

Arbeitsrechtliche Fallstricke beim Jobsharing

Prof. Dr. Isabelle Wildhaber, LL.M.

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser*

Jobsharing ist eine Arbeitsform, die sich zunehmender Beliebtheit erfreut. Der vorliegende Artikel stellt die verschiedenen Formen von Jobsharing vor, zeigt deren rechtliche Besonderheiten auf und diskutiert die aus praktischer Sicht relevanten Fallstricke in der vertraglichen Reglementierung von Jobsharing.

Le «job sharing» est une organisation du travail de plus en plus appréciée. Cette étude en présente les différentes formes, montre leurs particularités et examine, d'un point de vue pratique, les écueils à éviter dans la rédaction de dispositions contractuelles en la matière.

Inhaltsübersicht

- I. Hintergrund: Teilzeit und Arbeitsmarkt
- II. Begriffe: Verschiedene Formen des Jobsharings
- III. Gesetzliche Reglementierung des Jobsharings
- IV. Vertragliche Reglementierung des Jobsharings
 1. Abwesenheit eines Jobsharing-Partners: Vertretungspflicht?
 2. Überstunden
 3. Ferien
 4. Ausscheiden eines Jobsharing-Partners
 5. Mitarbeiterbewertung und Mitarbeiterqualifikation
- V. Zusammenfassende Checkliste

I. Hintergrund: Teilzeit und Arbeitsmarkt

Die Zahl der Teilzeitbeschäftigten in der Schweiz steigt ständig an: Derzeit sind es ungefähr 60% Frauen und 16% Männer¹. Insgesamt arbeitet rund ein Drittel der erwerbstätigen Bevölkerung in der Schweiz Teilzeit².

Das Gesetz selbst enthält keine konkrete Definition der Teilzeitarbeit. Es legt lediglich in Art. 319 Abs. 2 OR grundlegend fest, dass als Einzelarbeitsvertrag auch derjenige Vertrag gilt, durch den sich ein Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit im Dienst der Arbeitgeberin verpflichtet. Unter Teilzeitarbeit ist die gegenüber dem betriebsüblichen Pensum reduzierte Arbeitszeit zu verstehen³. Diese Definition bringt allerdings nichts, wenn es im Betrieb gar keine Vergleichsgrössen gibt, beispielsweise weil der Betrieb nur einen einzigen Arbeitnehmer hat, weil alle bloss ein reduziertes Pensum haben, oder weil alle Arbeitnehmer unterschiedliche Arbeitspensen vereinbart

* Dieser Beitrag beruht auf den Gedanken, welche sich die Autoren für ihre jeweilige Panel-Mitwirkung am Ersten Schweizer Kolloquium zum Jobsharing, organisiert am 4. Mai 2015 durch den Verein PTO an der Universität Fribourg, gemacht haben. Der Beitrag wird in einer kürzeren Fassung im dazu erscheinenden Sammelband publiziert werden: *Irenka Krone-Germann/Alain-Max Guénette* (Hrsg.), *Job sharing: Opportunities and challenges in the labour market, Le partage d'emploi: Opportunités et défis sur le marché du travail*, Paris Verlag L'Harmattan 2016.

¹ BFS (Bundesamt für Statistik) 2014, Erwerbstätigkeit und Arbeitszeit-Indikatoren, Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) 2014, abrufbar unter <www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/key/erwerbstaetige0/teilzeit.html>.

² BFS 2014 (Fn 1); *Nathalie Amstutz/Annette Jochem*, Teilzeitarbeit und Jobsharing in der Schweiz – Ergebnisbericht, FHNW, Untersuchung im Auftrag des Vereins PTO, Februar 2014, abrufbar unter <www.go-for-jobsharing.ch>.

³ *Judith Bregnard-Lustenberger*, Überstunden- und Überzeitarbeit, Diss. Bern 2007, S. 286; *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 319 OR N 18.

haben. Richtigerweise sollte als Teilzeitanstellung jedes Arbeitsverhältnis betrachtet werden, bei dem das Arbeitspensum so festgelegt ist, dass dem Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt verwertbare Arbeitszeit verbleibt.

Ein grosser Anteil von Teilzeitarbeitenden besteht aus hochqualifizierten Frauen, die Beruf und Familie

besser unter einen Hut bringen wollen, was effektiv dank Teilzeitbeschäftigung einfacher ist⁴. Die Teilzeitarbeit bringt viele Vorteile, aber auch eine Reihe von Nachteilen mit sich, sowohl für Arbeitnehmer, für die Arbeitgeberin als auch für die Gesellschaft⁵, wie die folgende Grafik aufzeigt⁶:

| Arbeitnehmende |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Interessante Stellenauswahl für Teilzeitarbeitende • Abwechslung und Innovation durch ein grösseres Aufgabengebiet • Vereinbarung von Berufs- und Privatleben • Fundierte, effizientere Entscheide • Geteilte Verantwortung dank Meinungs austausch verringert das Gefühl des «einsamen Chefs» • Bessere Eingliederung jener Menschen, die den Arbeitsmarkt zeitweilig verlassen haben |
| Arbeitgeberin |
| <ul style="list-style-type: none"> • Höhere Produktivität und kontinuierliche Präsenz • Effiziente Entscheidungsfindung dank kontinuierlichem Austausch der Partner • Doppelte Kompetenz und doppeltes Netzwerk • Wissenstransfer im Falle von intergenerationellem Jobsharing • Motivierte und loyale Mitarbeiter, reduziertes Burnout-Risiko • Vereinfachte Stellvertretungslösung sowie Kosteneinsparung bei Abwesenheiten • Image-Gewinn durch innovatives Handeln auf dem Arbeitsmarkt |

Zu den Nachteilen gehört, dass Arbeitgeberinnen häufig berechtigtermassen oder auch nur aus Gewohnheit der Meinung sind, Teilzeitangestellte seien für eine qualifizierte Position, namentlich für eine Führungsfunktion, nicht geeignet, weil sie nicht genügend verfügbar seien. Diesem Argument kann das Jobsharing entgegenwirken. Zwei Personen teilen sich eine Vollzeitstelle und übernehmen gemeinsam die entsprechende Verantwortung. Sie sind zusammen für den Betrieb ebenso verfügbar wie eine Person mit einer Vollzeitstelle. Jede der beiden Personen hat aber einen reduzierten Beschäftigungsgrad.

Der Jobsharing-Vertrag weist alle Merkmale eines Teilzeitarbeitsvertrages auf und ist aus diesem Grunde – obwohl im Gesetz nicht erwähnt – ohne weiteres mit den gesetzlichen Bestimmungen zum

Arbeitsrecht vereinbar⁷. Der Begriff «Jobsharing» bezieht sich auf zwei oder mehrere Mitarbeiter, die sich eine Vollzeitstelle mit voneinander abhängigen Aufgaben und gemeinsamer Verantwortlichkeit teilen⁸. Jobsharing stellt eine Flexibilisierung der Arbeitszeit dar. Die Arbeitgeberin verzichtet nämlich

⁴ Thomas Letsch, *Rechtliche Aspekte von Work-Life-Balance*, Diss. Bern 2008, S. 163 ff.

⁵ Irenka Krone-Germann, *Part-time Employment in Switzerland, Relevance, Impact and Challenges*, Bern 2011; Irenka Krone-Germann/Anne de Chambrier, *Teilzeitarbeit in der Schweiz: Eine Quelle von Ungleichheiten, aber auch von Möglichkeiten*, Die Volkswirtschaft 2011, S. 47 ff.

⁶ Broschüre *Jobsharing, Zwei Kompetenzen zum Preis von einer, Der dritte Weg in Richtung Vollzeit mit Teilzeitpensum*, abrufbar unter <www.go-for-jobsharing.ch>.

⁷ Wilhelm Boner, *Teilzeitarbeit*, Diss. Bern 1985, S. 46; Hans-Peter Egli, *Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit*, SJZ 2000, S. 205 ff., S. 212; BGE 122 V 169 E. 6a. cc.

⁸ Amstutz/Jochem (Fn. 2), S. 5.

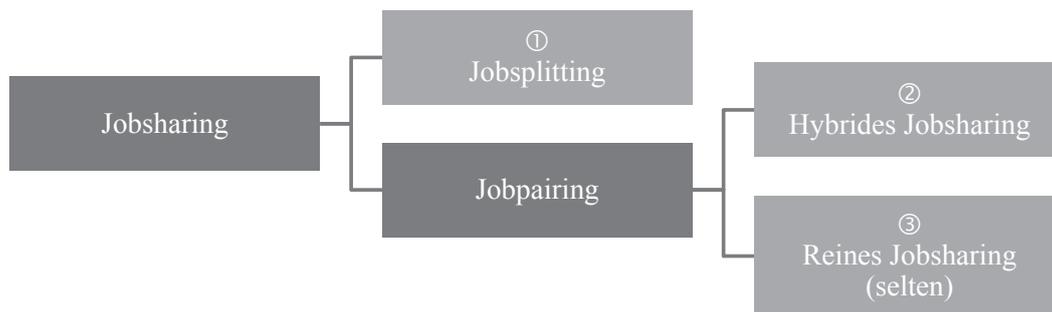
auf ihr Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit und überlässt den Arbeitnehmern die Entscheidung, wie sie sich die Stelle aufteilen⁹. Die Arbeitnehmer verfügen selbst – zusammen mit ihren Jobsharing-Partnern – über ihre Zeit¹⁰. Im Unterschied zur gewöhnlichen Teilzeitarbeit erfolgt aber nicht nur eine Reduktion des Arbeitspensums. Vielmehr werden zwei (oder mehr) Pensen auch *inhaltlich* aufeinander abgestimmt. Es wird eine Aufgabe auf zwei Arbeitnehmer aufgeteilt¹¹. In diesem Sinn ist Jobsharing ein arbeitsorganisatorisches Modell, bei dem die zeitliche Regelung nur einen Aspekt unter anderen darstellt.

Das Konzept des Jobsharings ist nicht neu. Es entstand vor mehr als 20 Jahren in den USA¹². Dass es heute neuen Auftrieb bekommt, liegt an der steigenden Zahl von Beschäftigten, die ihr Familien- und Berufsleben besser vereinbaren wollen. Für viele Arbeitnehmer im oberen Kaderbereich scheint Jobsharing eine ideale Arbeitsform zu sein, berufliche Ziele und persönliche Interessen miteinander ver-

einbaren zu können. Diese alternative Arbeitsform weist verschiedene Parallelen zur sogenannten «*sharing economy*», der Ökonomie des Teilens, auf¹³. Beide basieren auf gemeinsamer Mittelnutzung, sozialen Aspekten, einer nachhaltigeren Nutzung von Humanressourcen, Wissenstransfer und dem intensiven Einsatz von Informationstechnologie. Die Teilung der Führungsfunktion kann helfen, um in der verbleibenden Zeit vermehrt inhaltliche Aufgaben wahrnehmen zu können¹⁴. Die Teilung auf allen Ebenen führt zu einer Reflexion über die Verteilung von Einkommen und Vermögen im Allgemeinen.

II. Begriffe: Verschiedene Formen des Jobsharings

In der Praxis werden unter dem Begriff «Jobsharing» verschiedene Organisationsformen verstanden, welche sich wie folgt unterscheiden:



⁹ Boner (Fn. 7), S. 44, 46; Egli (Fn. 7), S. 212; Bregnard-Lustenberger (Fn. 3), S. 289; Manfred Rehbindler/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Art. 319 OR N 30; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 3), Art. 321 OR N 4; Vischer Frank/Müller Roland M., Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, S. 57.

¹⁰ Egli (Fn. 7), S. 212; Rehbindler (Fn. 9), N 22; BK-Rehbindler/Stöckli (Fn. 9), Art. 319 OR N 3.

¹¹ Erfahrungsgemäss ist die Aufteilung einer Stelle auf zwei Personen die bislang am häufigsten praktizierte. Im Weiteren wird deshalb von einer Zweiteilung einer Stelle ausgegangen. Dies sagt jedoch nicht aus, dass eine Stelle nicht auf mehr als zwei Personen aufgeteilt werden kann.

¹² Vgl. Tito Boeri/Michael Burda/Francis Kramarz (Hrsg.), Working Hours and Job Sharing in the EU and USA, Oxford 2008.

¹³ Irenka Krone-Germann, Le partage d'emploi, une autre dimension de l'économie collaborative, Revue Economique et Sociale, Lausanne, vol. 72, Juni 2014.

¹⁴ Amstutz/Jochem (Fn. 2), S. 14

«Jobsplitting»^①¹⁵: Beim Jobsplitting erfolgt eine gemeinsame Planung und Aufteilung der Arbeit, wobei die Aufgaben wenn möglich nach persönlichen Neigungen, Kompetenzen und Erfahrungen verteilt werden. Es wird vereinbart, wer wann in welchem Umfang arbeitet und welche Aufgaben zu erfüllen sind. Im Unterschied zum Jobpairing tragen die Arbeitnehmer individuell Verantwortung für den jeweiligen Teil der Aufgabe. Es handelt sich um Arbeitsstellen, die in voneinander unabhängige Teilzeitstellen aufteilbar sind¹⁶. Die Verbindung unter den Arbeitnehmern besteht lediglich darin, dass sie sich einen einzigen Arbeitsplatz teilen und sich entsprechend organisieren müssen¹⁷. Jobsplitting ist insofern unproblematisch, als zwei oder mehrere Teilzeitarbeitsverträge unabhängig voneinander bestehen.

«Jobpairing»¹⁸: Das Jobpairing entspricht dem Kerngedanken des Jobsharings und beinhaltet die gemeinsame Planung und Ausführung der Arbeit. Dies setzt eine enge Kooperation und grosses Vertrauen unter den Jobsharern voraus. Die betroffenen Arbeitnehmer sind untereinander austauschbar, sodass sich die Arbeitgeberin für die Ausführung der Arbeit an den einen wie an den anderen wenden kann. Die beteiligten Arbeitnehmer stehen zur Arbeitgeberin in einem Gruppenarbeitsverhältnis, da die einzelnen Arbeitsverträge aufeinander bezogen sind¹⁹. Meistens wird hier die Vertretungspflicht als sehr relevant erachtet und die Arbeitnehmer werden vertraglich verpflichtet, sich bis zur 100%igen Arbeitsleistung gegenseitig zu vertreten (soweit dies zumutbar

im Sinne von Art. 321c OR ist)²⁰. Das Jobpairing kann in folgende zwei Unterformen aufgeteilt werden.

«Hybrides Jobsharing»^②²¹: Es bindet eine Arbeitgeberin und zwei oder mehrere Arbeitnehmer mit Einzelarbeitsverträgen, d.h. es besteht mit jedem Arbeitnehmer ein separater Teilzeitarbeitsvertrag, wobei die Arbeitnehmer untereinander vertraglich nicht gebunden sind²². Hybrides Jobsharing zeichnet sich in der Praxis durch die informelle Aufteilung der Dossiers zwischen den Partnern aus, wobei einige Aufgaben voll austauschbar sind und beide die Verantwortung gemeinsam tragen²³. Die Arbeitnehmer organisieren die Aufteilung der Arbeitszeit untereinander, ohne dass die Arbeitgeberin auf dem Weisungswege einschreiten kann (es sei denn, die Arbeitnehmer könnten sich nicht einigen).

«Reines Jobsharing»^③²⁴: Es bindet eine Arbeitgeberin und zwei oder mehrere Arbeitnehmer mit einem einzigen Arbeitsvertrag und zeichnet sich dadurch aus, dass sich die Arbeitnehmer, bevor sie eine Vertragsbeziehung eingehen, zu einem Team zusammenschliessen²⁵. Dadurch besteht nicht nur zwischen der Arbeitgeberin und den einzelnen Arbeitnehmern, sondern auch zwischen den Arbeitnehmern untereinander ein Vertragsverhältnis, letzteres in Form einer einfachen Gesellschaft²⁶. Die beteiligten Angestellten sind gemeinsam für die Einhaltung der vertraglichen Pflichten verantwortlich, wodurch die persönliche Leistungspflicht relativiert wird²⁷. Hinsichtlich der Arbeitsaufteilung bedeutet reines Job-

¹⁵ Begriff wird auch benutzt von *Adrian Blum/Robert Zaugg*, Beschäftigung durch innovative Arbeitszeitmodelle, Schlussbericht, BWA Schriftenreihe, Bern 1998, S. 127.

¹⁶ Wird auch «uneigentliches Jobsharing» oder «Timesharing» genannt, siehe *Bregnard-Lustenberger* (Fn. 3), S. 290; *Egli* (Fn. 7), S. 212; *Thomas Geiser*, Neue Arbeitsformen, flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, AJP 1995, S. 557 ff., S. 561; *Julia K. Kuark*, Gemeinsam an der Spitze – Das Modell Topsharing, Broschüre Brugg 2003, S. 55. Von «fremdbestimmter Teambildung» spricht *Jean-Marc Futterknecht*, Job Sharing, Diss. Bern 1985, S. 96.

¹⁷ *Egli* (Fn. 7), S. 212; *Geiser* (Fn. 15), S. 561.

¹⁸ *Blum/Zaugg* (Fn. 14), S. 126. Wird auch «eigentliches Jobsharing» genannt, siehe *Bregnard-Lustenberger* (Fn. 3), S. 290; *Egli* (Fn. 7), S. 212 f.; *Geiser* (Fn. 15), S. 561 f. Vgl. für ein Anwendungsbeispiel BGer 8C.251/2010 vom 29.6.2010, Jobpairing beim Ratssekretariat der Stadt Bern.

¹⁹ *Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 904.

²⁰ Auf Grund der genannten Bestimmung kann sehr wohl auch die Verpflichtung bestehen, die andere Person über eine Beschäftigung von 100% hinaus zu vertreten, wenn die Voraussetzungen zur Leistung von Überstunden gegeben sind.

²¹ Auch «Betriebsgruppe» genannt, siehe *Boner* (Fn. 7), S. 47; *Bregnard-Lustenberger* (Fn. 3), S. 290 f.; *Geiser* (Fn. 15), S. 561; *Vischer/Müller* (Fn. 9), S. 58, N 43.

²² *Boner* (Fn. 7), S. 47; *Bregnard-Lustenberger* (Fn. 3), S. 290 f.; *Geiser* (Fn. 15), S. 561; *Vischer/Müller* (Fn. 9), S. 58, N 43.

²³ *Irenka Krone-Germann/Anne de Chambrier*, Jobsharing – Zwei Kompetenzen zum Preis von einer, Praktischer Ratgeber, Februar 2015, abrufbar unter <www.go-for-jobsharing.ch>, S. 4.

²⁴ Auch «Eigengruppe» genannt, siehe *Bregnard-Lustenberger* (Fn. 3), S. 291; *Egli* (Fn. 7), S. 212 f.; *Geiser* (Fn. 15), S. 561 f. Vgl. auch JAR 1996, S. 160 f.

²⁵ *Bregnard-Lustenberger* (Fn. 3), S. 291; *Vischer/Müller* (Fn. 9), S. 58, FN 44.

²⁶ *Krone-Germann/de Chambrier* (Fn. 22), S. 4; *Portmann/Stöckli*, (Fn. 18), N 933 ff.

²⁷ *Boner* (Fn. 7), S. 47; *Geiser* (Fn. 15), S. 562; *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 9), N 22.

sharing gänzliche Austauschbarkeit beider Partner und Kontinuität sämtlicher Dossiers²⁸.

III. Gesetzliche Reglementierung des Jobsharings

In der Schweiz gibt es bisher keine speziellen gesetzlichen Bestimmungen oder Rechtsprechung zum Jobsharing²⁹. Eine gesetzliche Reglementierung des Jobsharings ist nicht ratsam. Denn das Jobsharing entspricht dem Flexibilitätsbedarf der Arbeitnehmer. Die bestehende Flexibilität stellt in der aktuellen Wirtschaftslage einen grossen Vorteil dar. Ein Gesetz oder eine Verordnung würden die Möglichkeiten eines Jobsharing-Vertrages in ein vorgegebenes Korsett binden. Es liegt in der Verantwortung der einzelnen Unternehmen, die Vorteile und Nachteile von Teilzeillösungen oder Jobsharings für jeden einzelnen Arbeitsplatz zu beurteilen. Dabei müssen die verfügbaren finanziellen und personellen Ressourcen sowie die Zielsetzungen der Organisationseinheit und die anstehenden Aufgaben berücksichtigt werden³⁰.

IV. Vertragliche Reglementierung des Jobsharings

Die geeignete Vertragsform für einen Jobsharing-Vertrag ist der Einzelarbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Einen spezifischen Jobsharing-Vertrag kennt das schweizerische Recht nicht.

Um rechtliche Sorgen zu vermeiden, sollte der Einzelarbeitsvertrag zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer die *interne Arbeitsaufteilung* und *Arbeitsorganisation* zwischen den Jobsharern minutiös regeln. Man sollte sich für eine der drei Formen des Jobsharings (wie oben unter II. beschrieben) entscheiden, auch wenn Details später feinabgestimmt werden. Entscheidend ist festzuhalten, wer dafür *verantwortlich* ist, dass schliesslich die Aufteilung

der Arbeit zwischen den beiden Arbeitnehmern ausgeglichen ist. Die Zeitsouveränität ist entweder den beiden Arbeitnehmern oder der Arbeitgeberin zuzuweisen. Letzterenfalls muss diese die Einhaltung der Aufteilung kontrollieren und gegebenenfalls auch Weisungen erteilen können, wer wann zu arbeiten hat. Liegt die Zeitsouveränität demgegenüber bei den Arbeitnehmern, so entscheiden diese frei, wer wann arbeitet. Sie tragen dann auch selber das Risiko einer unausgeglichenen Aufteilung der Arbeit. Es sollte ein *Stundenplan* aufgestellt werden, der festhält, wer wann arbeitet. Selbst wenn dieser Stundenplan im Alltag nicht im Detail befolgt wird, schafft er Klarheit bei Streitigkeiten, wer wann zu arbeiten hat. Der entsprechende Stundenplan kann als subsidiär bezeichnet werden, sodass die Arbeitnehmer einverständlich ohne weiteres davon abweichen und die Arbeit anders aufteilen können.

Nachfolgende Punkte müssen des Weiteren besonders beachtet und im Vertrag umfassend geregelt werden:

1. Abwesenheit eines Jobsharing-Partners: Vertretungspflicht?

Die Arbeitgeberin verzichtet beim Jobsharing in der Regel gerade darauf, Arbeitsstunden und eine bestimmte Arbeitsorganisation festzulegen. Die Zeitsouveränität liegt insoweit bei den Arbeitnehmern. Im Idealfall arrangieren sich die Arbeitnehmer so, dass der Arbeitsplatz ständig besetzt ist und den Erfordernissen des Arbeitsplatzes Rechnung getragen wird, unabhängig davon, welcher von den Arbeitnehmern gerade arbeitet. Es sollte ein Konsens über die Arbeitsaufteilung und Arbeitsorganisation zwischen Arbeitgeberin und Jobsharern gefunden werden. Werden sich die Arbeitnehmer punkto Aufteilung der Arbeitszeit nicht einig und ist keine vertragliche Ersatzregel vorgesehen, so muss die Arbeitgeberin die Zeitsouveränität wiederum übernehmen und ihr Weisungsrecht steht ihr somit wieder zur Verfügung³¹.

In einem Jobsharing-Vertrag muss unbedingt geregelt werden, inwiefern ein Arbeitnehmer den anderen zu vertreten hat, wenn dieser der Arbeit infolge

²⁸ Krone-Germann/de Chambrier (Fn. 22), S. 4.

²⁹ Vgl. auch Valérie Hirschi, SECO, Rapport juridique Job-Sharing, Bern, Dezember 2013, passim.

³⁰ Motion 09.3066 Katharina Prelicz-Huber vom 9.3.2009.

³¹ Portmann/Stöckli (Fn. 18), N 908; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 3), Art. 321 OR N 4.

Ferien, Krankheit, Militärdienst etc. fernbleibt. Denn es ist in der Lehre umstritten, ob eine Vertretungspflicht beim Jobsharing immer gegeben ist oder nur dann, wenn es vertraglich vereinbart wird³². Eine unbeschränkte Vertretungspflicht bis zu 100% dürfte von den Arbeitnehmern nicht erwünscht sein, da sie eine dauernde Abrufbereitschaft zur Folge hätte, was mit dem Wunsch des Arbeitnehmers nach mehr Flexibilität nicht zu vereinbaren wäre. Deshalb ist es empfehlenswert, im Vertrag die Vertretungspflicht auf den auslösenden Anlass oder aber im zeitlichen Ausmass zu beschränken³³.

2. Überstunden

Beim Jobsharing können bezüglich der Abgrenzung der Überstundenarbeit von der Normalarbeit Schwierigkeiten entstehen. Es stellt sich deshalb die Frage, wie der Arbeitnehmer zu entschädigen ist, der seinen verhinderten Jobsharer vertritt.

Beim Jobsplitting ist die individuelle Arbeitszeit für jeden einzelnen Arbeitnehmer vertraglich festgelegt, sodass die darüber hinaus geleisteten Stunden Überstunden darstellen, welche gemäss Art. 321c OR zu entschädigen sind³⁴.

Beim Jobpairing hingegen ist es schwierig, die normale Arbeitszeit von den Überstunden abzugrenzen, da die Arbeitnehmer untereinander selbst bestimmen können, wann welcher Arbeitnehmer wie viel Arbeit zu leisten hat. Es ist davon auszugehen, dass zwischen den Arbeitnehmern ein Einverständnis besteht, dass man auch mal mehr arbeiten muss und dann Mehrarbeit geleistet werden muss³⁵. Diese Mehrarbeit stellt aber noch keine Überstundenarbeit dar, da sich die Arbeitnehmer vertraglich verpflichten

haben, in bestimmten Situationen über ihr üblicherweise zu leistendes Teilzeitpensum hinaus Arbeit zu leisten³⁶. Die Mehrarbeit ist folglich ein Bestandteil der von ihnen vertraglich vereinbarten ordentlichen Arbeitszeit.

Da diese Meinung aber nicht unumstritten ist, empfiehlt es sich, diese Frage im Vertrag explizit zu regeln. Es wird in der Lehre teilweise argumentiert, dass Überstundencharakter vorliegt, weil die Vertretungsarbeit nicht in jedem Fall zumutbar sei³⁷. Wenn es sich z.B. um kinderbetreuende Mütter oder Väter handelt, so können diese nicht einfach von einem Tag auf den anderen voll arbeiten. Dem ist zwar beizupflichten. Die Vertretungspflicht ist tatsächlich auf das Zumutbare im Sinne von Art. 321c OR beschränkt. Es gilt aber zu berücksichtigen, dass die beteiligten Arbeitnehmer aufgrund der übernommenen Vertretungspflicht damit rechnen müssen, bei Arbeitsverhinderung des (bzw. eines anderen) beteiligten Arbeitnehmers einzuspringen, was zu einer erhöhten Zumutbarkeit führt³⁸. Wir sind aber der Meinung, dass beim Jobsharing zwischen der Zumutbarkeit der Arbeitszeit und der Bezahlung der Arbeitszeit mit Überstundenzuschlag unterschieden werden muss. Selbst wenn die Vertretungsarbeit für den Arbeitnehmer zumutbar sein muss und sie dies nicht immer sein mag, heisst das noch nicht, dass auf diese Arbeit immer ein Überstundenzuschlag geschuldet ist.

Zu beachten ist, dass sich die Frage der Zumutbarkeit nicht ausschliesslich beim Jobsharing stellt. Auch bei einem ganz gewöhnlichen Arbeitsverhältnis steht nicht nur die Leistung von Überstunden unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit. Vielmehr muss diese auch geklärt werden, wenn die Arbeitgeberin aus betrieblichen Gründen vom Arbeitnehmer eine Verlegung der Arbeitszeiten auch ohne Mehrarbeit verlangt.

³² Gegen eine per se-Vertretungspflicht: *Boner* (Fn. 7), S. 48 f.; *Bregnard-Lustenberger* (Fn. 3), S. 290; *Egli* (Fn. 7), S. 213; *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 9), Art. 319 OR N 30; *Vischer/Müller* (Fn. 9), S. 57 f. Für eine per se-Vertretungspflicht: *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, N 6 f. zu Teilzeitarbeit; *Geiser* (Fn. 15), S. 562; *Subilia Olivier*, Le partage du travail en droit suisse, Lausanne 1997, S. 123; *Walter Haller*, Besetzung von Vollämtern im Job Sharing?, ZBL 1997, S. 193 ff.; *Futterknecht* (Fn. 15), S. 115 f.; *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 3), Art. 321 OR N 4; *Portmann/Stöckli* (Fn. 18), N 909.

³³ *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 9), N 31; *Egli* (Fn. 7), S. 213.

³⁴ *Bregnard-Lustenberger* (Fn. 3), S. 295; *Egli* (Fn. 7), S. 213; *Geiser* (Fn. 15), S. 562.

³⁵ *Bregnard-Lustenberger* (Fn. 3), S. 295; *Geiser* (Fn. 15), S. 562.

³⁶ *Manfred Rehbinder*, Job Sharing – Eine neue Form des Arbeitsvertrages, in Manfred Rehbinder (Hrsg.), Flexibilisierung der Arbeitszeit, SSA Heft 30, Bern 1987, S. 52; *Boner* (Fn. 7), S. 57 f.; *Futterknecht* (Fn. 15), S. 118 f.; *Geiser* (Fn. 15), S. 562. A.M. *Adrian Staehelin*, Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 319 N 57; *Portmann/Stöckli* (Fn. 18), N 911; *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 3), Art. 321 OR N 4.

³⁷ *Egli* (Fn. 7), S. 213; *ZK-Staehelin* (Fn. 35), Art. 319 OR N 57.

³⁸ *Geiser* (Fn. 15), S. 562.

Des Weiteren ist beim Jobsharing-Vertrag grundsätzlich anzunehmen, dass die beteiligten Arbeitnehmer verpflichtet sind, Mehrarbeit aus gegenseitiger Vertretung durch Freizeit zu kompensieren. Das Einverständnis der Arbeitnehmer zum Freizeitausgleich (statt Auszahlung) wird mit dem Vertragsabschluss erteilt³⁹.

Wir sind der Meinung, dass der *vertretende Jobsharer*, welcher an der Arbeitsleistung im Sinne von Art. 324a OR verhindert ist, keinen Lohnanspruch auf die Vertretungsarbeit besitzt⁴⁰. Ansonsten kommt es zum Resultat, dass die Arbeitgeberin für zwei kranke Jobsharer zwei Löhne bezahlt, ohne eine Arbeitsleistung entgegennehmen zu können⁴¹. Das würde keine guten Anreize setzen, Jobsharer überhaupt zu beschäftigen.

3. Ferien

Bezweckt das Jobsharing die ständige Präsenz eines Arbeitnehmers am Arbeitsplatz, so muss der eine den anderen vertreten, wenn dieser in den Ferien ist. Eine solche Vertretung muss im Arbeitsvertrag geregelt werden. Dieser sollte dann auch festhalten, dass nicht beide Arbeitnehmer gleichzeitig in die Ferien gehen können.

Zu beachten ist, dass die gegenseitige Vertretung bei Ferienabwesenheit zur Folge hat, dass dann beide Arbeitnehmer zusammen mehr als 100% arbeiten. Grundsätzlich haben die Jobsharer gemäss Art. 329a OR einen normalen Ferienanspruch. Eine 100% Stelle schliesst ein, dass während mindestens einem Monat im Jahr die Stelle nicht besetzt ist, weil der Arbeitnehmer zwingend vier Wochen Ferien haben muss. Teilweise wird empfohlen, die Ferien durch Lohnzuschlag abzugelten⁴². Dies verstösst aber bei regelmässigen Arbeitsverhältnissen gegen das Abgeltungsverbot⁴³. Einzüräumen ist allerdings, dass die Berechnung des auf die Ferien fallenden Lohnes auf Schwierigkeiten stossen kann.

³⁹ Portmann/Stöckli (Fn. 18), N 910.

⁴⁰ Geiser (Fn. 15), S. 563; ZK-Staehelin (Fn. 35), Art. 319 OR N 57; Portmann/Stöckli (Fn. 18), N 912; BK-Rehbinder/Stöckli (Fn. 9), Art. 319 OR N 32.

⁴¹ So aber Egli (Fn. 7), S. 213.

⁴² Geiser (Fn. 15), S. 563; BK-Rehbinder/Stöckli (Fn. 9), Art. 319 OR N 33.

⁴³ Egli (Fn. 7), S. 213.

4. Ausscheiden eines Jobsharing-Partners

Ob den Arbeitnehmern in einem Jobsharing-Verhältnis nur gemeinsam gekündigt werden kann oder auch einzeln, ist eine Frage der Auslegung der Verträge⁴⁴. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der ordentlichen und der fristlosen Kündigung.

Ordentliche Kündigung: Bei Jobsplitting kann ohne Zweifel einzeln ordentlich gekündigt werden. Beim reinen Jobsharing kann den Arbeitnehmern nur gemeinsam ordentlich gekündigt werden. Das bereitet erhebliche Schwierigkeiten sowohl bezüglich der Zustellung wie auch bezüglich des zeitlichen Kündigungsschutzes. Weil die Kündigung erst mit ihrer Zustellung wirksam ist, können auch bei gleich langen Kündigungsfristen die Endtermine der Arbeitsverhältnisse unterschiedlich sein. Sollen die Arbeitsverhältnisse wirklich synchron beendet werden, muss wohl immer auf die längere Kündigungsfrist abgestellt werden. Das gilt auch bezüglich der Sperrfristen gemäss Art. 336c OR. Läuft eine Sperrfrist beim einen Arbeitsverhältnis, gilt diese auch für das andere Arbeitsverhältnis. Das spricht gegen die Vereinbarung eines reinen Jobsharing. Hingegen ist die Lehre beim hybriden Jobsharing uneinig, ob beide Möglichkeiten (einzelne Kündigungen und gemeinsame Kündigung) offen sind⁴⁵, weshalb es sehr wichtig ist, dies vertraglich zu regeln.

Fristlose Kündigung: Während beim hybriden Jobsharing jedem einzelnen Mitglied fristlos gekündigt werden kann, gilt beim reinem Jobsharing, bei dem sich die Arbeitnehmer zu einer einfachen Gesellschaft zusammengetan haben, eine fristlose Kündigung gegenüber allen, auch wenn nur ein Mitglied der Gruppe den Grund zu einer ausserordentlichen Kündigung geboten hat⁴⁶.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob das Ausscheiden eines einzelnen Jobsharers einen wichtigen Grund bietet, um das Arbeitsverhältnis mit dem oder den anderen fristlos aufzulösen. Beim reinen Jobsharing ist dies insofern zu bejahen, als die Kündigungen sowieso immer die gesamte Gruppe betreffen. Dagegen ist beim hybriden Jobsharing und beim Job-

⁴⁴ Egli (Fn. 7), S. 214; BK-Rehbinder/Stöckli (Fn. 9), Art. 319 OR N 34.

⁴⁵ Egli (Fn. 7), S. 214, hält beides für möglich. A.M. Geiser (Fn. 15), S. 563.

⁴⁶ Geiser (Fn. 15), S. 564.

splitting die Frage zu verneinen. Eine entsprechende anderslautende Vereinbarung wäre nichtig, da Art. 337 Abs. 1 OR zwingendes Recht ist⁴⁷. Der Arbeitgeberin ist zuzumuten, alles zu unternehmen, um den oder die verbleibenden Jobsharer noch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu beschäftigen⁴⁸. Beim Ausscheiden eines Jobsharers ist die Arbeitgeberin aber berechtigt, den übrigen ordentlich zu kündigen⁴⁹.

Arbeitsplatz nach der Kündigung: Beim Ausscheiden eines Jobsharing-Partners sind verschiedene Szenarien vorstellbar, was mit dem Arbeitsplatz in Zukunft geschehen soll, z.B. ein neues Jobsharing, die 100%-Übernahme der Stelle durch den Verbleibenden, oder die Neuausschreibung der Stelle⁵⁰. Es ist empfehlenswert, schon bei Abschluss des Jobsharing-Vertrages zu regeln, was mit der Stelle bei Ausscheiden eines Partners geschehen soll.

5. Mitarbeiterbewertung und Mitarbeiterqualifikation

Die jährliche Mitarbeiterbewertung und -qualifikation findet in Anwesenheit beider Partner auf der Grundlage gemeinsamer Ziele statt⁵¹. Die Partner erklären sich also zumindest hinsichtlich dieser Mitarbeiterbewertung und -qualifikation mit dem Verzicht auf den Datenschutz als Teil des Grundpostulats des Jobsharings einverstanden. Ein Teil der Bewertung kann allerdings auch für jeden Jobsharer separat erfolgen (bspw. persönliche und soziale Kompetenzen, Weiterbildungsbedarf). Die beiden Berufspartner erhalten demnach eine gemeinsame Bewertung mit identischer Beurteilung bezüglich beruflicher Ziele, können aber auch individuelle Empfehlungen erhalten.

⁴⁷ Egli (Fn. 7), S. 214. A.M. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (Fn. 31), N 7 zu Teilzeitarbeit.

⁴⁸ Egli (Fn. 7), S. 214; Geiser (Fn. 15), S. 564.

⁴⁹ Egli (Fn. 7), S 214; Futterknecht (Fn. 15), S. 148.

⁵⁰ Krone-Germann/de Chambrier (Fn. 22), S. 19; Hirschi (Fn. 28), S. 13.

⁵¹ Hirschi (Fn. 28), S. 7.

V. Zusammenfassende Checkliste

Interne Arbeitsaufteilung

- Jobsplitting, hybrides oder reines Jobsharing

Arbeitsorganisation

- Stundenplan
- Büro
- Laptop
- Telefon
- E-Mail

Modalitäten der Informationsübermittlung zwischen den Partnern und mit der Arbeitgeberin

Klares Konzept der Verantwortlichkeiten und der rechtlichen Konsequenzen der gemeinschaftlich getragenen Verantwortung

- Aufgabenverteilung
- Entscheidungsbefugnisse
- Durchführung der Arbeit

Vertretungsregelung bei Abwesenheit eines Partners

- Vertretungspflicht, evtl. Beschränkung nach Anlass und Zeit
- Zumutbarkeit der Vertretung
- Kompensation durch Freizeit
- Überstundenzuschlag

Ferienregelung

- Vorgehensweise zur Ferienregelung
- Möglichkeit der Abgeltung durch Geld
- gleichzeitiger Bezug von Ferien durch Jobsharer

Kündigung

- ordentliche und fristlose Kündigung für jeden einzeln oder für alle
- Zukunft des Arbeitsplatzes bei Ausscheiden eines Partners

Modalitäten der Mitarbeiterbewertung und -evaluation

Entscheidungsprozess im Falle von Meinungsverschiedenheiten