

# Die Väterbeteiligung in Europa und der Schweiz – Die Rolle der Väter für mehr Gleichberechtigung

Nachdem die Europäische Union (EU) mit der Verabschiedung der Work-Life Balance Richtlinie (WLB-RL) zum ersten Mal im EU-Recht einen zehntägigen Vaterschaftsurlaub verankert hat und die Schweiz am 27. September 2020 im Rahmen der Volksabstimmung ebenfalls einen zehntägigen Vaterschaftsurlaub angenommen hat, lohnt sich ein Blick auf beide Rechtssysteme, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszuarbeiten. Der vorliegende Beitrag verfolgt einen rechtlichen und verhaltensökonomischen Ansatz und analysiert das europäische und schweizerische Recht vor dem Hintergrund des Ziels der Gleichstellung von Männern und Frauen. Schliesslich wagt er einen Ausblick und arbeitet rechtsvergleichend Reformmöglichkeiten heraus, die sich jeweils aus dem europäischen und Schweizer Recht für das jeweils andere Rechtssystem ergeben.

|  |     |
|--|-----|
| <b>I. Väter als <i>agents of change</i> für Gleichstellung</b>                         | 148 |
| 1. Vaterschaftsurlaub  | 148 |
| 2. Nicht-Übertragbarkeit der Elternzeit als <i>nudge</i> für Väter                     | 148 |
| 3. Bezahlung als <i>conditio sine qua non</i>  | 150 |
| 4. Verpflichtender Vaterschaftsurlaub?   | 150 |
| 5. <i>Policy-mix</i> aus rechtlichen Mindeststandards und politischen Begleitmaßnahmen | 151 |
| <b>II. Europarecht</b>   | 151 |
| 1. Die WLB-RL und Minimumstandards für Väter   | 151 |
| 2. Diskriminierungs- und Kündigungsschutz in der WLB-RL                                | 152 |
| <b>III. Schweizer Recht</b>  | 153 |
| 1. Vaterschaftsurlaub in der Abstimmung vom 27. September 2020                         | 153 |
| 2. Vaterschaftsurlaub in der Schweiz   | 153 |
| 3. Der nächste Schritt für die Gleichstellung: die Elternzeit                          | 155 |
| <b>IV. Analyse und Ausblick</b>  | 155 |

## Zitiervorschlag:

FABIAN LÜTZ, Die Väterbeteiligung in Europa und der Schweiz – Die Rolle der Väter für mehr Gleichberechtigung, *sui generis* 2021, S. 147

Ass. iur. Fabian Lütz, Maître en droit (Paris), LL.M. (Bruges).  
Der Autor war von 2015-2020 Legal Officer (EU-Kommission) und ist zurzeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität de Lausanne (UNIL), (fabian.luetz@unil.ch). Der Artikel gibt ausschliesslich die persönliche Meinung des Autors wieder.

URL: [sui-generis.ch/178](https://sui-generis.ch/178)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.178>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

# I. Väter als *agents of change* für Gleichstellung

- 1 Gleichstellungsrecht ist *en vogue*. Vaterschaftsurlaub in der Schweiz, WLB-RL in der EU<sup>1</sup> und #MeToo-Movement haben *Gender Equality* ins Rampenlicht gestellt<sup>2</sup>. Die Gleichstellung kann nicht ohne Männer erreicht werden<sup>3</sup>. In Praxis und Literatur wird die Rolle der Väter teilweise unterschätzt oder die Vereinbarkeitsproblematik nur allgemein dargestellt<sup>4</sup>. Oft werden Männer in der Literatur gar nicht erwähnt oder tauchen nur in dem Diktum «Gleichstellung zwischen Männer und Frauen» auf. Das Puzzle der Gleichstellung vervollständigt sich nur dann, wenn neben der Förderung der Frauen (*positive action*)<sup>5</sup> auch Männer für Gleichstellung motiviert werden. Nur gemeinsam kann eine partnerschaftliche Gleichstellung erreicht und die Work-Life-Balance (WLB) gemeistert werden.
- 2 Aus rechtlicher Sicht ergibt sich eine Ungleichbehandlung der Männer<sup>6</sup> oftmals aus der Tatsache, dass bei der Geburt eines Kindes nur die Mutter einen Anspruch auf Mutterschutz hat<sup>7</sup>. Ein eigenständiger Anspruch für Väter aufgrund der Geburt eines Kindes gibt es seit dem 1. Januar 2021 in der Schweiz und in allen EU-Ländern erst nach vollständiger Umsetzung der WLB-RL. Die Elternzeit verfolgt andere Ziele und schliesst sich zeitlich dem Mutterschutz oder Vaterschaftsurlaub an. Möchte man die Rolle der Väter stärken und auf mehr Gleichheit in der Partnerschaft<sup>8</sup> hinwirken, ist es unerlässlich, den Vätern

1 Richtlinie (EU) 2019/1158 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. Die Mitgliedstaaten sind gemäss Art. 20 verpflichtet, die Richtlinie bis zum 2. August 2022 in nationales Recht umzusetzen.

2 Vgl. z.B. MELINDA GATES, *The Moment of Lift: How Empowering Women Changes the World*, New York 2019; ALEXANDER DE CROO, *The Age of Women: Why Feminism Also Liberates Men*, Brüssel 2019.

3 Bereits die Charta der Vereinten Nationen verankert das Prinzip Gleichberechtigung von Mann und Frau. Die Schweiz hat auch das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau ratifiziert (SR 0.108, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997), welches die Rolle der Männer bei der Gleichstellung erwähnt.

4 Vgl. WLB-Problematik für Eltern, BARBARA HOBSON, *Work-life balance: the agency and capabilities gap*, Oxford 2014.

5 Vgl. Art. 157 Abs. 4 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; AEUV); vgl. auch European Commission, *Gender-based positive action in employment*, Brüssel 2019.

6 Vgl. zum Schweizer Recht STÉPHANIE PERRENOUD, *Le congé de paternité: une discrimination à l'égard des pères?*, AJP 2014, S. 1652 ff.

7 Die meisten Staaten haben einen Mutterschutz etabliert, auch aufgrund des ILO-Übereinkommen 183 (Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz, abgeschlossen in Genf am 15. Juni 2000; SR 0.822.728.3), Übereinkommen über die Neufassung des Übereinkommens über den Mutterschutz, 1952.

8 Vgl. der auf mehr Partnerschaftlichkeit fokussierte Ansatz Deutschlands, der sich aber auf Elternzeit beschränkt und keinen Vaterschaftsurlaub vorsieht. Es gilt jedoch zu prüfen, ob die WLB-RL

ein eigenes Recht zu geben, das wahrscheinlich die Inanspruchnahme der Elternzeit durch Väter erhöht<sup>9</sup>.

Ein erster Schritt in Richtung mehr Gleichstellung in der EU wurde mit der WLB-RL getroffen, die den Vaterschaftsurlaub auf EU-Ebene einführt.

Väter können allerdings nur als *agent of change* einen sinnvollen Beitrag zur Gleichstellung leisten, wenn sie die rechtlichen Möglichkeiten sowie die politische und gesellschaftliche Unterstützung haben. Hierzu gehört sowohl der Anspruch auf einen angemessen bezahlten Vaterschaftsurlaub als auch die logische Fortsetzung des Vaterschaftsurlaubs: ein für Väter reservierter, nicht übertragbarer und angemessen bezahlter Teil der Elternzeit.

## 1. Vaterschaftsurlaub

Der Vaterschaftsurlaub<sup>10</sup> als gesetzlich verankertes Recht ist zugleich gesellschaftliche Anerkennung der Rolle der Väter<sup>11</sup>. Der Vaterschaftsurlaub dient u.a. dem *bonding with the child*<sup>12</sup>. Neben der Etablierung eines besonderen Verhältnisses zwischen Vätern und ihren Kindern hat die frühestmögliche Einbindung der Väter auch noch den Vorteil der *knock-on*-Effekte<sup>13</sup> für die Elternzeit. Sind Väter bereits im Rahmen des Vaterschaftsurlaubs involviert, steigen die Chancen der Inanspruchnahme von Elternzeit<sup>14</sup>, was die Gleichstellung fördert.

## 2. Nicht-Übertragbarkeit der Elternzeit als *nudge* für Väter

Für eine grössere Väterbeteiligung spielt neben dem Vaterschaftsurlaub auch die Elternzeit eine zentrale Rolle.

nicht eine Rechtsanpassung notwendig macht u. U. durch die Schaffung eines eigenen Vaterschaftsurlaubs von 10 Tagen, vgl. dahingehend z.B. KATHARINA DAHM, *Die neue Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige – Erforderliche Neuerungen im deutschen Recht*, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht EuZA 2020, S. 19 ff.

9 Vgl. SARA COOLS / JON H. FIVA / LARS J. KIRKEBØEN, *Causal effects of paternity leave on children and parents*, *The Scandinavian Journal of Economics* 2015, S. 801 ff.

10 *Congé de paternité* (französisch), *Congedo di paternità* (italienisch) und *paternity leave* (englisch).

11 Art. 4 WLB-RL (EU) und Art. 16i des Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende, bei Mutterschaft und bei Vaterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1).

12 Vgl. BRAD HARRINGTON / FRED VAN DEUSEN / JENNIFER SABATINI FRAONE / SAMANTHA EDDY / LINDA HAAS, *The new dad: Take your leave*, Boston College Center for Work and Family, Boston 2014.

13 Vgl. COOLS/FIVA/KIRKEBØEN (Fn. 9), S. 801 ff.; vgl. auch *The Economist* vom 15. Mai 2015 (*The benefits of paternity leave*).

14 Vgl. zu positiven Effekten von Väterbeteiligung MARÍA DEL CARMEN HUERTA et al, *Fathers' Leave, Fathers' Involvement and Child Development: Are They Related? Evidence from Four OECD Countries*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers 140, Paris 2013.

Für Väter, die ihren Beitrag zur Gleichstellung liefern möchten, ist die Elternzeit der logische und nächste Schritt nach dem Vaterschaftsurlaub. In einem holistischen und fortschrittlichen Gleichstellungskonzept sind daher beide Elemente untrennbar verbunden. Ein Schlüsselement des EU-Gleichstellungsrechts und der WLB-RL ist die Nicht-Übertragbarkeit des Artikel 5 Absatz 2, welcher festlegt: «Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass zwei Monate des Elternurlaubs nicht übertragbar sind.» Dieses Instrument lässt sich als *nudge*<sup>15</sup> bezeichnen, weil es u.a. dazu bestimmt ist, Väter zu ermutigen, Elternzeit zu nehmen<sup>16</sup>. Aus rechtlicher Sicht sind hier zwei verschiedene Konzepte hervorzuheben. Entweder ist die Elternzeit als Familienrecht ausgestaltet, das der Familie insgesamt zur Verfügung steht, oder sie ist ein individuelles Recht, welches jedem Elternteil zur Verfügung steht<sup>17</sup>. Die WLB-RL geht vom rechtlichen Konzept des individuellen Rechtsanspruches aus. Aufbauend auf dem Konzept des individuellen Rechtsanspruches für beide Elternteile fügt sich das Konzept der Nicht-Übertragbarkeit (Art. 5 WLB-RL) ein, welches die Individualität des Rechtsanspruches noch verstärkt. Denn ohne die Vorschrift der *non-transferability* (NT) läuft das Konzept individueller Rechte leer. Der eine Elternteil könnte seinen Rechtsanspruch auf den anderen Elternteil übertragen und unterläuft somit nicht nur die Idee des individuellen Rechtsanspruches sondern auch das Ziel der Gleichstellung. Deshalb fördert nur ein individueller Rechtsanspruch auf Elternzeit gepaart mit NT das Ziel der Gleichstellung. Dieses Regelungsinstrument befand sich bereits als fester Bestandteil in der Architektur der Elternzeit-RL<sup>18</sup>. Die Idee ist, dass jeder Elternteil *genudged* wird, seinen reservierten Teil<sup>19</sup> der Elternzeit in Anspruch zu nehmen, damit die ganze Familie, insbesondere die Kinder, von der grösstmöglichen Elternzeit profitieren können.

15 Unter «nudge» versteht man Anreize im Design der Entscheidungsarchitektur, die die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass eine Option der anderen vorgezogen wird, vgl. MICHAEL HALLSWORTH / ELSPETH KIRKMAN, Behavioral insights, Cambridge 2020, S. 201f.

16 Vgl. zu nudging: «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». RICHARD H. THALER / CASS R. SUNSTEIN, Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness, London 2009.

17 ALISON KOSLOWSKI / SONJA BLUM / IVANA DOBROTIĆ / GAYLE KAUFMAN / PETER MOSS, International Review of Leave Policies and Related Research 2020, Hagen 2020, S. 32.

18 Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG.

19 Nicht die gesamte Länge muss für einen Elternteil reserviert sein, sondern lediglich der Mindeststandard. Die Richtlinie 2010/18/EU legte als Mindeststandard einen nicht-übertragbaren Monat fest. Die WLB-RL dehnt dies auf zwei Monate aus. Das EU-Parlament forderte teilweise sogar vier Monate.

Zugrunde liegt dem Konzept der NT eine Überlegung aus der Verhaltensökonomie. Man spricht von *status quo bias*, wenn eine Person das Risiko eines Abweichens vom *status quo* als so hoch einschätzt, dass eine Veränderung nicht in Betracht gezogen wird. Von *loss aversion* spricht man, wenn Menschen eher bereit sind, Risiken einzugehen, um einen Verlust zu vermeiden, als einen Gewinn zu machen, wodurch der psychologische Effekt des Verlustes gewöhnlich als doppelt so hoch gewichtet wird im Vergleich zum positiven Effekt eines Gewinns<sup>20</sup>. Es kommt beim Design der rechtlichen Regel<sup>21</sup> also auf das richtige «*framing*»<sup>22</sup> an, also auf die Gestaltung eines Teils der Elternzeit als «Risiko des Verlusts» anstatt des «Risikos eines potenziellen Gewinns». Auch die *availability heuristic* und *representative heuristic* sind sehr eng mit dem Konzept der NT verbunden und dienen als Inspiration für eine solche Regelung. Bei der *availability heuristic* stellt sich der Vater die Frage, was in seinem Gehirn greifbar oder parat ist, also z.B. wie sich seine Eltern, sein eigener Vater, Freunde, Verwandte oder Kollegen in Bezug auf Vaterschaftsurlaub oder Elternzeit verhalten haben, und passen ihr Verhalten dementsprechend an<sup>23</sup>. Bei der *representative heuristic* geht es den Vätern bei der Entscheidung für oder gegen die Elternzeit darum, ihr Verhalten darauf hin zu überprüfen, ob es mit ihren vorgefestigten Auffassungen und Vorurteilen oder *stereotypes* korrespondiert<sup>24</sup>. Diese verhaltensökonomischen Überlegungen sollten bei der Regelsetzung und bei politischen Massnahmen bedacht werden. Auf die Elternzeit angewendet bedeutet dies konkret: wenn Väter «ihre» zwei Monate Elternzeit nicht in Anspruch nehmen, verfallen diese, da sie nicht auf den anderen Elternteil übertragen werden können. Das Prinzip des «*take it or lose it*», dient als Anreiz für beide Elternteile, mindestens ihren reservierten und nicht-übertragbaren Teil zu beziehen. In der Praxis ist der Anteil der Frauen, die Elternzeit nehmen, deutlich höher als der Anteil der Männer, wodurch das politische Ziel der Erhöhung des Männeranteils an der genommenen Elternzeit noch lange nicht erreicht ist<sup>25</sup>.

Die Benutzung dieses Konzepts und die Unterstreichungs seiner Wirksamkeit bei der Erreichung der Ziele der Gleichstellung rechtfertigen sich u.A., weil die Dogmatik

20 Zu *loss aversion* EYAL ZAMIR, Law, psychology, and morality: The role of loss aversion, Oxford 2015.

21 Zum *behavioral design* als Lösung für mehr Gleichstellung vgl. IRIS BOHNET, What Works – Gender Equality by Design, Cambridge 2016.

22 VOLKER STOCKÉ, Framing ist nicht gleich Framing. Eine Typologie unterschiedlicher Framing-Effekte und Theorien zu ihrer Erklärung, in: Druwe/Kunz/Plümper (Hrsg.), Jahrbuch für Handlungs- und Entscheidungstheorie, Wiesbaden 2001, S. 76 ff.

23 Vgl. MICHAEL LUCA / MAX H. BAZERMAN, The Power of Experiments: Decision Making in a Data-driven World, Boston 2020.

24 LUCA/BAZERMAN (Fn. 23).

25 Vgl. Eurofound, Parental and paternity leave – Uptake by fathers, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2019.

der Verhaltensökonomie die Erkenntnisse zur *loss aversion* als robust und als am meisten gefestigt in der *behavioral decision theory* gelten<sup>26</sup>.

- 9 Neben der Gesetzgebung sollten auch bei politischen Massnahmen<sup>27</sup> im Bereich des Gleichstellungsrechts *behavioral economics* berücksichtigt werden, insbesondere um Männer zu motivieren<sup>28</sup>. Konkrete empirische und experimentelle Forschung im Bereich des Vaterschaftsurlaubs und der Elternzeit stehen noch aus, könnten aber neue Einsichten liefern, ob die gewählten Mechanismen zum gewünschten Ziel führen und womöglich auch neue verhaltensökonomische Erkenntnisse liefern, was beim Design einer neuen rechtlichen Regel beachtet werden muss<sup>29</sup>.
- 10 Schliesslich führt die Existenz und die Inanspruchnahme von Vaterschaftsurlaub und vermehrter Inanspruchnahme von Elternzeit durch Väter auch zu einer gleichmässigeren Risikoverteilung zwischen Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt im Hinblick auf die Chance, eingestellt, befördert und nicht diskriminiert zu werden<sup>30</sup>. Konkret bedeutet dies, dass mehr Väterbeteiligung dazu führt, dass Frauen *de facto* weniger diskriminiert werden. Wenn neben dem Mutterschutz der Vaterschaftsurlaub existiert und die Elternzeit so gestaltet ist, dass sie von Frauen und Männern gleichermaßen in Anspruch genommen werden kann, dann ergibt sich hieraus kein Vorteil für Arbeitgeber, Männer einzustellen. Frauen und Männer können potenziell durch Familienzeiten abwesend sein, was indirekt für mehr Gleichstellung sorgt und Vorurteilen der Arbeitgeber und Kollegen vorbeugt. Ein in sich schlüssiges System von partnerschaftlich gestalteter Elternzeit sowie Mutterschutz und Vaterschaftsurlaub führt zu mehr Gleichstellung, weil es Anreize für Väter setzt, sich für mehr Gleichstellung zu engagieren.

26 Vgl. DAVID GAL, A Psychological Law of Inertia and the Illusion of Loss Aversion, Judgment and Decision Making 2006, S. 23.

27 Vgl. zu Frauen in Aufsichtsräten DAVID HALPERN, Inside the nudge unit: How small changes can make a big difference, London 2015, S. 123.

28 Vgl. MARIANNE BERTRAND, New Perspectives on Gender, in: Ashenfelter/Cards (Hrsg.), Handbook of Labor Economics, Bd. 4b, Amsterdam 2011, S. 1543 ff.; RENATA M. HEILMAN/PETKO KUSEV, The Gender Pay Gap: Can Behavioral Economics Provide Useful Insights?, Frontiers in Psychology 2017; RENÉE B. ADAMS/PATRICIA FUNK, Beyond the Glass Ceiling: Does Gender Matter?, Management Science 2011, S. 219 ff.

29 Vgl. aber FRANZISKA MÜLLER/ALMA RAMSDEN, Evidenzbasierte Erkenntnisse zu Wirkungen von Elternzeit sowie Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub, Literaturanalyse zuhanden der Eidgenössischen Koordinationskommission für Familienfragen (EKFF), Luzern 2017.

30 So bereits FABIAN LUETZ/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, S. 355 ff.

### 3. Bezahlung als *conditio sine qua non*

Nur angemessen bezahlte Familienzeiten werden auch von Vätern genutzt. Hier besteht der Balanceakt des Gesetzgebers darin, dieses Interesse mit der Finanzierung durch den öffentlichen Haushalt in Einklang zu bringen, was häufig zu keiner<sup>31</sup> oder einer sub-optimalen Vergütung der Familienzeiten führt.

Indirekt hat hier auch die immer noch bestehende Lohnlücke (*gender pay gap*) ihren Einfluss<sup>32</sup>. Denn die vergleichsweise höheren Durchschnittsgehälter der Männer führen auch zur Vorsicht bei der Inanspruchnahme des Vaterschaftsurlaubs oder der Elternzeit, wenn das Familieneinkommen während dieser Zeit über Gebühr leidet. Aufgrund der Lohnlücke werden viele Entscheidungen «am Familientisch» derart getroffen, dass die Elternzeit vermehrt von Frauen in Anspruch genommen wird, damit das Familieneinkommen (wenn der Lohn des anderen Elternteils höher ist) nicht leidet. Diesem Phänomen kann nur entgegengewirkt werden, wenn der Lohnersatz bzw. die Vergütung während des Vaterschaftsurlaubs und der Elternzeit angemessen hoch ist.

### 4. Verpflichtender Vaterschaftsurlaub?

Eine rechtliche Möglichkeit, das Ziel der Gleichstellung zu erhöhen und die Quote der Väter, die Vaterschaftsurlaub in Anspruch nehmen, zu erhöhen, könnte auch durch den verpflichtenden Vaterschaftsurlaub erreicht werden. Weder der EU- noch der Schweizer Gesetzgeber<sup>33</sup> haben sich dazu entschlossen, von dieser Option Gebrauch zu machen<sup>34</sup>. Auf EU-Ebene und konsequenterweise durch die Mitgliedstaaten im nationalen Recht umgesetzt, gilt eine obligatorische Mindestdauer von zwei Wochen für den Mutterschaftsurlaub<sup>35</sup>, was sich jedoch teilweise auch aus Gesundheitsschutzgründen erklären lässt. In Portugal z.B. ist der bezahlte Vaterschaftsurlaub (*Licença Parental Exclusiva do Pai*) so ausgestaltet, dass von insgesamt 25 Tagen 20 Tage verpflichtend für die Väter sind<sup>36</sup>. Das Ziel der hohen Väterbeteiligung soll über

31 Vgl. Zypern, Griechenland.

32 Zur aktuellen Diskussion: Europäische Kommission, EU action for equal pay.

33 EU: Art. 4 Abs. 1 WLB-RL, Schweiz: Art. 16i EOG.

34 In der EU konnte sich der verpflichtende Vaterschaftsurlaub nicht durchsetzen, wurde aber teilweise gefordert, vgl. European Parliament resolution of 13 September 2016 on creating labour market conditions favourable for work-life balance (2016/2017[INI]), Rz. 33.

35 Vgl. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz.

36 In Portugal ist der Vaterschaftsurlaub verpflichtend ausgestaltet, vgl. KARIN WALL/RITA B. CORREIA/MAFALDA LEITÃO, International Review of Leave Policies and Related Research 2020, Hagen 2020, S. 468 ff.

Anreizstrukturen wie z.B. die angemessene Bezahlung gesteuert werden. Die Ausführungen zur Verhaltensökonomie haben hierzu aufgezeigt, dass es neben dem verpflichtenden Vaterschaftsurlaub auch andere Möglichkeiten zur Erreichung dieser Ziele gibt, welche die Wahlfreiheit nicht einschränken.

## 5. *Policy-mix* aus rechtlichen Mindeststandards und politischen Begleitmaßnahmen

- 14 Der auf EU-Ebene im Rahmen des Vereinbarkeitspakets eingeschlagene Weg eines *policy-mix* zwischen rechtlichen Regeln und politischen flankierenden Massnahmen scheint eine vielversprechende Möglichkeit zu sein, auf die Realisierung der Gleichstellung hinzuwirken. Rechtliche Regeln alleine führen noch nicht zur Erreichung der politischen Ziele. Vaterschaftsurlaub muss auch durch die Väter in Anspruch genommen werden, weshalb z.B. *awareness raising*-Massnahmen wie Werbung und Kampagnen unerlässlich sind. Auch müssen diese Rechte von anderen Instrumenten begleitet werden, die wie z.B. die Schaffung von Kinderbetreuungsplätzen<sup>37</sup> das Ziel der Gleichstellung und der Erhöhung der Arbeitsmarktteilnahme von Frauen unterstützen<sup>38</sup>. Die EU-Kommission hatte ihren RL-Vorschlag mit einer Mitteilung ergänzt, welches politische Massnahmen enthält, die das Ziel der Richtlinie unterstützen<sup>39</sup>. Diese Zielvorgaben werden seit der Annahme des Richtlinienvorschlags<sup>40</sup> im Jahr 2017 von der Kommission kontinuierlich umgesetzt. Die verabschiedete *Gender Equality Strategy*, welche die politischen Ziele der Kommission für die Gleichstellung für die Jahre 2020-2025 festlegt, enthält die ausdrückliche Absicht, diese politischen Massnahmen umzusetzen<sup>41</sup>. Die Schweiz hat bislang nur intern für Teile der Bundesverwaltung eine Strategie zur Geschlechtergleichstellung

37 Die Barcelona-Targets der EU Kommission messen den Fortschritt der Mitgliedstaaten.

38 Vgl. bspw. umfassend zum Beitrag der Kinderbetreuung auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie, CHRISTINA SCHLIFFKA / SÖREN HOYER, Der Beitrag der Kindertagesbetreuung zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Unterstützung benachteiligter Familien: Europäisches Fachgespräch am 17. und 18. Mai 2018 Berlin, Frankfurt a. M. 2018.

39 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26. April 2017, Eine Initiative zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben von berufstätigen Eltern und pflegenden Angehörigen (COM[2017] 252 final).

40 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, Brüssel 2017.

41 Mitteilung der Europäischen Kommission vom 5. März 2020, Eine Union der Gleichheit: EU-Strategie für die Gleichstellung der Geschlechter 2020-2025 (COM[2020] 152 final); Europäische Kommission, Hin zu einer Union der Gleichheit, Strategie für die Gleichstellung der Geschlechter 2020-2025, März 2020; vgl. auch zur deutschen Gleichstellungsstrategie: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Dr. Franziska Giffey stellt nationale Gleichstellungsstrategie vor.

und Frauenrechten<sup>42</sup> verabschiedet. Als unterstützende Massnahme zum Rechtsrahmen eignet sich zunehmend auch das *Gender mainstreaming*, welches nicht nur in den EU-Verträgen verankert ist, sondern auch in der jüngsten EU-Gleichstellungsstrategie verfolgt wird<sup>43</sup>.

## II. Europarecht

### 1. Die WLB-RL und Minimumstandards für Väter

Nach der gescheiterten Reform der Mutterschutzrichtlinie veröffentlichte die EU-Kommission eine Roadmap im August 2015<sup>44</sup> und kündigte einen neuen holistischen Vorschlag zugunsten einer WLB an. Der Vorschlag für eine Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie wurde am 26. April 2017 zusammen mit dem Folgenabschätzungsverfahren<sup>45</sup> und einer Studie<sup>46</sup> vorgestellt<sup>47</sup> und sogleich in der Literatur<sup>48</sup> und der Öffentlichkeit diskutiert<sup>49</sup>. Nach Kompromissfindung in der Arbeitsgruppe des Rats und im Ministerrat<sup>50</sup> folgte das Trilog-Verfahren<sup>51</sup>, das den Weg für die Annahme der Richtlinie im Rat<sup>52</sup>

42 Vgl. die Gleichstellungsstrategie des Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA): EDA, Strategie zur Geschlechtergleichstellung und Frauenrechten, Bern 2017.

43 Vgl. zum *gender mainstreaming*, CHRISTINE BOOTH / CINNAMON BENNETT, Gender mainstreaming in the European Union: towards a new conception of practice of equal opportunities?, European Journal of Women's Studies 2002, S. 430 ff.

44 European Commission, Roadmap: New start to address the challenges of work-life balance faced by working families, Brüssel 2015; vgl. Ergebnisse der öffentlichen Anhörung: Europäische Kommission, Report on the public consultation: «Working Carers in the EU», Brüssel 2016.

45 European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, Brüssel 2017.

46 ICF and Cambridge Econometrics, Study on the costs and benefits of possible EU measures to facilitate work-life balance for parents and care givers. Final Report, Luxemburg 2017.

47 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, Brüssel 2017; Beteiligung Sozialpartner nach Art. 153 f. AEUV, Öffentliche Anhörung, Beteiligung Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschusses, und Ausschuss der Regionen.

48 Vgl. SARA BENEDI LAHUERTA / ANIA ZBYSZEWSKA, EU equality law after a decade of austerity: On the Social Pillar and its transformative potential, International Journal of Discrimination and the Law 18/2018, S. 163 ff., und EUGENIA CARACCILO DI TORELLA, An emerging right to care in the EU: a «New Start to Support Work-Life Balance for Parents and Carers», ERA Forum 18/2017, S. 187 ff.

49 Vgl. Änderungsantrag 102 Marita Ulvskog im Namen des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten.

50 Vgl. Abstimmungsergebnis zum Richtlinien-Entwurf.

51 Ein kritischer Überblick: FABIAN GIERSDORF, Der informelle Trilog, Berlin 2019.

52 Der Rat stimmte dem Vorschlag am 13. Juni 2019 (1. Lesung) mit qualifizierter Mehrheit zu, bei zwei Enthaltungen (AT, PL) und vier Gegenstimmen (DK, HU, NL, SI).

ebnete. Die WLB-RL<sup>53</sup> wurde schliesslich vom EU-Parlament und dem Ministerrat angenommen und im Amtsblatt der EU als Richtlinie Nr. 1158 aus dem Jahre 2019 veröffentlicht<sup>54</sup>.

16 Für eine ausführliche Darstellung der Elternzeit<sup>55</sup>, Pflegeurlaub<sup>56</sup> und flexibler Arbeitszeitgestaltung<sup>57</sup> wird auf die einschlägige Literatur verwiesen, die im Nachgang zur Verabschiedung der WLB-RL ergangen ist.<sup>58</sup> In aller Kürze soll nur hervorgehoben werden, dass sowohl der Vaterschaftsurlaub (zehn Tage, Vergütung auf dem Niveau des Krankengeldes) und der Pflegeurlaub (fünf unbezahlte Tage pro Jahr) neue Errungenschaften auf EU-Ebene sind, wobei die Elternzeit (vier Monate pro Elternteil, von denen zwei Monate nicht übertragbar sind, die angemessene Bezahlung obliegt den Mitgliedstaaten) und die flexible Arbeitszeitgestaltung bereits im EU-Recht verankert waren und nun verbessert werden.

17 Der Vaterschaftsurlaub ist im EU-Recht als ein absolutes Recht ausgestaltet<sup>59</sup>. Väter haben somit nach der Umsetzung in nationales Recht in allen 27 EU-Mitgliedstaaten einen Rechtsanspruch (ohne Zustimmung des Arbeitgebers) auf zehn Tage Vaterschaftsurlaub. Nach Artikel 4 Absatz 2 WLB-RL entsteht dieser Anspruch «*anlässlich der Geburt*», der Bezugsrahmen grenzt somit an die Zeit der Geburt des Kindes an, ohne wie im Schweizer Recht eine konkrete Bezugszeit zu nennen<sup>60</sup>. Der Vaterschaftsurlaub kann auch teilweise vor der Geburt des Kindes oder ausschliesslich danach genommen werden, sofern die Mitgliedstaaten dies festlegen. Darüber hinaus sieht Artikel 4 Absatz 2 WLB-RL vor, dass der Vaterschaftsurlaub grundsätzlich auch in flexibler Form bezogen werden kann, sofern die MS hierzu Regelungen treffen<sup>61</sup>. Die

53 Vgl. Amtsblatt der Europäischen Union L 188/79.

54 Zur Skizzierung der Errungenschaften vgl. STEFANIE STOYE / NICOLE THOMA, Neue EU-Gesetzgebung zur Work-Life-Balance – Die Richtlinie (EU) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige, ZESAR 1/2020, S. 1 ff.

55 Art. 5 WLB-RL.

56 Art. 6 WLB-RL.

57 Art. 9 WLB-RL. Das Schweizer Pendant findet sich in Art. 36 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

58 Vgl. LUETZ / DE LA CORTE RODRIGUEZ (Fn. 30), S. 355 ff.; ALVARO OLIVEIRA / MIGUEL DE LA CORTE RODRIGUEZ / FABIAN LUETZ, The New Directive on Work-Life Balance: Towards a New Paradigm for Family Care and Equality?, European Law Review 2020, S. 295 ff.

59 Art. 4 WLB-RL.

60 Erwägungsgrund (EWG) 19 spezifiziert dies: «Dieser Vaterschaftsurlaub sollte um den Zeitpunkt der Geburt des Kindes herum genommen werden und eindeutig mit der Geburt – zum Zweck der Erbringung von Betreuungs- und Pflegeleistungen – zusammenhängen».

61 EWG 19 der Richtlinie führt hierzu aus, «ob und unter welchen Bedingungen Vaterschaftsurlaub als Teilzeit, in abwechselnden Zeiträumen, beispielsweise für mehrere aufeinander folgende Tage oder als durch Arbeitsblöcke unterbrochenen Urlaub, oder auf andere flexible Art und Weise genommen werden kann».

Regelungen der Mitgliedstaaten müssen in jedem Fall mit den Zielen der Richtlinie, insbesondere der gleichmässigeren Aufteilung von Betreuungs- und Pflegeaufgaben zwischen Frauen und Männern, vereinbar sein.

## 2. Diskriminierungs- und Kündigungsschutz in der WLB-RL

Neben Artikel 4, welcher in materieller Hinsicht den Vaterschaftsurlaub rechtlich verankert, sind der Diskriminierungsschutz<sup>62</sup> und der Kündigungsschutz<sup>63</sup> der Richtlinie von essenzieller Bedeutung. Nur wenn garantiert ist, dass keine negativen Folgen durch die Inanspruchnahme des Vaterschaftsurlaubs zu befürchten sind, wird auch von den Rechten Gebrauch gemacht<sup>64</sup>. Anders als das Schweizer Recht sieht die WLB-RL aus diesem Grund vor, dass keine «*Schlechterstellung von Arbeitnehmern aufgrund der Beantragung oder Inanspruchnahme eines Urlaubs gemäß Artikel 4*» erfolgen darf. Schutzzweck dieser Vorschrift ist, dass Väter nicht vor einer Inanspruchnahme des Vaterschaftsurlaubs zurückschrecken, weil sie negative Konsequenzen von ihrem Arbeitgeber fürchten. Ungleiche Behandlungen von Arbeitnehmern, die Vaterschaftsurlaub beantragen oder in Anspruch nehmen, sind somit verboten und schützen die Väter. Auch dies ist zentrales Element der Ermutigung an Väter, Gebrauch von Ihren Rechten zu machen. Eine Eurobarometer-Umfrage zeigte, dass sich Väter mehr Unterstützung von Kollegen und Vorgesetzten wünschen und mehr Schutz und Garantien im Hinblick auf die Karriere fordern<sup>65</sup>. Ein effektiver Diskriminierungs- und Kündigungsschutz ist somit zentrales rechtliches Instrumentarium, um die volle Wirksamkeit des Vaterschaftsurlaubs zu gewährleisten.

Hieraus ergibt sich, dass sowohl Artikel 4 als auch der umfassende Diskriminierungs- und Kündigungsschutz in nationales Recht umzusetzen ist, auch wenn von der Flexibilisierungsklausel des Artikel 20 Absatz 7 (für den Vaterschaftsurlaub) Gebrauch gemacht wird<sup>66</sup>. Denn die Ausnahme von der Regel, dass ein Vaterschaftsurlaub gemäss Artikel 4 im nationalen Recht zu schaffen ist, bezieht sich nur auf die Vergütung des Vaterschaftsurlaubs, nicht auf den Vaterschaftsurlaub an sich. Darüber hinaus sind

62 Art. 11 WLB-RL.

63 Art. 12 WLB-RL.

64 Vgl. zum Diskriminierungsschutz bei family leaves, ANNICK MASSELOT, Family Leave: enforcement of the protection against dismissal and unfavourable treatment, Brüssel 2018.

65 European Commission, Flash Eurobarometer 470: Work-Life Balance, Brussels 2018.

66 Die eng auszulegende Flexibilisierungsklausel des Art. 20 Abs. 7 verlangt, vor dem Gleichstellungsziel darauf hinzuwirken, dass sowohl Väter als auch Mütter von ihren Rechten profitieren. Dies kann nicht nur durch Elternzeit erreicht werden und alle Erfordernisse der WLB-RL müssen umgesetzt werden.

nach ständiger Rechtsprechung des EuGH Ausnahmeverordnungen stets eng auszulegen<sup>67</sup>. Sollten Mitgliedstaaten also von dieser Ausnahmeverordnung Gebrauch machen, sollten sie darauf achten, die Vorgaben der Richtlinie zum Diskriminierungs- und Kündigungsschutz vollumfänglich ins nationale Recht umzusetzen. Andernfalls stellt dies eine Verletzung der Umsetzungspflicht dar, die ein Vertragsverletzungsverfahren i.S.v. Art. 258 AEUV nach sich ziehen kann<sup>68</sup>.

### III. Schweizer Recht

20 Das Prinzip der Gleichstellung zwischen Männern und Frauen ist sowohl in der Bundesverfassung<sup>69</sup> als auch in dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann geregelt<sup>70</sup>. Bis 2020 sah das Schweizer Recht im Bereich der Familienzeiten nur den Mutterschaftsurlaub vor<sup>71</sup>. Insgesamt steht die Schweiz, welche das ILO-Übereinkommen Nr. 156<sup>72</sup> «über die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten» nicht ratifiziert hat, in Europa laut einer UNICEF-Studie auf dem letzten Platz, wenn es um die familienfreundlichen Regelungen und politischen Massnahmen geht<sup>73</sup>. Der Vaterschaftsurlaub ist neu in der Schweiz<sup>74</sup>. Zwar gibt es bereits vereinzelt Vorschriften für den öffentlichen Sektor<sup>75</sup> und in bestimmten Branchen und Unternehmen wird Vaterschaftsurlaub im Arbeitsvertrag<sup>76</sup> angeboten<sup>77</sup>,

67 Vgl. MARIE HERBERGER, «Ausnahmen sind eng auszulegen» Die Ansichten beim Gerichtshof der Europäischen Union, Berlin 2016.

68 Vgl. JEAN PAUL JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2018, S. 766 ff.; ASTRID EPINEY / ROBERT MOSTERS / ANDREAS RIEDER, *Europarecht I – Das institutionelle Recht der Europäischen Union*, Bern 2015, S. 156 ff.

69 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».

70 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Männern und Frauen vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GLG; SR 151.1).

71 Art. 329f OR, Art. 35 ff. ArG und Art. 16b EOG.

72 International Labour Organization, C156 – Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156).

73 YEKATERINA CHZHEN / ANNA GROMADA / GWYTHYR REES, *Are the world's richest countries family friendly? Policy in the OECD and EU*, Florence 2019.

74 In Deutschland und Österreich fehlen Vorschriften zum Vaterschaftsurlaub. Vgl. Zu den Auswirkungen auf das österreichische Recht BIANCA SCHRITTWEISER, *Work-Life-Balance Richtlinie: Ein Schritt in Richtung sozialeres Europa?*, *Das Recht der Arbeit* 2019, S. 368 ff.

75 Die Städte St. Gallen, Bern, Biel, Genf, Neuenburg und Lausanne z.B. gewähren ihrem Personal 20 Tage Vaterschaftsurlaub, vgl. Parlamentarischer Vorstoss Peter Olibet et al. im Stadtparlament St. Gallen vom 16. Januar 2018; das Bundespersonal in der Schweiz hat seit Juli 2013 gem. Art. 40 Abs. 3 lit. b VBPV Anspruch auf zehn Tage bezahlten Vaterschaftsurlaub (zuvor fünf Tage).

76 KURT PÄRLI, *Eltern im Arbeitsverhältnis*, *FamPra.ch* 2016, S. 934.

77 Vgl. z.B. IRENE GROHSMANN, *Vaterschaftsurlaub, what else?*, *sui generis* 2014, S. 42.

jedoch gibt es im Bundesrecht keinen Anspruch der Väter auf Vaterschaftsurlaub. Im Schweizer Recht blieb vielen Vätern allein die Möglichkeit, sich anlässlich der Geburt ihres Kindes aufgrund des Obligationenrechts frei zu nehmen<sup>78</sup>. Weder der normale Ferienanspruch noch eine generelle Freistellung kann einen Vaterschaftsurlaub ersetzen.

#### 1. Vaterschaftsurlaub in der Abstimmung vom 27. September 2020

Bei der Ausarbeitung der Vorlage hat sich die Schweiz 21 am internationalen *Status quo* zum Vaterschaftsurlaub orientiert<sup>79</sup>. Aufgrund der Tatsache, dass erwerbstätige Mütter in der Schweiz nach der Geburt ihres Kindes einen gesetzlichen Anspruch auf 14 Wochen bezahlten Mutterschaftsurlaub haben<sup>80</sup>, Väter hingegen nur auf die (Sonder-)Urlaubsregel des Art. 329 Abs. 3 OR zurückgreifen konnten, sieht der Gesetzesvorschlag einen zweiwöchigen bezahlten Vaterschaftsurlaub vor.

Am 27. September 2020 haben die Schweizer Stimmberechtigten die Änderung des Erwerbsersatzgesetzes zur Schaffung eines Vaterschaftsurlaubs mit einer Mehrheit von 59,34% angenommen<sup>81</sup>. Der Bundesrat setzte den Vaterschaftsurlaub am 1. Januar 2021 im Bundesrecht in Kraft. Die Empfehlung vom Bundesrat und dem Parlament lautete, «[der Vaterschaftsurlaub] erleichtert die Beteiligung des Vaters an der Betreuung seines Kindes und entlastet die Mutter. Er entspricht einem weit verbreiteten Anliegen und verursacht keinen übermäßigen finanziellen oder organisatorischen Aufwand»<sup>82</sup>.

#### 2. Vaterschaftsurlaub in der Schweiz

Die rechtliche Vorlage für den Vaterschaftsurlaub wurde 23 als Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft ausgestaltet<sup>83</sup>. Seit dem 1. Januar 2021 haben Väter innerhalb einer

78 Vgl. Art. 329 Abs. 3 OR; vgl. THOMAS GEISER, *Sogenannte atypische Arbeitsverhältnisse*, *EuZ* 2019, S. 164 f.; vgl. Hintergrunddokument «Vaterschaftsurlaub: die Vorlage im Detail», S. 1.

79 Vgl. Art. 4 WLB-RL (zehn Tage); vgl. Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Hintergrunddokument «Der Vaterschaftsurlaub im internationalen Vergleich». Es findet sich auch der Hinweis auf die WLB-Richtlinie.

80 Vgl. Art. 35 ff. ArG, Art. 319 ff. OR.

81 Indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie» angenommen, vgl. Für den Vorschlag und Details zu den Wahlergebnissen: *Resultate der Volksabstimmung vom 27. September 2020: Änderung des Erwerbssatzgesetzes*.

82 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 10. August 2020 (Bundesrat empfiehlt zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub zur Annahme), sowie das Abstimmungsbüchlein.

83 Art. 16i EOG; vgl. zum Hintergrund: BSV, *Vaterschaftsurlaub / Änderung des Erwerbssatzgesetzes* (EO).

Rahmenfrist von sechs Monaten<sup>84</sup> ab Geburt eines Kindes das Recht auf zwei Wochen bezahlten Urlaub<sup>85</sup>, der wie die Mutterschaftsentschädigung über die Erwerbsersatzordnung (EO) finanziert wird. Anspruchsberechtigt ist der Mann, der «im Zeitpunkt der Geburt des Kindes der rechtliche Vater ist oder dies innerhalb der folgenden sechs Monate wird»<sup>86</sup>. Im Hinblick auf arbeits- und versicherungsrechtliche Anspruchsvoraussetzungen ist erwähnenswert, dass der Vater neun Monate vor der Geburt des Kindes obligatorisch versichert gewesen sein muss<sup>87</sup> und mindestens fünf Monate erwerbstätig gewesen sein muss<sup>88</sup>, entweder als Arbeitnehmer<sup>89</sup>, als Selbstständiger<sup>90</sup> oder im Betrieb der Ehefrau mitgearbeitet hat<sup>91</sup>. Das Schweizer Recht bietet größtmögliche Flexibilität und ermöglicht wie im EU-Recht, die Inanspruchnahme am Stück oder einzeln auf verteilte Tage<sup>92</sup>. Interessanterweise sieht der Gesetzgeber auch explizit vor, dass eine Kürzung des Ferienanspruchs durch den Arbeitgeber aufgrund der Inanspruchnahme des Vaterschaftsurlaubs ausdrücklich verboten ist<sup>93</sup>. Dies stärkt das eigenständige Recht für Väter und stellt klar, dass der Arbeitgeber das Recht auf Vaterschaftsurlaub ernst zu nehmen hat.

24 Im Hinblick auf die Bezahlung wird der Erwerbsausfall im Vaterschaftsurlaub aufgrund der gleichen Grundsätze wie beim Mutterschaftsurlaub entschädigt<sup>94</sup>. Die Entschädigung beträgt 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens vor der Geburt des Kindes<sup>95</sup>, höchstens aber 196 Franken pro Tag<sup>96</sup>. Für zwei Wochen Urlaub werden 14 Taggelder ausbezahlt, was einen Höchstbetrag von 2'744 Franken ergibt.

84 Art. 16j Abs. 1 und 2 EOG.

85 Die Schweiz zieht mit dem EU-Mindeststandard gleich, bleibt aber hinter dem Nachbarland Frankreich zurück, das angekündigt hat, den Vaterschaftsurlaub von 14 auf 28 Tage zu verdoppeln. 7 Tage werden verpflichtend sein und Unternehmen werden bei einem Verstoß mit Finanzbussen belegt, vgl. [letemps.ch](http://letemps.ch) vom 23. September 2020 (*Vingt-huit jours de congé pour les pères français*).

86 Art. 16i Abs. 1 lit. a EOG.

87 Art. 16i Abs. 1 lit. b EOG.

88 Art. 16i Abs. 1 lit. c EOG.

89 Art. 16i Abs. 1 lit. d Ziff. 1 EOG.

90 Art. 16i Abs. 1 lit. d Ziff. 2 EOG.

91 Art. 16i Abs. 1 lit. d Ziff. 3 EOG, und hierfür einen Barlohn bezogen hat.

92 Art. 16k EOG.

93 Art. 329b Abs. 3 OR: «Die Ferien dürfen vom Arbeitgeber auch nicht gekürzt werden, wenn: eine Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft bis zu zwei Monate an der Arbeitsleistung verhindert ist; eine Arbeitnehmerin einen Mutterschaftsurlaub nach Artikel 329f bezogen hat; oder ein Arbeitnehmer einen Vaterschaftsurlaub nach Artikel 329g bezogen hat.»

94 Art. 16f EOG.

95 Art. 16f Abs. 1 EOG mit einem Höchstbetrag gem. Art. 16f Abs. 3 i.V.m. Art. 16f EOG.

96 Art. 16f EOG.

Die Anspruchsberechtigung knüpft somit an vier kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen an: 1) rechtlicher Vater, 2) Pflichtversicherung von neun Monaten vor Geburt, 3) Mindestberufstätigkeit von fünf Monaten im Pflichtversicherungszeitraum und 4) im Zeitpunkt der Geburt erwerbstätig sein<sup>97</sup>.

Anders als im EU-Recht und grosszügiger im Anwendungsbereich, knüpft das Schweizer Recht nicht an den engen Arbeitnehmerbegriff an, sondern gewährt eine Entschädigung für «Väter, die zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes erwerbstätig waren, sei es als Arbeitnehmer oder als Selbstständigerwerbender»<sup>98</sup>.

Auch sieht das Schweizer Recht verschiedene Möglichkeiten vor, wie die Entschädigung ausgezahlt wird, entweder direkt an den Arbeitnehmer oder an den Arbeitgeber, wenn dieser den Lohn während des Urlaubs weiterhin bezahlt.

Im Vergleich zum EU-Recht stellt sich im Schweizer Recht die Frage nach einem angemessenen Diskriminierungsschutz bei der Inanspruchnahme des Vaterschaftsurlaubs<sup>99</sup>. Die Bundesverfassung sieht in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV die Gleichstellung von Mann und Frau vor<sup>100</sup>. Das Gleichstellungsgesetz (GIG) verankert in Art. 3 ein allgemeines Diskriminierungsverbot unter Berufung «auf die familiäre Situation»<sup>101</sup>. Das Bundesgericht hat in einer Rechtssache zur Vaterschaftsentschädigung (vor Bestehen des Vaterschaftsurlaubs) zwar eine Schlechterstellung von Vätern gegenüber Müttern festgestellt, jedoch entschieden, dass in dem Nichtbestehen von Vaterschaftsentschädigung oder Elternurlaub keine Diskriminierung zu sehen ist<sup>102</sup>. Auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR in der Sache<sup>103</sup> *Markin gegen Russland* lässt sich argumentieren, dass Art. 8 Abs. 3 BV eine effektive Inanspruchnahme der Rechte durch Väter verlangt. Die Verfassungsrechtler argumentieren zwar, dass in Art. 8 Abs. 3 BV grundsätzlich ein einklagbares Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

97 Art. 16i Abs. 1 lit. a - d EOG.

98 Art. 16i Abs. 1 lit. d Ziff. 1 - 3 EOG.

99 Vgl. zu Kündigungsschutz und «Portabilität» des Vaterschaftsurlaubs beim Stellenwechsel PETER REINERT / DARIO GOMRINGER, Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Vaterschaftsurlaub, Jusletter 9. November 2020.

100 «Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit.»

101 In Art. 3 GIG werden Diskriminierungen unter Berufung auf die «familiäre Situation» verboten: «Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund des Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf (...) die familiäre Situation (...)».

102 BGE 140 I 305 insbes. E. 7.4, 9.1 und 10.2.

103 Vgl. Urteil des EGMR [GK] 30078/06 vom 20. März 2012 (*Markin gegen Russland*).

bestehe<sup>104</sup>, sich jedoch «aus Art.8 Abs.3 Satz1 kein einklagbarer Anspruch auf die Beseitigung sozialer Unterschiede zwischen Mann und Frau in Form von geschlechtsbezogenen sozialgestalterischen Massnahmen ableiten» lässt. Laut den Kommentatoren sei hierfür «der Gesetzgeber zuständig; dieser ist allerdings angehalten, bei der Beseitigung formalrechtlicher Ungleichbehandlungen der Geschlechter gleichzeitig für eine tatsächliche Gleichstellung in den damit zusammenhängenden Lebensbereichen zu sorgen»<sup>105</sup>. Hierauf aufbauend zu argumentieren, dass eine verfassungskonforme Auslegung der Norm es gebührt, dass Väter wirksam vor Diskriminierung<sup>106</sup> geschützt werden, wenn sie den Vaterschaftsurlaub in Anspruch nehmen, wäre zwar wünschenswert, dürfte aber vom Wortlaut der Verfassung nicht mehr gedeckt sein. Es bleibt abzuwarten, ob im Lichte der Neuregelung des Vaterschaftsurlaubs hierzu Rechtsprechung ergehen wird, sofern Diskriminierungen im Zusammenhang mit der Ausübung des Vaterschaftsurlaubs auftreten<sup>107</sup>.

29 Schliesslich soll noch abschliessend zur teilweise in der Literatur aufgeworfenen Frage der «Portabilität» des Vaterschaftsurlaubs bei Wechsel des Arbeitsplatzes Stellung genommen werden. Im Gegensatz zu Stimmen in der Literatur dürfte im Lichte des Ziels des Vaterschaftsurlaubs, welcher gerade nicht wie der klassische Urlaub an das konkrete Arbeitsverhältnis und einen konkreten Arbeitgeber gebunden ist, sondern unabhängig vom Arbeitgeber und einem Arbeitsvertrag besteht, das Prinzip der «Portabilität» zu bejahen sein. Der Vater hat allein aufgrund der Tatsache der Geburt seines Kindes sowie der Existenz seines Arbeitsverhältnisses an sich einen Anspruch, welcher, sofern er nicht voll ausgeschöpft ist, gegenüber dem nächsten Arbeitgeber geltend gemacht werden kann und dies unabhängig davon, was der Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist<sup>108</sup>. Dies dürfte aufgrund der Schutzrichtung des Vaterschaftsurlaubs auch für die Bindung zwischen Kind und Vater zu sorgen und der sehr geringen Dauer von zehn Tagen für Arbeitgeber als verhältnismässig hinzunehmen sein.

104 BERNHARD WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-BE-ARBEITERIN), Art. 8 N97.

105 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N101.

106 Vgl. Besonderheiten des Schweizer Kündigungsschutzrechts GEISER (Fn. 78), S. 164 f.

107 Vgl. auch NICOLAS FACINCANI / JACQUELINE BRUNNER / MATTEO RITZINGER, Vaterschaftsurlaub: Rechtliche Aspekte, TREX, Der Treuhandexperte 1/2021, S. 18, die ebenfalls kritisch auf den fehlenden Kündigungsschutz hinweisen; ebenfalls kritisch, jedoch mit Hinweis auf die Missbräuchlichkeit einer Kündigung allein wegen der Inanspruchnahme des Vaterschaftsurlaubs unter Hinweis auf Art. 336 Abs. 1 lit. d OR wohl die Notwendigkeit eines spezifischen Kündigungsschutzes i. E. verneinend, vgl. REINERT/GOMRINGER (Fn. 99), S. 7 f.

108 Vgl. FACINCANI/BRUNNER/RITZINGER (Fn. 107), S. 18; ebenfalls für Portabilität argumentierend, vgl. REINERT/GOMRINGER (Fn. 99), S. 10 f.

### 3. Der nächste Schritt für die Gleichstellung: die Elternzeit

Vergleicht man die Schweiz mit Europa, so hat der Gesetzgeber noch Arbeit im Haus der Gleichstellung<sup>109</sup>. Nachdem im Januar 2021 der Vaterschaftsurlaub im Bundesrecht in Kraft trat, ist das nächste Projekt in der Pipeline des schweizerischen Gesetzgebers nun die Elternzeit<sup>110</sup>. Seit Jahren fordern Parlamentarier<sup>111</sup> und die Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen (EKFF) die Einführung einer Elternzeit in der Schweiz und haben hierzu Studien in Auftrag gegeben<sup>112</sup>. Der Modellvorschlag der EKFF<sup>113</sup> sieht hierbei ähnlich dem EU-Recht acht Wochen<sup>114</sup> für Väter vor, die nicht übertragbar sind und somit verloren gehen, wenn Väter sie nicht in Anspruch nehmen. Andere parlamentarische Initiativen (PI) sehen 14 Wochen Elternzeit für beide Elternteile<sup>115</sup> vor oder die Schaffung von 14 Wochen Elternurlaub als Ergänzung zum Mutterschutzurlaub<sup>116</sup>. Dies deutet darauf hin, dass die verhaltensökonomischen Einsichten in den Schweizer Reformvorschlägen zur Elternzeit berücksichtigt werden.

## IV. Analyse und Ausblick

Echte Gleichstellung, wie in der Schweizer Verfassung oder den EU-Verträgen verankert, kann nur mit einem soliden rechtlichen Rahmen für die Väterbeteiligung und begleitenden politischen Massnahmen wie Kinderbetreuung erreicht werden. Unerlässlich ist auch ein Bewusstsein in der Bevölkerung, dass Gleichstellung im Allgemeinen und Kinderbetreuung im Besonderen nicht

109 Vgl. ISABEL VALARINO, The Swiss leave scheme at crossroads. Gender equality implications of parental and paternity leave proposals, Revista Española de Sociología 2018; ISABEL VALARINO, Is there public support for a longer and more gender equal leave scheme in Switzerland?, LIVES Working papers 2018/65, S. 29.

110 Zum Vaterschaftsurlaub und nächsten Schritten vgl. PHILIPPE NORDMANN / CHRISTOPH BURCKHARDT, «Vaterschaftsurlaub jetzt!» – Und wie weiter?, AJP 2020, S. 1525 ff.

111 Vgl. Geschäfte des Parlaments zur Elternzeit.

112 Vgl. Ein Modellvorschlag der EKFF für die Schweiz - Neue Kostenberechnung.

113 Vgl. Parlamentarische Initiative 11.405, die eine Konkretisierung und Umsetzung des Vorschlags der EKFF vorsah.

114 Die EKFF passte dies im März 2021 auf 6 Wochen an und berechnete die Investitionskosten für die Elternzeit mit ca. CHF 15'000 pro geborenem Kind, vgl. HEIDI STUTZ / SEVERIN BISCHOF, Berechnung der Kosten für eine Elternzeit, gemäss EKFF-Modell 2018 zuhanden der Eidgenössischen Kommission für Familienfragen (EKFF), BASS AG, Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien, Bern 2021.

115 Parlamentarische Initiative 20.472, Elternzeit soll die 14 Wochen Mutterschaftsentschädigung ersetzen und eine Vaterschaftsentschädigung (14 Wochen) schaffen.

116 Parlamentarische Initiative 15.458, Elternzeit. Eine umfassende, ganzheitliche Lösung als Ergänzung zum bestehenden Mutterschaftsurlaub.

«Frauensache» ist, sondern ein gemeinsames Anliegen von Männern und Frauen gleichermaßen. Hier ist die Berücksichtigung von Einsichten der Verhaltensökonomie sinnvoll sowohl im Hinblick auf das Design des Rechtsrahmens, bei der Implementierung von politischen Massnahmen und der Finanzierung und Umsetzung von Projekten<sup>117</sup>. Die Ausführungen zur Verhaltensökonomie haben z.B. gezeigt, dass bei einer anreizbasierten Ausgestaltung des Rechts auf Vaterschaftsurlaub keine Verpflichtung zur Inanspruchnahme notwendig ist. Auch die Ausgestaltung der Elternzeit mit dem Element der Nicht-Übertragbarkeit dürfte zusammen mit einer angemessenen Bezahlung für Gesetzgeber interessant sein, wenn sie die Ziele der Gleichstellung und eine stärkere Einbeziehung der Väter erreichen wollen.

- 32 Schweizer Recht und EU-Recht können von der jeweils anderen rechtlichen Ausgestaltung des Vaterschaftsurlaubs im Besonderen und der Elternzeit im Allgemeinen lernen. Das EU-Recht kann sich insbesondere beim weiten Anwendungsbereich des Vaterschaftsurlaubs inspirieren lassen, in dem die Schweiz ein Modell gewählt hat, dass für Angestellte und Selbstständige gilt. In Anbetracht

117 Vgl. SARA RAFAEL ALMEIDA / JOANA SOUSA LOURENCO / FRANÇOIS J. DESSART / EMANUELE CIRIOLO, *Insights from behavioural sciences to prevent and combat violence against women*, Sevilla 2017.

der Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt<sup>118</sup> erscheint dies zumindest eine zeitgemässe Entwicklung<sup>119</sup>.

Die Schweiz kann Inspiration aus dem EU-Recht zur Elternzeit ziehen. Nicht zuletzt das Prinzip der Nicht-Übertragbarkeit dürfte mit den Schweizer Gleichstellungszielen übereinstimmen, die mit dem Vaterschaftsurlaub gesetzt wurden. Bei der Höhe der Vergütung könnte sich die Schweiz an der EU oder den skandinavischen Modellen orientieren<sup>120</sup>. Die EU verlangt lediglich eine «angemessene Bezahlung» und überlässt den Mitgliedstaaten die Festlegung der Höhe. Aus der Verhaltensökonomik und den Ausführungen zur Risikoverteilung ergibt sich, dass ein umfassender Diskriminierungsschutz sowohl für den Vaterschaftsurlaub als auch für den Elternurlaub unerlässlich ist. Die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik sind sowohl für das politische Ziel der erhöhten Väterbeteiligung bei der Gleichstellung als auch beim Design rechtlicher Regeln zu beachten.

118 Vgl. GEISER (Fn. 78), S. 154; ILO, *The future of work*.

119 Vgl. teilweise kritisch zum Fortschritt der Richtlinie, JULIA FLOCKERMANN / NORA WIENFORT, *Die neue Work-Life-Balance-Richtlinie – Fortschritt und Stillstand zugleich*, *djbZ Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes* 3/2020, S. 107 f.

120 Norwegen zahlt 100% des Lohns für 49 Wochen oder 80% für 59 Wochen, vgl. KOSŁOWSKI/BLUM/DOBROTIC/KAUFMAN/MOSS (Fn. 18), S. 447.