

#### [1631] Arbeitnehmer mit Familienpflichten



ANGELA HENSCH

\*

#### ▣ Zusammenfassung

*Arbeitnehmer müssen gleichzeitig ihren Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag und ihrer sozialen Verantwortung nachkommen. Diesem Spannungsverhältnis wird dadurch Rechnung getragen, dass ihnen für die Pflege und Betreuung von Kindern und anderen Angehörigen oder nahestehenden Personen unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitsbefreiungs- und Lohnfortzahlungsansprüche zustehen. Ausserdem ist ihnen für besondere familiäre Ereignisse ausserordentliche Freizeit zu gewähren und es muss bei der Festlegung der Ferien sowie der Arbeits- und Ruhezeiten auf ihre familiäre Situation Rücksicht genommen werden. In der Literatur und Rechtsprechung werden die sich stellenden Rechtsfragen uneinheitlich und zum Teil wenig systematisch beantwortet. Eine klare Abgrenzung zwischen Arbeitsverhinderung und anderen Absenzen wegen Familienpflichten ist jedoch Grundvoraussetzung für die richtige Einordnung der unterschiedlichen Sachverhalte und für die Prüfung der Arbeitnehmeransprüche im Einzelfall.*

#### Résumé

*Les travailleurs doivent assumer à la fois leurs obligations découlant du contrat de travail et leurs responsabilités sociales. Afin de tenir compte de ces tensions potentielles, les employés ont droit,*

*à certaines conditions, d'être libérés de leur obligation de travailler pour soigner et s'occuper des enfants et d'autres membres de la famille ou proches, tout en continuant à toucher un salaire. Il convient, par ailleurs, de leur accorder un congé extraordinaire pour certains événements familiaux et de tenir compte de leur situation familiale lors de la fixation des vacances et des temps de travail et de repos. Les réponses qu'apportent la doctrine et la jurisprudence aux questions juridiques qui se posent sont inégales et manquent parfois de cohérence. Une distinction claire entre l'empêchement de travailler et les autres absences liées à des obligations familiales est toutefois une condition essentielle pour qualifier correctement les différentes situations et examiner les droits du travailleur dans le cas particulier.*

## ▫ INHALTSÜBERSICHT

### I. Einleitung

### II. Begriffsbestimmungen

#### A. Familienpflichten

#### B. Angehörige und nahestehende Personen

#### C. Einzelfallbeurteilung

### III. Arbeitsbefreiungs- und Lohnfortzahlungsanspruch für Pflege- und Betreuungsaufgaben

#### A. Pflege- und Betreuungsaufgaben

#### B. Erkrankte Kinder

##### 1. Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 36 Abs. 3 ArG

##### 2. Lohnfortzahlungs- und Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 324a OR

#### C. Erkrankte andere Angehörige und nahestehende Personen

##### 1. Kein Freistellungsanspruch nach Art. 36 Abs. 3 ArG

##### 2. Lohnfortzahlungs- und Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 324a OR

##### 3. Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 329 Abs. 3 OR

#### D. Vertragliche Vereinbarungen

### IV. Familiäre Ereignisse

### V. Besonderheiten bei den Arbeits- und Ruhezeiten

#### A. Ansprüche nach Art. 36 Abs. 1 und 2 ArG

##### 1. Allgemeines

##### 2. Anspruchsberechtigte Personen

##### 3. Anspruch auf Rücksichtnahme nach Art. 36 Abs. 1 ArG

##### 4. Ansprüche auf Zustimmung zur Überzeitarbeit und Mittagspause nach Art. 36 Abs. 2 ArG

B. Übersicht zu weiteren Regelungen

C. Kein Anspruch auf Anpassung des Arbeitsvertrags

## VI. Sonderfragen

A. Kündigungsschutz

1. Zeitlicher Kündigungsschutz

2. Sachlicher Kündigungsschutz

B. Ferien

1. Ferienbezug

2. Ferienunfähigkeit

3. Ferienkürzung

## VII. Fazit

### I. Einleitung

Die familiären und persönlichen Beziehungen der Arbeitnehmer und die damit verbundenen Erziehungs-, Pflege- und Betreuungsaufgaben können zu Doppelbelastungen und Pflichtenkollisionen führen. Den Arbeitnehmern obliegt es gleichzeitig, die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag zu erfüllen und ihrer sozialen Verantwortung nachzukommen. Diesem Spannungsverhältnis wird dadurch Rechnung getragen, dass ihnen für die Pflege und Betreuung von Kindern und anderen Angehörigen oder nahestehenden Personen unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitsbefreiungs- und Lohnfortzahlungsansprüche zustehen. Ausserdem ist den Arbeitnehmern für besondere familiäre Ereignisse ausserordentliche Freizeit zu gewähren und es muss bei der Festlegung der Ferien sowie [1632] der Arbeits- und Ruhezeiten auf ihre familiäre Situation Rücksicht genommen werden.

Nicht Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen bilden die ebenfalls mit den Familienpflichten im Zusammenhang stehenden besonderen Fragestellungen rund um die Mutterschaft (Schwangerschaft, Niederkunft, nachfolgende Erholungszeit, Stillzeit), insbesondere der Mutterschaftsschutz im Arbeitsgesetz<sup>1</sup>, die Schutzbestimmungen im Obligationenrecht<sup>2</sup> sowie die Erwerbsausfallregelung nach der Erwerbsersatzordnung.<sup>3</sup> Ebenfalls nicht behandelt werden die Familienzulagen<sup>4</sup>, Diskriminierungsfragen nach dem Gleichstellungsgesetz<sup>5</sup>, die eigene Krankheit der Arbeitnehmer aufgrund von Erkrankungen Dritter und die Pflege und Betreuung, die über das familienrechtlich Gebotene hinausgeht.<sup>6</sup>

### II. Begriffsbestimmungen

#### A. Familienpflichten

Nach Art. 36 Abs. 1 ArG gelten im Bereich des Arbeitsgesetzes als Familienpflichten die Erziehung von Kindern bis 15 Jahren sowie die Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger oder nahestehender Personen. Die Betreuung kranker Kinder wird in Art. 36 Abs. 3 ArG ausdrücklich als Familienpflicht

aufgeführt. Die Umschreibung der Familienpflichten in diesen Bestimmungen ist exemplarisch.<sup>7</sup> Nach der Wegleitung des Seco gehören zu den Familienpflichten gegenüber Kindern bis zum vollendeten 15. Altersjahr alle Aufgaben, die die Anwesenheit der betreuenden Person notwendig oder wünschenswert erscheinen lassen, weil die Kinder diese noch nicht alleine übernehmen können oder weil ihnen noch nicht genügend Eigenverantwortung zugemutet werden kann.<sup>8</sup> Darunter fallen bspw. folgende Aufgaben: die Kinder rechtzeitig in die Schule schicken, sie in der Mittagspause oder am Abend mit Mahlzeiten versorgen, sie zu besonderen Anlässen begleiten<sup>9</sup>, sie in die Kita bringen und wieder abholen. Ferner gelten als Familienpflichten auch die mit der Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger (wozu auch Kinder gehören) und anderer nahestehender Personen zusammenhängenden Aufgaben.<sup>10</sup>

Im Obligationenrecht fehlen Begriffsbestimmungen. Es werden jedoch in der arbeitsrechtlichen Literatur und Gerichtspraxis bestimmte Sachverhalte in den Kontext von familiären Verpflichtungen und Ereignissen gestellt:

- Betreuung und Pflege kranker Kinder und anderer Angehöriger;<sup>11</sup>
- [1633]– Betreuung kranker Kinder im Spital;<sup>12</sup>
- Krankenbesuche anderer Angehöriger;<sup>13</sup>
- dringende Besorgungen für nahe Verwandte;<sup>14</sup>
- Reise zur Suche nach Verwandten in Erdbebenkatastrophengebiet in Italien;<sup>15</sup>
- Geburt eigener Kinder (Vaterschaft);<sup>16</sup>
- Heirat Arbeitnehmer oder Verwandter;<sup>17</sup>
- Goldene Hochzeit Eltern;<sup>18</sup>
- Tod Angehöriger oder nahestehender Personen.<sup>19</sup>

Generell setzt eine arbeitsrechtlich relevante familiäre Verpflichtung des Arbeitnehmers voraus, dass bestimmte Handlungen vorzunehmen sind, die ein Kind, ein anderer Angehöriger oder eine nahestehende Person unterstützen oder die der Beziehungspflege, dem Ausdruck von Mitgefühl oder gesellschaftlichen Konventionen dienen. Es geht um die erforderliche oder zumindest wünschenswerte Anwesenheit des Arbeitnehmers bei diesen Personen bzw. um die gleichzeitige Abwesenheit des Arbeitnehmers bei der Arbeit.

## **B. Angehörige und nahestehende Personen**

Im arbeitsrechtlichen Kontext ist der Begriff «Angehörige» m.E. weit zu verstehen, und es können dazu die durch Familie (Verwandtschaft und Schwägerschaft, Art. 20 und 21 ZGB), Status (Heirat, Art. 94 ff. ZGB; Eintragung Partnerschaft, Art. 3 ff. PartG<sup>20</sup>; Adoption, Art. 264 ff. ZGB; Kindesanerkennung, Art. 260 ff. ZGB) oder Stiefverwandtschaft verbundenen Personen gezählt werden.<sup>21</sup> Bei den nahestehenden Personen dürfte es sich um Personen handeln, denen gegenüber sich der Arbeitnehmer moralisch verpflichtet fühlt, wie bspw. Konkubinatspartner, langjährige Wohnpartner, Paten, Patenkinder oder enge Freunde, Personen, zu denen der Arbeitnehmer eine intensive Beziehung pflegt und sich zur Fürsorge verantwortlich fühlt.

## C. Einzelfallbeurteilung

Mangels klarer gesetzlicher Definitionen muss im konkreten Einzelfall beurteilt werden, welche familiären und persönlichen Beziehungen des Arbeitnehmers von ihm welche konkreten Handlungen verlangen und welche arbeitsrechtlichen Ansprüche sich daraus ergeben.

### [1634] III. Arbeitsbefreiungs- und Lohnfortzahlungsanspruch für Pflege- und Betreuungsaufgaben

#### A. Pflege- und Betreuungsaufgaben

Welche Handlungen zur Wahrnehmung von Pflege- und Betreuungsaufgaben gehören, ist von Fall zu Fall verschieden. Nebst eigentlichen Pflegehandlungen (bspw. Wundversorgung, Verabreichung von Medikamenten, Körperpflege) können Betreuungshandlungen (bspw. Versorgung mit Mahlzeiten, Beaufsichtigung und Überwachung, Begleitung zum Arzt, soziale Unterstützung durch Zuneigung, Zuhören, Gespräche, Beratungen, Anwesenheit, Sterbebegleitung) dazu gehören. Letztere können auch erforderlich sein, wenn sich die betroffene Person in einer stationären Einrichtung (Spital, Klinik, Heim) aufhält.

#### B. Erkrankte Kinder

##### 1. Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 36 Abs. 3 ArG

###### a. Allgemeines

Nach Art. 36 Abs. 3 ArG haben Arbeitgeberinnen Arbeitnehmern mit Familienpflichten gegen Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses für die zur Betreuung kranker Kinder erforderliche Zeit bis zu drei Tagen freizugeben.

Die Bestimmung ist seit dem 1. August 2000 in Kraft und soll den berufstätigen Eltern ermöglichen, die Pflege und Betreuung kranker Kinder sicherzustellen.<sup>22</sup> Sie sollen in die Lage versetzt werden, ihr Kind, das während seiner Krankheit besonders der Nähe der Eltern bedarf, während maximal drei Tagen persönlich zu betreuen und zu pflegen bzw. die allenfalls danach notwendige weitere Ersatzbetreuung zu organisieren.<sup>23</sup>

###### b. Anspruchsberechtigte Personen

Das Arbeitsgesetz gilt nicht für alle Arbeitnehmer. Die zahlreichen betrieblichen (Art. 2 und 4 ArG) und persönlichen Ausnahmen (Art. 3 ArG) führen dazu, dass sich eine Vielzahl von Arbeitnehmern nicht auf den Freistellungsanspruch von Art. 36 Abs. 3 ArG berufen kann. Bei Art. 36 ArG handelt es sich nicht um eine Gesundheitsschutzvorschrift, so dass die Gegenausnahme von Art. 3a ArG nicht greift.<sup>24</sup> Ein Teil der Lehre geht allerdings davon aus, dass Art. 36 Abs. 3 ArG gestützt auf Art. 328 OR für alle Arbeitnehmer zur Anwendung gelangen soll.<sup>25</sup> Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen, weil sie den Ausnahmeregelungen von Art. 2 bis 4 ArG widerspricht und auch dazu führen müsste, dass weitere in Art. 3a ArG nicht aufgeführte Bestimmungen (bspw. Art. 35a und 35b ArG) über Art. 328 OR anzuwenden wären, was die herrschende Meinung ablehnt.<sup>26</sup>

Der Anspruch steht Eltern mit Kindern bis zum vollendeten 15. Altersjahr zu (Art. 36 Abs. 1 ArG). Berechtig ist der Elternteil, der für die Kinderbetreuung zuständig ist. Werden die

Betreuungspflichten von beiden Elternteilen gemeinsam getragen, bedarf es einer Abwägung der Betreuungs- und der Arbeitspflichten im Einzelfall.<sup>27</sup> Zu berücksichtigen ist insbesondere, wer sich zum gegebenen Zeitpunkt um die Betreuung kümmert,<sup>28</sup> wessen Anwesenheit beim Kind nötiger<sup>29</sup> und welcher Elternteil am Arbeitsplatz abkömmlicher ist.<sup>30</sup> Abgesehen von ganz besonderen Umständen (wie bspw. wenn das Kind in Lebensgefahr schwebt) können sich nicht beide Elternteile gleichzeitig auf die Freistellung berufen.<sup>31</sup> Hingegen spricht nichts dagegen, den Eltern bei längerer Erkrankung des Kindes den Betreuungsfreistellungsanspruch nacheinander zu gewähren.<sup>32</sup> Je nach Betreuungsverhältnissen und konkreten Umständen kann der Anspruch auf Arbeitsbefreiung auch einem eingetragenen Partner eines Elternteils (Art. 27 Abs. 1 PartG), Stiefeltern (Art. 299 ZGB), Pflegeeltern (Art. 300 ZGB), Gross- und Urgrosseltern (Art. 328 ZGB), Geschwistern oder nahestehenden Personen (bspw. dem Lebenspartner) zustehen<sup>33</sup>, falls die Eltern selbst ihren Betreuungspflichten nicht nachkommen können und diese Personen eine gesetzliche oder moralische Verpflichtung trifft.

### [1635] c. Krankheit des Kindes und Arztzeugnis

Das Kind muss wegen einer Krankheit auf die Anwesenheit des Arbeitnehmers angewiesen sein. Es muss eine intensivere Betreuung als üblich benötigen oder die Anwesenheit des Arbeitnehmers muss besonders wünschenswert sein.<sup>34</sup> Dies ist bspw. der Fall, wenn das Kind wegen seines Alters nicht alleine gelassen, wegen seiner Krankheit oder wegen Ansteckungsgefahr nicht in die Kita oder zur Tagesmutter gebracht werden oder zur Schule gehen kann und vom Arbeitnehmer betreut und gepflegt werden muss.

Die Krankheit des Kindes muss mit einem Arztzeugnis belegt werden.<sup>35</sup> Dies gilt grundsätzlich ab dem ersten Tag der Krankheit und zwar auch dann, wenn der Arbeitnehmer gemäss Arbeitsvertrag bzw. Personalreglement bei eigener Krankheit erst nach einer gewissen Zeit (bspw. nach drei Tagen) ein Arztzeugnis vorlegen muss. Diese vertraglichen Regelungen beziehen sich in der Regel ausschliesslich auf die Arbeitsverhinderung der Arbeitnehmer und nicht auf deren Kinder.

Die Vorlage des Arztzeugnisses genügt, um die Arbeitsbefreiung von maximal drei Tagen während der Zeit der attestierten Krankheit des Kindes zu begründen.<sup>36</sup> Das Gesetz enthält keine weiteren Voraussetzungen. Es verlangt insbesondere kein fehlendes Verschulden und damit keinen Nachweis ergriffener Massnahmen zur Prävention, Heilung oder Organisation einer Ersatzbetreuung.

Ob der Freistellungsanspruch auch unmittelbar nach dem Ende des Mutterschaftsurlaubs besteht, wenn die Krankheit des Kindes während des Mutterschaftsurlaubs beginnt, ist umstritten.<sup>37</sup>

### d. Dauer

Der Anspruch ist auf höchstens drei Arbeitstage pro Krankheitsfall und Kind (nicht pro Dienst- oder Kalenderjahr) beschränkt.<sup>38</sup> Aus Art. 36 Abs. 3 ArG lässt sich kein über drei Tage hinausgehender Arbeitsbefreiungsanspruch ableiten.<sup>39</sup> Wie alle Ansprüche auf Arbeitsbefreiung im Arbeitsgesetz besteht der Anspruch unabhängig vom Beschäftigungsgrad des Arbeitnehmers und verlängert oder verkürzt sich bei Teilzeitbeschäftigten nicht.<sup>40</sup>

Art. 36 Abs. 3 ArG kommt allerdings nicht in dem Sinne eine absolute Bedeutung zu, dass der Anspruch auf Freistellung in jedem Fall der Pflege und Betreuung eines kranken Kindes auf drei Tage beschränkt wäre. In Fällen, in denen diese bspw. wegen sehr schwerer Erkrankung des

Kindes nicht delegierbar ist, kann auch ein längerer Anspruch bestehen, der sich allerdings dann nicht aus Art. 36 Abs. 3 ArG, sondern aus Art. 324a OR ergibt.<sup>41</sup>

### **e. Lohnfortzahlungsanspruch**

Die Entlöhnung der Ausfalltage ist nicht Gegenstand des Arbeitsgesetzes.<sup>42</sup> Sie richtet sich – vorbehaltlich einer zulässigen Regelung im Arbeitsvertrag – nach Art. 324a OR.<sup>43</sup>

## **2. Lohnfortzahlungs- und Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 324a OR**

### **a. Lohnfortzahlungsanspruch**

#### **i. Allgemeines**

Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, hat er unter den Voraussetzungen von Art. 324a OR Anspruch auf Lohnfortzahlung für eine beschränkte Zeit. Diese beschränkte Zeit wird von den Gerichten in den bekannten gerichtlichen Skalen (Zürcher-, Berner- und Basler-Skala) konkretisiert, die mit steigendem Dienstalder einen zunehmenden jährlichen Lohnfortzahlungskredit vorsehen. Ausserdem muss der Arbeitsvertrag auf mehr als drei Monate fest abgeschlossen sein oder bereits mehr als drei Monate gedauert haben.

Die Verhinderung hat in den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers zu liegen und darf ihre Ursache nicht in objektiven Gründen haben.<sup>44</sup> Die Aufzählung der Verhinderungsgründe in Art. 324a Abs. 1 OR ist nicht abschliessend, und es entspricht herrschender Auffassung, dass – über Art. 119 OR hinausgehend – nicht nur die Unmöglichkeit, sondern auch die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung erfasst wird.<sup>45</sup>

#### **[1636] ii. Persönliches Leistungshindernis**

Anders als in Art. 36 Abs. 3 ArG wird in Art. 324a OR die Betreuung kranker Kinder nicht als persönliches Leistungshindernis aufgeführt. Es entspricht jedoch einhelliger Ansicht, dass die erforderliche Pflege und Betreuung eines kranken Kindes durch den Arbeitnehmer zu Hause oder dessen Betreuung in einer stationären Einrichtung (Spital, Klinik, Heim) den in Art. 324a Abs. 1 OR aufgezählten Verhinderungsgründen gleichzusetzen ist, obwohl der Verhinderungsgrund nicht in der Person des Arbeitnehmers, sondern des Kindes liegt.<sup>46</sup> Begründet wird dies mit der gesetzlichen Pflicht der Eltern zur Pflege und Betreuung ihrer unmündigen Kinder (Art. 276 Abs. 2 i.V.m. Art. 301 ZGB).<sup>47</sup> Das Leistungshindernis trifft denjenigen Elternteil, der für die Kinderbetreuung zuständig ist. Werden die Betreuungspflichten von beiden Elternteilen gemeinsam getragen, bedarf es einer Interessenabwägung im Einzelfall.<sup>48</sup> Eine gesetzliche Pflicht kann im konkreten Einzelfall auch eingetragene Partner, Stief-, Pflege-, Gross- oder Urgrosseltern treffen.<sup>49</sup> Bei besonderen Umständen besteht allenfalls für andere Angehörige oder nahestehende Personen (bspw. Geschwister oder Lebenspartner des Elternteils)<sup>50</sup> eine moralische Verpflichtung zur Pflege und Betreuung.

Als eine Kinderkrippe wegen des grassierenden Schweinegrippevirus geschlossen blieb und die Mutter deswegen die Kinderbetreuung übernehmen und der Arbeit fernbleiben musste, lag für das Arbeitsgericht Zürich eine seuchenähnliche Situation und kein Fall von persönlicher Arbeitsverhinderung vor, weil das eigene Kind gesund war.<sup>51</sup> Da die Arbeitnehmerin jedoch auch in dieser Situation gesetzlich verpflichtet war, für die Betreuung ihres Kindes zu sorgen, hätte man diesen Fall m.E. auch als subjektives Leistungshindernis qualifizieren können.<sup>52</sup> Dies sollte in allen Fällen gelten, in denen das Kind zwar gesund, aber aufgrund seines Alters und seiner Unselbständigkeit der Betreuung bedarf und die bisherige Betreuungslösung unerwartet wegfällt.<sup>53</sup> Zu denken ist bspw. an folgende Sachverhalte: Der aufgrund der Rollenverteilung der Eltern für die Kinderbetreuung zuständige Vater fällt wegen eigener Krankheit aus, weshalb die erwerbstätige Mutter die Betreuung des Kindes übernehmen muss, die betreuende Tagesmutter oder Nanny fällt wegen eigener Krankheit aus und die Eltern müssen die Betreuung wieder selbst übernehmen bzw. organisieren, oder das Kind kann nicht zur Tagesmutter gebracht werden, weil ein eigenes Kind der Tagesmutter an einer ansteckenden Krankheit leidet.

### iii. Fehlendes Verschulden

Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin besteht nur, wenn die Verhinderung nicht durch den Arbeitnehmer verschuldet ist (Art. 324a Abs. 1 OR). Ein Verschulden mit Bezug auf die Verursachung der Krankheit des Kindes dürfte in der Praxis sehr selten vorkommen. In der vorliegenden Konstellation ist vielmehr praxisrelevant, dass der Arbeitnehmer zumutbare Massnahmen zu ergreifen hat, um die Kollision mit der Arbeitspflicht zu vermeiden bzw. ganz oder mindestens teilweise zu beseitigen. Es darf bspw. erwartet werden, dass er bei häufiger oder chronischer Krankheit des Kindes besondere Vorkehrungen trifft und er bei eingetretener Erkrankung den Heilungsprozess im Rahmen des Möglichen unterstützt.<sup>54</sup> Ausserdem muss sich der grundsätzlich zur Pflege und Betreuung verpflichtete Arbeitnehmer um eine zumutbare, den physischen und psychischen Bedürfnissen des kranken Kindes entsprechende Betreuungsalternative bemühen (bspw. anderer Elternteil, Verwandte, Bekannte, Kinderbetreuung zu Hause durch das Schweizerische Rote Kreuz).<sup>55</sup> Zu berücksichtigen sind namentlich die Schwere und Dauer [1637] der Erkrankung, die erforderlichen Pflege- und Betreuungshandlungen, das Alter und die Selbständigkeit des Kindes sowie die Verfügbarkeit der Ersatzbetreuung. Je länger die Krankheit des Kindes dauert, umso mehr kann vom betreuenden Arbeitnehmer verlangt werden, geeignete Massnahmen zu treffen, um die Arbeitsverhinderung wieder zu beseitigen.<sup>56</sup>

Der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR setzt demnach voraus, dass der das Kind betreuende Arbeitnehmer die zu erwartenden Massnahmen ergriffen hat und sich die Pflege und Betreuung nicht anders organisieren lässt. Dies gilt m.E. auch für die Lohnfortzahlung während der Dauer des Freistellungsanspruchs nach Art. 36 Abs. 3 ArG.<sup>57</sup> Die Voraussetzungen des Freistellungsanspruchs nach Art. 36 Abs. 3 ArG und des Lohnfortzahlungsanspruchs nach Art. 324a OR decken sich nämlich nicht. Wie dargelegt, setzt der Freistellungsanspruch nach Art. 36 Abs. 3 ArG lediglich die Bestätigung der Krankheit des Kindes durch ein Arztzeugnis voraus.<sup>58</sup>

Kommt der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung, die Kollision zwischen seinen Familienpflichten und seiner Arbeitspflicht zu vermeiden bzw. zu beseitigen nicht nach, verliert er den Lohnfortzahlungsanspruch.<sup>59</sup>



#### **iv. Karenzfrist**

Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung während der Pflege und Betreuung des kranken Kindes besteht nur während eines befristeten Arbeitsverhältnisses von mehr als drei Monaten oder im unbefristeten Arbeitsverhältnis nach Ablauf der allenfalls bestehenden Karenzfrist von drei Monaten (Art. 324a Abs. 1 OR).<sup>60</sup>

#### **v. Dauer**

Zudem ist die zeitliche Beschränkung von Art. 324a Abs. 2 OR zu beachten.<sup>61</sup> Der Lohnfortzahlungsanspruch im betreffenden Dienstjahr darf noch nicht konsumiert sein, wobei an den jährlichen Anspruch alle Absenzen aus gleichen oder verschiedenartigen Verhinderungsgründen anzurechnen sind. Hat der sein krankes Kind betreuende Arbeitnehmer seinen Lohnfortzahlungsanspruch im betreffenden Dienstjahr bereits aufgebraucht, sind die Betreuungsabsenzen unbezahlt. Besteht nur eine teilweise Arbeitsverhinderung (etwa weil das kranke Kind im Spital gepflegt wird und die Anwesenheit des Arbeitnehmers nicht während der ganzen Arbeitszeit erforderlich ist oder weil sich die Drittbetreuung nur für einen Teil der notwendigen Betreuungszeit organisieren lässt), hat der Arbeitnehmer Anspruch auf das sich aus Art. 324a OR ergebende Lohnminimum (und nicht bloss auf das Zeitminimum).<sup>62</sup>

#### **vi. Verhältnis zur Krankentaggeldversicherung («Schutztransfer»)**

Im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlung für die Dauer der Betreuung kranker Kinder stellt sich die Frage, ob durch die Vereinbarung einer kollektiven Krankentaggeldlösung (Ersatzlösung nach Art. 324a Abs. 4 OR) auch dieses – von der Taggeldversicherung nicht gedeckte – Risiko abgegolten ist, die Arbeitgeberin also nicht zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist.

Ohne klar anderslautende Vereinbarung einer gleichwertigen Lösung ersetzt eine nach Art. 324a Abs. 4 OR installierte Versicherungslösung die gesetzliche Leistungspflicht nur so weit, als es um die dadurch gedeckten Risiken geht.<sup>63</sup> Der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung [1638] vermag die Arbeitgeberin somit in der Regel nicht davon zu befreien, ihrer Lohnfortzahlungspflicht für die Pflege und Betreuung kranker Kinder nachzukommen, sofern alle Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 1 und 2 OR erfüllt sind.<sup>64</sup>

#### **vii. Beweislast**

Die Beweislast für die Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit des Kindes und die Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses trägt der Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB). Nach überwiegender Auffassung handelt es sich auch beim fehlenden Verschulden<sup>65</sup> um eine rechtsbegründende Tatsache, weshalb er auch diesbezüglich beweisbelastet ist.<sup>66</sup>

#### **b. Arbeitsbefreiungsanspruch**

Die Frage, ob der Anspruch auf Arbeitsbefreiung zur Pflege und Betreuung kranker Kinder – soweit er sich nicht aus Art. 36 Abs. 3 ArG ergibt<sup>67</sup> – auf Art. 324a OR oder 329 Abs. 3 OR<sup>68</sup> zu stützen ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Die Abgrenzung ist insbesondere deshalb von praktischer

Bedeutung, weil der Lohnfortzahlungsanspruch unterschiedlich geregelt ist und im Rahmen von Art. 324a OR – im Unterschied zu Art. 329 Abs. 3 OR – die Arbeitsbefreiung unabhängig von der Genehmigung der Arbeitgeberin erfolgt.<sup>69</sup>

Liegt ein Verhinderungsgrund vor, der dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung aufgrund von gesetzlichen, moralischen oder anderen dringenden Pflichten unzumutbar macht, ist es m.E. richtig, den Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht auf Art. 324a OR und nicht auf Art. 329 Abs. 3 OR zu stützen.<sup>70</sup>

Die vertragliche Vereinbarung der Kompensation der ausgefallenen Arbeitszeit ist wegen der relativ zwingenden Natur von Art. 324a OR<sup>71</sup> nicht zulässig.

Da sich die erforderliche Pflege und Betreuung eines kranken Kindes aus einer gesetzlichen Verpflichtung ergibt<sup>72</sup>, wird diese der Arbeitspflicht grundsätzlich überzuordnen sein und zu einer Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung während der Betreuungszeit führen. Entsprechend richtet sich sowohl ein allfälliger Lohnfortzahlungs- als auch der Arbeitsbefreiungsanspruch nach den Voraussetzungen von Art. 324a OR. Fälle, in denen trotz gesetzlicher Pflege- und Betreuungsverpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber einem Kind noch eine Zumutbarkeit der Arbeitsleistung vorliegen würde, sind kaum denkbar. Sollte dies ausnahmsweise trotzdem der Fall sein, wäre zu prüfen, ob sich die Arbeitsbefreiung auf Art. 329 Abs. 3 OR stützen liesse.<sup>73</sup>

## **C. Erkrankte andere Angehörige und nahestehende Personen**

### **1. Kein Freistellungsanspruch nach Art. 36 Abs. 3 ArG**

Da Art. 36 Abs. 3 ArG nach seinem Wortlaut nur für die Arbeitsbefreiung zur Betreuung kranker Kinder gilt, ist er in allen anderen Fällen der Betreuung von Dritten nicht anwendbar.<sup>74</sup>

### **2. Lohnfortzahlungs- und Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 324a OR**

Auch bei der erforderlichen Pflege und Betreuung anderer Angehöriger und nahestehender Personen<sup>75</sup> liegt allenfalls eine Arbeitsverhinderung vor. Die Pflege- und Betreuungsverantwortung kann sich wie bei den Kindern aus dem Gesetz ergeben (Ehegatten: Art. 159 Abs. 3 ZGB; eingetragene Partner: Art. 12 PartG; Verwandte in auf- und absteigender Linie<sup>76</sup>: Art. 328 f. ZGB).<sup>77</sup> Selbst [1639] wenn keine solche gesetzliche Verpflichtung besteht, trifft den Arbeitnehmer gegebenenfalls eine der Arbeitspflicht übergeordnete moralische Unterstützungspflicht, erkrankte Angehörige oder nahestehende Personen zu pflegen oder zu betreuen.<sup>78</sup> Damit wegen einer Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit von Erwachsenen eine Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung anzunehmen ist, muss jedoch in der Regel deren Gesundheit schwerwiegend beeinträchtigt sein. Diesen Fällen gleichgestellt hat das Arbeitsgericht Zürich die moralische Pflicht eines Arbeitnehmers, nach gescheiterten Kontaktversuchen seinen Angehörigen (Eltern und Geschwister) im Erdbebenkatastrophengebiet in Italien zur Hilfe zu eilen, obwohl sich später herausstellte, dass sie wohl auf waren.<sup>79</sup> Sind mehrere Personen (bspw. mehrere Geschwister) verantwortlich, bedarf es einer Abwägung der Betreuungs- und der Arbeitspflichten im konkreten Einzelfall.

Was die Voraussetzung des fehlenden Verschuldens betrifft, ist im Regelfall davon auszugehen, dass die Pflege und Betreuung innert relativ kurzer Zeit – mindestens zum grössten Teil – delegierbar sein wird.

Im Übrigen gilt für den Lohnfortzahlungs- und Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 324a OR das vorstehend zu Betreuung und Pflege erkrankter Kinder Ausgeführte auch für Pflege- und Betreuungsaufgaben gegenüber erkrankten Angehörigen und nahestehenden Personen.<sup>80</sup>

### **3. Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 329 Abs. 3 OR**

#### **a. Allgemeines**

Ob der Anspruch auf Arbeitsbefreiung auf Art. 324a oder auf Art. 329 Abs. 3 OR zu stützen ist, hängt wie dargelegt von der Zumutbarkeit der Arbeitsleistung ab.<sup>81</sup>

Liegt keine eigentliche Arbeitsverhinderung vor, kann sich ein Anspruch auf ausserordentliche Freizeit aus Art. 329 Abs. 3 OR ergeben, wenn es üblich, in einem Arbeits- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart oder in einem geltenden Normalarbeitsvertrag vorgesehen ist, den Arbeitnehmer zur Erledigung der persönlichen oder familiären Angelegenheit von der Arbeitspflicht zu befreien (sog. ausserordentliche Freizeit).<sup>82</sup> Es handelt sich nach überwiegender Auffassung stets nur um kurzfristige Arbeitsbefreiungen.<sup>83</sup> Voraussetzung ist, dass dem Arbeitnehmer ein Ausweichen auf die ordentliche Freizeit oder Gleitzeit nicht möglich oder zumutbar ist.<sup>84</sup>

Ein Lohnfortzahlungsanspruch besteht nur, wo er vereinbart ist oder sich aus einem Normalarbeitsvertrag oder aus der Übung ergibt (Art. 322 OR). Letzteres wird beim Arbeitsverhältnis mit Monatslohn – ohne gegenteilige Abmachung – bejaht.<sup>85</sup> Benachteiligt werden damit in der Praxis die Arbeitnehmer im Stundenlohn oder mit leistungsmässig bezahlter Arbeit (bspw. Akkordlohn oder reiner Provisionslohn<sup>86</sup>), bei denen eine Entlöhnung der ausserordentlichen Freizeit nur bei Vereinbarung geschuldet ist.<sup>87</sup>

Es ist umstritten, ob die ausserordentliche Freizeit kompensiert, das heisst nachgeholt werden muss bzw. darf. Eine gesetzliche Pflicht zur Kompensation besteht nicht.<sup>88</sup> Meines Erachtens verbietet die relativ zwingende Rechtsnatur von Art. 329 Abs. 3 OR<sup>89</sup> beim Arbeitnehmer mit Lohnanspruch in der ausserordentlichen Freizeit (bspw. Bezahlung im Monatslohn) die Vereinbarung einer Kompensationspflicht.<sup>90</sup> Demgegenüber kann die Kompensation beim Arbeitnehmer im Stunden-, Akkord- oder [1640] Provisionslohn vereinbart werden, damit er seinen vollen Lohnanspruch erarbeiten kann.<sup>91</sup>

Der Arbeitnehmer darf in den Fällen von Art. 329 Abs. 3 OR grundsätzlich nicht eigenmächtig der Arbeit fernbleiben, sondern muss sich die Freizeit von der Arbeitgeberin einräumen lassen.<sup>92</sup> Die Arbeitgeberin hat die Dauer und zeitliche Lage im Einzelfall im gegenseitigen Interesse abzuwägen.<sup>93</sup> Zu berücksichtigen sind bspw. die Wichtigkeit und Unaufschiebbarkeit der Handlung, die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Art der Arbeitsleistung sowie die Ersetzbarkeit des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz.<sup>94</sup> Der Arbeitnehmer ist zum eigenmächtigen Bezug berechtigt, wenn die Arbeitgeberin die ausserordentliche Freizeit unberechtigt und trotz Mahnung verweigert.<sup>95</sup> Ist der Anspruch auf freie Tage vertraglich klar geregelt, darf der Arbeitnehmer der Arbeit im entsprechenden Umfang fernbleiben, wobei er die Arbeitgeberin vorgängig darüber informieren muss.<sup>96</sup>

#### **b. Arbeitsbefreiung zur Pflege und Betreuung erkrankter Angehöriger und nahestehender Personen**

Liegt eine gesetzliche oder moralische Verpflichtung zur Pflege und Betreuung erkrankter Angehöriger oder nahestehender Personen vor, die der Arbeitspflicht überzuordnen ist und deshalb

die Arbeitsleistung unzumutbar macht (bspw. Besuch der sich in Lebensgefahr befindenden Schwester<sup>97</sup>, Spitalbesuch eines im Sterben liegenden Elternteils, Hausbetreuung des erkrankten Partners bei sehr beunruhigendem Gesundheitszustand, Begleitung des Ehemannes zum Arzt in einer Notfallsituation), liegt wie dargelegt eine Arbeitsverhinderung nach Art. 324a OR vor.<sup>98</sup>

Ist demgegenüber die Pflege und Betreuung erkrankter Angehöriger oder nahestehender Personen lediglich geboten und lässt sie sich nicht in die Freizeit verlegen, kann Art. 329 Abs. 3 OR zum Tragen kommen. Dies kann bspw. beim Krankenbesuch bei Spitalaufenthalt eines Cousins der Fall sein, wenn die Besuchszeiten mit der Arbeitszeit kollidieren. Ein allfälliger Lohnfortzahlungsanspruch ergibt sich aus Vereinbarung oder Übung.<sup>99</sup>

#### **D. Vertragliche Vereinbarungen**

In den Arbeitsverträgen bzw. Reglementen finden sich gelegentlich Regelungen, wonach für die Pflege und Betreuung kranker Kinder und anderer Angehöriger eine vereinbarte Anzahl bezahlter Freitage gewährt wird. Zu beachten ist dabei, dass die Regelungen in Art. 36 Abs. 3 ArG, Art. 324a OR<sup>100</sup> und Art. 329 Abs. 3 OR<sup>101</sup> keine Abweichungen zu Ungunsten des Arbeitnehmers zulassen.

Eine Regelung, wonach bspw. für die Pflege von kranken Kindern bis zu fünf Tagen pro Kalenderjahr bezahlte Freizeit bezogen werden kann, sofern sich die Pflege nicht anders organisieren lässt, bedeutet nicht, dass der unter den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes fallende Arbeitnehmer<sup>102</sup> nicht einen Anspruch auf mehr als fünf Absenztage durchsetzen kann, wenn das Kind mehrmals im gleichen Kalenderjahr erkrankt<sup>103</sup> oder aufgrund der konkreten Umstände eine längere Arbeitsverhinderung besteht.<sup>104</sup> Auch die Lohnfortzahlung kann – vorbehaltlich der Bejahung eines Schutztransfers – nicht auf fünf Tage pro Kalenderjahr beschränkt werden, falls die Voraussetzungen von Art. 324a OR erfüllt sind.<sup>105</sup>

#### **IV. Familiäre Ereignisse**

Das Bedürfnis nach der Teilnahme an besonderen familiären Ereignissen kann mit der Arbeitspflicht kollidieren und einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung rechtfertigen. Es handelt sich regelmässig um Ereignisse, die der Beziehungspflege, dem Ausdruck von Mitgefühl oder gesellschaftlichen Konventionen dienen. Dazu gehören die eigene Hochzeit oder Eintragung der Partnerschaft, die Teilnahme an der Hochzeit oder Eintragung der Partnerschaft von Angehörigen, die Anwesenheit des Vaters bei [1641] der Geburt eines eigenen Kindes, die Teilnahme an der Beerdigung von Angehörigen.<sup>106</sup>

Ob sich der Anspruch auf Arbeitsbefreiung und Lohnfortzahlung aus Art. 324a OR<sup>107</sup> oder 329 Abs. 3 OR<sup>108</sup> ergibt, hängt wie dargelegt davon ab, ob die Erfüllung der Arbeitspflicht für den Arbeitnehmer in der entsprechenden Zeit zumutbar ist.<sup>109</sup> Unzumutbar ist die Arbeitsleistung bspw. bei eigener Heirat oder Eintragung der Partnerschaft<sup>110</sup> oder beim Tod des Ehegatten, wohingegen bspw. bei Heirat oder Eintragung der Partnerschaft oder bei der Beerdigung eines Cousins in der Regel Zumutbarkeit anzunehmen ist.<sup>111</sup>

Zu den familiären Ereignissen finden sich in den Arbeitsverträgen bzw. Reglementen, in Gesamtarbeitsverträgen oder Normalarbeitsverträgen häufig Bestimmungen, in denen für jedes einzelne Ereignis der zeitliche Rahmen der bezahlten Arbeitsbefreiung aufgelistet wird. Zu beachten ist aber auch dabei, dass die Regelungen in Art. 324a OR und 329 Abs. 3 OR keine Abweichungen

zu Ungunsten des Arbeitnehmers zulassen<sup>112</sup> und sich im konkreten Anwendungsfall auch über allfällige vertragliche Regelungen hinausgehende Ansprüche ergeben können, weil ein Anwendungsfall von Art. 324a OR vorliegt oder sich der Arbeitnehmer auf eine weitergehende Übung<sup>113</sup> berufen kann.

## **V. Besonderheiten bei den Arbeits- und Ruhezeiten**

### **A. Ansprüche nach Art. 36 Abs. 1 und 2 ArG**

#### **1. Allgemeines**

Im betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes<sup>114</sup> sieht Art. 36 Abs. 1 ArG vor, dass die Arbeitgeberin bei der Festsetzung der Arbeits- und Ruhezeiten auf Arbeitnehmer mit Familienpflichten<sup>115</sup> besonders Rücksicht zu nehmen hat. Nach Art. 36 Abs. 2 ArG dürfen diese Arbeitnehmer nur mit ihrem Einverständnis zu Überzeiten herangezogen werden und es ist ihnen auf ihr Verlangen eine Mittagspause von wenigstens anderthalb Stunden zu gewähren.

#### **2. Anspruchsberechtigte Personen**

Der Anspruch auf Rücksichtnahme steht allen Arbeitnehmern mit Familienpflichten zu.<sup>116</sup> Werden die Familienpflichten gemeinsam getragen, wird sich in der Regel diejenige Person darauf berufen können, die sich zum gegebenen Zeitpunkt um die Erziehung, Pflege und Betreuung kümmert.<sup>117</sup> Dabei ist es unerheblich, wie sich die Verantwortlichen im Interesse der Familie organisieren.<sup>118</sup>

#### **3. Anspruch auf Rücksichtnahme nach Art. 36 Abs. 1 ArG**

Die Arbeitgeberin muss bei der Festlegung der Arbeits- und Ruhezeiten auf die mit den Familienpflichten verbundenen Aufgaben Rücksicht nehmen, was insbesondere darin bestehen kann, für regelmässige bzw. planbare Arbeitseinsätze zu sorgen. Die Rücksichtnahme soll so weit gehen, wie es die betrieblichen Verhältnisse zulassen.<sup>119</sup>

Ein Anspruch auf Befreiung von der geschuldeten Arbeitsleistung, die Reduktion von Arbeitszeit oder eine zeitliche Beschränkung der Nacharbeit<sup>120</sup> lassen sich aus Art. 36 Abs. 1 ArG nicht ableiten.<sup>121</sup>

#### **4. Ansprüche auf Zustimmung zur Überzeitarbeit und Mittagspause nach Art. 36 Abs. 2 ArG**

Der Arbeitnehmer darf die Leistung von Überzeitarbeit (vgl. Art. 9, 12, 13 ArG) ablehnen, wenn er dadurch seine Familienpflichten vernachlässigen würde.<sup>122</sup> Zudem kann er eine Mittagspause von mindestens anderthalb Stunden verlangen. Diese soll ihm ermöglichen, zu Hause für die Familie rechtzeitig ein warmes Essen vorzubereiten.<sup>123</sup> [1642] Über die Lage der Mittagspause haben sich Arbeitnehmer und Arbeitgeberin – unter Berücksichtigung des Zwecks der Vorschrift – zu einigen. Die Pause ist nicht an die Arbeitszeit anzurechnen und ist unbezahlt (Art. 15 Abs. 2 ArG).

### **B. Übersicht zu weiteren Regelungen**

Arbeitsgesetz und Obligationenrecht nehmen in weiteren Bestimmungen direkt oder indirekt auf die Familienpflichten von Arbeitnehmern Bezug.

Nach Art. 17e Abs. 1 ArG ist die Arbeitgeberin, die regelmässig Arbeitnehmer in der Nacht beschäftigt, soweit nach den Umständen erforderlich verpflichtet, weitere geeignete Massnahmen zu deren Schutz vorzusehen, namentlich auch im Hinblick auf die Kinderbetreuung. Sie hat nach Art. 46 lit. d ArGV 1 Arbeitnehmer mit Familienpflichten zu unterstützen, damit sie diese Aufgaben selbst oder durch Dritte wahrnehmen können. Die Unterstützung durch die Arbeitgeberin kann auf zwei Arten erfolgen. Sie muss bei der Erstellung der Einsatzpläne im Rahmen des Möglichen auf die Familienpflichten Rücksicht nehmen.<sup>124</sup> Ist es nicht möglich, die Arbeitszeiten so zu organisieren, dass die Arbeitnehmer ihre familiären Verpflichtungen selbst wahrnehmen können, hat die Arbeitgeberin die Pflicht, sie bei der Organisation ihres Familienlebens zu unterstützen. Dies kann bspw. geschehen, indem sie ihnen hilft, andere Lösungen zu finden oder ihnen eine finanzielle Unterstützung für die Fremdbetreuung der Kinder anbietet.<sup>125</sup>

Bei der Regelung des Pikettdienstes sieht Art. 14 Abs. 4 ArGV 1 vor, dass kurzfristige Änderungen in der Pikettplanung und -einteilung und sich daraus ergebende Einsätze für Arbeitnehmer mit Familienpflichten nur mit deren Einverständnis vorgenommen werden dürfen und soweit eine andere Lösung für den Betrieb nicht zumutbar ist.

Was die Leistung von notwendiger Überstundenarbeit betrifft, ist der Arbeitnehmer nach Art. 321c Abs. 1 OR dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Auf die Beurteilung der Zumutbarkeit haben auch die Familienpflichten des Arbeitnehmers einen Einfluss. Diese sind gegenüber den wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeberin an der Überstundenarbeit im Einzelfall abzuwägen.<sup>126</sup>

### **C. Kein Anspruch auf Anpassung des Arbeitsvertrags**

Ein Anspruch auf Anpassung des Arbeitsvertrags, insbesondere auf die Reduktion des vertraglich vereinbarten Beschäftigungsgrads zur Wahrnehmung von Familienpflichten, besteht mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht.

## **VI. Sonderfragen**

### **A. Kündigungsschutz**

#### **1. Zeitlicher Kündigungsschutz**

Zur Frage, ob sich der Arbeitnehmer, der wegen Pflege- und Betreuungsaufgaben unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert ist und berechtigterweise der Arbeit fernbleibt, auf den zeitlichen Kündigungsschutz (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) berufen kann, besteht in der Literatur keine Einigkeit.<sup>127</sup>

Nach der Auffassung des Bundesgerichts wird die Sperrfrist bei Krankheit und Unfall damit begründet, dass die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers bei vernünftiger Betrachtungsweise seine Neuanstellung wegen der Ungewissheit über Dauer und Ausmass als unwahrscheinlich erscheinen lasse.<sup>128</sup>

Meines Erachtens besteht deshalb kein zeitlicher Kündigungsschutz, wenn keine unverschuldete Arbeitsverhinderung nach Art. 324a OR vorliegt, sondern für die Ausübung der Familienpflichten lediglich ein Arbeitsbefreiungsanspruch nach Art. 36 Abs. 3 ArG<sup>129</sup> oder Art. 329 Abs. 3 OR besteht.

<sup>130</sup> In diesen Situationen liegt keine Ungewissheit über den Zeitpunkt der möglichen Neuanstellung vor. Ist jedoch wegen der Erfüllung von Familienpflichten die Dauer der unverschuldeten Arbeitsverhinderung und damit auch ein möglicher Stellenantritt ungewiss, müssen m.E. die Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR greifen. Dies kann bspw. bei der erforderlichen Pflege und Betreuung eines schwerkranken Kindes der Fall sein, nicht aber bei der bloss kurzfristigen Pflege und Betreuung des Kindes während wenigen Tagen, einer [1643] Notfallbetreuung des Ehegatten oder der Teilnahme an der eigenen Hochzeit.

## 2. Sachlicher Kündigungsschutz

Kündigt die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis, weil der Arbeitnehmer berechtigterweise seine Familienpflichten wahrnimmt oder wahrzunehmen beantragt, kann sich die – allenfalls nach Ablauf der Sperrfrist<sup>131</sup> – ausgesprochene Kündigung als missbräuchlich (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR: Rache Kündigung) erweisen.<sup>132</sup>

Wird dem Arbeitnehmer gekündigt, weil er Familienpflichten hat, ohne dass dadurch die Arbeitsleistung oder die Zusammenarbeit beeinträchtigt wird, kann auch der Missbrauchstatbestand von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR (Kündigung wegen einer Eigenschaft, die einem Arbeitnehmer kraft seiner Persönlichkeit zusteht) erfüllt sein.

## B. Ferien

### 1. Ferienbezug

Die Arbeitgeberin bestimmt den Zeitpunkt der Ferien, hat aber bei der Festsetzung auf die Interessen der Arbeitnehmer und damit auch auf deren Familienpflichten soweit Rücksicht zu nehmen, als es mit den Interessen des Betriebs vereinbar ist (Art. 329c Abs. 2 OR). Im Zweifel gehen die Interessen der Arbeitgeberin vor; ordnet sie Betriebsferien an, bleibt kein Raum für individuelle Ferienwünsche.<sup>133</sup> Im Rahmen der Interessenabwägung hat die Arbeitgeberin alle Arbeitnehmer miteinzubeziehen und bei kollidierenden Ferienwünschen eine Wertung vorzunehmen.<sup>134</sup> In der Regel geniessen familiäre Gründe (Schulferien der Kinder; Wunsch, Ferien mit dem Lebenspartner zu verbringen oder Ferien im Anschluss an den Mutterschaftsurlaub zu beziehen) Vorrang.<sup>135</sup>

Nimmt die Arbeitgeberin auf zumutbare Wünsche des Arbeitnehmers keine Rücksicht und verweigert sie den Ferienbezug zum gewünschten Zeitpunkt, ist ein eigenmächtiger, rechtzeitig angekündigter Ferienbezug durch den Arbeitnehmer zulässig.<sup>136</sup> Besteht die Arbeitgeberin ohne genügenden Grund auf den Bezug der von ihr angeordneten Ferien oder setzt sie die Ferien sehr kurzfristig an, hat der Arbeitnehmer ein Recht auf Ablehnung.<sup>137</sup>

### 2. Ferienunfähigkeit

Krankheit und Unfall können zu einem Anspruch auf Nachgewährung von Ferientagen führen, wenn der Zustand des Arbeitnehmers der Erholung entgegensteht und er deshalb ferienunfähig ist.<sup>138</sup> Dazu ist ein erhebliches Mass an Beeinträchtigung, eine gewisse Intensität der Gesundheitsstörung notwendig.<sup>139</sup> Das bloss Verunmöglichen von Aktivferien führt nicht zur Ferienunfähigkeit, weil der Erholungswert der Ferien auch in Schlafen, Spazieren etc. liegen kann.<sup>140</sup>

Die unerwartet erforderliche Pflege und Betreuung von Kindern oder anderen Angehörigen und nahestehenden Personen kann im konkreten Einzelfall den Erholungswert der Ferien vereiteln und eine Anrechnung der zur Pflege und Betreuung erforderlichen Tage an den Ferienanspruch ausschliessen.<sup>141</sup> Ferienunfähigkeit dürfte bspw. vorliegen, wenn das Kind des Arbeitnehmers schwer erkrankt und zu Hause intensiv gepflegt oder im Spital betreut werden muss, nicht jedoch, wenn die Eltern das erkrankte Kind während einiger Tage Bettlägerigkeit wegen Grippe pflegen und betreuen müssen und sich daneben gleichwohl erholen können.<sup>142</sup> Auch der Tod des Kindes oder anderer Angehöriger und nahestehender Personen wird den Erholungswert der Ferien für eine im konkreten Einzelfall festzulegende Dauer verunmöglichen und zu einem Anspruch auf Feriennachgewährung führen. Ob für die Tage der Ferienunfähigkeit ein Lohnanspruch besteht, bestimmt sich nach Art. 324a OR.<sup>143</sup>

### 3. Ferienkürzung

Vom Grundsatz «ohne Arbeit keine Ferien» statuiert Art. 329b OR Ausnahmen.<sup>144</sup> Die Bestimmung knüpft an Arbeitsverhinderungen an, die in der Person des Arbeitnehmers<sup>[1644]</sup> liegen, und enthält in Abs. 2 eine nicht abschliessende Aufzählung von Abwesenheitsgründen. Ist der Arbeitnehmer aus Verschulden mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, tritt eine Kürzung des Ferienanspruchs um einen Zwölftel des Jahresferienanspruchs pro vollen Abwesenheitsmonat ein.<sup>145</sup> Ist die Arbeitsverhinderung unverschuldet, kann für einen Monat nicht gekürzt werden; ab vollendeten zweiten Monat der Arbeitsverhinderung erfolgt eine Kürzung des Ferienanspruchs um einen Zwölftel des Jahresferienanspruchs pro vollen Abwesenheitsmonat.<sup>146</sup>

Diese Regelungen gelten auch, wenn der Arbeitnehmer wegen der Ausübung der Familienpflichten im Sinne von Art. 324a OR an der Arbeitsleistung verhindert ist.<sup>147</sup> Der Ferienanspruch wächst während der Absenztage im betreffenden Dienstjahr bzw. falls vereinbart, im Kalenderjahr an. Die Absenztage sind dann jedoch bei der Ferienkürzung zu berücksichtigen. Liegt ein Verschulden vor,<sup>148</sup> erfolgt die Kürzung ab einem vollen Monat, ist die Arbeitsverhinderung unverschuldet, profitiert der Arbeitnehmer von der einmonatigen Schonfrist (Art. 329b Abs. 2 OR).

Gleiches muss m.E. auch gelten, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsbefreiung lediglich auf Art. 36 Abs. 3 ArG<sup>149</sup> und Art. 329 Abs. 3 OR<sup>150</sup> stützen kann und zwar unabhängig davon, ob ein Lohnanspruch besteht oder nicht. Das Nichtanwachsen des Ferienanspruchs während dieser aufgrund von Familienpflichten entstandenen Absenzen bzw. die proportionale Ferienkürzung ab Beginn der Abwesenheit lässt sich trotz ausdrücklicher Anknüpfung des Gesetzes an unverschuldete Arbeitsverhinderungen nicht rechtfertigen.

## VII. Fazit

Die Fragen rund um den Arbeitsbefreiungs- und Lohnfortzahlungsanspruch wegen Pflege- und Betreuungsaufgaben gegenüber Kindern dürften wegen des sich verändernden Rollenverständnisses in den Familien und dem wachsenden Bedürfnis nach Vereinbarkeit von Arbeit und Kinderbetreuung zunehmen. Auch Problemstellungen mit Bezug auf die erforderliche Pflege und Betreuung anderer Angehöriger oder nahestehender Personen sowie den Anspruch auf ausserordentliche Freizeit für familiäre Ereignisse sind im Beratungsalltag nicht selten.



In der Literatur und in der – spärlichen – Rechtsprechung werden die Fragen uneinheitlich und zum Teil wenig systematisch beantwortet. Eine klare Abgrenzung zwischen Arbeitsverhinderung und anderen Absenzen wegen Familienpflichten ist jedoch unumgänglich, um die unterschiedlichen Sachverhalte richtig einzuordnen und die Voraussetzungen für die Arbeitsbefreiung und die Lohnfortzahlung im Einzelfall prüfen zu können.

Die Bedeutung der gesetzlichen Verpflichtungen zur Rücksichtnahme auf die familiären Verhältnisse bei der Festsetzung der Ferien und der Arbeits- und Ruhezeiten darf nicht unterschätzt werden, weil auch diese dazu beitragen können, Arbeits- und Familienpflichten zu koordinieren.

### Fussnoten:

- \* ANGELA HENSCH, lic. iur., Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St. Gallen.  
Der Artikel basiert auf dem Referat an der «St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht» des IRP-HSG vom 14. und 21. September 2016.
- 1 Art. 35, 35a, 35b ArG (Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Arbeitsgesetz; SR 822.11); Art. 60 bis 65 ArGV 1 (Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz; SR 822.111), Mutterschutzverordnung (Verordnung des WBF vom 20. März 2001 über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft; SR 822.111.52) und Art. 34 ArGV 3 (Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz [Gesundheitsschutz]; SR 822.113). ANGELA HENSCH, Sonderregelungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, AJP 2012, 1088 ff.
  - 2 Art. 324a OR, Art. 336c Abs. 1 lit. c OR, Art. 329b Abs. 3 OR, Art. 329f OR.
  - 3 Art. 16b–16h EOG (Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft, Erwerbssersatzgesetz; SR 834.1), Art. 23 ff. EOV (Verordnung vom 24. November 2004 zum Erwerbssersatzgesetz; SR 834.11).
  - 4 Bundesgesetz vom 24. März 2006 über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz, FamZG; SR 836.2); Verordnung vom 31. Oktober 2007 über die Familienzulagen (Familienzulagenverordnung, FamZV; SR 836.21), und kantonale Gesetzgebungen.
  - 5 Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG; SR 151.1).
  - 6 Vgl. dazu KURT PÄRLI, Die Pflege von kranken und behinderten Kindern durch Angehörige: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Problemstellungen, Pflegerecht 2015, 46.
  - 7 RÉMY WYLER/(MICHÈLE TIEGERMANN), in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2005, Art. 36 ArG N 4.
  - 8 Seco, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und den Verordnungen 1 und 2, 036-1.
  - 9 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-1.
  - 10 Unten III.A.
  - 11 BALTHASAR BESSENICH, Die arbeitsrechtlichen Folgen der Betreuung eines kranken Kindes für die Eltern, SJZ 1992, 41 ff.; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005, Art. 324a OR N 7; JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Art. 324a OR N 2, Art. 329 OR N 3; HANS-PETER EGLI, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000, 1065; FRANK EMMEL, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2016 (zit. CHK-EMMEL), Art. 324a OR N 1; THOMAS GEISER/R

OLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. A., Bern 2015, N 428; WERNER GLOOR, Mutterschaft, Kündigungsschutz bei Kündigung während der Probezeit, ArbR 1992, 68; PÄRLI (FN 6), 45 f.; STÉPHANIE PERRENOUD, La protection de la maternité, Bern 2015, 792 ff.; 1078, 1376 ff.; THOMAS PIETRUSZAK, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommentar, Basel 2014 (zit. KUKO OR-PIETRUSZAK), Art. 329 N 8; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a N 47, Art. 329 N 15, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH); MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330b OR, Bd. VI/2/2/1, Bern 2010 (zit. BK-REHBINDER/STÖCKLI), Art. 324a OR N 11, Art. 329 OR N 17; DAVID RÜETSCHI, Die Rechte des Arbeitnehmers bei der Betreuung kranker Kinder und anderer Angehöriger, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Private Law – national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag (Band I und II), Bern 2011, 1449 ff.; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. A., Zürich 2006 (zit. ZK-STAEHELIN), Art. 324a OR N 17; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 324a/b OR N 20; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 4. A., Basel 2014, § 12 N 10; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, 3. A., Bern 2014, 223; BJM 2009, 103 ff.; JAR 2005, 352; JAR 2002, 319; JAR 1988, 201.

- 12 PERRENOUD (FN 11), 793 ff.; 1376 ff.; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 324a OR N 17; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 17 N 7, FN 8; Regionalgericht Bern-Mittelland, Entscheid CIV 12 6727 BAK vom 24. Januar 2013, Plädoyer 6/2013, 60; ROGER RUDOLPH, Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge Spitalaufenthalt des neugeborenen Kindes (Art. 324a OR, Art. 16c EOG, Art. 24 EOV), Urteilsbesprechung CIV 12 6727 BAK, ARV 2013, 235 ff.; JAR 1994, 147.
- 13 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (FN 11), Art. 329 OR N 3; JAR 1999, 232.
- 14 ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 329 OR N 13.
- 15 JAR 1982, 118.
- 16 BRÜHWILER (FN 11), Art. 324a OR N 2; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (FN 11), Art. 329 OR N 3; EGLI (FN 11), 1065; GEISER/MÜLLER (FN 11), N 428; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 47, Art. 329 N 15; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 17; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 329 OR N 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 6; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 17 N 7, FN 8; zum fehlenden Anspruch auf Vaterschaftsurlaub vgl. BGE 140 I 305.
- 17 BRÜHWILER (FN 11), Art. 324a OR N 2; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (FN 11), Art. 329 OR N 3; EGLI (FN 11), 1065; CHK-EMMEL (FN 11), Art. 329 OR N 2; GEISER/MÜLLER (FN 11), N 428; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 11), Art. 329 N 8; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 47, Art. 329 N 15; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 17; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 324a OR N 17, Art. 329 OR N 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 6; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 17 N 7, FN 8.
- 18 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 47.

BRÜHWILER (FN 11), Art. 324a OR N 2; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (FN 11), Art. 329 OR N 3; EGLI (FN 11), 1065; CHK-EMMEL (FN 11), Art. 329 OR N 2; GEISER/MÜLLER (FN 11), N 428; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 11), Art. 329 N 8; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 47; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 17; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 324a OR N 17, Art. 329 OR N 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 6; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 17 N 7, FN 8.

- 20 Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz; SR 211.231).
- 21 A.M. RÜETSCHI (FN 11), 1460 f., der auf die strafrechtliche Legaldefinition von Angehörigen in Art. 110 Abs. 1 StGB abstellt. Ebenfalls im arbeitsrechtlichen Kontext zu eng ist m.E. Art. 29<sup>septies</sup> AHVG, der Betreuungsgutschriften für Verwandte in auf- und absteigender Linie, Geschwister, Ehegatten, Schwiegereltern und Stiefkinder vorsieht.
- 22 Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats vom 17. November 1997, BBl 1998 II 1394 ff., 1404; Seco, Wegleitung (FN 8), 036-2.
- 23 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-2; RÜETSCHI (FN 11), 1450, 1451 f., 1457; BJM 2009, 104.
- 24 Seco, Wegleitung (FN 8), 003a-1; THOMAS GEISER, Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 3a ArG N 2; ROLAND A. MÜLLER, ArG Kommentar, Arbeitsgesetz, 7. A., Zürich 2009, Art. 3a N 4. Das Bundesgericht hat die Frage mit Bezug auf das Beschäftigungsverbot von Art. 35a Abs. 3 ArG offengelassen, BGer, 8C\_90/2016, 11.8.2016.
- 25 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 20; WYLER/HEINZER (FN 11), 223.
- 26 Vgl. FN 24.
- 27 RÜETSCHI (FN 11), 1451.
- 28 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-1.
- 29 RÜETSCHI (FN 11), 1455; JAR 2005, 355.
- 30 RÜETSCHI (FN 11), 1455 f.
- 31 RÜETSCHI (FN 11), 1451; WYLER/(TIEGERMANN) (FN 7), Art. 36 ArG N 7.
- 32 RÜETSCHI (FN 11), 1450.
- 33 Oben II.B.
- 34 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-2.
- 35 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-2.
- 36 RÜETSCHI (FN 11), 1451.
- 37 Anspruch vom Appellationsgericht Basel-Stadt bejaht in BJM 2009, 103; ablehnend STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 20.
- 38 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-2; RÜETSCHI (FN 11), 1451.
- 39 RÜETSCHI (FN 11), 1450 f.
- 40 RÜETSCHI (FN 11), 1451 f., mit der Begründung, dass drei Tage in der Regel ausreichen, um das kurzfristig erkrankte Kind zu pflegen bzw. eine Ersatzpflege zu organisieren.
- 41 RUDOLPH (FN 12), 237 f.; unten III.B.2.b.
- 42 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-2.
- 43 RÜETSCHI (FN 11), 1452; WYLER/(TIEGERMANN) (FN 7), Art. 36 ArG N 7; unten III.B.2.a.
- 44 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 6.

- 45 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 6.
- 46 BRÜHWILER (FN 11), Art. 324a OR N 2; RUDOLPH (FN 12), 238 f.; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 324a OR N 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 20; Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727, 24.1.2013, in: Plädoyer 6/2013, 67: Der Anspruch nach Art. 324a OR besteht auch während des Aufschubs der Mutterschaftsentschädigung nach Art. 16c EOG i. V.m. Art. 24 EO; JAR 2011, 628; JAR 2005, 354; JAR 1994, 148; JAR 1988, 197; vgl. auch Art. 48a Abs. 1 lit. f AVV (Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, Arbeitsvermittlungsverordnung; SR 823.111), der die Pflege eines kranken Familienangehörigen als Grund für die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung ausdrücklich erwähnt. Vgl. zu den Beispielen III.B.1.c.
- 47 EGLI (FN 11), 1067; GLOOR (FN 11), 68; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 11), Art. 324a N 5; BK-R EHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 324a OR N 11; RÜETSCHI (FN 11), 1455; STREIFF/VON KAENEL/R UDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 20; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 12 N 10; JAR 2005, 354; JAR 2002, 320; JAR 1994, 148; JAR 1988, 197.
- 48 Oben III.B.1.b.
- 49 Oben III.B.1.b.
- 50 Oben II.B.
- 51 JAR 2011, 628.
- 52 RÜETSCHI (FN 11), 1462 f.
- 53 Ein Anspruch auf Arbeitsbefreiung nach Art. 36 Abs. 3 ArG liegt aber mangels Krankheit des Kindes in diesen Fällen nicht vor; oben III.B.1.c.
- 54 BESSENICH (FN 11), 44.
- 55 BESSENICH (FN 11), 44, der die Verpflichtung allerdings mit dem Grundsatz der Schadenminderungspflicht und der grundsätzlich unveränderten Pflicht zur Arbeitsleistung begründet; BRÜHWILER (FN 11), Art. 324a OR N 2; EGLI (FN 11), 1067; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 324a OR N 11; RÜETSCHI (FN 11), 1457; JAR 2002, 319; JAR 1994, 148; JAR 1988, 197.
- 56 JAR 1988, 200.
- 57 RUDOLPH (FN 12), 238. A.M. RÜETSCHI (FN 11), 1457 f.: Nach ihm kann die Betreuungsabsenz nach Art. 36 Abs. 3 ArG nie als selbstverschuldet im Sinne von Art. 324a OR gelten, weil diese Bestimmung dem Arbeitnehmer erlaubt, drei Tage von der Arbeit fern zu bleiben.
- 58 Oben III.B.1.c. Auch bei anderen Fällen, in denen das Arbeitsgesetz dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung gewährt, ist nicht per se von einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung auszugehen, die zu einem Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR führt. So besteht bspw. beim Anspruch auf freie Zeit für das Stillen nach Art. 35a Abs. 2 ArG, der über die nach Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 gewährte bezahlte Arbeitszeit hinaus geht, kein Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR, vgl. Seco, Wegleitung (FN 8), 160-2.
- 59 Eine blosser Kürzung des Lohnfortzahlungsanspruchs (vgl. dazu bei eigener Krankheit und Unfall statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 11], Art. 324a/b OR N 29 mit Hinweisen)

lässt sich m.E. in dieser Konstellation, in der es nicht um die Verursachung der eigenen Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers, sondern um die Vermeidung bzw. Beseitigung einer Pflichtenkollision geht, nicht rechtfertigen.

- 60 Zur Karenzfrist statt vieler BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 7 ff. mit Hinweisen.
- 61 Zur Dauer der Lohnfortzahlung statt vieler BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 13 ff. mit Hinweisen.
- 62 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 18; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 324a OR N 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 25.
- 63 CHRISTOPH HÄBERLI/DAVID HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, N 412; differenzierter zum Schutztransfer und zur Anrechnung von Taggeldern auf die Lohnfortzahlung soweit diese von der Arbeitgeberin finanziert sind, S TREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 24; Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727, 24.1.2013, in: Plädoyer 6/2013, 61. A.M. CHK-EMMEL (FN 11), Art. 324a OR N 6; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 324a OR N 31; KURT PÄRLI/JULIA HUG/ANDREAS PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Bern 2015, N 309, und BJM 2009, 105, die jeden Schutztransfer unter den verschiedenen Verhinderungsgründen ausschliessen.
- 64 Oben III.B.2.a.
- 65 Oben III.B.2.a.iii.
- 66 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 4; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 324a OR N 20; RÜETSCHI (FN 11), 1459; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 324a OR N 31; S TREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 29; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 12 N 18. A.M. BESSENICH (FN 11), 44; JAR 1988, 199.
- 67 Oben III.B.1.
- 68 Unten III.C.3.
- 69 BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 7; unten III.C.3.
- 70 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels<sup>bis</sup> des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), BBI 1967 II 241 ff., 333; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 7; R ÜETSCHI (FN 11), 1453 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 6; VISCHER/M ÜLLER (FN 11), § 17 N 10. A.M. CHK-EMMEL (FN 11), Art. 324a OR N 1; PERRENOUD (FN 11), 792 f., 1078 f., 1376; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 46 f.; JAR 2002, 320.
- 71 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a OR N 36.
- 72 Oben III.B.2.a.ii.
- 73 Unten III.C.3.
- 74 RÜETSCHI (FN 11), 1460.
- 75 Zum Personenkreis der Betreuungs- oder Pflegebedürftigen, oben II.B.
- 76 Die Geschwister fallen seit 1. Januar 2000 nicht mehr darunter.
- 77

- EGLI (FN 11), 1067; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 11), Art. 324a N 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 324a OR N 11; RÜETSCHI (FN 11), 1461 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 20; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 12 N 10; JAR 1988, 201 (Entscheid erfolgte vor Aufhebung der Verwandtenunterstützungspflicht zwischen Geschwistern, FN 76).
- 78 BRÜHWILER (FN 11), Art. 324a OR N 2; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 324a OR N 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 20; JAR 1982, 120; Art. 48a Abs. 1 lit. f AVV. A.M. EGLI (FN 11), 1067; RÜETSCHI (FN 11), 1461, die eine gesetzliche Unterstützungspflicht voraussetzen.
- 79 JAR 1982, 118.
- 80 Oben III.B.2.a und III.B.2.b.
- 81 Oben III.B.2.b.
- 82 BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 7, 16; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 6.
- 83 BRÜHWILER (FN 11), Art. 329 OR N 3; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 11), Art. 329 N 8; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 N 14; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 16.
- 84 CHK-EMMEL (FN 11), Art. 329 OR N 2; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 11), Art. 329 N 9; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 N 15; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 6; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 17 N 7.
- 85 BRÜHWILER (FN 11), Art. 329 OR N 3; CHK-EMMEL (FN 11), Art. 329 OR N 2; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 11), Art. 329 N 10; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 329 OR N 18; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 12, 13; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 17 N 9.
- 86 Vgl. aber Art. 349a OR, der bei ausschliesslicher oder vorwiegender Entlohnung auf Provisionsbasis für alle Arbeitsverhältnisse gilt (BGE 139 III 214).
- 87 CHK-EMMEL (FN 11), Art. 329 OR N 2; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 11), Art. 329 N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 13.
- 88 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 11.
- 89 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 16.
- 90 BRÜHWILER (FN 11), Art. 329 OR N 3; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 329 OR N 19; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 11. A.M. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 N 20; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 21.
- 91 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 11.
- 92 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 N 21; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 25; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 6.
- 93 CHK-EMMEL (FN 11), Art. 329 OR N 2; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 N 21; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 25.
- 94 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 7.
- 95 BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329 OR N 26; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 329 OR N 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 15.
- 96 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 15.
- 97 JAR 1988, 201.
- 98

Oben III.C.2. A.M. das Bundesgericht im Urteil vom 7. April 1998, JAR 1999, 232. Das Bundesgericht stützte den Arbeitsbefreiungsanspruch des Arbeitnehmers für den dreitägigen Besuch des schwerkranken Schwagers auf Art. 329 Abs. 3 OR und verneinte einen Lohnfortzahlungsanspruch, weil keine gesetzliche Verpflichtung zur Betreuung bestand.

99 Oben III.C.3.

100 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a/b OR N 36.

101 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 8, 16.

102 Oben III.B.1.b.

103 Oben III.B.1.d.

104 Oben III.B.1.d.; III.B.2.b.

105 Oben III.B.2.a.

106 Oben II.A.

107 Oben III.B.2.; III.C.2.

108 Oben III.C.3.

109 Oben III.B.2.b.

110 Die Terminfestsetzung der Heirat oder Eintragung der Partnerschaft in der Arbeitszeit ist dem Arbeitnehmer nicht als Fehlverhalten anzulasten, so dass es für den Lohnfortzahlungsanspruch auf das Verschulden nicht ankommt, BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 324a N 6.

111 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 6.

112 Oben III.D.

113 BRÜHWILER (FN 11), Art. 329 OR N 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 N 16; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329 OR N 8.

114 Oben III.B.1.b.

115 Oben II.A.

116 Oben III.B.1.b.

117 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-1.

118 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-1.

119 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-1.

120 DANIEL SOLTERMANN, Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht, Bern 2004, 82, 221.

121 RÜETSCHI (FN 11), 1452 f.

122 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-1.

123 Seco, Wegleitung (FN 8), 036-1.

124 Oben V.A.1; V.A.3.

125 Seco, Wegleitung (FN 8), 146-2.

126 Zum Ganzen ausführlich JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, Überstunden- und Überzeitarbeit, Bern 2007, 82 ff., 86.

127 Dagegen: ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 336c OR N 15; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 336c OR N 8; dafür: BESSENICH (FN 11), 45; HANS-PETER EGLI, Der zeitliche Kündigungsschutz, ArbR 1998, 126; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 24 N 128.

128 BGE 128 III 212; BGer, 4C.346/2004, 15.2.2005; BGer, 4A\_227/2009, 28.7.2009.

129 Oben III.B.1.

- 130 Oben III.C.3.; IV.
- 131 Oben IV.A.1.
- 132 Urteil des Bundesgerichts vom 7. April 1998, JAR 1999, 232.
- 133 Statt vieler BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 329c N 7.
- 134 HANS-PETER EGLI, Strittige Fragen zum Thema «Ferien», ArbR 2006, 126.
- 135 EGLI (FN 134), 126 f.
- 136 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 329c N 11; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329c OR N 10; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 329c OR N 11; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329c OR N 7.
- 137 EGLI (FN 134), 130 f.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 11), Art. 329c N 12; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 11), Art. 329c OR N 10; ZK-STAEHELIN (FN 11), Art. 329c OR N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329c OR N 7; VISCHER/MÜLLER (FN 11), § 17 N 26.
- 138 Statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329a OR N 6 mit Hinweisen.
- 139 EGLI (FN 134), 147.
- 140 ArbGer ZH, AN070563, 14.12.2009, in: Entscheide 2009, Nr. 7.
- 141 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329a OR N 6.
- 142 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329a OR N 6.
- 143 Oben III.B.2.a.; III.C.2.
- 144 Statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329b OR N 2, 3.
- 145 Statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329b OR N 2 mit Hinweisen.
- 146 Statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), Art. 329b OR N 2 mit Hinweisen.
- 147 Oben III.B.2.b.; III.C.3.b.; IV.
- 148 Oben III.B.2.a.iii.
- 149 Oben III.B.1.
- 150 Oben III.C.3.; IV.