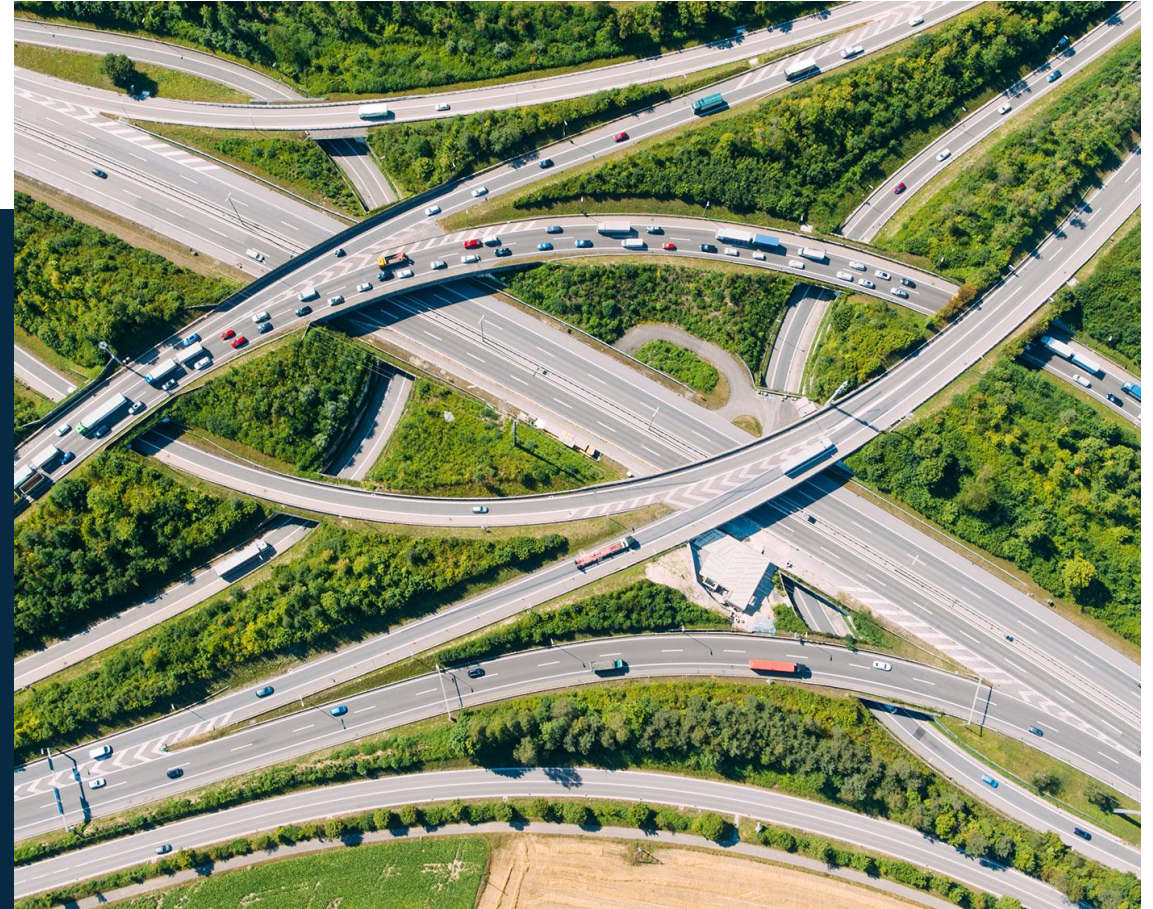


Formvorschriften im Arbeitsrecht

Arbeitsrechtliche Morgenveranstaltung

RA Sebastian Wyler, MLaw, LL.M.



Agenda

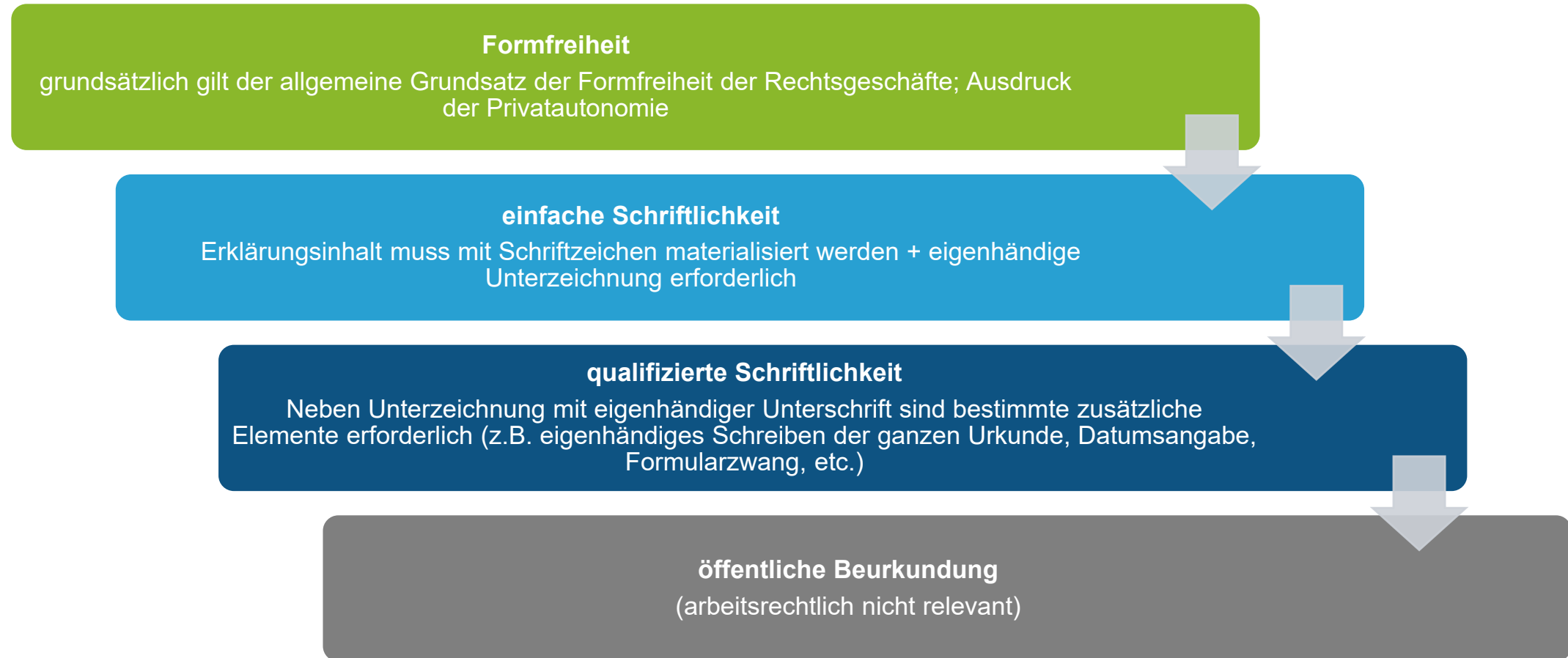
1. Formvorschriften im Arbeitsrecht und die Folgen der Nichtbeachtung
2. Schriftform, E-Signatur, alternative Übermittlungsformen
3. Zusammenfassung
4. Fragen und Diskussion

1. Formvorschriften im Arbeitsrecht und die Folgen der Nichtbeachtung

Grundsatz der Formfreiheit im Arbeitsrecht

- Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt (sog. «**Grundsatz der Formfreiheit**») → Formzwang nur, wenn vorgeschrieben
- Der Abschluss eines Einzelarbeitsvertrags ist *per se* an keine Formvorschrift gebunden, sofern das Gesetz keine Ausnahme vorsieht. → kein Formzwang, d.h. auch mündlich oder konkludent abschliessbar und verpflichtend
- Aus **Beweisgründen** werden Arbeitsverträge jedoch fast ausschliesslich schriftlich abgeschlossen
- Jedoch: es gibt diverse gesetzliche Ausnahmen der Formfreiheit → dazu sogleich

Verschiedene Formvorschriften



Funktionen von Formvorschriften

- **Warn- und Schutzfunktion:** Parteien überdenken die Konsequenzen des beabsichtigten Geschäfts und äussern ihren Willen ausdrücklich → Tragweite des Geschäfts wird vor Augen geführt; Schutz vor übereilung, Schutz des Arbeitnehmers vor Aufgabe von Schutzbestimmungen (siehe nachfolgend)
- **Klarstellungsfunktion:** formgebundener Ausdruck fixiert den Inhalt der Erklärung für alle Beteiligten; Rechtslage wird geklärt
- **Beweisfunktion:** Dokumentation und Verkörperung des Parteiwillens; dies führt zu erhöhter Sicherheit und dient als Beweismittel

Rechtsfolgen bei Missachtung der Formvorschrift

- Häufiger Fall im Arbeitsrecht: Gesetz oder Vertrag sieht Schriftform vor, welche aber nicht eingehalten wird
- Grundsatz: Ungültigkeit der formpflichtigen Vereinbarung (Art. 11 Abs. 2 OR); fehlen einer Erfüllungspflicht (mit gewissen Ausnahmen)
- Gerichtlich nicht durchsetzbar (z. B. Konkurrenzverbot)
- Keine Heilung durch faktische Durchführung
- Beweisrisiken und Prozesskosten

Schriftlichkeit als Gültigkeitserfordernis für Begründung eines Arbeitsverhältnisses

- Lehrvertrag (Art. 344 ff. OR)
 - Der Lehrvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form
 - Formungültigkeit führt zur Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses
 - Rechtsfolge: Bei gutgläubig geleisteter Arbeit durch AN erfolgt die Auflösung ab Zeitpunkt der Geltendmachung des Formmangels. Heilung des Formmangels möglich durch Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrags unter Nennung des effektiven Startdatums
- Handelsreisendenvertrag (Art. 347 ff. OR)
 - Schriftlichkeit als Gültigkeitserfordernis bei Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen
- Leiharbeitsvertrag (zwischen Personalverleiher und AN)
 - Bei Nichteinhaltung gelten die gesetzlichen und orts- bzw. branchenüblichen Bestimmungen, sofern sie für AN vorteilhaft sind. Ausnahme: zeitliche Dringlichkeit
- Ferner: Heuervertrag des Seemanns (Art. 69 Abs. 2 SSG)

Für welche Partei(en) gelten Formvorschriften?

– Art. 13 Abs. 1 OR

¹ *Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen.*

→ Für Parteien, welche durch ein formbedürftiges Geschäft nur berechtigt, *nicht* aber verpflichtet sind, gilt die Formvorschrift nicht (z.B. Verzicht des AN auf Überstundenentschädigung [Art. 321c Abs. 3 OR])

– Unterschrift beider Parteien insbesondere erforderlich bei:

- Verlängerung der Probezeit (Art. 335b Abs. 2)
- Verlängerung der Kündigungsfrist nach Art. 335c Abs. 2 OR
(Achtung: Kündigungspartität für AG und AN)
- Übertragung von Immaterialgüterrechten (Art. 332 Abs. 2 OR): Grund: AG hat Ausgleichszahlung vorzunehmen

Formbedürftige Klauseln im Einzelarbeitsvertrag

Bestimmung (nicht abschliessend)	Rechtsgrundlage
Änderung / Wegbedingung Überstundenkompensation	Art. 321c Abs. 1 OR
Aufschub der Fälligkeit der Provision	Art. 323 Abs. 2 OR
Gleichwertige Regelung zur Lohnfortzahlung bei Verhinderung AN an der Arbeitsleistung	Art. 324 Abs. 4 OR
Pauschalvergütung für Auslagen	Art. 327a Abs. 2 OR
Aufschub Rückgabe einer Kautions an AN	Art. 330 Abs. 2 OR
Erwerb des Arbeitgebers von Gelegenheitserfindungen bzw. Designs	Art. 332 Abs. 2 OR
Wegbedingung oder Abänderung der Probezeit	Art. 335b Abs. 2 OR
Änderung der gesetzlichen Kündigungsfristen	Art. 335c Abs. 2 OR
Höhe und Fälligkeit einer Abgangsentschädigung	Art. 339c OR
Begründung eines Konkurrenzverbot + Vereinbarung Realexekution	Art. 340 OR
Ferner: Einsatz- und Verleihvertrag im Personalverleih	Art. 19, 22 AVG

Formvorschriften bei einseitigen Erklärungen

Bestimmung	Rechtsgrundlage
Informationspflicht AG über den Vertragsinhalt	Art. 330b OR
Begründung einer Kündigung (ordentlich oder fristlos)	Art. 335 Abs. 2, 337 Abs. 1 OR
Mitteilung AG bei Massentlassung	Art. 335f Abs. 3 und 4 OR
Anzeige der Massentlassung an das kantonale Arbeitsamt	Art. 335g Abs. 1 und 2 OR
Einsprache gegen eine Kündigung	Art. 336b Abs. 1 OR

Verweis auf allgemeine Anstellungsbedingungen

- Wird das Arbeitsverhältnis in mehreren Dokumenten definiert, genügt es nach Gerichtspraxis, wenn nur eines davon unterzeichnet wird, sofern im unterzeichneten Schriftstück auf die anderen hingewiesen und AN Kopien davon erhält
 - z.B. kurzer Anstellungsbrief mit Verweis auf Personalreglement als integrierter Vertragsbestandteil
 - Achtung: dies gilt jedoch nicht, wenn dadurch «versteckt» ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart wird (erhöhte Schutzbedürftigkeit)
- Gerichtspraxis wird teilweise kritisiert durch Lehre (Grund: Ungewöhnlichkeitsregel)
- Empfehlung: Klauseln, welche der Schriftlichkeit bedürfen, gehören direkt in den Arbeitsvertrag

Vertraglich vereinbarte Schriftform (Art. 16 OR)

- Relevanz insbesondere bei Kündigungen und Vertragsänderungen
 - «*Die Kündigung hat schriftlich zu erfolgen.*» (teilweise mit Zusatz «*per Einschreiben*»)
 - «*Vertragsänderungen bedürfen der Schriftform.*»
- Kündigung und Vertragsänderungen an sich formlos gültig
- Vertragliche Formvorschrift wird zur Gültigkeitsvoraussetzung
- Rechtsfolge bei Nichtbeachtung: Kündigung bzw. Vertragsänderung ist unwirksam → u.U. Stolperstein für den AG!
- Modifizierung der vertraglich vereinbarten Schriftform möglich, sofern keine gesetzlichen Formvorschriften verletzt werden: per E-Mail, SMS, unqualifizierte E-Signatur, etc.
- Vertraglich vorbehaltene Schriftlichkeit kann nicht *einseitig* aufgehoben werden (Art. 16 Abs. 2 OR)
 - Jedoch: Möglichkeit der Aufhebung des Formerfordernisses im gegenseitigen Einvernehmen sowie Möglichkeit der Umstossung (z.B. wenn das Schriftformerfordernis gar nie eingehalten wurde)

Ausgewählte Sonderfälle

- Einsprache bei Kündigung (Art. 336b Abs. 1 OR)
 - Nach gewichtigen Lehrmeinungen soll eine Einsprache per E-Mail, SMS etc. auch ausreichen
 - Nach Gerichtspraxis im Kt. ZH reicht dies nicht. Es gelten die Schriftformerfordernisse nach OR
 - Praktische Relevanz → Um eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend zu machen, muss gegen die Kündigung gültig Einsprache erhoben worden sein
- Begründung der Kündigung (Art. 335 Abs. 2 OR)
 - Kündigung muss bei Verlangen *schriftlich* begründet werden
 - Nach Lehre gelockert: einfache schriftliche Mitteilungen (E-Mail, nicht unterzeichnete Dokumente) sollen genügen
- Arbeitszeugnis
 - Nach Gesetz besteht kein explizites Formerfordernis; Marktstandard ist nach wie vor ein handschriftlich unterzeichnetes physisches Zeugnis
 - Digital unterzeichnete Zeugnisse kommen vermehrt auf. Es besteht noch keine gefestigte Gerichtspraxis. Empfehlung: Wenn E-Signatur, dann nur zertifiziert (dazu sogleich)
 - Achtung bei E-Signatur auf nachträglich verfassten Zeugnissen (Zeitstempel)

2. Schriftlichkeit, E-Signatur, alternative Übermittlungsformen

Einfache Schriftlichkeit (Art. 13-15 OR)

Zwei Elemente: schriftliche Erklärung und Unterschrift des Erklärenden

- **schriftliche Erklärung**

- Erklärungsinhalt in Schriftzeichen (z.B. Arbeitsvertrag; i.d.R. auf Papier oder elektronisch)
- Keine Angabe von Ort, Zeit und Personalien vorausgesetzt (sonst qualifizierte Schriftlichkeit)

- **Unterschrift des Erklärenden**

- Eigenhändige Unterschrift («*wet ink*»)
- Qualifizierte elektronische Signatur (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR)

→ Daher Vorsicht: Ohne gültige Unterschrift erfüllt ein Text nicht die gesetzliche Schriftform (z.B. herkömmliches E-Mail)

Qualifizierte elektronische Signatur I

Art. 14 Art. 2^{bis} OR

2^{bis} Der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist die mit einem qualifizierten Zeitstempel verbundene qualifizierte elektronische Signatur gemäss Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES).

- Ziel: Gleichstellung qualifizierter elektronischer Signaturen («QES») mit der handschriftlichen Unterschrift
- Relevanz insbesondere bei der gesetzlichen Schriftform
- **Verwendung von e-Signaturen unproblematisch, sofern schweizerische QES**
- **QES bei Privatpersonen in der Schweiz noch nicht fest etabliert. Bei Privatpersonen im Ausland noch weniger. Daher Vorsicht, wenn der Abschluss eines Arbeitsvertrags digital erfolgen soll.**

Qualifizierte elektronische Signatur II

- Auswahl des Dienstleisters und des Produktes ist matchentscheidend. Viele (internationale) Dienstleister bieten verschiedene Produkte an, welche keine schweizerische QES sind
- Voraussetzungen:
 - Anerkannter Schweizer Zertifizierungsdienst
 - Sichere Identifikation der unterzeichnenden Person
- Beispiele: [Swisscom \(Schweiz\) AG](#), [QuoVadis Trustlink Schweiz AG](#), [SwissSign AG](#)
- Achtung: die QES der EU wird in der Schweiz noch nicht anerkannt (obschon ähnlich) → Risiko bei internationalen Verhältnissen
- Arbeitgeber sollten daher wissen: Welches Produkt verwenden wir und entspricht dieses den schweizerischen Anforderungen?
- Gültigkeitsprüfung einer e-Signatur auf www.validator.admin.ch

Alternative Übermittlungsformen (E-Mail, Scans, Fax, Whatsapp, etc.)

- Rechtliche Unklarheiten bei Übermittlung einer Erklärung ausserhalb der Papierform
- Grundsatzunterscheidung: Handelt es sich bei der zu übermittelnden Erklärung um eine Erklärung mit vertraglich vereinbartem oder gesetzlichem Schriftformerfordernis?
- Bei gesetzlichem Schriftformerfordernis (z.B. Einsprache gegen Kündigung, Art. 336b Abs. 1 OR):
 - Strenge Rechtsprechung, welche im Ergebnis wohl einzig die Übermittlung der physischen Erklärung im Original («wet ink») als zulässige Zustellung akzeptiert.
 - Versand eines QES-signierten PDFs durch E-Mail: Schriftformerfordernis ist zwar gewahrt (da QES), jedoch bestehen Risiken beim Beweis der Zustellung. Mögliche Lösung: Versand mittels Incamail («eingeschriebenes» E-Mail mit Abgabequittung und Zustellnachweis)
 - Die Übermittlung mittels Fax, E-Mail oder Whatsapp (z.B. durch Versand eines Scans) kann und sollte *nicht* als rechtsgenügend betrachtet werden.
- Bei gewillkürtem Schriftformerfordernis (z.B. für Kündigung oder Vertragsänderungen)
 - Mangels anderweitiger Präzisierung im Vertrag identisch zur gesetzlichen Regelung
 - Parteien können explizite Abweichungen vorsehen, z.B. «Schriftlichkeit soll auch elektronische Kommunikation wie E-Mail, SMS, Scans, Fotos sowie nicht-qualifizierte elektronische Signaturen umfassen.»

Alternative Übermittlungsformen (E-Mail, Scans, Fax, Whatsapp, etc.)

- Empfehlungen für das Arbeitsrecht:
 - Bei bestehendem Schriftformerfordernis im Zweifel lieber «old school» per eigenhändiger Unterschrift und eingeschriebener Postsendung oder persönlicher Übergabe (mit Empfangsquittung)
 - insbesondere relevant bei vereinbartem Schriftformerfordernis für Kündigung sowie bei Einsprache gegen Kündigung
 - Wenn vertraglich vereinbarte Schriftform, empfiehlt sich eine Modifikation, welche den Einsatz elektronischer Kommunikationsformen explizit erlaubt
 - z.B. bei Kündigungen oder Vertragsanpassungen; im Arbeitsvertrag explizit zu regeln

3. Zusammenfassung und Praxistipps

Zusammenfassung und Praxistipps

- Viele herkömmliche Klauseln in Arbeitsverträgen bedürfen von Gesetzes wegen der Schriftform (z.B. Regelungen betr. Probezeit und Kündigungsfristen, Verzicht auf Überstundenentschädigung, Pauschalspesen, Konkurrenzverbot, etc.)
- Nichteinhaltung von gesetzlichen Formvorschriften führt regelmässig zur Ungültigkeit von formbedürftigen Klauseln (regelmässig zum Nachteil des AG)
- Arbeitsverträge mit formbedürftigen Klauseln nach wie vor beidseitig handschriftlich unterzeichnen (Vorsicht bei Verwendung von DocuSign und dergl.)
- Formbedürftige Klauseln direkt im Arbeitsvertrag und nicht «indirekt» in Reglementen regeln
- Wenn e-Signatur, dann nur schweizerische QES (Vorsicht bei der Auswahl des Produktes)
- Rechtsunsicherheit bei Mischformen (Versand von Scans via E-Mail, Fax und dergl.)

4. Fragen und Diskussion

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

Ansprechpartner



Thomas Loher
Partner, Rechtsanwalt, LL.M.
t.loher@thouvenin.com
+41 44 421 45 45



Arlette Pfister
Partnerin, Rechtsanwältin, LL.M.
a.pfister@thouvenin.com
+41 44 421 45 45



Sebastian C. Wyler
Senior Associate, Rechtsanwalt, LL.M.
s.wyler@thouvenin.com
+41 44 421 45 45

Thouvenin Rechtsanwälte KLG
Klausstrasse 33
8024 Zürich, Schweiz

www.thouvenin.com