

Juli 2022



Der neue Adoptionsurlaub

Autor



Dr. Michel Verde
Rechtsanwalt,
Senior Associate

Seit dem 1. Januar 2021 kennt das Schweizer Arbeitsrecht einen gesetzlichen Vaterschaftsurlaub, nun folgt der Adoptionsurlaub. Am 20. Januar 2022 ist die Referendumsfrist für die Gesetzesvorlage zum Adoptionsurlaub ungenutzt abgelaufen. Das Urlaub-Trio bei Nachwuchs – Mutterschaftsurlaub, Vaterschaftsurlaub, Adoptionsurlaub – ist damit komplett. Wann der neue Adoptionsurlaub in Kraft treten wird, steht noch nicht fest; es darf aber davon ausgegangen werden, dass es am 1. Januar 2023 so weit sein wird.

1. Wo ist der Adoptionsurlaub geregelt?

Der Anspruch auf Adoptionsurlaub ist einerseits im neuen Art. 329j OR geregelt. Diese Rechtsgrundlage verschafft dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin einen Anspruch auf Urlaubsbezug gegenüber der Arbeitgeberin. Andererseits regeln die neuen Art. 16t–16x EOG die Adoptionsurlaub-Entschädigung.

2. Welche Angestellte haben Anspruch auf Adoptionsurlaub?

Ein Recht auf Adoptionsurlaub haben laut Art. 329j Abs. 1 OR Angestellte, die ein Kind zur Adoption aufnehmen und die Voraussetzung gemäss Art. 16t EOG für die Adoptionsurlaub-Entschädigung erfüllen. Der arbeitsvertragsrechtliche Anspruch auf Adoptionsurlaub ist damit am sozialversicherungsrechtlichen Anspruch auf Urlaubsentschädigung gekoppelt.

Anspruch auf eine Adoptionsurlaub-Entschädigung haben laut Art. 16t Abs. 1 EOG Personen, die:

- erstens ein weniger als vier Jahre altes Kind zur Adoption aufnehmen,
- zweitens während den neun der Aufnahme des Kindes unmittelbar vorangehenden Monaten im Sinne des AHV-Gesetzes obligatorisch sozialversichert waren und mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben, sowie
- drittens zum Zeitpunkt der Aufnahme des Kindes Arbeitnehmer (oder Selbstständigerwerbende) im Sinne des Sozialversicherungsrechts sind oder im Betrieb des Ehegatten gegen Lohn arbeiten.

Wenn das Kind gemeinschaftlich adoptiert wird, müssen gemäss Art. 16t Abs. 2 lit. a EOG beide Adoptiv-Elternteile diese Voraussetzungen erfüllen, damit ein Anspruch auf Adoptionsurlaub-Entschädigung besteht.

Nicht entscheidend für den Anspruch auf Adoptionsurlaub ist, ob die Adoption zum Zeitpunkt, an dem das Kind von den Adoptiveltern aufgenommen wird, bereits erfolgt ist oder ob sie erst später durch die zuständige Behörde ausgesprochen wird. Kein Anspruch auf Adoptionsurlaub besteht im Fall einer Stiefkind-Adoption (Art. 16t Abs. 5 EOG).

3. Wie lange dauert der Adoptionsurlaub?

Der Anspruch auf Adoptionsurlaub beträgt zwei Wochen (Art. 329j Abs 1 OR). Er kann nach Wahl des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin wochen- oder tageweise bezogen werden (Art. 329j Abs. 4 OR). Es handelt sich dabei um einen Gesamtanspruch für beide Adoptiveltern (Art. 329j Abs. 3 OR; Art. 16t Abs. 2 lit. b und Abs. 3 EOG). Dies bedeutet, dass wenn beide Elternteile Adoptionsurlaub beziehen möchten, sie die zur Verfügung stehenden Urlaubstage untereinander aufteilen müssen. Zudem müssen sie den Adoptionsurlaub an unterschiedlichen Tagen beziehen; ein gleichzeitiger Bezug ist ausgeschlossen (Art. 329j Abs. 3 OR). Alternativ können die Adoptiveltern vereinbaren, dass nur ein Elternteil den gesamten Adoptionsurlaub bezieht.

Der Adoptionsurlaub muss innerhalb einer Rahmenfrist von einem Jahr bezogen werden (Art. 329j Abs. 2 OR; Art. 16u Abs. 1 EOG). Diese Rahmenfrist beginnt am Tag zu laufen, an dem das Kind zur Adoption aufgenommen wird (Art. 16u Abs. 2 EOG).

Der Anspruch auf Adoptionsurlaub-Erschädigung – und konsequenterweise auch auf den Urlaub als solchen – endet vorzeitig, wenn das Kind oder der/die anspruchsberechtigte Angestellte stirbt, auch wenn er noch nicht ausgeschöpft wurde (Art. 16u Abs. 3 lit. c und d EOG).

4. Besteht ein Lohnanspruch während des Adoptionsurlaubs?

Während des Adoptionsurlaubs hat der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin kein Lohnanspruch gegenüber der Arbeitgeberin, ausser es ist etwas anderes vereinbart worden. Stattdessen besteht Anspruch auf Taggelder, die von der Ausgleichskasse bezahlt werden. Das Taggeld beträgt 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches vor Beginn des Anspruchs auf Adoptionsurlaub erzielt wurde (Art. 16w Abs. 1 EOG). Es gilt allerdings ein Maximalbetrag von CHF 196.- pro Tag (Art. 16w Abs. 3 i.V.m. Art. 16f EOG). Falls die Arbeitgeberin während des Adoptionsurlaubs den Lohn weiterbezahlt hat, steht ihr für die entsprechende Zeit die Urlaubsenterschädigung zu.

Die Adoptionsurlaub-Erschädigung können Angestellte via Arbeitgeberin bei der Ausgleichskasse geltend machen. Falls die Arbeitgeberin während einem bezogenen Adoptionsurlaub den Lohn weiterbezahlt hat und der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin es unterlässt, die Erschädigung bei der Ausgleichskasse geltend zu machen, kann dies die Arbeitgeberin an Stelle des Angestellten tun.

5. Was gilt, wenn mehrere Kinder adoptiert werden?

Wenn mehrere Kinder mit zeitlichem Abstand nacheinander zur Adoption aufgenommen werden, so besteht für jede neue Adoption ein eigenständiger Anspruch auf Adoptionsurlaub. Werden hingegen mehrere Kinder gleichzeitig zur Adoption aufgenommen, bleibt es bei einem Anspruch auf Adoptionsurlaub von zwei Wochen (Art. 16t Abs. 4 EOG). Die gleichzeitige Aufnahme von zwei Kindern zur Adoption führt also nicht etwa zu einer Verdoppelung des Urlaubsanspruchs. Die Regelung ist somit gleich wie beim Mutterschaftsurlaub und beim Vaterschaftsurlaub.

6. Was geschieht, wenn die Arbeitsstelle gewechselt wird, bevor der Adoptionsurlaub vollständig bezogen worden ist?

Für diese Situation enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung. Analog zum Vaterschaftsurlaub ist indes davon auszugehen, dass der nicht bezogene Adoptionsurlaub-Anspruch bestehen bleibt, wenn das Arbeitsverhältnis zu Ende geht, und auf ein neues Arbeitsverhältnis übertragen werden kann. Die Ausgleichskassen werden voraussichtlich ein entsprechendes Formular zur Verfügung stellen (analog dem Formular 318.748 für die Vaterschaftsenterschädigung), damit auch bei einem Stellenwechsel die Adoptionsurlaub-Erschädigung in Anspruch genommen werden kann. Die einjährige Rahmenfrist für den Bezug des Adoptionsurlaubs muss indes unabhängig von einem Stellenwechsel beachtet werden.

7. Dürfen die Adoptionsurlaubstage vom Ferienanspruch abgezogen werden?

Der Anspruch auf Adoptionsurlaub besteht unabhängig vom Ferienanspruch des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin. Dementsprechend darf der Ferienanspruch nicht gekürzt werden, weil Adoptionsurlaub bezogen wird (Art. 329b Abs. 3 lit. e OR).

8. Besteht während des Adoptionsurlaub ein Kündigungsschutz?

Der Bezug des Adoptionsurlaubs bewirkt keinen zeitlichen Kündigungsschutz. Dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin darf somit auch während des Adoptionsurlaubs gekündigt werden. Kündigungen, die während einem Adoptionsurlaub ausgesprochen werden, sind allerdings heikel: Zum einen muss damit gerechnet werden, dass der Urlaub nicht zu Hause verbracht wird, was unter Umständen eine rechtzeitige Zustellung der Kündigung zu verhindern vermag; zum anderen kann eine Kündigung dazu führen, dass der Zweck des Urlaubs vereitelt wird, weil der/die Angestellte sich mit der Suche einer neuen Arbeitsstelle befassen muss.

9. Ist der Anspruch auf Adoptionsurlaub zwingend?

Der Anspruch auf Adoptionsurlaub hat relativ-zwingenden Charakter. Das heisst, dass keine Vereinbarung getroffen werden darf, die zu Ungunsten des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin von den gesetzlichen Bestimmungen abweicht (Art. 362 Abs. 1 OR). Hingegen ist es zulässig, eine für die Angestellten vorteilhaftere Regelung zu vereinbaren. So darf die Arbeitgeberin die Adoptionsurlaub-Entschädigung auf 100% des Lohnes aufrunden oder einen längeren Adoptionsurlaub gewähren.

10. Handlungsbedarf in der Praxis

Der neue Adoptionsurlaub gilt von Gesetzes wegen, sodass es im Prinzip nicht nötig ist, bestehende Arbeitsverträge oder interne Reglemente zu ändern. Falls sich Arbeitsverträge oder Reglemente zum Thema Adoptionsurlaub äussern, ist es jedoch ratsam zu prüfen, ob sie in Einklang mit den neuen Gesetzesbestimmungen stehen, und sie falls nötig anzupassen, um Widersprüchlichkeiten zu vermeiden. Unter dem Aspekt der Fürsorgepflicht empfiehlt es sich, die Angestellten über den neuen Adoptionsurlaub zu informieren.

Ihr Kontakt für Arbeitsrecht



Peter Haas
Partner

T: +41 31 328 75 75
peter.haas@eversheds-sutherland.ch



Olivier Dunant
Partner

T: +41 22 818 45 00
olivier.dunant@eversheds-sutherland.ch



Dr. Michel Verde
Senior Associate

T: +41 44 204 90 90
michel.verde@eversheds-sutherland.ch

eversheds-sutherland.ch

Die in diesem Dokument enthaltenen Informationen sind ausschliesslich zu Informationszwecken gedacht und können keinesfalls eine angemessene Rechtsberatung ersetzen. Eversheds Sutherland AG, mit Sitz in Zürich (Schweiz), übernimmt keinerlei Verantwortung für Handlungen, die gestützt auf die in diesem Dokument enthaltenen Informationen getroffen werden.

© Eversheds Sutherland 2022. Alle Rechte vorbehalten. Eversheds Sutherland ist ein globaler Anbieter von juristischen Dienstleistungen, der seine Dienstleistungen über verschiedene, voneinander unabhängige Rechtsträger erbringt. Eversheds Sutherland ist der Name und die Marke, unter der die Mitglieder von Eversheds Sutherland Limited (Eversheds Sutherland (International) LLP und Eversheds Sutherland (US) LLP) sowie die von diesen kontrollierten oder verwalteten oder mit diesen verbundenen Unternehmen sowie die Mitglieder von Eversheds Sutherland (Europe) Limited (nachfolgend je einzeln als "Eversheds Sutherland Gesellschaft" und zusammen als "Eversheds Sutherland Gesellschaften" bezeichnet) juristische oder andere Dienstleistungen für Klienten auf der ganzen Welt erbringen. Die Eversheds Sutherland Gesellschaften bestehen und sind reguliert gemäss den jeweils auf sie anwendbaren behördlichen und gesetzlichen Bestimmungen und treten unter ihrer jeweiligen Firma auf. Die Verwendung des Namens Eversheds Sutherland dient nur der Beschreibung und bedeutet nicht, dass die Eversheds Sutherland Gesellschaften eine Gesellschaft bilden oder Teil einer globalen LLP sind. Die Mandatsvereinbarung zwischen dem Klienten und der beauftragten Kanzlei ist massgebend bezüglich der Verantwortung für die Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen an einen Klienten. Eversheds Sutherland AG, mit Sitz in Zürich (Schweiz), ist Mitglied von Eversheds Sutherland (Europe) Ltd.