Dezember 2020

Employment News Nr. 56

Bezahlter Kurzurlaub für Angehörigenbetreuung und langer Betreuungsurlaub bei gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern

Ab dem nächsten Jahr haben Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlte Kurzurlaube von bis zu drei Tagen zur Betreuung kranker oder verunfallter Angehöriger und auf einen längeren, über die Erwerbsersatzordnung entschädigten Urlaub von bis zu 14 Wochen zur Betreuung eines gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes. In diesem Newsletter erfahren Sie, was im Zusammenhang mit diesem Betreuungsurlaub beachtet werden muss.

walderwyss rechtsanwälte

Kurzurlaube und Betreuungsurlaub zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung

Von Philippe Nordmann
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com

und Christoph Burckhardt
MLaw, Rechtsanwalt
Associate
Telefon +41 58 658 14 34
christoph.burckhardt@walderwyss.com

Ab dem 1. Januar 2021 haben Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlte Kurzurlaube zur Betreuung kranker oder verunfallter Familienmitglieder oder Lebenspartnerinnen bzw. Lebenspartner. Die Kurzurlaube betragen höchstens drei Tage pro Fall und nicht mehr als zehn Tage pro Jahr. Zudem haben erwerbstätige Eltern ab dem 1. Juli 2021 gemeinsam Anspruch auf einen 14-wöchigen Urlaub für die Betreuung eines schwer kranken oder verunfallten Kindes. Erfahren Sie in diesem Beitrag, was es dabei zu berücksichtigen gibt.

Ausgangslage

Die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung ist seit geraumer Zeit im Blickfeld der Politik. Heute haben Arbeitnehmer unter gewissen Umständen Anspruch auf einen Kurzurlaub von bis zu drei Tagen für die Betreuung kranker Kinder (Art. 36 Abs. 3 Arbeitsgesetz, ArG), auf eine zeitlich begrenzte Lohnfortzahlung für die Betreuung und Pflege eigener Kinder, der Ehegattin, des Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners, nicht aber von Lebenspartnerinnen oder Lebenspartnern, Eltern oder Geschwistern (vgl. Art. 324a Abs. 1 Obligationenrecht, OR). Es besteht *kein Anspruch auf Erwerbsersatz* für länger dauernde Abwesenheiten aufgrund eines Pflege- oder Betreuungsfalls. Das ändert sich im nächsten Jahr mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung. Es ist zu unterscheiden zwischen den bezahlten Kurzurlauben zur Angehörigenbetreuung und dem entschädigten Betreuungsurlaub im Zusammenhang mit der Betreuung gesundheitlich schwer beeinträchtigter Kinder.[1]

Anspruch auf Freistellung und Lohnfortzahlung während kurzzeitiger Abwesenheit

Ab dem 1. Januar 2021 haben Arbeitnehmer *Anspruch auf Freistellung und Lohnfortzahlung* während kurzer Abwesenheiten von bis zu drei Tagen, die zur Betreuung eines Familienmitglieds, der Lebenspartnerin oder des Lebenspartners mit gesundheitlicher Beeinträchtigung erforderlich sind (Art. 329h nOR, Art. 36 Abs. 3 nArG).

Der Anspruch besteht, wenn ein *Familienmitglied*, der *Lebenspartner* oder die *Lebenspartnerin* gesundheitlich beeinträchtigt sind. Die gesundheitliche Beeinträchtigung muss durch ein Arztzeugnis belegt sein und eine Betreuung durch den Arbeitnehmer erfordern. Als Familienmitglieder gelten Verwandte in auf- und absteigender Linie

(d.h. Kinder, Eltern und Grosseltern) und die Geschwister. Als Lebenspartner oder Lebenspartnerin gelten der Ehegatte, die Ehegattin, der eingetragene Partner und die eingetragene Partnerin sowie der Lebenspartner und die Lebenspartnerin, der oder die mit dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin seit mindestens fünf Jahren einen gemeinsamen Haushalt führt. Die neue Regelung ist grosszügiger als das bisherige Recht, indem den Betroffenen auch zur Betreuung eines Lebenspartners, einer Lebenspartnerin, der Eltern oder Geschwister ein bezahlter Kurzurlaub eingeräumt wird.

Die *Dauer des Kurzurlaubs* ist auf die für die Betreuung erforderliche Zeit begrenzt. Der Kurzurlaub beträgt pro Ereignis höchstens drei Tage. Zudem dürfen pro Dienstjahr maximal zehn Tage Kurzurlaub für Angehörigenbetreuung bezogen werden (Art. 329h nOR, Art. 36 Abs. 3 und 4 nArG). Die jährliche Obergrenze betreffend Freistellung gilt nicht für Kinder, sondern nur für die anderen Familienmitglieder. Die Betreuung von kranken Kindern erfolgt nach den bisherigen gesetzlichen Regeln zur Lohnfortzahlung bei kurzen Abwesenheiten (Art. 324a OR), ohne dass sich dadurch der Anspruch auf jährlich bis zu zehn Tage Freistellung wegen Angehörigenbetreuung reduziert. Die entsprechende Pflicht der Arbeitgeberin zur Lohnfortzahlung besteht im ersten Dienstjahr für drei Wochen und anschliessend für eine angemessene längere Zeit. Was angemessen bedeutet, ist abhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen. In der Praxis dienen die sogenannten Basler, Berner oder Zürcher Skalen zur Bestimmung der Länge der Lohnzahlungspflicht.[2]

Es ist unklar, ob der jährliche Maximalanspruch in einem *unvollständigen Dienstjahr* nur anteilsmässig besteht, d.h. ob z.B. der Arbeitnehmer in einem auf sechs Monate befristeten Arbeitsverhältnis lediglich Anspruch auf Freistellungen und Lohnfortzahlung von bis zu fünf Tagen hat. Unseres Erachtens reduziert sich der jährliche Maximalanspruch in einem unvollständigen Dienstjahr *pro rata*.[3]

Anspruch auf Betreuungsentschädigung und Betreuungsurlaub bei gesundheitlich schwer beeinträchtigtem Kind

Ab dem 1. Juli 2021 haben erwerbstätige Eltern eines minderjährigen Kindes, das wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigt ist, gemeinsam Anspruch auf einen über die Erwerbsersatzordnung *entschädigten Betreuungsurlaub* von bis zu 14 Wochen pro Krankheitsfall oder Unfall (Art. 329i nOR, Art. 16n ff. neues Erwerbsersatzgesetz, nEOG).

Anspruchsberechtigt sind die *Eltern* eines schwer gesundheitlich beeinträchtigten Kindes. Der Zivilstand der Eltern ist unerheblich. Der Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung entsteht, wenn mindestens ein Elternteil Arbeitnehmer, Selbständigerwerbender oder Mitarbeiter mit Barlohn im Betrieb der Ehefrau oder des Ehemannes ist und die Erwerbstätigkeit aufgrund der Betreuung unterbricht (Art. 16n Abs. 1 nEOG). Ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen haben auch Eltern, die wegen Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitslosigkeit nicht erwerbstätig sind, einen Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung (Art. 16n Abs. 3 lit. b nEOG). Auch Pflegeeltern sollen einen Anspruch auf einen Betreuungsurlaub und eine Betreuungsentschädigung haben. Die entsprechenden Ausführungsbestimmungen werden aber erst im nächsten Jahr verabschiedet.

Der Anspruch besteht, wenn ein minderjähriges Kind *gesundheitlich schwer beeinträchtigt* ist. «Ein Kind ist gesundheitlich schwer beeinträchtigt, wenn

- eine einschneidende Veränderung seines körperlichen oder psychischen Zustandes eingetreten ist;
- der Verlauf oder der Ausgang dieser Veränderung schwer vorhersehbar ist oder mit einer bleibenden oder zunehmenden Beeinträchtigung oder dem Tod zu rechnen ist;
- ein erhöhter Bedarf an Betreuung durch die Eltern besteht; und
- mindestens ein Elternteil die Erwerbstätigkeit für die Betreuung des Kindes unterbrechen muss.» (Art. 16o nEOG).

Es entsteht *ein Anspruch pro Krankheitsfall oder Unfall* eines Kindes. Erkrankt ein Kind beispielsweise nach einer ersten schweren Krankheit oder einem Unfall an einer anderen schweren Krankheit, so entsteht erneut ein Anspruch. Eine Krankheit, die mit einer Hauptkrankheit zusammenhängt, z.B. weil sie als Folge eines erkrankten, schwachen Immunsystems entsteht, gilt nicht als neue Krankheit. Ein Rückfall nach einer längeren Zeit ohne Beschwerden gilt aber als neue Krankheit. Werden mehrere Kinder aufgrund des gleichen Unfalls gesundheitlich schwer beeinträchtigt, entstehen zwei Ansprüche.

Wird ein Kind mit einer schweren Krankheit geboren, so entsteht kein Anspruch auf Betreuungsentschädigung. In diesem Fall hat die Mutter Anspruch auf die *Mutterschaftsentschädigung*. Ein Anspruch auf Betreuungsentschädigung kann allenfalls im Anschluss an die Mutterschaftsentschädigung entstehen, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

Modalitäten der Geltendmachung von Betreuungsurlaub und Betreuungsentschädigung

Für den Bezug des maximal 14-wöchigen Betreuungsurlaubs und der Betreuungsentschädigung gilt eine *Rahmenfrist von 18 Monaten* ab dem Tag, für den das erste Taggeld der Betreuungsentschädigung ausbezahlt wird. Der Urlaub kann am

Stück oder tageweise bezogen werden. Sind beide Eltern Arbeitnehmer, haben sie je Anspruch auf einen Betreuungsurlaub von sieben Wochen und die Hälfte der maximalen Betreuungsentschädigung, sofern sie sich nicht auf eine andere Aufteilung einigen. Die erwerbstätigen Eltern müssen ihre Arbeitgeberin unverzüglich über die Aufteilung des Betreuungsurlaubs, die Modalitäten des Urlaubsbezugs und allfällige Änderungen informieren. Der Anspruch endet nach Ablauf der Rahmenfrist oder nach Ausschöpfung der Taggelder. Er endet ausserdem, wenn die Voraussetzungen für den Bezug der Betreuungsentschädigung nicht mehr erfüllt sind, weil das Kind z.B. nicht mehr gesundheitlich schwer beeinträchtigt ist. Wird das Kind während der Rahmenfrist volljährig, geht der Anspruch aber nicht unter (zum Ganzen: Art. 329i nOR, Art. 16p und 16q nEOG).

Die Eltern haben gemeinsam Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung in Höhe von höchstens *98 Taggeldern*. Der Anspruch auf die Entschädigung besteht auch an freien Tagen, z.B. Samstag und Sonntag. Deshalb müssen pro fünf Arbeitstage zusätzlich zwei Taggelder ausgerichtet werden. Das bedeutet, dass 98 Tage entschädigt werden, aber nur 70 eigentliche Urlaubstage bezogen werden können. Das Taggeld beträgt 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, das vor dem Beginn des Entschädigungsanspruchs erzielt wurde, maximal aber 196 Franken pro Tag oder gesamthaft 19'208 Franken (zum Dargelegten: Art. 16q und 16r nEOG i.V.m. Art. 16f EOG). Es entspricht bei einem Teilpensum dem reduzierten Beschäftigungsgrad. Das Taggeld wird demnach auch für Tage ausgerichtet, die aufgrund des Teilpensums arbeitsfrei sind. Deckt die Betreuungsentschädigung aufgrund dieser Begrenzung nicht 80 Prozent des Lohnes, so muss die Arbeitgeberin mindestens die Differenz zwischen den Taggeldern und 80 Prozent des Lohns bezahlen (Art. 324b Abs. 2 OR). Sie kann auch freiwillig weiterhin den vollen Lohn bezahlen, ist aber nicht dazu verpflichtet.

Die Arbeitgeberin und der Arbeitnehmer melden sich mittels *Formulars* und unter Angabe der bezogenen Urlaubstage sowie des Lohns bei der zuständigen Ausgleichskasse für die Betreuungsentschädigung an. Der Anmeldung ist das Arztzeugnis beizulegen, aus dem die Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigung und der Pflegebedarf hervorgehen. Die Arbeitgeberin darf nach einer gewissen Dauer ein weiteres Arztzeugnis verlangen, in dem bestätigt wird, dass das betroffene Kind weiterhin gesundheitlich schwer beeinträchtigt ist.

Kündigungsschutz während Betreuungsurlaub

Es besteht *Kündigungsschutz für den Arbeitnehmer*, solange der Anspruch auf Betreuungsurlaub besteht, längstens aber während sechs Monaten, ab dem Tag, an dem die Rahmenfrist zu laufen beginnt (Art. 336c Abs. 1 lit. c^{bis} nOR). Kündigt die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis trotzdem während dieser Sperrfrist, ist die Kündigung nicht gültig. Kündigt die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis vorher, aber ist die Kündigungsfrist bis zum Beginn der Rahmenfrist im Zusammenhang mit dem Betreuungsurlaub noch nicht abgelaufen, so wird der Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR).

Empfehlungen

Es ist *keine Anpassung bestehender Arbeitsverträge* erforderlich. Die neuen Regeln gelten auch ohne ausdrückliche Regelung im Vertrag für alle Arbeitsverhältnisse nach schweizerischem Obligationenrecht. Die Arbeitgeberin darf den Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung zur Angehörigenbetreuung und Betreuungsurlaub nicht kürzen (Art. 362 Abs. 1 nOR). Es steht ihr frei, auf freiwilliger Basis einen längeren Betreuungsurlaub zu gewähren oder auch während der Abwesenheiten den vollen Lohn zu bezahlen.

Wir empfehlen bei der Umsetzung der neuen Regeln zur Angehörigenbetreuung und zum Betreuungsurlaub, **(i)** vom Arbeitnehmer jeweils ein Arztzeugnis zur gesundheitlichen Beeinträchtigung des oder der Angehörigen zu verlangen, **(ii)** dieses auf Glaubwürdigkeit zu prüfen und darauf, ob es eine (schwere) gesundheitliche Beeinträchtigung und einen (erhöhten) Betreuungsbedarf feststellt, und **(iii)** mittels Eintragung der Abwesenheiten in der Absenzenliste auf die Einhaltung der jährlichen Obergrenze von zehn Tagen für kurzzeitige Abwesenheiten bzw. 14 Wochen für den Betreuungsurlaub zu achten.

Employment News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2020

Endnotes

1 Zum ganzen Beitrag siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung vom 22. Mai 2019, BBl 2019 4103, 4115 ff. Die Bestimmungen des neuen Rechts in Gesetzen (AS 2020 4525 ff.) und Verordnungen (AS 2020 4545 f.) werden mit der Abkürzung des Erlasses und einem vorstehenden Zusatz ausgewiesen (z.B. Art. 329h nOR).

2 Internet: www.arbeitsverhinderung.ch (abgerufen am 10.12.2020) > Rechtsfolge > Lohnfortzahlungsskalen.

3 Der Wortlaut von Art. 329h nOR ist nicht eindeutig, legt aber eher nahe, dass der Maximalanspruch pro vollständiges Jahr besteht («zehn Tage pro Jahr»). Der Zweck der Bestimmung (Verhinderung einer zu hohen Anzahl Urlaubsfälle) wird eher gewahrt, wenn der Maximalanspruch bei einem unvollständigen Dienstjahr nur *pro rata* besteht.

Ansprechpartner

Ueli Sommer
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com

Philippe Nordmann
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com

Daniel Staffelbach
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwyss.com

Davide Jermini
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 02
davide.jermini@walderwyss.com

Olivier Sigg
Partner, Genf
Telefon +41 58 658 30 20
olivier.sigg@walderwyss.com

Irène Suter-Sieber
Partnerin, Zürich
Telefon +41 58 658 56 60
irene.suter@walderwyss.com

Christoph Stutz
Konsulent, Zürich
Telefon +41 58 658 56 57
christoph.stutz@walderwyss.com

Fabian Looser
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com

Simone Wetzstein
Managing Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com

Alex Domeniconi
Senior Associate, Lugano
Telefon +41 58 658 44 06
alex.domeniconi@walderwyss.com

Nadine Mäder
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 31
nadine.maeder@walderwyss.com

Laura Luongo
Senior Associate, Genf
Telefon +41 58 658 30 21
laura.luongo@walderwyss.com

Jonas Knechtli
Senior Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 82
jonas.knechtli@walderwyss.com

Gaurav Bhagwanani
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 52 80
gaurav.bhagwanani@walderwyss.com

Yannik A. Moser
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 85
yannik.moser@walderwyss.com

Nathalie Möri
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 53 03
nathalie.moeri@walderwyss.com

Ansprechpartner

Sarah Eichenberger
Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 58 69
sarah.eichenberger@walderwyss.com

Chiara Wirz
Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 52 46
chiara.wirz@walderwyss.com

Christoph Burckhardt
Associate, Basel

Telefon +41 58 658 14 34
christoph.burckhardt@walderwyss.com