



Foto: 123RF

Sind Arbeitsverträge
per Handschlag gültig?

Schriftform im Arbeitsrecht: Richtlinien bei Temporärarbeit

Muss ein Arbeitsvertrag zwingend schriftlich abgeschlossen werden? Kann ich einem Arbeitnehmer auch mündlich kündigen? HR-Beraterinnen und -Berater sehen sich täglich mit solchen Fragen konfrontiert.



Michael Müller ist Rechtsanwalt und arbeitet im Rechtsdienst von swissstaffing. In dieser Funktion ist er u. a. für die Rechtsberatung gegenüber den Verbandsmitgliedern verantwortlich.

Dieser Beitrag soll aufzeigen, wann Abmachungen zwingend schriftlich erfolgen müssen, um überhaupt gültig zu sein. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf Arbeitsverhältnisse des Privatrechts. Anstellungen in der Verwaltung oder in staatlichen Unternehmen folgen oft besonderen Regeln. Sie werden im Folgenden nicht weiter behandelt.

Ob per E-Mail oder Handschlag – der mündliche Arbeitsvertrag ist gültig

Als Grundsatz gilt: Auch ein mündlicher Arbeitsvertrag ist gültig und bindet die Vertragsparteien. Gemäss Art. 320 Abs. 1 OR¹ bedarf er keiner besonderen Form. Somit ist auch ein per E-Mail geschlossener Vertrag verbindlich. Ein Arbeitsvertrag kann sogar durch stillschweigendes Verhalten zustande kommen, ohne dass explizit ein Arbeitsverhältnis vereinbart worden ist. Leitet der Arbeitgeber aber aus einem mündlich geschlossenen Arbeitsvertrag Forderungen ab, ist im Streitfall bereits der Beweis, dass dieser überhaupt zustande gekommen ist, äusserst schwierig zu erbringen. Eine noch grössere Herausforderung dürfte es sein, den konkreten Vertragsinhalt zu beweisen. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, den Arbeitsvertrag immer schriftlich abzuschliessen.

Ausnahmsweise sieht das Gesetz die Schriftform selber als zwingendes Erfordernis vor. Das heisst: Wird die Vereinbarung nicht schriftlich abgeschlossen, ist sie ungültig und vermag

weder den Arbeitgeber noch den Arbeitnehmer zu verpflichten. Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen. Die Unterschrift muss dabei eigenhändig erfolgen. So ist etwa der Lehrvertrag nur dann rechtsgültig, wenn er schriftlich abgeschlossen worden ist (Art. 344a Abs. 1 OR). Beim Handelsreisendenvertrag müssen wichtige Vertragspunkte ebenfalls schriftlich abgefasst sein (Art. 347a Abs. 1 OR). Und schliesslich muss der Arbeitsvertrag auch im Bereich der Temporärarbeit schriftlich abgeschlossen werden (Art. 19 AVG²).

Temporäre Arbeitsverhältnisse: Schriftlichkeit als Regel

Der Personalverleiher muss den Vertrag mit dem Arbeitnehmer in der Regel schriftlich abschliessen. Dabei sind im Arbeitsvertrag insbesondere Arbeitsort, die Arbeitszeiten und der Lohn zu regeln (Art. 19 Abs. 1 und 2 AVG). Gerade bei der Arbeitszeitregelung stellt das SECO³ relativ hohe Anforderungen an die Temporärbranche, die sich ja gerade durch ihre Flexibilität auszeichnet. Vertragliche Formulierungen wie beispielsweise «Arbeitszeit gemäss Einsatzbetrieb» sind nicht zulässig. Die Arbeitszeiten müssen im Arbeitsvertrag klar geregelt werden.⁴

Werden die Erfordernisse hinsichtlich Form und Inhalt nicht erfüllt, so ist der Vertrag trotzdem gültig. Diesfalls gelten gemäss Art. 19 Abs. 3 AVG aber grundsätzlich die orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen. Die Schriftlichkeit hat somit nur Beweis- und Schutzfunktion. Allerdings tut der Personalverleiher gut daran, das Gebot der Schriftlichkeit zu beachten. Verstösse gegen Art. 19 Abs. 1 und 2 AVG können hohe Bussen beziehungsweise in schweren Fällen sogar einen Bewilligungsentzug nach sich ziehen.⁵

Die strengen Vorschriften im Bereich der Temporärarbeit werden in Art. 48 AVV⁶ leicht gelockert. So muss der schriftliche Arbeitsvertrag zwar in aller Regel vor der Arbeitsaufnahme vorliegen. In Fällen zeitlicher Dringlichkeit darf er aber auch unmittelbar im Anschluss an den Arbeitsantritt abgeschlossen werden. Dauert der Arbeitseinsatz nicht länger als sechs Stunden, ist auch ein mündlicher Vertrag mit dem Arbeitnehmer gültig.

Vorsicht bei Überstunden

Wie soeben dargelegt, müssen gewisse Arbeitsverträge zwingend schriftlich abgeschlossen werden. Darüber hinaus ist die Schriftlichkeit im Arbeitsrecht jedoch auch für andere Abmachungen unabdingbar. So kann etwa das Konkurrenzverbot nur schriftlich begründet werden (Art. 340 Abs. 1 OR). Auch der Lohnzuschlag für Überstunden führt in der Praxis immer wieder zu Diskussionen. Als Überstunden gelten Arbeitsstunden, die die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit übersteigen. Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag (GAV) bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit einen Lohnzuschlag von 25 Prozent zu entrichten (Art. 321c Abs. 3 OR).

Ein böses Erwachen erlebte in diesem Zusammenhang ein Arbeitgeber vor Bundesgericht. Er beförderte einen Arbeitnehmer ohne schriftliche Vereinbarung zum Atelierchef. Mit dieser Änderung war unter anderem eine Erhöhung der Arbeitszeit verbunden. Nach der Kündigung forderte der Atelierchef von seinem Arbeitgeber eine Entschädigung für geleistete Überstunden. Er begründete seinen Standpunkt damit, dass er nicht gültig in eine Erhöhung der vertraglichen Arbeitszeit eingewilligt habe. Der Lohnzuschlag

für Überstunden sei deshalb zu entrichten. Der Arbeitgeber vertrat demgegenüber die Auffassung, dass der neue Arbeitsvertrag die zusätzlichen Minuten einschloss.

Das Bundesgericht stellte in seinem Urteil⁷ klar, dass die Formvorschrift von Art. 321c Abs. 3 OR zwingend sei. Da nicht bewiesen werden konnte, dass der Atelierchef sich des Formmangels bereits im Zeitpunkt der Beförderung bewusst gewesen war, stufte es sein Verhalten auch nicht als rechtsmissbräuchlich ein. Der Arbeitgeber musste die geleisteten Überstunden deshalb bezahlen. Dieses Urteil zeigt deutlich, dass der gesetzlich vorgesehene Lohnzuschlag für

Dauert der Arbeitseinsatz nicht länger als sechs Stunden, ist auch ein mündlicher Vertrag mit dem Arbeitnehmer gültig.

Überstunden nur schriftlich wegbedungen werden kann. Ansonsten riskiert der Arbeitgeber, nachträglich – etwa bei einem Austritt des Arbeitnehmers – eine beträchtliche Summe für geleistete Überstunden entrichten zu müssen. Die Berufung des Arbeitnehmers auf die Schriftform ist nur dann unbeachtlich, wenn sein früheres Verhalten als rechtsmissbräuchlich qualifiziert wird. Hierfür bedarf es jedoch besonderer Umstände.

Eine schriftliche Abrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erübrigt sich bei den Überstunden dann, wenn bereits die Sozialpartner in einem GAV eine von Art. 321c Abs. 3 OR abweichende Regelung festschreiben. Im Bereich der Temporärarbeit legt etwa der GAV Personalver-

leih für die ihm unterstellten Verleihbetriebe fest, dass Überstunden zuschlagsfrei zu bezahlen oder durch Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren sind.⁸

Schriftliche Kündigung nötig?

Das Gesetz stellt auch für einzelne Parteierklärungen Formvorschriften auf. So etwa im Verfahren bei der Massenentlassung (Art. 335f Abs. 3 und 335g Abs. 1 OR) oder bei der Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung (Art. 336b Abs. 1 OR). Demgegenüber muss bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses keine besondere Form beachtet werden. Sie kann also beispielsweise mündlich, per E-Mail oder per SMS erfolgen. Sogar das Hinterlassen einer entsprechenden Nachricht auf der Natel-Combox ist zulässig. Allerdings liegt es in der Natur der Sache, dass sich bei der Verwendung solcher Kommunikationsmittel erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben können. Dasselbe gilt natürlich auch für eine mündlich erfolgte Kündigung. Sie dürfte im Streitfall kaum zu beweisen sein. Deshalb sollte in diesem Fall zumindest ein Zeuge beigezogen werden.

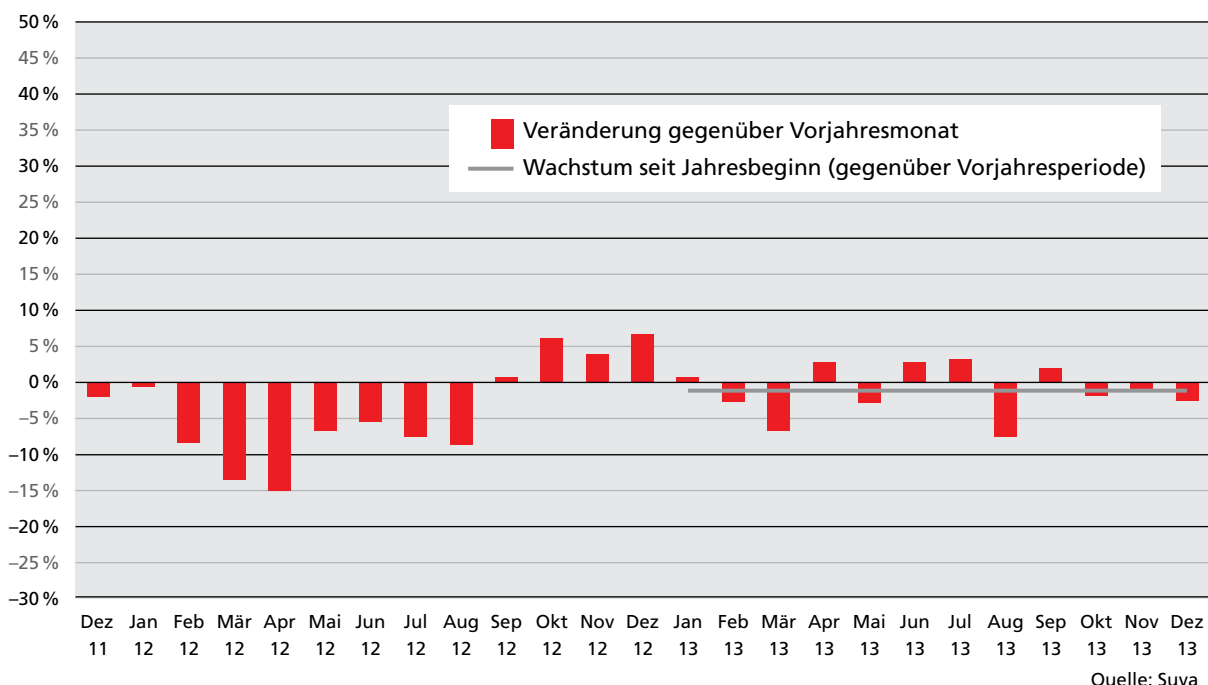
Haben die Vertragsparteien jedoch für die Kündigung Schriftlichkeit vereinbart, so ist diese vermutungsweise Gültigkeitserfordernis (Art. 16 Abs. 1 OR). Demgegenüber dient die in Arbeitsverträgen häufig getroffene Vereinbarung, wonach die Kündigung mit eingeschriebener Post-

1 Obligationenrecht vom 30. März 1911, SR 220
 2 Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989, SR 823.11
 3 Staatssekretariat für Wirtschaft
 4 Vgl. zur ganzen Problematik: Weisung 2009/2 des Seco vom 15. September 2009
 5 Vgl. Art. 39 Abs. 2 lit. c und Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG
 6 Arbeitsvermittlungsverordnung vom 16. Januar 1991, SR 823.111
 7 BGE 4A_172/2012 vom 22. August 2012
 8 Vgl. Art. 12 Abs. 1 GAV Personalverleih

swisstemp trend

Monatlich aktualisierte Temporärbranchen-Entwicklung

Das Temporärarbeitsvolumen hat im Dezember gegenüber dem Vorjahr (Dezember 2012) um 2,4 Prozent abgenommen. Der leicht negative Trend des Jahres 2013 hat sich im Dezember manifestiert. Rein rechnerisch ist die Entwicklung des Temporärarbeitsvolumens im Dezember im Jahresdurchschnitt negativ. Betrachtet man allerdings die ungünstige Verteilung der Arbeitstage – in den letzten 1,5 Wochen des Dezembers 2013 wurde vermehrt nicht gearbeitet –, relativiert sich der negative Trend deutlich. Der Dezember 2012 enthielt mehr effektive Arbeitstage. Es kann demnach sogar ein leicht positiver Trend für das Temporärarbeitsvolumen im Dezember 2013 festgestellt werden.



Quelle: Suva



Ohne schriftliche Vereinbarung kann es zu bösen Überraschungen kommen.

sendung zu erfolgen hat, bloss der Beweiserleichterung. Das heisst: In diesem Fall ist auch eine mit normaler Post zugestellte Kündigung wirksam.

Die Kündigung ist zwar formfrei gültig. Oft wird jedoch vergessen, dass die kündigende Partei sie schriftlich begründen muss, wenn die andere Partei dies verlangt (Art. 335 Abs. 2 OR). Nur so kann der Gekündigte einschätzen, ob die Vertragsauflösung allenfalls missbräuchlich ist.

Die Begründungspflicht gilt auch bei einer Kündigung während der Probezeit.

Wenn möglich schriftlich

Die obigen Ausführungen zeigen, dass der Arbeitgeber gut beraten ist, wichtige Vereinbarungen oder Erklärungen immer schriftlich festzuhalten – selbst wenn das Gesetz die Schriftform nicht zwingend vorschreibt. Nur so ist er in

der Lage, vor Gericht das Vorliegen von Tatsachen zu beweisen. Oft kann es sogar sinnvoll sein, ein Gespräch oder ein Telefonat mittels einer Aktennotiz zu erfassen. Sollte es in einem späteren Zeitpunkt etwa zu einer Kündigung kommen, kann der Arbeitgeber nachweisen, wie er Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers in die richtigen Bahnen zu lenken versucht hat. ■

Michael Müller

swissstaffing Mitglieder

Personalberater und Kaderselektion

TÄNNLER
Tännler Personalmanagement AG

Bauen Sie auf uns. Wir bringen Sie weiter.

Tännler Personalmanagement AG



Steinackerstrasse 38 · CH-8902 Urdorf · Telefon +41 (0)44 777 1 888
taennler@taennler.ch · www.taennler.ch

Stellenvermittler

drehpunkt
personal gmbh

- gelerntes Fachpersonal
- qualifiziertes Hilfspersonal
- Kader- & Führungspersonal

Kompetent in Personalberatung, Temporär- & Dauerstellen

www.drehpunktpersonal.ch Fon 062 737 55 85   swissstaffing®

Sind Sie allergisch auf Weiss?

Hier können Sie Ihre Werbung platzieren!
Kontakt: Patrick Milovanovic, T: 044 269 50 26, pm@jobindex.ch