

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 Gesetzesnovelle¹ 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.² Andererseits wurde im Erwerbsersatzgesetz³ eine neue Entschädigung eingeführt. Väter haben während dieses Urlaubs Anspruch auf Erwerbsersatz gegenüber der Sozialversicherung.⁴ Das Gesetz war ein indirekter Gegenvorschlag zu einer Volksinitiative, die einen mindestens vierwöchigen durch die Erwerbsersatzordnung finanzierten Vaterschaftsurlaub forderte.

¹ Curia Vista 18.441 und 18.052.

² Art. 329g Abs. 1 OR.

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

⁴ 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.⁵ 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

⁵ Art. 329f OR.

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

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 Punkten⁷:

- 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,⁸ 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.»⁹ Es

⁶ Art. 16b ff. und Art. 16i ff. EOG.

⁷ 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,

⁸ Bericht BBl 2019 3410.

⁹ 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,¹⁰ 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 erfüllt¹¹, nimmt die Lehre eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a OR an.¹² 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.¹³ 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.¹⁴ 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

¹⁰ Art. 329f OR.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ Insb. WYLER/HEINZER, S. 292.

¹⁴ 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.¹⁵ 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.

¹⁵ 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.¹⁶ 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-

¹⁶ 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 Lehre¹⁷ und der Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹ 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.²² 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.²³

¹⁷ 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.

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

¹⁹ BGE 130 V 18 E. 4.2.

²⁰ BGE 133 III 213 zu einem Sozialplan; BGE 136 III 283 E. 2.3.1.

²¹ 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.

²² STÖCKLI, N. 134 zu Art. 336 OR.

²³ 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 ist²⁴ - 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.²⁵ 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

²⁴ Vgl. hinten Rz. 5.2.

²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷ 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.²⁸

²⁶ LORETZ, S. 53.

²⁷ WYLER, N. 7 zu Art. 36 ArG; LORETZ, S. 55.

²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰

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 ausgeführt³¹ – 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

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

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

³¹ 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 .