

**Prof. Dr. Frank Bayreuther**

Universität Passau

**Stellungnahme zu: Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Entlastung der Bürgerinnen und Bürger, der Wirtschaft sowie der Verwaltung von Bürokratie (Viertes Bürokratieentlastungsgesetz), BT-Drs. 20/11306**

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf **Art. 44 – Änderung des Nachweisgesetzes**

1. Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber eine Vereinfachung der Erteilung des Nachweises der wesentlichen Arbeitsbedingungen anstrebt. Bislang konnte der Nachweis alleine in der Schriftform des § 126 BGB erteilt werden. Das erweist sich für Unternehmen als recht aufwändig und erscheint nicht mehr zeitgemäß.
2. Nach geltendem Recht entfällt die Nachweispflicht, wenn die wesentlichen Arbeitsbedingungen bereits in einem schriftlichen Arbeitsvertrag festgelegt worden waren. Bislang war umstritten, ob ein in der elektronischen Form des § 126a BGB abgeschlossener Vertrag genügt. § 2 Abs. 5 S. 2 NachwG-RegE stellt klar, dass das der Fall ist. Gleiches gilt im Hinblick auf eine spätere Änderung von Arbeitsbedingungen: § 3 S. 3 Nr. 2 NachwG-RegE.
3. Die Formvorschriften des Nachweisrechts müssen den Anforderungen der europäischen Nachweisrichtlinie (2019/1152) genügen. Dort ist zwar mehrfach von „Dokumenten“ die Rede (insb.: Art. 5 bis 7 Abs. 1). Davon abgesehen, dass dieser Begriff auch elektronische Dokumente mitumfasst, ist insoweit vor allem Art. 3 der Richtlinie unter Einschluss ihres 24. Erwägungsgrundes maßgeblich. Dort heißt es, dass die Informationen in Papierform oder – sofern die Informationen für den Arbeitnehmer zugänglich sind, gespeichert und ausgedruckt werden können und der Arbeitgeber einen Übermittlungs- oder Empfangsnachweis erhält – in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen und zu übermitteln sind.

Diesen Voraussetzungen genügt der Entwurf voll und ganz. Zwar verlangt er für die elektronische Form keinen Übermittlungs- bzw. Empfangsnachweis. Indes setzt ein elektronischer Vertragsschluss voraus, dass dem Arbeitnehmer die Erklärung des Arbeitgebers zugegangen ist.

4. Die avisierten Änderungen zeigen sich allerdings als verhältnismäßig überschaubar.

Ein elektronisch abgeschlossener Arbeitsvertrag setzt voraus, dass ihn beide Parteien mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (Art. 3 Nr. 10 und 12 eIDAS-VO) versehen: § 126a Abs. 2 BGB und arg. § 2 Abs. 2 S. 2 NachwG. Die meisten Arbeitnehmer verfügen aber nicht über eine elektronische Signatur und vielen würde ein solcher Vertragsschluss wohl auch zu umständlich erscheinen.

Einen Vorteil hätte dieses Verfahren immerhin. Soweit sich im Arbeitsvertrag eine „Verrentungsregelung“ befindet, die rechtstechnisch als Befristung gilt, bedarf diese nach § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform. Insoweit genügt – jedenfalls nach vorherrschender Ansicht<sup>1</sup> – ein elektronischer Vertragsschluss. In diesen Fällen könnten Vertragsschluss und Nachweis also tatsächlich Hand in Hand gehen.

Ansonsten bliebe nach dem Entwurf bereits ausgeschlossen, den eigentlichen Nachweis wenigstens in elektronischer Form erteilen zu dürfen. Nach ihm würde § 2 Abs. 1 S. 3 NachwG nämlich unverändert fortgelten. Nun stößt eine Nachweiserteilung in elektronischer Form bei Unternehmen aktuell zwar ohnehin auf einige Skepsis. Völlig fernliegend erschiene diese aber, nebenbei bemerkt, noch nicht einmal. Denn dazu bräuchte der Arbeitnehmer keine qualifizierte Signatur. Vielmehr würde ausreichen, wenn der Arbeitgeber mit einer solchen zeichnet und der Arbeitnehmer das ihm übermittelte Dokument (in der Regel handelt es sich dabei um ein gewöhnliches pdf) öffnen und abspeichern kann. In den meisten Fällen könnte der Arbeitnehmer dann die Unterschrift sogar ohne größeren Aufwand auf ihre Echtheit hin überprüfen.

---

<sup>1</sup> ErfK/Müller-Glöge, 24. Aufl. 2024, TzBfG § 14 Rn. 121c.

5. Einiges spricht dafür, noch einen Schritt weiter zu gehen als der Reformgesetzgeber. Dabei gilt das Augenmerk auch darauf zu richten, dass der erstmalige Nachweis vielerorts durchaus noch gelingt. Indes muss nach § 3 NachwG auch jede Änderung einer mitteilungspflichtigen Arbeitsbedingung dokumentiert werden. Entsprechend befindet sich der Arbeitgeber in einem gewissen Dauerinformationszustand. Daran knüpft verständlicherweise der Wunsch nach einer Vereinfachung der Form insbesondere des Nachweises einer Vertragsänderung an.

Ohne Frage verbindet sich mit der Schriftform einiges an Arbeitnehmerschutz. Sie stellt sicher, dass der Arbeitnehmer dem Mitteilungsinhalt die nötige Aufmerksamkeit schenkt, dass Aufsichtsbehörden nachprüfen können, ob und mit welchem Inhalt der Nachweis erteilt worden ist und vor allem begründet diese den Nachweis, dass die Erklärung vom Arbeitgeber stammt (§ 416 ZPO).

Umgekehrt darf man die Bedeutung des schriftlichen Nachweises aber auch nicht überbewerten. Der Nachweis hat keinen direkten Bezug zum Vertragsschluss. Auch aus einer schriftlichen Niederschrift geht nicht mehr hervor, als dass der Arbeitgeber diese so erteilt hat, wie sie dem Gericht vorliegt. Nur mittelbar lässt sich daraus schließen, dass das, was dort dokumentiert ist, zuvor auch so vereinbart worden sein könnte. Was dies betrifft, steht dem Arbeitgeber dann aber schon wieder der Gegenbeweis offen.

Auch einem „einfachen“ Dokument, einer Mail oder einem ähnlich bestandsfesten Nachweisdokument, kann einige Beweisfunktion zukommen, allerdings vorausgesetzt, dass dieses hinreichend deutlich erkennen lässt, wer es erstellt oder abgesendet hat. Richtig ist natürlich, dass für ein solches Dokument § 416 ZPO nicht eingreift. Indes müsste der Arbeitgeber, soweit der erste Anschein für seine Urheberschaft spricht, die Echtheit des Dokuments erst einmal bestreiten und beweisen, dass dieses nicht von ihm stammt. Die Gerichte haben dann im Rahmen der freien Beweiswürdigung über die Echtheit des Dokuments befinden (§ 286 ZPO).

Schließlich mag es nicht in allen Fällen für den Arbeitnehmer hilfreich sein, wenn ihm vor längerer Zeit ein Dokument übergeben wurde. Hatte er dieses nämlich nicht sorgfältig genug aufbewahrt, steht es ihm im Streitfall schlicht nicht mehr zur Verfügung. Im Vergleich dazu kann es ein Vorteil für ihn sein, sollte eine Mail noch im

Postfach liegen oder könnte er sich die Niederschrift rasch nochmals aus einem Portal laden.

6. In der Diskussion wird immer wieder dafür plädiert, die Erteilung des Nachweises in der Textform des (§126b BGB) zuzulassen. Der Richtung nach könnte darüber durchaus nachgedacht werden.

§ 11 Abs. 2 S. 1 und 2 der aktuell geplanten Novelle des BBiG reduziert Form und „Nachweis“ des Ausbildungsvertrags faktisch auf die Textform.<sup>2</sup> Antrag, Ablehnung bzw. Fiktion einer Änderung von Dauer und Lage der Arbeitszeit im Umfeld der Elternzeit sollen nach dem BEG IV alleine an die Textform gebunden sein (§§ 15 und 16 BEEG idF. des Art. 48 des Entwurfs). Gleiches gilt schon bislang für das TzBfG (dort: § 8). Im Vergleich dazu wäre es sehr viel strenger, wenn eine auf diesem Wege erzielte Vertragsänderung im Anschluss daran in der Schriftform nachgewiesen werden müsste (§ 3 NachwG).

Allerdings bedürfte die Textform einiger Einschränkungen, um den Anforderungen der Nachweisrichtlinie zu genügen.

Die Textform umfasst nämlich eine große Vielzahl von Formaten (etwa: Papierdokument, USB-Stick, CD-Rom, DVD, Speicherkarte, Mail, pdf- und Scan-Anhänge, Fotos, SMS, WhatsApp, Signal, Instagram, Facebook, Viber, Threema, Ginlo usw. usf.). Nicht alle davon sind zur Nachweiserteilung geeignet. Das gilt umso mehr, als Arbeitsbehörden kontrollieren können sollen, ob der Nachweis korrekt erteilt wurde.

Nachdem sich die Richtlinie ausbedingt, dass die Informationen für den Arbeitnehmer zugänglich sein müssen und von ihm gespeichert und ausgedruckt werden können, müsste sichergestellt werden, dass der (einzelne) Arbeitnehmer den Nachweis in einem Format erhält, mit dem er umgehen kann und das ihm ermöglicht, die mitgeteilten Arbeitsbedingungen dauerhaft festzuhalten. Überlegt werden müsste auch, ob die Wahl des (elektronischen) Formats an die Zustimmung des

---

<sup>2</sup> Art. 1 BVaDiG, RegE, BT-Drs. 20/10857. Der Entwurfsgesetzgeber verweist (Begründung, S. 41) allerdings darauf, dass der Schutz der Auszubildenden durch die Registrierung des Vertrags im Verzeichnis der Ausbildungsverhältnisse einsehbar sei.

Arbeitnehmers gebunden sein soll.<sup>3</sup> Zudem fordert die Richtlinie einen Übermittlungs- oder Empfangsnachweis (vgl. hierzu auch die geplante Neufassung des § 11 Abs. 2 Satz 3 BBiG<sup>4</sup>).

7. Sollte das Nachweisformat weiter geöffnet werden, könnte in die Diskussion eingebracht werden, inwieweit cloudbasierte Lösungen zugelassen sein sollen. Bei solchen werden die Informationen auf einem Mitarbeiterportal, im betriebsinternen Netz oder einer ähnlichen Cloud zum Abruf bereitgehalten. Ob die Textform des § 126b BGB eine derartige Portallösung zulassen würde, ist unklar.<sup>5</sup>

Es liegt auf der Hand, dass mit einer cloudbasierten Lösung einige Entlastung für Unternehmen verbunden wäre, vor allem was den Nachweis der Änderung von Arbeitsbedingungen (§ 3 NachwG) betrifft. Aber auch für den Arbeitnehmer kann ein Portalverfahren mit Vorteilen verbunden sein, soweit ihm dieses tatsächlich die Möglichkeit bietet, sich jederzeit einen Überblick über seine jeweils aktuellen Arbeitsbedingungen zu verschaffen.

Auf der anderen Seite zeigt sich ein Verfahren, das lediglich auf die Abrufbarkeit von Informationen abstellt, aber auch volatil. So dürfte es wesentlich wahrscheinlicher sein, dass der Arbeitnehmer den Nachweis zur Kenntnis nimmt, wenn ihm dieser ausgehändigt oder zielgerichtet an ihn adressiert wird. Zudem müsste sich der Arbeitnehmer den Nachweis beim Portalverfahren selbst sichern, etwa indem er diesen abspeichert oder ausdruckt. Tut er dies nicht, kann ihn dies vor Probleme stellen, sollte er später – etwa nach Ausspruch einer Kündigung – keinen Zugang mehr zum Portal haben. Auch lässt sich nicht ausschließen, dass vormals eingestellte Informationen in der Zwischenzeit vom Arbeitgeber überarbeitet oder verändert wurden.

Entsprechend könnte vorgegeben werden, dass die Informationen für den Arbeitnehmer dauerhaft und in unveränderter Form einsehbar bleiben müssen bzw.

---

<sup>3</sup> Vgl. etwa: Art. 246a EGBGB § 4 Abs. 2 („wenn der Verbraucher zustimmt“); Art. 2 österreichisches AVRAG 2024 („oder nach Wahl des Arbeitnehmers in elektronischer Form“).

<sup>4</sup> Art. 1 BVaDiG, RegE, BT-Drs. 20/10857, § 11 Abs. 2 S. 3 BBiG.

<sup>5</sup> Vgl. Grüneberg/Ellenberger, 83. Aufl. 2024, § 126b Rn. 3; Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, § 126b Rn. 6..

dass der Nachweis nur dann als erteilt gilt, wenn er sich diesen tatsächlich aus dem Portal abgespeichert bzw. aus diesem ausgedruckt hat.

8. Alternativ könnte überlegt werden, von vorneherein eine eigenständige Formdefinition in das NachwG aufzunehmen, die sich nicht an der Textform des § 126b BGB festmacht, sondern „in eigenen Worten“ umschreibt, welche Nachweisformate zugelassen werden sollen (so tut das etwa Art. 246a EGBGB § 4 Abs. 2).<sup>6</sup> So könnten gezielt bestimmte Formate zugelassen bzw. umgekehrt ungeeignete Formate ausgeschlossen werden. Zudem ließen sich flankierende bzw. ergänzende Voraussetzungen flexibel festlegen (vgl. etwa § 11 Abs. 2 S. 1 und 2 BBiG-RegE *„Bei elektronischer Abfassung ist der Vertrag so zu übermitteln, dass die Empfänger\*innen diese(n) speichern und ausdrucken können“*).

9. Abschließend ein redaktioneller Hinweis zu **Art. 48 (BEEG)**. Für die einschlägigen Anträge der Beschäftigten, aber auch die Ablehnungserklärungen des Arbeitgebers wird die Schriftform zur Textform herabgestuft. Das ist zu begrüßen. Möglicherweise übersehen ist dabei indes das Schriftformerfordernis in § 16 Abs. 3 S. 2 BEEG. Es wäre überraschend, wenn alleine für die Ablehnung der verhältnismäßig selten ausgeübten vorzeitigen Rückkehroption ein Schriftformerfordernis bestehen würde.

---

<sup>6</sup> S. etwa die Vorschläge: Steinat/Merkel, DB 2024, 457, 459 f.; Bayreuther, NZA 2023, 593, 597.