

ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforschung
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2021

Heilung
Guérison
Cure

PHILIPPE STAWISKI / IVA STAMENKOVIC
**Pandemiebekämpfung durch gerechte Verteilung
von Impfstoffen – eine rechtliche Analyse**

FABIAN LÜTZ
**Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit
in der Schweiz und Europa – rechtliche
und verhaltensökonomische Überlegungen**

CARLOTTA MANZ
**The use of genetic data by private parties:
how does the new Swiss legislation address
the human rights threats?**

LUCILE MACHERET / NICOLAS PAQUIER
Le droit suisse face à la loi du préau

MICOL FERRARIO / MARTA TARONI
**La pathologisation de l'homosexualité :
le rôle du droit dans le chemin vers l'interdiction
des thérapies de conversion en Suisse**

Dissertationsliste des Frühjahrssemesters 2021

NEU
mit Dissertationen
Frühjahr 2021

DIKE 

Herausgeber / éditeurs

William Barbey (Koordination französischsprachiger Beiträge), Enzo Bastian (Marketing), Stephanie Bernet (Koordination deutschsprachige Beiträge), Claude Eric Bertschinger (Marketing), Suzan Can (Finanzen und Sponsoring), Andrés Payer (Webmaster und Kommunikation), Jan Wenk (Finanzen und Sponsoring), Floris Zuur (Präsidium)

Redakteure / évaluateurs

Tilla Caveng, Clémence Demay, Valérie Dittli, Kaspar Ehrenzeller, Florian Fasel, Pascal Favrod-Coune, Ryan Gauderon, Gabriel Gertsch, Rehana Harasgama, Louise Hauptmann, Manon Joseph, Till Kaufmann, Maya Kiepe, Alex Kistler, Nadia Kuźniar, Natalie Lisik, Kastriot Lubishtani, Aldina Mehmedovic, Michael Meier, Aleksandra Milosevic, Raquel Pochon, Fiona Savary, Roman Schister, Martin Seelmann, David Zandirad

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG

Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich

Tel. 044 251 58 30, E-Mail service@dike.ch, www.dike.ch

Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, November) / Parution deux fois l'an (juin, novembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:

CHF 74.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 59.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden /

La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

Umschlagbild: © natara – Adobe Stock

ISSN 2297-9174

ISBN 978-3-03891-395-5



Felix Uhlmann | Stefan Höfler (Hrsg.)

Notrecht in der Corona-Krise

19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

Die Corona-Krise ist nicht nur ein Stresstest für die Gesellschaft, sondern auch für das Recht. Für viele Fragen, die bisher nur in der Theorie relevant waren, muss man nun praktische Lösungen finden. Dieser Band legt eine erste Beurteilung der Rechtslage vor.

2021, 212 Seiten, broschüriert
ISBN 978-3-03891-351-1
CHF 64.–

www.dike.ch/3511



Schriften des Zentrums
für Rechtsetzungslehre

12

Felix Uhlmann / Stefan Höfler (Hrsg.)

Notrecht in der Corona-Krise

19. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre

DIKE

DIKE

Avant-propos

Chères lectrices, Chers lecteurs,

Alors que la pandémie de coronavirus régente toujours notre quotidien, les enjeux sociaux gouvernent désormais l'actualité d'un monde en quête d'un nouvel élan. Le droit – science humaine et sociale, s'il en est – n'échappe naturellement pas au climat politique de notre époque. Les questions juridiques sont rarement neuves, mais elles jouissent d'un éclairage nouveau, parfois inédit, souvent intensifié par les circonstances. Si cela suscite des réactions variées, la tâche qui incombe aux chercheurs en droit est bien celle de proposer des solutions fondées sur les principes de notre ordre juridique et qui garantissent la permanence de l'État de droit. En accord avec ces considérations générales, le thème générique de la « guérison » est donc celui qui a présidé à l'élaboration de ce cahier 2/2021.

Les deux premières contributions que nous vous proposons portent directement sur les effets de la situation sanitaire que traverse la planète. Philippe Stawiski et Iva Stamenkovic apportent des réponses à la question d'une distribution équitable des vaccins qui doit trouver un équilibre entre la santé publique et la protection de la propriété intellectuelle. Dans la même veine, Carlotta Manz analyse la législation relative à la recherche sur le génome humain et en fait une critique fondée sur les droits fondamentaux. Plus orienté vers des enjeux sociaux, Fabian Lütz propose, après en avoir esquissé les fondements constitutionnels, « un congé parental de crise ». Puis, Lucile Macheret et Nicholas Paquier posent la toujours délicate question du harcèlement en milieu scolaire et de l'efficacité de la réglementation actuelle. Enfin, Micol Ferrario et Marta Taroni s'interrogent sur la nécessité d'une interdiction explicite des thérapies dites de « conversion » dont la pratique perdure encore.

En sus de ces contributions de fond, nous vous proposons, sous la forme d'une liste, une recension des thèses de doctorat en droit issues des universités suisses dans la première partie de l'année 2021. La richesse et la variété des thèses juridiques méritent en effet une certaine mise en exergue permettant à un large public d'y avoir facilement accès et d'en faire le meilleur usage.

William Barbey, LL.M. (Genève)¹

Vorwort

Geschätzte Leserinnen und Leser

Während die Coronavirus-Pandemie nach wie vor unser tägliches Leben beherrscht, dominieren die Aktualität soziale Themen, in einer Welt auf der Suche nach neuem Atem. Als Geistes- und Sozialwissenschaft wird die Rechtswissenschaft natürlich vom politischen Klima unserer Zeit beeinflusst. Rechtsfragen sind selten neu, aber sie erscheinen durch die Umstände oftmals in (ganz) neuem Licht. In einem Meer von Reaktionen ist es Aufgabe der Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler, Lösungen vorzuschlagen, die auf den Grundsätzen unserer Rechtsordnung beruhen und den Fortbestand des Rechtsstaates gewährleisten. Im Einklang mit diesen Überlegungen trägt diese Ausgabe 2/2021 daher den Titel «Heilung».

Die ersten beiden Beiträge dieser Ausgabe befassen sich unmittelbar mit den Auswirkungen der aktuellen globalen Gesundheitssituation. Philippe Stawiski und Iva Stamenkovic geben Antworten auf die Frage der gerechten Verteilung von Impfstoffen, die ein Gleichgewicht zwischen dem Recht auf Gesundheit und dem Schutz des geistigen Eigentums finden muss. Ferner analysiert Carlotta Manz die Gesetzgebung betreffend die Forschung über das menschliche Genom und legt dabei Probleme mit Blick auf die Menschenrechte offen. Fabian Lütz, der sich mehr an sozialen Fragen orientiert, stützt sich auf verfassungsrechtliche Grundlagen, um eine «Krisen-Elternzeit» vorzuschlagen. Weiter befassen sich Lucile Macheret und Nicholas Paquier mit dem stets heiklen Thema des Mobbing in der Schule und der Effizienz der geltenden Vorschriften. Micol Ferrario und Marta Taroni fragen sich schliesslich, ob ein explizites Verbot der sogenannten «Konversionstherapien», die immer noch praktiziert werden, erforderlich ist.

Zusätzlich zu diesen Beiträgen bieten wir Ihnen eine Liste der rechtswissenschaftlichen Dissertationen, aufgrund derer im ersten Teil des Jahres 2021 an Schweizer Universitäten die Doktorwürde vergeben wurde. Wir sind der Überzeugung, dass der Reichtum und die Vielfalt der juristischen Dissertationen es verdienen, hervorgehoben und einer möglichst breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht zu werden.

William Barbey, LL.M. (Genf)²

¹ Doctorant et assistant diplômé à l'Université de Lausanne, membre du comité éditorial de la présente revue.

² Doktorand und wissenschaftlicher Assistent an der Universität Lausanne, Mitglied des Herausgeberteams dieser Zeitschrift.

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Pandemiebekämpfung durch gerechte Verteilung von Impfstoffen – eine rechtliche Analyse

PHILIPPE STAWISKI / IVA STAMENKOVIC

3

Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit in der Schweiz und Europa – rechtliche und verhaltensökonomische Überlegungen

FABIAN LÜTZ

14

The use of genetic data by private parties: how does the new Swiss legislation address the human rights threats?

CARLOTTA MANZ

23

Le droit suisse face à la loi du préau

LUCILE MACHERET / NICOLAS PAQUIER

34

La pathologisation de l'homosexualité : le rôle du droit dans le chemin vers l'interdiction des thérapies de conversion en Suisse

MICOL FERRARIO / MARTA TARONI

43

Dissertationsliste des Frühjahrssemesters 2021

52

Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit in der Schweiz und Europa – rechtliche und verhaltensökonomische Überlegungen

FABIAN LÜTZ*

SCHLAGWÖRTER	Gleichstellung – Work-Life-Balance – Elternzeit – Verhaltensökonomie – Diskriminierung
ZUSAMMENFASSUNG	Der Artikel untersucht das optimale Design der Elternzeit, um das verfassungsrechtlich und bundesgesetzlich verankerte Prinzip der Gleichstellung zu erreichen. Er schlägt auf Basis der Verhaltensökonomie vor, eine allgemeine Elternzeit und eine besondere «Krisen-Elternzeit» rechtlich zu verankern, um die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu verbessern.
RÉSUMÉ	L'article examine la conception optimale du congé parentale pour atteindre le principe constitutionnel et fédéral d'égalité. Sur la base de l'économie comportementale, l'auteur suggère d'ancrer juridiquement un congé parental général et un «congé parental de crise» spécial afin de faciliter le défi de réconciliation pour les parents.
ABSTRACT	This article examines the optimal design of parental leave to achieve the constitutional principle of gender equality. It proposes, based on behavioral economics, to establish a general and a special «crisis» parental leave in Swiss law to facilitate the Work-Life-Balance challenge for parents.

I. Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit in der Schweiz und Europa – rechtliche und verhaltensökonomische Überlegungen

A. Einleitung

Die Schliessung von Kindertagesstätten und Schulen sowie das vermehrte Aufkommen von Telearbeit während der Corona-Krise haben das Problem der Gleichstellung von Männern und Frauen offenbart und auf das Nichtvorhandensein adäquater rechtlicher Work-Life-Balance (im Folgenden: WLB)-Regeln aufmerksam gemacht. Obwohl in allen EU-Mitgliedstaaten Elternzeit rechtlich verankert ist, haben viele europäische Staaten während der Corona-Krise besondere «Corona-Elternzeiten» oder Massnahmen geschaffen, um Eltern mit Kindern rechtlich und finanziell zu unterstützen. In der Schweiz hat der Gesetzgeber bundesweit bislang weder eine allgemeine Elternzeit¹ noch eine besondere «Corona-Elternzeit» geschaf-

fen, hat jedoch u.a. für Eltern mit Betreuungspflichten eine Corona-Erwerbsausfallentschädigung vorgesehen. Zwar finden sich viele progressive Ansätze und innovative Modelle zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie in Gesamtarbeitsverträgen (GAV)² oder im kantonalen Personalrecht. Allerdings betrifft dies meist die bereits bundesrechtlich geregelten Materien des Mutterschafts- oder Vaterschaftsurlaub, sehr kurze Betreuungszeiten oder unbezahlten Urlaub, jedoch keine rechtlichen Regelungen zur Elternzeit. Auf kantonaler Ebene hat allein der Kanton Tessin eine Elternzeit von 2 Wochen geschaffen.³ Seit dem

ta]=01.01.2021&user_gcparlamento_pi8[dataAl]=31.01.2021, abgerufen am 15. September 2021.

² So bspw. der GAV Post CH, der eine hybride Form von 4 Wochen bezahlten und 4 Wochen unbezahlten Vaterschaftsurlaub/Elternzeit/Adoptionsurlaub vorsieht, https://www.transfair.ch/Ressourcen/PDF/Branchen/Post-Logistik/GAV/GAV-Post-CH-AG_DE.pdf, abgerufen am 15. September 2021; der GAV SBB hingegen sieht z.B. keine konkreten Regelungen zur Elternzeit vor, vgl. https://www.transfair.ch/Ressourcen/PDF/Branchen/Off-Verkehr/GAV/GAV_SBB_D_web, abgerufen am 15. September 2021.

³ In anderen Kantonen gibt es allein Initiativen zur Elternzeit, vgl. z.B. die Initiative des Kantons Zürich, welche 2022 zur Abstimmung gestellt werden soll, <https://elternzeit-initiative.ch>, abgerufen am 15. September 2021, oder des Kantons Bern für 24 Wochen Elternzeit, wobei 6 Wochen für jeden Elternteil reserviert sind, vgl. <https://elternzeit.be/de/initiative/>, abgerufen am 15. September 2021.

* Ass. iur. FABIAN LÜTZ, Maître en droit (Paris), LL.M. (Bruges), Doktorand (Université de Lausanne, UNIL).

¹ Im Kanton Tessin hat der Grosse Rat im Januar 2021 einer zweiwöchigen Elternzeit zugestimmt, vgl. Iniziativa parlamentare generica IG719, Modifica della LORD (Il congedo paternità è realtà!), [https://www4.ti.ch/poteri/gc/messaggi-e-atti/ricerca/risultati/dettaglio/?user_gcparlamento_pi8%5Battid%5D=104945&user_gcparlamento_pi8\[ricerca\]=Il+congedo+paternità&user_gcparlamento_pi8\[da](https://www4.ti.ch/poteri/gc/messaggi-e-atti/ricerca/risultati/dettaglio/?user_gcparlamento_pi8%5Battid%5D=104945&user_gcparlamento_pi8[ricerca]=Il+congedo+paternità&user_gcparlamento_pi8[da)

1.1.2021 hat die Schweiz mit dem Vaterschaftsurlaub⁴ und dem (kurzen) Betreuungsurlaub⁵ zwei fehlende Stücke in das WLB-Puzzle eingefügt. Nun heisst es «Warten auf ... die Elternzeit»,⁶ also eine gesetzliche Regelung, die es Vätern und Müttern gleichermaßen ermöglicht, neben dem bestehenden Anspruch auf Mutterschafts- oder Vaterschaftsurlaub eine zusätzliche Betreuungszeit (Elternzeit) für Kinder zu haben.

Auch wenn gesetzgeberischer Handlungsbedarf in vielen Bereichen des Gleichstellungsrechts besteht,⁷ machen verschiedene rechtliche und politische Entwicklungen Hoffnung, dem gleichstellungsrechtlichen Verfassungsauftrag *schrittweise* näherzukommen. Neben einer Erwerbsbeteiligung der Frauen im Jahr 2019 bei 60 % (2010: 56,9 %)⁸ zeigen auch das Recht auf einen bezahlten Vaterschaftsurlaub und Betreuungsurlaub⁹ seit dem 1.1.2021¹⁰ sowie die Gerichtspraxis zum Gleichstellungsgesetz¹¹

einen langsamen, aber positiven Trend im Hinblick auf mehr Gleichstellung an.

Dieser Beitrag untersucht unter Bezugnahme auf das EU-Recht und Einbeziehung von verhaltensökonomischen Erkenntnissen (behavioral economics) die rechtliche Notwendigkeit sowie das optimale Design einer Elternzeit im Allgemeinen und Krisen-Elternzeiten im Besonderen, um das in der Schweiz verfassungsrechtlich¹² und bundesgesetzlich¹³ verankerte Prinzip der Gleichstellung zwischen Männern und Frauen zu erreichen.

II. Das Recht der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in der Schweiz und Europa

Zunächst werden im vorliegenden Artikel die verschiedenen Rechte der Eltern bewertet, die im schweizerischen Recht (A.) und im europäischen Recht (B.) existieren. Sodann sollen mögliche rechtliche Massnahmen untersucht werden, um die Gleichstellung der Geschlechter zu erreichen und Väter zu motivieren, sich mehr in der Gleichstellung und der Kinderbetreuung zu engagieren (C.). Für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie sind Vaterschaftsurlaub¹⁴, eine allgemeine Elternzeit¹⁵ sowie eine besondere (Covid-19-)Familien- oder Elternzeit förderlich und ergänzen bestehende Betreuungszeiten.

A. Der rechtliche WLB-Rahmen und Reformbestrebungen in der Schweiz

1. Der unvollständige WLB-Rechtsrahmen in der Schweiz

Die Gleichstellung von Mann und Frau ist erst seit 1981 in Artikel 8 der Bundesverfassung¹⁶ geregelt. Ergänzt und konkretisiert wird der verfassungsrechtliche Auftrag seit 1996 durch das Gleichstellungsgesetz, welches die Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben regelt und ins-

⁴ Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende, bei Mutterschaft und bei Vaterschaft vom 25. September 1952 (EOG, SR 834.1); Art. 16i EOG.

⁵ Vgl. Bundesgesetz vom 20. Dezember 2019 über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung, AS 2020, 4525. Bei dem Betreuungsurlaub von bis zu 3 Tagen für Angehörige (Art. 329h Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220]) und bis zu 14 Wochen für schwerkranke Kinder (Art. 329i OR) handelt es sich um das Pendant zum Pflegeurlaub des EU-Rechts (Art. 6 Richtlinie 2019/1158 EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl. L 188/79 vom 12. Juli 2019 [nachfolgend «WLB-RL»]), welcher zwar auch auf die Verwirklichung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie gerichtet ist, hier aber nicht vertieft werden soll.

⁶ In Anlehnung an das Theaterstück von Samuel Beckett, *Warten auf Godot*, 1971, Berlin.

⁷ Mehr Gleichstellung im Bereich der Work-Life-Balance und Lohngleichheit kann auch positive Effekte auf die Prävention von Gewalt gegen Frauen haben. Vgl. zur Prävention von Gewalt gegen Frauen und sexistischer Werbung z.B. SOFIA BALZARETTI, *L'interdiction de la publicité sexiste et la prévention de la violence fondée sur le genre*. ex ante, 1/2020, 3 ff.

⁸ Medienmitteilung Bundesamt für Statistik vom 27.11.2020, <https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/14941818/master>, abgerufen am 15. September 2021.

⁹ Vgl. Fn. 4.

¹⁰ Art. 23 EOV i.V.m. 16i EOG, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2019/6855.pdf>, abgerufen am 15. September 2021; vgl. zum Hintergrund: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/eo-msv/reformen-und-revisionen/eo-vaterschaftsurlaub-200927.html>, abgerufen am 15. September 2021.

¹¹ KARINE LEMPEN/ANER VOLODER, *Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004–2019)*, Forschungs-

bericht von Januar 2021, <https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/dokumentation/publikationen-allgemein/publikationen-recht.html>, abgerufen am 15. September 2021.

¹² Art. 8 Abs. 3 BV: «Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.»

¹³ Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995 (GIG, SR 151.1).

¹⁴ In der EU ist dies in Art. 4 Abs. 1 WLB-RL und in der Schweiz in Art. 329g Abs. 1 OR i.V.m. 16i EOG geregelt.

¹⁵ Vgl. Art. 5 WLB-RL.

¹⁶ Bundesverfassung der Schweizer Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

besondere direkte und indirekte Diskriminierungen verbietet. Trotz politischer Priorität¹⁷ gibt es bislang ausser politischen Empfehlungen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf keinen konkreten Rechtsrahmen zur Verwirklichung dieses Ziels.¹⁸ Im Bereich der Entgelttransparenz findet sich im Gleichstellungsgesetz, welches im Juli 2020 reformiert wurde, die verfassungsrechtliche Konkretisierung von Artikel 8 Abs. 3 BV, der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Das Recht wird hierbei um praktische Massnahmen ergänzt, indem konkrete *Instrumente* entwickelt wurden, um die Lohnungleichheit zu analysieren.¹⁹ Die gleichstellungsrechtliche Literatur versteht unter dem WLB-Rechtsrahmen im engeren Sinne neben Regelungen zum Mutterschutz, Vaterschaftsurlaub, Elternzeit und Pflegezeit auch Regelungen zur flexiblen Arbeitszeitgestaltung, weil all diese Regelungen ihren Beitrag zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie leisten. Da nunmehr seit dem 1.1.2021 ein Recht auf Vaterschafts- und Betreuungsurlaub in der Schweiz besteht, ist die Elternzeit noch eines der fehlenden und zentralen Puzzlesteine des WLB-Rechtsrahmens.

2. Die Schweizer Vorschläge zur Elternzeit

Es mag erstaunen, dass die Schweiz eines der wenigen OECD-Länder ohne rechtliche Verankerung der Elternzeit ist²⁰ und bislang das ILO-Übereinkommen Nr. 156²¹ über die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten nicht ratifiziert hat.

Genügend Inspiration für den Gesetzgeber findet sich sowohl in den verschiedenen parlamentarischen Vorschlägen²² zur Elternzeit als auch in den Vorschlägen

der Eidgenössischen Kommission für Familienfragen (im Folgenden: EKFF), welche die Schweiz nicht nur als Schlusslicht Europas in Sachen Elternzeit ausgerufen hat, sondern auch aktiv für die Einführung einer Elternzeit in der Schweiz eintritt.²³ Die EKFF²⁴ und eine Initiative aus dem Parlament schlagen beispielsweise einen individuellen Rechtsanspruch auf 8 Wochen Elternzeit mit einer Einkommensersatzrate von 80 % vor, der nicht auf den anderen Elternteil übertragbar ist. Die Parlamentarische Initiative hebt hervor, «Elternzeit und Elterngeld entsprechen einer zeitgemässen Familienpolitik, welche dem Umstand Rechnung trägt, dass die frühe Kindheit mit besonderen Anforderungen an die zeitliche Verfügbarkeit der Betreuungspersonen einhergeht».²⁵ Kern der Initiative ist folgende Argumentation, die sich beispielsweise auch im Tenor des WLB-Richtlinientextes findet: «Die Anerkennung der besonderen Bedürfnisse während der Kleinkinderphase trägt zu einer besseren Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit bei. Viele Väter wollen nicht länger Freizeitväter sein. Um eine stärkere Beteiligung der Väter an der Betreuung ihrer kleinen Kinder zu fördern und zu unterstützen, braucht es die Massnahme der Elternzeit und des Elterngeldes, und zwar nicht auf Firmenebene, sondern als öffentliche familienpolitische Leistung. Aus gleichstellungspolitischer Sicht fördern Elternzeit und Elterngeld die partnerschaftliche Teilung von Familien- und Erwerbsarbeit.»²⁶ Die zuständige Kommission nahm zu dem Vorschlag Stellung und die Mehrheit war der Meinung, dass sich «im Bereich des Elternurlaubs sozialpartnerschaftliche Lösungen grundsätzlich bewährt haben und man den flexiblen Schweizer Arbeitsmarkt nicht mit fixen Regelungen aufs Spiel setzen soll».²⁷ Die Minderheit hingegen begrüsst den Vorschlag im Einklang mit der herrschenden Lehre sowie der Gesetzesrealität in den meisten OECD-Ländern und «argumentiert, dass Elternzeit und Elterngeld einer zeitgemässen und nachhaltigen Familienpolitik entsprechen und zu einer besseren Vereinbarkeit von Familien und Erwerbsarbeit beitragen.

¹⁷ <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/arbeitsmarkt/frauen-am-arbeitsmarkt.html>, abgerufen am 15. September 2021.

¹⁸ Vgl. z.B. <https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/themen/arbeitsvereinbarkeit-von-familie-und-beruf.html>, abgerufen am 15. September 2021.

¹⁹ <https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/dienstleistungen/logib.html>, abgerufen am 15. September 2021.

²⁰ Vgl. zu familienfreundlichen Regelungen in der Schweiz, YEKATERINA CHZHEN/ANNA GROMADA/GWYTHYR REES, Are the world's richest countries family friendly? Policy in the OECD and EU (UNICEF Research Paper, 2019), https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/Family-Friendly-Policies-Research_UNICEF_%202019.pdf, abgerufen am 15. September 2021.

²¹ https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156, abgerufen am 15. September 2021.

²² Vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista#k=Elternzeit>, abgerufen am 15. September 2021.

²³ Vgl. EKFF-Studie, Elternzeit-Elterngeld, Ein Modellvorschlag der EKFF für die Schweiz (Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen EKFF, 2010), <https://ekff.admin.ch/publikationen/elternzeit-elterngeld>, abgerufen am 15. September 2021.

²⁴ Bereits im Jahr 2011 gab es eine Parlamentarische Initiative 11.405 (Grüne Fraktion, Vorwärtsmachen mit Elternzeit und Elterngeld, 3. März 2011 [nachfolgend «PI Elternzeit und Elterngeld»]), die eine Konkretisierung und Umsetzung des Vorschlags der EKFF vorsah, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20110405>, abgerufen am 15. September 2021.

²⁵ PI Elternzeit und Elterngeld (Fn. 24).

²⁶ PI Elternzeit und Elterngeld (Fn. 24).

²⁷ PI Elternzeit und Elterngeld (Fn. 24).

Sie weist darauf hin, dass die Schweiz im europäischen Vergleich diesbezüglich Nachholbedarf hat. Ausserdem wäre es nach Ansicht der Minderheit wünschenswert, wenn Väter sich stärker an der Betreuung ihrer Kinder beteiligen würden.²⁸ Die verschiedenen parlamentarischen Initiativen sehen entweder 14 Wochen Elternzeit für beide Elternteile²⁹ vor oder alternativ die Schaffung eines Rechts auf 14 Wochen Elternurlaub als Ergänzung zum Mutterschutzurlaub,³⁰ wobei die Frage nach dem obligatorischen Bezug durch Väter für eine bestimmte Dauer diskutiert wird. Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit prüfte am 22. Juni 2016 diesen Vorschlag, wobei die Mehrheit die Kosten einer Elternzeit von bis zu 28 Wochen (mit geschätzten 1,4 Mia. Franken) als eine zu grosse Belastung für den Wirtschaftsstandort Schweiz einstufte, während die Minderheit das starke Bedürfnis junger Eltern hervorhebt, «sich zugleich in Beruf und Familie engagieren zu können. Gut ausgebildete Frauen blieben der Wirtschaft als Fachkräfte eher erhalten, was sich längerfristig positiv auf den Wirtschaftsstandort Schweiz auswirken würde.» Inspiration für die rechtliche Ausgestaltung der Elternzeit findet sich schliesslich im Europäischen Recht, welches im Jahr 2019 im Rahmen der Work-Life-Balance-Richtlinie (im Folgenden: WLB-RL) reformiert wurde. Die Einführung von 10 Tagen Vaterschaftsurlaub sowie der Betreuungsurlaub ab 1.1.2021 hat die Debatte in Dogmatik³¹ und Politik um die Notwendigkeit einer Elternzeit für die Schweiz wieder angestossen.³²

B. Elternzeit in Europa als Vorlage?

Während die Schweiz beim Thema Entgelttransparenz sehr progressiv ist,³³ hinkt sie bei der Elternzeit allen EU-Mitgliedsstaaten hinterher, wo diese seit Langem etabliert und im Jahr 2019 erheblich reformiert wurde. Die drei Kernelemente des EU-rechtlichen Anspruchs auf Elternzeit, welche der Schweiz als Vorlage dienen können, lassen sich wie folgt zusammenfassen. Das EU-Recht sieht die Elternzeit nur dann als wirksames Mittel für die Gleichstellungspolitik, wenn individuelle und «nicht-übertragbare» Rechtsansprüche für beide Elternteile von mindestens 4 Monaten bestehen,³⁴ eine adäquate Bezahlung vorgesehen ist und der Rechtsanspruch durch einen wirksamen Kündigungs- und Diskriminierungsschutz abgesichert ist. Die ersten zwei Elemente werden in den parlamentarischen Vorschlägen und jenen der EKFF berücksichtigt.³⁵ Die Schweiz könnte sich im Hinblick auf die Bezahlung der Elternzeit an europäischen Ländern mit ähnlichem Bruttoinlandsprodukt orientieren,³⁶ wobei die Forderungen des Parlaments und der EKFF nach einem Einkommensersatz von 80 % wohl als adäquat bezeichnet werden können.

²⁸ PI Elternzeit und Elterngeld (Fn. 24).

²⁹ Vgl. Parlamentarische Initiative 20.472 (Kathrin Bertschy, Elternzeit von 14/14 Wochen. Gleiche Chancen im Erwerbsleben, 25. November 2020), mit dem Ziel, dass die Elternzeit die (bisherige) Mutterschaftsentschädigung von 14 Wochen ersetzt und eine Vaterschaftsentschädigung von 14 Wochen geschaffen wird, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200472>, abgerufen am 15. September 2021.

³⁰ Parlamentarische Initiative 15.458 (Rosmarie Quadranti, Elternzeit. Eine umfassende, ganzheitliche Lösung als Ergänzung zum bestehenden Mutterschaftsurlaub, 18. Juni 2015), <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150458>, abgerufen am 15. September 2021.

³¹ Zu nächsten möglichen Schritten vgl. PHILIPPE NORDMANN/CHRISTOPH BURCKHARDT, «Vaterschaftsurlaub jetzt!» – Und wie weiter?, AJP 2020, 1525 ff.

³² Vgl. z.B. EKFF Policy Brief Nr. 3: «Elternzeit: Eine notwendige und lohnende Investition», <https://ekff.admin.ch/publikationen/policy-briefs/>, abgerufen am 15. September 2021.

³³ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, Mitteilung der Europäischen Kommission vom 3. März 2020, KOM (2021) 93 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52021PC0093>, abgerufen am 15. September 2021.

³⁴ Vgl. Art. 5 der WLB-RL. Vier Monate Elternzeit kann als etablierter Standard für die Dauer in Europa angesehen werden und wurde auch von der durch die WLB-RL ersetzte Richtlinie 2010/18/EU zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, Abl. L 68/13 vom 18. März 2010, als Mindeststandard vorgesehen.

³⁵ Vgl. Fn. 23, 24, 29 und 30.

³⁶ Norwegen beispielsweise gewährt bis zu 49 Wochen bei 100 % Lohnfortzahlung; Luxemburg gewährt 4 Monate bei einer Zahlung von 2141 bis 3569 Euro und Deutschland vergütet die Elternzeit während 12 Monaten (14 Monate, wenn beide Elternteile Elternzeit in Anspruch nehmen) bei ca. 65 % des letzten Lohns, vgl. ALISON KOSLOWSKI/SONJA BLUM/IVANA DOBROTIĆ/GAYLE KAUFMAN/PETER MOSS, International Review of Leave Policies and Related Research 2020, 276–278, 394, 447, https://ub-deposit.fernuni-hagen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00002067/Koslowski_et_al_Leave_Policies_2020.pdf, abgerufen am 15. September 2021 [nachfolgend «Koslowski, Leave Network»].

C. Besondere «Krisen-Elternzeit»

Während es in der Schweiz keinen rechtlichen Anspruch auf Elternzeit gibt,³⁷ haben viele europäische Länder nicht nur Elternzeit, sondern während der Covid-19-Krise angesichts der Herausforderungen in Bezug auf Kita- und Schulschliessungen auch eine besondere Elternzeit eingeführt³⁸ oder verlängert³⁹. Die Schweiz hat sich für das (zeitlich begrenzte) Modell der sog. Corona-Erwerbsausfallentschädigung⁴⁰ entschieden, welches sich insbesondere auch an Eltern mit Kindern richtet, die ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen, weil die Fremdbetreuung der Kinder nicht mehr gewährleistet ist.⁴¹ Eine Entschädigung kann auch gezahlt werden, weil sie von einer Per-

son übernommen wurde, die sich in Quarantäne befindet oder das Kind selbst in Quarantäne ist. Problematisch ist allerdings, dass sofern die Betreuung durch den Ehepartner oder Partner oder durch eine andere Person möglich ist, eine Entschädigung nicht gezahlt wird und eine Entschädigung stets nur an einen Elternteil gezahlt wird.⁴²

Einige Länder⁴³ haben die Kriterien für die zukünftige Inanspruchnahme der Elternzeit angepasst, damit Arbeitslosigkeit und Kurzarbeit die Anspruchsberechtigung nicht beeinträchtigen. Die Covid-19-Krise diente gewissermassen als Lackmустest und deckte die fehlenden Rechtsinstrumente für Gleichstellung auf. Zu Beginn der Krise im Jahr 2020 gab es in der Schweiz weder Vaterschaftsurlaub noch Elternzeit. Allein Mütter hatten Anspruch auf Mutterschaftsurlaub, was stereotypisch für die Verteilung der Betreuungspflichten zwischen Männern und Frauen ist.

Die Erfahrungen der Krise sollten dem Gesetzgeber als Inspiration dienen, im Entwurf für ein Elternzeitgesetz direkt eine Ausnahmeregelung zu treffen, die in eng umgrenzten Fällen – wie z.B. die Covid-19-Pandemie – eine besondere, kurze Elternzeitregelung vorsieht, damit Eltern nicht gezwungen sind, die Elternzeit oder Urlaub in Anspruch zu nehmen, um die Kinderbetreuung während der Telearbeit gewährleisten zu können.⁴⁴ Der verfassungsrechtlich verankerte Auftrag der Gleichstellung der Geschlechter kann nur durch eine zügige Regelung zur Elternzeit, idealerweise ergänzt durch eine «Krisen-Elternzeit», erreicht werden. Gesetzgebungstechnisch könnte eine solche Norm in einem Gesetzesvorschlag für die Elternzeit mit aufgenommen werden, die unter strikt umgrenzten Anspruchsvoraussetzungen als Ausnahme zur Elternzeit eine «Krisen-Elternzeit», beispielsweise bis zu 2 bis 4 Wochen, vorsieht. Diese Zeit würde nicht vom «Elternzeitkonto» abgezogen und Familien könnten während einer «Krise» wie der Covid-19-Pandemie die Vereinbarkeit von Beruf und Familie besser verwirklichen.

³⁷ Ein Anspruch kann jedoch aufgrund des allgemeinen Obligationenrechts geltend gemacht werden. Während 3 Tagen wird der Lohn bei (unverschuldeter) Abwesenheit grundsätzlich fortgezahlt, ab dem 4. Tag kann aufgrund der Covid-19-Epidemie Lohnausfall beantragt werden, der ähnlich dem Mutterschutz mit 80% des Lohns und einer Obergrenze von 196 CHF pro Tag vergütet wird. Problematisch ist allerdings, dass nur ein Elternteil gleichzeitig anspruchsberechtigt ist.

³⁸ Z.B. führte Belgien eine spezielle Corona-Elternzeit ein, vgl. Arrêté royal l'absence suite au congé parental corona, <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2020/07/31/2020042620/justel>, abgerufen am 15. September 2021; Arrêté royal n° 23 pris en exécution de l'article 5, § 1, 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant le congé parental corona; Arrêté royal n° 45 pris en exécution de l'article 5, § 1er, 5° de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à prolonger certaines mesures, à préciser certaines modalités du congé parental corona et du chèque consommation, <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2020/06/26/2020041991/moniteur>, abgerufen am 15. September 2021.

³⁹ Beispielsweise Ungarn, Lettland, Slowakei, vgl. ALISON KOSŁOWSKI/SONJA BLUM/IVANA DOBROTIĆ/GAYLE KAUFMAN/PETER MOSS, International Review of Leave Policies and Research 2020, Leave Policy Responses to COVID-19: a cross country comparison, 2. https://www.leavenetwork.org/fileadmin/user_upload/k_leavenetwork/annual_reviews/2020/Covid_19_policy_responses_summary.pdf, abgerufen am 15. September 2021.

⁴⁰ Bundesgesetz vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz, SR 818.102), insbesondere Art. 15 als Rechtsgrundlage.

⁴¹ «Der Betreuungsbedarf muss auf Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus zurückzuführen sein, wie z.B. die Schliessung von Schulen, Krippen, Kindergärten oder die Tatsache, dass die Betreuung nicht mehr möglich ist», vgl. Bundesamt für Sozialversicherung, Fragen und Antworten zur Entschädigung für Erwerbsausfall bei Massnahmen gegen das Coronavirus, <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/eo-msv/grundlagen-und-gesetze/eo-corona.html>, abgerufen am 15. September 2021.

⁴² Vgl. BSV EO Corona (Fn. 41).

⁴³ Bulgarien und Deutschland, vgl. <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/elterngeld-wird-kurzfristig-an-gepasst-154564?view=;> <https://asp.government.bg/bg/novini-i-akcenti-asp/poveche-semeystva-shte-poluchat-ednokrat-na-pomosht-ot-375-leva>, beide abgerufen am 15. September 2021; vgl. auch KOSŁOWSKI, Leave Network 2020 (Fn. 3636).

⁴⁴ Das belgische Modell kann für die Schweiz als Inspiration dienen: Es handelt sich um eine zeitlich begrenzte Ausnahmenvorschrift zur Elternzeit, der Kündigungsschutz ist garantiert und Bedingungen richten sich im Wesentlichen nach der allgemeinen Elternzeit, vgl. für eine Übersicht <https://emploi.belgique.be/fr/actualites/conge-parental-corona>, abgerufen am 15. September 2021.

III. WLB-Herausforderung und ungleiche Verteilung von Betreuungsaufgaben zwischen Frauen und Männern

Der vorliegende Beitrag analysiert die WLB-Herausforderung⁴⁵ unter dem Blickwinkel der Väterbeteiligung⁴⁶ und beleuchtet die Gründe der ungleichen Verteilung von Betreuungsaufgaben zwischen Frauen und Männern. Berufstätige Frauen mit Kindern unter 12 Jahren investieren 54 Stunden, Männer hingegen nur 32 Stunden in die Kinderbetreuung. Während sowohl Frauen als auch Männer während der Covid-19-Pandemie und des (Teil-)Lockdowns mit zusätzlichen Herausforderungen betreffend die Vereinbarkeit von Arbeit und Familie konfrontiert waren, waren Frauen grundsätzlich stärker betroffen.⁴⁷ Dies insbesondere aufgrund ihrer Rolle bei der Kinderbetreuung und in den Gesundheits- und Sozialberufen «an der Front», der Schliessung von Kinderbetreuungseinrichtungen und Schulen sowie der ungleichen wirtschaftlichen Auswirkungen und Arbeitsplatzverluste infolge der Krise.⁴⁸

Während die Schweiz beim sog. Gender Inequality Index (im Folgenden: GII)⁴⁹ der Vereinten Nationen in einem 20-Länder-Vergleich am besten abschneidet, bescheinigt das World Economic Forum der Schweiz

Stagnation und eine «altmodische Haltung» gegenüber Gleichstellung auf dem Arbeitsmarkt; die Schweiz belegt den 18. Platz im globalen Ranking.⁵⁰ Eine Umfrage aus dem Jahr 2021 ergab, dass sich Frauen zum Teil stark benachteiligt *fühlen*, Arbeitgeber von der Hälfte der befragten Frauen⁵¹ als nicht familienfreundlich eingeschätzt werden und nur zwei von fünf Frauen gleiche Karrierechancen für Männer und Frauen sehen.⁵² Diese Ungleichheit sollte ein Regelungsanreiz für den Schweizer Gesetzgeber sein.

Die Covid-19-Krise kann als Lackmustrer für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie verstanden werden. Sie hat gezeigt, dass Frauen und Männer mit Kindern vor grossen Herausforderungen stehen, z.B. wegen durch Schulschliessungen bedingtem home-schooling, wegen fehlender Kinderbetreuung, Tele-Arbeit oder wegen des Zusammentreffens von Arbeit und Familie in der Wohnung. Eine allgemeine oder besondere Elternzeit hätte hier durchaus Erleichterung betreffend die WLB-Challenge bringen können, indem die Eltern ein paar Tage oder Wochen mehr Zeit für die Familie gehabt hätten. Insbesondere wurden jedoch Frauen getroffen, da sie nicht nur häufig die «doppelte Last» von Beruf und Familie tragen mussten, sondern auch in ökonomischer Sicht auf dem Arbeitsmarkt mit der Stagnierung der Gleichstellung⁵³ zu kämpfen haben⁵⁴.

⁴⁵ Zu Konzept und Problemen der «WLB-Challenge» vgl. HEEJUNG CHUNG/TANJA VAN DER LIPPE, Flexible Working, Work–Life Balance, and Gender Equality: Introduction, Soc Indic Res 2020, 365–381, <https://doi.org/10.1007/s11205-018-2025-x>, abgerufen am 15. September 2021.

⁴⁶ Väterbeteiligung ist als jeder zeitliche Beitrag zur Kinderbetreuung oder zu hauswirtschaftlichen Aufgaben zu verstehen.

⁴⁷ DAPHNE AHRENDT, Living, working and COVID-19, COVID-19 series (Eurofound, 2020), 23 ff., 23–24, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/living-working-and-covid-19>, abgerufen am 15. September 2021; <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/unpaid-care-and-housework>, abgerufen am 15. September 2021.

⁴⁸ Vgl. LÍDIA FARRÉ/YARINE FAWAZ/LIBERTAD GONZALEZ/JENNIFER GRAVES, How the COVID-19 lockdown affected gender inequality in paid and unpaid work in Spain, IZA Discussion Papers, Bonn 2020, 1–4; HAI-ANH H DANG/CUONG VIET NGUYEN, Gender inequality during the COVID-19 pandemic: Income, expenditure, savings, and job loss, World Development 2020, 105296 ff., 105296.

⁴⁹ UN-Entwicklungsprogramm. Der Gender Inequality Index wird als Quotient unterschiedlicher Faktoren, wie der reproduktiven Gesundheit von Frauen, dem Frauenanteil in Parlamenten sowie der Schulbildung und Erwerbsbeteiligung im Geschlechtervergleich gebildet. Der daraus resultierende Wert reicht von 0,001 bis 1,000. Je kleiner der GII, desto grösser die Gleichstellung zwischen den Geschlechtern. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/996122/umfrage/ranking-der-laender-mit-der-niedrigsten-geschlechtsspezifischen-ungleichheit/>, abgerufen am 15. September 2021.

⁵⁰ <https://www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality>, abgerufen am 15. September 2021.

⁵¹ Wobei man sich fragen kann, ob Männer nicht auch hierzu befragt werden sollten, um ein besseres Bild von möglicher Diskriminierung zu bekommen; insbesondere im Hinblick auf den Vaterschaftsurlaub sollten hier Umfragen bzgl. Männern und Arbeitgebern erfolgen. Ein Beispiel in der EU ist die Eurobarometer-Umfrage der Europäischen Kommission zur WLB aus dem Jahr 2018, <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/flash/surveyky/2185>, abgerufen am 15. September 2021.

⁵² <https://www.srf.ch/news/schweiz/umfrage-zur-gleichstellung-frauen-fuehlen-sich-zum-teil-stark-benachteiligt>, abgerufen am 15. September 2021; Umfrage 3/2021, *annajetzt*, Frauen in der Schweiz, <https://sotomo.ch/site/wp-content/uploads/2021/03/annajetzt.pdf>, abgerufen am 15. September 2021.

⁵³ Zu Covid-19 als Argument, weniger für Gleichstellung tun zu können, vgl. CYN-YOUNG PARK/ANCILLA MARIE INOCENCIO, COVID-19 is no excuse to regress on gender equality, Asian Development Bank Briefs, Nr. 157, 2020, DOI: <http://dx.doi.org/10.22617/BRF200317-2>, abgerufen am 15. September 2021.

⁵⁴ <https://www.eurofound.europa.eu/publications/policy-brief/2020/women-and-labour-market-equality-has-covid-19-rolled-back-recent-gains>, abgerufen am 15. September 2021; ANU MADGAVKAR/OLIVIA WHITE/MEKALA KRISHNAN/DEEPA MAHAJAN/XAVIER AZCUE, COVID-19 and gender

IV. Erkenntnisse der Verhaltensökonomie und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Elternzeit

Auf der Basis von Erkenntnissen der Verhaltensökonomie (A.) und der rechtlichen Gestaltung der Elternzeit in der EU (B.) zeigt dieses Kapitel Regelungsmöglichkeiten für das optimale Design der Elternzeit in der Schweiz auf. Vorliegend wird argumentiert,⁵⁵ dass die Ziele des Gleichstellungsrechts und eine verstärkte Väterbeteiligung (an der Kinderbetreuung) insbesondere dann erreicht werden könnten, wenn die verhaltensökonomischen Erkenntnisse bei der Architektur des Gesetzes zur Elternzeit berücksichtigt würden (C.). Hierzu gehören insbesondere eine reservierte und nicht-übertragbare Elternzeit für beide Elternteile (Nicht-Übertragbarkeit) und eine angemessene Bezahlung als «nudge»⁵⁶, insbesondere für Väter.

A. Gleichstellungsrecht und Verhaltensökonomie

Während die verhaltensökonomischen Einsichten in den verschiedensten Bereichen der Rechtswissenschaften Einzug gefunden haben,⁵⁷ ist dies im Bereich des Gleichstellungsrechts bislang selten der Fall. Die verhaltensökonomische Analyse des Rechts wird häufig als die Anwendung von empirischen und verhaltensökonomischen Ergebnissen auf die Analyse von rechtlichen Regeln und Institutionen verstanden.⁵⁸ Wenn der Gesetzgeber oder Juristen rechtlich relevante Entscheidungen treffen, so bedarf es meist einer Einschätzung der Wahrscheinlichkeit, ob ein bestimmtes Ereignis eintritt. Beispielsweise erhöht die Einführung einer Elternzeit mit hohem Lohnersatz

von 80 bis 100 Prozent die Chance einer Inanspruchnahme der Elternzeit durch die Väter.⁵⁹

B. Einsichten für die Gesetzgebung am Beispiel der Elternzeit in der EU

Für die Elternzeit sind aus verhaltensökonomischer Sicht insbesondere die availability heuristic, representative heuristic sowie loss aversion⁶⁰ relevant. Bei der availability heuristic wird beispielsweise der Grad der Wahrscheinlichkeit durch Gleichartigkeit/Ähnlichkeit zu Vergleichsgruppen ersetzt.⁶¹ Hier können im Hinblick auf die Attraktivität einer Elternzeit für Frauen und Männer falsche Schlüsse gezogen werden, weil Vorurteile anstatt konkrete, verfügbare Statistiken zugrunde gelegt werden. Eine solche Substituierung der eigentlichen Frage durch sog. Proxies⁶² kann bei den anspruchsberechtigten Eltern zu systematischen Entscheidungsfehlern führen.⁶³

Bei der representative heuristic geht es darum, dass sich Menschen leichter wahrscheinliche als unwahrscheinliche Ereignisse vorstellen können, weil solche Entscheidungen «verfügbarer» sind. Die konkrete Berechnung oder Schätzung der Häufigkeit oder Wahrscheinlichkeit, dass Väter sich in der Pflege der Kinder engagieren, wird beispielsweise durch einfach verfügbare, typische Verhaltensmuster ersetzt («Ich kenne keinen Vater, der nicht arbeitet und sich um die Kinder kümmert», «Alle männlichen Kollegen arbeiten, während die Frauen entweder nicht arbeiten oder arbeiten und sich um die Kinder kümmern»).

Die Elternzeit ist als logischer und nächster Schritt nach dem Vaterschaftsurlaub ein zentrales Element der Gleichstellungspolitik. Das europäische Recht der Elternzeit sieht in Artikel 5 Absatz 2 der WLB-RL das verhaltensökonomisch inspirierte Element der «Nicht-Übertragbarkeit» vor.⁶⁴ Diese rechtliche Ausgestaltung des EU-Gesetzgebers könnte man m.E. unter die allgemein akzeptierte Definition des sog. nudge fassen, weil Kern

equality: Countering the regressive effects, McKinsey Global Institute 2020, www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/covid-19-and-gender-equality-countering-the-regressive-effects, abgerufen am 15. September 2021.

⁵⁵ Unter Bezugnahme auf die bereits erwähnten Parlamentarischen Initiativen zur Elternzeit (Fn. 24, 29 und 30) sowie den EKFF-Vorschlag (Fn. 2323).

⁵⁶ Unter «nudge» versteht man gewisse Anreize, die bei verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass eine Option der anderen vorgezogen wird, vgl. RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, London 2009, 4; MICHAEL HALLSWORTH/ELSPETH KIRKMAN, *Behavioral insights*, Cambridge 2020, 201 f.

⁵⁷ Vgl. HOLGER STRASSHEIM/REBECCA-LEA KORINEK, *Welten der Verhaltenspolitik: Nudging im inter- und transnationalen Vergleich*, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 2018, 81 ff., 81.

⁵⁸ AVISHALOM TOR, *The methodology of the behavioral analysis of law*, Haifa Law Review 2008, 237 ff., 246.

⁵⁹ In Island (80 % Lohnersatz) beispielsweise nahmen 86,4 % der Väter Elternzeit, während es in Norwegen (100 % Lohnersatz) ca. 90 % waren, vgl. Report Island und Norwegen, KOSLOWSKI, *Leave Network* (Fn. 3636), 316 f., 346.

⁶⁰ Zur Definition vgl. EYAL ZAMIR, *Law, psychology, and morality: The role of loss aversion*, Cambridge 2015, 4 f.

⁶¹ TOR (Fn. 58) 246.

⁶² Also eine Art einfachere «Stellvertreter-Frage», die eine oft schwierigere Frage ersetzt.

⁶³ TOR (Fn. 58), 246.

⁶⁴ «Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass zwei Monate des Elternurlaubs nicht übertragbar sind.», Art. 5 Abs. 2 WLB-RL.

der Regelung ist, Väter zu *ermutigen*, ihr Recht auf Elternzeit in Anspruch zu nehmen.⁶⁵

Während die Elternzeit als «Familienrecht» ausgestaltet werden kann, bevorzugt eine auf Verhaltensökonomik basierende Rechtsgestaltung ein individuelles Recht. Hierbei steht jedem Elternteil individuell ein Recht auf Elternzeit zur Verfügung.⁶⁶ Die Idee der «Nicht-Übertragbarkeit» verstärkt diese individuelle Rechtsnatur der Elternzeit. Wenn ein Elternteil den Rechtsanspruch auf den anderen Elternteil übertragen kann, läuft die Idee des individuellen Rechtsanspruchs leer. Individueller Rechtsanspruch auf Elternzeit geht einher mit *non-transferability*. Jeder Elternteil wird folglich ermutigt, den «reservierten» Teil⁶⁷ der Elternzeit in Anspruch zu nehmen.

Das Konzept der *non-transferability* lässt sich mit Überlegungen aus der Verhaltensökonomie erklären. Die Verhaltensökonomie kennt den sog. *status quo bias*, der immer dann vorliegt, wenn jemand das Risiko des Abweichens vom *status quo* als so hoch einschätzt, dass von Veränderung abgesehen wird. *Loss aversion* wird definiert als das Phänomen, dass Menschen eher Risiken eingehen, um Verluste zu vermeiden, anstatt einen potenziellen Gewinn zu erzielen. Der psychologische Effekt des Verlustes wird gemeinhin als etwa doppelt so hoch gewichtet, wenn dieser mit dem positiven Effekt eines Gewinns verglichen wird.⁶⁸ Das Design der rechtlichen Regel⁶⁹ verlangt also ein entsprechendes «framing»⁷⁰, indem die individuellen Rechte der Elternzeit als «Risiko des Verlusts» und nicht als «Risiko eines potenziellen Gewinns» ausgestaltet werden.

Für die Analyse der Elternzeit sind die einleitend angesprochene *availability heuristic* und die *representative heuristic* besonders relevant. Bei der *availability heuristic* ist der jeweilige Elternteil mit der Frage konfrontiert, was

in seinen Erinnerungen «greifbar» ist. Dies können z.B. Erinnerungen und Verhaltensmuster (für Elternzeit) der Eltern, von Freunden, Verwandten oder Kollegen sein, die eine Verhaltensanpassung hervorrufen. Ähnlich wirkt sich die sog. *representative heuristic* aus, bei der das eigene Verhalten auf vorgefestigte Auffassungen und Vorurteile («stereotypes») überprüft wird.⁷¹ Um beispielsweise Väter zu ermutigen, ihre Elternzeit in Anspruch zu nehmen, bewährt sich das Prinzip des «take it or lose it», weil die Nicht-Übertragbarkeit zu einem Verlust des Rechts führt. Eine Ausgestaltung unter Berücksichtigung verhaltensökonomischer Einsichten im obigen Sinne ist Anreiz für beide Elternteile, die reservierte und «nicht-übertragbare» Elternzeit in Anspruch zu nehmen. Eine angemessene Bezahlung der Elternzeit im Sinne eines nahezu vollständigen Ausgleichs des Lohns würde im Einklang mit den Lehren der *loss aversion* stehen. Aus politischer Sicht kann so das Ziel der Erhöhung des Männeranteils in Bezug auf die Inanspruchnahme der Elternzeit vermutlich erreicht werden.⁷² Die in der Schweiz neu eingeführten kurzen Betreuungszeiten sind sehr begrüßenswert, verfügen bis auf die angemessene Bezahlung jedoch nicht über die hier angesprochenen verhaltensökonomischen Anreize, wie z.B. reservierter oder nicht-transferierbarer Teil, sodass das Risiko der überwiegenden Inanspruchnahme durch Frauen weiterhin besteht und die Gleichstellungsziele nicht erreicht werden.

Die Forschungsergebnisse der Verhaltensökonomie im Hinblick auf *loss aversion* gelten als gefestigt in der *behavioral decision theory*⁷³ und eignen sich deshalb für den Gesetzgeber bei der Erreichung der verfassungsrechtlich verankerten Gleichstellungsziele.

C. Wie die Verhaltensökonomie politische Massnahmen wirksamer macht

Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann könnte beispielsweise verstärkt auf die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie zurückgreifen, um im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit und von Kampagnen auf die Erreichung der Gleichstellung hinzuwirken. Ein erster Schritt, auch in Vorbereitung künftiger Gesetz-

⁶⁵ Vgl. zum Konzept des *nudging*, das dort wie folgt definiert wird: «A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives.» (THALER/SUNSTEIN [Fn. 57], 6).

⁶⁶ KOSLOWSKI, *Leave Network* (Fn. 36), 32.

⁶⁷ Die gesamte Länge für einen Elternteil muss nicht zwingend «reserviert» sein, sondern lediglich ein Teil. Die Richtlinie 2010/18 legte als Mindeststandard einen «nicht-übertragbaren» Monat fest und die neue WLB-RL dehnt dies auf zwei Monate aus. Das Europaparlament hatte teilweise sogar 4 Monate gefordert.

⁶⁸ Vgl. insgesamt zum Konzept der *loss aversion* ZAMIR (Fn. 61).

⁶⁹ Vgl. zu *behavioral design* bei der Gleichstellungspolitik IRIS BOHNET, *What Works – Gender Equality by Design*, Cambridge 2016, 1–23.

⁷⁰ VOLKER STOCKÉ, *Framing ist nicht gleich Framing. Eine Typologie unterschiedlicher Framing-Effekte und Theorien zu ihrer Erklärung*, in: ULRICH DRUWE/VOLKER KUNZ/THOMAS PLÜMPER, *Jahrbuch für Handlungs- und Entscheidungstheorie*, Wiesbaden 2001, 76 f.

⁷¹ Vgl. insgesamt zum experimentellen Design MICHAEL LUCA/MAX H. BAZERMAN, *The Power of Experiments: Decision Making in a Data-driven World*, Boston 2020, 17, 26–34.

⁷² Vgl. CHRISTINE AUMAYR-PINTAR, *Parental and paternity leave – Uptake by fathers* (Eurofound, 2019), 23, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18087en.pdf, abgerufen am 15. September 2021.

⁷³ Vgl. DAVID GAL, *A Psychological Law of Inertia and the Illusion of Loss Aversion*, *JUDGMENT & DECISION MAKING* 2006, 23 ff., 23.

gebungsvorhaben, könnte im Auftrag einer Studie zu den verhaltensökonomischen Effekten im Gleichstellungsrecht bestehen.

Neben der Gesetzgebung kann Verhaltensökonomie auch bei politischen Massnahmen⁷⁴ Anwendung finden, beispielsweise um Männer zu motivieren,⁷⁵ mehr Vaterschaftsurlaub und – sofern vorhanden – auch mehr Elternzeit zu nehmen. Auch wenn es bislang noch keine konkreten empirischen und experimentellen Forschungen zur Elternzeit gibt,⁷⁶ sollten die allgemeinen Erkenntnisse der Verhaltensökonomie bei der rechtlichen Architektur der Elternzeit in der Schweiz berücksichtigt werden.⁷⁷

Aus politischer Sicht führt die Inanspruchnahme von Vaterschaftsurlaub und Elternzeit von Vätern potenziell zu einer besseren «Risikoverteilung» des Einstellungs-, Diskriminierungs- und Kündigungsrisikos von Männern und Frauen.⁷⁸ Erhöhte Väterbeteiligung führt zu mehr arbeitenden Vätern in Unternehmen als role model und möglicherweise zu einer Bewusstseinsveränderung bei Kollegen und in der Hierarchie, sodass das Risiko einer Diskriminierung aufgrund familienbedingter Fehlzeiten sowohl Männer als auch Frauen betrifft.

V. Fazit

Die Covid-19-Krise als Lackmustest für die Vereinbarkeitsproblematik hat anschaulich gezeigt, dass der verfassungsrechtliche Auftrag der Gleichstellung der Geschlechter nicht ohne einen allgemeinen Rechtsanspruch auf Eltern-

zeit erreicht werden kann. Es wäre zu begrüßen, wenn der Schweizer Gesetzgeber handelt und nicht nur der Schweiz als letztem OECD-Land zu einer allgemeinen, modernen Elternzeit verhilft, sondern aufgrund der Vulnerabilität von Familien während der Covid-19-Pandemie auch das Recht auf eine besondere «Krisen-Elternzeit» einführt. Zwar ist nach dem Vaterschaftsurlaub nunmehr durch die Einführung der kurzen Betreuungszeit ein Schritt in Richtung einer besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie getan, jedoch ersetzt dies aufgrund der kurzen Dauer (3 Tage) oder der besonderen Anspruchsvoraussetzungen (krankes Kind) keineswegs die klassische Elternzeit. Hierbei gilt es Inspiration in den teilweise sehr fortschrittlichen Modellen der europäischen Nachbarn zu suchen und die Lehren der Verhaltensökonomik bei der Regelungsarchitektur des Elternzeitgesetzes zu beachten. Vier Empfehlungen lassen sich auf der Basis der vorherigen Erläuterungen für die Ausarbeitung der Elternzeit in der Schweiz herausdestillieren. Erstens, aus dem Konzept der loss aversion ergibt sich nicht nur die zwingende Einführung individueller und nicht-übertragbarer Rechtsansprüche, sondern auch ein angemessener Lohnersatz, um insbesondere Väter für die Elternzeit zu motivieren. Die Höhe des Lohnersatzes kann sich hierbei zum einen am Mutterschutz und Vaterschaftsurlaub, zum anderen aber auch an der Praxis anderer europäischer Länder mit ähnlicher Wirtschaftsleistung orientieren. In zeitlicher Hinsicht dürften vier Monate als angemessen erscheinen, von denen mindestens zwei Monate angemessen bezahlt werden sollten. Zweitens, da availability und representative heuristic deutlich machen, dass Erfahrungen, beobachtete Verhaltensmuster und Stereotype die Inanspruchnahme von Elternzeit beeinflussen können, ist es wichtig, dass ein angemessener Diskriminierungsschutz das Recht der Elternzeit garantiert. Drittens sollte eine gewisse Flexibilität bei der Inanspruchnahme der Elternzeit gewährleistet sein, beispielsweise als «Teilzeitmodell»,⁷⁹ an bestimmten Tagen der Woche⁸⁰ oder aber in Kombination mit Telearbeit, um so insbesondere mehr Väter für die Elternzeit zu gewinnen. Viertens, komplementär zur legislativen Verankerung der Elternzeit sollten verhaltensökonomisch basierte Kampagnen, Broschüren und andere politische Massnahmen das Recht begleiten, um das Ziel der Gleichstellung erreichen zu können. Die Eltern in der Schweiz können nicht mehr länger auf ein Recht auf «Elternzeit» warten.

⁷⁴ Ein konkretes Beispiel für eine Kampagne, um die Anzahl Frauen in Aufsichtsräten zu erhöhen, findet sich bei DAVID HALPERN, *Inside the nudge unit: How small changes can make a big difference*, London 2015, 123.

⁷⁵ Vgl. BERTRAND MARIANNE, *New Perspectives on Gender*, in: Card/Ashenfelter (Hrsg.), *Handbook of Labor Economics*, 1543 ff., 1543–1590; RENATA HEILMAN/PETKO Kusev, *The Gender Pay Gap: Can Behavioral Economics Provide Useful Insights?*, *Frontiers in Psychology* 2017 VIII, 1 ff.; RENÉE B. ADAMS/PATRICIA FUNK, *Beyond the Glass Ceiling: Does Gender Matter?*, *Management Science* 2012, 219 ff., 219–235.

⁷⁶ Der neue europäische Rechtsrahmen muss bis zum 2. August 2022 in nationales Recht umgesetzt sein (Art. 20 Abs. 1) und messbare Effekte können wohl erst nach einigen Jahren erwartet werden.

⁷⁷ Vgl. allerdings evidenzbasierte Erkenntnisse zu Wirkungen von Elternzeit sowie Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub, https://www.bundespublikationen.admin.ch/cshop_mimes_bbl/8C/8CD4590EE41ED8A98BA0B08765BFC6.pdf, abgerufen am 15. September 2021.

⁷⁸ Vgl. FABIAN LÜTZ/MIGUEL DE LA CORTE RODRIGUEZ, *La directive sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée: vers un partage plus égalitaire des responsabilités familiales*, *Revue de l'Union Européenne* 2019, 355 ff., 358.

⁷⁹ Z.B. die Möglichkeit, 4 Monate Elternzeit auf 8 Monate Elternzeit in Teilzeit (50 %) auszudehnen. Dies könnte eine gemeinsame Betreuung mit dem anderen Elternteil ermöglichen.

⁸⁰ Z.B. die Möglichkeit, jeweils nur am Montag und Freitag Elternzeit zu nehmen und die anderen Tage der Woche zu arbeiten.