Client Alert zur betrieblichen Altersversorgung

bAV-Schriftformerfordernis nach Novellierung des Nachweisgesetzes

Die am 1. August 2022 in Kraft getretene Neufassung des Nachweisgesetzes (NachwG) sorgte mit der Ausweitung und nunmehr Bußgeld bewährten Durchsetzung des Schriftformerfordernisses für Unmut. Diese hinsichtlich des europäischen Rechts überschießende Umsetzung zwingt Arbeitgeber, ihre Arbeitsverträge anzupassen und wird als nicht zeitgemäße Bürokratie- und Digitalisierungs-Hürde kritisiert. In Bezug auf die betriebliche Altersversorgung (bAV) werden die Handlungsbedarfe kritisch diskutiert, schließlich bestehen bereits diverse Pflichten zur Verschriftlichung und Unterrichtung, dies u.a. auch aus dem Datenschutzrecht, Versicherungsrecht, Versicherungsaufsichtsrecht und nicht zuletzt dem Steuerrecht. Die Beachtung der jeweils einschlägigen Formerfordernisse bleibt für die Praxis eine große Herausforderung. Inwieweit müssen Arbeitgeber künftig schriftlich über sämtliche Voraussetzungen einer jeden Versorgungszusage unterrichten? Ist ein Verweis auf kollektive Regelwerke zu den Versorgungssystemen stets ausreichend, um Zweifelsfragen auszuschließen? Was gilt für Entgeltumwandlungen? Welche wesentlichen arbeitsrechtlichen Konsequenzen aus der Novellierung des NachwG für die bAV folgen, erörtern wir für Sie in diesem Client Alert.

1. Herleitung und Sinn der Nachweispflichten

Sinn und Zweck der Nachweispflichten ergeben sich aus der Richtlinie 91/533/EWG vom 14.10.1991: Durch Transparenz der Arbeitsbedingungen soll der Arbeitnehmerschutz gestärkt werden. Vor diesem Hintergrund wurde im Jahr 1995 in Deutschland das NachwG geschaffen. Arbeitnehmer sind seither mittels eines Schriftstückes über die wesentlichen Bedingungen des Arbeitsvertrages zu unterrichten, im Kern: Zeit, Ort und Vergütung ihrer Arbeit. Ungeachtet der Einhaltung der Nachweispflicht sind Arbeitsverträge auch ohne Einhaltung der Schriftform bindend. Die zur Nachbesserung der Nachweis-pflichten durch den europäischen Gesetzgeber vorgegebene Reform gemäß der Richtlinie 2019/1152/ EU vom 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen (Nach-weis-RL 2020) brachte neue Anforderungen, deren Umsetzung durch die EU-Mitgliedsstaaten zu erfolgen hatte.

2. Erweiterung und Ahndung des Verstoßes gegen die Nachweispflicht

Obwohl nach der Nachweis-RL, die weniger strenge Textform ausreichend gewesen wäre und somit die Möglichkeit zur Einführung eines elektronischen Nachweises bestand, entschied sich der deutsche Gesetzgeber für die Beibehaltung des Schriftformerfordernisses und dessen Ausweitung gemäß der neuen Informationspflichten. Der Katalog der Mindestnachweispflichten in § 2 Abs. 1 NachwG wurde erweitert und führt nun z.B. auch Überstunden und deren Voraussetzungen und Vergütung auf, ebenso wie Ruhepausen, Kündigungsoptionen und Anforderungen (Schriftformerfordernis, Verfahren, Fristen zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage) usw.

Die erweiterten Unterrichtungspflichten gelten grundsätzlich für neue Arbeitsverhältnisse mit Beginn ab dem 1. August 2022 (§ 5 NachwG). Auf Verlangen der Arbeitnehmer sind sie aber auch in Bestandsarbeitsverhältnissen umzusetzen. Bezug genommen wird auf den europäischen Arbeitnehmer-Begriff, erfasst sind z.B. auch Beamte

und wohl auch Fremd-Geschäftsführer einer GmbH. Die Fristen zur Vornahme des Nachweises sind gestuft und verkürzt, betreffend der wesentlichen Vertragsbedingungen muss eine Niederschrift grundsätzlich spätestens am ersten Arbeitstag ausgehändigt werden.

Neu ist auch die Bußgeldbewährung von Verstößen des Arbeitgebers: Bislang gab es keine gesetzlich normierten Sanktionen, sondern allenfalls Nachteile bei der Darlegungs- und Beweislast.
Nunmehr erfolgt die Ahndung als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldstrafe von bis zu 2.000 EUR. Es bleibt allein die Hoffnung einer pragmatischen Handhabung in der Praxis der Betriebsprüfung.

3. Handlungsbedarf in Sachen bAV?

Welche Änderungen bringt das NachwG für die bAV? Der Katalog in § 2 Abs. 1 NachwG bestimmt nunmehr, dass der Arbeitgeber in die Niederschrift mindestens aufzunehmen hat:
– gemäß Nr. 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, […]“ und
– gemäß Nr. 13 „wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine bAV über einen Versorgungsträger zusagt, der Name und die Anschrift dieses Versorgungsträgers; die Nachweispflicht entfällt, wenn der Versorgungsträger zu dieser Information verpflichtet ist […].“
Was Teil des Arbeitsentgelts ist, war bereits in § 2 Abs. 1 Nr. 6 NachwG a.F. geregelt. Da die bAV Entgeltcharakter hat, wurde seinerzeit die Auffassung vertreten, dass auch Beiträge in der bAV unter Arbeitsentgelt zu subsumieren ist, unabhängig von den Durchführungswegen.
Durch die Ergänzung des § 2 Abs. 1 NachwG um die Nr. 13 ist fraglich, ob diese Regelung nun für die bAV als neue lex specialis gegenüber der Nr. 7 anzusehen ist. Dies hätte zur Folge, dass Versorgungszusagen nicht mehr als Teil des Entgelts nachweispflichtig wären, sondern einer eigenständigen Nachweispflicht (nur) bei mittel-barer Versorgung unterliegen. Versorgungsträger gibt es in den in § 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG genannten Durchführungswegen (Direktversicherung, Pensionskassen, Pensionsfonds und Unterstützungskassen); es bestünde also keine Nachweispflicht mehr bei einer Direktzusage. Da in der Nr. 13 ausdrücklich geregelt ist, dass die Nachweispflicht für den Arbeitgeber entfällt, wenn der Versorgungsträger zu dieser Information verpflichtet ist, wäre von der Neuregelung de facto nur die Unterstützungskasse erfasst, für die lediglich Name und Anschrift zu nennen wäre, denn für die versicherungsförmigen Durchführungswege sehen die §§ 234k ff. Versicherungsaufsichtsgesetz Informationspflichten der Versorgungsträger vor.
So wünschenswert dies im Ergebnis aus Arbeitgebersicht möglicherweise wäre, erachten wir die „lex specialis“-Argumentation als nicht überzeugend. Aufgrund des unstreitigen Entgeltcharakters und der Bedeutung der bAV für Arbeitnehmer ist kein Grund ersichtlich, die bAV nicht weiter unter § 2 Abs. 1 Nr. 7 NachwG zu fassen. Auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) bejaht den Entgeltcharakter der bAV (siehe nur BAG Urt. v. 13.11.2012, Az. 3 AZR 444/10). Nr. 7 regelt die Pflichten in Bezug auf die Zusammensetzung und Fälligkeit des Arbeitsentgelts und verpflichtet damit auch zu Angaben über die bAV. Nr. 13 regelt daneben nur zusätzlich eine Pflicht zu An-gaben über einen etwaigen externen Versorgungsträger, sofern dieser nicht selbst mitteilungsverpflichtet ist.

4. Ausnahme für Nachweispflicht?

Lediglich bei kollektivrechtlichen Rechtsbegründungsakten (Tarifvertrag, Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung) der Versorgung im Unternehmen entfällt grundsätzlich die Nachweispflicht in Bezug auf Details, denn hier ermöglicht §

2 Abs. 1 Nr. 15 NachwG mit der Option einer Verweisung auf das Regelwerk eine Erleichterung. Indessen ist eine solche Ausnahme nur noch bei kollektiv-rechtlichen und gesetzlichen Regelungen vorgesehen.
Die frühere Erweiterung „oder ähnlichen“ Regelungen ist im Gesetzeswortlaut nicht mehr enthalten. Es stellen sich daher viele Folgefragen: Gilt die Ausnahme von der Unterrichtungspflicht noch für weitere Rechtsgründungsakte der bAV? Ein Verweis bei individualrechtlichen Rechtsbegründungsakten mit kollektivem Bezug (Gesamtzusagen) entfällt. Per se müssen damit alle Regelungen ohne normative Wirkung bzw. sogar Änderungen dieser Regelungen zur Anlage des Arbeitsvertrages genommen werden. Ob hierbei jedenfalls eine Unterscheidung zwischen einer wesentlichen Änderung und bloßen Umsetzungsakten hergeleitet werden kann, bleibt zu klären.

5. Schriftform für Entgeltumwandlungsvereinbarungen?

Die Nachweispflichten unter-scheiden nicht nach arbeitgeber- oder arbeitnehmer-finanzierter bAV. Heißt dies, dass auch für Entgeltumwandlungsumwandlungsvereinbarungen oder für freiwillige Zuschüsse des Arbeitgebers eine Pflicht zur Einhaltung der Schriftform besteht? Ja: Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 7 NachwG stellt auf Änderungen des Entgelts in Höhe, Zusammensetzung und Fälligkeit ab. Es könnte zwar die Ansicht vertreten werden, dass die Höhe des (Brutto-) Arbeitsentgelts auch bei der Entgeltumwandlung als solches unverändert bleibt, da das Arbeitsentgelt nach Maßgabe der Versorgungszusage nur umgewandelt wird. Ggf. ist auch zu differenzieren, ob bereits eine Rechtsgrundlage die Entgeltumwandlung bzw. einen freiwilligen Zuschuss regelt. Bei risikoaverser Betrachtung ist die Entgeltumwandlungsvereinbarung indessen wie auch bisher schon zu verschriftlichen. Es handelt sich um eine wichtige Abrede zur Änderung der Zahlung der Vergütung und damit um einen wesentlichen Vertragsbestandteil des Arbeitsvertrages. Das gilt ungeachtet einer eigenen Initiierung durch den Arbeitnehmer bzw. des grundlegenden gesetzlichen Anspruchs auf eine Entgeltumwandlung aus § 1a Abs. 1 BetrAVG.
Nicht auszuschließen ist, dass sich jedenfalls für fortlaufende Durchführungsprozesse wie in der bisherigen Praxis auch eine risikoafine digitale Handhabe durchsetzt, um eine formidentische Datenübermittlung und Zahlungsabwicklung zwischen HR bzw. dem Gehaltssystem und dem Versorgungsträger sicherzustellen.

6. Fazit

Es spricht viel dafür, dass die bAV weiterhin als Arbeitsentgelt von der Nachweispflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 NachwG erfasst ist. Zusätzlich sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 NachwG bei Versorgungen über einen externen Versorgungsträger, Name und Anschrift des Anbieters in den Nach-weis aufzunehmen, sofern der Anbieter nicht selbst informieren muss.
Eine Ausnahme für die Nachweispflicht gilt nach § 2 Abs. 1 Nr. 15 NachwG bei kollektivrechtlichen und gesetzlichen Regelungen zur bAV. Für weitere Rechtsbegründungsakte der Versorgungszusagen wie insb. Versorgungsordnungen empfiehlt es sich unseres Erachtens, diese grundsätzlich zur Anlage des Arbeitsvertrages zu nehmen. Nicht nur aufgrund der geschärften Nachweispflichten empfiehlt sich eine ordnungs-gemäße Verschriftlichung der Versorgungsordnung. Weitere Gestaltungen zur Durchführung wie etwa die Entgeltumwandlungsvereinbarung sollten risikoavers ebenso verschriftlicht werden.

Gerne beraten wir Sie individuell und anbieterneutral und zeigen Ihnen Vorschläge auf, eine für Ihr Unternehmen passende Lösung zu finden, die nachhaltig, rechtssicher und personalpolitisch gut vertretbar ist.

Kontakt bei KPMG LAW: Christine Hansen (Fachanwältin für Arbeitsrecht, Schwerpunkt betriebliche

Altersversorgung) und Dr. Julian Cahn (Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Schwerpunkt betriebliche Altersversorgung).

Ansprechpartner: