

I. Ausgangslage

In der Schweiz gehen immer häufiger beide Elternteile einer Arbeit nach, und die Betreuung der Kinder wird durch Dritte (z.B. Krippe, Hort oder Tagesmutter) sichergestellt. In der Regel können solche Drittpersonen die Betreuung eines kranken Kindes nicht übernehmen. Für die Pflege des kranken Kindes sind deshalb wieder die Eltern verantwortlich. Es stellt sich die Frage, ob in solchen Fällen die Mutter oder der Vater berechtigt ist, von der Arbeit fern zu bleiben und ob ein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht. Nachfolgend soll ferner geprüft werden, ob die Betreuung kranker Kinder als Kündigungsmotiv den Kündigungsschutz nach Art. 336 OR auslöst.

II. Anspruch auf Freizeit und Lohnfortzahlung

Nach Art. 36 Abs. 3 Arbeitsgesetz hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die zur Betreuung kranker Kinder erforderliche Zeit freizugeben. Grundsätzlich ist der Anspruch auf höchstens drei Arbeitstage pro Krankheitsfall beschränkt. In Ausnahmefällen - z.B. weil die Pflege durch andere Personen nachweislich nicht möglich und für das Kind nicht zumutbar ist - ist dem Arbeitnehmenden nach der Gerichtspraxis auch längere Zeit freizugeben. Die Krankheit des Kindes muss mit einem ärztlichen Zeugnis belegt werden.

Über die Entlöhnung solcher Ausfalltage spricht sich weder das Arbeitsgesetz noch der LMV aus. Wenn im Arbeitsvertrag keine bzw. keine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung getroffen wurde, findet das OR Anwendung. Gemäss Art. 324a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer für eine beschränkte Zeit Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn er unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert ist, weil er z.B. eine gesetzliche Pflicht zu erfüllen hat. Die Pflege eines kranken Kindes ist eine solche Pflicht (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Die Dauer der Lohnfortzahlung richtet sich damit nach den in der Praxis entwickelten Zürcher, Berner oder Basler Skalen. Im ersten Dienstjahr beträgt sie bei allen Skalen drei Wochen und zwar gesamthaft für alle entschuldigten Absenzen. Ausfalltage wegen Krankheit, Unfall usw. werden also mitberücksichtigt.

III. Kündigungsschutz

Erfolgt eine Kündigung, weil eine Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht, ist sie nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR missbräuchlich. Wenn die Ausübung des Rechtes auf Betreuung eines kranken Kindes mit Lohnanspruch den eigentlichen Grund für eine Kündigung darstellt, ist dieser Tatbestand erfüllt. Eine solche Kündigung ist dementsprechend missbräuchlich.