bedeutung zukomme, als dem Wille des Gesetzgebers.<sup>19</sup> Allerdings relativierte es später diese Einschränkung auch wieder, weil auch was nach Treu und Glauben verstanden werden könne, bei der Auslegung eine grosse Rolle spiele. Es sei stets zu prüfen, ob der nach den für die Vertragsauslegung geltenden Regeln ermittelte Sinn einer GAV Norm auch von einer durch objektive Auslegung nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Ratio gewonnen Erkenntnis gedeckt werde.<sup>20</sup> Damit gelten aber wiederum die Grundsätze der Gesetzesauslegung. Das ist insofern auch rechtsstaatlich sinnvoll, als die entsprechenden Normen ja *von Gesetzes wegen* für die Personen gelten, die selber nicht Partei des Gesamtarbeitsvertrages sind. Sie sind vielmehr diesem Unterworfen, wie einem staatlichen Gesetz. Es handelt sich insofern um eine Gesetzgebungsdelegation an Private.<sup>21</sup> Nach schweizerischer Auffassung ist es nicht so, dass die Verbände als Vertreter ihrer Mitglieder für diese Verträge abschliessen.

**3.6.** Für die Auslegung der normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ist folglich vom Wortlaut der GAV-Norm auszugehen. Ist diese Mehrdeutig oder unklar, ist das Umfeld und damit ihre systematische Stellung sowie der Wille der GAV-Parteien beizuziehen, wie sich dieser aus der Entstehungsgeschichte ergibt.<sup>22</sup> Wesentlich für die in erster Linie objektive Auslegung der Norm ist der Vertrauensschutz, der dem *Rechtsverkehr* und damit den dem GAV unterstellten Arbeitnehmer und Arbeitgeberinnen geschuldet ist, nicht den GAV-Parteien.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> RUDOLPH, S. 133; BRUCHEZ, Handbuch N. 119 zu Art. 356 OR; PORTMANN/RUDOLPH, N. 11 zu Art. 356 OR; STÖCKLI, N. 134 ff. zu Art. 356 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N. 15 zu Art. 356; VISCHER/ALBRECHT, N. 122 zu Art. 356 OR.

<sup>18</sup> BGE 140 V 449 E. 4.2.; BGE 136 III 283 E. 2.3.1; BGE 127 III 318 E. 2.

<sup>19</sup> BGE 130 V 18 E. 4.2.

<sup>20</sup> BGE 133 III 213 zu einem Sozialplan; BGE 136 III 283 E. 2.3.1.

<sup>21</sup> Vgl. im Einzelnen: STAEHELIN/ALBRECHT, N. 9 ff. zu Art. 356; STÖCKLI, N. 6 zu Art. 356 OR; VISCHER, FS Meier-Hayoz, S. 396; BGE 40 II 518 E. 5.

<sup>22</sup> STÖCKLI, N. 134 zu Art. 336 OR.

<sup>23</sup> STÖCKLI, N. 136 zu Art. 336 OR.

### 3. Folgerungen

3.7. Bezüglich der Frage, ob Bestimmungen zum Vaterschaftsurlaub in einem GAV auch nach Inkrafttreten von Art. 329g OR und der entsprechenden Bestimmungen im EOG, weiter gelten, ist folglich in erster Linie auf den Wortlaut im GAV abzustellen. Es ist zu prüfen, ob der GAV diese übergangsrechtliche Frage ausdrücklich regelt. Ist dies der Fall, gilt, was im GAV diesbezüglich steht. In aller Regel wird aber der GAV diese Frage aber nicht ausdrücklich regeln. Auch werden die sonstigen Übergangsbestimmungen im GAV diesbezüglich kaum weiterhelfen.

3.8. Damit ist als zweites Element auf den systematischen Zusammenhang und dem Zweck der Regelung im GAV abzustellen. Die Bedeutung einer entsprechenden Regelung ist unterschiedlich zu beurteilen, je nach dem ob sie im Zusammenhang mit Bestimmungen zu einem Mutter- oder Elternschaftsurlaub steht oder sich im Zusammenhang mit der Konkretisierung der üblichen freien Stunden nach Art. 329 Abs. 3 OR findet. Letztere haben – wie noch aufzuzeigen ist<sup>24</sup> - einen anderen Zweck als der Vaterschaftsurlaub nach Art. 329g OR. Von daher spricht bei einer Regelung als Konkretisierung des Anspruchs nach Art. 329 Abs. 3 OR der Zusammenhang gegen eine Konsumierung des Anspruchs durch die neue Regelung. Die Ansprüche dienen unterschiedlichen Zwecken und haben damit ohne weiteres nebeneinander Bestand. Es ist beachtlich, dass auch der Gesetzgeber den Vaterschaftsurlaub nicht anschliessend an die Bestimmung zur «Freizeit» eingeordnet hat, sondern fern ab, nach der Ferienregelung, der Regelung des Urlaubs für ausserordentliche Jugendarbeit und dem Mutterschaftsurlaub.

3.9. Etwas komplexer erweist sich die Rechtslage, wenn die Regelung im Zusammenhang mit einem Elternschaftsurlaub oder gar selbständig steht. Hier ist eine sich konsumierende Konkurrenz der Ansprüche durchaus denkbar. Hat der GAV doch sehr wohl eine Schrittmacherfunktion. Mit einer GAV-Regelung wird hin und wieder einer gesetzlichen Regelung bewusst vorgegriffen und der Weg bereitet, damit der im GAV verankerte Anspruch sehr wohl später zu einem allgemeinen gesetzlichen Anspruch werden kann.<sup>25</sup> Soweit im GAV der Anspruch allerdings weitergeht als die neue Regelung, lässt sich kaum bezweifeln, *dass dieser weitergehende Anspruch weiter bestehen soll*. Insoweit besteht zwischen dem gesetzlichen und dem Anspruch nach GAV gar keine echte Konkurrenz. Das Verhältnis zwischen dem Gesetz und dem GAV wird durch das Günstigkeitsprinzip beherrscht. GAV-Bestimmungen haben sehr wohl neben dem Gesetz bzw. zu diesem kumulierenden Bestand, wenn sie günstiger sind als das Gesetz. Ist im GAV vorgesehen, dass während eines Vaterschaftsurlaubs der Lohn zu 100% und nicht nur zu 80% bezahlt wird, besteht kein Grund, warum diese Regel nicht weitergelten soll, so dass die Arbeitgeberin das von der EO bezahlte Taggeld auf 100% aufstocken muss. Auf Grund des Günstigkeitsprinzips besteht auch ausser Zweifel, dass weiterhin ein

---

<sup>24</sup> Vgl. hinten Rz. 5.2.

<sup>25</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 792.

Anspruch auf beispielsweise vier Wochen Vaterschaftsurlaub besteht, wenn im GAV vier Wochen vorgesehen sind.

**3.10.** Fraglich kann demgegenüber sein, ob der nunmehr gesetzlich angeordnete Vaterschaftsurlaub auf den im GAV vorgesehenen Anspruch anrechenbar ist. Wenn der GAV vier Wochen Vaterschaftsurlaub mit einem Lohnanspruch von 100% vorsieht, fragt sich ob der Arbeitnehmer nun einen Anspruch auf einen zu 100% von der Arbeitgeberin bezahlten Vaterschaftsurlaub von vier Wochen *und* einen von der EO bezahlten Vaterschaftsurlaub von zwei Wochen, d.h. insgesamt somit von sechs Wochen hat oder nur von insgesamt vier Wochen, wobei zwei zu 100% von der Arbeitgeberin und zwei zu 80% von der EO bezahlt werden. Ebenfalls zu prüfen ist eine Konkurrenz für die den Umfang des nunmehr gesetzlichen Vaterschaftsurlaubs bzw. seiner Bezahlung nicht überschreitenden Ansprüche aus GAV. Hier wird entscheidend, was die GAV Parteien mit diesem Anspruch wollten. Ging es bloss um ein ganzes oder teilweises Vorwegnehmen der gesetzlichen Regelung, ist der GAV wohl dahin auszuliegen, dass der Anspruch soweit er nicht weiter geht als der nunmehr Gesetz gewordene durch die gesetzliche Regelung konsumiert wurde. War demgegenüber beabsichtigt, mit dieser GAV-Regelung die dem GAV unterstehenden Arbeitnehmer bewusst gegenüber anderen Arbeitnehmern in diesem Punkt besser zu stellen, spricht diese Absicht der GAV-Parteien sehr wohl für ein Weitergelten dieser Regelung, d.h. für eine vollständige Kumulation der Ansprüche aus GAV und aus Gesetz. Ein solcher Wille ist insbesondere zu vermuten, wenn die Entstehungsgeschichte des GAV belegt, dass der entsprechende Anspruch auf Vaterschaftsurlaub durch Verzicht bzw. Nachgeben bezüglich anderer Leistungen ausgehandelt worden ist. Es wird damit unumgänglich für die Auslegung jeden GAV's auf die Materialien zurück zu greifen und die Verhandlungsverläufe zu analysieren. Dabei werden die Kommunikationen, welche die Verhandlungsdelegationen bzw. die Verbände gegenüber ihren Mitgliedern gemacht haben, um die Zustimmung zum ausgehandelten GAV zu erwirken, Bedeutung erlangen. Zu beachten ist immerhin, dass die Kosten für den gesetzlichen Vaterschaftsurlaub nicht die Arbeitgeberinnen, sondern die Sozialversicherung trägt. Ersetzt das neue Recht eine gesamtarbeitsvertragliche Regelung, stellt dies eine erhebliche finanzielle Entlastung der Arbeitgeberinnen dar, auch wenn sie die Hälfte der Beiträge an die Sozialversicherung bezahlen. Es liegt allerdings auf der Hand, dass es schwierig sein kann, im Nachhinein den damaligen Willen der GAV-Vertragsparteien zu eruieren. Um so mehr der entsprechende Punkt Gegenstand von ausgiebigen Verhandlungen und namentlich auch Kostenberechnungen war, umso mehr ist zu vermuten, dass der Vaterschaftsurlaub für Leistung und Gegenleistung innerhalb der Verhandlungen Bedeutung hatte und damit durch Zugeständnisse der Arbeitnehmerseite «erkauft» wurde. Das bedeutet dann aber auch, dass damit eine Besserstellung der Arbeitnehmer gegenüber dem Gesetz beabsichtigt war und es nicht nur darum ging, das entsprechende Gewerbe (gemeinsam) als familienfreundlich und modern zu positionieren. Dann ist aber eine echte Kumulation anzunehmen. Dass in aller Regel kaum festgestellt werden kann, auf welche Forderung arbeitnehmerseitig zu Gunsten eines Vaterschaftsurlaubs verzichtet wurde, liegt

auf der Hand. Das kann aber auch nicht massgeblich sein. Es geht vielmehr um eine Gesamteinschätzung. Dass der Vaterschaftsurlaub nicht den Zweck hatte die Arbeitnehmer gegenüber dem Gesetz besser zu stellen, sondern nur der Betonung eines modernen und familienfreundlichen Personalmanagements dienen sollte, dürfte selten zutreffen. Das ist aber in keiner Weise auszuschliessen, namentlich, wenn es um typische Frauenberufe geht, und in Tendenzbetrieben.

**3.11.** Von grosser Bedeutung kann auch sein, wann der GAV abgeschlossen worden ist. Handelt es sich um einen Vertrag, der in einem Zeitpunkt abgeschlossen worden ist, in dem bereits mit der Regelung eines Vaterschaftsurlaubs im Gesetz gerechnet werden musste, spricht einiges dafür, im Verzicht auf eine entsprechende Übergangsregelung ein qualifiziertes Schweigen zu sehen und damit von einem uneingeschränkten Weitergelten der entsprechenden GAV-Norm auszugehen. Dann tritt der nunmehr Gesetz gewordene Anspruch kumulativ zum Anspruch nach GAV hinzu. War im Zeitpunkt der entsprechenden Vereinbarung demgegenüber die Gesetzesentwicklung nicht vorhersehbar, kann aus dem Fehlen einer entsprechenden Übergangsbestimmung nichts geschlossen werden.

**3.12.** Es ergibt sich somit, dass die Frage, ob ein in einem GAV vorgesehener Vaterschaftsurlaub kumulativ zum nunmehr Gesetz gewordenen Anspruch hinzukommt, nicht allgemein beantwortet werden kann. Vielmehr handelt es sich um die Auslegung der konkreten GAV-Norm, welche nach dem Wortlaut, dem systematischen Zusammenhang und der Entstehungsgeschichte der Norm erfolgen muss.

## IV. Vaterschaftsurlaub und Art. 324a Abs. 1 OR und Art. 36 Abs. 3 ArG

**4.1.** Wie beim Mutterschaftsurlaub ist auch beim Vaterschaftsurlaub davon auszugehen, dass dieser die Lohnfortzahlungspflicht bei einer Arbeitsverhinderung nach Art. 324a OR nicht konsumiert. Besteht die Arbeitsbefreiung nicht deshalb, weil der Arbeitnehmer seinen Vaterschaftsurlaub nach Art. 329g OR bezieht, sondern weil eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, die unter Art. 324a OR fällt, schuldet die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer den entsprechenden Lohn, wobei er sich anrechnen lassen muss, was er anderweitig verdient hat. Das hat bei verschiedenen Sachverhalten Bedeutung. Zu denken ist insbesondere an die folgenden drei Konstellationen:

**4.2.** Ist der Arbeitnehmer wegen einer Erkrankung oder eines Unfalls während seines Vaterschaftsurlaubs nicht Arbeitsfähig, besteht kein Grund, warum die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR nicht greifen soll. Weil der Vaterschaftsurlaub – im Gegensatz zum Mutterschaftsurlaub – auch tageweise bezogen werden darf, kann der Arbeitnehmer seinen Vaterschaftsurlaub unterbrechen. Dann entfällt der Anspruch auf EO-Taggelder. Dafür hat er einen



vollen Lohnanspruch nach Art. 324a OR. Art. 16m EOG regelt diese Frage in keiner Weise. Diese Bestimmung betrifft nur das Verhältnis zwischen Sozialversicherungen und nicht zwischen diesen und dem Arbeitsvertragsrecht. Zudem setzt die Konkurrenz der Sozialversicherungen voraus, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf EO-Taggelder auf Grund des Bezugs des Vaterschaftsurlaubs hat. Ob er aber diesen bezieht oder eben nicht, weil er ohnehin wegen Arbeitsunfähigkeit seine Arbeit nicht leisten muss, regelt die Bestimmung nicht.

**4.3.** Nicht geklärt ist das Verhältnis zwischen Art. 329g OR und Art. 36 Abs. 3 ArG. Der Anspruch auf Arbeitsbefreiung von maximal drei Tagen nach Arbeitsgesetz besteht nur, wenn die Betreuung wegen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung des Kindes erforderlich ist, nicht aber wenn das Kind gesund ist und der Betreuung bedarf.<sup>26</sup> Die Arbeitsbefreiung nach Art. 36 Abs. 3 ArG stellt eine Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a OR dar, so dass ein Lohnanspruch besteht, wenn die übrigen Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind.<sup>27</sup> Auch hier ist nicht einzusehen, warum der Umstand, dass sich der Vater ohnehin um das Kind kümmert, weil er den Vaterschaftsurlaub bezieht, seinen Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR entgegenstehen soll. Nach dieser Bestimmung besteht ein Anspruch auf den vollen Lohn, nicht nur auf 80% und es gibt keine Obergrenze wie für die Taggelder. Überdies ist zu beachten, dass der Vaterschaftsurlaub im Gegensatz zum Mutterschaftsurlaub tageweise bezogen werden kann, so dass der Arbeitnehmer dessen Bezug während der Krankheit des Kindes aussetzen und damit ausschliesslich den Lohn nach Art. 324a OR beziehen kann. Das erlaubt ihm die entsprechenden Tage später noch als Vaterschaftsurlaub zu Lasten der EO zu beziehen.

**4.4.** Art. 324a OR gewährt auch einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung und Lohnfortzahlung, wenn der Arbeitnehmer aufgrund «gesetzlicher Pflichten» an der Arbeitsleistung verhindert ist. Die Betreuung eines Kleinkindes ist für die Eltern sehr wohl eine gesetzliche Pflicht. Betreut die Mutter das Kind, während der Vater einer Erwerbstätigkeit nachgeht, ist es möglich, dass wegen einer Erkrankung der Mutter oder einem anderen bei ihr liegenden zwingenden Grund, sie zu einem Zeitpunkt an der Betreuung verhindert ist, in dem der Vater seinen Vaterschaftsurlaub nicht bezieht. Obgleich der Vaterschaftsurlaub nach Art. 329g Abs. 3 OR auch tageweise bezogen werden kann, ist er nicht verpflichtet für die nunmehr von ihm zu erbringende Betreuung, diesen Urlaub zu beziehen. Vielmehr liegt eine Verhinderung nach Art. 324a OR vor, die ihm – sofern die die weiteren Voraussetzungen gegeben sind – einen Anspruch auf volle Lohnzahlung gewährt.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> LORETZ, S. 53.

<sup>27</sup> WYLER, N. 7 zu Art. 36 ArG; LORETZ, S. 55.

<sup>28</sup> Vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 484a; LORETZ, S. 19.

## V. Vaterschaftsurlaub und Art. 329 Abs. 3 OR

5.1. Als Familienanlass, der zur Freizeit nach Art. 329 Abs. 3 OR berechtigt, gilt anerkanntermassen die Geburt eines eigenen Kindes.<sup>29</sup> Ob eine Lohnfortzahlungspflicht besteht oder nicht, ist in der Lehre streitig und hängt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts davon ab, ob der Arbeitnehmer im Monatslohn oder im Stundenlohn angestellt ist.<sup>30</sup>

5.2. Mit dem Anspruch auf die «üblichen freien Stunden und Tagen» wird ein anderer Zweck verfolgt als mit dem Vaterschaftsurlaub. Bei Art. 329 OR geht es um ein Ereignis; Art. 329g OR verfolgt demgegenüber den Aufbau einer Beziehung und das Einspielen von familiären Betreuungsaufgaben. Zwischen den beiden Ansprüchen des Arbeitnehmers besteht folglich mangels gleicher Ausrichtung auch keine Konkurrenz. Der Gesetzgeber hat – wie bereits ausgeführt<sup>31</sup> – diese unterschiedliche Funktion mit der systematischen Einordnung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Zu beachten ist auch, dass die wegen der Geburt eines Kindes gewährten freien Tage auch den Tag der Geburt erfassen. Gemäss Art. 329g Abs. 2 OR muss der Vaterschaftsurlaub aber innert sechs Monaten *nach der Geburt* des Kindes bezogen werden. Der Tag der Geburt kann folglich gar nicht als Vaterschaftsurlaub bezogen werden. Auch das zeigt, dass die üblichen Freien Tage bei der Geburt eines Kindes durch den Vaterschaftsurlaub nicht konsumiert werden. Der in einem GAV festgelegte Anspruch auf freie Tage nach Art. 329 Abs. 3 OR bei der Geburt eines Kindes wird folglich durch die neue Gesetzgebung gar nicht betroffen.

## VI. Beantwortung der Fragen

6.1. Auch nach Inkrafttreten der neuen Regeln zum Vaterschaftsurlaub macht es sehr wohl einen Sinn in einem GAV weiterhin Regeln zum Vaterschaftsurlaub aufzustellen. Die gesetzliche Regelung enthält eine Vielzahl von Lücken bezüglich der Geldleistungen für diese Zeit und auch einige Unklarheiten. Von daher kann in einem GAV nicht nur ein längerer Vaterschaftsurlaub vorgesehen werden, sondern vielmehr können auch weitere Bestimmungen sinnvoll sein, welche die Länge des Urlaubs nicht betreffen. Regelungen zum Vaterschaftsurlaub haben in einem GAV folglich trotz des neuen gesetzlichen Anspruchs sehr wohl Sinn.

6.2. Ob Regelungen in vor Inkrafttreten des neuen Rechts abgeschlossenen GAV's nach Inkrafttreten weiter gelten und die Ansprüche aus dem GAV namentlich bezüglich der Dauer

---

<sup>29</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N. 6 zu Art. 329 OR; CARRUZZO, N. 7 zu Art. 329 OR; Portmann/Rudolph, N. 15 zu 329 =R.

<sup>30</sup> CARRUZZO, N. 7 zu Art. 329 OR; BGer 4C.459/1997 vom 7. April 1998, JAR 1999, S. 232.

<sup>31</sup> Vorn Rz. 3.8.

des Vaterschaftsurlaubes zusätzlich zum gesetzlichen Anspruch bestehen oder nicht, ist eine Frage der Auslegung des GAV, die nach den vorn dargelegten Grundsätzen zu erfolgen hat.

6.3. Entsprechend lässt sich auch die Frage, ob der gesetzliche Vaterschaftsurlaub zu den bereits bestehenden gesamt-arbeitsvertraglichen Lösungen dazugezählt wird oder diesen ersetzt, nicht allgemein beantworten. Soweit es nicht um die Länge des Urlaubes geht, sondern um die Höhe der Vergütung während des Urlaubs und deren Voraussetzungen, ist – sofern keine andere übergangsrechtliche Regelung im GAV nachgewiesen ist – das Günstigkeitsprinzip massgebend. Es ist zu vermuten, dass die günstigere Regelung gemäss GAV weiterhin gilt.

6.4. Das Günstigkeitsprinzip ist – mangels anderer Regelung im GAV - auch massgebend, soweit es um die Frage geht, ob eine in einem GAV verankerte längere Dauer des Vaterschaftsurlaubes einschliesslich der entsprechenden Lohnzahlungspflicht weiter gelten soll. Das die GAV-Parteien die entsprechende Regelung nur solange wollten, wie es im Gesetz überhaupt keinen Vaterschaftsurlaub gibt, ist nicht zu vermuten. Demgegenüber ist die Auslegung des GAV sehr viel heikler, wenn es darum geht zu beurteilen, ob die Dauer des im GAV bisher vorgesehenen Vaterschaftsurlaub und die neu im Gesetz vorgesehenen zwei Wochen Vaterschaftsurlaub nebeneinander bezogen werden könne, d.h. sich der bisherige Vaterschaftsurlaub schlicht um zwei Wochen verlängert. Das kann nur auf Grund einer genaueren Auslegung des GAV beurteilt werden.

6.5. Demgegenüber ist m.E. klar, dass der Vaterschaftsurlaub die üblichen freien Stunden und Tage nach Art. 329 Abs. 3 OR bei Geburt des eigenen Kindes nicht ersetzt. Die beiden Ansprüche auf Arbeitsbefreiung haben einen vollständig anderen Zweck.

\*\*\*\*\*

\*\*\*

\*



**Literatur:**

- CHRISTIAN BRUCHEZ**, La nouvelle assurance-maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail, SJ 2005 II S. 247 ff. ;
- CHRISTIAN BRUCHEZ**, in : Schweizerischer Gewerkschaftsbund (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009;
- PHILIPPE CARRUZZO**, Le contrat individuel de travail, Zürich/Basel/Genf 2009 ;
- ERIC CEROTTINI**, in: Dunand/Mahon(Hrsg), Commentaire du droit de travail, Berne 2013 ;
- JEAN-PHILIPPE DUNAND/KARINE LEMPEN/ELSA PERDEAMS**, Droit du travail, Bâle/Neuchâtel 2020;
- THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI**, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019;
- KATJA LORETZ**, Arbeitsverhinderung auf Grund von pflegebedürftigen Kindern oder Haustieren, Zürich/St. Gallen 2021;
- WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH**, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.) Basler Kommentar zum OR Bd I, 2020;
- MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI**, Berner Kommentar, 2010;
- ROGER RUDOLPH**, Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, Habil., Zürich 2021;
- ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH**, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, Zürich 2012;
- JEAN-FRITZ STÖCKLI**, Berner Kommentar, 1999;
- OLIVIER SUBILIA**, La nouvelle loi sur l'allocation pour perte de gain et maternité, AJP 2005, S. 1469 ff. ;
- OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC**, Droit de Travail, Lausanne 2010 ;
- FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER**, Der Arbeitsvertrag, Basel 2014;
- FRANK VISCHER**, Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschaftsordnung, in: Forstmoser/Schluep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, FS für Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 395 ff.;
- FRANK VISCHER/ANDREAS ALBRECHT**, ZÜRCHER KOMMENTAR, 2006;
- RÉMY WYLER**, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
- RÉMY WYLER/BORIS HEINZER**, Droit du travail, Berne 2019 .