



Herisau, 2. November 2021

## **Personalgesetz, Teilrevision 2023 (PG Rev 23); Mutterschafts-, Vaterschafts-, Adoptions- und Betreuungsurlaub**

### **Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf**

#### **A. Ausgangslage**

2021 sind verschiedene Änderungen des Bundesgesetzes über den Erwerbssersatz (Erwerbssersatzgesetz; EOG; SR 834.1) sowie des Obligationenrechts (OR; SR 220) in Kraft getreten. So haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis dem OR untersteht, seit dem 1. Januar 2021 Anspruch auf einen zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub. Finanziert wird dieser über die ebenfalls per 1. Januar 2021 im EOG eingeführte Vaterschaftsentschädigung. Sodann wurde auf den 1. Juli 2021 für Eltern eines gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes im OR ein Anspruch auf einen 14-wöchigen Betreuungsurlaub eingeführt. Auch dieser Urlaub wird durch eine im EOG neu eingeführte Erwerbssersatzentschädigung, die Betreuungsentschädigung, finanziert. Ebenfalls per 1. Juli 2021 wurde ein Anspruch auf Verlängerung des Mutterschaftsurlaubes bzw. der Mutterschaftsentschädigung um maximal 56 Tage eingeführt, sofern das Neugeborene unmittelbar nach der Geburt ununterbrochen während mindestens zwei Wochen im Spital verweilen muss. Schliesslich hat die Bundesversammlung am 1. Oktober 2021 für Eltern, welche ein weniger als vier Jahre altes Kind zur Adoption aufnehmen, die Einführung eines im OR verankerten Anspruchs auf einen zweiwöchigen Adoptionsurlaub beschlossen, welcher ebenfalls über eine neue Erwerbssersatzentschädigung, die Adoptionsentschädigung, finanziert werden soll. Wann die Bestimmungen zum Adoptionsurlaub bzw. zur Adoptionsentschädigung in Kraft treten werden, ist derzeit noch offen.

Im September 2021 nahm das Schweizer Stimmvolk die Gesetzesvorlage zur "Ehe für alle" an. Die entsprechende Vorlage enthält eine Änderung der Bestimmungen über die Entstehung des Kindesverhältnisses bzw. die Begründung der Elternschaft. So wird die Frau, welche zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit dessen Mutter verheiratet ist, von Gesetzes wegen als zweiter Elternteil anerkannt, sofern das Kind nach den Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizinergesetzes (FMedG; SR 810.11) gezeugt worden ist (vgl. Art. 255a ZGB [SR 210]). Die neuen Bestimmungen sollen im Juli 2022 in Kraft treten.

Vor dem Hintergrund dieser bundesrechtlichen Änderungen sollen Anpassungen im Personalgesetz des Kantons vorgenommen werden. So sollen insbesondere die Dauer des Vaterschaftsurlaubes und – in gewissen Konstellationen – auch diejenige des Mutterschaftsurlaubes verlängert werden. Der Vaterschaftsurlaub soll zudem auf die Elternschaft nach Art. 255a ZGB ausgedehnt werden, womit er zu einem Elternschaftsurlaub wird. Schliesslich sollen ein Adoptions- sowie ein Betreuungsurlaub eingeführt werden.

In den umliegenden Kantonen wurde insbesondere die Erhöhung des Vaterschaftsurlaubes bereits umgesetzt, da eine solche in der Regel in der Kompetenz des Regierungsrates liegt und dadurch ohne Gesetzgebungsverfahren umgesetzt werden kann.



## B. Erwägungen

### 1. Geltendes Personalrecht

Das geltende Personalrecht sieht derzeit einen Vaterschaftsurlaub von fünf Arbeitstagen vor (Art. 54a PG). Zusätzlich erhalten die Angestellten bei Geburt eines eigenen Kindes zwei bezahlte Freitage (Art. 18 Abs. 3 lit. c der Personalverordnung [PGV; bGS 142.212]), welche allerdings in zeitlich unmittelbarem Zusammenhang mit dem anspruchsbegründenden Ereignis zu beziehen sind und nicht flexibel einsetzbar sind wie die Urlaubstage nach Art. 54a PG. Bei Mutterschaft gewährt das geltende Personalrecht den Angestellten einen Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen (Art. 42 Abs. 2 PG); eine Verlängerung des Urlaubs im Falle einer Hospitalisierung des Neugeborenen ist nicht vorgesehen. Das Personalrecht sieht – im Unterschied zum OR – sowohl während der Dauer des Mutterschaftsurlaubs als auch während der Dauer des Vaterschaftsurlaubs eine Lohnfortzahlung in der Höhe von 100 % des Lohnes vor. Bei Adoption eines Kindes erhalten die Angestellten gemäss Art. 18 Abs. 3 lit. c PGV zwei bezahlte Freitage, welche als ereignisbezogene Freitage ebenfalls nicht flexibel einsetzbar sind; ein längerer, flexibel einsetzbarer Urlaubsanspruch besteht derzeit nicht. Ebenso wenig sieht das geltende Personalrecht zur Betreuung von gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern einen längeren Urlaubsanspruch vor. Die Angestellte können in diesem Fall lediglich zwei bezahlte Freitage beziehen (Art. 18 Abs. 3 lit. d PGV).

### 2. Handlungsbedarf

Der Kanton ist bei der Ausgestaltung seines Personalrechts grundsätzlich frei. Es besteht insbesondere keine rechtliche Pflicht, die darin enthaltenen Bestimmungen an diejenigen des OR anzugleichen. Auch aus dem Umstand, dass die im OR verankerten Urlaubsansprüche entschädigt werden, lässt sich keine Pflicht zur Anpassung der personalrechtlichen Grundlagen ableiten, da der Entschädigungsanspruch und der Urlaubsanspruch strikte voneinander zu unterscheiden sind. Besteht allerdings kein korrespondierender Urlaubsanspruch läuft auch der Entschädigungsanspruch ins Leere. Eine solche Situation wäre aufgrund des Umstandes, dass auch Angestellte des Kantons einen EO-Lohnbeitrag entrichten und der Beitragssatz infolge Einführung des Vaterschaftsurlaubs per 1. Januar 2021 erhöht wurde, kaum hinnehmbar. Aus diesem Grund besteht für Angestellte – im Sinne einer pragmatischen Übergangslösung – derzeit die Möglichkeit, bei Vaterschaft, schwerer gesundheitlicher Beeinträchtigung eines Kindes oder Hospitalisierung des Neugeborenen, einen unbezahlten Urlaub zu beziehen, während welchem die (verbleibenden) EO-Taggelder direkt bei der Ausgleichskasse geltend gemacht werden können. Mit dieser Übergangslösung kann verhindert werden, dass die EO-Entschädigungsansprüche ins Leere laufen. Es besteht aber der Nachteil, dass der Vaterschafts-, der Betreuungs- sowie der verlängerte Mutterschaftsurlaub gegenüber den übrigen durch die EO entschädigten Urlaube in ungerechtfertigter Weise benachteiligt werden. Bei Letzteren, namentlich beim Mutterschaftsurlaub während 112 Kalendertagen sowie beim Urlaub infolge militärischen oder ähnlichen Dienstleistungen, wird – zumindest während drei Monaten pro Jahr – eine Lohnfortzahlung in der Höhe von 100 % des Lohnes gewährt (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 43 Abs. 1 PG).

Vor diesem Hintergrund muss es nicht nur das Ziel sein, die bundesrechtlichen Vorschriften nachzuvollziehen, indem die im Personalrecht verankerten Urlaubsansprüche auf das Anspruchsniveau des OR angehoben werden, sondern gleichzeitig muss es auch das Ziel sein, eine Gleichbehandlung mit den übrigen Urlauben, für welche eine Erwerbsersatzentschädigung gewährt wird, zu erreichen. Aus diesem Grund sollen die



Angestellten auch beim verlängerten Mutterschaftsurlaub, beim gesamten Vaterschaftsurlaub, beim Adoptionsurlaub sowie beim Betreuungsurlaub – analog zu Art. 42 Abs. 2 und Art. 43 Abs. 1 PG – eine Lohnfortzahlung zu 100 % des Lohnes erhalten.

Handlungsbedarf ergibt sich ebenfalls aufgrund der Annahme der "Ehe für alle" bzw. der damit einhergehenden Änderungen der Bestimmungen über die Begründung der Elternschaft. Mit der neu in Art. 255a ZGB verankerten Elternschaftsvermutung wird die Elternschaft der Ehefrau der Mutter mit der Elternschaft des Vaters in rechtlicher Hinsicht gleichgestellt. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachlich nicht gerechtfertigt bzw. sogar diskriminierend, wenn weiterhin nur der rechtliche Kindesvater einen Anspruch auf einen Vaterschaftsurlaub im Sinne von Art. 54a PG hätte, zumal dieser Anspruch auch zugunsten der (nicht biologischen) Väter von Kindern, die mittels Samenspende gezeugt wurden, besteht. Insofern erscheint es geboten, den Anspruch allgemein auf den rechtlich anerkannten zweiten Elternteil auszuweiten und auch die Angestellten zu berücksichtigen, deren Elternschaft nach Art. 255a ZGB zustande gekommen ist. Vor diesem Hintergrund ist neu auch nicht mehr vom Vaterschaftsurlaub, sondern vom Elternschaftsurlaub zu sprechen. In entschädigungsrechtlicher Hinsicht wurde derzeit noch keine Änderung des EOG verabschiedet, welche den Anspruch auf Vaterschaftsentschädigung auf Mütter ausdehnt, deren Elternschaft nach Art. 255a ZGB zustande gekommen ist. Entsprechende politische Bestrebungen sind allerdings bereits im Gang und es ist sehr wahrscheinlich, dass die Vaterschaftsentschädigung in naher Zukunft auch bei Elternschaft nach Art. 255a ZGB geltend gemacht werden kann und somit zu einer Elternschaftsentschädigung erweitert wird. Aus Gründen der Rechtsgleichheit ist dies ohnehin geboten.

### **3. Personalpolitische Erwägungen und Bezug zum Regierungsprogramm**

Die Erweiterung der bezahlten Urlaubstatbestände rechtfertigt sich insbesondere mit Blick auf die Grundsätze und Ziele der kantonalen Personalpolitik. Demnach bekennt sich der Kanton zu einer zeitgemässen, sozial verantwortungsvollen und wirtschaftlich tragbaren Personalpolitik (vgl. Art. 6 Abs. 1 PG). Indem der Kanton nicht nur die Urlaubsansprüche des OR nachvollzieht, sondern für die Dauer dieser Urlaube gleichzeitig auch eine Lohnfortzahlung in vollem Umfang gewährt, positioniert er sich als fortschrittlicher und kompetitiver Arbeitgeber. Die Massnahmen dienen zudem einer ausgewogenen Balance zwischen Beruf und Privatleben, womit sie im Einklang mit dem Regierungsprogramm 2020–2023 stehen. Das Anliegen wurde überdies immer wieder von den Sozialpartnern im Rahmen der Sozialpartnerkonferenz vorgebracht.

### **C. Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln**

#### **Art. 29 Kündigung zur Unzeit**

Aufgrund der Möglichkeit einer Verlängerung des Mutterschaftsurlaubs, wenn das Neugeborene unmittelbar nach der Geburt ununterbrochen für mindestens zwei Wochen im Spital verbleiben muss, muss auch die Bestimmung zum zeitlichen Kündigungsschutz bei Schwangerschaft und Mutterschaft angepasst werden. Ohne diese Anpassung würde der Mutterschaftsurlaub, wenn dieser infolge eines längeren Spitalaufenthalts des Neugeborenen verlängert wird, den aktuell geltenden zeitlichen Kündigungsschutz von 112 Kalendertagen überschreiten. Damit würde den Angestellten nicht während der gesamten Dauer ihres Mutterschaftsurlaubs Arbeitsplatzsicherheit zukommen. Eine solche Situation ist zu vermeiden. Neu soll sich der zeitliche Kündigungsschutz im Falle einer Verlängerung des Mutterschaftsurlaubs bzw. der Lohnfortzahlung nach Art. 42 Abs. 2<sup>bis</sup> PG um die Dauer der Hospitalisierung des Neugeborenen, jedoch um höchstens



56 zusätzliche Kalendertage, gegenüber der heutigen Regelung verlängern. Aus dem Verweis auf Art. 42 Abs. 2<sup>bis</sup> PG ergibt sich, dass der Kündigungsschutz nur dann über 112 Kalendertage hinaus verlängert wird, wenn der Spitalaufenthalt des Neugeborenen unmittelbar nach der Geburt ununterbrochen mindestens zwei Wochen dauert.

### **Art. 42 Lohnfortzahlung bei Mutterschaft**

Im Normalfall beträgt der Mutterschaftsurlaub bzw. die in diesem Zusammenhang gewährte vollumfängliche Lohnfortzahlung 112 Kalendertage, wobei der Urlaub bereits vor der Geburt, jedoch frühestens 14 Kalendertage vor dem voraussichtlichen Geburtstermin, angetreten werden kann (vgl. Art. 42 Abs. 2 PG). Neu soll sich gemäss Art. 42 Abs. 2<sup>bis</sup> PG die Dauer des Mutterschaftsurlaubs bzw. der vollumfänglichen Lohnfortzahlung verlängern, wenn das Neugeborene unmittelbar nach der Geburt ununterbrochen während mindestens zwei Wochen im Spital verbleiben muss. Die Verlängerung erfolgt um die Anzahl Tage, welche das Kind im Spital verbracht hat, jedoch um maximal 56 Kalendertage. War das Kind unmittelbar nach der Geburt während weniger als zwei Wochen im Spital oder war der mehr als zweiwöchige Spitalaufenthalt nicht ununterbrochen, besteht kein Anspruch auf Verlängerung des Mutterschaftsurlaubs bzw. der damit zusammenhängenden vollumfänglichen Lohnfortzahlung. Der Nachweis, dass das Neugeborene unmittelbar nach der Geburt ununterbrochen während mindestens zwei Wochen im Spital verbleiben muss, ist durch ein Arzteugnis zu erbringen. Ebenfalls ist die Gesamtdauer des Spitalaufenthalts mittels Arzteugnis zu belegen.

### **Art. 51 Kürzung der Ferien**

Die Ergänzung in Abs. 3 stellt klar, dass der Bezug eines Elternschafts-, Adoptions- oder Betreuungsurlaubs – wie auch der Bezug des Mutterschaftsurlaubs – keine Kürzung des Ferienanspruches zur Folge hat. Da gemäss Abs. 1 eine Ferienkürzung aber ohnehin nur bei Arbeitsverhinderung infolge Krankheit, Unfall, militärischen oder ähnlichen Dienstleistungen erfolgt und die Elternschafts-, Adoptions- und Betreuungsurlaube nicht unter einen dieser Kürzungstatbestände zu subsumieren sind, ist die Ergänzung in Abs. 3 rein deklaratorischer Natur.

### **Art. 54a Elternschaftsurlaub**

Neben Angestellten, welche in rechtlicher Hinsicht als Vater eines neu geborenen Kindes gelten, sollen neu auch Angestellte, bei welchen die Elternschaft gestützt auf Art. 255a ZGB begründet wird, Anspruch auf einen bezahlten Urlaub gemäss Art. 54a PG haben. Aufgrund dieser Ausweitung erfolgt eine Änderung der Sachüberschrift von "Vaterschaftsurlaub" in "Elternschaftsurlaub". In Übereinstimmung mit der Ausrichtungsdauer der Vaterschaftsentschädigung gemäss EOG soll der Anspruch auf Elternschaftsurlaub zehn Arbeitstage umfassen. Ebenfalls in Übereinstimmung mit den Bestimmungen im EOG soll die Rahmenfrist für den Bezug des Elternschaftsurlaubs auf sechs Monate festgesetzt werden.

### **Art. 54b Adoptionsurlaub**

Neu eingeführt werden soll ein Anspruch auf einen zehntägigen Adoptionsurlaub. Der Urlaubsanspruch besteht für Angestellte, welche ein weniger als vier Jahre altes Kind zur Adoption aufnehmen, sofern es sich dabei nicht um eine Stiefkindadoption im Sinne von Art. 264c ZGB handelt. Der Urlaub kann ab dem Zeitpunkt bezogen werden, ab welchem das Kind in die Hausgemeinschaft aufgenommen wird. Ob die Adoption zu diesem Zeitpunkt bereits ausgesprochen wurde oder ob erst ein im Hinblick auf eine spätere Adoption begründetes Pflegeverhältnis besteht, ist für die Entstehung des Urlaubsanspruchs irrelevant. Mit der Aufnahme des Kindes in die Hausgemeinschaft beginnt eine Rahmenfrist von einem Jahr, innert welcher der



Adoptionsurlaub bezogen werden kann. Urlaubstage, die nach Ablauf dieser Rahmenfrist nicht bezogen wurden, verfallen entschädigungslos.

### **Art. 54c Betreuungsurlaub**

Für Angestellte, deren Kind im Sinne von Art. 16o EOG gesundheitlich schwer beeinträchtigt ist, soll ein Anspruch auf einen bezahlten Betreuungsurlaub eingeführt werden. Gemäss Art. 16o EOG besteht bei einem Kind eine schwere gesundheitliche Beeinträchtigung, wenn eine einschneidende Veränderung des körperlichen oder psychischen Zustandes eingetreten ist, der Verlauf oder der Ausgang dieser Veränderung schwer vorhersehbar ist oder mit einer bleibenden oder zunehmenden Beeinträchtigung oder dem Tod zu rechnen ist, ein erhöhter Bedarf an Betreuung durch die Eltern besteht und mindestens ein Elternteil die Erwerbstätigkeit für die Betreuung des Kindes unterbrechen muss. Der Urlaubsanspruch umfasst höchstens 70 Arbeitstage. Er kann am Stück oder tageweise bezogen werden. Mit Bezug des ersten Urlaubstages beginnt eine Rahmenfrist von 18 Monaten, innert welcher der Urlaub bezogen werden kann. Nach Ablauf dieser Rahmenfrist erlischt der Urlaubsanspruch. Der Urlaubsanspruch erlischt vorzeitig, wenn beim Kind keine gesundheitlich schwere Beeinträchtigung im Sinne von Art. 16o EOG mehr vorliegt oder wenn das Kind stirbt. Wird das Kind während dem Lauf der Rahmenfrist hingegen volljährig, führt dies nicht zum Erlöschen des Urlaubsanspruchs.

Pro Krankheitsfall oder Unfall entsteht nur ein Urlaubsanspruch. Erkrankt dasselbe Kind an einer anderen schweren Krankheit oder erleidet es einen anderen schweren Unfall, so entsteht ein neuer Urlaubsanspruch. Krankheiten, die mit der Hauptkrankheit in Zusammenhang stehen, weil beispielsweise das Immunsystem geschwächt ist, sind keine neuen Krankheiten und damit kein neues Ereignis, welches zu einem neuen Urlaubsanspruch führt. Ein Rückfall, der nach einer längeren beschwerdefreien Zeit eintritt, gilt hingegen als neues Ereignis und führt folglich zu einem neuen Urlaubsanspruch.

### **Art. 77a Übergangsbestimmung zur Änderung vom ...**

Die Übergangsbestimmung legt fest, dass sich der Anspruch auf Vaterschaftsurlaub für Geburten, die sich vor Inkrafttreten der vorliegenden Änderung ereigneten, nach dem bisherigen Recht richtet. Somit besteht für Geburten, welche sich zwar vor Inkrafttreten der vorliegende Änderung ereigneten, aber noch in die sechsmonatige Rahmenfrist für den Bezug des Elternschaftsurlaubs fallen, kein Anspruch auf zehn, sondern lediglich auf fünf bezahlte Urlaubstage. Bei einer rückwirkenden Anwendung der vorliegenden Änderung verlieren Angestellte, deren Kinder bereits vor mehr als sechs, aber weniger als zwölf Monaten geboren wurden, und die bis zum Inkrafttreten der vorliegenden Änderung den Vaterschaftsurlaub nicht oder nicht vollständig bezogen haben, den verbleibenden Urlaubsanspruch. Dies gilt es zu vermeiden.

## **D. Finanzielle Auswirkungen**

Die Lohnfortzahlungen, die während der Dauer des verlängerten Mutterschaftsurlaubs, des Vaterschaftsurlaubs, des Adoptionsurlaubs und des Betreuungsurlaubs erbracht werden, erfolgen unter Anrechnung der durch die EO geleisteten Erwerbsausfallentschädigungen (vgl. Art. 44 Abs. 3 PG). Sofern die Anspruchsvoraussetzungen gemäss EOG erfüllt sind, erhält der Kanton von der Ausgleichskasse bei Gewährung eines verlängerten Mutterschaftsurlaubs somit max. 56 Taggelder, bei Gewährung eines Vaterschafts- oder Adoptionsurlaubs 14 Taggelder sowie bei Gewährung eines Betreuungsurlaubs max. 98 Taggelder. Die Taggelder, die im Rahmen einer Mutterschafts-, Vaterschafts-, Adoptions- und



Betreuungsentschädigung ausgerichtet werden, betragen allesamt 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches vor Beginn des Entschädigungsanspruchs erzielt wurde, jedoch höchstens Fr. 196.- pro Tag. Damit gehen nur noch die restlichen 20 Prozent des Lohnes bzw. der Lohn, welcher bei 80 % Fr. 196.- pro Tag übersteigt, zulasten der Staatskasse. Die Lohnfortzahlung geht schliesslich in vollem Umfang zulasten der Staatskasse, wenn die Anspruchsvoraussetzungen für die jeweilige Erwerbsausfallentschädigung nach EOG nicht erfüllt sind.

Zu beachten ist ausserdem, dass sowohl bei der Betreuungsentschädigung als auch bei der Adoptionsentschädigung pro Elternpaar nur ein Entschädigungsanspruch besteht, welchen die Eltern frei untereinander aufteilen können. Vorliegend wurde darauf verzichtet, die Ansprüche auf Betreuungs- und Adoptionsurlaub gemäss PG mit den entsprechenden Urlaubsansprüchen gemäss OR in dem Sinne zu koordinieren, dass sich der aus dem PG ergebende Urlaubsanspruch des einen Elternteils um die vom anderen Elternteil gestützt auf das OR bezogenen Urlaubstage reduziert. Ist somit ein Elternteil dem OR unterstellt und hat dieser den Adoptions- oder Betreuungsurlaub und damit auch die entsprechende Erwerbsausfallentschädigung bereits vollständig bezogen, geht der Urlaub, welcher der zweite Elternteil anschliessend gestützt auf das PG bezieht, vollumfänglich zulasten der Staatskasse. Dasselbe gilt, wenn beide Elternteile beim Kanton arbeiten und somit beide über einen Anspruch auf Adoptions- oder Betreuungsurlaub gemäss PG verfügen. Auch hier geht – wenn beide Eltern den Urlaub vollständig beziehen – der Bezug des einen Urlaubsanspruchs vollumfänglich zulasten der Staatskasse. Ebenfalls vollumfänglich zulasten der Staatskasse gehen zurzeit die Lohnfortzahlungen für den Elternschaftsurlaub bei einer Elternschaft nach Art. 255a ZGB, da es zum aktuellen Zeitpunkt noch keine gesetzliche Grundlage für eine entsprechende Erwerbsausfallentschädigung gibt.

Insgesamt ist es nicht möglich die finanziellen Auswirkungen der einzelnen Urlaubstatbestände konkret zu beziffern. Insbesondere beim verlängerten Mutterschaftsurlaub, dem Elternschaftsurlaub bei Elternschaft nach Art. 255a ZGB, dem Adoptionsurlaub sowie dem Betreuungsurlaub fehlt es an entsprechenden Referenzgrössen bezüglich der Häufigkeit solcher anspruchsbegründenden Ereignisse. Es kann hier allerdings davon ausgegangen werden, dass solche Ereignisse nicht häufig vorkommen. In den letzten fünf Jahren gab es durchschnittlich 15 Vaterschaften pro Jahr, weshalb sich die finanziellen Auswirkungen auch in diesem Teilbereich in Grenzen halten.