

Neues aus der Gesetzgebung

Die Neufassung des Nachweisgesetzes

Der Gesetzgeber hat nun den Entwurf einer Neufassung des Nachweisgesetzes vorgelegt. Mit dem Gesetzentwurf soll eine europäische Richtlinie umgesetzt werden. Da deren Umsetzungsfrist bereits am 31. Juli 2022 abläuft, ist damit zu rechnen, dass der Entwurf zügig Gesetz werden wird. Zahlreiche Regelungen des Gesetzentwurfes, der erheblich über die Richtlinie hinausgeht, sind derzeit stark umstritten. Dennoch ist abzusehen, dass auch bei einer bloßen Minimalumsetzung die Folgen für den Arbeitgeber erheblich sein werden. Den Arbeitgebern wird nach der Verabschiedung des Gesetzes voraussichtlich nicht viel Zeit bleiben, dieses umzusetzen – die Vorbereitungen für eine Umsetzung des Gesetzes sollten bereits jetzt beginnen.

I. Das Nachweisgesetz

Das Nachweisgesetz ist bereits seit dem Jahr 1995 geltendes Recht. Seine Auswirkungen sind bislang relativ gering geblieben, so dass die Aufregung, die der neue Gesetzentwurf hervorgerufen hat, auf den ersten Blick etwas überraschend erscheint.

Dass das Gesetz bisher keine große Bedeutung hatte, liegt an mehreren Gründen: Die **Gegenstände**, über die der Arbeitgeber gemäß § 2 Abs. 1 NachweisG einen **schriftlichen Nachweis** auszuhändigen hatte, waren **stark limitiert** und die gingen kaum über das, was ohnehin im Rahmen eines Arbeitsvertrages geregelt wird, hinaus. Da die Nachweisverpflichtung gemäß § 2 Abs. 4 NachweisG durch einen **schriftlichen Arbeitsvertrag** erfüllt werden konnte, wurden die gesetzlichen Verpflichtungen häufig im Arbeitsvertrag „**miterledigt**“.

Zudem sah das Gesetz **Sanktionen** für einen Verstoß gegen die Nachweispflicht **nicht vor**. Die Arbeitsgerichte zogen allerdings aus einer Verletzung der Vorschriften beweisrechtliche Konsequenzen gem. § 286 Zivilprozessordnung (ZPO); es kamen auch Schadensersatzansprüche (auf Naturalrestitution gerichtet) in Betracht.

II. Überblick über die geplante Neufassung

Die Neufassung sieht mit einem **Bußgeld** von bis zu 2.000 € gem. § 4 NachweisG neue Fassung (n.F.) für einen Verstoß gegen das Gesetz erstmalig eine Sanktionsregelung vor. Die von den Arbeitsgerichten entwickelten beweisrechtlichen Konsequenzen und Schadensersatzansprüche werden bleiben.

Der Inhalt des Nachweises wird durch das neue Gesetz deutlich **ausgedehnt**. Wichtig sind vor allem die folgenden Ergänzungen des § 2 Abs. 1 S. 2 NachweisG n.F.:

- „7. die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Vergütung von Überstunden, der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts, die jeweils getrennt anzugeben sind und deren Fälligkeit sowie die Art der Auszahlung*
- 8. die vereinbarte Arbeitszeit, vereinbarte Ruhepausen und Ruhezeiten sowie bei vereinbarter Schichtarbeit das Schichtsystem, der Schichtrhythmus und die Voraussetzungen für Schichtänderungen*
- 10. sofern vereinbart, die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden und deren Voraussetzungen*
- 14. das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, mindestens das Schriftformerfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, sowie die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage; § 7 des Kündigungsschutzgesetzes ist auch bei einem nicht ordnungsgemäßen Nachweis der Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage anzuwenden“.*

Für bestimmte Regelungsgegenstände sieht § 2 Abs. 4 NachweisG n.F. vor, dass der Arbeitgeber auf die „auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren **Tarifverträge, Betriebs-oder Dienstvereinbarungen**“ **verweisen darf**.

Für Neueinstellungen ab dem 1. August 2022 ist der Nachweis bereits nach dem neuen Gesetz zu erbringen; Altarbeitnehmern, die bereits vor diesem Datum eingestellt wurden, ist ein Nachweis nach dem neuen Gesetz nur dann zu erteilen, wenn diese es verlangen. Dann allerdings muss der Arbeitgeber schnell sein: Die Frist beträgt für einen Teil des Nachweises nur sieben Tage nach der Aufforderung durch den Arbeitnehmer.

Der Nachweis muss schriftlich, also vom Arbeitgeber unterschrieben, erteilt werden. Die Möglichkeit, der Nachweispflicht durch einen schriftlichen Arbeitsvertrag nachzukommen, bleibt erhalten (§ 2 Abs. 5 NachweisG n.F.).

III. Herausforderungen durch die Neuregelung

1. Inhalt der Nachweispflicht

Die Umsetzung der Nachweisverpflichtung war bislang relativ einfach. Zur Kündigung mussten beispielsweise lediglich die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses angegeben werden.

Nach der Neufassung sind nicht nur die Kündigungsfristen darzustellen, die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterschiedlich sein können, sondern auch **das von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Kündigung einzuhaltende Verfahren**, mindestens aber das Schriftformerfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage.

Diese Regelung ist bereits in sich **widersprüchlich**: Das vom Arbeitgeber einzuhaltende Verfahren der Kündigung geht offensichtlich über Schriftformerfordernis und Kündigungsfristen hinaus. Wie dieser innere Widerspruch der Regelung aufgelöst werden wird, bleibt abzuwarten - zunächst spricht für die **Arbeitgeber** viel dafür, sich auf die **Mindestangaben zu beschränken**.

Aber auch diese **Mindestangaben** bleiben **anspruchsvoll** genug. Für den Arbeitnehmer darzustellen, welche Kündigungsfrist - gesetzlich oder vertraglich - für das Arbeitsverhältnis im Einzelfall gilt, erfordert bereits längere Ausführungen. Der Arbeitgeber ist auch verpflichtet, den Arbeitnehmer auf die einzuhaltende **Schriftform** nach § 623 BGB hinzuweisen - darf er es dabei belassen oder muss er zugleich darstellen, was getan werden muss, um die gesetzliche Schriftform einzuhalten und welche Folgen ein Verstoß hat? Ähnliche Klippen gibt es bei dem gesetzlich vorgesehenen Hinweis zur **Klagefrist**.

Noch komplexer wird der Nachweis, wenn sich die Nachweispflicht doch nicht, die derzeit im Gesetzestext vorgesehen, auf den Mindestinhalt beschränken sollte: Zum Kündigungsverfahren gehören auch die zahlreichen **Anhörungs- und Zustimmungsregelungen** - einschließlich des Sonderkündigungsschutzes, etwa für Schwerbehinderte - die der Arbeitgeber einzuhalten hat.

Das deutsche Kündigungsschutzrecht ist kompliziert und differenziert. Schon zu einfachen Sachverhalten sind klare Aussagen, ohne zahlreiche Differenzierungen und Ausnahmen kaum möglich. Der erforderliche Nachweis wird daher voraussichtlich mehrere Seiten erfordern. Ein Muster werden wir Ihnen rechtzeitig, wenn sich der Inhalt des Gesetzes konkretisiert hat, zur Verfügung stellen.

2. **Rechtsfolgen einer Verletzung der Nachweispflicht**

Zu den **Rechtsfolgen** einer Verletzung der Nachweispflicht äußert sich der Gesetzentwurf über die **Bußgeldpflicht** hinaus nicht; es ist aber davon auszugehen, dass die von den Arbeitsgerichten bisher entwickelten Maßstäbe weitergelten.

Bei den Folgen (fehlerhafter) Nachweise gibt es grundlegende **Unterschiede** zwischen einem **Arbeitsvertrag** und einem **bloßen Nachweis**. Dass der Arbeitgeber die Nachweisverpflichtung durch den schriftlichen Arbeitsvertrag erfüllen kann, heißt nicht, dass er dies muss. Grundsätzlich ist der Nachweis eine reine einseitige Wissens- und Dokumentationsverpflichtung des Arbeitgebers und damit etwas grundsätzlich Anderes als der der rechtsgestaltende zweiseitige Arbeitsvertrag. Hier ergeben sich gleich mehrere Unterschiede:

- Auf die **Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit** einer von beiden Seiten unterzeichneten **Vertragsurkunde** kann sich daher auch der Arbeitgeber berufen (BAG 09.02.1995 - 2 AZR 389/94). Anders ist dies bei einem Nachweis, auf den sich lediglich der Arbeitnehmer berufen kann (ErfKomm-Preis, NachweisG, § 2 Rn. 45).
- Der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarte **Arbeitsvertrag** ist grundsätzlich **beiderseitig bindend** und kann nicht einseitig geändert werden. Das ist bei einem

bloßen Nachweis, wie schon § 3 NachweisG n.F. zeigt, anders. Hier hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, den **Nachweis ohne Zustimmung des Arbeitnehmers zu ändern** oder zu ergänzen.

- Für den Arbeitgeber ist es von Bedeutung, ob er in einem Nachweis eine bloße **Wissenserklärung** über unabhängig von seinem Willen geltende Arbeitsbedingungen abgibt, oder ob er in einem Vertrag eine Arbeitsbedingung mit **Rechtsbindungswillen** vereinbart. Eine solche Verpflichtung kann für den Arbeitgeber mit Belastungen verbunden sein, wenn er sich etwa zur Zahlung bestimmter Überstundenzuschläge verpflichtet. Eine vertragliche Regelung kann jedoch auch für den Arbeitgeber günstig sein: Eine Regelung zur Abgeltung von Überstunden mit dem Grundentgelt (unter Einhaltung der hierfür vom Bundesarbeitsgericht (BAG) aufgestellten Grenzen) ist als vertragliche Vereinbarung wirksam; als bloße Aussage in einem Nachweis wäre sie ohne Bedeutung.
- Als Folge der **Vertragsinhaltskontrolle** nach § 307 ff. BGB sind Arbeitsverträge ohnehin stark **angeschwollen**: Zuvor knappe Regelungen wie Verfallsklauseln erfordern heute mindestens Regelungen von einer halben Seite. Spätestens durch die geforderten Angaben zum Kündigungsverfahren (auch die Mindestlösung wird mehrere Seiten erfordern) würden **Arbeitsverträge** vom **Umfang** her vollständig **gesprengt**.

IV. Empfehlungen für die Vertragsgestaltung nach dem neuen Nachweisgesetz

1. Nach der Neuregelung lassen sich die **Nachweisverpflichtungen** aus dem Gesetz **nicht mehr vollständig durch den Arbeitsvertrag** erfüllen. Jedenfalls für die geforderte Darstellung des Kündigungsverfahrens - gegebenenfalls auch für weitere Regelungsgegenstände, etwa eine Information über die vom Arbeitgeber vorgegebenen Arbeitszeiten - sollte neben dem Arbeitsvertrag und zusätzlich zu diesem ein **Nachweisschreiben** erstellt werden. Dieses kann bei Bedarf geändert oder ergänzt werden.

2. Regelungen, die **Verpflichtungen des Arbeitgebers ausschließen oder inhaltlich ausgestalten** (und damit auch limitieren), insbesondere **Vergütungsregelungen**, sollten **Inhalt des Arbeitsvertrages** bleiben, wenn sie nicht in Tarifverträgen oder Betriebs- oder Dienstvereinbarungen geregelt sind. Der bloße **Nachweis** ist hier für den Arbeitgeber **ohne Beweiswert**.
3. Der **Arbeitsvertrag** sollte, wie bislang üblich, **vor Arbeitsantritt abgeschlossen** werden. Eine Schriftform ist hier grundsätzlich, von Sonderfällen wie befristeten Arbeitsverträgen abgesehen, nicht erforderlich; sie bleibt aber aus Beweisgründen sinnvoll. Wenn mit dem Arbeitsvertrag Nachweisverpflichtungen erfüllt werden sollen, muss die Schriftform eingehalten werden.
4. Bei der **Unterzeichnung des Arbeitsvertrages** kann der einseitig vom Arbeitgeber unterzeichnete **Nachweis** direkt als gesondertes Dokument **mit übergeben** werden. Der **Arbeitnehmer** sollte eine **Empfangsquittung** für den Nachweis gesondert **unterzeichnen**.
5. Der **Nachweis** sollte als „Nachweis nach dem Nachweisgesetz“ betitelt werden; in einer Präambel sollte klargestellt werden, dass es sich beim Inhalt des Nachweises um **reine Wissenserklärungen und Darstellungen** des Arbeitgebers handelt, die dieser **jederzeit zu ändern und/oder zu korrigieren** berechtigt ist: Das Fehlen eines Rechtsbindungswillens des Arbeitgebers in Bezug auf den Inhalt des Nachweises sollte so ausdrücklich klargestellt werden.
6. Soweit möglich, sollte von der Möglichkeit eines **Verweises auf Tarifverträge und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen Gebrauch** gemacht werden.

Mit dem Nachweis hat der Arbeitgeber wenig zu gewinnen: **neu eintretenden Arbeitnehmern** sollte der Nachweis nach der Neufassung des Gesetzes, wie gesetzlich gefordert, **ausgehändigt** werden; **Altarbeitnehmern** sollte ein Nachweis nach der Neufassung des Gesetzes **lediglich** auf die **gesetzlich vorgesehene Aufforderung** gemäß § 5 hin erteilt werden.

Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Christina Esser
+49 (0) 221 65065-129
christina.esser@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de