Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers nach Niederkunft einer Mitarbeiterin

Simone Wetzstein*

Für Arbeitgeber gilt im Kontext von Lohnfortzahlung und Mutterschaft folgende Faustregel: Die Lohnfortzahlungspflicht infolge Schwangerschaft richtet sich nach Art. 324a/b OR. Demgegenüber werden Leistungen nach der Niederkunft grundsätzlich nach den Bestimmungen des EOG ausgerichtet. Trotzdem gibt es zeitlich nach der Niederkunft auftretende Situationen, die zu einer Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR führen. Dieser Artikel fasst die in diesen Fällen derzeit vorherrschende Rechtsprechung und Lehre sowie laufende gesetzgeberische Bestrebungen zusammen und zeigt auf, wo die angestrebte Gesetzesrevision zu keiner Klärung der bestehenden Regelungslücken führt. Gleichzeitig wird auf weitere Inkonsistenzen im Kontext von Niederkunft und Lohnfortzahlungspflicht eingegangen und es werden Möglichkeiten aufgezeigt, diese Unstimmigkeiten zu harmonisieren. Schliesslich wird der Frage nachgegangen, inwiefern Arbeitgeber das Risiko der Lohnfortzahlungspflicht nach Niederkunft versichern können.

En matière de maintien du versement du salaire et de maternité, la règle générale suivante s'impose aux employeurs : l'obligation de continuer à verser le salaire du fait de la grossesse se fonde sur les art. 324a/b CO. En revanche, les prestations après l'accouchement sont en principe versées conformément aux dispositions de la LAPG. Pourtant, dans la période qui suit l'accouchement, il peut y avoir des situations impliquant une obligation de continuer à verser le salaire selon l'art. 324a CO. Le présent article résume la jurisprudence et la doctrine actuellement dominantes en la matière ainsi que les évolutions législatives en cours et il montre en quoi la réforme envisagée n'aura pas pour effet de clarifier les vides juridiques existants. Il pointe également d'autres incohérences au sujet de l'accouchement et de l'obligation de continuer à verser le salaire et aborde les solutions possibles pour les harmoniser. Enfin, il traite de la question de savoir dans quelle mesure l'employeur peut s'assurer contre le risque que constitue l'obligation de continuer à verser le salaire après l'accouchement.

Inhaltsübersicht

I. Einführung
II. Grundsätzliche Systematik
III. Nicht versicherte Arbeitnehmerinnen (Art. 16b EOG)
  A. Leistungsvoraussetzungen
  B. Anwendungsfall von Art. 324a OR
  C. Unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung im Besonderen
    1. Arbeitsgesetzliches Arbeitsverbot
    2. Arbeitsgesetzliches Abwesenheitsrecht
    3. Arbeitsverhinderung wegen Pflegebedürftigkeit des Neugeborenen
    4. Fazit unverschuldeter Verhinderungsgrund
  D. Fall für Krankentaggeldversicherung?
    1. Freiwillige Taggeldversicherung nach KVG
    2. Freiwillige Krankentaggeldversicherung nach VVG
  E. Höhe des zu bezahlenden Lohnes
  F. Fazit nicht versicherte Arbeitnehmerinnen
IV. Aufgeschobener Mutterschaftsurlaub
  A. Voraussetzungen des Aufschubes
  B. Anwendungsfall von Art. 324a OR
  C. Unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung
    1. Arbeitsgesetzliches Arbeitsverbot und Abwesenheitsrecht
    2. Arbeitsverhinderung wegen Pflegebedürftigkeit des Neugeborenen
    3. Fazit unverschuldeter Verhinderungsgrund
  D. Fall für Krankentaggeldversicherung?
  E. Höhe des zu bezahlenden Lohnes
  F. Gesetzgeberische Bemühungen
  G. Fazit Aufschub Mutterschaftsentschädigung
V. Hohes Einkommen
  A. Mutterschaftsversicherung als obligatorische Versicherung?
  B. Qualifizierung der Mutterschaftsversicherung als obligatorische Versicherung
VI. Aktuell geplante Anpassungen im EOG
VII. Lohnfortzahlungsanspruch des Vaters?

I. Einführung

In BGE 142 II 425 vom 11. August 2016 hatte das Bundesgericht eine personalrechtliche Regelung des Kantons Thurgau zu beurteilen, welche besagte, dass Mütter während der Dauer einer aufgeschobenen Mutterschaftsentschädigung keinen Lohnanspruch hätten, sondern unbezahlten Urlaub beziehen müssten. Das Bundesgericht taxierte diese Regelung als bundesrechtswidrig, da sie die Verwirklichung der Zielsetzung der Erwerbsersatzordnung übermässig erschwere oder verhindere.[1] Gleichzeitig hielt das Bundesgericht fest, dass in Fällen der aufgeschobenen Mutterschaftsentschädigung nach der «herrschenden Lehre» ein Anspruch auf Lohnfortzahlung bestehe.[2]

* Simone Wetzstein, lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Walder Wyss AG, Zürich.

1 BGE 142 II 425 E. 6.2.

2 BGE 142 II 425 E. 5.4.

Beim Urteil handelte es sich um einen wegweisenden Entscheid, der sich in eine Reihe neuerer Publikationen[3] und kantonaler Entscheide[4] einreihte, die mehrheitlich zum Ergebnis kommen, dass bei einem aufgeschobenen Mutterschaftsurlaub grundsätzlich eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht.

Dieses Urteil, die heute wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung und die damit einhergehenden gesetzgeberischen Bemühungen[5] geben Anlass zur nachfolgenden systematischen Betrachtung der allfälligen Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers im Kontext des Mutterschaftsurlaubes.

II. Grundsätzliche Systematik

Am 1. Juli 2005 trat die Mutterschaftsversicherung durch eine grundlegende Revision des Erwerbsersatzgesetzes (EOG)[6] in Kraft. Dadurch wurde die Situation geschaffen, dass die Lohnfortzahlung während der Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin prinzipiell unter das Regime von Art. 324a OR fällt, währenddem sich die Zeit nach der Niederkunft grundsätzlich nach dem EOG richtet.[7]

Ob es sich bei der Mutterschaftsentschädigung um Leistungen einer obligatorischen Versicherung gemäss Art. 324b OR handelt, ist umstritten.[8] Gemäss Art. 324b OR hat ein Arbeitgeber, sofern der Arbeitnehmer obligatorisch gegen die Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung versichert ist, den Lohn nicht zu entrichten, sofern die für die beschränkte Zeit geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens vier Fünftel des darauf entfallenden Lohnes decken. Die Materialien und insbesondere Streiff/von Kaenel/Rudolph[9], Staehelin[10] sowie vermutlich Geiser/Müller[11] gehen davon aus, dass es sich bei der Mutterschaftsversicherung *nicht* um eine obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR handelt. Gemäss dieser Ansicht ersetzt die Mutterschaftsversicherung sämtliche Leistungen des Arbeitgebers vollständig, womit insbesondere Art. 324a und 324b OR im Kontext von nachgeburtlichen Leistungen nicht zur Anwendung gelangen.[12] Demgegenüber spricht sich ein anderer Teil der Lehre dafür aus, die Mutterschaftsversicherung als obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR zu qualifizieren.[13]

Soweit Art. 324a OR zur Anwendung gelangt, sind dabei stets dessen gewohnte Voraussetzungen zu erfüllen, um eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers zu begründen: unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung, Erfüllung der Karenzfrist und vorhandener «Kredit» nach der jeweils anwendbaren Lohnfortzahlungsskala, das heisst, die entsprechende Lohnfortzahlungsdauer darf noch nicht ausgeschöpft sein.

Trotz der grundsätzlich klaren Systematik, das heisst der Regelung der Lohnfortzahlung während der Schwangerschaft gemäss Art. 324a OR und nach der Niederkunft nach EOG, gibt es Fälle, die nicht in dieses Schema passen. Auf drei dieser Fälle – die nicht unter dem EOG versicherte Arbeitnehmerin (vgl. III.), der aufgeschobene Mutterschaftsurlaub (vgl. IV.) sowie Arbeitnehmerinnen

---

3 Christian Bruchez, La nouvelle assurance-maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail, SJ 2005, 247 ff., 268; Jürg Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 324a OR N 22 und Art. 329f OR N 3; Olivier Subilia, La nouvelle loi sur les allocations pour perte de gain et maternité, AJP 2005, 1469 ff., 1476 f.; Philippe Carruzzo, Le contrat individuel de travail: commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Genf 2009, Art. 324b OR N 11; Roger Rudolph, Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge Spitalaufenthalt des neugeborenen Kindes (Art. 324a OR, Art. 16c EOG, Art. 24 EOV), ARV 2013, 235 ff.; Sabine Steiger-Sackmann, Mutterschaftsentschädigung, Recht der Sozialen Sicherheit, in: Sabine Steiger-Sackmann/Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), Basel 2014, N 32.73; Stéphanie Perrenoud, La protection de la maternité, Etude de droit suisse, international et européen, Bern 2015, 1153 ff., 1349; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 324a/b N 16; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324a N 41 und Art. 329f N 5, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser).

4 Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727 BAK, 24.1.2013 bzw. 27.3.2013, in: Plädoyer 6/2013, 59 ff.; Cour d'appel des prud'hommes de Genève, CAPH/184/2008, 17.10.2008, in: JAR 2009, 522 ff.

5 Vgl. Bericht des Bundesrates vom 20. April 2016, «Einkommen der Mutter bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge längeren Spitalaufenthalts des neugeborenen Kindes» in Erfüllung der Postulate 10.3523 Maury Pasquier vom 17.6.2010 und 10.4125 Teuscher vom 17.12.2010 (zit. Bericht Bundesrat); sowie die daraus entstandene Motion 16.3631 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 30. August 2016.

6 Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1).

7 Rudolph (FN 3), 236; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16.

8 Angela Hensch, Sonderregelungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, AJP 2012, 1088 ff., 1095.

9 Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16.

10 Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1–529, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2006 (zit. ZK-Staehelin), Art 324a N 16a.

11 Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. A., Bern 2015, N 1050.

12 Hensch (FN 8), 1095, m.w.H.

13 Hensch (FN 8), 1096, m.w.H.

mit hohen Einkommen (vgl. V.) – wird nachfolgend eingegangen.

III. Nicht versicherte Arbeitnehmerinnen (Art. 16b EOG)

A. Leistungsvoraussetzungen

Gemäss Art. 16b EOG hat eine Mutter Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung, wenn sie (1) während der neun Monate unmittelbar vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war, (2) in dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat und (3) im Zeitpunkt der Niederkunft entweder Arbeitnehmerin oder Selbständigerwerbende ist oder im Betrieb des Ehemannes mitarbeitet und einen Barlohn bezieht.

Um insbesondere die fünfmonatige Mindesterwerbsdauer zu erfüllen, ist nicht erforderlich, dass die Mutter pro Kalendermonat eine bestimmte Anzahl Arbeitstage oder Arbeitsstunden geleistet hat. Entscheidend ist vielmehr, ob die Arbeitnehmerin im entsprechenden Kalendermonat einen Lohn erhalten hat.[14] Nicht angerechnet werden hingegen Zeiten, in welchen die Arbeitnehmerin zwar in einem Arbeitsverhältnis stand, aber über eine längere Zeit unbezahlten Urlaub bezog.[15]

Arbeitende Mütter, welche die Leistungsvoraussetzungen nicht erfüllen, weil sie beispielsweise die Mindesterwerbsdauer nicht erfüllen oder während neun Monaten vor der Niederkunft nicht obligatorisch versichert waren (wobei Versicherungszeiten unter dem Freizügigkeits- oder EFTA-Übereinkommen unter gewissen Voraussetzungen angerechnet werden[16]), haben dementsprechend keinen Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung nach EOG.

B. Anwendungsfall von Art. 324a OR

Die herrschende Meinung ist übereinstimmend der Ansicht, dass im Falle der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin auch nach dem Zeitpunkt der Niederkunft Art. 324a OR zur Anwendung gelangen soll.[17] Die Begründungen, mit welcher die unterschiedlichen Autoren zu dieser Schlussfolgerung gelangen, sind jedoch unterschiedlich:

Folgt man der Ansicht, dass es sich bei der Mutterschaftsversicherung um eine obligatorische Versicherung nach Art. 324b OR handelt, so ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR im Falle der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin logische Konsequenz von Art. 324b Abs. 1 OR. Diese Bestimmung entlässt den Arbeitgeber doch nur dann aus seiner Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR, wenn die obligatorische Versicherung mindestens 80 % des Lohnes der Arbeitnehmerin deckt.

Dagegen argumentieren die Verfechter der Ansicht, dass die Mutterschaftsversicherung die nachgeburtlichen Leistungen des Arbeitgebers (das heisst insb. Art. 324a und 324b OR) vollständig ersetze, mit der Begründung der sachlichen Angemessenheit: Ausnahmsweise müsse im Falle der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin ein Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR zugelassen werden, da einer allfälligen Verweigerung dieses Anspruches ein immanenter und nicht hinzunehmender Wertungswiderspruch zu den anderen Verhinderungsgründen innewohne. Dies führt zur paradoxen Situation, dass Streiff/von Kaenel/Rudolph zwar ausführen, dass der Ausschluss der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR im Falle der nichtversicherten Arbeitnehmerin zwar «logische Folgerung aus den Materialien wäre», das Argument der sachlichen Angemessenheit aber überzeuge.[18]

Zumal sich sämtliche Autoren zum Ende einig sind, dass im Falle der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin ein Lohnfortzahlungsanspruch im Rahmen von Art. 324a OR bestehe, muss in diesem Kontext nicht entschieden werden, ob es sich bei der Mutterschaftsversicherung um eine obligatorische Versicherung nach Art. 324b OR handelt.

---

[14] BSV, Kreisschreiben vom 18. Oktober 2013 über die Mutterschaftsentschädigung (KS MSE), Stand 1.1.2014 (zit. KS MSE), N 1059.

[15] KS MSE (FN 14), N 1062.

[16] KS MSE (FN 14), N 1042 ff.

[17] ZK-Staehelin (FN 10), Art. 329f OR N 4; Carruzzo (FN 3), Art. 324b OR N 9; Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005, 89; Frank Vischer/Roland Müller, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Basel 2014, 167; Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Bern 2010 (zit. BK-Rehbinder/Stöckli), Art. 324a OR N 6; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324a OR N 38; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16; Geiser/Müller (FN 11), N 1050.

[18] Parlamentarische Initiative vom 3. Oktober 2002 zur Revision des Erwerbsersatzgesetzes. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, BBl 2002 7522 ff. (zit. Parlamentarische Initiative Revision Erwerbsersatzgesetz), 7550; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16.

Um tatsächlich einen Anspruch aus Art. 324a OR ableiten zu können, muss die nichtversicherte Arbeitnehmerin unverschuldet an der Arbeit verhindert sein (vgl. dazu nachfolgender Absatz), die Karenzfrist erfüllen und über entsprechenden «Kredit» nach der jeweils anwendbaren Lohnfortzahlungsskala (das heisst drei Wochen im ersten Dienstjahr und danach für die «angemessene längere Zeit» gemäss Berner, Basler oder Zürcher Skala) verfügen.

C. Unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung im Besonderen

Währenddem sich vergleichbar einfach feststellen lässt, ob eine Arbeitnehmerin die Karenzfrist erfüllt und über welchen «Kredit» sie im Kontext der anwendbaren Lohnfortzahlungsskala verfügt, ist die Sachlage mit Bezug auf die ebenfalls zwingend vorzuliegende unverschuldete Arbeitsverhinderung nicht gleich klar. Dementsprechend wird nachfolgend auf denkbare Arbeitsverhinderungsgründe der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin eingegangen.

1. Arbeitsgesetzliches Arbeitsverbot

Grundsätzliche Einigkeit herrscht darüber, dass das achtwöchige Arbeitsverbot nach der Niederkunft nach Art. 35a Abs. 3 ArG[19] als unverschuldete Arbeitsverhinderung zu betrachten ist.[20]

Allerdings kann dieser Verhinderungsgrund von Arbeitnehmerinnen, die dem Arbeitsgesetz nicht unterstehen – so beispielsweise Arbeitnehmerinnen in höheren leitenden Tätigkeiten (Art. 3 lit. d ArG) – nicht angerufen werden. Daher müssen solche Arbeitnehmerinnen grundsätzlich mit einem anderen Grund nachweisen, dass sie infolge der Niederkunft an der Arbeit verhindert waren. In Anbetracht des Zweckgedankens von Art. 35a Abs. 3 ArG – der Schaffung eines Sonderschutzes für Frauen kurz nach einer Niederkunft – mutet dies stossend an. Folglich sollte das Arbeitsverbot per Analogie auch auf Arbeitnehmerinnen angewendet werden, die nicht dem ArG unterstehen.

2. Arbeitsgesetzliches Abwesenheitsrecht

Im Unterschied zum soeben dargestellten arbeitsgesetzlichen Arbeitsverbot stellt das arbeitsgesetzliche Abwesenheitsrecht während den Wochen 9–16 nach der Niederkunft (Art. 35a Abs. 3 ArG) gemäss der herrschenden Lehre keinen unverschuldeten Verhinderungsgrund an der Arbeitsleistung mehr dar, zumal es sich dabei lediglich um ein Abwesenheits*recht* und nicht um ein Anwesenheits*verbot* handelt.[21]

3. Arbeitsverhinderung wegen Pflegebedürftigkeit des Neugeborenen

Als unverschuldeter Verhinderungsgrund der Arbeitnehmerin an der Arbeitsleistung wird sodann auch die Pflegebedürftigkeit naher Angehöriger anerkannt.[22] Ohne praktische Bedeutung ist dabei die ab und an geführte Debatte, ob es sich bei diesem unverschuldeten Verhinderungsgrund um die ausdrücklich in Art. 324a OR genannte Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht oder um einen zusätzlichen Grund in der nicht abschliessenden Aufzählung der Verhinderungsgründe in Art. 324a OR handelt.

Ein neugeborenes Kind ist pflegebedürftig. Zudem ist die persönliche Anwesenheit der Kindsmutter beim Neugeborenen – unabhängig davon, ob das Neugeborene hospitalisiert werden muss oder zu Hause betreut wird – essentiell und eine Betreuung nicht delegierbar.[23] Folglich kann insbesondere für Mütter, die nicht unter das Arbeitsgesetz fallen, in der ersten Zeit nach der Niederkunft durch die Pflegebedürftigkeit des Neugeborenen ebenfalls auf eine unverschuldete Arbeitsverhinderung geschlossen werden.

Ungeklärt ist jedoch, wie lange aufgrund der Pflegebedürftigkeit eines Neugeborenen von einer unverschuldeten Verhinderung der Arbeitnehmerin an ihrer Arbeitsleistung auszugehen ist. Ob ein Gericht aufgrund der regulären Pflegebedürftigkeit eines Neugeborenen in Anbetracht des auf acht Wochen begrenzten arbeitsgesetzlichen Arbeitsverbotes auf eine länger andauernde Arbeitsverhinderung der Mutter schliessen würde, erscheint unwahrscheinlich, wäre aber denkbar.

4. Fazit unverschuldeter Verhinderungsgrund

Für nicht unter dem EOG versicherte Arbeitnehmerinnen, die in den Anwendungsbereich des ArG fallen, besteht

---

19 Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

20 Hensch (FN 8), 1096; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16.

21 Hensch (FN 8), 1097; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324a OR N 41; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 17), Art. 324a OR N 6; Rémy Wyler, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2005, Art. 35a ArG N 10; Rudolph (FN 3), 237; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16.

22 Rudolph (FN 3), 237.

23 Rudolph (FN 3), 237.

während der ersten acht Wochen nach der Niederkunft ein unverschuldeter Arbeitsverhinderungsgrund, der grundsätzlich eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers auslöst, sofern die restlichen Voraussetzungen von Art. 324a OR erfüllt sind. Für Mütter, die nicht unter dem EOG versichert sind und gleichzeitig nicht in den Anwendungsbereich des ArG fallen, kann mit Blick auf die Pflegebedürftigkeit des Neugeborenen ebenfalls auf eine unverschuldete Arbeitsverhinderung geschlossen werden. Ob Gerichte gestützt auf diesen unverschuldeten Arbeitsverhinderungsgrund auf eine länger als acht Wochen dauernde Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers schliessen würden, erscheint allerdings fraglich. Alternativ sollte in Anbetracht des Zweckgedankens von Art. 35a Abs. 3 ArG für die ersten acht Wochen nach der Niederkunft per Analogieschluss ein unverschuldeter Arbeitsverhinderungsgrund von Müttern, die nicht in den Anwendungsbereich des ArG fallen, angenommen werden.

Aufgrund der Rechtsunsicherheit scheint es am naheliegendsten, dass für sämtliche Arbeitnehmerinnen, die nicht unter den Anwendungsbereich des ArG fallen, spätestens acht Wochen nach der Niederkunft sowie für vom ArG erfasste Arbeitnehmerinnen, die von ihrem arbeitsgesetzlichen Abwesenheitsrecht während den Wochen 9–16 nach der Niederkunft (Art. 35a Abs. 3 ArG) Gebrauch machen wollen, in der Regel ein ärztliches Zeugnis vonnöten sein wird, um die unverschuldete Arbeitsverhinderung zu belegen und damit einen grundsätzlichen Lohnfortzahlungsanspruch zu begründen.[24]

D. Fall für Krankentaggeldversicherung?

Zumal im Falle der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin von einer grundsätzlichen Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers auszugehen ist, stellt sich weiter die Frage, ob ein Arbeitgeber diese Lohnfortzahlungspflicht durch den Abschluss einer gleichwertigen Versicherungslösung gemäss Art. 324a Abs. 4 OR, *in casu* eine Krankentaggeldversicherung nach KVG oder VVG, erfüllen kann. Sofern der Arbeitgeber eine im Rahmen der anerkannten Leitplanken gleichwertige Versicherungslösung abgeschlossen[25] und dies im Rahmen einer gesetzeskonformen, schriftlichen Vereinbarung mit der Arbeitnehmerin festgehalten hat,[26] bestehen in diesem Kontext folgende Möglichkeiten:

1. Freiwillige Taggeldversicherung nach KVG

Hat der Arbeitgeber eine freiwillige, kollektive Taggeldversicherung nach KVG abgeschlossen und war die Mutter insbesondere seit 270 Tagen versichert (Art. 74 Abs. 1 KVG), so hat die Arbeitnehmerin während mindestens acht Wochen nach Niederkunft Anspruch auf Taggelder (Art. 74 Abs. 2 KVG). Diese Versicherungsleistung tritt, sofern die Voraussetzungen von Gleichwertigkeit und Schriftlichkeit erfüllt sind, an die Stelle der Leistungen des Arbeitgebers. Der Anspruch auf Taggelder erfordert sodann nicht Arbeitsunfähigkeit der Mutter.[27] Vielmehr genügt es, wenn sich die Versicherte auf die Pflege des Kindes beruft.[28]

Allerdings sind freiwillige Taggeldversicherungen nach KVG selten. Typischerweise haben Arbeitgeber, sofern sie sich für eine Krankentaggeldversicherung entschieden haben, eine Versicherung nach VVG abgeschlossen.

2. Freiwillige Krankentaggeldversicherung nach VVG

Eine Versicherungslösung anstelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers kann sich auch aus einer freiwilligen Taggeldversicherung nach VVG[29] ergeben, wie sie viele Arbeitgeber abgeschlossen haben. Obwohl die Versicherungsdeckung von den Parteien frei bestimmt werden kann, bieten die üblichen Versicherungsleistungen eine Deckung bei Krankheit, Unfall und Mutterschaft.[30] Allerdings sehen praktisch alle allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) von Kollektiv-Taggeldversicherungen nach VVG vor, dass im Zusammenhang mit einer Geburt die Leistungspflicht ruht.[31] Folglich besteht in einem solchen Fall eben gerade keine Gleichwertigkeit

---

24 Cour d'appel des prud'hommes de Genève, 20.8.2002, in: JAR 2003, 180; m.w.H. BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324a OR N 35; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 17), Art. 324a OR N 6; Rémy Wyler, Droit du travail, 3. A., Bern 2008, 216 f.; ZK-Staehelin (FN 10), Art. 324a OR N 16; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16.

25 Christoph Häberli/David Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, N 424 ff.

26 Häberli/Husmann (FN 25), N 402 ff.

27 BGer, K 181/04, 3.4.2006, E. 5.1.

28 BGer, K 181/04, 3.4.2006, E. 2.2, 5.1.

29 Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

30 Bericht Bundesrat (FN 5), 12.

31 Häberli/Husmann (FN 25), N 804 ff.; vgl. Axa, Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) Personenversicherung Professional, Ausgabe 03.2015, Ziff. A.4.2 und E.3.6; Helsana, Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) für die Helsana Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2014, Ziff. 3.3, 19; sowie Zürich Versicherung, Kranken-Lohnausfallversicherung nach VVG, Kundeninformation nach VVG und Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe 1/2015, Ziff. 8.6.d.

von Versicherungslösung und Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers, womit sich der Arbeitgeber typischerweise nicht durch Berufung auf die Krankentaggeldversicherung nach VVG von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreien kann.[32]

E. Höhe des zu bezahlenden Lohnes

Ob sich der Lohnanspruch der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin auf 80 % oder 100 % des Lohnes beläuft, ist umstritten. Diese Diskussion wird losgelöst von der Debatte geführt, ob es sich bei der Mutterschaftsversicherung um eine obligatorische Versicherung handelt (vgl. II.). Einerseits wird ausgeführt, dass sich bei Ausfall der EO-Leistungen die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR richte und dementsprechend eine Lohnfortzahlung zu 100 % zum Zug komme.[33] Mit dieser grundsätzlichen Feststellung erklärt sich die gegenteilige Ansicht zwar einverstanden, führt aber aus, dass sich eine Reduktion des Lohnes auf 80 % trotzdem rechtfertige, da der Arbeitgeber für die Mutterschaftsversicherung Prämien bezahlt habe.[34]

Wird die Mutterschaftsversicherung als obligatorische Versicherung verstanden, so ergibt sich aus der Gesetzessystematik, dass sich die Lohnfortzahlung auf 100 % belaufen muss. Aussagen darüber, warum sich eine Reduktion der Höhe der Lohnfortzahlung rechtfertigen liesse, sind rechtspolitische Argumente, die *de facto* zu einer Änderung der einschlägigen Gesetzesbestimmung führen würden: Gemäss dem Wortlaut von Art. 324b OR ist dieser nur anwendbar, wenn die Arbeitnehmerin gegen die Folgen der unverschuldeten Arbeitsverhinderung obligatorisch versichert ist, was aber bei der nichtversicherten Arbeitnehmerin eben gerade nicht der Fall ist. Im Übrigen ist die rechtspolitische Argumentation auch deswegen verfehlt, da der Arbeitgeber die Prämien für eine Versicherung bezahlt, die das verwirklichte Risiko ja gerade nicht deckt.[35] Folglich beläuft sich der Lohnanspruch der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin, sofern die übrigen Voraussetzungen von Art. 324a OR erfüllt sind, auf 100 % des bisherigen Lohnes.

Die Verfechter, welche der Ansicht sind, dass die Mutterschaftsversicherung nicht als obligatorische Versicherung verstanden werden dürfe, aber aufgrund des Argumentes der sachlichen Angemessenheit dennoch Art. 324a OR zur Anwendung bringen, scheinen sich demgegenüber einig zu sein, dass sich der Lohnanspruch der nicht versicherten Mutter auf 100 % beläuft.[36]

F. Fazit nicht versicherte Arbeitnehmerinnen

Zusammenfassend ergibt sich somit hinsichtlich der Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers in Bezug auf eine nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin, deren Arbeitsverhältnis für mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde, folgendes Bild: Solange diese Arbeitnehmerin unverschuldet an der Arbeit verhindert ist (vgl. III.C.), hat sie unter Berücksichtigung ihrer Anzahl Dienstjahre und gemäss der jeweils anwendbaren Lohnfortzahlungsskala (abzüglich des allfälligen bereits bezogenen «Kredits») Anspruch auf eine Lohnfortzahlung von 100 %.

Dies kann unter Umständen dazu führen, dass Arbeitnehmerinnen, die bereits seit einigen Jahren für ihren Arbeitgeber tätig sind, aber nicht unter dem EOG versichert sind – beispielsweise weil sie bis kurz vor Niederkunft einen unbezahlten Urlaub bezogen – unter Umständen von einer merklich besseren Lohnfortzahlung des Arbeitgebers profitieren können, als wenn sie eine Mutterschaftsentschädigung gemäss EOG erhalten würden: Denn je nach Höhe des Verdienstes der Arbeitnehmerin erhält diese im Rahmen der arbeitgeberseitigen Lohnfortzahlung (viel) höhere Beträge als die nach oben begrenzten EO-Zahlungen. Zudem dauert die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ab ungefähr zehn Dienstjahren (je nach anwendbarer Skala) der Arbeitnehmerin, und sofern dann nach wie vor ein unverschuldeter Arbeitsverhinderungsgrund vorliegt, auch länger als die 14-wöchige gesetzliche Mutterschaftsentschädigung.

IV. Aufgeschobener Mutterschaftsurlaub

A. Voraussetzungen des Aufschubes

Ein weiterer möglicher Fall von Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers nach der Geburt ist der Fall des aufgeschobenen Mutterschaftsurlaubes: Bei einem längeren Spitalaufenthalt eines Neugeborenen unmittelbar nach der Geburt kann die Mutter beantragen, den Beginn der Mutterschaftsentschädigung bis zum Tag aufzuschieben, an

---

32 Rudolph (FN 3), 237 f.

33 OGer BL, ZK 04 218, 25.4.2000, in: JAR 2001, 220 ff., m.w.H.; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324b OR N 2.

34 BK-Rehbinder/Stöckli (FN 17), Art. 324b OR N 6.

35 BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324b OR N 2.

36 Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16; ZK-Staehelin (FN 10), Art. 324a OR N 16a; Geiser/Müller (FN 11), N 1050.

dem das Kind das Spital verlassen kann. Damit die Mutter von dieser Möglichkeit Gebrauch machen kann, muss der Spitalaufenthalt des Kindes mindestens drei Wochen dauern, die Hospitalisierung muss kurz nach der Geburt erfolgen, der Gesundheitszustand des Kindes muss mit einem Arztzeugnis nachgewiesen werden und die Mutter muss mit dem entsprechenden Formular ausdrücklich beantragen, dass sie die Mutterschaftsentschädigung aufschieben will (Art. 24 Abs. 1 EOV[37]). Sind sämtliche dieser Voraussetzungen erfüllt, wird die Mutterschaftsentschädigung grundsätzlich ab dem Tag ausbezahlt, an welchem das Kind das Spital verlässt (Art. 24 Abs. 2 EOV).

Es herrscht weitgehende Einigkeit darüber, dass der Aufschub der Mutterschaftsentschädigung auch einen Aufschub des Mutterschaftsurlaubes nach Art. 329f OR nach sich zieht.[38] Damit einher geht die Frage, wer für Lohnzahlungen während des Aufschubes der Mutterschaftsentschädigung aufkommt.

B. Anwendungsfall von Art. 324a OR

Wie vom Bundesgericht explizit festgehalten, geht die herrschende Lehre davon aus, dass in den Fällen der aufgeschobenen Mutterschaftsentschädigung ein Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR besteht.[39] Dieser Meinung haben sich neben dem Bundesgericht auch kantonale Gerichte angeschlossen.[40] Begründet wird diese Schlussfolgerung damit, dass die EOG-Revision einzig den Entschädigungsanspruch *während* des Mutterschaftsurlaubes neu dem EOG unterstellen wollte. Im Falle der aufgeschobenen Mutterschaftsentschädigung gehe es jedoch um einen Entschädigungsanspruch *vor* und nicht während des Mutterschaftsurlaubes. Die Entschädigung vor dem Mutterschaftsurlaub sei im EOG gerade nicht geregelt, weshalb für die Zeit des Aufschubes des Mutterschaftsurlaubes grundsätzlich die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR zur Anwendung gelange.[41]

Um einen solchen Lohnfortzahlungsanspruch geltend zu machen, muss die Arbeitnehmerin, welche die Mutterschaftsentschädigung aufschiebt, gemäss den üblichen Voraussetzungen von Art. 324a OR unverschuldet an der Arbeit verhindert sein (vgl. sogleich IV.C.), die Karenzfrist erfüllen und über entsprechenden «Kredit» nach der jeweils anwendbaren Lohnfortzahlungsskala verfügen.

C. Unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung

1. Arbeitsgesetzliches Arbeitsverbot und Abwesenheitsrecht

Die unter III.C.1. und III.C.2. gemachten Ausführungen zum arbeitsgesetzlichen Arbeitsverbot und zum Abwesenheitsrecht als mögliche unverschuldete Arbeitsverhinderungsgründe sind auch im Kontext der aufgeschobenen Mutterschaftsentschädigung einschlägig.

2. Arbeitsverhinderung wegen Pflegebedürftigkeit des Neugeborenen

Wie unter III.C.3. ausgeführt, ist die Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung wegen Pflegebedürftigkeit naher Angehöriger in der Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Was unter III.C.3. betreffend die Pflegebedürftigkeit von Neugeborenen allgemein festgehalten wurde, gilt umso mehr für hospitalisierte Neugeborene. Dabei ist insbesondere festzuhalten, dass die in Art. 36 Abs. 3 ArG statuierte Grundregel, wonach der Arbeitgeber Arbeitnehmern mit Familienpflichten maximal drei Tage zur Betreuung von kranken Kindern freizugeben hat, nicht absolut gilt. Denn Zweck der drei Freitage gemäss ArG ist es insbesondere, die Betreuung der kranken Kinder sicherzustellen.[42] Eine Hospitalisierung eines Neugeborenen unterscheidet sich von dieser arbeitsgesetzlichen Organisation einer Betreuung in verschiedener Hinsicht: Einerseits handelt es sich um einen Fall, in welchem die Betreuung durch die Kindsmutter als notwendig und folglich nicht delegierbar betrachtet wird.[43] Zudem sind kantonale Gerichte bei der Beurteilung der Lohnfortzahlungspflicht im Kontext der Betreuung eines schwer kranken Kindes[44] deutlich über die gerichtlichen Lohnfortzahlungsskalen nach Art. 324a OR hinausgegangen. Zumal die Gerichte in Abweichung der sonst üblichen Skalen eine längere Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bejahten, wur-

---

37 Verordnung vom 24. November 2004 zum Erwerbsersatzgesetz (EOV; SR 834.11).

38 Bruchez (FN 3), 264; Carruzzo (FN 3), Art. 324b OR N 7, 9, 11; Perrenoud (FN 3), 1158; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 329f N 8; ZK-Staehelin (FN 10), Art. 329f OR N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 329f N 7; Subilia (FN 3), 1476.

39 Mit weiteren Hinweisen in BGE 142 II 425 E. 5.4.

40 Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727 BAK, 24.1.2013 bzw. 27.3.2013, in: Plädoyer 6/2013, 59 ff.; Cour d'appel des prud'hommes de Genève, CAPH/184/2008, 17.10.2008, in: JAR 2009, 522 ff.

41 Rudolph (FN 3), 236.

42 Rudolph (FN 3), 237.

43 Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727 BAK, 24.1.2013 bzw. 27.3.2013, E. 3.4.6; Cour d'appel des prud'hommes de Genève, CAPH/184/2008, 17.10.2008, in: JAR 2009, 522 ff., E. 2.1.4, 2.2.3.

44 OGer BE, 27.7.2004, E. 5, in: JAR 2005, 352 ff.

de damit auch gleichzeitig eine ebenso lange unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung angenommen.

Allerdings stellt sich wie bereits im Kontext der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin auch im Rahmen des Aufschubes des Mutterschaftsurlaubes die Frage, für wie lange aufgrund der Hospitalisierung eines Neugeborenen, die zum Aufschub der Mutterschaftsentschädigung führt, von einem unverschuldeten Verhinderungsgrund an der Arbeitsleistung auszugehen ist. Die Frage wird insbesondere dann akut, wenn der Aufschub des Mutterschaftsurlaubes länger als das arbeitsgesetzliche Arbeitsverbot von acht Wochen dauert (vgl. die auch im Kontext des Aufschubes gültigen Ausführungen hierzu in III.C.). Der Autorin dieses Artikels sind drei Gerichtsurteile bekannt, in welchen die Gerichte den auf Art. 324a OR gestützten Lohnanspruch einer Arbeitnehmerin während eines mehr als acht Wochen nach der Niederkunft aufgeschobenen Mutterschaftsurlaubes zu beurteilen hatten.[45] Zumal in zwei dieser Gerichtsfälle auch eine persönliche Arbeitsunfähigkeit der Mutter während des Aufschubes belegt worden war, konnten es das Bundesgericht und das Regionalgericht Bern-Mittelland offenlassen, ob ein Lohnfortzahlungsanspruch der Mutter nach Ablauf des achtwöchigen Arbeitsverbotes auch einzig gestützt auf die elterliche Betreuungspflicht bestanden hätte.[46] Einzig das Genfer Gericht hatte die Situation eines aufgeschobenen Mutterschaftsurlaubes zu beurteilen, für den keine ärztlichen Zeugnisse vorlagen, die der Mutter eine Krankheit attestiert hätten – allerdings lagen ärztliche Atteste vor, die besagten, dass die Anwesenheit der Mutter beim hospitalisierten Neugeborenen wichtig sei.[47] Vor diesem Hintergrund ging das Genfer Gericht davon aus, dass während der Dauer des aufgeschobenen Mutterschaftsurlaubes, das heisst während der gut dreimonatigen Hospitalisierung des Neugeborenen, ein unverschuldeter Arbeitsverhinderungsgrund der Mutter vorgelegen habe, der grundsätzlich eine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR begründe.[48]

Die beiden soeben zitierten kantonalen Gerichtsurteile sowie das Urteil des Bundesgerichts zeigen in eine bestimmte Richtung. Allerdings wurde in keinem der besagten Urteile isoliert entschieden, ob gestützt auf die alleinige elterliche Betreuungspflicht Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht, denn selbst im Genfer Urteil lagen ärztliche Zeugnisse vor, welche die physische Anwesenheit der Mutter beim hospitalisierten Neugeborenen für wichtig erklärten. Dementsprechend verfrüht wäre es, aufgrund dieser Urteile bereits von einer gefestigten Rechtsprechung zu sprechen, wonach im Falle eines Aufschubes des Mutterschaftsurlaubes wegen der Hospitalisierung eines Neugeborenen auch immer auf eine unverschuldete Arbeitsverhinderung der Mutter geschlossen werden könne. Dies muss umso mehr gelten, als Konstellationen denkbar sind, in welchen eine Mutter nach einer Geburt nicht mehr von der Arbeit befreit ist, aber aufgrund des Aufschubes der Mutterschaftsentschädigung auch noch keinen Mutterschaftsurlaub hat: Dies ist bei dem ArG unterstellten Arbeitnehmerinnen ab der 17. Woche nach der Niederkunft der Fall (Art. 35a Abs. 3 ArG *e contrario*). Bei Müttern, die dem ArG nicht unterstellt sind, stellt sich dieses Problem der Arbeitsbefreiung typischerweise schon früher.

3. Fazit unverschuldeter Verhinderungsgrund

Grundsätzlich kann auf die unter III.C.4. gemachten Ausführungen verwiesen werden: Für Arbeitnehmerinnen, die ihren Mutterschaftsurlaub aufschieben und in den Anwendungsbereich des ArG fallen, besteht während der ersten acht Wochen nach der Niederkunft ein unverschuldeter Arbeitsverhinderungsgrund, der grundsätzlich eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers auslöst, sofern die restlichen Voraussetzungen von Art. 324a OR erfüllt sind (wobei die gemäss den gerichtlichen Skalen vorgesehenen Höchstwerte gemäss Art. 324a OR flexibler angewendet werden als bei anderen Verhinderungsgründen, vgl. Ausführungen in IV.C.2.).

Per Analogieschluss sollte selbige Regelung auch für Arbeitnehmerinnen, die ihren Mutterschaftsurlaub aufschieben und nicht in den Anwendungsbereich des ArG fallen, zur Anwendung kommen.

Wegen der Pflegebedürftigkeit eines Neugeborenen während dessen Hospitalisierung sind gerichtliche Tendenzen sichtbar, während der Hospitalisierung des Neugeborenen von einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung der Arbeitnehmerin auszugehen, die grundsätzlich eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im Rahmen von Art. 324a OR nach sich zieht. Zumal diese Rechtsprechung aber nicht als gefestigt gelten kann, sollten Arbeitnehmerinnen für die Dauer des aufgeschobenen Mutterschaftsurlaubes nach Möglichkeit ein ärztliches Zeugnis einholen, welches der Kindsmutter die Wichtigkeit ihrer Anwesenheit beim hospitalisierten Neugeborenen attestiert.

---

45 BGE 142 II 425; Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727 BAK, 24.1.2013 bzw. 27.3.2013, in: Plädoyer 6/2013, 59 ff.; Cour d'appel des prud'hommes de Genève, CAPH/184/2008, 17.10.2008, in: JAR 2009, 522 ff.

46 BGE 142 II 425 E. 7.2; Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727 BAK, 24.1.2013 bzw. 27.3.2013, E. 3.4.6.

47 Cour d'appel des prud'hommes de Genève, CAPH/184/2008, 17.10.2008, E. 3b.

48 *Idem.*

D. Fall für Krankentaggeldversicherung?

Die unter III.D. gemachten Ausführungen sind auch im Kontext des aufgeschobenen Mutterschaftsurlaubes einschlägig: Taggeldversicherungen nach KVG, welche unter Umständen Leistungen erbringen könnten, sind sehr selten, und Taggeldleistungen nach VVG sehen typischerweise vor, dass die Leistungspflicht der Versicherung im Zusammenhang mit einer Geburt ruht.

E. Höhe des zu bezahlenden Lohnes

Im Unterschied zu dem unter III.E. dargestellten Diskurs ist sich die herrschende Lehre hinsichtlich der Höhe des Lohnfortzahlungsanspruches der Mutter, welche die Mutterschaftsentschädigung aufschiebt, einig: Soweit der Mutterschaftsurlaub aufgeschoben und die übrigen Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 1 OR erfüllt sind, steht der Mutter während der Dauer des unverschuldeten Verhinderungsgrundes nach der Niederkunft für eine nach der anwendbaren Lohnskala «beschränkten Zeit» ein Lohnfortzahlungsanspruch von 100 % zu.[49]

F. Gesetzgeberische Bemühungen

Aufgrund der Postulate 10.3523 Maury Pasquier vom 17. Juni 2010 sowie 10.4125 Teuscher vom 17. Dezember 2010 veröffentlichte der Bundesrat am 28. April 2016 einen Bericht zum «Einkommen der Mutter bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge längeren Spitalaufenthalts des neugeborenen Kindes». Der Bundesrat gelangte am Ende seines Berichts zur Ansicht, dass sich aus der geltenden Rechtslage eine fehlende Vorhersehbarkeit und Einheitlichkeit ergebe, und schlug deshalb zwei mögliche Lösungsvarianten vor: eine Ergänzung des EOG oder eine Anpassung von Art. 324a OR.[50] Insbesondere in Anbetracht der Finanzierung der beiden Lösungen favorisierte der Bundesrat die Schliessung der Gesetzeslücke mittels Anpassung des EOG.[51] Dementsprechend soll die Mutterschaftsentschädigung für Mütter verlängert werden, deren Kinder unmittelbar nach der Geburt für mehr als drei Wochen im Spital bleiben müssen. Sowohl Stände- als auch Nationalrat folgten der Auffassung des Bundesrates und beauftragten den Bundesrat, eine Bestimmung vorzuschlagen, die im Rahmen des EOG eine länger dauernde Mutterschaftsentschädigung vorsehe, falls ein Neugeborenes über drei Wochen im Spital verbleiben müsse.[52] Gleichzeitig wurde der Bundesrat damit beauftragt, auch die weiteren Änderungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um die einzelnen Bestimmungen zur Mutterschaft miteinander in Einklang zu bringen.[53]

G. Fazit Aufschub Mutterschaftsentschädigung

Zusammenfassend ergibt sich somit hinsichtlich der Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers in Bezug auf eine Arbeitnehmerin, die ihre Mutterschaftsentschädigung aufschieben kann und deren Arbeitsverhältnis für mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde, folgendes Bild: Solange diese Arbeitnehmerin unverschuldet an der Arbeit verhindert ist (wobei diese Verhinderung aufgrund der fehlenden Rechtssicherheit idealerweise mit einer persönliche Arbeitsunfähigkeit der Mutter und der Pflegebedürftigkeit des hospitalisierten Neugeborenen begründet wird, vgl. IV.C.), hat sie unter Berücksichtigung ihrer Anzahl Dienstjahre und gemäss der jeweils anwendbaren Lohnfortzahlungsskala (abzüglich des allfälligen bereits bezogenen «Kredits»), Anspruch auf eine Lohnfortzahlung von 100 %.

V. Hohes Einkommen

A. Mutterschaftsversicherung als obligatorische Versicherung?

De Diskurs darüber, ob es sich bei der Mutterschaftsversicherung um eine obligatorische Versicherung nach Art. 324b OR handelt oder ob die Mutterschaftsversicherung die nachgeburtlichen Leistungen des Arbeitgebers vollständig ersetzt (vgl. II.), ist für Arbeitnehmerinnen mit hohen Einkommen von entscheidender Bedeutung. Denn handelt es sich bei der Mutterschaftsversicherung um eine obligatorische Versicherung, so hat der Arbeitgeber gemäss Art. 324b OR Arbeitnehmerinnen eine allfällige Differenz zwischen der Mutterschaftsentschädigung und 80 % des Lohnes der Mutter während einer von ihren

[49] BGE 142 II 425 E. 7.1.
[50] Bericht Bundesrat (FN 5), 28.
[51] Bericht Bundesrat (FN 5), 29.
[52] Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 7. April 2017 zur Motion 16.3631 vom 30. August 2016: Länger dauernde Mutterschaftsentschädigung bei längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen.
[53] Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates zur Motion 16.3631 vom 30. August 2016: Länger dauernde Mutterschaftsentschädigung bei längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen.

Dienstjahren abhängigen «beschränkten Zeit» zu entrichten.

Wie eingangs erläutert, gehen die Materialien und insbesondere Streiff/von Kaenel/Rudolph[54], Staehelin (der sich einzig auf Streiff/von Kaenel/Rudolph beruft)[55] sowie vermutlich Geiser/Müller[56] davon aus, dass es sich bei der Mutterschaftsversicherung nicht um eine obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR handelt. Primär hält diese Argumentation vor dem verfassungsrechtlich geschützten Lohngleichheitsgebot zwischen Mann und Frau nach Art. 8 Abs. 3 BV nicht stand.[57] Denn es erhellt nicht, warum zwei unter dem EOG geregelte Entschädigungsansprüche derart unterschiedlich behandelt werden sollen. Währenddem unbestritten ist, dass es sich beim Entschädigungsanspruch für Militärdienstleistende, welcher grösstenteils Männern zugutekommt, um eine obligatorische Versicherung handelt, soll es sich bei der im gleichen Gesetz geregelten Mutterschaftsentschädigung, welche einzig Frauen zugutekommt, nicht um eine obligatorische Versicherung handeln. Dementsprechend hielt das Regionalgericht Bern-Mittelland auch ohne Weiteres fest, dass es sich bei der Mutterschaftsversicherung um eine obligatorische Versicherung handle.[58]

Dementsprechend haderte auch der Bundesrat in seinem Bericht von April 2016 mit der Frage, ob die Mutterschaftsversicherung als obligatorische Versicherung zu qualifizieren sei: Im Bericht wurde tunlichst vermieden, eine verbindliche Aussage treffen zu müssen. Stattdessen wurde festgehalten, dass die Mutterschaftsversicherung «grundsätzlich» als obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR angesehen werden «müsste».[59] Mit selbiger Problematik hadern auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, welche mit Bezug auf die Lohnfortzahlung nach Niederkunft zwar primär auf die Materialien verweisen, dann aber zum Schluss gelangen, dass das Ausbleiben von Lohnzahlungen mindestens bei der nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerin sachlich nicht angemessen sei, womit sich die Begründung eines Lohnfortzahlungsanspruches eben doch «vertreten lässt» (vgl. III.B.).[60] Diese Argumentationskette dreht sich um ihre eigene Achse, müssen sich die Autoren zur (begrüssenswerten) Bejahung des Lohnfortzahlungsanspruches doch eines Werturteiles bedienen, welches sich so nicht aus den Materialien ergibt. Bemerkenswert ist in diesem Kontext ebenfalls, dass Roger Rudolph, Mitautor des 2012 erschienenen Praxiskommentars Streiff/von Kaenel/Rudolph sowie des 2015 zusammen mit Portmann verfassten Basler Kommentars, offensichtlich die Seiten gewechselt hat: Spricht sich Streiff/von Kaenel/Rudolph noch gegen die Qualifikation der Mutterschaftsversicherung als obligatorische Versicherung aus[61], besagt der Basler Kommentar das Gegenteil.[62]

Schliesslich verweisen Geiser/Müller zur Begründung ihrer Ansicht auf Art. 324a Abs. 3 OR[63] und damit auf die im Rahmen der EOG-Revision erfolgte Streichung des Tatbestandes der Niederkunft aus besagtem Artikel. Doch die in den Materialien vertretene Ansicht hält auch vor der Gesetzessystematik nicht stand: Denn die im Zuge der EOG-Revision erfolgte Anpassung von Art. 324a Abs. 3 OR sollte einzig auf die grundsätzliche Systematik von Lohnfortzahlung während der Schwangerschaft nach Art. 324a OR und Zahlungen nach Niederkunft nach EOG hinweisen.[64] Daneben lässt Art. 324a Abs. 1 OR genügend Raum, um eine Lohnfortzahlung für Fälle ausserhalb der grundsätzlichen Systematik (wie beispielsweise die nicht versicherte Arbeitnehmerin) zu erfassen.[65]

B. Qualifizierung der Mutterschaftsversicherung als obligatorische Versicherung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Mehrheit der heutigen Lehre und die aktuelle Rechtsprechung die in den Materialien zur EOG-Revision festgehaltene Qualifizierung der Mutterschaftsversicherung als überholt betrachtet und es sich bei der Mutterschaftsversicherung nach heute überwiegend vertretenen Ansicht um eine obligatorische Versicherung handelt. Folglich unterstehen Arbeitgeber bei Arbeitnehmerinnen mit einem hohen Einkommen einer Ausgleichspflicht, gemäss welcher sie sicherstellen müssen, dass Arbeitnehmerinnen Mutter-

54 Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16.
55 ZK-Staehelin (FN 10), Art. 324a OR N 16a.
56 Geiser/Müller (FN 11), N 1050.
57 BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324a OR N 39; Carruzzo (FN 3), Art. 324b OR N 7.
58 Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727 BAK, 24.1.2013 bzw. 27.3.2013, E. 3.3.4.
59 Bericht Bundesrat (FN 5), 6.
60 Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16.
61 Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16.
62 BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324a OR N 39.
63 Geiser/Müller (FN 11), N 1050.
64 Im Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, welcher die Funktion einer Botschaft übernahm, wird dazu ausgeführt: »Der Entschädigungsanspruch während des Mutterschaftsurlaubes richtet sich neu nach dem EOG. Artikel 324a Absatz 3 OR hat für die Zeit nach der Niederkunft keine Bedeutung mehr und wird so angepasst, dass er sich nunmehr ausschliesslich auf Arbeitsverhinderungen infolge von Schwangerschaft der Arbeitnehmerin bezieht» (Parlamentarische Initiative Revision Erwerbsersatzgesetz [FN 18], 7550).
65 BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324a OR N 38; Carruzzo (FN 3), Art. 324b OR N 7.

schaftsentschädigungen erhalten, die mindestens 80 % ihres üblichen Lohnes ausmachen.[66]

VI. Aktuell geplante Anpassungen im EOG

Die unter IV.F. dargestellten gesetzgeberischen Bemühungen, mit welchen klargestellt werden soll, dass Mütter während des Aufschubs des Mutterschaftsurlaubes von einer finanziellen Absicherung profitieren können, sind begrüssenswert und bestätigen die herrschende Lehre und Rechtsprechung.[67] Gleichzeitig wird aber mit der nun angestrebten Anpassung des EOG einzig eine von mehreren Gesetzeslücken geschlossen. Rechtsunsicherheiten und Inkonsistenzen bleiben unter anderem für die nicht unter dem EOG versicherten Arbeitnehmerinnen sowie für Arbeitnehmerinnen mit hohem Einkommen bestehen, bei welchen die Mutterschaftsentschädigung nicht 80 % des üblichen Lohnes entspricht. Dies ist insbesondere aufgrund des damit einhergehenden Verstosses gegen das verfassungsrechtlich geschützte Lohngleichheitsgebot (vgl. V.A.) stossend. Es wäre daher wünschenswert, dass im Rahmen der nun auf Bundesebene vorherrschenden Bestrebungen auch die übrigen Regelungslücken geschlossen und somit Rechtssicherheit für die betroffenen Mütter geschaffen wird. Dies liesse sich relativ einfach bewerkstelligen, indem in den Materialien zu der nun angestrebten Anpassung des EOG festgehalten würde, wovon die Mehrheit der heutigen Lehre und die aktuelle Rechtsprechung (vgl. V.B.) bereits überzeugt sind: dass es sich bei der Mutterschaftsversicherung um eine obligatorische Versicherung handelt, die sich ohne Weiteres in die Gesetzessystematik von Art. 324a/b OR einfügt. Damit wäre sichergestellt, dass nicht unter dem EOG versicherte Arbeitnehmerinnen nach Niederkunft Lohnfortzahlungen im Rahmen von Art. 324a OR erhalten. Dadurch würde auch die Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen mit hohen Einkommen im Rahmen von Art. 324b Abs. 1 OR beseitigt.

VII. Lohnfortzahlungsanspruch des Vaters?

Schliesslich seien auch dem Vater des Neugeborenen – und im Sinne dieses Artikel insbesondere einem allfälligen Lohnfortzahlungsanspruch eines Kindsvaters im Kontext einer Niederkunft – ein paar abschliessende Gedanken gewidmet: Wie ausgeführt, wird der Kindsmutter aufgrund der Pflegebedürftigkeit des Neugeborenen grundsätzlich ein unverschuldeter Arbeitsverhinderungsgrund attestiert (vgl. III.C. sowie IV.C.). Insbesondere im Falle des hospitalisierten Neugeborenen muss dies auch für den Kindsvater gelten. Es ist nicht ersichtlich, weshalb einzig die Anwesenheit der Kindsmutter beim Neugeborenen essentiell sein soll. Die Anwesenheit des Vaters ist ebenso entscheidend. Es ist Zeit, nicht nur die biologischen bzw. funktional begründeten Vorstellungen und Wertungen des Gesetzgebers zu Beginn des 20. Jahrhunderts zu berücksichtigen, mit welchen die mütterliche Anwesenheit in den ersten acht Lebenswochen eines Neugeborenen begründet wurde,[68] sondern auch psychologische und emotionale Faktoren einzubeziehen. Aktuelle Studien belegen die Wichtigkeit der Anwesenheit des Kindsvaters in den ersten Lebensmonaten eines Neugeborenen.[69] Dementsprechend hat das Genfer Gericht auch bereits von der Wichtigkeit der Anwesenheit *beider* Elternteile bei einem Neugeborenen gesprochen.[70] Folglich ist aufgrund der Pflegebedürftigkeit eines Neugeborenen, insbesondere eines hospitalisierten Neugeborenen, nicht nur von einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung der Kindsmutter, sondern auch von einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung des Kindsvaters auszugehen.

---

66 BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324a OR N 39; Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727 BAK, 24.1.2013 bzw. 27.3.2013, E. 3.3.6.

67 Bruchez (FN 3), 268; Brühwiler (FN 3), Art. 324a OR N 22 und Art. 329f OR N 3; Subilia (FN 3), 1476 f.; Carruzzo, (FN 3), Art. 324b OR N 11; Rudolph (FN 3), 235 ff.; Steiger-Sackmann (FN 3), N 32.73; Perrenoud (FN 3), 1153 ff., 1349; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 3), Art. 324a/b OR N 16; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 3), Art. 324a OR N 41 und Art. 329f OR N 5; Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727 BAK, 24.1.2013 bzw. 27.3.2013, in: Plädoyer 6/2013, 59 ff.; Cour d'appel des prud'hommes de Genève, CAPH/184/2008, 17.10.2008, in: JAR 2009, 522 ff.

68 Vgl. BBl 1910 III 575 ff., 647; BBl 1877 II 483 ff., 490; BBl 1875 IV 921 ff., 953; BGE 140 I 305 E. 3.1, 4.

69 Peter Zimmermann/Gerhard J. Suess/Hermann Scheuerer-Englisch/Klaus E. Grossmann, Der Einfluss der Eltern-Kind-Bindung auf die Entwicklung der psychischen Gesundheit, in: Franz Petermann/Kay Niebank/Herbert Scheithauer (Hrsg.), Risiken in der frühkindlichen Entwicklung, Göttingen 2000, 301 ff.

70 Cour d'appel des prud'hommes de Genève, CAPH/184/2008, 17.10.2008, E. 2.2.2, in: JAR 2009, 522 ff.