



aba e.V. | Wilhelmstraße 138 | 10963 Berlin

Herrn Vorsitzenden
Bernd Rützel, MdB
Ausschusses für Arbeit und Soziales
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Manuela Link
030 33 858 11-11
manuela.link@aba-online.de

13.06.2022 ML
aba-Stn. 18-BMAS-2022

per Mail an: arbeitundsoziales@bundestag.de

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union im Bereich des Zivilrechts
BT-Drucksache 20/1636
Hier: Unaufgeforderte Stellungnahme zur Anhörung am 20. Juni 2022, 13 Uhr**

Sehr geehrter Herr Rützel,

zur Vorbereitung der o.g. Anhörung übersenden wir Ihnen unsere Stellungnahme zu dem vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union im Bereich des Zivilrechts

Mit Schreiben vom 8.2.2022 sowie vom 9.3.2022 hatten wir zum Referentenentwurf in o.g. Angelegenheit bereits zwei Stellungnahmen abgegeben. Während einige der von uns benannten Aspekte – insbesondere im Zusammenhang mit der Erweiterung der Pflichten des Arbeitgebers durch die Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 13 NachwG-E – in dem nun vorliegenden Regierungsentwurf Berücksichtigung gefunden haben, sind andere Anmerkungen nicht aufgegriffen worden, die u.E. für die betriebliche Altersversorgung eine wesentliche Bedeutung haben. Folgende Gesichtspunkte, die sich insbesondere aus dem Festhalten an der Schriftform ergeben, sollten u.E. erneut geprüft werden:

- Die durch die Arbeitsbedingungen-Richtlinie gegebene Chance, die Möglichkeiten der digitalen Kommunikation zu nutzen und auch dadurch die gewünschte Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung weiter zu fördern, wird nicht genutzt.
- Die im Entwurf vorliegende jetzige Form des Nachweisgesetzes enthält Widersprüche zu anderen gesetzlichen Regelungen.
- Erfüllungsaufwand und Nachhaltigkeitsaspekte.

Im Einzelnen:

1. Schriftformerfordernis

In der Arbeitsbedingungen-Richtlinie heißt es im Zusammenhang mit der Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Informationen zur Verfügung zu stellen, ausdrücklich (Erwägungsgrund 24): „*Im Hinblick auf den verstärkten Einsatz von digitalen Kommunikationsmitteln können die Informationen, die nach dieser Richtlinie schriftlich zur Verfügung zu stellen sind, auf elektronischem Wege übermittelt werden.*“ Demgegenüber hält der Regierungsentwurf an der Regelung des § 2 Abs. 1 S. 3 NachwG fest: „*Der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen in elektronischer Form ist ausgeschlossen.*“

Aus Sicht der aba ist ein ausschließliches Festhalten an der Schriftform, d.h. an einem Nachweis mittels eigenhändig unterzeichneter Dokumente, zur Umsetzung der Arbeitsbedingungen-Richtlinie nicht erforderlich. Umfassender Arbeitnehmerschutz kann – wie in anderen Bereichen der Gesellschaft, insbesondere wie im Verbraucherschutz – auch mittels technikgestützter Urkunden erreicht werden. Rechtsgeschäfte bedürfen zu ihrer Wirksamkeit regelmäßig gerade keiner Form, und dies gilt grundsätzlich auch im Arbeitsrecht. Es ist daher nicht einsichtig, warum der Gesetzgeber dann für den bloßen Nachweis des Rechtsgeschäfts an der Schriftform als einer der strengsten Formvoraussetzungen überhaupt festhält. Dies ist zudem für die betroffenen Arbeitgeber teuer und auch nicht mehr zeitgemäß. So steht das Festhalten an der Schriftform weder mit den Digitalisierungs- noch mit den Nachhaltigkeitszielen der Bundesregierung in Einklang.

a. Funktionen der Formanforderung im NachwG

Formvorschriften dienen grundsätzlich unterschiedlichen Zwecken, wobei in erster Linie die *Informations- und Dokumentationsfunktion* zu nennen ist sowie darüber hinaus die Beweisfunktion.

Das NachweisG hat im Kern das Ziel, den Arbeitnehmer über die wesentlichen Arbeitsbedingungen eines zunächst formfrei, ggf. mündlich geschlossenen Arbeitsvertrages zu informieren und diese Bedingungen zu dokumentieren. Ein konstitutives Schriftformerfordernis für den Abschluss von Arbeitsverträgen wird damit gerade nicht geschaffen. Eine vollständige formale und materielle Beweisfunktion hat der schriftliche Nachweis i.S.v. § 2 NachwG schon heute nicht: er ist nur eine Privaturkunde und erzeugt formalen Beweis über die Person des Ausstellers nach § 416 ZPO (vgl. *ErfK-Preis*, 22. Aufl. 2022, § 2 NachwG Rdn. 41).

b. Textform als ausreichendes Dokumentationsmedium für das NachwG

Die *Informations- und Dokumentationsfunktion* erfüllt ein Dokument in Textform ohne weiteres (vgl. *MüKo-Einsele*, BGB, 9. Aufl. 2021, § 126b Rdn. 9). Dabei setzt die Textform voraus, dass eine lesbare Erklärung vorliegt, in der die Person des Erklärenden (d.h. des zusagenden Arbeitgebers) genannt ist, und die Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird. Gem. § 126b Satz 2 BGB ist ein dauerhafter Datenträger jedes Medium, das es dem Empfänger der Erklärung (d.h. dem Versorgungsberechtigten) ermöglicht, eine auf Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck

angemessenen Zeitraums zugänglich und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben. Dieses Erfordernis erfüllen neben Erklärungen in Papierform auch Datenträger wie Festplatten, USB-Sticks, Speicherkarten, CD-ROM oder DVD und eine E-Mail; denn die Erklärung kann vom Adressaten am Bildschirm und/oder durch Ausdruck lesbar gemacht werden. Ob der Adressat die Erklärung dann tatsächlich ausdruckt oder nicht, entscheidet er nach seinem Ermessen; der Ausdruck selbst ist nicht Voraussetzung für die Wahrung der Form, lediglich die Ausdruckbarkeit an sich. Für eine vollständige Umsetzung der EU-Richtlinie 1152/19 (Art. 3) wäre darüber hinaus die Erstellung eines Übermittlungs- und Empfangsnachweises erforderlich.

Eine inhaltliche *Beweisfunktion* kann auch mit einem Textformdokument als Privaturkunde i.S.v. § 416 ZPO erreicht werden, auch wenn eine solche Privaturkunde nicht den formellen Beweis der Ausstellereigenschaft i.S.v. § 416 ZPO mitbringt: inhaltlich können prozessual sowohl die Privaturkunde in Textform als auch die Privaturkunde in der schriftlichen Form des § 2 NachwG von einem Gericht in freier Beweiswürdigung nach § 286 ZPO zum Beweis des Inhalts der Arbeitsbedingungen herangezogen werden (vgl. *ErfK-Preis*, 22. Aufl. 2022, § 2 NachwG Rdn. 48).

Auch Rechtssicherheit und Rechtsklarheit können über die Textform bzw. digitale Nachweise erzielt werden. Insbesondere kann die Kenntnis der Rechte und Pflichten sowie der wesentlichen vertraglichen Regelungen durch ein in Textform übermitteltes Dokument in gleicher Weise erlangt werden wie durch ein auf Papier unterzeichnetes. Auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren ist es möglich, gewöhnliche elektronische Dokumente über den Augenscheinsbeweis zu verwerten, wenn sie vorgelegt oder als Datei übermittelt werden. Falls deren Inhalt unstreitig ist, kann das Gericht das elektronische Dokument berücksichtigen. Wird die Echtheit bestritten, unterliegt im Zweifel die Partei, der die Beweislast obliegt. Statt eines strengen Verweises auf die Schriftform wäre vor diesem Hintergrund auch im Nachweisgesetz eine Lösung über Textform, ggf. flankiert durch Adjustierungen im Bereich der Beweislast, vorzugswürdig. Für bestimmte elektronische Dokumente sind schon jetzt bezogen auf die Beweiskraft im Zivilprozessrecht Sonderregelungen geschaffen worden (z.B. für qualifiziert elektronisch signierte Dokumente in § 371a ZPO).

Ergänzend weisen wir darauf hin, dass der Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit bereits zum Referentenentwurf darauf abgehoben hat, dass es gerade in modernen Unternehmen gar keine Personalakte aus Papier mehr gibt und dass Arbeitnehmer heute nahezu vollständig mit Möglichkeiten zur E-Mail- und Internetnutzung vertraut sind.

c. Änderungen im laufenden Arbeitsverhältnis

Eine hohe Relevanz im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung haben Vereinbarungen zur Entgeltumwandlung, die im laufenden Arbeitsverhältnis vielfach Änderungen unterliegen. Der Gesetzentwurf sieht in § 3 NachwG für die Änderung wesentlicher Vertragsbedingungen einerseits eine verkürzte Mitteilungsfrist vor, hält andererseits aber auch hier an der Schriftform fest. Dies ist u.E. praxisfern; auch hier sollte aus folgenden Erwägungen die Schriftform durch Textform ersetzt werden:

Änderungen der Arbeitsbedingungen können von Mitarbeitern, die bereits in den Systemen der betrieblichen Personalwirtschaft erfasst sind, regelmäßig einfach und direkt über sog. Employee Self Service-Systeme angestoßen werden. Jedenfalls der Nachweis der Änderung wesentlicher Arbeitsbedingungen sollte daher in Textform und damit digital und ohne Medienbruch zulässig sein. Die Beibehaltung der Notwendigkeit einer strengen Schriftform auch für die Änderung der Arbeitsbedingungen ist mit Blick auf die steigenden Administrationsanforderungen im Personalwesen nicht förderlich.

Zur Erfüllung der Textform via Portal ist entscheidend, dass der Erklärende die Erklärung „dauerhaft“ abgibt. Dies wird bejaht für sog. „fortgeschrittene Webseiten“, die dem Empfänger den Zugriff auf die Erklärung in einem vom Erklärenden nicht mehr veränderbaren, individuell durch Passwort und Benutzernamen zugänglichen Bereich auf der Webseite ermöglichen oder ihn zum Download der Erklärung zwingen. Auch web-basierte HR-Portale, die die beschriebenen Voraussetzungen erfüllen, sind damit geeignet, das Textformerfordernis zu erfüllen.

Äußerungen, mit denen das Festhalten an der Schriftform befürwortet wird mit Blick auf prekäre Arbeitsverhältnisse, dürften vor allem die *Begründung* des Arbeitsverhältnisses, nicht aber die – oft auch sozialpolitisch durchaus begrüßte – *Änderung einzelner Arbeitsbedingungen* vor Augen gehabt haben.

d. Wertungswidersprüche

Jüngste Gesetzesänderungen, insbesondere im Betriebsrentengesetz, nutzen die Möglichkeit von Nachweisen und Willenserklärungen in Textform bereits umfassend, so beispielsweise in Umsetzung der Mobilitäts-Richtlinie bei der Verpflichtung zur Auskunft über Bestehen und Höhe einer unverfallbaren Anwartschaft nach § 4a Abs. 4 BetrAVG. Gleiches gilt in Umsetzung des Betriebsrentenstärkungsgesetzes für das Angebot des Arbeitgebers auf automatische Entgeltumwandlung im Rahmen sog. Optionssysteme nach § 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BetrAVG.

Nach § 2 Abs.1 S. 2 Nr.15 NachwG-E muss ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen in Schriftform gegeben werden. Allerdings ist der Arbeitgeber nach § 8 TVG ohnehin zur Bekanntgabe der im Betrieb anwendbaren Tarifverträge verpflichtet, wobei insofern die Erfüllung der gesetzlichen Publikationspflicht in elektronischer Form allgemein anerkannt ist (vgl. *Franzen* in: Erfurter Kommentar, 19. Aufl. 2019, TVG § 8 Rz. 3; *Wiedemann*, TVG, 8. Aufl. 2019, § 8 Rz.9; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 8 Rz. 32). Damit besteht aber für weitergehende bzw. an strengere Anforderungen gebundene Ansprüche, wie sie der allgemeine Hinweis nach § 2 Abs.1 S. 2 Nr. 15 NachwG-E vorsieht, kein Anlass.

Das Festhalten am Schriftformerfordernis würde auch zu einem Wertungswiderspruch mit Blick auf das AGB-Recht führen: § 309 Nr. 13b BGB verbietet es dem Verwender, mehr als Textform zu verlangen. Hintergrund dieser Regelung war auf Basis des europäischen Verbraucherschutzrechts, überhöhte Formerfordernisse bei zivilrechtlichen Geschäften im Rechtsverkehr zu vermeiden (vgl. *BeckOK/Jacobs*, 63. Edition, Stand 1.3.2022, § 309 Rdnr. 40, der die Anwendbarkeit dieser Regelung gerade im Arbeitsrecht auch auf die bAV bezieht).

Zudem würde sich auch im Vergleich zu § 613a Abs. 5 BGB ein Wertungswiderspruch ergeben: dort ist für die Unterrichtung der Arbeitnehmer bezüglich eines Betriebsübergangs für die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen sowie die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen auch „nur“ die Textform vorgeschrieben. Diese Unterrichtung setzt dann die einmonatige Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB in Gang. Grund für die Textformzulassung ist, dass in diesem Fall die Informations- und Dokumentationsfunktion der Unterrichtung im Vordergrund steht, nicht die Beweis- bzw. Warnfunktion (vgl. *ErfK-Preis*, 22. Aufl. 2022, § 613a BGB Rdn. 91). Diese Wertung zu § 613a BGB kann ohne weiteres auf das Nachweisgesetz übertragen werden.

Sollen derartige Wertungswidersprüche vermieden und die Einheit der Rechtsordnung aufrechterhalten werden, so kann dies konsequenterweise nur dadurch geschehen, dass im Nachweisgesetz das Erfordernis der Schriftform durch das der – um die Richtlinien-Anforderungen ergänzte – Textform ersetzt wird.

e. Erfüllungsaufwand und Nachhaltigkeitsaspekte

Im Gesetzentwurf wird der Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft mit einem geschätzten Umstellungsaufwand von rund 8,72 Millionen Euro sowie einem jährlichen geschätzten Erfüllungsaufwand von rund 4,9 Mio. Euro beziffert. Nach einer vorsichtigen Schätzung dürfte allein der Erfüllungsaufwand der Arbeitgeber für die Umsetzung von Vertragsänderungen um ein Vielfaches höher liegen:

Geht man von durchschnittlich einer alle zwei Jahre erfolgenden Vertragsänderung pro Begünstigtem für je 50% der 33,3 Mio. sozialversicherungspflichtig Beschäftigten aus (Quelle: Statistisches Bundesamt, Destatis 2022, Stand 2020), sind jährlich ca. 8,3 Mio. Vertragsnachträge zu bearbeiten. Bei einer Bearbeitungsdauer von 15 Minuten und Kosten von 36,70 EUR je Arbeitsstunde (Quelle: Statistisches Bundesamt, Destatis 2022, Stand 2020) entsteht damit ein jährlicher Erfüllungsaufwand von 76 Mio. EUR.

Darüber hinaus würde die Umsetzung der in der Arbeitsbedingungen-Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit der elektronischen Form papierhafte Prozesse in erheblichem Umfang reduzieren, die im Koalitionsvertrag angestrebte, weitgehende Digitalisierung möglichst aller gesellschaftlichen Bereiche voranbringen und damit einen nachhaltigen Beitrag auf dem Weg zur CO₂-Neutralität leisten.

2. Vorgaben der Arbeitsbedingungen-Richtlinie

a. Angaben zu Namen und Anschrift des Versorgungsträgers (§ 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 13 NachwG-E)

Wie wir bereits in unserer Stellungnahme vom 9. März 2022 ausgeführt haben, sind wir der Ansicht, dass diese Regelung über den Wortlaut der Arbeitsbedingungen-Richtlinie hinausgeht. Die Formulierung des Erwägungsgrunds 22 – *„Information on the social security protection provided by the employer should include, where relevant, the fact of coverage by supplementary pension schemes ...“* – lässt

erkennen, dass der Arbeitgeber lediglich verpflichtet werden soll, Auskunft zu erteilen über die Tatsache, dass eine betriebliche Altersversorgung im Sinne der Richtlinie besteht.

b. Bußgeldvorschriften (§ 4 NachwG-E)

Eröffnet die Arbeitsbedingungen-Richtlinie einerseits die Möglichkeit, Informationspflichten auf digitalem Wege nachzukommen, so sieht sie andererseits bei einem Verstoß gegen diese Pflichten nicht die Anordnung eines Bußgeldes vor, wie es nun Eingang in das NachwG finden soll (§ 4 NachwG-E). Diese Regelung ist für die Umsetzung der Richtlinie also ebenfalls nicht zwingend. Gerade im Blick auf kleinere und mittlere Unternehmen ist zu befürchten, dass sie sich angesichts der angedrohten Konsequenzen noch eher aus der betrieblichen Altersversorgung zurückziehen bzw. sie gar nicht erst in Erwägung ziehen. Gleichzeitig ist diese Vorschrift auch für diejenigen Unternehmen höchst problematisch, für die betriebliche Altersversorgung ein Massengeschäft ist. Stellt schon der zusätzliche bürokratische Aufwand ein Hindernis für die bAV dar, so wird dies durch die geplante Bußgeldandrohung weiter verschärft.

3. Chancen für eine weitere Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung

Die Erfahrung aus der Einführung und dem Betrieb von Online-Portalen, ggf. kombiniert mit Apps für mobile Geräte wie Smartphones oder Tablets, zeigen, dass damit der Zugang der Mitarbeiter zu Lösungen der betrieblichen Altersversorgung erleichtert wird. Dies erhöht das Verständnis der Arbeitnehmer für die Leistungsfähigkeit von betrieblichen Altersversorgungslösungen. Zudem können in Portallösungen z.B. Versorgungslückenrechner genutzt werden, die zusätzlich die Motivation für Arbeitnehmer zur Teilnahme an Entgeltumwandlungslösungen steigern. Aufgrund dieser Effekte kann insbesondere die Teilnahmequote an Entgeltumwandlungsangeboten durch den digitalen Zugang zu bAV-Lösungen nach den Erfahrungen unserer Mitglieder signifikant gesteigert werden. Eine Verringerung der Bereitschaft von Arbeitgebern, solche Portallösungen flexibel anzubieten, würde dementsprechend die Verbreitung von bAV-Lösungen tendenziell behindern bzw. reduzieren. Daher ist es wichtig, die in der EU-Richtlinie vorgesehene Möglichkeit von digitalen Nachweismöglichkeiten auch im deutschen Recht umzusetzen, um keine Verbreitungs- bzw. Flexibilitätshindernisse für bAV-Lösungen zu schaffen.

Für Nachfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit den besten Grüßen



Klaus Stiefemann
Geschäftsführer