

Merklblatt: Neuer Betreuungsurlaub (Art. 329h und 329i OR)

a) Allgemeines

Im 2021 werden zwei Arten des Betreuungsurlaubes eingeführt. Einerseits tritt der Urlaub für die Betreuung von Angehörigen mit Art. 329h OR ab dem 1. Januar 2021 in Kraft. Damit haben Arbeitnehmende Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Lohnfortzahlung bei kurzen Arbeitsabwesenheiten von maximal drei Tagen für die notwendige Betreuung von Kindern, Familienmitgliedern und des/der Lebenspartner/-in. Andererseits haben Eltern von gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern mit Einführung des Art. 329i OR per 1. Juli 2021 künftig Anspruch auf einen bezahlten Betreuungsurlaub von bis zu 14 Wochen.

b) Urlaub für die Betreuung von Angehörigen (329h OR, per 1. Januar 2021)

Kreis der Angehörigen

Bei den Familienmitgliedern handelt es sich um Verwandte in auf- und absteigender Linie (hauptsächlich die Eltern und die Kinder) sowie die Geschwister. Hinzu kommen der/die Ehegatte/-in, der/die eingetragene/-r Partner/-in, die Schwiegereltern sowie der/die Lebenspartner/-in, der/die mit der/dem Arbeitnehmenden seit mindestens fünf Jahren einen gemeinsamen Haushalt führt.

Dauer des Urlaubs

Die Dauer des Urlaubs beträgt drei Tage pro Ereignis. Der Urlaubsanspruch gilt einmalig pro Beeinträchtigung und nicht in wiederholender Weise, auch wenn bei Langzeiterkrankungen wiederholt Krisen auftreten, die jedes Mal Betreuung erfordern. Die jährliche Obergrenze liegt bei zehn Tagen. Eine Person kann sich demnach zum Beispiel um ein krankes Kind, ihren Vater, ihren Bruder und ein anderes krankes Kind kümmern, sofern alle Abwesenheiten zusammen nicht mehr als zehn Tage ergeben. Ausschlaggebendes Jahr ist jeweils das Dienstjahr. Zu beachten ist, dass die Obergrenze von zehn Tagen nicht für die Betreuung von gesundheitlich beeinträchtigten Kindern gilt (siehe lit. c).

Teilzeitbeschäftigte haben im gleichen Umfang wie die Vollzeitbeschäftigten Anspruch auf arbeitsfreie Tage. Zu entschädigen ist dabei der effektive Lohnausfall. Berechnungsgrundlage ist die vertraglich vereinbarte Normalarbeitszeit. Das heisst, es sind nur die Tage zu entschädigen, an denen gemäss der vertraglich vereinbarten Einsatzzeit effektiv gearbeitet worden wäre.

Voraussetzungen

Voraussetzung für den Urlaubsanspruch sind gesundheitliche Beeinträchtigungen. Dieser Begriff umfasst somit neben einer Krankheit oder einem Unfall auch eine Behinderung. Die Notwendigkeit einer Betreuung hängt unter anderem davon ab, ob andere Personen die Betreuung übernehmen könnten. Zu erwägen sind hier auch Familienmitglieder. Ein anderes Familienmitglied muss verfügbar sein und in zumutbarer Weise intervenieren können, zum Beispiel in der Nähe wohnen. Dass eine andere Person Anspruch auf einen Urlaub hat, schliesst den Anspruch an sich nicht aus. Es ist Sache der Familie zu entscheiden, wer zu welchem Zeitpunkt Urlaub bezieht. Der Betreuungsbedarf einer Person ist ebenfalls ein Kriterium für die Notwendigkeit. So wird die Betreuung eher als notwendig erachtet, wenn es sich um ein minderjähriges Kind oder ein Kleinkind handelt. Ein Arztzeugnis wird nicht explizit verlangt, dennoch ist der/die Arbeitnehmende für die gesundheitliche Beeinträchtigung beweispflichtig, weshalb die Arbeitgeber die Vorlage eines Arztzeugnisses verlangen können.

Das Verhältnis von Art. 329h zu Art. 324a OR bzw. Art. 15 GAVP

Der dreitägige Urlaub erfolgt unabhängig von Art. 324a OR (siehe lit. e). Das heisst, dass die Voraussetzungen nach Art. 324a OR nicht gelten, etwa die Verhinderung des/der Arbeitnehmenden oder das jährliche Abwesenheitskontingent.

Die in Art. 15 GAVP vorgesehene bezahlte Kurzabsenz von bis zu drei Tagen bei Pflege des eigenen kranken Kindes stellt ein Anwendungsfall von Art. 324a OR dar. Dem/der Arbeitnehmenden steht es damit grundsätzlich frei, Urlaub nach Art. 324a OR beziehungsweise Art. 15 GAVP zu beziehen, ohne den Urlaub nach Art. 329g OR anzubrechen.

c) Betreuungsurlaub für schwerkranke Kinder (329i OR, per 1. Juli 2021)

Neu wird berufstätigen Eltern ein 14-wöchiger Urlaub für die Betreuung eines wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes gewährt.

Voraussetzungen

Der Anspruch auf Betreuungsurlaub nach dieser Bestimmung besteht nur, wenn der/die Arbeitnehmende einen Anspruch auf Betreuungsentschädigung nach Erwerbsersatzordnung (EO) hat. Anspruchsberechtigt sind Eltern eines minderjährigen Kindes, das schwer gesundheitlich beeinträchtigt ist. Es wird an das Kindesverhältnis nach Art. 252 ZGB angeknüpft. Der Zivilstand der Eltern ist folglich unerheblich.

Die Definition der schweren gesundheitlichen Beeinträchtigung ist gesetzlich definiert und liegt vor, wenn

- (i) eine einschneidende Veränderung des körperlichen oder psychischen Zustandes des Kindes eingetreten ist;
- (ii) der Verlauf oder Ausgang dieser Veränderung schwer vorhersehbar ist oder mit einer bleibenden oder zunehmenden Beeinträchtigung oder dem Tod zu rechnen ist; und
- (iii) ein erhöhter Bedarf an Betreuung durch die Eltern besteht.
- (iv) Zudem muss mindestens ein Elternteil entweder als Arbeitnehmende/-r oder als Selbständigerwerbende/-r erwerbstätig sein und die Erwerbstätigkeit für die Betreuung des Kindes unterbrechen.

Die Notwendigkeit der Begleitung, Betreuung und Pflege ist durch ein Arztzeugnis zu bestätigen. Davon abzugrenzen sind Bagatellkrankheiten und leichte Unfallfolgen, wie etwa Knochenbrüche. Für die Bestimmung, ob es sich um eine schwere gesundheitliche Beeinträchtigung handelt, sind etwa die Symptome, das Alter des Kindes und ob eine stationäre oder ambulante Behandlung über längere Dauer notwendig ist, zu berücksichtigen.

Anders als beim Erwerbsersatz während des Mutter- und Vaterschaftsurlaubs wird für die Betreuungsentschädigung keine Vorversicherungs- und Mindesterwerbsdauer vorausgesetzt.

Dauer des Urlaubs und Entschädigung

Der Anspruch auf Betreuungsentschädigung und -urlaub entsteht pro Krankheits- oder Unfallereignis. Der Betreuungsurlaub beträgt maximal 14 Wochen und ist innerhalb einer Rahmenfrist von 18 Monaten zu beziehen. Die Rahmenfrist beginnt mit dem Tag, für den das erste Taggeld bezogen wird. Der Urlaub kann am Stück oder tageweise bezogen werden. Der Betreuungsurlaub soll auch gewährt werden, wenn nur ein Elternteil erwerbstätig ist oder wenn ein Elternteil oder beide Eltern Teilzeit arbeiten. Wenn beide Eltern erwerbstätig sind, so hat jeder Elternteil Anspruch auf einen Betreuungsurlaub von höchstens sieben Wochen. Sie können jedoch auch eine abweichende Aufteilung des Urlaubs vereinbaren. Es ist auch möglich, dass die Eltern

ihren Anteil am Urlaub gleichzeitig beziehen. Der Arbeitgeber muss die Änderung der Aufteilung nicht genehmigen, ist aber über die Modalitäten des Urlaubsbezugs zu informieren.

Die Betreuungsentschädigung erfolgt in Form von Taggeldern der EO. Der 14-wöchige Betreuungsurlaub entspricht 98 Kalendertagen, weshalb anspruchsberechtigte Personen einen Anspruch auf Ausrichtung von maximal 98 Taggeldern haben. Das Taggeld beträgt 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens (AHV-Lohn), das vor dem Beginn des Betreuungsurlaubs erzielt worden ist und ist auf CHF 196 pro Tag begrenzt. Arbeitnehmende im Teilzeitpensum erhalten 80% ihres im Teilzeitpensum erzielten durchschnittlichen Einkommens (siehe Berechnung unter <https://www.ahv-iv.ch/de/Sozialversicherungen/Erwerb ersatz-Mutterschaft-Vaterschaft-EO-MSE-VSE/Berechnung-EO>).

d) Auswirkungen der neuen Bestimmungen auf das Arbeitsverhältnis

Nach Ablauf der Probezeit gilt während des Betreuungsurlaubs für schwerkranke Kinder (329i OR) ein zeitlicher Kündigungsschutz (Art. 336c Abs. 1 lit. c^{bis} OR). Die entsprechende Sperrfrist dauert so lange wie der Anspruch auf Betreuungsurlaub besteht, maximal aber sechs Monate ab dem Tag, für welchen der erste Taggeldanspruch entsteht. Eine Kündigung während der Sperrfrist ist nichtig.

Zudem darf der Ferienanspruch eines/einer Arbeitnehmenden durch die Inanspruchnahme eines Betreuungsurlaubs nicht gekürzt werden.

e) Bisherige gesetzliche Regelung bei kurzzeitigen Abwesenheiten (Art. 324a OR)

Arbeitnehmende mit Pflege- oder Betreuungspflichten hatten bereits gemäss der bisherigen geltenden Rechtslage unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Befreiung von der Arbeitspflicht und in gewissen Fällen auch auf Lohnfortzahlung.

Gemäss Art. 36 Absatz 3 ArG haben Arbeitnehmende gegen Vorlage eines Arztzeugnisses einen Anspruch auf Befreiung von der Arbeitspflicht für die zur Betreuung kranker Kinder erforderliche Zeit im Umfang von bis zu drei Tagen. Dieser Anspruch ist allerdings auf die Betreuung von kranken Kindern beschränkt. Die Betreuung anderer pflegebedürftiger Familienmitglieder oder nahestehender Personen ist nicht erwähnt. Überdies enthält das ArG keine Regelung betreffend Lohnfortzahlung.

Art. 324a OR regelt eine zeitlich begrenzte und von den geleisteten Dienstjahren abhängige Lohnfortzahlungspflicht. Für den Arbeitgeber besteht demnach eine Lohnfortzahlungspflicht bei einer Verhinderung des/der Arbeitnehmenden aus Gründen, die in seiner oder ihrer Person liegen und die dazu führen, dass er oder sie der Arbeitsverpflichtung nicht nachkommen kann oder dass eine solche für die betroffene Person nicht zumutbar ist. Eine Verhinderung besteht etwa auch dann, wenn dieser oder diese eine gesetzliche Pflicht erfüllen muss (Art. 324a Abs. 1 OR, z.B. bei der Betreuung eigener Kinder). Die Lohnfortzahlungspflicht besteht nur so lange keine Ersatzlösung für die Betreuung gefunden werden kann oder – im Falle erkrankter Kinder – die Betreuung durch die Eltern aus medizinischen Gründen als notwendig erachtet wird. Im 1. Dienstjahr ist ein Kontingent von maximal drei Wochen vorgesehen. Anschliessend ist die Lohnfortzahlung für eine «angemessene längere Zeit» zu entrichten (siehe Basler, Berner oder Zürcher Skalen). Dabei werden die jeweiligen Absenzen des/der Arbeitnehmenden, z.B. Krankheit, Betreuung eines anderen kranken Kindes etc. im betreffenden Dienstjahr zusammengezählt.