

Christoph Zimmerli\*

## Die Informationspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – eine öffentlich-rechtliche Schutznorm im privatrechtlichen Kleid

Am 1. April 2006 ist der neue Art. 330b OR (Informationspflicht) zusammen mit weiteren Neuerungen im Kontext der sektoriellen Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) in Kraft getreten. Darin auferlegt der Gesetzgeber den Arbeitgebern eine schriftliche Informationspflicht über die wesentlichen Vertrags Elemente. Der folgende Beitrag erläutert Hintergrund und Entstehungsgeschichte und setzt sich in der Sache kritisch mit der schriftlichen Informationspflicht auseinander.

### Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
  1. Regelungsgegenstand
  2. Entstehungsgeschichte
  3. Normzweck
- II. Die Informationspflicht im Einzelnen
  1. Anwendungsbereich
  2. Form
  3. Frist
  4. Inhalt
- III. Rechtsfolgen der Verletzung der Informationspflicht
  1. Materieellrechtliche Auswirkungen
  2. Prozessrechtliche Auswirkungen
- IV. Rechtliche Würdigung

### I. Ausgangslage

#### 1. Regelungsgegenstand

Gemäss Art. 330b Abs. 1 OR muss der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Beginn eines Arbeitsverhältnisses, das auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangen worden ist, den Arbeitnehmer schriftlich über folgende Punkte informieren:

- a. die Namen der Vertragsparteien;
- b. das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses;
- c. die Funktion des Arbeitnehmers;
- d. den Lohn und allfällige Lohnzuschläge;
- e. die wöchentliche Arbeitszeit.

Werden Vertrags Elemente, die mitteilungs pflichtig sind, während des Arbeitsverhältnisses geändert, so sind die Änderungen dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat, nachdem sie wirksam geworden sind, schriftlich mitzuteilen (Art. 330b Abs. 2 OR).

Art. 330b OR ist zwar nicht in die Liste von Art. 362 OR aufgenommen worden. Aus Wortlaut und Zweck dieser neuen Bestimmung ergibt sich aber trotzdem, dass sie für den Arbeitgeber zwingend ist. Sie darf damit nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden.<sup>1</sup>

### 2. Entstehungsgeschichte

#### 2.1 Das Gesetzgebungsverfahren

Die neue Bestimmung hat ihren Entstehungsgrund in den sektoriellen Verträgen zwischen der Schweiz und der EU.<sup>2</sup> Nach dem Entscheid der EU, auf den 1. Mai 2004 zehn weitere Mitgliedstaaten aufzunehmen, nahm sie mit der Schweiz Verhandlungen über die Ausdehnung des am 21. Juni 1999 unterzeichneten und am 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Abkommens über den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und den 15 bisherigen Mitgliedstaaten der EU auf.<sup>3</sup> Die Dachverbände der Gewerkschaften hatten ihre Unterstützung für diese Ausdehnung an die Bedingung geknüpft, dass die im Oktober 1999 vom Parlament verabschiedeten flankierenden Massnahmen durch zusätzliche Massnahmen ergänzt werden. Gegenstand des gewerkschaftlichen Forderungskatalogs war u.a. die

<sup>1</sup> So auch Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, Art. 330b OR N. 5 und Portmann, Die Informationspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR, Ein neues Instrument gegen Lohn- und Sozialdumping, in: ARV/DTA 2007 1 ff., 8.

<sup>2</sup> Die Verfeinerung der flankierenden Massnahmen umfasst vier Neuerungen: (1) die Verstärkung der Informationsrechte der tripartiten Kommissionen (Art. 360b Abs. 6 OR), (2) die Meldepflichten bezüglich entsandter Arbeitnehmer werden erweitert und die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erleichtert, (3) mehrere umstrittene Fragen im Zusammenhang mit der Leiharbeit präzisiert und (4) eine Informationspflicht der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern eingeführt (Art. 330b OR).

<sup>3</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

\* Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt bei Wenger Plattner Rechtsanwälte, Basel Zürich Bern.

Schriftform des Arbeitsvertrages. In der Folge betrieb das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) im Auftrag des damaligen Vorstehers EVD, Bundesrat Joseph Deiss, eine Arbeitsgruppe «Flankierende Massnahmen» mit Beteiligung der Sozialpartner ein, um die Forderungen der Gewerkschaften zu prüfen und zu klären, ob zusätzliche flankierende Massnahmen erforderlich sind und wie diese gegebenenfalls ausgestaltet werden müssten.<sup>4</sup> Die Arbeitsgruppe diskutierte sowohl den Erlass eines öffentlich-rechtlichen Sondergesetzes als auch den Erlass einer entsprechenden Bestimmung im Obligationenrecht. Die Position der Arbeitgebervertreter, wonach eine Bestimmung über einen privatrechtlichen Vertrag im Obligationenrecht zu regeln sei, setzte sich schliesslich durch. In der Frage der Schriftlichkeit erzielten die Sozialpartner einen Kompromiss. Gegenstand dieses Kompromisses war u.a. der Verzicht auf die Formulierung eines Vorschlages betreffend die Einführung der Schriftform für den Arbeitsvertrag. Die schriftliche Mitteilungspflicht wurde insbesondere mit dem Argument verworfen, dass damit die Formfreiheit im Arbeitsvertragsrecht umgangen werde. In der Vernehmlassung hielt dieser Entscheid stand, obwohl er von Gewerkschaftsseite ausdrücklich bedauert wurde.<sup>5</sup>

In der Botschaft vom 1. Oktober 2004<sup>6</sup> schlug der Bundesrat sodann zur Erleichterung der Durchführung der Kontrollen eine schriftliche Information der Arbeitnehmer über wesentliche Aspekte des Arbeitsverhältnisses vor.

In das OR eingefügt wurde die neue Regelung schliesslich durch Art. 2 Abs. 2 des Bundesbeschlusses vom 17. Dezember 2004 über die Genehmigung und Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EG-Mitgliedstaaten zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits sowie über die Genehmigung der Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit.<sup>7</sup> Die Inkraftsetzung erfolgte per 1. April 2006.<sup>8</sup>

## 2.2 Die EU-Regelung zum Vorbild

Der neue Art. 330b OR basiert grundsätzlich auf der Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (sog. Nachweisrichtlinie).<sup>9</sup> Allerdings sind seine Anforderungen weniger weitreichend als die in der EU geltende Regelung.<sup>10</sup> Die Nachweisrichtlinie verpflichtet den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer über mindestens die folgenden wesentlichen Punkte des Arbeitsverhältnisses in Kenntnis zu setzen (Art. 2):

- a. Personalien der Parteien;
- b. Arbeitsplatz und Sitz oder gegebenenfalls Wohnsitz des Arbeitgebers;
- c. Amtsbezeichnung, Dienstgrad, Art oder Kategorie der Stelle, kurze Charakterisierung oder Beschreibung der Arbeit;
- d. Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsvertrages oder Arbeitsverhältnisses;
- e. vorhersehbare Dauer im Falle eines befristeten Arbeitsvertrages oder Arbeitsverhältnisses;
- f. die Dauer des Jahresurlaubs oder die Modalitäten der Gewährung bzw. der Festlegung des Jahresurlaubs;
- g. Länge der bei der Kündigung des Arbeitsvertrages oder Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer einzuhaltenden Kündigungsfristen oder, falls dies nicht angegeben werden kann, Modalitäten der Festsetzung dieser Kündigungsfristen;
- h. Grundbetrag und andere Bestandteile des Arbeitsentgelts sowie Periodizität seiner Auszahlung;
- i. normale Tages- oder Wochenarbeitszeit des Arbeitnehmers;
- j. gegebenenfalls Angabe der einschlägigen Tarifverträge.

Die Unterrichtung über diese Punkte kann entweder über einen schriftlichen Arbeitsvertrag und/oder über ein Anstellungsschreiben und/oder über ein anderes oder mehrere andere Schriftstücke erfolgen. Diese Schriftstücke sind dem Arbeitnehmer spätestens zwei Monate nach Aufnahme der Arbeit auszuhändigen. Wird dem Arbeitnehmer keines dieser Dokumente schriftlich ausgehändigt, so hat ihm der Arbeitgeber mindestens eine

<sup>4</sup> Bericht des Staatssekretariats für Wirtschaft über die Ergebnisse der Arbeitsgruppe «Flankierende Massnahmen» vom 14. Juni 2004 (zit: Bericht über die Ergebnisse der Arbeitsgruppe).

<sup>5</sup> Bericht über die Resultate des Vernehmlassungsverfahrens zum Bericht des seco über die Ergebnisse der Arbeitsgruppe «Flankierende Massnahmen» (Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit) vom 18. Oktober 2004 (zit: seco, Bericht über die Resultate des Vernehmlassungsverfahrens), 8.

<sup>6</sup> Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung des Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 1. Oktober 2004, BBl 2004 5891 6565.

<sup>7</sup> BBl 2004 5891 6565.

<sup>8</sup> AS 2006 979 994.

<sup>9</sup> ABl. L 288 vom 14. Oktober 1991, 31.

<sup>10</sup> Zur Umsetzung europäischer Richtlinien im Arbeitsrecht, kritisch *Hischier*, in: Rezension von *Zimmerli*, Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetzes. *AJP* 2005 771–783, in: *ArbR* 2006 242 ff.

von ihm unterzeichnete schriftliche Erklärung auszuhändigen.

Übt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in einem anderen Land aus, so muss eines dieser Dokumente vor seiner Abreise in seinem Besitz sein und folgende zusätzliche Angaben enthalten:

- a. Dauer der im Ausland ausgeübten Tätigkeit;
- b. Währung, in der das Arbeitsentgelt ausbezahlt wird;
- c. gegebenenfalls die mit dem Auslandsaufenthalt verbundenen Vorteile;
- d. gegebenenfalls die Bedingungen für die Rückführung des Arbeitnehmers.

Die Vorschriften der Richtlinie finden keine Anwendung, wenn die Dauer der Arbeit höchstens einen Monat und/oder die Wochenarbeitszeit höchstens acht Stunden beträgt.

### 3. Normzweck

Der schweizerische Gesetzgeber verspricht sich von der neuen Bestimmung mehrere Vorteile für Arbeitgeber und Arbeitnehmer:

- eine erhöhte Rechtssicherheit für beide Parteien<sup>11</sup>;
- die Möglichkeit, über klare Informationen betreffend die auf ein Arbeitsverhältnis anwendbaren Arbeitsbedingungen zu verfügen;
- die Möglichkeit für die Arbeitnehmer und die Kontrollorgane, allfällige Mängel festzustellen und entsprechend zu handeln.

Die neue Bestimmung weist somit Sozialschutzcharakter auf und ist vor dem Hintergrund der Kontrollen der tripartiten Kommissionen im Rahmen der flankierenden Massnahmen zu verstehen.<sup>12</sup> Da mit der Einführung der Personenfreizügigkeit<sup>13</sup> bzw. nach Ablauf der vereinbarten Übergangsfristen das Erfordernis der Arbeitsbewilligung und damit auch die präventive Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss Art. 9 BVO<sup>14</sup> für Arbeitskräfte aus den entsprechenden Staaten entfallen, soll mit diesen tripartiten Kommissionen eine Kontrolle der Einhaltung minimaler oder üblicher Arbeits- und Lohnbedingungen

sichergestellt werden. Die neue Bestimmung soll also als «nicht diskriminierende Form des Ersatzes der bisher bestehenden Regelung»<sup>15</sup> die Kontrolltätigkeit der tripartiten Kommission erleichtern. Aufgrund dieser Zielsetzung beschränkte der Gesetzgeber in Abweichung von der EU-Regelung den vom Arbeitgeber schriftlich festzuhaltenden Vertragsinhalt auf diejenigen Vertragselemente, die zur Beurteilung, ob die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden, relevant sind.

## II. Die Informationspflicht im Einzelnen

### 1. Anwendungsbereich

#### 1.1 Sachlicher Anwendungsbereich

Die neue Bestimmung verpflichtet den Arbeitgeber als die sozial stärkere Partei, den Arbeitnehmer über die wesentlichen Vertragspunkte des Arbeitsverhältnisses zu informieren. Die Informationsverpflichtung besteht für alle dem OR unterstehenden Arbeitsverhältnisse, also nicht nur für solche, die im Rahmen der Freizügigkeit abgeschlossen worden sind. Als neue, im OR geregelte Arbeitsrechtsnorm findet sie gleichermassen auf alle Arbeitsverhältnisse Anwendung. *Pietruszak*<sup>16</sup> plädiert für eine teleologische Reduktion der Norm mit der Begründung, dass sie auf höhere leitende Angestellte nicht anzuwenden sei, da diese nicht vor Lohndumping geschützt werden müssten. *Portmann*<sup>17</sup> spricht sich dagegen für eine Anwendung der Norm auf die Arbeitsverhältnisse aller Arbeitnehmer unabhängig von ihrer Stellung im Betrieb aus. Er anerkennt zwar, dass die Frage der eingeschränkten Anwendbarkeit der Norm diskussionswürdig ist, spricht sich aber für die Erörterung der Frage im Rahmen einer Gesamtschau aus und lehnt deshalb eine isolierte Beschränkung ab. *Pietruszak* ist zwar in der Sache beizupflichten, dass für eine Anwendung der Norm auf höhere Kader kein Bedarf besteht. Sein aus rechtspolitischen Überlegungen erwogener Ansatz einer teleologischen Reduktion der Norm ist zwar pragmatisch; diesem kann aber aus rechtsdogmatischen Überlegungen nicht gefolgt werden. Vielmehr sollte die von *Portmann*<sup>18</sup> formulierte Anregung einer Gesamtschau zum Anlass genommen werden, das der heutigen Ar-

<sup>11</sup> Einschränkung *Pietruszak*, Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung, in: Jusletter vom 29. Mai 2006, Rz. 7.

<sup>12</sup> Vgl. auch *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez* (Fn. 1), Art. 330b OR N. 1.

<sup>13</sup> Vgl. dazu im Einzelnen, *Zimmerli*, Arbeits- und bewilligungsrechtliche Auswirkungen des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: Jusletter 15. August 2005.

<sup>14</sup> Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO), SR 823.21.

<sup>15</sup> Amtl. Bull. 2004 N 2017, Votum NR Rechsteiner.

<sup>16</sup> *Pietruszak* (Fn. 11), Rz. 31.

<sup>17</sup> *Portmann* (Fn. 1), 3, Anm. 15.

<sup>18</sup> *Portmann* (Fn. 1), 3.

beitswelt nicht mehr gerecht werdende, nivellierende Schutzkonzept des Arbeitsrechts kritisch zu hinterfragen, dies umso mehr, als mit der fortschreitenden Übernahme von Arbeitsrechtsnormen des europäischen Rechts die Regeldichte im Bereich der Schutzvorschriften stetig zunimmt. In der Praxis dürfte die neue Bestimmung bei höheren Kadern allerdings kaum Schwierigkeiten bereiten, weil Kaderarbeitsverhältnisse ohnehin in den meisten Fällen schriftlich abgeschlossen werden.

Eine Grenze findet die neue Bestimmung bei Arbeitsverhältnissen, die für einen Monat oder weniger abgeschlossen worden sind. Bei derart kurzfristigen Arbeitsverhältnissen ist der Arbeitgeber von einer schriftlichen Informationspflicht entbunden. Betroffen sind aber alle Arbeitsverhältnisse, die für mehr als einen Monat oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sind. Der Gesetzgeber hat diese zeitliche Grenze in der Absicht festgelegt, auch bei denjenigen ausländischen Arbeitnehmern Kontrollen durchführen zu können, die für kurze Einsätze eingestellt werden, inklusive Arbeitnehmer mit nicht kontingentierter Bewilligung für eine Dauer von weniger als vier Monaten. Aufgrund der schriftlichen Information kann das Kontrollorgan ersehen, ab welchem Zeitpunkt ein Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigt ist und welche Arbeitsbedingungen für das Arbeitsverhältnis gelten.

### 1.2 Zeitlicher Anwendungsbereich

Art. 330b OR findet auf alle Arbeitsverträge Anwendung, die nach seinem Inkrafttreten per 1. April 2006 abgeschlossen worden sind bzw. abgeschlossen werden. Fraglich ist jedoch, ob diese Norm auch auf Arbeitsverhältnisse Anwendung findet, die vor ihrer Inkraftsetzung begründet worden sind. Der Gesetzgeber hat die Frage des intertemporalen Rechts nicht positiv geregelt. Deshalb finden die allgemeinen Übergangsbestimmungen der Art. 1–4 SchLT ZGB Anwendung. Bei neuen Bestimmungen des Privatrechts mit zwingendem Charakter bejaht das Bundesgericht in aller Regel ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer Rückwirkung.<sup>19</sup> Da Art. 330b OR relativ zwingender Natur ist und mit der Bekämpfung von Lohndumping ein öffentliches Interesse verfolgt, sind die Kriterien für eine Rückwirkung erfüllt. Art. 330b OR findet somit in Anwendung von Art. 2 SchLT ZGB auch auf Arbeitsverhältnisse Anwendung, die vor dem 1. April 2006 eingegangen worden sind. Die Arbeitgeber waren also ver-

pflichtet, ihre Arbeitnehmer innert 30 Tagen seit Inkrafttreten, d.h. bis zum 30. April 2006, nötigenfalls schriftlich über das Arbeitsverhältnis zu dokumentieren. Wird ein mitteilungspflichtiges Vertragselement in einem vor dem 1. April 2006 abgeschlossenen Arbeitsverhältnis nachträglich geändert, so beginnt diese Frist ab dem entsprechenden Zeitpunkt zu laufen.<sup>20</sup>

## 2. Form

Von wesentlicher Bedeutung ist, dass Art. 330b OR nicht die Schriftlichkeit des Arbeitsvertrages, sondern nur die schriftliche Information der Arbeitnehmer über die wesentlichen Bestandteile ihres Arbeitsvertrages vorschreibt. Am Grundsatz der formlosen Gültigkeit des Arbeitsvertrages ändert sich somit nichts.<sup>21</sup> Die schriftliche Information gemäss Art. 330b OR verlangt also nicht die Einhaltung des einfachen Schriftlichkeitserfordernisses gemäss Art. 13 ff. OR. Der schriftlichen Information kommt mit Bezug auf das Arbeitsverhältnis keine konstitutive, sondern nur eine deklaratorische Wirkung zu. Diese Erkenntnisse werden auch durch den Umstand bestärkt, dass die neue Bestimmung rechtssystematisch im OR nicht unter Buchstabe A. Begriff und Entstehung, sondern unter Buchstabe C. Titel IX. Übrige Pflichten des Arbeitgebers Eingang gefunden hat.

In der Praxis ist die schriftliche Informationspflicht einfach zu handhaben. Die schriftliche Information muss nicht in Form eines separaten Dokuments erfolgen, in dem alle fünf Punkte aufgeführt werden, sondern sie kann durch Übergabe eines oder mehrerer Dokumente erfolgen. So tut ein Arbeitgeber seiner gesetzlichen Pflicht bereits Genüge, wenn er dem Arbeitnehmer erstens ein Einstellungsschreiben mit Angabe der Namen der Vertragsparteien, der Funktion und des Datums, ab dem die Arbeit aufgenommen wird, zweitens eine erste Lohnabrechnung mit Angabe des ausbezahlten Lohnes und drittens eine Bestätigung der wöchentlich zu leistenden Arbeitszeit aushändigt. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Exemplar eines schriftlich abgeschlossenen Arbeitsvertrages aushändigt, der die in Art. 330b OR geforderten Elemente enthält. Selbst die Übergabe eines Exemplars des Gesamtarbeitsvertrages an den Arbeitnehmer muss genügen, sofern sich daraus die mitteilungspflichtigen Informationen ohne weiteres erge-

<sup>20</sup> Vgl. unten unter II. 3.

<sup>21</sup> Amtl. Bull. 2004 N 2018, Votum BR Deiss: «Il est faux de dire – et le Conseil fédéral ne veut pas cela – que l'on introduirait par là la forme écrite du contrat de travail.»

ben.<sup>22</sup> Die Information des Arbeitnehmers kann auch im Rahmen eines ersten Mitarbeitergespräches durch Übergabe der Bestätigung erfolgen, oder diese kann dem Arbeitnehmer per Post nach Hause zugestellt werden. Allerdings empfiehlt sich die Gegenzeichnung eines Exemplars bei der persönlichen Übergabe bzw. ein Versand per Einschreiben. Der Arbeitgeber muss diejenigen Angaben, über die eine schriftliche Information zu erfolgen hat, ohnehin einer gesetzlich vorgeschriebenen Sozialversicherungseinrichtung melden. Der vonseiten der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) befürchtete administrative Zusatzaufwand lässt sich damit auf ein absolutes Minimum begrenzen.

### 3. Frist

Die Information hat spätestens nach einem Monat seit Beginn des Arbeitsverhältnisses zu erfolgen. Massgeblich ist der rechtliche Beginn des Arbeitsverhältnisses. Hingegen sind weder der Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages noch der Zeitpunkt der effektiven Arbeitsaufnahme relevant. Die Informationsverpflichtung besteht auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis bereits wieder gekündigt ist, nicht aber wenn das Arbeitsverhältnis bereits wieder aufgelöst ist. Die zeitliche Grenze von einem Monat wurde in der Absicht festgelegt, auch diejenigen ausländischen Arbeitnehmer kontrollieren zu können, die für kurze Einsätze eingestellt werden.

Wird ein Element des Arbeitsvertrages, das der Informationspflicht untersteht, während des Arbeitsverhältnisses verändert, so muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer innert Monatsfrist ab Inkrafttreten der Veränderung schriftlich darüber informieren.

### 4. Inhalt

#### 4.1 Allgemeines

Die abschliessende Aufzählung der Arbeitsbedingungen gemäss Art. 330b OR verpflichtet den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer folgende fünf Punkte schriftlich mitzuteilen: der Name der Vertragsparteien, das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses, die Funktion des Arbeitnehmers, der Lohn und allfällige Lohnzuschläge sowie die wöchentliche Arbeitszeit. Die Mitteilungspflicht besteht auch dann, wenn sich die Parteien

über einzelne Elemente bisher nicht verständigt haben. In diesen Fällen hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Arbeitsbedingungen zu informieren, wie sie dem dispositiven oder zwingenden Recht zu entnehmen sind.

#### 4.2 Name der Vertragsparteien

Gemäss Art. 330b Abs. 1 lit. a OR hat der Arbeitgeber die Namen der Vertragsparteien zu bezeichnen. Ändert sich der Name einer Partei, so löst dies grundsätzlich eine Informationspflicht des Arbeitgebers aus. Bei einer Änderung des Namens des Arbeitnehmers etwa infolge Heirat oder Scheidung setzt die Informationspflicht des Arbeitgebers eine entsprechende Meldung seitens des Arbeitnehmers voraus. Bei Unternehmen ist auf die Wiedergabe der korrekten Firmenbezeichnung Wert zu legen. Praxisrelevant wird die Firmenbezeichnung insbesondere bei Konzernverhältnissen.<sup>23</sup> In solchen Verhältnissen besteht regelmässig eine Mehrzahl von Gesellschaften mit teilweise ähnlichen Firmenbezeichnungen. Zu bezeichnen ist diejenige Konzerngesellschaft, die als Arbeitgeberin auftritt. Treten mehrere Gesellschaften in einem Konzern als Arbeitgeber auf, so sind alle betreffenden Gesellschaften anzugeben. Informationen zu Adresse und (Wohn-)Sitz der Vertragsparteien sind gesetzlich zwar nicht vorgesehen, insbesondere bei internationalen Verhältnissen aber wünschenswert. Bildet der Arbeitgeber eine einfache Gesellschaft, umfasst die Informationspflicht die Namen aller Gesellschafter.

#### 4.3 Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses

Die Angabe des Datums des Beginns des Arbeitsverhältnisses verlangt gemäss Art. 330b Abs. 1 lit. b OR eine Information über das Datum des rechtlichen Beginns des Arbeitsverhältnisses. Nicht anzugeben sind hingegen der Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages und das Datum der tatsächlichen Arbeitsaufnahme.

#### 4.4 Funktion des Arbeitnehmers

Gemäss Art. 330b Abs. 1 lit. c OR hat der Arbeitgeber eine Information über die Tätigkeit und die hierarchische Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen anzugeben. Die Information hat dergestalt zu erfolgen, dass die tripartite Kommission in

<sup>22</sup> Ebenso Portmann (Fn. 1), 4.

<sup>23</sup> Zu Aspekten des Arbeitsverhältnisses im Konzern, statt vieler: Heiz, Das Arbeitsverhältnis im Konzern: ausgewählte individualarbeitsrechtliche Aspekte, Diss. St. Gallen 2004; Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse im Konzern, in: ZBJV 139 (2003) 757–801.

die Lage versetzt wird, die Arbeitsbedingungen zu vergleichen. Ist das Arbeitsverhältnis einem GAV unterstellt, so muss die Information seine Eingruppierung ermöglichen. Weiter gehende Informationen wie Stellenbeschreibungen, Leistungsprofile oder Pflichtenhefte müssen aber nicht abgegeben werden.

#### 4.5 Lohn und allfällige Lohnzuschläge

Art. 330b Abs. 1 lit. d OR verlangt sodann, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch über den Lohn und allfällige Lohnzuschläge informiert. Der Begriff des Lohns umfasst sämtliche Lohnbestandteile, also z.B. auch Sondervergütungen, die nicht im Ermessen des Arbeitgebers stehen. Nicht erfasst von diesem Lohnbegriff sind Gratifikationen. Bestimmt weder der Einzelarbeitsvertrag noch ein Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag den Lohn, so ist der Arbeitgeber gemäss Art. 322 Abs. 1 OR zur Entrichtung des üblichen Lohnes verpflichtet; die Informationspflicht bezieht sich diesfalls auf den üblichen Lohn. Kann der übliche Lohn nicht ermittelt werden, so ist der Lohn im Streitfall vom zuständigen Gericht nach billigem Ermessen festzusetzen. Diesfalls ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer über den seiner Auffassung nach geschuldeten Lohn zu informieren.

#### 4.6 Die wöchentliche Arbeitszeit

Gemäss Art. 330b Abs. 1 lit. e OR hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch über die wöchentliche Arbeitszeit zu informieren. Gemäss dem Wortlaut muss diese Information den wöchentlichen Umfang, nicht aber die Verteilung der Arbeitszeit umfassen. Die Information über die wöchentliche Arbeitszeit steht quer zur weitverbreiteten Flexibilisierung der Arbeitszeit in der Schweiz. Das schweizerische Arbeitsrecht hat den Bedürfnissen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Flexibilisierung der Arbeitszeitmodelle bisher keine unnötigen Schranken auferlegt. Es kann deshalb nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, eine rechtssystematisch wie konzeptionell fragwürdig ausgestaltete und vor einem andern rechtspolitischen Hintergrund erlassene neue Bestimmung dem ausgewiesenen Bedürfnis nach flexiblen Arbeitszeiten entgegenzustellen. Aus den Materialien geht auch nicht hervor, dass der Gesetzgeber die Absicht hatte, einen derart weitgehenden Eingriff in das Arbeitsvertragsrecht vorzunehmen. Der Gesetzgeber wollte vielmehr sicherstellen, dass der Umfang der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeit so präzise wie möglich dokumentiert wird, damit der Vergleich

zwischen Lohn und Leistung des Arbeitnehmers gemacht und somit die Kontrolltätigkeit wirksam durchgeführt werden kann. Der bundesrätliche Entwurf sprach in Anlehnung an die Regelung der EU noch von der täglichen oder der wöchentlichen Arbeitszeit.<sup>24</sup> In der parlamentarischen Beratung setzte sich aber die Auffassung des Ständerates durch, wonach «die wöchentliche Arbeitszeit» und nicht die tägliche Arbeitszeit in der Vertragspraxis üblich sei, da die Beurteilung des Lohnes nach der Anzahl wöchentlicher Arbeitstage unterschiedlich hätte ausfallen können.<sup>25</sup> Die neue Bestimmung will also Transparenz beim Abschluss des Arbeitsverhältnisses schaffen und beschlägt die Frage der Zulässigkeit von Modalitäten des Arbeitsverhältnisses nicht. Somit kann der Arbeitgeber nur verpflichtet sein, den Arbeitnehmer über die wöchentliche Arbeitszeit zu informieren, wenn die Parteien tatsächlich eine solche vereinbart haben oder wenn diese rechnerisch bestimmbar ist. Sind starre Arbeitszeiten vereinbart, stellt sich diese Problematik nicht, weshalb in diesen Fällen ohne weiteres die wöchentliche Arbeitszeit angegeben werden kann. Probleme bereitet die neue Bestimmung allerdings bei der Arbeit auf Abruf, bei welcher der Umfang der zu leistenden Arbeit einseitig durch den Arbeitgeber festgelegt wird, sowie bei einem aufgabenorientierten Arbeitsverhältnis, bei dem der Arbeitnehmer die vereinbarten Aufgaben zu erfüllen hat, ohne dass ihm vom Arbeitgeber eine zeitlich definierte Arbeitszeit vorgegeben wird. In diesen Fällen ist der Arbeitgeber nicht in der Lage, die wöchentliche Arbeitszeit anzugeben, da eine solche weder vereinbart noch rechnerisch bestimmbar ist. Es ist ihm also, selbst wenn er wollte, unmöglich, der gesetzlichen Informationspflicht nachzukommen. Unmögliches kann aber weder verlangt noch durchgesetzt werden. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass in denjenigen Fällen, in denen die Wochenarbeitszeit weder vereinbart noch rechnerisch bestimmbar ist, keine Informationspflicht besteht. Sowenig der Gesetzgeber angestrebt haben wird, die nach OR zu beurteilenden Arbeitsverhältnisse in das überholte Modell der festen wöchentlichen Arbeitszeit zurückzudrängen, wird es seine Absicht gewesen sein, die flexiblen Arbeitsverhältnisse von der Informationspflicht auszunehmen. Ob der gesetzgeberischen Intention bei flexiblen Arbeitsverhältnissen mit der blossen Angabe «Arbeit auf Abruf» oder «gleitende Arbeitszeit» Genüge getan ist, ist deshalb fraglich.<sup>26</sup> Eine Pflicht zur ersatzweisen schriftlichen Information über

<sup>24</sup> BBl 2004 5891 6585.

<sup>25</sup> Vgl. auch Brunner et al. (Fn. 1), Art. 330b OR N. 2.

<sup>26</sup> So aber Portmann (Fn. 1), 6.

den vereinbarten Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung ist Art. 330b Abs. 1 lit. e OR aber auch nicht zu entnehmen.<sup>27</sup> Damit der Vergleich zwischen Lohn und Leistung des Arbeitnehmers trotzdem gemacht und somit der Normzweck erfüllt werden kann, sollte der Arbeitgeber die Information in Fällen, in denen die Bestimmbarkeit der Wochenarbeitszeit fehlt, auf die Mitteilung des erwarteten Umfangs der zu erbringenden Arbeitsleistung in einer Arbeitswoche ausrichten.

#### 4.7 Informationspflicht bei Vertragsänderung

Ändert während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Vertragselement, so hat der Arbeitgeber die Änderung gemäss Art. 330b Abs. 2 OR dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat, nachdem diese wirksam geworden sind, schriftlich zur Kenntnis zu bringen. Der Arbeitgeber muss also den Arbeitnehmer über jede Lohnanpassung oder Änderung der Arbeitszeiten schriftlich informieren. Dies kann entweder in der Ausstellung eines angepassten Vertragsdokuments oder in einem förmlichen Nachtrag erfolgen.

Selbstverständlich muss der Arbeitgeber daneben die übrigen arbeitsrechtlichen Vorschriften zur Vertragsänderung beachten. Dazu zählt die Einwilligung des Arbeitnehmers in die Vertragsänderung und gegebenenfalls auch eine Änderungskündigung.

### III. Rechtsfolgen der Verletzung der Informationspflicht

#### 1. Materiellrechtliche Auswirkungen

Für den Fall, dass ein Arbeitgeber seiner gesetzlichen Verpflichtung zur schriftlichen Information über das Arbeitsverhältnis nicht, nur unvollständig oder nicht rechtzeitig nachkommt, sieht Art. 330b OR keine Sanktionen vor.<sup>28</sup> Dieser Umstand wurde in der Vernehmlassung von einigen Kantonen bedauert.<sup>29</sup> So wird der Arbeitsvertrag nicht unwirksam, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die schriftliche Information nicht erteilt. Auch kommen nicht die orts- und branchenüblichen Arbeits- und Lohnbedingungen auf das betreffende Arbeitsverhältnis zur Anwendung, wenn der Ar-

beitgeber seiner Informationspflicht nicht nachkommt. Zur Anwendung kommen die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln zu den Vertragsverletzungen.

Die Informationspflicht ist als Teilgehalt der Fürsorgepflicht und damit als Nebenpflicht des Arbeitgebers zu qualifizieren und selbstständig einklagbar.<sup>30</sup> Der Arbeitnehmer kann sowohl seinen Anspruch auf Aushändigung der schriftlichen Bestätigung (Erfüllungsanspruch) als auch seinen Anspruch auf Berichtigung einer fehlerhaften schriftlichen Bestätigung (Berichtigungsanspruch) klageweise geltend machen. Kann der Arbeitnehmer die Existenz einer für ihn günstigeren Vereinbarung beweisen, so hat er einen Anspruch auf Lohnnachzahlung oder auf Nachzahlung von Überstunden. Für die Bestimmung des Streitwertes sind die Regeln zum Arbeitszeugnis gemäss Art. 330a OR heranzuziehen.<sup>31</sup> Dem Arbeitnehmer steht theoretisch auch ein Schadenersatzanspruch aufgrund der Verletzung der Informationspflicht durch den Arbeitgeber zu. Schadenersatzansprüche werden in der Praxis aber voraussichtlich von beschränkter praktischer Bedeutung sein, weil dem Arbeitnehmer der Nachweis eines kausal verursachten Schadens kaum gelingen dürfte.<sup>32</sup>

Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Verweigerung der Arbeitsleistung, wenn der Arbeitgeber seiner Informationspflicht nicht nachkommt.<sup>33</sup> Arbeitsleistung und Informationspflicht sind zwar Gegenstand desselben einheitlichen Rechtsverhältnisses, stehen aber nicht in einem Austauschverhältnis zueinander, wie dies gemäss Art. 82 OR Voraussetzung wäre.<sup>34</sup> Auch wird dem Arbeitnehmer durch die fehlende Information seitens des Arbeitgebers die Erbringung der Arbeitsleistung nicht unzumutbar, zumal er die für ihn wohl zentralste Information, die Höhe des Lohnes, der Lohnabrechnung bzw. dem auf sein Konto überwiesenen Betrag entnehmen kann. Unzumutbar ist die Weiterarbeit nur, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint.<sup>35</sup> Die Nichtbefolgung der Informationspflicht des Arbeitgebers stellt keine schwere Vertragsverlet-

<sup>27</sup> Vgl. aber den Vorschlag von *Pietruszak* (Fn. 11), Rz. 30. Die von ihm angeführten Beispiele, z.B. die Umrechnung eines Monatslohnes bei einer Jahresarbeitszeit in einen Wochen- oder Stundenlohn fallen in die Kategorie der rechnerisch bestimmbaren Fälle.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Geiser/Hätiger*, Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 102 (2006) 331 ff., 332, Ziff. 4: Neuerungen im Zusammenhang mit den bilateralen Verträgen.

<sup>29</sup> BBl 2004 6565, 6586.

<sup>30</sup> *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rz. 54, S. 267 ff.

<sup>31</sup> *Pietruszak* (Fn. 11), Rz. 34; *Streiff/von Känel*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 330a OR N. 6.

<sup>32</sup> *Pietruszak* (Fn. 11), Rz. 35, mit Hinweis auf die deutsche Praxis.

<sup>33</sup> So auch *Pietruszak* (Fn. 11) Rz. 36; a.A. *Portmann* (Fn. 1), 7.

<sup>34</sup> *Leu*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel et al. 2005, Art. 82 OR N. 5.

<sup>35</sup> Vgl. *Rehbinder* (Fn. 30), Rz. 353 ff., m.w.H.

zung und damit auch keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar.<sup>36</sup> Weniger schwere Verfehlungen können eine fristlose Kündigung nur im Wiederholungsfall und nach Verwarnung begründen.<sup>37</sup> Selbst wenn sich der Arbeitgeber trotz mehrfacher Aufforderung weigern sollte, seiner Informationspflicht nachzukommen, wird dies allein das Vertrauensverhältnis kaum in einem Masse stören können, dass eine ausserordentliche Kündigung gerechtfertigt wäre.

## 2. Prozessrechtliche Auswirkungen

Die Verletzung der materiellrechtlichen Informationspflicht kann beweisrechtliche Folgen zeitigen, indem sie die Beweisführung durch die beweisbelastete Gegenpartei erschwert oder gar verunmöglicht. Ein Arbeitnehmer, der seinen Arbeitgeber auf Entschädigung geleisteter Überstunden einklagt, muss die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit beweisen. Misslingt ihm die Beweisführung, weil der Arbeitgeber die schriftliche Informationspflicht nicht befolgt hat, so begeht dieser eine Beweisvereitelung. Der Arbeitgeber darf sich keine beweisrechtlichen Vorteile dadurch verschaffen, dass er dem Arbeitnehmer die Benutzung von Dokumenten, welche dieser zur Beweisführung benötigt, erschwert oder gar verunmöglicht. In Lehre und Praxis sind die Folgen einer Beweisvereitelung umstritten.<sup>38</sup> Geht man von einer Umkehr der Beweislast aus, hätte dies im obigen Beispiel zur Folge, dass der Arbeitgeber den Beweis der vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit zu führen hat. Behauptet also der Arbeitnehmer vor Gericht, es sei mündlich eine vom ursprünglichen schriftlichen Vertrag abweichende Regelung getroffen worden, so hat er dies grundsätzlich zu beweisen. Verletzt jedoch der Arbeitgeber seine schriftliche Informationspflicht, so würde der Arbeitgeber – angenommen die beweisrechtliche Folge bestehe in der Umkehr der Beweislast – für die Widerlegung dieser Behauptung beweispflichtig. Dieser Beweis dürfte allerdings schwierig zu erbringen sein. Geht man hingegen von einer Herabsetzung des Beweismasses aus<sup>39</sup>, so führt dies hinsichtlich der wesentlichen Vertragselemente zu einer Beweiserleichterung für den Arbeitnehmer.

Obwohl diese beweisrechtlichen Auswirkungen vom Gesetzgeber kaum beabsichtigt gewe-

sen sein werden, wird die Gerichtspraxis keine andere Wahl haben, als dem Arbeitnehmer die Beweiserleichterung zu gewähren, ansonsten eine Verletzung von Art. 330b OR dem Arbeitgeber zum Vorteil gereichen würde. Die Verletzung der schriftlichen Informationspflicht kann somit direkte Auswirkungen auf den Prozessausgang haben.

Soweit ersichtlich ist zur Verletzung der Informationspflicht gemäss Art. 330b OR bis dato noch kein bundesgerichtlicher Entscheid ergangen.

Der EuGH hat entschieden, dass die Richtlinie 91/533/EWG die Regelung des nationalen Rechts für den Nachweis über das Vorhandensein und den Inhalt des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses nicht berührt.<sup>40</sup> Im Urteil Kappelmann (Rdnr. 33) hat der EuGH festgehalten, dass die nationalen Gerichte die nationalen Beweisregeln im Lichte des Richtlinienzwecks anzuwenden und auszulegen haben, indem sie der Mitteilung nach Art. 2 I Richtlinie 91/533/EWG Beweiskraft in dem Sinne beimessen, dass sie als Nachweis der tatsächlich bestehenden wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses angesehen werden kann und demgemäss für sie eine ebenso starke Vermutung der Richtigkeit spricht, wie sie nach innerstaatlichem Recht einem solchen vom Arbeitgeber ausgestellten und dem Arbeitnehmer übermittelten Dokument zukommen würde. Allerdings hat der EuGH auch darauf hingewiesen (Rdnr. 34), dass die Richtlinie selbst keine Beweisregeln enthält.

Deutsche Gerichte haben zum Nachweisgesetz<sup>41</sup> entschieden, dass dem Arbeitgeber daraus ein Beweismassnachteile erwächst, falls die vom Arbeitnehmer behauptete günstigere Lohnvereinbarung zwar nicht als bewiesen, aber auch nicht als unwahr angesehen werden kann.<sup>42</sup> Denkbar als Folgen wären deshalb auch weniger hohe Anforderungen an das Beweismass für die Arbeitnehmer. In Einzelfällen hat das deutsche Bundesarbeitsgericht (BAG) auch einen Schadenersatzanspruch bejaht.<sup>43</sup> Dabei wurde von einem Verzugsschaden ausgegangen, wobei der durch den eingetretenen Verzug adäquat verursachte Schaden zu ersetzen war. Dieser Schadenersatzanspruch ist auf Naturalrestitution gerichtet.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> EuGH, Slg. 1997 I-6907 = EuZW 1998 88 = NZA 1998 137 Rdnr. 30 (Urteil Kappelmann); EuGH, Rs. C-350/99.

<sup>41</sup> Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz) vom 20. Juli 1995 (Bundesgesetzblatt I 1995 946).

<sup>42</sup> LAG Niedersachsen, Urteil vom 21. Februar 2003, NZA-RR 2003 520 ff.

<sup>43</sup> BAG, Urteil vom 17. April 2002, 5 AZR 89/01; BAG, Urteil vom 5. November 2003, 5 AZR 676/02.

<sup>44</sup> BAG, Urteil vom 5. November 2003, 5 AZR 676/02.

<sup>36</sup> So aber *Portmann* (Fn. 1), 7.

<sup>37</sup> Vgl. BGer. JAR 1995 215; BGer. JAR 1998 228.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu *Schmid*, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel et al. 2006, Art. 8 N. 73, 81; *Beglinger*, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, ZSR 1996/470, 492.

<sup>39</sup> Vgl. BGE 4C.378/1999 E.3.2., m.w.N.

#### IV. Rechtliche Würdigung

Die schriftliche Informationsverpflichtung des Arbeitgebers bietet beiden Parteien erhöhte Rechtssicherheit und schafft Transparenz über die wichtigsten Eckpunkte des Arbeitsverhältnisses. Im Streitfall erleichtert sie zudem die Beweisbarkeit bezüglich der Existenz des Arbeitsverhältnisses und dessen zentralen Inhalten. Dem Arbeitgeber erwächst dadurch ein geringer administrativer Zusatzaufwand, was vorab diejenigen KMU zu spüren bekommen, die bisher auf schriftliche Vereinbarungen verzichtet haben.

Anlass zu dieser Neuregelung gaben nicht innerstaatliche Rechtssetzungspendenzen, sondern die Anpassung der flankierenden Massnahmen an die Ausdehnung der Freizügigkeitsregelung auf die per 1. Mai 2004 neu aufgenommenen EU-Mitgliedstaaten und die in Bezug auf die EU-Arbeitnehmenden eingeführten Kontrollmechanismen. Im OR, das im Vergleich zu anderen europäischen Privatrechtsordnungen bisher kompakt und konzis gehalten werden konnte, findet damit eine Bestimmung Eingang, deren Bedarf zwar ausgewiesen ist und die inhaltlich auch Gegenstand des zivilen und nicht des öffentlichen Arbeitsrechts sein muss, deren Zweck (Kontrolle der Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmenden EU-/EFTA-Bürgern in der Schweiz) aber thematisch ein anderer ist als derjenige der herkömmlichen Regelungen des privaten Arbeitsrechts. So vermag es nicht zu verwundern, dass in der Vernehmlassung dogmatisch zwar zu Unrecht, praktisch aber wohl nicht ganz unberechtigterweise moniert wurde, damit werde das zwingende Formerfordernis der Schriftlichkeit für den Arbeitsvertrag eingeführt. Ob mit der neu geschaffenen Informationspflicht des Arbeitgebers allerdings der angestrebte Normzweck erreicht werden kann, darf bezweifelt werden. Auch in rechtsdogmatischer Hinsicht weist die Neuregelung Schwächen auf, indem sie dem bisher im privaten Arbeitsrecht verfolgten Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht die nötige Beachtung schenkt. Allerdings dürfte die getroffene Regelung für die Arbeitgeber das geringere Übel darstellen, als wenn öffentlichrechtlich legiferiert worden wäre, wäre doch damit aller Voraussicht nach ein zusätzlicher administrativer Aufwand für die Arbeitgeber verbunden gewesen. Hingegen hätte das öffentliche Arbeitsschutzrecht wohl eine differenziertere Lö-

sung erlaubt als das private Arbeitsrecht. Die notgedrungenenmassen flächendeckende Lösung führt dazu, dass auch leitende Angestellte und Branchen (z.B. Banken, Versicherungen, Beratungsfirmen) von der Neuregelung erfasst werden, bei denen die flankierenden Massnahmen wenn überhaupt eine untergeordnete Rolle spielen. Schliesslich wird die Praxis weisen müssen, ob die mit der Neuregelung angestrebte Wirkung erzielt werden kann.

Dem Erfordernis der «wöchentlichen Arbeitszeit» muss mit der Mitteilung des erwarteten Umfangs der zu erbringenden Arbeitsleistung in einer Arbeitswoche Genüge getan sein, falls die wöchentliche Arbeitszeit nicht bestimmbar ist. Eine auf dem Wortlaut der Bestimmung basierende Praxis würde einen Widerspruch zur Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse darstellen, die einem ausgewiesenen Bedürfnis der Gesellschaft und der Unternehmen entspricht; mit Blick auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung wird dies aber kaum der gesetzgeberischen Intention entsprochen haben.

Aufgrund der beweisrechtlichen Konsequenzen, die in der Herabsetzung des Beweismasses oder in einer Beweislastumkehr bestehen können, birgt eine Verletzung der Informationspflicht erhebliche Risiken für den Arbeitgeber. Trotz fehlender Sanktionsdrohung tut ein Arbeitgeber deshalb gut daran, die schriftliche Informationspflicht sowohl bei der Neubegründung des Arbeitsverhältnisses als auch beim Eintritt von Vertragsänderungen richtig und vollständig anzuwenden.<sup>45</sup> Erteilt der Arbeitgeber die Information korrekt und behauptet der Arbeitnehmer trotzdem einen abweichenden Vertragsinhalt, so trägt der Arbeitnehmer die Beweislast dafür.

Bei allen rechtlichen und faktischen Vorbehalten kann dieser schriftlichen Informationspflicht des Arbeitgebers insofern Positives abgewonnen werden, als es der Respekt vor und der Anstand gegenüber dem Arbeitnehmer verlangen, ihm einen korrekt ausgefertigten Arbeitsvertrag in schriftlicher Form auszuhändigen.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> So auch *Emmel*, Aus dem Arbeitsrecht: Plädoyer für den Abschluss schriftlicher Arbeitsverträge, in: NZZ, 14.06.2006, Nr. 135, 70.

<sup>46</sup> Vgl. dazu auch die parlamentarische Debatte, Amtl. Bull. 2004 N 2017, Votum NR Rechsteiner; N 2018, Votum NR Fasel.