

JUSLETTER

Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung

Autor: Thomas Pietruszak

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Thomas Pietruszak, Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung, in: Jusletter 29. Mai 2006

Am 25. September 2005 hat das Schweizer Volk der Ausdehnung des Personenfreizügigkeitsabkommens auf die zehn neuen EU-Mitgliedstaaten und damit verbunden einer Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit zugestimmt. In diesem Zusammenhang wurde ein neuer Art. 330b ins Obligationenrecht aufgenommen, der den Arbeitgeber verpflichtet, bestimmte Elemente des Einzelarbeitsvertrags schriftlich festzuhalten und die Niederschrift dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Am 1. April 2006 ist diese Bestimmung in Kraft getreten. In der öffentlichen Diskussion fand sie bislang kaum Beachtung, zu Unrecht, wie man bei näherer Betrachtung feststellen muss.

Inhaltsverzeichnis

- I. Art. 330b OR im Überblick
- II. Rechtspolitischer Hintergrund
 - A. Normzweck
 - B. Kritik
- III. Zum Inhalt von Art. 330b OR im Einzelnen
 - A. Anwendungsbereich
 - 1. Sachlich/persönlich
 - 2. Zeitlich
 - B. Schriftlichkeit
 - C. Umfang der Informationspflicht
 - 1. Allgemeines
 - 2. Insbesondere: die wöchentliche Arbeitszeit
- IV. Folgen bei Verletzung der Informationspflicht
 - A. Materielle rechtliche Folgen

B. Beweisrechtliche Folgen

1. Verletzung der Informationspflicht als Beweisvereitelung
2. Konkrete Auswirkungen bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten

V. Zusammenfassung

I. Art. 330b OR im Überblick

[Rz 1] Art. 330b trägt die Marginale «Informationspflicht» und hat folgenden Wortlaut¹:

¹ Wurde das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangen, so muss der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmer schriftlich informieren über:

1. die Namen der Vertragsparteien;
2. das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses;
3. die Funktion des Arbeitnehmers;
4. den Lohn und allfällige Lohnzuschläge;
5. die wöchentliche Arbeitszeit.

² Werden Vertragselemente, die nach Absatz 1 mitteilungspflichtig sind, während des Arbeitsverhältnisses geändert, so sind die Änderungen dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nachdem sie wirksam geworden sind, schriftlich mitzuteilen.

[Rz 2] In der Systematik des zehnten Titels des OR befindet sich die Bestimmung unter den «übrigen Pflichten» des Arbeitgebers², im Anschluss an die Zeugnispflicht (Art. 330a). Nach Wortlaut und systematischer Stellung begründet sie daher einen vertraglichen Anspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, innert der Frist von 30 Tagen schriftlich über die mitteilungspflichtigen Vertragselemente informiert zu werden. Der Anspruch entsteht bei der erstmaligen Aufnahme des Arbeitsverhältnisses sowie bei jeder nachfolgenden Änderung eines mitteilungspflichtigen Vertragselements.

[Rz 3] Obwohl Art. 330b OR nicht in die Auflistung von Art. 362 OR aufgenommen wurde, ist er relativ zwingend³. Die Informationspflicht kann daher vertraglich verschärft, nicht aber abgeschwächt oder wegbedungen werden.

II. Rechtspolitischer Hintergrund

A. Normzweck

[Rz 4] Die schweizerische Gesetzgebung sieht verschiedene Instrumente vor, welche den schweizerischen Arbeitsmarkt vor unerwünschten Einwirkungen seitens ausländischer Arbeitskräfte schützen. Eines dieser Instrumente ist die Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen, um sog. Lohn- und Sozialdumping zu verhindern. Soweit für die Aufnahme der Erwerbstätigkeit in der Schweiz eine Arbeitsbewilligung erforderlich ist, erfolgt diese Kontrolle im Rahmen des Bewilligungsverfahrens, indem die Bewilligung unter anderem nur erteilt werden darf,

wenn der Arbeitgeber dem Ausländer dieselben orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen bietet wie den Schweizern (Art. 9 Abs. 1 BVO⁴). Damit dies überprüft werden kann, muss der Arbeitgeber der Arbeitsmarktbehörde einen schriftlichen Arbeitsvertrag einreichen (Art. 9 Abs. 3 BVO).

[Rz 5] Mit Einführung der Personenfreizügigkeit (bzw. nach Ablauf der entsprechenden Übergangsfristen) entfällt für Arbeitskräfte aus den betreffenden Staaten das Erfordernis der Arbeitsbewilligung und damit auch die präventive Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss BVO. Als Ausgleich wurden am 01.06.2004 flankierende Massnahmen eingeführt, welche die nachträgliche Kontrolle der Einhaltung minimaler oder üblicher Arbeits- und Lohnbedingungen ermöglichen sollen. In deren Zentrum stehen die sog. tripartiten Kommissionen. Deren Aufgabe ist es, den Arbeitsmarkt zu beobachten und, wenn eine missbräuchliche Unterbietung der orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne festgestellt wird, mit den betreffenden Arbeitgebern die Verständigung zu suchen und nötigenfalls bei der zuständigen Behörde den Erlass eines Normalarbeitsvertrags zu beantragen (Art. 360b Abs. 3 OR).

[Rz 6] Anlässlich der Ausdehnung des Personenfreizügigkeitsabkommens auf die zehn neuen EU-Mitgliedstaaten wurde von den Gewerkschaften die Forderung nach einer Verschärfung der flankierenden Massnahmen erhoben. Als Reaktion auf diese Forderung wurde Art. 330b OR eingeführt mit dem Ziel, den tripartiten Kommissionen die Beobachtung des Arbeitsmarktes und insbesondere die Kontrolle der Löhne zu erleichtern⁵. Die Informationspflicht soll dazu führen, dass die Lohnbedingungen in schriftlicher Form vorliegen und somit von den tripartiten Kommissionen festgestellt werden können⁶. Entsprechend dieser Zielsetzung beschränkte der Gesetzgeber den vom Arbeitgeber schriftlich zu fixierenden Vertragsinhalt ausdrücklich auf diejenigen Punkte, die zur Beurteilung, ob eine missbräuchliche Lohnunterbietung vorliegt, wesentlich sind⁷. So lässt sich aus den Angaben über Funktion, Lohnhöhe und Umfang der Arbeitszeit eine relationale Lohnhöhe berechnen, anhand der beurteilt werden kann, ob der betreffende Lohn marktüblich ist. Die Informationslage der tripartiten Kommissionen über die Lohnvereinbarungen soll damit derjenigen der Arbeitsmarktbehörde unter Art. 9 Abs. 1 BVO angeglichen werden. In der parlamentarischen Beratung wurde Art. 330b OR denn auch als «nichtdiskriminierende Form des Ersatzes der bisher bestehenden Regelung» – gemeint ist das Bewilligungsverfahren gemäss BVO – bezeichnet⁸.

[Rz 7] Dem Gesetzgeber ging es also mit Art. 330b OR nicht darum, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers in seinem individuellen Arbeitsverhältnis zu verbessern, wie man bei erstem Blick auf die Norm meinen könnte⁹. Bezweckt wird vielmehr eine Erleichterung der Kontrolltätigkeit der tripartiten Kommissionen. Zwar weist die Botschaft darauf hin, dass erhöhte Rechtssicherheit für die Vertragsparteien und Rechtsklarheit bezüglich der anwendbaren Arbeitsbedingungen ebenfalls «Vorteile» der Regelung sind¹⁰. Aus den gesamten Materialien und dem Kontext, in dem die Bestimmung eingeführt wurde, ist jedoch zu schliessen, dass es sich dabei um blosser Nebeneffekte, nicht aber um den eigentlichen Zweck von Art. 330b OR handelt.

B. Kritik

[Rz 8] Ob die Schaffung dieser allgemeinen privatrechtlichen Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer das adäquate rechtliche Mittel zur Erreichung des angestrebten

Regelungsziels ist, erscheint fraglich.

[Rz 9] Die Zielsetzung, die der Gesetzgeber mit Art. 330b OR verfolgt, würde eigentlich nach der Schaffung einer allgemeinen öffentlichrechtlichen Verpflichtung des Arbeitgebers rufen, eine schriftliche Dokumentation zu führen, in der die erforderlichen Informationen über das Arbeitsverhältnis enthalten sind. Die gesetzlichen Grundlagen, die den tripartiten Kommissionen ein Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in eine solche Dokumentation einräumten, wären mit Art. 360b Abs. 5 OR und Art. 7 Abs. 2 EntsG¹¹ vorhanden. Eine solche Lösung dürfte jedoch – nicht zuletzt wegen der damit verbundenen zusätzlichen administrativen Belastung des Arbeitgebers¹² – kaum mehrheitsfähig gewesen sein.

[Rz 10] Der eingeschlagene Umweg über das Privatrecht weist konzeptionelle Schwächen auf. So ist schon im Grundsatz fragwürdig, das privatrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit einer gesetzlichen Vorschrift zu belasten, ohne einen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien anzustreben. Ziel und Wirkung der Regelung fallen damit auseinander. Hinzu kommt, dass die neue Regelung auch in Branchen gilt, in denen Lohndumping und flankierende Massnahmen kein Thema sind, wie etwa im Finanzdienstleistungssektor¹³. Dasselbe gilt mit Bezug auf leitende Angestellte. Das öffentliche Recht hätte hier differenziertere Lösungen ermöglicht, wie man sie im Arbeitsschutzrecht kennt¹⁴. Auch ist zu bezweifeln, ob Art. 330b OR überhaupt die gewünschte Wirkung haben wird. Arbeitgeber, die nicht vor missbräuchlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zurückschrecken, werden sich vom Informationsanspruch des Arbeitnehmers wohl kaum derart beeindrucken lassen, dass sie von sich aus die verlangten Dokumentationen erstellen und gar noch für die Behörden bereit halten. Selbst wenn aber der Arbeitnehmer die Informationen erhält, ist dies für die tripartiten Kommissionen nur von beschränktem Nutzen, da diese gegenüber dem Arbeitnehmer über kein Auskunfts- und Einsichtsrecht verfügen. Die tripartiten Kommissionen sind daher darauf angewiesen, dass entweder der Arbeitnehmer ihnen bereitwillig die betreffenden Dokumente aushändigt oder entsprechende Kopien im Betrieb vorhanden sind. Ausgereift ist diese Konzeption nicht.

[Rz 11] Ebensovienig befriedigt die getroffene Lösung unter dem Gesichtspunkt der Arbeitnehmerinformation. Nach der Botschaft soll sie dem Arbeitnehmer ermöglichen, «über klare Information über die auf [s]ein Arbeitsverhältnis anwendbaren Arbeitsbedingungen zu verfügen»¹⁵. Angesichts der bloss rudimentären mitteilungspflichtigen Punkte kann davon jedoch kaum die Rede sein. Die europäische Messlatte liegt in dieser Hinsicht mit Art. 2 der Nachweis-RL wesentlich höher, worauf bereits die Botschaft hinwies¹⁶.

[Rz 12] Der Eingriff des Art. 330b OR in die Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vermag daher kaum zu überzeugen, aus welchem Blickwinkel man die Bestimmung auch betrachtet.

[Rz 13] Obwohl das Regelungsziel von Art. 330b OR an sich ein öffentlichrechtliches ist, hat die Bestimmung ausschliesslich privatrechtliche Wirkungen. Wie weit diese Wirkungen gehen, wird in den Materialien leider nicht thematisiert. Es obliegt daher den Gerichten, hier die entsprechenden Leitlinien zu setzen. Aufgrund des Auseinanderfallens von Ziel und Wirkung der Norm sind

Probleme bei ihrer Anwendung, insbesondere Fragen der Auslegung, vorprogrammiert. Einzelne dieser Probleme sollen im Folgenden thematisiert werden.

III. Zum Inhalt von Art. 330b OR im Einzelnen

A. Anwendungsbereich

1. Sachlich/persönlich

[Rz 14] Die neue Informationspflicht gilt für praktisch sämtliche Arbeitsverhältnisse. Ausgenommen sind einzig Arbeitsverhältnisse, die auf maximal einen Monat befristet sind. Die Botschaft hält dazu fest, dass die Grenze von einem Monat für befristete Arbeitsverträge in der Absicht festgelegt wurde, Kontrollen auch bei denjenigen ausländischen Arbeitnehmern zu ermöglichen, die für kurze Einsätze eingestellt werden, einschliesslich Arbeitnehmern, die für weniger als vier Monate in der Schweiz tätig sind und deren Bewilligung daher keiner Kontingentierung unterliegt¹⁷.

[Rz 15] Da der zehnte Titel des OR als *loi unique* konzipiert ist, die das Arbeitsverhältnis aller Arbeitnehmer unabhängig von deren Stellung im Betrieb regelt¹⁸, bestehen mit Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich der Norm grundsätzlich keine Beschränkungen. Aus noch darzulegenden Gründen ist jedoch dafür zu plädieren, sie auf höhere leitende Angestellte nicht anzuwenden¹⁹.

2. Zeitlich

[Rz 16] In zeitlicher Hinsicht findet Art. 330b OR selbstverständlich auf alle Arbeitsverträge Anwendung, die nach seinem Inkrafttreten am 1. April 2006 begründet werden.

[Rz 17] Fraglich ist hingegen, ob die Bestimmung auch auf Arbeitsverhältnisse anwendbar ist, die vor diesem Datum abgeschlossen wurden. Da eine besondere Übergangsregelung fehlt, ist die Frage anhand der allgemeinen Übergangsvorschriften des ZGB zu beantworten.

[Rz 18] Gemäss Art. 1 SchIT ZGB gilt der Grundsatz der Nichtrückwirkung. Art. 2 SchIT ZGB bestimmt jedoch, dass Vorschriften, die um öffentlicher Interessen willen aufgestellt sind, grundsätzlich auch auf Tatsachen anwendbar sind, die sich vor ihrem Inkrafttreten ereignet haben²⁰. Zwingende Vorschriften fallen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in aller Regel unter Art. 2 SchIT ZGB, da bei diesen in aller Regel ein überwiegendes öffentliches Interesse an ihrer sofortigen Wirksamkeit besteht²¹. Diese Kriterien sind bei Art. 330b OR erfüllt, da dieser wie gezeigt zwingender Natur ist und nach seiner Zweckbestimmung der Bekämpfung von Lohndumping und damit einem öffentlichen Interesse dient. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die Rechtsprechung Art. 330b OR gemäss Art. 2 SchIT ZGB auch auf Arbeitsverhältnisse anwenden wird, die vor dem 1. April 2006 begründet wurden.

[Rz 19] Dies hat zur Folge, dass sämtliche Arbeitgeber überprüfen müssen, ob ihre Arbeitnehmer in den

betreffenden Punkten schriftlich und dem aktuellen Vertragsinhalt entsprechend dokumentiert sind. Wo dies nicht der Fall ist, muss der Arbeitgeber die betreffende Information dem Arbeitnehmer innert 30 Tagen schriftlich mitteilen. Diese Frist begann am 1. April 2006 oder, wenn ein mitteilungspflichtiges Vertragselement nach diesem Datum geändert wurde, im betreffenden Zeitpunkt zu laufen.

B. Schriftlichkeit

[Rz20] Art. 330b OR verlangt, dass die Informationen dem Arbeitnehmer schriftlich mitgeteilt werden. Dieses Schriftformerfordernis bezieht sich ausschliesslich auf die Erfüllung der Informationspflicht und hat keine konstitutive Wirkung für die Vereinbarung der mitteilungspflichtigen Vertragselemente oder generell für den Abschluss des Einzelarbeitsvertrags. Für die Entstehung des Einzelarbeitsvertrags gilt weiterhin Art. 320 OR, insbesondere der Grundsatz der Formfreiheit²².

[Rz21] Die Informationen müssen dem Arbeitnehmer nicht in Form eines speziellen Dokuments, in dem alle geforderten Punkte aufgeführt sind, zur Verfügung gestellt werden. Gemäss den Materialien soll es genügen, wenn die Informationen in mehreren Dokumenten verteilt enthalten sind, selbst wenn diese Dokumente aus anderen Gründen erstellt werden²³. Die Botschaft erwähnt als Beispiele das Einstellungsschreiben, das über die Namen der Vertragsparteien und die Funktion des Arbeitnehmers informiert, und die erste Lohnabrechnung, welche die Angaben über den vereinbarten Lohn enthält²⁴.

[Rz22] Eine solche Vorgehensweise ist dem Arbeitgeber allerdings nicht zu empfehlen. Werden zur Erfüllung der Informationspflicht mehrere Dokumente verwendet, so besteht einerseits die Gefahr, dass Einzelpunkte aus ihrem vertraglichen Kontext gerissen werden und sich dadurch ihr Sinngehalt verändert. Andererseits können zwischen den verschiedenen Dokumenten relevante Abweichungen und Widersprüche auftreten, was erfahrungsgemäss zu Lasten des Arbeitgebers geht. Schliesslich muss der Arbeitgeber in der Lage sein, die Erfüllung der Informationspflicht zu beweisen. Wie schon bisher ist daher der Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags zu empfehlen, da dieser für beide Vertragsparteien klare Verhältnisse schafft. Damit ist zugleich der Informationspflicht bei Aufnahme des Arbeitsverhältnisses genüge getan, soweit in der Vertragsurkunde die mitteilungspflichtigen Vertragselemente aufgeführt sind²⁵. Zudem sollte im Arbeitsvertrag festgelegt werden, mit welcher Art von Dokument die Informationspflicht bei allfälligen Vertragsänderungen erfüllt wird. Zu denken wäre etwa an ein standardisiertes Formular. Auf diese Weise kann allfälligen Unklarheiten präventiv entgegen gewirkt werden.

C. Umfang der Informationspflicht

1. Allgemeines

[Rz23] Gemäss der abschliessenden Auflistung in Art. 330b Abs. 1 OR erstreckt sich die Informationspflicht auf die Namen der Vertragsparteien²⁶, das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses, die Funktion des Arbeitnehmers, den Lohn und allfällige Lohnzuschläge

sowie die wöchentliche Arbeitszeit.

[Rz24] Die Informationspflicht besteht auch dann, wenn die Parteien über mitteilungspflichtige Vertragselemente keine Vereinbarung getroffen haben, was aufgrund von Art. 320 Abs. 2, 322 Abs. 1 und 321c Abs. 1 OR ohne weiteres der Fall sein kann. So kommt gemäss Art. 320 Abs. 2 OR ein Arbeitsvertrag auch zustande, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst entgegen nimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Die Vertragsentstehung erfolgt hier unabhängig davon, ob die Parteien einen Vertrag gewollt haben oder nicht²⁷. Dasselbe gilt, wenn sich die Parteien über wesentliche Vertragsbedingungen noch nicht geeinigt haben, der Arbeitnehmer die Arbeit aber bereits aufgenommen hat²⁸. Selbst wenn die Parteien willentlich einen Einzelarbeitsvertrag abgeschlossen haben, müssen sie weder die Lohnhöhe noch den Umfang der Arbeitszeit festgelegt haben. Art. 322 Abs. 1 OR sieht ausdrücklich vor, dass der übliche Lohn geschuldet ist, wenn die Parteien die Lohnhöhe nicht bestimmt haben und sich diese auch nicht aus einem Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag ergibt. Gleiches gilt gemäss Art. 321c Abs. 1 OR für den Umfang der Arbeitszeit. Gleichwohl wird auch in diesen Fällen mit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses die Frist von 30 Tagen zur Information ausgelöst, da Art. 330b OR nicht danach unterscheidet, ob die betreffenden Vertragselemente kraft Vereinbarung oder aufgrund subsidiärer gesetzlicher Anordnung gelten. Fehlt es daher an einer entsprechenden Vereinbarung, hat der Arbeitgeber über den üblichen Lohn und die übliche Arbeitszeit zu informieren.

[Rz25] Weicht die erteilte Information vom Vertragsinhalt ab, so wurde die Informationspflicht nicht richtig erfüllt. Gleichzeitig kann die erteilte Information als Offerte zur Vertragsänderung interpretiert werden. Ist die Änderung zugunsten des Arbeitnehmers, kann in der Regel von dessen stillschweigendem Akzept ausgegangen werden, während dies im umgekehrten Fall nur mit Zurückhaltung anzunehmen ist²⁹. Die Beweislast für den von der erteilten Information abweichenden Vertragsinhalt trägt jedenfalls der Arbeitnehmer, wenn er sich darauf beruft.

2. Insbesondere: die wöchentliche Arbeitszeit

[Rz26] Von den mitteilungspflichtigen Vertragselementen wird voraussichtlich vor allem die wöchentliche Arbeitszeit zu Problemen führen. Indem Art. 330b Abs. 1 lit. e OR ausdrücklich die Mitteilung der *wöchentlichen* Arbeitszeit verlangt, scheint die Bestimmung zweierlei vorauszusetzen: Erstens, dass in jedem Arbeitsverhältnis eine bestimmte Arbeitszeit vereinbart ist, die den Umfang der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung festlegt³⁰, und zweitens, dass sich diese Arbeitszeit auf die Woche und nicht auf einen anderen Zeitraum bezieht.

[Rz27] Dies trifft wohl auf jene Arbeitsverhältnisse zu, die noch dem Typus des klassischen, industriellen Arbeitsverhältnisses mit festen Arbeitszeiten entsprechen. Dieser Typus wird jedoch zunehmend durch flexible Arbeitszeitmodelle verdrängt. Aus der Vielzahl von Realtypen³¹ zu erwähnen sind etwa die Jahresarbeitszeit, bei der die Arbeitsstunden flexibel entsprechend dem tatsächlichen Bedarf auf die einzelnen Tage und Wochen verteilt werden, sowie die Arbeit auf Abruf, wo der Umfang der zu leistenden Arbeit einseitig durch den Arbeitgeber bestimmt wird. Das Arbeitsvertragsrecht stand solchen Flexibilisierungen bislang nicht im Weg³². Flexible Arbeitszeiten sind denn auch weit verbreitet. Gemäss einer kürzlich erschienenen Studie können sie 72,6 % der Erwerbstätigen in der Schweiz nutzen, während nur noch rund ein Viertel der

Erwerbstätigen an starre Arbeitszeiten gebunden ist³³. Soll Art. 330b OR hier nun einen grundlegenden Wandel herbeiführen?

- [Rz 28] Ebenfalls Probleme bereitet die Norm beim aufgabenorientierten Arbeitsverhältnis. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass nicht die Arbeitszeit sondern die Erfüllung vereinbarter Aufgaben Leistungsmassstab ist. Den Zeitpunkt des Arbeitseinsatzes sowie dessen Dauer kann der Arbeitnehmer dabei weitgehend selber und flexibel bestimmen³⁴. In der Praxis ist diese Art der Vertragsgestaltung bei höheren leitenden Angestellten üblich und vom Bundesgericht anerkannt³⁵, sie ist aber auch bei Spezialisten und im Aussendienst anzutreffen³⁶. Da beim aufgabenorientierten Arbeitsverhältnis eine zeitlich definierte Arbeitszeit fehlt, stellt sich ebenfalls die Frage, ob Art. 330b Abs. 1 lit. e OR mit dem zwingenden Erfordernis der Mitteilung der wöchentlichen Arbeitszeit das Ende für solche Vereinbarungen – und bei höheren leitenden Angestellten den Zwang zu einer lebensfremden, d.h. fiktiven Vertragsgestaltung – bedeutet.
- [Rz 29] Tatsächlich würde eine auf den Wortlaut von Abs. 1 lit. e abstellende Anwendung von Art. 330b OR zwangsläufig jedes Arbeitsverhältnis in das anachronistische Korsett der wöchentlichen Arbeitszeit zwingen. Dass dies nicht sein kann, ist offensichtlich. Die Materialien enthalten denn auch keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber derart weitgehend in das schweizerische Arbeitsvertragsrecht eingreifen wollte. Dem Gesetzgeber ging es vielmehr darum, den Umfang der zu leistenden Arbeit hinreichend präzise dokumentieren zu lassen, damit der Lohn in ein Verhältnis zur Leistung des Arbeitnehmers gesetzt werden kann und somit vergleichsfähig ist³⁷.
- [Rz 30] Der Wortlaut von Art. 330b Abs. 1 lit. e OR gibt daher nicht den wahren Sinn der Bestimmung wieder, so dass er auf dem Wege der teleologischen Interpretation zu korrigieren ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Bestimmung dahingehend auszulegen, dass zwar der vereinbarte Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung schriftlich mitzuteilen ist, entgegen dem Wortlaut aber nicht zwingend in Form einer wöchentlichen Arbeitszeit. So lässt sich beispielsweise ein Monatslohn bei einer Jahresarbeitszeit durch eine einfache Rechenoperation mit einem Wochenlohn bei einer Wochenarbeitszeit vergleichen oder in einen Stundenlohn umrechnen. Selbst die Angabe eines Stundenlohns, wie er bei der Arbeit auf Abruf üblich ist, genügt zur Überprüfung allfälligen Lohndumpings. Untauglich ist einzig die Angabe einer täglichen Arbeitszeit, da – wie im Ständerat zutreffend erkannt wurde – offen bleibt, an wie vielen Tagen pro Woche diese zu leisten ist, es sei denn, es werde damit ein Tageslohn verbunden.
- [Rz 31] Was höhere leitende Angestellte und Spezialisten anbelangt, steht ausser Frage, dass Lohndumping und flankierende Massnahmen bei diesen Arbeitsverhältnissen kein Thema sind. Es ist daher dafür zu plädieren, Art. 330b OR teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass diese Kategorien von Arbeitnehmern vom Anwendungsbereich der Norm generell ausgenommen sind.
- [Rz 32] Diese Auslegungen tragen zum einen vollumfänglich den Absichten des Gesetzgebers Rechnung. Zum andern vermeiden sie weitergehende Eingriffe in die Vertragsfreiheit, was mit Bezug auf flexible Arbeitszeitmodelle zu inakzeptablen, vom Gesetzgeber vermutungsweise nicht bedachten und damit auch nicht gewollten Ergebnissen führen würde.

IV. Folgen bei Verletzung der Informationspflicht

A. Materielle rechtliche Folgen

[Rz 33] Art. 330b OR sieht keine besondere Sanktionsdrohung vor, wenn der Arbeitgeber die Informationspflicht nicht, unvollständig oder fehlerhaft erfüllt. Es finden daher die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts über Vertragsverletzungen Anwendung.

[Rz 34] Die Informationspflicht ist eine Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers, die selbständig einklagbar ist. Wie bei der Zeugnispflicht gemäss Art. 330a OR hat der Arbeitnehmer sowohl einen Anspruch auf Aushändigung einer Niederschrift als auch einen Berichtigungsanspruch, wenn die erhaltene Niederschrift den Vertragsinhalt unzutreffend wiedergibt. Für die Bemessung des Streitwerts erscheint es sachgerecht, auf die für den Zeugnisanspruch geltenden Regeln³⁸ abzustellen.

[Rz 35] Eine Verletzung der Informationspflicht kann theoretisch auch zu einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Schadenersatz führen (Art. 97 Abs. 1 OR). Allerdings dürfte es in der Regel an einem bezifferbaren Schaden fehlen. Gelingt dem Arbeitnehmer der Nachweis einer günstigeren Vereinbarung, so hat er keinen Schaden sondern einen entsprechenden Primäranspruch gegenüber dem Arbeitgeber (z.B. auf Lohnnachzahlung oder Vergütung von Überstunden). Kann dieser Beweis nicht geführt werden, so dürfte auch ein Schadensnachweis kaum möglich sein³⁹. Es ist daher davon auszugehen, dass der Schadenersatzanspruch in der Praxis keine Rolle spielen wird.

[Rz 36] Ist der Arbeitgeber mit der Erfüllung der Informationspflicht in Verzug, so darf der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht verweigern. Erstens stehen Informationspflicht und Arbeitspflicht nicht in einem Austauschverhältnis zueinander, wie es nach Art. 82 OR Voraussetzung wäre⁴⁰. Zweitens wird dadurch dem Arbeitnehmer das Erbringen der Arbeitsleistung nicht unzumutbar.

[Rz 37] Der materiellrechtliche Druck, der von der neuen Informationspflicht auf den Arbeitgeber ausgeht, beschränkt sich damit im Wesentlichen auf den Erfüllungs- und den Berichtigungsanspruch.

B. Beweisrechtliche Folgen

1. Verletzung der Informationspflicht als Beweisvereitelung

[Rz 38] Nach Lehre und Rechtsprechung stellt die Verletzung einer materiellrechtlichen Informations-, Dokumentations- oder Aufbewahrungspflicht zivilprozessual eine Beweisvereitelung dar, wenn sie zur Folge hat, dass der beweisbelasteten Gegenpartei die Beweisführung erschwert oder verunmöglicht wird⁴¹. Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung sind umstritten. Wegleitend ist der Rechtsgedanke, dass derjenige, der entgegen einer ihm obliegenden Rechtspflicht dem Gegner die Benutzung von zur Beweisführung benötigten Unterlagen schuldhaft unmöglich macht, im Rechtsstreit aus diesem Verhalten keine beweisrechtlichen Vorteile ziehen darf⁴². Es wird daher teils eine Umkehr der Beweislast postuliert, teils eine Lösung über die Beweiswürdigung durch

Herabsetzung des Regelbeweismasses gesucht oder je nach Intensität des zu ahndenden Verhaltens beides vorgeschlagen⁴³. Das Bundesgericht scheint den Weg über die Herabsetzung des Regelbeweismasses zu favorisieren⁴⁴.

[Rz 39] Ob es sich rechtfertigt, eine Verletzung von Art. 330b OR als Beweisvereitelung zu qualifizieren, erscheint in Anbetracht des Regelungsziels der Norm fragwürdig. Die Norm hätte dadurch Auswirkungen, die weit über das hinausgehen, was der Gesetzgeber beabsichtigt hat. Dies scheint jedoch die unausweichliche Folge der Norm zu sein, da unbestreitbar ist, dass die korrekte Erfüllung der Informationspflicht dem Arbeitnehmer den Urkundenbeweis über die mitteilungspflichtigen Vertragselemente, vor allem den Lohn und die Arbeitszeit, zumindest erleichtert⁴⁵. Eine Nichterfüllung der Informationspflicht könnte daher für den Arbeitgeber beweisrechtliche Vorteile haben. Dieser Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Beweisvorteil besteht unabhängig vom Normzweck von Art. 330b OR. Es ist daher davon auszugehen, dass Gerichte dem Arbeitnehmer entsprechende Beweiserleichterungen gewähren werden, um zu vermeiden, dass die Pflichtverletzung dem Arbeitgeber zum Vorteil gereicht.

2. Konkrete Auswirkungen bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten

[Rz 40] Mit Art. 330b OR wird daher die beweisrechtliche Stellung des Arbeitnehmers bezüglich der mitteilungspflichtigen Vertragselemente gegenüber dem Status quo verbessert. Dies wirkt sich vor allem bei der Durchsetzung von Lohnforderungen und Ansprüchen auf Überstundenentschädigung aus, da der Arbeitnehmer in diesen Verfahren mit der vereinbarten Lohnhöhe und der Normalarbeitszeit mitteilungspflichtige Vertragselemente nachzuweisen hat. Aufgrund ihrer unmittelbaren beweisrechtlichen Folgen kann sich hier eine Verletzung der Informationspflicht direkt auf den Prozessausgang auswirken.

[Rz 41] Der folgende Fall aus der deutschen Rechtsprechung⁴⁶ soll dies illustrieren:

[Rz 42] Der Kläger war vom 1. März 1999 bis zum 30. September 2000 als leitender Angestellter bei der Beklagten tätig. Nach seinem Ausscheiden forderte er von der Beklagten unter anderem für die Dauer seiner Tätigkeit eine feste Tantieme von EUR 61'355.03 brutto p.a. Die Beklagte lehnte die Forderung ab mit der Begründung, eine Tantieme sei nicht vereinbart worden.

[Rz 43] Zwischen den Parteien bestand kein schriftlicher Arbeitsvertrag. Es existierte lediglich ein nicht unterzeichneter Vertragsentwurf mit zahlreichen handschriftlichen Eintragungen des Klägers. Zwischen den Parteien war unstreitig, dass anlässlich der Vertragsverhandlungen am 30. November 1998 der Vertragsentwurf durchgesprochen und in zahlreichen Punkten geändert wurde, ebenso, dass der jährliche Fixlohn des Klägers EUR 92'032.54 betragen soll. Mit Bezug auf die geltend gemachte Tantieme hat das Beweisverfahren ergeben, dass darüber zwar gesprochen wurde; ob die Parteien eine Einigung erzielt haben, blieb jedoch offen.

[Rz 44] Nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislastverteilung würde dieses *non liquet* zu Lasten des klagenden Arbeitnehmers gehen, so dass die Klage abgewiesen werden müsste. Das LAG Niedersachsen stellte jedoch fest, dass es die beklagte Arbeitgeberin pflichtwidrig⁴⁷

unterlassen habe, dem Kläger schriftlich die wesentlichen Vertragsbedingungen, namentlich die Zusammensetzung und Höhe des Entgelts, mitzuteilen. In Anbetracht, dass der Kläger die Vertragsverhandlungen substantiiert vorgetragen hat, kam das Gericht daher zu folgendem Ergebnis:

[Rz 45] «Es lässt sich jedoch nicht ausschliessen, dass ihm [dem Kläger] bei ordnungsgemäss erteiltem Nachweis [der Vertragsbedingungen] der Nachweis der behaupteten Vertragsbedingung gelungen wäre, weil beiderseits die Erinnerung an die tatsächlich getroffenen Vereinbarungen zu Beginn des Arbeitsverhältnisses noch in vollem Umfang vorhanden und es zu Streitigkeiten über die Fähigkeiten des Kl. noch nicht gekommen war. Der Umstand, dass die Beweisführung dem Kl. nicht gelungen ist, beruht also möglicherweise auf der von der Bekl. zu verantwortenden, zugleich eine Verletzung gesetzlicher Pflichten darstellenden Beweisvereitelung. In dieser Situation ist es angemessen, die Unmöglichkeit der Tatsachenaufklärung rechtlich zu Lasten der Bekl. ausschlagen zu lassen, die ihren gesetzlichen Pflichten nicht nachgekommen ist.»

[Rz 46] Die Klage wurde daher gutgeheissen. Ausschlaggebend für dieses Ergebnis waren die Verletzung der Nachweispflicht⁴⁸ durch die Arbeitgeberin und die daran anknüpfenden beweisrechtlichen Folgen. Art. 330b OR könnte in Zukunft zu ähnlichen Entscheiden auch in der Schweiz führen, ob man nun von einer Beweislastumkehr oder von einer Herabsetzung des Beweismasses ausgeht.

[Rz 47] Es zeigt sich damit, dass Art. 330b OR für den Arbeitgeber erhebliche Gefahren birgt. Diese können sich mitunter erst in einem viel späteren Zeitpunkt und in Konstellationen, die bei Vertragsschluss für den Arbeitgeber nicht oder nur vage vorhersehbar sind, verwirklichen. In Deutschland wurde die Nachweispflicht daher auch schon als «beweisrechtliche Zeitbombe» bezeichnet⁴⁹, was auf Art. 330b OR in gleicher Weise zutreffen könnte.

[Rz 48] Es ist bedauerlich, dass sich die Materialien, namentlich die Botschaft, zu diesen weit reichenden Konsequenzen der Regelung nicht äussern, zumal anzunehmen ist, dass Art. 330b OR gerade in dieser Hinsicht praktische Bedeutung erlangen könnte.

V. Zusammenfassung

[Rz 49] Der neue Art. 330b OR verpflichtet den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer schriftlich über bestimmte Vertrags Elemente zu informieren. Zweck dieser Regelung ist, den tripartiten Kommissionen die Kontrolltätigkeit im Rahmen der flankierenden Massnahmen zu erleichtern. Die Mitteilungspflicht ist daher auf diejenigen Vertrags Elemente beschränkt, welche zur Beurteilung, ob eine missbräuchliche Lohnunterbietung vorliegt, wesentlich sind. Nebst den Namen der Vertragsparteien und dem Beginn des Arbeitsverhältnisses sind dies die Funktion des Arbeitnehmers, der Lohn und allfällige Lohnzuschläge sowie die wöchentliche Arbeitszeit. Die Informationspflicht muss spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses und spätestens einen Monat nach der Änderung eines mitteilungspflichtigen Vertrags Elements erfüllt werden.

[Rz 50] Die Regelung weist einerseits konzeptionelle Schwächen auf, indem fraglich ist, ob sie zur

Erreichung des Regelungsziels adäquat und zweckmässig ist. Andererseits weist die Bestimmung redaktionelle Mängel auf. Das Erfordernis, die wöchentliche Arbeitszeit mitzuteilen, kann weder bei flexiblen Arbeitszeitmodellen noch beim aufgabenorientierten Arbeitsverhältnis erfüllt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung, die sich auf eine teleologische und subjektiv-historische Auslegung stützt, verlangt die Norm die Mitteilung des Umfangs der zu leistenden Arbeit, nicht aber zwingend in Form einer wöchentlichen Arbeitszeit. Eine sich am Wortlaut orientierende Anwendung der Norm würde demgegenüber das Ende flexibler Arbeitszeitmodelle bedeuten, was einem eigentlichen Paradigmenwechsel gleich käme und weit reichende wirtschaftliche und soziale Folgen hätte.

[Rz 51] Verletzt der Arbeitgeber die Informationspflicht, so kann der Arbeitnehmer auf Erfüllung oder gegebenenfalls Berichtigung klagen. Wichtiger sind die beweisrechtlichen Folgen. Es ist davon auszugehen, dass Gerichte auf eine Beweisvereitelung erkennen und folglich bezüglich der betreffenden mitteilungspflichtigen Vertragselemente zugunsten des Arbeitnehmers das Regelbeweismass herabsetzen werden. Art. 330b OR führt so zu einer Verbesserung der beweisrechtlichen Stellung des Arbeitnehmers, vor allem bei Lohnforderungen. Entsprechend birgt die Informationspflicht für den Arbeitgeber erhebliche Risiken, die bis hin zu einem Prozessverlust gehen können.

[Rz 52] Arbeitgeber sind gut beraten, der Informationspflicht und ihren Folgen die nötige Aufmerksamkeit zu schenken und nicht den Weg des geringsten administrativen Aufwands zu beschreiten.

lic. iur. Thomas Pietruszak ist Rechtsanwalt bei Homburger in Zürich und Lehrbeauftragter der Universität Zürich.

1 AS 2006 979, 980.

2 Siehe die Marginalen zu Art. 322 und Art 330 OR.

3 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. Basel/Genf/München 2005, Art. 330b N 5 ; AmtlBull 2004 S 745, Votum der Kommissionssprecherin Brunner: «Il résulte du texte même de ce nouvel article qu'il revêt un caractère impératif pour l'employeur et qu'il n'est dès lors pas nécessaire de faire figurer cette disposition de surcroît dans la liste de l'article 362 du Code des obligations.»

4 Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO), [SR 823.21](#).

5 Siehe die Botschaft betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, BBI 2004 6570 ff. (im Folgenden «Botschaft»); SAXER, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141a BV: auch ein Problem der Volksrechte, AJP 2005, 821, 830.

6 Siehe Botschaft, BBI 2004 6566 und 6585; AmtlBull 2004 S 745 ff., insb. das Votum der Kommissionssprecherin Brunner: «Pour permettre aux commissions tripartites d'exercer leur rôle d'observation du marché du travail et de contrôle des conditions de travail appliquées dans un cas particulier, il faut que le travailleur ou la travailleuse dispose des informations les plus déterminantes concernant son rapport de travail – notamment quel est le salaire prévu, quelle est l'articulation de ce salaire par rapport à la durée de travail prévue. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral propose d'introduire cette nouvelle obligation d'informer dans le chapitre du Code des obligations relatif au contrat de travail»; AmtlBull N 2016 ff.; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn 3) Art. 330b N 1.

7 Botschaft, BBI 2004 6585; siehe dazu im Einzelnen die Aufzählung in Art. 330b Abs. 1 lit. a- e.

- 8 AmtlBull 2004 N 2017, Votum Rechsteiner.
- 9 Diese Annahme liegt einerseits deshalb nahe, weil sich der Gesetzgeber bei der Formulierung von Art. 330b OR die 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 Bestimmungen (ABl. L 288 vom 14.10.1991, S. 32; im Folgenden «Nachweis-RL») zum Vorbild nahm. Deren Art. 2 verpflichtet den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer über die «wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses», mindestens aber über elf explizit genannte Vertragspunkte schriftlich in Kenntnis zu setzen. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, «sowohl für die Arbeitgeber als auch für die Arbeitnehmer mehr Rechtssicherheit durch bessere Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten zu schaffen» (so die Begründung der deutschen Bundesregierung in BT-Drucks. 13/668 anlässlich der Umsetzung der Nachweis-RL in das deutsche Recht). Andererseits erinnert man sich daran, dass der Schweizer Gesetzgeber in der jüngeren Vergangenheit Anbietern von Waren und Dienstleistungen gegenüber Konsumenten Informationspflichten auferlegt hat, um der strukturellen Unterlegenheit des Konsumenten Rechnung zu tragen, so z.B. beim Pauschalreisevertrag (Art. 6 PRG), beim Konsumkredit (Art. 8 KKG) und bei der Ehe- und Partnerschaftsvermittlung (Art. 406d OR; ausführlich dazu HARTMANN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Freiburg 2001). Vor diesem Hintergrund wäre es wenig überraschend, wenn der vorliegenden Informationspflicht des Arbeitgebers eine ähnliche Funktion zukäme, die sich mit der strukturellen Abhängigkeit des Arbeitnehmers erklären liesse.
- 10 BBI 2004 6585.
- 11 Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer), SR 823.20.
- 12 Auch gegenüber der vorliegenden Regelung wurde dieser Einwand erhoben, siehe Botschaft, BBI 2004 6586 und AmtlBull 2004 N 2016 ff. und S 745 ff.
- 13 Immerhin sind in dieser Branche schriftliche Arbeitsverträge Standard, was die unmittelbare Bedeutung der Informationspflicht von Art. 330b OR relativiert.
- 14 Siehe nur die Regelungen im Arbeitsgesetz (SR 822.11) und insbesondere in der ArGV 2 (SR 822.112).
- 15 So die Botschaft, BBI 2004 6585.
- 16 BBI 2004 6585.
- 17 BBI 2004 6585.
- 18 VISCHER, Entwicklungen des Arbeitsrechts in der Schweiz, in: Geiser/Schmid/Walter-Busch (Hrsg.), Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, Bern 1998, 251, 259.
- 19 Dazu unten III.C.2.
- 20 BSK ZGB II-M. VISCHER Art. 2 SchIT N 1.
- 21 BGE 117 II 452, 455.
- 22 Siehe AmtlBull 2004 S 745, Votum Brunner: «Il faut relever également que cette nouvelle obligation d'informer ne change rien au fait qu'un contrat de travail ne doit pas nécessairement être conclu par écrit et qu'il peut être conclu oralement ou même tacitement», und AmtlBull 2004 N 2018, Votum 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».
- 23 Siehe Botschaft, BBI 2004 6586; Voten Deiss in AmtlBull 2004 S 746 und AmtlBull 2004 N 2018.
- 24 Botschaft, BBI 2004 6586.
- 25 So ausdrücklich Art. 3 Nr. 1 lit. a der Nachweis-RL.
- 26 Ändert sich der Name des Arbeitnehmers, etwa infolge Heirat (Art. 160 ZGB), so löst dies nach dem Gesetzeswortlaut eine Informationspflicht des Arbeitgebers aus.
- 27 BGer, JAR 2001, 135 ff.; BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN Art. 320 N 14.
- 28 OGer ZH, JAR 1982, 230.
- 29 Dazu ausführlich YENISEY, La modification du contrat de travail, Genève/Zürich/Bâle 2005, 259 ff.
- 30 VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. Basel/Genf/München 2005, 3; GEISER, Flexibilisierung der Arbeitszeit und des Lohnes, ArbR 1998, 77, 78 f.
- 31 Siehe etwa PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, N 195 ff.; GEISER (Fn 30), ArbR 1998, 77, 79 ff.; GRAF/HENNEBERGER/SCHMID, Flexibilisierung der Arbeit, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 20 f.
- 32 BGE 124 III 249, 250 E. 2.a; GEISER (Fn 30), ArbR 1998, 77, 78 f.
- 33 GROTE/STAFFELBACH (Hrsg.), Schweizer HR-Barometer 2006, Zürich 2006, 32.
- 34 GRUNEWALD, Grundlagen und Grenzen der Vertrauensarbeitszeit, Berlin 2005, 52. Die häufig anzutreffende Vertragsklausel lautet: «Die Arbeitszeit richtet sich nach den Aufgaben und den Anforderungen der Stellung».

- 35 BGE 129 III 171, 173 E. 2.1; Urteil [4C.239/2004](#) E. 3.4; JAR 1998, 145 f.; JAR 1994, 137 ff.
- 36 GRUNEWALD (Fn 34) 53. Im Unterschied zu den höheren leitenden Angestellten, bei denen die Aufgabenorientierung vermutet wird und demzufolge eine Arbeitszeit nur gilt, wenn sie ausdrücklich vereinbart ist, ist bei Arbeitnehmern unterer Hierarchiestufen von der Zeitorientierung auszugehen, weshalb hier ausdrücklich vereinbart werden muss, dass sich der Umfang der Arbeitspflicht nicht in Zeit sondern nach zu erfüllenden Aufgaben bemisst. An der Pflicht zur Einhaltung der öffentlichrechtlichen Arbeitszeitschriften ändert sich dadurch selbstverständlich nichts.
- 37 Diese Überlegungen waren denn auch ausschlaggebend dafür, dass in lit. e. einzig die wöchentliche Arbeitszeit erwähnt wird. Im Entwurf des Bundesrates lautete Art. 330b Abs. 1 lit. e OR noch «die tägliche oder wöchentliche Arbeitszeit». Dagegen wurde im Ständerat vorgebracht, die Erwähnung der täglichen Arbeitszeit könne zu Missbräuchen führen, indem entgegen der Erwartung nicht an fünf sondern an sechs Tagen pro Woche gearbeitet werde. Die wöchentliche Arbeitszeit sei demgegenüber im Schweizer Recht und in der Vertragspraxis das Übliche und decke alle Situationen ab (AmtlBull 2004 S 745, Voten Béguelin und Schmid-Sutter). Diese Auffassung setzte sich schliesslich durch, so dass in der geltenden Fassung von Art. 330b Abs. 1 lit. e OR nur noch von der wöchentlichen Arbeitszeit die Rede ist.
- 38 Dazu STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. Zürich 2006, Art. 330a N 6.
- 39 Siehe PREIS, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Aufl. München 2006, Einf. NachwG N 13.
- 40 Siehe BSK OR I-Leu Art. 82 N 5 f. m.w.Nw.
- 41 Vgl. BEGLINGER, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, ZSR 1996 I 470, 492; SCHMID, Art. 8 ZGB: Überblick und Beweislast, in: Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, 11, 27 f.; LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basel/Genf/München 2005, 209; BGer., Urteile [4C.378/1999](#) vom 23. November 2004; [4C.146/2003](#) vom 28. August 2003, E. 5.2.1; [4P.35/2004](#) vom 20. April 2004 E. 3.2, JAR 2005, 180, 182.
- 42 Vgl. BGH, NJW 2002, 825; ähnlich BEGLINGER (Fn 41) 480 m.w.Nw.
- 43 BSK ZGB I-Schmid Art. 8 N 81; LEUMANN LIEBSTER (Fn 41) 209 ff. je mit Nachweisen zum Meinungsstand.
- 44 Urteil [4C.378/1999](#) E. 3.2 m.w.Nw.; ferner Urteil [5C.135/2005](#) E. 2.2 betreffend die erbrechtliche Auskunftspflicht und BGE 118 II 27, 29 E. 3a betreffend die eherechtliche Auskunftspflicht.
- 45 Was der Arbeitgeber in auf diese Weise festgehalten hat, muss er grundsätzlich gegen sich gelten lassen, es sei denn, er kann dartun, dass sich Urkunde nicht echt oder inhaltlich nicht richtig ist, vgl. BÜHLER, Beweiswürdigung, in: Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, 71, 79f. m.w.Nw.
- 46 LAG Niedersachsen, Urteil vom 21. Februar 2003, NZA-RR 2003, 520 ff.
- 47 Diese Pflicht ergibt sich aus § 2 des deutschen Nachweisgesetzes.
- 48 Dies ist die «Informationspflicht» des Art. 330b OR in der Terminologie des deutschen Nachweisgesetzes.
- 49 Siehe PREIS, Das Nachweisgesetz – lästige Förmerei oder arbeitsrechtliche Zeitbombe?, NZA 1997, 10 ff.