

Bei **Schwangerschaft der Arbeitnehmerin** hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang zu entrichten (Art. 324a Abs. 3 OR) ⁸.

⁸ Seit Einführung der **Mutterschaftsversicherung** am 1. Juli 2005 findet Art. 324a Abs. 3 OR nur noch auf Fälle Anwendung, in denen eine Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft arbeitsunfähig wird, bzw. wenn nach der Geburt die Voraussetzungen für die Mutterschaftsentschädigung gemäss Art. 16b EOG (Erwerbsersatzgesetz) nicht erfüllt sind. Nach der Geburt des Kindes hat eine Arbeitnehmerin gemäss Art. 329f OR Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen. Während dieser Zeit steht ihr an Stelle der Lohnzahlung eine **Mutterschaftsentschädigung** gemäss dem Erwerbsersatzgesetz (EOG) zu.

Gemäss EOG hat eine **unselbständig oder selbständig erwerbstätige Mutter** während **98 Tagen** (14 Wochen mal 7 Tage) einen Anspruch auf ein Taggeld im Umfang von 80 Prozent des vor der Niederkunft durchschnittlich erzielten Erwerbseinkommens, höchstens aber **Fr. 220 pro Tag** (Art. 16f Abs. 1 EOG). Der Taggeldanspruch beginnt am Tag der Geburt und endet vorzeitig, wenn die Mutter ihre Erwerbstätigkeit wieder aufnimmt (gilt auch bei Teilzeit) oder wenn sie stirbt (Art. 16d EOG).

Ein Taggeldanspruch besteht jedoch nur, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 16b ff. EOG):

- die Frau muss während neun Monaten vor der Geburt im Sinne des **AHV-Gesetzes obligatorisch versichert** gewesen sein, also z.B. während dieser Zeit Wohnsitz in der Schweiz gehabt haben.
- in dieser Zeit muss sie mindestens **fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit** ausgeübt haben;
- im Zeitpunkt der Geburt muss die Frau **angestellt** oder **selbständig erwerbend** sein oder im Betrieb des Ehegatten mitarbeiten und einen Barlohn beziehen. Egal ist, ob nach dem Mutterschaftsurlaub das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird. **Arbeitslose Frauen** müssen im Zeitpunkt der Geburt des Kindes von der Arbeitslosenversicherung ein Taggeld beziehen oder wenigstens die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von ALV-Taggeldern erfüllen.

Beispiel: • Eine Arbeitnehmerin im 3. Dienstjahr kann wegen Komplikationen in der Schwangerschaft die letzten 12 Wochen vor der Geburt nicht mehr arbeiten. Kommt die Zürcher Skala zur Anwendung, hat sie, gestützt auf Art. 324a Abs. 3 OR, während 9 Wochen Anspruch auf 100% ihres Gehalts. Während der letzten drei Wochen ihrer Arbeitsverhinderung hat sie keinen Lohnanspruch.

Nach der Geburt kann die Mutter während 14 Wochen Mutterschaftsurlaub beziehen und bekommt während 98 Tagen 80% ihres Lohnes ausbezahlt.

Bei der **Hospitalisierung des Neugeborenen** nach Art. 329f Abs. 2 OR **verlängert** sich der Urlaub von 14 Wochen um die Dauer der Hospitalisierung, höchstens jedoch um acht Wochen (Art. 329g^{bis} Abs. 3 OR).

Im Weiteren ist zu beachten:

- Das Taggeld wird nicht automatisch ausbezahlt. Die Frauen müssen sich bei der zuständigen **Ausgleichskasse** melden. Der Anspruch verjährt nach fünf Jahren.
- Wer Mutterschaftsentschädigung bezieht, erhält in dieser Zeit **kein anderes Taggeld** von der Arbeitslosenversicherung, der Invalidenversicherung, der Unfallversicherung oder der Militärversicherung.
- Das maximale Taggeld wird mit einem Monatseinkommen von 8'250 Franken (Fr. 8'250 x 0,8 / 30 Tage = 220 Franken) und bei Selbständigerwerbenden mit einem Jahreseinkommen von Fr. 99'000 (Fr. 99'000 x 0,8 / 360 Tage) erreicht. Erzielt eine Frau einen höheren Verdienst, ist der **Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Differenz auszugleichen**.
- Auf der Mutterschaftsentschädigung sind AHV/IV- und EO-Beiträge zu entrichten. Bei Arbeitnehmerinnen - nicht aber bei selbständig Erwerbenden - sind zusätzlich AIV-Beiträge zu entrichten.

Stirbt die Arbeitnehmerin am Tag der Geburt oder in den 97 darauffolgenden Tagen, erlangt der andere Elternteil (Vater oder Ehefrau der Mutter) einen Anspruch auf Urlaub von 14 Wochen, um sich um das Neugeborene kümmern zu können. Der Anspruch ist unabhängig davon, wie viele Taggelder die verstorbene Mutter seit der Geburt des Kindes bis zu ihrem Tod bereits bezogen hat. Dieser Urlaub muss ab dem Tag nach dem Tod an aufeinanderfolgenden Tagen bezogen werden (Art. 329g^{bis} Abs. 1 OR).

Der Urlaubsanspruch besteht, wenn das Kindesverhältnis am Todestag begründet ist oder während der 14 Wochen danach begründet wird (Art. 329g^{bis} Abs. 2 OR).

Stirbt der andere Elternteil während der sechs Monate nach der Geburt des Kindes, hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf zwei Wochen zusätzlichen Urlaub, den sie innert einer Rahmenfrist von sechs Monaten ab dem Tag nach dem Tod wochen- oder tageweise beziehen kann (Art. 329f Abs. 3 OR).

i) Gewährung von Freizeit und Ferien

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer **pro Woche einen freien Tag** zu gewähren, in der Regel den Sonntag oder, wo dies nicht möglich ist, einen vollen Werktag (Art. 329 Abs. 1 OR).

Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer die **üblichen freien Stunden und Tage** zur Erledigung **persönlicher Angelegenheiten** gewähren, sofern dazu die normale Freizeit nicht ausreicht (Art. 329 Abs. 3 OR). Es handelt sich hier um **kurzfristige Arbeitsbefreiung aus besonderem Anlass**, insbesondere zur Erledigung persönlicher Angelegenheiten, wie z.B. Behördengänge, Aufsuchen eines Arztes, Zahnarztes oder Rechtsanwalts, Wohnungswechsel, Absolvierung von Prüfungen, z.B. der Fahrprüfung, sofern diese Anlässe nicht in die Freizeit verlegt werden können. Auch Krankenbesuche bei Spitalaufenthalt naher Verwandter gehören hierher.

Als wichtige Familienanlässe sind anerkannt die eigene Hochzeit und die Hochzeit naher Verwandter, die Geburt eines eigenen Kindes⁹ oder ein Todesfall in der engeren Familie. Fürs Zügeln sind ebenfalls die üblichen freien Stunden oder Tage zu gewähren. Nach erfolgter Kündigung muss im gleichen Umfang die **erforderliche Zeit für die Stellensuche** gewährt werden.

Ob überhaupt und wenn ja wie viel Freizeit zu gewähren ist, bestimmt das Gesetz nicht. Der Anspruch ergibt sich aus der **betrieblichen oder branchenmässigen Übung**, ausser es besteht eine Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder es komme ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) zur Anwendung. In verschiedenen **Gesamtarbeitsverträgen** wird der Anspruch auf die üblichen freien Stunden und Tage gemäss Art. 329 Abs. 3 OR detailliert geregelt. (vgl. z.B. Art. 20 des Landes-Gesamtarbeitsvertrags für das Gastgewerbe [L-GAV]).

Streitig ist, ob der Arbeitgeber für die ausserordentlich gewährte Freizeit **Lohn zu bezahlen hat**, wenn der Arbeits- oder ein Gesamtarbeitsvertrag keine Regelung enthält. Das OR regelt die Frage nicht. Anerkannt ist, dass eine Lohnzahlungspflicht nur besteht, wenn die Arbeitsleistung unzumutbar ist (z.B. eigene Heirat oder Tod des Partners; nicht aber Tod oder Heirat des Cousins), der Grund der Verhinderung in der Person des Arbeitnehmers liegt und unverschuldet ist.¹⁰

⁹ Vgl. auch die Ausführungen zum Mutterschaftsurlaub auf S. 21 und nachfolgende Ausführungen.

Seit dem 1. Januar 2021 hat ein Arbeitnehmer, der im Zeitpunkt der Geburt eines Kindes dessen rechtlicher Vater ist oder dies innerhalb der folgenden sechs Monate wird, einen Anspruch auf einen Urlaub von zwei Wochen (Vaterschaftsurlaub). **Das Inkrafttreten der «Ehe für alle» am 1. Juli 2022 machte es notwendig, Anpassungen vorzunehmen, weil nicht nur ein Arbeitnehmer, sondern auch eine Arbeitnehmerin (die Ehefrau der Mutter) der rechtliche andere Elternteil des Kindes sein kann.**

Seit dem 1. Januar 2024 heisst der «Vaterschaftsurlaub» «Urlaub des andern Elternteils» und steht neben dem rechtlichen Vater auch einer Arbeitnehmerin zu, die im Zeitpunkt der Geburt des Kindes der rechtliche andere Elternteil ist, sofern die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 16i EOG erfüllt sind. Die 14 Taggelder können am Stück oder tageweise bezogen werden (siehe Art. 16k EOG). Der Anspruch erlischt, wenn die freien Tage nicht innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt bezogen werden (Art. 329g OR).

Während des **Urlaubs hat der andere Elternteil** keinen Anspruch auf Lohn, sondern auf **Erwerbssersatz**. Die Ausgleichskasse zahlt für die zehn arbeitsfreien Tage 14 Taggelder, die, wie bei der Mutterschaft und dem Betreuungsurlaub, 80% des durchschnittlichen Einkommens, maximal 220 Franken betragen.

Am 1. Juli 2021 trat Art. 329i OR in Kraft. Nach dieser Bestimmung hat eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer Anspruch auf einen **Betreuungsurlaub** von **höchstens 14 Wochen**, falls ein Anspruch auf eine **Betreuungsentschädigung** nach den Art. 16n – 16s Erwerbssersatzgesetz (EOG) besteht, weil ihr oder sein Kind wegen Krankheit oder Unfall **gesundheitlich schwer beeinträchtigt** ist.

Während des Betreuungsurlaubs besteht kein Anspruch auf Lohnzahlung durch den Arbeitgeber, sondern auf höchstens 98 Taggelder Erwerbssersatz. Das Taggeld beträgt 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, das vor Beginn des Anspruchs erzielt wurde, maximal 220 Franken (Art. 16l und 16m EOG).

Seit dem 1. Januar 2023 haben Arbeitnehmer/innen, die ein Kind zur Adoption aufnehmen, Anspruch auf zwei Wochen **Adoptionsurlaub**, falls die Voraussetzungen von Art. 16t EOG erfüllt sind (Art. 329j OR).

¹⁰ Am 1. Januar 2021 ist Art. 329h OR in Kraft getreten. Danach hat die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer Anspruch auf **bezahlten Urlaub** für die Zeit, die zur Betreuung eines Familienmitglieds, der Lebenspartnerin oder des Lebenspartners mit gesundheitlicher Beeinträchtigung notwendig ist; der Urlaub beträgt jedoch höchstens **drei Tage** pro Ereignis und höchstens **zehn Tage** pro Jahr.

k) Ferienkürzung bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung

Ist ein Arbeitnehmer während längerer Zeit an der Arbeitsleistung verhindert, darf der Arbeitgeber von Gesetzes wegen den **Ferienanspruch kürzen (Art. 329b OR)**. Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

- Ist der Arbeitnehmer **durch eigenes Verschulden**¹¹ während eines **Dienstjahres** um **mehr als einen Monat** an der Arbeitsleistung verhindert, darf der Arbeitgeber den Ferienanspruch für jeden **vollen Monat** der Verhinderung um **einen Zwölftel** kürzen (Art. 329b Abs. 1 OR).

Beispiel: ● Eine Arbeitnehmerin unternimmt in Flipflops eine schwierige Bergwanderung. Wegen des ungeeigneten Schuhwerks rutscht sie aus und stürzt über eine Geröllhalde. Dabei wird sie verletzt und muss hospitalisiert werden.

Dauert die Arbeitsverhinderung 3 Wochen: **keine** Ferienkürzung.

Bei 3½ Monaten Arbeitsverhinderung: Ferienkürzung um drei Zwölftel.

Eine Arbeitsverhinderung ist nur an **Arbeitstagen** möglich. Deshalb wird für den vollen Abwesenheitsmonat **nicht** auf den Kalendermonat, z.B. 30 Tage, sondern auf den **Arbeitsmonat** abgestellt. Nach Gerichtspraxis hat ein Arbeitsmonat bei einer Fünftagewoche und einem Pensum von 100 Prozent im Schnitt **21,75 Arbeitstage**. Sobald die Arbeitsverhinderung 21,75 Arbeitstage beträgt, liegt ein voller Abwesenheitsmonat vor.

- Ist der Arbeitnehmer im Laufe eines Dienstjahres **ohne eigenes Verschulden** (Krankheit, Unfall, Militärdienst etc.) **mehr als einen Monat** an der Arbeitsleistung verhindert, darf der Arbeitgeber die Ferien nur kürzen, wenn die Arbeitsunfähigkeit mindestens **zwei volle Monate** gedauert hat. Ab dem zweiten Monat darf der Ferienanspruch um je einen Zwölftel pro vollen Monat der Verhinderung gekürzt werden (Art. 329b Abs. 2 OR).

Beispiel: ● Bei 3½ Monaten Militärdienst: Ferienkürzung um zwei Zwölftel.

In folgenden Fällen dürfen die **Ferien nicht gekürzt** werden:

- Wenn eine **Arbeitnehmerin** wegen **Schwangerschaft** bis zu **zwei Monaten** an der Arbeitsleistung verhindert ist oder wenn eine Arbeitnehmerin **Mutterschaftsurlaub** nach Art. 329f OR bezogen hat (Art. 329b Abs. 3 lit. a und b OR).

Beispiel: ● Bei 3½ Monaten Arbeitsunfähigkeit wegen Schwangerschaft:
Ferienkürzung um einen Zwölftel.

Keine Kürzung des Ferienanspruchs, wenn die erwerbstätige Mutter während 14 Wochen Mutterschaftsurlaub gemäss EOG bezogen hat.

- Wenn eine Arbeitnehmerin **oder ein Arbeitnehmer den Urlaub des anderen Elternteils nach Art. 329g OR oder den Urlaub im Falle des Todes der Mutter nach Art. 329g^{bis} OR** (Art. 329b Abs. 3 lit. c OR); oder

wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer einen **Betreuungsurlaub** nach Art. 329i OR (Art. 329b Abs. 3 lit. d OR); oder

einen **Adoptionsurlaub** nach Art. 329j OR bezogen hat (Art. 329b Abs. 3 lit. e OR).

¹¹ Eigenes Verschulden liegt z.B. vor, wenn einem Taxichauffeur wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand der Führerausweis entzogen wird und er während dieser Zeit seinem Arbeitgeber nicht zur Verfügung steht.

Unbezahlter Urlaub gilt nach heute herrschender Lehre **nicht** als selbstverschuldete Arbeitsverhinderung. Weil während dieser Zeit gar keine Arbeitspflicht besteht, liegt auch keine Arbeitsverhinderung vor. Das bedeutet, der Arbeitgeber kann nach dem Grundsatz „ohne Arbeit keine Ferien“ die Ferien bereits ab dem ersten Fehltag kürzen, wenn er will. Gleiches gilt z.B. auch, wenn der Arbeitnehmer „blau macht“.

Der Grundsatz „ohne Arbeit keine Ferien“ gilt nicht absolut. Im Falle der Freistellung oder wenn infolge schlechter Auftragslage keine Arbeit vorhanden ist, wächst das Ferienguthaben trotzdem an.